

ANKARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ YAYINLARI No. 407

ANKARA HUKUK FAKÜLTESİ
ELLİNCİ YIL ARMAĞANI
1925 - 1975

CİLT: II

BOŞANMA HUKUKU HAFTASI

Sevinç Matbaası, Ankara - 1977

Fakültemiz Medenî Hukuk Kürsü Kurulu, 24 Ekim 1974 tarihli toplantısında, 50. yılını idrak eden Medenî Kanunumuz'un bazı müesseselerinin, geçen süre zarfında duyulan ihtiyaç ve Yargıtay içtihatları karşısında ele alınması ve bu arada Adalet Bakanlığı tarafından özel bir komisyona hazırlattırılmış bulunan Türk Medenî Kanunu'nun Ön Tasarısı üzerinde çalışmalar yapılması gerektiği görüşüne varmış, Kürsü ve Kürsü mensuplarının faaliyetlerinin bu hususa yönelik olması kararını almıştır.

Bu cümleden olmak üzere, Kürsü Kurulumuz'un 2.1.1975 tarihli kararı ile ilk olarak Boşanma Hukuku'nun ele alınması uygun görülmüş ve Fakültemiz'in kuruluşunun 50. yıldönümü vesilesiyle 18-20 Aralık 1975 tarihlerinde Ankara'da «Boşanma Hukuku Haftası» adı altında, tartışmaya açık bir bilimsel hafta düzenlenmiştir.

Bu bilimsel toplantıya Kürsümüz mensupları ile Fakültemiz'in ilgili öğretim üyelerinin sunmuş oldukları raporlar, Fakültemiz'in kuruluşunun 50. Yıldönümü Armağanı'na bir *katkı* olarak eklenmiştir. Raporlar üzerinde yapılan tartışmaların teknik nedenlerle yayınlanamamış olmasını üzüntüyle kaydedirim.

Prof. Dr. Kemal T. GÜRİSOY

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medenî Hukuk Kürsüsü Başkanı

İÇİNDEKİLER

Prof. Dr. Kemal T. GÜRSOY : Boşanma Hukukunun Tarihi Gelişimine Bir Bakış ve Boşanma Sebeplerinde En Yeni Gelişmeler ...	1
Prof. Dr. Hamide TOPÇUOĞLU : Toplum ve Kültür Tiplerine Göre Boşanma Nedenleri	47
Prof. Dr. Erol CANSSEL : Boşanmanın Dayandığı Esaslar	67
Doç. Dr. Erden KUNTALP : Mutlak Boşanma Nedenleri	113
Prof. Dr. Kemal T. GÜRSOY : Rızaya Dayanan Boşanma	127
Prof. Dr. Nuşin AYİTER : Geçimsizlik Sebebine Dayanan Boşanma ve Yargıtay Uygulaması	165
Prof. Dr. Turgut AKINTÜRK : Boşanmanın Hukukî Sonuçları	175
Doç. Dr. Burhan GÜRDOĞAN : Boşanma Davalarında Usule İlişkin Hükümler	205
Esat ŞENER : Medenî Kanununun Aile ve Nesap bölümünde çatışan eğilimler	219

**BOŞANMA HUKUKUNUN TARİHİ GELİŞİMİNE GENEL
BİR BAKIŞ VE BOŞANMA SEBEPLERİNDE
EN YENİ EĞİLİMLER**

Prof. Dr. Kemal Tahir GÜRSOY

I — ESKİ HUKUK DÜZENLERİNDE

Roma hukuku, hâkimin müdahalesine lüzum olmadan, en geniş ölçüde, boşanmaya müsaade etmekte idi. Zira bu hukuka göre, evlilik, iki tarafın iradesine dayanan *akdî* bir ilişkidir; bu arzu ve iradenin kaybolması halinde, evliliğin ortadan kalkması icabederdi. Bu nedenle, gerek karının gerekse erkeğin, *tek taraflı* olarak, evliliğe son verme arzusu bu birliğin sona ermesi için gerekli ve aynı zamanda yeterli idi (1).

İsrail kanunları, erkeğe, herhangi bir *sebepe göstermeden* karısını boşama hakkını tanımakta idi (2). Eski *Alman (Cermen)* hukuku, başlangıçta erkekle kadının akrabaları arasında yapılan daha sonra da karı-koca arasında yapılan bir *sözleşme* ile eşlerin boşanmasını kabul ediyordu. Bununla beraber, eski Alman hukukunda, kocanın, tek taraflı bir irade ile karısını boşaması mümkün değildi. Kocanın tek taraflı olarak karısını boşaması (evden kovması), ancak belli hallerde, örneğin, kadının *zinası* veya çocuk doğuramaz olması halinde mümkün idi (3). Bununla birlikte, bazan, erkek, bu tür bir sebep olmadan da karısını tek taraflı bir irade ile boşayabilmekte idi. *Franklar* devrinde, kocanın karısına kötü mua-

(1) *Planiol*, Traite de Droit Civil 1915. N 1132 s. *Egger*, s. 138.

(2) *Ansay S. Ş.* Hukuk Tarihinde İslam Hukuku 1946. s. 90, *Topçuoğlu* Eski İsrail Hukuku Ankara 1948 s. 42.

(3) *Kipp/Wolf* Lerburch der Bürgerlichen Rechts, Das Familienrecht 1931 § 33. I.

mele yapması halinde, karıya, istisnaî olarak, *kocasını terk etme* hakkı tanınmıştı.

II — KİLİSE HUKUKUNDA

1) *Hıristiyanlığın ilk zamanlarında*: Hıristiyanlık dini evlenme hakkında *yeni kurallar* getirmişti. Daha sonra, kilise, evlenmeye ilişkin hususları düzenleme yetkisini de üzerine aldı. Başlangıçta kilisenin bu husustaki yetkisi, sadece bir düzene koymadan ibaret olduğu halde, daha sonra, kendisini bu hususta *kanun yapıcı* olarak kabul ile aileyi tümü ile kendi kontrolü altına aldı. 10. yüzyılda aile hukuku, tamamiyle *kilisenin* inhisarı altında idi. Bu durum, tam 600 yıl devam etti.

Kilise bu anlayışı ile, *boşanmaya karşı* çıktı ve evliliğin *ebedi ve kutsal* bir birlik olduğunu iddia etti. Boşanmaya kesin olarak karşı olanlar, bu iddialarını İsa'nın *İncildeki sözlerine* dayandırıyorlardı. Bununla birlikte, İsa'nın sözü edilen sözlerinin *metni ve muhtevası* hakkında hıristiyan azizleri arasında ittifak yoktur. Aziz *Mathieu*'ye göre, zina halinde boşanma mümkün olduğu halde, Aziz *Marc Luc*'a göre, evlilik birliği ebedidir; zina halinde dahi boşanmaya müsaade yoktur. Bu görüş ihtilâfına rağmen, Katolik kilisesi, *Mathieu*'nun metnini esas ittihaz ederek, boşanmaya izin verdi. Fakat daha sonra, *aziz August'un* evliliğin mutlak ve çözümlenmesi mümkün olmayan bir birlik olduğunu savunması üzerine, bir kısım *Concil*'ler kilisenin «*evliliğin ortadan kaldırılması mümkün olmayan bir bağlılık meydana getirdiği*» görüşünü resmen kabul ve ilân ettiler. *Gratien* ve *Pierre Lombard* gibi ruhaniler, zina halinde dahi, boşanmayı reddettiler. Bu alandaki dinî görüşlerin çok farklı olmaları yüzünden, vukua gelen fikir çatışmaları sonunda, Bolonya mektebinin görüşü üstün geldi ve geçerli bir surette kurulmuş olan evlilikler; boşanabilme yönünden, iki gruba ayrıldı. Bu da evliler arasında fiilî cinsî bir ilişkinin vukua gelip gelmemesine göre yapıldı. Geçerli olarak vücut bulmuş (yani *matrimonium ratum, nondum consumatum*) olup da, cinsî münasebetin (*copula carnalis*)in vuku *bulmadığı* evlilik; diğeri de muteber bir şekilde vücut bulmuş olmakla beraber, cinsî münasebetin vuku bulmuş olduğu evliliktir. Birinci evliliğe *tam olarak tekemmül etmemiş*, ikincisine ise *tam olarak tekemmül etmiş evlilik* adı verilir.

Tam olarak *tekemmül etmemiş* olan bir evlilikte, ancak, iki halde boşanma mümkün idi; kadının bakire olmadığı, bir topluluk önünde resmî bir merasimle (sollemnis professiou religiose) ve bunun Papa tarafından tasdik edilmiş olması ve Papa'nın bunun böyle olduğunu ifade eylemesi halidir. Bu hallerde boşanma mümkün idi ve bu suretle boşananlar tekrar evlenebilirlerdi (5).

Eğer dinen geçerli bir evlilik vücut bulmuş olup da, eşler, arasında fiilen cinsî ilişki vukua gelmiş (yani evlilik *matrimonium ratum et consomatum*) ise, artık evlilik bağı çözülemez ve ebededir; böyle bir evliliğe Papa dahi son veremez. Bununla birlikte, bu nitelikteki bir evlilik hakkında, ancak, hâkim kararıyla, *yatak ve sofraya* ayrılığına (separatio tori, mensae et habitationis) karar verilebilir. Bu tarz bir ayrılma, yakın zamana kadar İtalya'da cari idi; İspanya'da ise hala caridir. Bu son memleket, hala kesin bir boşanmayı kabul etmemektedir. Zina hali bile, ancak bu anlamdaki bir ayrılığa imkân verir, kesin boşanma mümkün değildir (6).

2) *Reformasyondan (16. yüzyıl) dan sonra*: Protestanlık, evliliğin kutsal bir bağ olduğunu red ile, evliliğe mahkeme kararıyla son verilebileceğini kabul etti. Calvin'e göre, bu mahkeme dinî mahkeme, Luther'e göre ise, devlet mahkemesidir. Bununla beraber, bu takdirde de, hâkimin boşanmaya karar verebilmesi için, ortada belli sebeplerin mevcut olması gereklidir. Bu suretle, sadece zina halinde boşanmaya imkân veren İncilden de ileri gidildi (7).

Sonuç itibariyle, reformasyondan sonra, *tek taraflı özel bir irade* bile, boşanma için yeterli görüldü. Ancak, boşananın tekrar evlenmek istemesi halinde, yüksek bir makamın kararı gerekir idi. Daha sonra, boşanma, bir talep üzerine, resmî makam tarafından mümkün kılındı. Protestanlık da, ancak, *belli sebeplerin* varlığı halinde boşanmayı kabul ediyordu; bunlar zina, kötü niyetle evi terk, evli olmanın gerekli kıldığı ödevleri yapmaktan kaçınma gibi sebeplerdi.

(5) Kipp/Wolff 33. II. s. 114.

(6) Kipp/Wolff 33. II. s. 115; Planiol, 1915 Bd. I. N. 1332.

(7) Kipp/Wolff 33. II. s. 115; Egger s. 139; Planiol 1916 N. 1134

III — TABİİ HUKUK GÖRÜŞÜ VE BOŞANMA HUKUKUNDA YENİ GELİŞMELER

1) *Tabii hukuk görüşü ve etkileri*: 17 ve 18. yüzyıllarda re-vaç bulan tabii hukuk görüşü, boşanmayı da, evlenmede olduğu gibi, eşlerin *rızasına* dayandırmak istedi. Tabii hukuk taraftarlarına göre, evlenme, *özel bir sözleşmedir*; o halde, özel hukukun kural-larına tabi olmalıdır. Bu görüş, 18 ve 19. yüzyıllarda kabul edilen ana Medenî Kanunlarda itibar gördü ve özellikle 19. *yüzyılda kabul edilen Medeni Kanunlar* boşanmayı bu esasa göre hükme bağladılar. Bunun diğer bir anlamı da, evlenmenin dinî olmaktan ziyade, bir *dünya işi* olduğu idi. Bu suretle, 19. yüzyılda kabul edilen Medenî Kanunlar, boşanmayı daha *kolaylaştırdılar*; hatta, kusur olma-dan tarafların anlaşmalarıyla boşanmayı da kabul ettiler.

2) *1784 tarihli Prusya Medeni Kanunu*: Bu kanun, Protes-tan mezhebinin kabul etmediği hallerde de hâkimin boşanmaya karar verebileceğini hükme bağladı (m. 670); örneğin, çocuksuz ev-lenmelerde, iki tarafın rızası ile çocuklu evlenmelerde ise, anlaş-mazlık halinde, eşlerden birisinin talebi üzerine, mahkeme kararıyla, boşanma mümkündür. Bunun yanında kusura dayanmayan diğer boşanma sebepleri de mevcuttu.

3) *Fransız devriminden sonraki durum*: a) Fransız İhtilâ-li, evliliği sadece özel bir *sözleşme* niteliğinde görmekte idi; bu gö-rüşün sonucu olarak da, boşanmanın kabulü gerekiyordu. Sonuçta, 1792 tarihli bir kanun boşanmayı hükme bağladı. Bu kanun, yalnız tarafların anlaşmalarıyla boşanmayı kabul etmekle kalmadı, eşler arasında mevcut bir meşrep ve tabiat ayrılığını da bir boşanma se-bebi olarak kabul eyledi; bu son halde, eşlerden birisinin mahke-meden boşanmayı istemesi mümkündü. Bunların dışında diğer belli ve sayısız oldukça çok boşanma sebepleri kabul edildi. Conven-tion 4. Floreal An II tarihli bir kanunla, boşanma daha da kolay-laştırıldı. Fakat bu serbestî, kötüye kullanıldığından, pek az sonra tekrar 1792 tarihli kanunun rejimine dönüldü. (15 Thermidor an III).

b) Fransız Medeni Kanununda: 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu, boşanmayı kabul eder. Ancak, İhtilâl devresinde görülen kötüye kullanmaları önleyici tedbirleri de birlikte getirir. Anlaşma ile boşanmayı kabul etmekle beraber, bunu biraz güçleştirir ve boşanma sebeplerinin sayısını 7'ye indirir.

IV. BELLİ BAŞLI AVRUPA ÜYELERİNİN BOŞANMA SEBEPLERİNE KISA BİR BAKIŞ

1) Genel olarak :

Tabii hukuk ve Fransız büyük devriminin getirmiş olduğu yeni hayat anlayışının etkisi altında kabul edilmiş bulunan 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu ile 1811 tarihli Avusturya ve 1900 tarihli Alman Medeni Kanunları boşanma hukukunu düzenlerken şu iki ana fikirden birisini seçme, veya bu iki fikri birbirine mezmetme zorunda kaldılar. Birinci fikre göre, boşanmanın kabulü için, eşlerden birisinin diğerine karşı evlilik ilişkisi yönünden *ağır bir kusur* işlemiş olması gereklidir, yani, boşanma «*kusura*» dayanmalıdır. Bu sistemde *kusur*, eşlerden birisinin evliliğin gerekli kıldığı ödeve önemli surette aykırı hareket etmiş olmasından ibarettir. 1804 yılında yapılan değişiklikle, bu sistemden biraz ayrılmış olmakla birlikte, 1804 tarihli Napolyon Medeni Kanununun sistemi budur. İkinci görüş, evliliğin gerekli kıldığı göreve aykırılığın söz konusu olmadığı hallerde ve örneğin, muhaceret veya karı-kocanın *uzun süre beraber olamamaları* hallerinde de boşanmaya müsaade edilmelidir. Bu son görüşe göre, boşanmanın reddi için, evliliğin eşlerce yürütülmesinin eşlerden *beklenebilir* olup olmaması önemlidir. 1900 tarihli Alman Medeni Kanunu (BGB). bu fikirden hareket etmiştir. Birinci fikre göre, boşanma, evliliğin bir müevvidesi (yaptırımı)dır. Buna göre, evliliği sarsan olay ne kadar ağır olursa olsun, bu durum, onlardan birisinin kusuru yüzünden ileri gelmemiş ise, buna insanî bir risk olarak eşlerin katlanmaları gerekir. Buna dayanılarak boşanma istenemez. Buna karşılık ikinci görüşe göre, evliliğin kendisinden beklenen amaca erişemez olmasının anlaşılması halinde, boşanma, diğer eşe bu yükten kurtulmak için tanınmış bir imkândan ibarettir (*Planiol, Droit Civil 1915 T. I. I. s. 361*). Bu yönden. 18 ve 19. yüzyılda kabul edilmiş olan Medeni Kanunlar şu özellikleri ihtiva ederler :

2) *1804 tarihli Fransız Medenî Kanunu* : Bu kanunun kabulünden evvel Fransa'da boşanma hukuku, 1792 tarihli kanunla düzenlenmişti. Bu kanuna göre, boşanma sebepleri şunlardı : Havsiyetsiz bir hayat sürme, en az iki yıl sürmüş olan terk hali, hakaret, mahkûmiyet, delilik, en az beş yıl sürmüş ayrı yaşama, yasak olan bir muhaceret huy ve meşrep uygunsuzluğu. 1804 tarihli Napolyon Medeni Kanunu ise, sadece dört belli boşanma sebebi kabul etti:

Eşlerden birisinin ihaneti (m. 229 - 230), pek fena muamele (m. 234), hakaret (m. 234) ve mahkûmiyet. Napolyon Medeni Kanunu, muhaceret haliyle huy ve meşrep aykırılığını bir boşanma sebebi olarak kabul etmedi. Özellikle huy ve meşrep aykırılığı hali, 1792 - 1803 devresi içerisinde uygulanmada kötüye kullanılmıştı. Esasen böyle bir hali boşanma sebebi olarak kabul etme, belli olmayan bir sebeple de boşanmayı kabul etme anlamına geliyordu. Bu yüzden bu hal, boşanma sebepleri arasından çıkarıldı. Keza, «isteyerek terk» hali de kanundan çıkarıldı. Fakat, sonradan mahkeme içtihatları bu hali de «ağır muamele »telakki ederek, bir boşanma sebebi olarak kabul etmeye devam eyledi. 1792 tarihli Fransız Kanununun getirmiş olduğu önemli yenilik, «eşlerin rızaları ile boşanmaları»nın kabulüdür. Bu tür bir boşanma kanunun projesinde mevcut olmadığı halde, bu, bizzat imparatorun tesiri ile nihaî projeye konu (m. 233).

Restarasyonla (1814), Katolik dini Fransanın resmi dini oldu. 8 Mayıs 1816 tarihli kanunla, 1804 tarihli Fransız Medeni Kanununun boşanmaya ilişkin hükümleri yürürlükten kaldırıldı. 1830 tarihli Fransız Anayasasının Katolik dinini resmi din olmaktan çıkarmış olmasına rağmen, Medeni Kanunun boşanmaya ilişkin hükümlerinin yeniden kabulü teklifi, parlamentoca red edildi. 1848 tarihli Fransız Anayasası da, boşanmayı reddeder. Nihayet, 19.7.1884 tarihli kanunla Fransada boşanma tekrar kabul edildi (*PlanioI*, 1915 T. I, s. 361). Bu kanunda hâkim olan ana fikre göre, boşanma evlilikten doğan ödevlerin bir yaptırımıdır; eğer eşlerden birisi evliliğin meydana getirdiği ödevleri ağır surette ihlâl ederse, diğer eş, boşanma isteğinde bulunabilir; Yani, boşanma talebinin kabulü diğer eşin ağır kusurlu olması şartına bağlıdır (kusur prensibi). Bunun yanında cezai mahkûmiyet ile akıl hastalığı, boşanma sebebi olarak kabul edilmiştir.

24.1941 tarihli kanun ile 22.4.1945 tarihli kanun değerindeki bir kararname Fransız sisteminin bu özelliğini daha da açık olarak gösterdi. Yapılan bu değişikliklere göre, kötü muamele veya hakaretin bir boşanma sebebi sayılabilmesi için bu eylemler yüzünden, evlilikten doğan ödevlerin önemli bir surette ihlâl edilmiş ve bundan başka evlilik birliğinin sürdürülmesinin bu yüzden katlanılamaz bir hal almış olması lâzımdır. Bu son değişme ile evlilik birliğinin *temelden sarsılması* fikri ile evliliğin meydana getirmiş olduğu *ödevlere aykırı hareket (kusur prensibi)* fikri, bir ölçü-

de birbirleriyle bağdaştırılmıştır (*M. Planiol Ripert* T. II n. 502 s. 379).

Fransız kanununa göre -günümüze kadar- boşanma sebepleri, esas itibariyle, *kusura* dayanan hallerden ibarettir : Zina, kötü muamele, hakaret, haysiyet kırıcı bir fiilden dolayı mahkûmiyet. Kanunda açık bir hüküm mevcut olmamakla birlikte, eşlerden birinin cinsi münasebeti reddetmesi, içtihatlar tarafından, ağır bir muamele sayılmış ve boşanma sebebi olarak kabul edilmiştir. Ancak bu halin bir boşanma sebebi olabilmesi için, cinsi münasebeti reddeden eşin, haklı bir mazaretinin olmaması lâzımdır; bunun uzvî veya ruhî bir buhran sonucu olması olayın boşanma sebebi olması niteliğini kaldırır. İktidarsızlık, esas itibariyle boşanmayı gerektiren ağır bir hal meydana getirmez. Ancak evlenme sırasında bu durumun diğer eşten gizlenmiş olması, ağır bir haksızlığı meydana getirir. Bu takdirde ağır haksızlık iktidarsız olmak değil, bu kadar önemli bir durumun diğer eşten gizlenmiş olmasıdır (*Planiol/Ripert*, T. II. N. 525 s. 406).

3) *1811 tarihli Avusturya Medeni Kanunu* : Bu Kanun'da bir umumi boşanma sebebi yoktur; Eşlerin dinlerine göre farklı çözümler kabul edilmiştir; Katoliklerin boşanmalarına izin verilmemiştir. Katolik olmaları ise ancak her iki eşin de birlikte talep etmeleri ve ayrıca hadisesine göre birkaç defa ayrılığın tecrübe edilmiş olması şartı ile boşanmaları mümkündür.

4) *İtalya'da* : Fransızların hâkimiyeti sırasında, İtalya'da boşanma hükümleri yürürlükten kaldırıldı. O tarihe kadar yürürlükte olan İtalyan Medenî Kanunu, evliliğin ancak eşlerden birisinin ölümü ile sona ereceğini hükme bağlamakta idi; Fransanın istilası ve boşanmayı kabul eden Fransız Medeni Kanununun da uygulanır olması durumu değiştirmiştir.

5) *Almanya'da* : 1.1.1900 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan BGB, boşanma sebepleri yönünden orta bir çözüm şeklini yek tutmuştu. Bu kanuna göre, beş boşanma sebebi vardır. Bunlardan dördü, eşlerden birinin *kusurunu* gerekli kılar, biri de her iki eşin de *kusurlu olmasını gerektirmez*. Kusura dayanan sebepler; zina, kötü hayat sürme, kötü niyetle evi terketmedir; Bu üç hal, kesin (mutlak) boşanma sebepleridir. Bu sebeplerden birisinin varlığı, boşanmanın hâkim tarafından kabulü için yeterlidir, kusurlu eşin davranışının evliler üzerine etkisi üzerinde durulmaz. Kusuru tazammun

eden dördüncü hal, 1568. maddede hükme bağlanmış olan nisbi bir boşanma halidir. Sayılan ilk üç halde kusurlu davranışın kabulü için, kasıtlı olarak hareket gerekli olduğu halde, dördüncü sebepte duruma göre, ihmal dahi kusurun kabulü için yeterlidir (*Kipp + Wolff*, 1931 § 34 I, s. 119).

Bu durum Alman hukukunda 6 Haziran 1938 tarihine kadar devam eder. Bu tarihte BGB'nin boşanmaya ilişkin olan hükümleri yürürlükten kaldırıldı. Bu husus, ayrıca 20.2.1946 tarihli Aile Kanununun 78. maddesiyle teyit olundu. 20.2.1946 tarihli «*Aile Kanunu*» Alman Medeni Kanununun boşanmaya ilişkin hükümlerinin yerini aldı. Bu hükümler 1975 yılına kadar uygulandı. Sözü edilen Aile Kanunu, esas itibariyle, *kusurlu* olma halini bir boşanma sebebi olarak kabul etmiş (kusur prensibi), fakat yeterli olamayacağını görerek, bunun yanında, evlilik birliğinin *temelden sarsılmış* ve evlilik birliğinin yürütülmesinin artık diğer eşten beklenilemez hal almış olduğunu gerekli görmüştür. O halde, evlilik birliğinin artık yürümez veya yürütülemez olması, kusurlu olmaya eklenen ikinci bir unsur olarak kabul edilmiştir. Alman Aile Kanununa göre şunlar kusura dayanan boşanma sebepleridir :

— Eşlerin zinası (m. 42).

— Eşlerden birisinin evlilikten doğan ödevlere ağır surette aykırı hareket etmiş olması veya kusurlu olarak haysiyet ve ahlâka aykırı hareketleriyle evlilik birliğinin temelden sarsılmasına sebep olmuş bulunması ve bu yüzden evliliğin amacına uygun bir birlik olarak yeniden kurulmasının artık beklenemez bir hal almış olmasıdır. Bu şartların mevcudiyeti takdirinde ,diğer eş boşanmayı isteyebilir.

Evlilikten doğan ödevlere aykırı hareket eden, özellikle, diğer eşin evlilikten doğan ödevlerin yerine getirememesine kendi kusuru ile sebebiyet vermiş olan, bu sebeple boşanma talebinde bulunamaz (BGB 1568, Aile Kanunu m. 43).

— Ruh hastalığı, evliliğin yüklediği ödevlere aykırı nitelikte olmasa bile müptela olduğu ruh hastalığı nedeniyle, eşlerden birisi evlilik birliğinin temelden sarsılmasına sebep olmuş ve ayrıca bu yüzden evliliğin amacına uygun bir birlik olarak tekrar kurulması artık beklenemez bir hal almış ise, diğer eş bu sebebe dayanarak boşanma dâvasını açabilir (m. 44).

— Akıl hastalığı, eşlerden birisi, aralarındaki ruhi birliği tamamen ortadan kaldıracak derecede bir akıl hastalığına uğramış ve bu yüzden de evlilik birliğinin yeniden kurulması artık beklenemez bir hal almış ise, diğer eş boşanma talebinde bulunabilir (m. 45).

— Eşlerden birisinin bulaşıcı bir hastalığı varsa ve bunun sirayet etme ihtimali bulunuyor ve münasip bir süre içerisinde tedavisinin mümkün olmadığıda anlaşılıyorsa diğer eş, boşanma talebinde bulunabilir (m. 46).

Bununla birlikte 44 - 46. maddelerde hükme bağlanan hallerde, ahlâken farklı gözüküyorsa, boşanma isteği reddolunur. Ayrıca boşanma halinin diğer eş için ağır sonuçlar doğuracağı anlaşılıyorsa boşanma davasının reddi için haklı bir sebep var demektir (m. 47).

— Eşler, üç seneden beri ayrı yaşamakla beraber ,ayrıca, evlilik birliği evliliğin amacına uygun bir surette yeniden kurulamayacak kadar temelden sarsılmış ise, eşlerden her biri boşanma talebinde bulunabilir (m. 48). Boşanmayı isteyen eş evlilik birliğinin bu yüzden sarsılmasına tamamiyle sebep olmuş veya bu hususta daha ziyade o kusurlu bulunuyorsa, diğeri, bu boşanma talebine itiraz edebilir. Bununla beraber, dürüst bir anlayışa göre evlilik birliğinin idamesi ve her iki eşin müşterek davranışları böyle bir evliliğin yürütülmesini ahlaken haklı göstermiyorsa, bu itiraz nazara alınmaz. Eğer eşlerden birisinin veya evlilikten doğma ve reşit olmayan çocukların şayanı kabul faydaları gerekli kılıyorsa, yine boşanmaya hükmolunmaz (m. 48).

1946 tarihli Alman Aile Kanunu, bu suretle İsviçre - Türk hukukunda olduğu gibi, esas itibariyle *kusur* prensibini (zina hali m. 43) esas almış olmakla birlikte, bazı hallerde bu prensip sınırlamalara uğramıştır. Buna karşılık, bir kusurun söz konusu olmayacağı ruh ve akıl hastalıkları (m. 44 - 45) yüzünden evliliğin kesin surette *yürütülemez hale gelmiş* olması hallerinde *temelden sarsılma*- prensibi esas itihaz olunmuştur. Bu haller yüzünden boşanmanın kabulü için evliliğin ayrıca «*yürütülemez hale gelmiş*» olması zorunludur. Bu hallerde «mutlak boşanma sebebi» söz konusudur. Tedavisi mümkün olmayan iğrendirici veya sirayet edici bir hastalığa müptela olma halinde de (m. 46) durum böyledir. Temelden sarsılma prensibi bilhassa 48. maddede ifadesini bul-

muştur. Bu son hüküm, İsviçre Medeni Kanununda 142/I'de (TMK. 134/II) olduğu gibi, dâvalı eşin kusurlu olmasını gerekli kılmamaktadır. Dâvalı eş kusursuz da olsa, evlilik birliğinin temelden sarsılmış olması halinde boşanmaya hükmolunur. Ancak, 46. madde İsviçre ve Türk kanunlarından farklı olarak, bu halde de boşanmaya hükmedebilmek için eşlerin üç sene ayrı yaşamalarını ancak bu süre sonunda birleşmemiş olmaları halinde boşanmaya karar verilebileceğini hükme bağlamıştır. 43. maddede hükme bağlanan eşlerden birisinin evlilikten doğan ödevleri ağır surette ihlâl etmiş olması haliyle haysiyetsiz hayat sürme halinde kusur ve temelden sarsılma prensipleri birbirleriyle meczedilmiştir. Bu halde «dâvacının kendi kusuru yüzünden böyle bir boşanma dâvası haklı gözükmüyorsa» dava reddedilir. İki tarafında kusurlu olması boşanmayı zorlaştırmaktadır.

Zina ve aile birliğinin gerekli kıldığı ödevlere aykırılık hallerinde (m. 49), af veya zamanaşımı dışında dayanılan kusurlu davranışın boşanmayı isteyen eş tarafından haysiyete aykırılığı duyulmamış ise, boşanma dâvası reddolunur. Bu takdirde, temelden sarsılma prensibi kusur prensibine galebe çalmaktadır.

48. maddeye dayanan bir boşanma dâvasında kusur prensibi, özel bir işleme tabi tutulmuştur. O da İsviçre ve Türk Medeni Kanunlarında olduğu gibi eğer dâvacı kusuru ile evlilik birliğinin temelden sarsılmasına sebep olmuşsa, dâvalı dâvacının bu kusurunu ileri sürmek suretiyle boşanmaya - yeniden kurulamayacak surette sarsılmış olmasına rağmen - mani olabilir (m. 48/II). Bununla birlikte, eğer dâvalı nezdinde gerçekten evliliği yeniden kurma fikri yok ve bunun için gerekli olan temayül mevcut değilse onun def'i suretiyle ileri sürebileceği kusur nazara alınmaz. Oysa bu son türden bir hüküm, İsviçre ve Türk Medeni Kanunlarında mevcut değildir (İMK 142/II, TMK. 134/II).

6) *İsviçre'de* : Boşanma hukuku yönünden durum kantondan kantona farklı idi. Bu yönden bazı kantonlarda katolik bazı kantonlarda da protestan mezhebinin hâkim olduğunu gözönünde bulundurmak lâzımdır. Bu durum, İsviçre'de evvel ve ahir boşanma hukukunun düzenlenmesinde etkili olmuştur. Nitekim, Protestan kantonlarda çok eskiden *anlaşma ile boşanma* kabul edildiği gibi, bazan eşlerden birisinin *tek taraflı* olarak evliliğe son vermesi mümkün görülmüştür .1525 tarihli *Zurich* Kanunu, birkaç

özel boşanma sebebi yanında bir de «*genel boşanma* sebebi» türünü kabul etmiştir. Zürich Medeni Kanunun bu hükümleri, protestan olan diğer kantonlara örnek olmuş ve 19. yüzyılda çıkan kanton Medeni Kanunları üzerinde etkiler yapmış ve bu yeni kanunlar, boşanma sebeplerini 1525 tarihli Zürich Kanununun esasları içerisinde düzenlemişlerdir. Latin (Fransızca ve İtalyanca konuşan) kantonlar Fransız Kanununun diğer bazı kantonlar da Avusturya Medeni Kanununun etkisi altında kalmışlardır. 1854 tarihli Zürich Medeni Kanunu yalnız özel boşanma sebeplerini (m. 182) kabul etmekle yetinmemiş «müşterek hayatın çekilmez hale gelmesi takdirinde» iki tarafın birlikte boşanmayı isteyebilecekleri de (m. 197) kabul edilmiştir. Keza Bâl şehri Medenî Kanununda da «önemli sebepler dolayısıyla müşterek hayatın yürütülmesinin imkânsız hale gelmiş olması halinde» eşlerden birisinin veya her ikisinin boşanma talebinde bulunabileceği kabul edilmiştir.

1874 tarihli Federal Kanun, genel olarak, boşanmayı bir hukuki müessese olarak hükme bağlamış ve ayrılığı sadece icabında başvurulabilecek bir tedbir olarak öngörmüştür. Bu kanun, bir yenilik olarak kötü niyetle terk ile akıl hastalığını bir boşanma sebebi olarak kabul ettikten başka bir de özel boşanma sebeplerinin yanında «genel boşanma sebebi» kabul eylemiştir. (m.45). Bu hükme göre, evliliğin amacına aykırı düşecek şekilde müşterek hayatın idamesi imkânsız hale gelmiş ise ve her iki eşin isteği ile hâkim boşanmaya hükmedebilir.

1907'de kabul edilen İsviçre Federal Medeni Kanununun tedvini sırasında, gerek kantonların gerekse diğer memleketlerin boşanmaya ilişkin olan kanunî düzenlemeleri bir çok deneme ve özellikleri beraber getirmişlerdir. Yapılacak yeni bir kanunun boşanma ile ilgili hükümlerin bu mevzuat ve denemelerden faydalanması pek doğaldı. Ya bunlardan birisinin sistemi aynen alınacak veya bunlardan esinlenerek kendine has yeni bir sistem kurulacaktı. Yeni İsviçre Medeni Kanunu 1874 tarihli kanunun sistemini tamamen terk etmemekle birlikte ona bir takım yenilikler ilâve etti. Buna göre, belli ve özel boşanma sebepleri bazı düzenlemeler yapılmak suretiyle muhafaza edildi, ısrarlı taleplere rağmen «tarafaların anlaşmaları ile boşanma» kabul edilmedi. 1907 tarihli İsviçre Medeni Kanunu, önemli bir hüküm olarak 142. maddesinde (TMK 134) «genel bir boşanma sebebi» halini hükme bağladı. Bu hükme göre ,evlilik birliği «*temelden sarsılmış*» ve «bu sarsıntı o de-

recededir ki» bu yüzden «müşterek hayat çekilemez hale gelmiş ise» diğer eş boşanmayı talep edebilir. Bu hüküm BGB'nin 1568 numaralı maddesine tekabül eder. Türk Medeni Kanunu tarafından da aynen kabul edilmiş bulunan 1907 tarihli İsviçre Federal Medeni Kanununun boşanma hükümleri İsviçre'de günümüze kadar değişmeden yürürlükte kalmakta devam etmektedir.

V — BOŞANMA HUKUKUNDA EN SON GELİŞMELER, ÖZELLİKLE, BELLİ BAŞLI BATI MEMLEKETLERİ MEDENİ KANUNLARININ SON ON SENE İÇERİSİNDE KABUL ETTİĞİ PRENSİPLER.

1) *Genel olarak*: Günümüzde batı memleketlerinde katolik Kilisesi, sosyal hayat üzerindeki etkisini kaybetmiştir. Bu nedenle, bütün Hıristiyan memleketlerinde boşanma hukuku değişen ve gelişen yeni sosyal ve ekonomik şartların etkisi altında kalmıştır. Kısa bir süre içerisinde çok ağır geçmiş olan iki dünya savaşı, sosyal ve ekonomik şartlar üzerinde etkiler yapmış ve bu yüzden bütün batı memleketleri, boşanma hukukunu dinî endişeleri bir tarafa bırakarak yeni ihtiyaçlar açısından ele almak zorunda kalmışlardır. Hemen hemen bütün Avrupa memleketleri, bu maksatla Fransa ve Almanya'da olduğu gibi, bir kaç defa değiştirme zorunda kalmışlardır. Yapılan bu değişikliklere hâkim ve aşağı yukarı yeni mevzuatta müşterek olan özellik «evlilik birliğinin *temelden sarsılmış olması prensibi*»nin belli ölçüler içerisinde etkili olmuş bulunmasıdır. Bu prensibin kabulü nisbetinde kusur prensibi» bazan daraltılmış, bazan da sadece müşahhas durumlara hasredilmiş, bazan da kanundan tamamiyle çıkarılmıştır. Son on yıl içerisinde, aile birliğinin temelinden sarsılmış olup olmadığını tayin hususunda *objektif* bir metod yerine *şekli* -maddî- bir kriter-yum bulma temayülü belirilmiş bulunmaktadır. Evvelce kanunlarca kabul edilmiş olan objektif ölçüye göre, evliliğe son verebilmek için onun «*tekrar kurulamayacak derecede* ağır bir surette -temelinden» sarsılmış olması lâzımdır. Bu ölçünün uygulanmasının zor oluşu, bazan da tamamiyle imkânsız bulunuşu, hukukçuları ailenin temelden sarsılıp sarsılmadığını tespit için daha basit ölçüler aramağa sevk etmiştir. Yeni görüşlere göre, kanun tarafından belli edilen bir süre kadar eşler fiilen birbirinden ayrı yaşamış ve buna rağmen birleşmemiş iseler, böyle bir evliliğin tekrar ku-

rulamayacak surette temelden sarsılmış olduğu kabul edilmelidir. Böyle bir durumun varlığı, evliliğin artık yürütülemez hale gelmiş olduğunun kabulü için yeterlidir (*H. Hinderling, SJZ. 1971 s. 269*).

1974 yılından bu yana İtalya, Fransa, Alman hukukunda bu istikamette gelişmeler olduğu ve kanunlarda bu prensip esas alınarak değişmeler yapıldığı, kusur prensibinden -boşanmanın kabulü veya reddi yönünden- aşağı yukarı, tamamiyle vaz geçildiği ve böylelikle «temelden sarsılma» prensibine itibar edildiği, «kusu-run» ise, ancak sadece boşanmanın hukuki sonuçları yönünden nazara alındığı bir gerçektir.

Aynı temayül belki biraz geç de olsa, İsviçre hukuk dünyasını da etkilemiş, ileride görüleceği gibi İsviçre Medeni Kanununda bu istikamette resmî çalışmalara girişilmiştir. Belki bu satırların yazıldığı sırada İsviçre Kanunları da değişmiş olabilir.

Daha doyurucu olmak için belli başlı batı memleketlerindeki mevzuatı ana hatları ile gözden geçirmeyi, Türk Medeni Kanununda yapılması düşünülen yenilikler yönünden, çok yararlı görüyoruz.

2) *İsveçte* : 11.6.1920 tarihli Aile Kanunu :

- Evlilik birliğini ortadan kaldırma hususunda mutabık kalan eşler boşanma isteğinde bulunabilirler (m.1).
- Eşlerden her birisi, bir düşünme süresinden sonra boşanma isteğinde bulunabilir. Bu süre en az altı aydır. Süre her ikisinin birlikte yaptığı boşanma isteğiyle başlar. Eğer bu istek eşlerden sadece biri tarafından yapılmış ise süre, boşanma isteğinin diğer tarafa tebliğinden itibaren işlemeğe başlar.
- Eşlerin en az iki seneden beri ayrı yaşamaları halinde bir düşünme süresine hacet kalmaksızın eşlerden her birisi boşanmak isteğinde bulunabilir.

3) *Norveç* : 30.4.1918 tarihli Kanuna göre :

- Evlenmeyi artık yürütemeyecekleri görüşünde olan eşler bu hususta mutabık iseler yetkili makamdan aralarındaki evliliğin kaldırılmasını isteyebilirler (m.41).

4) *Finlandiya* : 29.9.1948 tarihli Kanun (m.76) :

- Hâkimin kararı ile ayrı yaşamlarına karar verilmiş olan eşler, bir sene ayrı yaşamış ve bu ayrılık kararından sonra hiç birleşmemiş iseler, birisinin isteği üzerine, hâkim, boşanmaya karar verebilir.

Ortada bir mahkeme kararı olmadan, diğer eşin yaptığı isnatlar yüzünden en az üç seneden beri ayrı yaşayan eşlerden birisi hâkimden boşanma talebinde bulunabilir.

- Mahkemece verilmiş bir karar olmaksızın ,diğer eşin muvafakatiyle veya haklı bir sebep olmamakla beraber, diğer eşin davranışının buna sebep olmuş bulunması yüzünden, birbirinden ayrı yaşayan diğer eş, birlikte yaşamamanın hitamından itibaren bir sene içerisinde boşanma talebinde bulunabilir.

5) *İngiltere* : 20.2.1969 tarihli Kanun (1.1.1971 tarihinden itibaren yürürlüğe giren):

Bu kanuna göre, tek boşanma sebebi, evliliğin telafi edilemez surette *temelden sarsılmış* olmasıdır. Ancak, temelden sarsılmanın şu sebeplerden birisiyle meydana gelmiş olması lâzımdır :

- Eşlerden birisinin zinası,
- Dâvacının katlanamayacağı bir durumun mevcudiyetinin ispatı,
- Dâvalının dâvanın açılmasından hemen önce iki sene müddetle davacıyı terk etmiş olması,
- Eşlerin dâvanın açılmasından önce aralıksız olarak beş sene müddetle ayrı yaşamış olmaları.

Boşanma sebeplerinde köklü değişme yolunda İngiltere ve İskandinav memleketlerinde başlayan bu gelişme son on yıl içerisinde orta Avrupa memleketlerine sirayet etmiş, sıra ile İtalya, Fransa ve Almanya'da bu gelişme ve boşanmayı basitleştirme kanunleştirilmiştir. İsviçre'de ise, bu istikamette önemli bir yol katedilmiştir. Bu cümleden olmak üzere :

6) *İtalya'da* : 1942 tarihli olan İtalyan Medeni Kanununun boşanmaya ilişkin hükümleri 1.12.1970 tarihli yeni bir kanunla değiştirilmiş Katolik kilisesinin ağır baskısı ve katolik mezhebinin

tesiri ile boşanmayı reddeden İtalyan mevzuatı 1.12.1970 tarihli bir kanunla boşanmayı kabul etmiştir. Bu yeni kanuna göre, Medeni Kanun hükümlerine göre kurulmuş bir evliliğe kanunda gösterilmiş olan sebepler nedeniyle ve bir barıştırma denemesinin bir sonuç vermemiş olması kaydıyla son verilebilir (m.3).

Bu kanuna göre ayrıca, eşlerin aralıksız olarak ve beş sene süre ile ayrı yaşamış olmaları veya haklarında ayrılık kararı verilmiş olup da beş seneden fazla ayrı yaşamış bulunmaları halinde eşlerden her birisi hâkimden boşanma talebinde bulunabilir.

Bu suretle, İspanya dışında, bütün Avrupa memleketlerinde boşanma artık bir müessese olarak kabul edilmiştir .

7) *Fransa'da* : Yukarıda hukukî gelişmesini tespit etmiş olduğumuz Fransız boşanma hukuku 11.7.1975 tarihli kanunla yepyeni bir yöne dönmüştür. Yani kabul edilen yeni kanunla klâsik ve uzun yıllar sadık kalınmış olan kusur prensibi yanında sarsılma prensibine büyük ölçüde yer verilmiştir. Bu kanunun gerekçesi tarafımızdan elde edilememiş olmakla birlikte, Fransız hâkimler sendikaları birliğinin boşanma hukukunun yeniden düzenlenmesine ilişkin Fransız Adalet Bakanlığınca yapılan bir ankete verdiği cevap bu memleketteki görüşü ve duyulan ihtiyacı ve ayrıca kanulaşan prensipleri oldukça açık bir dille ifade eylemektedir. Hâkimler birliği sendikası bu hususta şöyle demektedir :

«Hâkimler sendika birliği ,boşanmaya ilişkin bugünkü hukuki düzenlemenin yetersiz ve uygulanabilme niteliğinin mevcut olmadığı yolundaki Fransız Adalet Bakanlığının bu hususa ilişkin tebliğindeki açıklanan görüşleri paylaşır.»

«Sorulara verilecek cevapların değerlendirilmesi bakımından önemli olan şu hususun söylenmesi gerekli görülmüştür : Hâkimler sendikası birliği, evliliği bozulamaz bir birlik olarak *büyüme ve yetismeye muhtaç olan çocukların faydasında* görür, Çocukların devamlı olarak, ana ve babalarını birleşmiş ve anlaşmış olarak, yanlarında görmek istemeleri tabii bir duygudur.»

«O halde eşlerden birisi tarafından yapılan bir boşanma isteğinin kabulü hususunda, adli makamların gözönünde bulunduracakları en önemli nokta, boşanmanın, bozulmak istenilen birlikten veya karı kocanın fiilen ayrı yaşamalarından sonraki fiili birlikten doğmuş bulunan çocukların faydasına olup olmadığıdır.»

«Boşanma sebeplerine gelince, iki *tarafın rızası* ile boşanmanın kabulü, ancak, bu isteğin samimi ve ciddi bir muhakeme sonunda yapılmış olması halinde mümkündür. O halde, adlî makamlar eşlerin bu istikametteki kararlarının ciddi, esaslı bir düşünme devresinden sonra verilip verilmemiş olduğunu kontrol etmelidirler.»

«Bu kayıtla, eşlerin birlikte yapacakları bir boşanma usulü kabul edilebilir. Bu takdirde ya taraflar boşanma ile birlikte onun sonuçları hakkında bir anlaşma yaparlar veya evliliğe son verilmesi hususunda bir prensip kararına varmakla yetinerek boşanmanın fer'i tedbirlerinin tayinini hâkime bırakırlar.»

«Taraflar arasında bir mutakabatın olmaması halinde, evlilik birliğinin yürütülmesinin mümkün olmadığından veya çekilemez hale gelmiş bulunmasından ibaret genel bir boşanma sebebinin kabulü mümkün gözükmektedir.»

«Fakat her halde, bir boşanma sebebinin kabulü halinde de, boşanmanın uygun olup olmadığını takdir hâkime ait olmalıdır. Hâkim bunu takdir ederken, aşağıdaki hususları gözönünde tutmak zorundadır : Boşanmayı istemeyen eşin durumu, adil bir surette gözönünde bulundurulmalıdır. Özellikle, sahih nesepli çocuklarda bu çocukların veya bilhassa eşlerin evlilik dışında sahip oldukları gayrimişru çocuklarının durumlarını, yeniden evlenmek suretiyle, meşru hale getirmeleri ihtimali, nazara alınacak hususlardandır.»

«Bu nedenle her iki eşin de boşanma hususunda mutabık olmaları halinde, bunlardan birisinin isteği üzerine, bir boşanma, ancak, iki ihtimalde mümkün olabilir :

— Eşlerden birisinin ağır ve tekerrür eden *kusurlu* davranışı ile evlilik birliğinin idame ettirilmesi diğer eş için katlanılamaz bir hal almış ise; bu bakımdan arızî bir zina hali gibi bazı belli halleri, çok kötü davranışlar grubuna sokup, onu kesin bir boşanma sebebi haline getirmemek gereklidir.

— *Kaybolma*, uzun süre ayrı yaşama, aklî hastalık, evlilik bağının kopmasını sonuçlandıran ağır bir malûliyet hali gibi objektif durumlarda, fiilî ayrılık süresinin ne kadar olacağının kanunda rakamla gösterilmesi mümkün değildir. Ayrıca, bu sürenin ne zaman işlemeğe başlayacağını saptanması da kolay değildir. Bunun için,

ayrı yasamanın sadece uzun sürmesinin kanun tarafından öngörülmüş olması yeterlidir.

Bu son hallerde, hâkim, katlanılması mümkün bir durumun avdet etmesi ihtimalinin bulunduğu takdirde, boşanma kararını geciktirmelidir. Boşanmaya karar vermesi halinde, hâkim boşanma isteğinde bulunana diğeri tarafından yardım borcu yüklenmeli, bedeni ve ruhî malûliyeti olanın ve bu nedenle kendisinden boşanılan eşin bütün yüklerini topluma yükletmemelidir. Eğer akıl malûliyeti hasta olan eşin kendi kusuru yüzünden örneğin fazla alkol almasından ileri gelmişse, masum olan eşe, herhangi bir yük yükletilmemelidir.

Fakat her halde hâkim *Nemo auditur ...* kuralından hareketle, boşanma isteğinin doğrudan doğruya ve esaslı surette sorumlu olacağı bir durumun varlığı halinde boşanmanın çocukların veya masum olan eşin faydasına zarar vereceği hallerde boşanma isteğini kabul etmemelidir.

Hâkim, objektif durumları gözönünde tutmak suretiyle, söz konusu olabilecek menfaat üstünlüklerini iyice inceleme ve takdir etme imkânına sahip olmalıdır. Bu cümleden olmak üzere, ciddi bir neden olmadan yuvasını terk etmiş olan bir eş hakkında verilecek karar ile başka bir fiili birlikten doğma çocuğunun nesebini düzetme veya yeni bir yuva kurma amacıyla yapılmış olan boşanma isteği hakkında farklı hüküm verilebilmelidir (Le pouvoir judiciaire 1975 N. 269, s. 10).»

Bu mülâhazalarla hazırlanmış olan Fransız Medeni Kanun tasarısı Fransız parlamentosunca 11.7.1975 tarihinde kabul edilerek kanunlaşmıştır. Yeni kanuna göre :

1. Fasıll

Boşanma Halleri

Madde 229 : Şu hallerde boşanmaya hüküm olunabilir :

- Karşılıklı rıza ile
- Müşterek hayatın kopması ile
- Kusurlu olma halinde .

KISIM I**KARŞILIKLI RIZA İLE BOŞANMA****§ 1. Boşanmanın eşlerce birlikte istenmesi**

Madde 230 — Eğer eşler boşanmayı birlikte istemiş iseler, bunun nedenini bildirme zorunda değildirler. Bu takdirde eşler, yalnızca boşanmanın sonuçlarına ilişkin olarak yapacakları bir sözleşme tasarısını onaylamak üzere hâkimin tasdikine sunmak zorundadırlar.

Boşanma isteği, tarafların avukatları tarafından yapılabileceği gibi, onların müşterek bir avukatı tarafından da yapılabilir.

Tarafların rızası ile boşanma isteği, evlenmenin akdi tarihinden itibaren altı ay içerisinde yapılamaz.

Madde 231 — Hâkim boşanma isteğini her eşle ayrı ayrı inceler, sonra onları birleştirir ondan sonra da onların avukat veya avukatlarını davet eder.

Eğer eşler boşanma isteğinde ısrar ederlerse, hâkim, üç aylık bir düşünme süresinden sonra isteklerini yenilemeleri lüzumunu kendilerine bildirir.

Boşanma isteğinin düşünme süresinin sona ermesi tarihinden itibaren yenilenmemiş olması halinde bu istek hükümsüz hale gelir.

Madde 232 — Tarafların boşanma arzularının gerçek olduğu ve eşlerin bu isteği serbestçe yaptıkları kanaatine varırsa hâkim boşanmaya hüküm verir. Hâkim aynı kararda boşanmanın sonuçlarına ilişkin olarak tarafların aralarında yapmış oldukları sözleşmeyi de tasdik eder.

Hâkim, çocukların veya eşlerin menfaatlerini yeteri kadar düzenlemediğini görürse sözleşmeyi tasdik etmez.

§ 2. Boşanmanın eşlerden birisi tarafından istenmesi ve diğerince kabul olunması

Madde 233 — Müşterek hayatın yürütülmesini katlanılamaz hale getiren bir takım olayların varlığı halinde, eşlerden birisi boşanma isteğinde bulunabilir.

Madde 234 — Eğer eş, hâkimin huzurunda bu olayların varlığını kabul ederse, hâkim, kusurun kime ait olduğunu araştırmadan boşanmaya karar verir. Bu suretle hükme bağlanmış olan bir boşanma, müşterek kusur üzerine vuku bulmuş bir boşanmanın sonuçlarını doğurur.

Madde 235 — Eğer diğer eş, boşanma isteğinde bulunanın ileri sürdüğü olayları reddederse, hâkim boşanma isteğini reddeder.

Madde 236 — Eşler tarafından yapılan beyanlar, başka bir adli dâvada hiç bir surette delil olarak kullanılamaz.

KISIM II

MÜŞTEREK HAYATIN KOPMASI NEDENİYLE BOŞANMA

Madde 237 — Altı seneden beri fiilen ayrı yaşamaları halinde eşlerden birisi, müşterek hayatın kopmuş olması nedeniyle boşanmayı isteyebilir.

Madde 238 — Keza, aynı surette eşlerden birisi, altı seneden beri o derecede ağır ruhi bir çöküntüye düşmüştürki, bu yüzden artık müşterek bir hayat mevcut olmadığı gibi akla en yakın tahminlere göre, gelecekte de bu, kurulamaz gözüküyorsa, eşlerden birisi boşanmayı isteyebilir.

Madde 239 — Bütün yükümlülükler, müşterek hayatın kopması nedeniyle boşanma isteğinde bulunan eşe aittir; Boşanma isteğini yaparken, eşine ve çocuklarına karşı olan ödevlerini yerine getirme imkânlarını sağlama zorundadır.

Madde 240 — Eğer diğer eş, yaşı veya evlilik süresi nedeniyle, kendisi veya çocukları için boşanmanın maddî ve manevî istisnâî derecede ağır sonuçlar verdiğini ispat ederse, hâkim boşanma isteğini red eder.

Hakim, 238. maddede öngörülen halde de boşanma isteğini kendiliğinden red edebilir.

Madde 241 — Müşterek hayatın kopmuş olmasına dayanma suretiyle boşanmayı isteme ancak davayı açan (esas davayı açan) eş tarafından ileri sürülebilir.

Diğer eş, ancak o zaman açacağı karşı davada esas davayı açanın kusurlarını ileri sürebilir. Bu karşı dava ile ancak boşanma is-

tenebilir, ayrılık istenemez. Eğer hakim, karşı davayı kabul ederse, esas davayı (davayı ilk açanın davasını) red eder ve boşanmaya ilk davacının aleyhine olarak hükümeder.

KISIM III

KUSUR NEDENİYLE BOŞANMA

Madde 242 — Bir eşin evliliğin icabı olan yükümlülüğü ve borçları ağır surette veya tekrar tekrar ihlal etmesi yüzünden de müşterek hayatın çekilemez hal almış olması halinde, diğer eş, boşanmayı isteyebilir.

Madde 243 — Bir eşin Ceza Kanununun 7. maddesinde öngörülmüş olan cezalardan birisine çarptırılmış olması halinde diğer eş boşanma davası açabilir.

Madde 244 — Eşlerin barışmış olmaları halinde, daha önce vukua gelmiş olan olaylar nedeniyle boşanmaya hüküm olunamaz.

Bu takdirde hakim davayı red eder. Bununla beraber, barışmadan sonra öğrenilen veya yeniden vukua gelen sebepler nedeniyle yeni bir boşanma isteği mümkündür. Bu takdirde daha önceki olaylara, yeni yapılan boşanma isteğinde de dayanılabilir.

Bir zorunluluk sonucu veya bir barışma ümidi ya da çocukların eğitimleri amacıyla müşterek hayatın devam ettirilmiş veya geçici olarak kurulmuş olması barışma sayılmaz.

Madde 245 — Boşanma isteğinde bulunan eşin kusuru isteğinin incelenmesine engel değildir. Bununla beraber boşanma isteğinde bulunanın kusuru diğer eşe kabili isnad ve bir boşanma sebebi olabilecek ağırlıkta olan olayların ağırlığını ortadan kaldırılabılır.

Bu kusurlar diğer eş tarafından karşı dava şeklinde açılan davada da ileri sürülebilirler. Eğer her iki istek de mahkemece kabul edilmiş olursa, boşanmaya iki tarafın da kusuru nedeniyle hükümlenir.

Bir karşı dava açılmamış olsa bile, davanın seyri sırasında, tarafların kusurları açığa çıkmış ise, keza boşanmaya iki tarafın kusuru ile hükümlenir.

Madde 246 — Eğer boşanma 233-245 gereğince istenmiş ise, esas hakkında karar verilmeden önce, eşler boşanmanın sonuçlarına ilişkin olarak aralarında düzenlemiş oldukları anlaşma tasarı-sı hakkında mutabakatlarını mahkemenin müşahade ve tasdik etmesini istiyebilirler.

Bu takdirde 231 - 232. maddelerin hükümleri uygulanır.

8) *Almanya'da* : 1975 tarihli kanunla Alman Boşanma hukukunda yapılan değişiklikler ve getirilen yenilikler :

a) Kuzey Amerika devletlerinin bazıları ile yukarıda işaret etmiş olduğumuz İskandinav memleketlerinde kabul edilen yeni kanunlarla boşanma hukuku daha serbest esaslara göre yeniden düzenlendi. Bazı Doğu Avrupa memleketlerinde olduğu gibi, Batı Almanya'da da «evlilik birliğinin temelinden sarsılması prensibi» bir boşanma sebebi olarak kabul edildi. Etrafında cereyan eden bu olaylara Almanyanın bigane kalması mümkün değildi. Bu nedenle 1970 yılı Eylül ayında Mainz şehrinde «boşanma ve boşanmanın hukuki sonuçları hakkında reform» sorunu ile Federal Alman Adliye Bakanlığı tarafından bir tartışmaya konu olmak üzere hazırlanmış bulunan bir proje üzerinde, bir bilimsel hafta düzenlendi. Bu bilimsel haftada yapılmak istenilen yeniliklerin özellikle boşanmaya ilişkin olanları çoğunlukla uygun görüldü. Burada alınan kararlar hakkında bk. (Fam. RZ. 1970 s. 535). Bu suretle olgunlaştırılan projenin 1975 sonbaharında Federal Meclislerce kabul edilip kanunlaşmasıyla Alman boşanma hukukunda önemli değişiklikler yapıldı ve ileri adımlar atıldı.

Bu kanunla kabul edilen ana fikir şu suretle özetlenebilir :

Hâkim, evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olup olmadığını veya eşlerin kusurlu bulunup bulunmadığını incelememelidir. Bu suretle, evvelâ «kusur» sorunu bir boşanma sebebi olarak terk olunmaktadır. Bununla beraber «temelden sarsılma prensibi» muhafaza edilmektedir. Hatta yapılan bir değişiklik, temelden sarsılma prensibinin kusur prensibi aleyhine bir zaferidir denebilir (*Hinderling*, SJZ 1971 18 s. 271). Bununla birlikte, temelden sarsılmanın var olup olmadığını yani bunun ispatı 1946 tarihli Aile Kanunundan daha çok farklı şekle tabi tutuldu. Buna göre, eşler belli bir süre fiilen birbirinden ayrı yaşamış iseler, evlilik birliğinin kökünden sarsılmış olduğu kesin olarak kabul edilir; bunun aksinin ispatı da mümkün

değildir. Buna göre belli süre içerisinde birleşmemiş bulunan karı-kocanın teşkil ettikleri bir aile, artık «yürümez» (ist gescheitert) bir hale gelmiş demektir, ayrı yaşama süresi ise, eşlerin boşanma hususunda mutabık olup olmamalarına göre farklı olmalıdır. Eğer eşler boşanma hususunda mutabık iseler bu süre bir senedir. Eğer mutabık değiller ise üç senedir. Bu suretle temelden sarsılmış olma, *şekli* bir nitelik iktisap etmektedir.

Kusuru da kapsayıp kapsamadığı nazara alınmaksızın, diğer boşanma sebepleri tamamıyla kanundan çıkarıldı. Sadece zina hali özel bir boşanma sebebi olarak muhafaza edildi. Şu özelliklerdir ki bu takdirde de boşanma için önce belli bir sürenin geçmiş olması şartı yoktur. Bundan başka, dâvacıdan belli bir sürenin sonuna kadar beklemenin istenemeyeceği hallerde de yine bu müddetin tamamını beklemeden boşanmaya hükmolunabilir.

Birliğin sarsıldığının kabulünün bu suretle şekle bağlanmış olmasının, nedeni hâkimi gereksiz olarak araştırmalar yapmaktan kurtarmaktır. Zira, hâkim, gerçekten birliğin sarsılmış olup olmadığını arayıp gerçeği bulma imkânına sahip değildir. Çünkü taraflar, çoğu zaman, gerçek boşanma sebebini mahkemede söylemezler. Ayrıca karı koca arasında son derecede mahrem olan ilişkilere kadar hâkimin nüfuz etmesi, şahsiyet haklarına da aykırı düşer. Hâkim, hiç bir gerçeği öğrenemez o sadece tarafların seçerek huzuruna getirdikleri -bazan son derecede yapmacık olan- vakıalar üzerinde bir sonuca varmak ister. Oysa, işin esası bu değildir. Kanunun gerekçesinde şöyle denmektedir :

«Boşanma hukukunun yeniden düzenlenmesi : Şimdiye kadar *temelden sarsılma* prensibiyle karşılıklı kusur prensibi boşanma hukukunun esasını teşkil etmekteydi. Buna göre, eşlerden birisi kusurlu olarak, evlilik görevini ihlâl etmiş ve bu da ispat olunmuş ise boşanmaya hükmolunabilirdi. Boşanabilmek ve nafaka, dul kalmadan dolayı bakma zorunluğunun ve çocukların bakımına katılma parayına daha fazla hükmedilebilmesi için, kusurun boşanma dâvasının görüşülmesi sırasında ispatı zorunlu idi.

Buna karşılık proje, *tek bir hali* boşanma sebebi, *evliliğin kendisinden beklenen amaca artık erişemez hale gelmiş olmasını* kabul etmektedir. Evliliğin her sarsılması değil, yalnızca kesin bir temelden sarsılma boşanmayı mucip olacaktır. Bu nedenle, proje ötedenberi kullanılan «sarsılma» deyimini değil, yalnızca *Scheitern*

(= evliliğin amaca varamaz olması, evliliğin çökmüş olması» deyişimini kullanmaktadır. Eşlerin üç yıl birbirinden ayrı yaşamış bulunmaları artık evliliğin amacına varamaz hale gelmiş olmasına bir karine teşkil eder. Eşlerin arzu etmiş olmaları halinde bir senelik ayrı yaşama da yeterlidir.

Sarsılma prensibinde, sadece evliliğin objektif yönü hâkim için önemlidir.

Hâkim için objektif bir ölçü verilerek sarsılma prensibi ile boşanma dâvalarında gerçeğin ortaya çıkarılmasına çalışılır.

Sarsılma prensibinin kabul edilmesiyle, evliliğin hayat boyu kurulmuş olması kuralına bir hâle getirilmiş değildir. Bu kuralın boşanma hukukunda da ifade edilmesine gerek yoktur. Bu kuralın —şimdiye kadar olduğu gibi— kanun tarafından evlenme akdinin kuruluşuna ilişkin hükümler arasında ifade edilmiş olması yeterlidir (Aile Kanunu m. 13/II).

Evliliğin bir ömür boyu için kurulmuş olduğu fikrinden hareketle kanunda *istisnâî hükümler* (= *Haerteklusel*) de öngörülmüştü. Bu hükümlere göre, evlilik artık amacına varamaz hale gelmiş olmasına rağmen hâkim boşanma isteğini reddedebilir. Aile kanununun çok tenkit konusu olmuş bulunan 48/II hükmü hilâfına sözü edilen «istisnâî hükümler» ancak uç hallerde uygulanabilecektir.

İktisadî durumlar asla bu anlamdaki istisnâî durum olamaz. Bu gibi hallerde —projenin öngördüğü gibi— daha iyi bir bakım ve sosyal korunma, fiili bir bakım ve ihtimam söz konusu olur. Evlenmenin bir *bakım kurumu olarak değerlendirilmesi söz konusu olmadığından* bu gibi hallerde boşanmanın reddi haklı olamaz. Her boşanmada sert ve istisnâî durumlar vardır. Bu nedenle, her zaman rastlanılan sertlikler nazarı itibare alınmaz.

Ancak fevkalâde bir durumun varlığı halinde -Aile Kanununun m. 48/II de olduğu gibi- istisnâî (sert) hükümlerin uygulanması için, boşanmaya razı olmayan eşin bunların uygulanmasını istemesi yeterli değildir. Hâkim, her iki tarafın da istek ve iddialarına bakacaktır. İstisnâî hüküm sadece müşterek hayatın yokluğuna rağmen, menfaatlerin karşılaştırılması sonunda, aralarındaki evlilik bağının sadece hukuken yürütülmesinin gerekli görülmesi halinde mümkündür.

İstisnaî (sert) hüküm sadece karşılıklı menfaatlerin karşılaştırılması sonunda aralarındaki evlilik bağının yürütülmesini, müşterek hayatın yokluğuna rağmen, gerekli görülmesi halinde, uygulanacaktır».

Bu esaslar dahilinde kabul edilen Alman kanununun, boşanmaya ilişkin hükümleri şunlardır :

Madde 1565 — Evlilik artık çökmüş ise, boşanmaya karar verilebilir. Eşler arasında artık müşterek bir hayat yoksa ve bunun yeniden kurulması da eşlerden beklenemezse, evlilik birliği *çökmüş* demektir.

Madde 1566 — 1) Eşlerin üç seneden beri birbirinden ayrı yaşamaları halinde, evlilik birliğinin *çökmüş* olduğu karine ile kabul olunur.

2) Eğer eşler bir seneden beri ayrı yaşadıkları gibi her ikisi de boşanmak isteginde bulunmuş iseler, aksi ispat edilemeyecek surette evliliğin çökmüş olduğu kabul edilir.

Madde 1567 — 1) Eşler aynı evde yaşamıyorlar veya onlardan birisi aynı evde yaşamayı açıkça reddediyorsa, onlar ayrı yaşıyor demektir. Eşlerin aileye ait evde ayrı yaşamaları halinde de ortak yaşama hali yoktur.

2) Eşlerin barışmalarına yarayacak kısa süreli birlikte yaşamaları 1566. maddede sözü edilen süreyi kesmediği gibi, onu askı halinde de tutmaz.

Yeni Alman kanununun boşanmayı bu suretle adeta mekanik bir hale getirmesi şöyle izah olunmaktadır :

«Hâkim evlilik birliğinin sarsılmış olduğunu, bunun derece ve nedenini elindeki imkânlarla göre ekseriya sıhhatli olarak tespit etme imkânına sahip değildir. Çoğu zaman, mevcut olan ve eşlerin ayrılması isteğini gerekli kılan olay mahkemede söylenmiş veya mahkemeye görünenden başka olan bir olaydır. Bu nedenle hâkimden, fazla bir şey beklemekten vazgeçme zorunluğu vardır. Hatta öyle ki, bazan, evvelce bir kusur olarak nitelendirilen, evliliğin yürütülemez hale gelmiş olmasının bir ifadesidir ve bu tek yönlü olarak muhakeme edilemez. Birliğin sarsılmış olduğunun ve nedenlerinin maddi olarak incelenmesinden kaçınmak da lâzımdır. Zira daha fazla ileri gitme ve bu noktaları da hâkime inceletme kişinin

anayasal ve şahsiyet haklarına bir tecavüz teşkil eder». (Diskussion-sentwurf s. 30, Refarat Müller - Freienfels, Sitzungsbericht, M. 11 Hinterling, S'Z 67 (1971) s. 272).

Alman kanununun işaret etmiş olduğumuz hükümlerinden şu sonuçları tespit etmek icabeder :

— Kusur, boşanma yönünden, tamamiyle bir tarafa bırakılmıştır. Eşlerden birisinin kusuru yüzünden veya hiç kusuru olmadan evlilik birliğinin kökünden sarsılmış olması, tek başına, boşanmak için yeterli görülmüştür. Böylelikle kusur prensibi yerini, tamamiyle kökten sarsılma prensibine terk etmiştir. Kusur, boşanmanın fer'i sonuçlarında nazarı itibare alınan tali bir faktör olarak kabul olunmuştur.

— İsviçre ve Türk Medeni Kanunlarından farklı olarak, hâkim, evlilik birliğinin yeniden tesisinin mümkün olup olmadığını ve bunun eşlerden beklenebilir bulunup bulunmadığını arama zorunda kalmaksızın, evliliğin çökmüş ve akamete uğramış olmasını boşanmaya hüküm için yeterli görmüştür. Bu nedenle hâkim, evliliğin çökmüş, kendisinden bekleneni veremez hale gelmiş olduğunu gördüğü takdirde boşanmaya hükmedecektir. Daha fazlasıyla değil.

— Evliliğin çökmüş, kendisinden bekleneni veremez hale gelmiş olduğunu, hâkim bazan, maddî, mekanik ölçülerle tespit edebilecektir. Ezcümle, eşler bir sene süre ile ayrı yaşamış ve ayrıca buna rağmen birlikte boşanmayı istemişler veya diğerinin açtığı dâvayı kabul etmiş ise bu, yeterli görülmelidir. Bu takdirde eşler arasında aile bağı çökmüş ve ayrıca bu da sabit demektir.

— Eğer dâvalı eş, dâvacı eşin evliliğin temelden sarsılmış olduğu iddiasını reddediyorsa, bir sene yerine üç senelik bir ayrı yaşamış olma, boşanma talebinin kabulü için yeterlidir. Bu halde de hâkim birliğin kökünden sarsılmış olup olmayacağını araştırmıyacaktır. Böylelikle her iki halde de hâkimin görevi son derecede kolaylaşmış olmaktadır.

Söz konusu müddetlerin geçmiş olması evlilik birliğinin çökmüş olduğunun aksinin ispatı mümkün olmayan bir karinesidir.

— Kusur ancak sert (istisnâî) hükümlerin uygulanması yönünden tetkik olunabilecektir.

İşaret olunan bu şekli şartların varlığı evlilik birliğinin sona ermesi ve çökmeye halinin kabulü için lâzım ve yeterlidir.

9) *İsviçrede*: İsviçre'de boşanma hukuku üzerinde yeni temayüller ve bu husustaki çalışmalar :

Bilindiği üzere İsviçre Medeni Kanununa göre de, evlilik, hayat boyunca devam edecek bir birliktir. Böyle bir bağlılık, şahsiyet haklarına aykırı değildir; zira bu bağlılık toplumun temeli olan ailenin idamesi maksadiyle kurulmuştur; bu ise ahlaka aykırı olamaz. Bununla birlikte, evlilik her şeyden evvel evlileri ve çocukları ilgilendiren bir müessesedir; bu müessese de amacının varlık nedenini kaybedebilir. Evlilik değerini her iki eş nezdinde de kaybetmiş olabileceği gibi, sadece bunların birisi nezdinde de kaybedebilir. Bu takdirde, evlilik bağına son verilmelidir.

İsviçre Medeni Kanunu bu fikirden hareketle, bazı özel ve hukuki anlayışa zıt olan hallerde ve bu arada tedavisi kabil olmayan akıl hastalıkları halinde boşanmayı kabul eyledi; bunlar belli boşanma sebepleridir. Bunların yanında bir de genel boşanma sebebi kabul olunmuştur. O da o tarihte başka memleketlerin mevzuatının henüz bilmediği «evlilik birliğinin kökünden sarsılmış olması» nedeniyle olan boşanma halidir (İMK. 142, TMK, 134). İsviçre Medeni Kanununun hazırlanması sırasında mütehassıslar komisyonu tarafından projeye ilave edilmiş olan bu hükme göre, davalının kusuru da olmasa, evliliğin temelinden sarsılmış olduğu, bu birliğin yeniden kurulması, duruma göre, eşlerden veya onların birisinden beklenemez ise evliliğe artık son verilmelidir. Bu, bugün «sarsılma prensibi» dediğimiz kuralın resmen ifadesinden başka bir şey değildir. Ancak bir halde boşanma mümkün olmayacaktır o da evliliğin bu hale gelmesine bizzat dâvacının kusuru ile sebebiyet vermiş olması veya bu hale gelmiş olmasından daha ziyade dâvacının kusurlu olmuş bulunması halidir. (İMK. 142/II, TMK. 134/II). Bununla beraber, Federal Mahkeme içtihatları zina dışında ve İMK 137'de hükme bağlanan özel boşanma sebeplerinde de «temelden sarsılma» kuralını uyguladı (BGE 90 II 161, *Hinterling* SJZ 71. s. 254).

Bu suretle söze (lâfza) göre «mutlak boşanma sebepleri» olan hallerde nisbi boşanma sebebi haline getirildi. Federal Mahkemenin en yeni içtihadı zina sebebiyle boşanmada da bu unsuru aradı (BGE 98 II 161). Böylelikle umumi boşanma sebeplerine ilişkin İMK 142 hükmü adeta diğer özel boşanma sebeplerini arka plâna itti. Özellikle İkinci Dünya Savaşından sonra sosyal ve ekonomik şartlarda

ve görüşlerde büyük değişiklikler meydana geldi. Bu değişiklikleri takiben hemen bütün batı ülkelerinde —yukarıda görüldüğü üzere— boşanma hukuku yeniden düzenlenmeye başlandı. Görüldüğü üzere İsveç, Norveç, İngiltere, Finlandiya, İtalya ve nihayet geçen sene Fransa ve Almanya'da boşanma hukukunda esaslı yenilikler kabul edildi ve bu gelişme, boşanmanın kolaylaştırılması şeklinde oldu. Bittabi bunun İsviçrede de etkileri olacaktı. Nitekim son yıllarda, bu hususta çok ilginç yazılar neşredilmeye başlandı.

Zürich Üniversitesi profesörllerinden *Max Keller* 1970 Nisan ayında yayınladığı (SJZ 66. 113) «Rızaî boşanma» adlı makalesinde, Medeni Kanun hükümlerini eskimiş ve bunların kantonlarda farklı uygulamalara sebep olduğu, genel boşanma sebebi olan İMK 142 hükmünü, diğer özel boşanma sebeplerini arka plâna ittiği, 142. maddenin uygulanmasının fiilen bir rızaî boşanmadan ibaret olduğunu, bu nedenle rızaî boşanmanın kanunileştirilmesine işaret etmiştir. Keza, Basel Üniversitesi profesörllerinden olup boşanma hukuku üzerindeki çalışmaları ile tanınmış bulunan *H. Hinterling*, Nisan 1971 de (SJZ 67. s. 269, s. 292) yayınladığı «boşanma hukukunda önemli değişmeler» adlı makalesinde başka memleketlerdeki, özellikle o zaman bu alanda Almanya'da yapılmakta olan çalışmaları inceledikten sonra, İMK. 142/II nin fiiliyatta gösterdiği zorluklara ve bunların giderilmesi için Medenî Kanunda bir değişikliğin yapılmasına işaret etmiştir.

Hinterling —daha sonra kanunlaşmış olan— Almanyadaki çalışmaları ele almış; fakat İMK. 142/II de hükme bağlanan dâvacının kusurunun kusursuz dâvalı tarafından def'an ileri sürülmesinin bir süre ile sınırlanmasının İsviçre için sorunun çözümlenmesine yeterli olacağı görüşünü savunmuştur; yazar, Medeni Kanunun aile hukukunun nesep, evlat edinme, velâyet, vesayet karı - koca malları gibi sorunlarının günün ihtiyaçlarına uygun bir hale getirilmesinin Federal Adalet Bakanlığınca etüt konusu yapıldığına işaret etmekle beraber —o tarih için— nazik ve son derecede politik —mezhep farkları nedeniyle— olması dolayısıyla boşanma sorunlarının henüz üzerinde yeteri kadar durulamadığına dikkati çekmektedir.

Aynı yazarın 24 Mayıs 1975 tarihinde hâkimler derneğinde vermiş olduğu «boşanma hukukunda sorunlar (değişiklik çalışmalarının bugünkü durumu)» adlı konferansı SJZ'nin 1 Eylül 1975 tarihli sayısında yayımlandı. Bu mahalede kanunlaşmış olan

yukarıda işaret etmiş olduğumuz Alman kanununda yapılacak değişikliklerin esasları bir defa daha gözden geçirilmekte ve İsviçrede boşanma hukukunda yapılacak değişikliklerde yeni Alman Kanununun etkileri ele alınmakta ve bu hususta yapılmakta olduğu anlaşılan çalışmaların durumu ve muhtemel yeni İsviçre boşanma hukukunun ana hatları üzerinde bilgi verilmektedir. Prof. *Hinderling'in* verdiği bu bilgiden çıkarabildiğimiz sonuç şudur :

— İsviçre Medeni Kanunundaki zinaya ilişkin m. 137 (TMK. (129). hükmü bir tarafa bırakılırsa, diğer boşanma sebepleri genel boşanma sebebini hükme bağlayan m. 142 (TMK, 134) tarafından geri plâna itilmişlerdir. 1973 yılı İsviçre istatistiklerine göre bu yıl içerisinde vuku bulan 8.030 boşanmadan 6169'u İMK. 142 (TMK. 134) de, 1805'i zina halini hükme bağlayan 137'ye, 56'sı da diğer boşanma sebeplerine göre vukua gelmiştir. Bu oran katolik veya protestan kantonlarda biraz farklı olmakla beraber genel görünüm bütün İsviçre için aynıdır.

— Aynı sorunlarla karşı karşıya olan diğer memleketlerde —İtalya dahil— boşanma kolaylaştırılmıştır. Başka memleket kanunlarının, özellikle 1975 Sonbaharında kanunlaşmış olan Alman projesi modeline göre belli bir süre ayrı yaşamış olan eşlerin hâkimden boşanmayı istemeleri kabul edilmiştir. Alman hukukuna göre birbirinden fiilen bir sene ayrı yaşamış olan eşler boşanmayı isteyebilirler. Bir yıl ayrı yaşamış olma ve bu sürenin sonunda eşlerin boşanmaya karar vermiş bulunmaları evliliğin artık beklenen sonucu veremez olduğunu yeteri kadar ispatlamaktadır. Eğer bu ayrı yaşama üç sene sürmüş ise, dâvalı istemese bile eşlerden birisi boşanmayı hâkimden isteyebilmelidir. Bu suretle yeni Alman sistemi, ailenin *temelinden sarsılmış* olmasının kabulü için bir zaman ölçü ve unsurunu lâzım ve yeterli görmüştür. Böylelikle İsviçre - Türk hukukunda kabul edilmiş olan evlilik birliğinin temelden sarsılmadığı, sarsılmış ise bunun ne ölçüde olduğu, buna rağmen, evlilik birliğinin tekrar kurulmasının mümkün bulunup bulunmadığı, bu cihetin eşlerden beklenip beklenemeyeceğinin hâkim tarafından incelenmesine gerek ve ihtiyaç olmaksızın sadece işaret olunan şekli şartların mevcut bulunması boşanmanın hâkim tarafından kabulü için yeterli görülmüştür. Yani, bu şartların varlığı halinde evlilik birliği, hem kökünden sarsılmış, hem de aile birliğinin yeniden tesisi mümkün değildir ve bu sabittir. Hâkim artık başka bir araştırma yapmayacaktır. Bu çözüm şekli, evlilik birliğini kira

veya hizmet akdinde olduğu gibi feshi ihbarla sona erebilen adı bir akdi ilişki haline getirmektedir.

Yeni Alman sistemi kusuru tamamiyle bir tarafa bırakmaktadır. Buna göre kusur modern hukukta, özellikle evliliğin sarsılmış olmasında önemini kaybetmiştir. Önemli olan, evlilik birliğinin kendisinden beklenen amacı gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceğidir. İsviçrelilerin görüşüne göre, boşanmada *kusurdan* tamamiyle vazgeçme mümkün değildir. Kusurdan tamamiyle vazgeçme, bugünkü ahlâkî anlayışımıza ters düşecektir. Aile ilişkisinde kusur bir trafik kazasında kusurlu olma veya olmamaya benzemez. Kusurlu eş, gerek boşanma sebebine dayanma gerekse bunun sonuçlarında farklı surette işleme tabi tutulmalıdır.

Bir süre ayrı yaşama sonunda boşanmayı mümkün kılmanın hâkimin görevini kolaylaştırması, boşanmayı objektifleştirme, yapmacık bir ihtilâf yaratmayı önleme gibi faydaları vardır. Fakat bu metod her ailenin içinde bulunduğu özelliği, eşlerin gerçek ve samimi fikirleri hakkında bir fikir vermeğe tam olarak elverişli değildir.

— İsviçre hukukunda kabul edilmiş bulunan daha fazla kusurlu olanın boşanmayı istemesine mani olan 142/II (TMK 134/II) hükmünün islah edilmesi gerekir ve bu mümkündür.

b) Çalışmalar : Bu esaslar dahilinde özel bir komisyon tarafından hazırlanan tasarının şimdilik şu esasları ihtiva ettiği *Hinterling*'in yazısından anlaşılmaktadır :

— İMK. 142/I'de hükme bağlanmış olan «temelden sarsılma» prensibi muhafaza edilmelidir. Ancak, bu, hükmü gereği şekilde uygulayabilmek için hâkimler de yeteri kadar yetiştirilmelidir.

— Kökten sarsılma prensibi uygulanırken, Alman sisteminde olduğu gibi, «evliliğin artık çökmüş, amacına erişemez hale gelmiş» olup olmadığı değil, eşlerden «*evliliği yürütmenin beklenebilir beklenemeyeceği*» aranmalıdır. Diğer bir deyimle, evliliğin akibeti fiili ve belli ölçülere göre değil, onların «evliliği kurtarma yolundaki arzularına» göre belli edilmelidir.

— Bu münasebetle «eşlerin rızasıyla boşanma» sından söz etmek mümkündür. Bu tür bir boşanma, özellikle çocuksuz aileler hakkında, İMK, 142/I'in hükmüne sığınarak İsviçre'de çok uygu-

lanmaktadır. 1973 yılında cereyan eden 8030 boşanmadan sadece 64'ünün reddedilmiş bulunması bu gerçeği yeteri kadar göstermektedir. Bunu gözönünde bulunduran komisyonun, eşlerin fiilen birbirinden bir sene ayrı yaşamaları halinde, her ikisinin talebi veya bunlardan birisi tarafından açılmış olup da diğeri tarafından kabul edilen bir boşanma dâvasında hâkimin boşanmayı kabul etmesinin mümkün olacağı görüşüne varılmıştır. Diğer taraftan, her şeyden önce eşleri ilgilendiren evliliğe, ciddi ve samimi olmak kaydıyla yine onların son vermeleri tabii görülmekte ve bu çözüm de «evliliğin kökünden sarsılması prensibine aykırı bulunmamaktadır. Eşlerin belli bir süre içerisinde ayrı yaşamış olmaları, buna rağmen birleşmeyi reddetmeleri, birliğin kökünden sarsılmış olması hususunda, aksinin ispatı mümkün olmayan bir karine meydana getirmektedir.

— Kusur sorununa gelince, kusur, İsviçre boşanma hukukunun düğüm noktasını teşkil etmektedir. Evliliğin kökünden sarsılmış olması halinde de kusuru nazarı itibare alınmış bulunan İMK. 142/II (TMK. 134/II) hükmü yeni düzenlemede nasıl olmalıdır? Bu hükme göre, kendi kusuru ile evliliğin kökünden sarsılmasına sebebiyet vermiş olan veya ailenin bu duruma gelmesinde kusuru ağır basan eş, bu nedenle boşanma talebinde bulunamaz. Bu hüküm MK. 2/II de hükme bağlanmış bulunan genel kuralın özel bir uygulama halidir. Yani hem evlilik birliğinin sarsılmasına sebep olmak ve hem de bunu bir boşanma sebebi olarak ileri sürmek iyiniyet kurallarına aykırı ve bir hakkın kötüye kullanılmasıdır. Kanun bunu önlemek için İMK. 142/II (TMK. 134/II) hükmünü öngörmüştür. Buna göre, dâha fazla kusurlu olanın şikâyete hakkı yoktur. Böyle bir eş tarafından açılan boşanma dâvasına karşı, kususuz veya kusuru az olan eş 142/II (TMK. 134/II) deki def'i ileri sürebilir. Fakat bu hüküm muhtelif şekilde kötüye kullanılmaya müsait ve fiilen de kötüye kullanılmıştır. Samimi olmadığı halde bu hükme dayananlar ve böylelikle artık anlamsız hale gelmiş sadece şekli ve mumyalaşmış evlilikleri meydana getirdiği gibi ayrıca bu durum bir alış - veriş ve spekülasyon konusu olmakta, diğer taraftan para koparmak için bir fırsat teşkil etmektedir veyahutta paralı olanın bu hükme dayanma ve para verme suretiyle 142/II (TMK. 134/II) hükmüne dayanma hakkı kolayca bertaraf edilmektedir. Bu nedenle, 142/II (TMK. 134/II) hükmünün zararlı yönleri yok edilmelidir. O halde, prensip itibariyle, İMK 142/II (TMK.

134/II) hükmü esas itibariyle muhafaza edilmekle beraber, ancak evlilik birliğini sarsan dâvalının bu birliğin gerektirdiği ödevlere aykırı düşen çok önemli ve sarsılmanın belli başlı nedeni olan davranışları boşanma sebebi olarak kabul edilmeli ancak dâvacının bu nitelikte olan davranışları mevcutsa bu hususta dâvalıya bir def'i hakkı tanınmalıdır (*Hinterling, s. 258*).

— İspat yüküne gelince; evliliğin telafi edilemez surette kökünden sarsılmış olmasının dâvacı tarafından ispatından sonra, 142/II (TMK. 134/II) hükmüne dayanarak dâvanın reddini isteyen bir dâvalı —uygulamada ekseriya böyle bir dâvalı kadındır— dâvacının sarsılmada kusurunun ağır bastığını ve bunu ifade eden vakıayı da ayrıca ispat etmelidir. Kimin kusurunun sarsılmanın nedeni olduğunun açığa kavuşmaması halinde, 142 (TMK. 134) nin birinci fıkrası uygulanmalıdır. Bu takdirde, ikinci fıkraya müstenit bir def'in ileri sürülmesinin yarattığı ispat zorlukları kısmen azalmış olacak ve kökünden sarsılma halinin sabit olması takdirinde de hangi hallerde ikinci fıkranın uygulanması suretiyle boşanma dâvasının reddedileceği daha fazla açıklığa kavuşmuş olacaktır. Öyle haller olabilir ki dâvacının kusurlu olmasına rağmen, boşanma dâvasını açması değil, kusursuz olan dâvalının bu dâvaya itiraz ve mukavemeti hakkın kötüye kullanılması (MK. 2/II) niteliğindedir 142/II (TMK. 134/II) ye dayanan bir itiraz sadece ümitsiz de olsa, evlilik birliğine itibar eden onun hayatıyetine inanan dâvalı eş tarafından kullanılabilir. Yoksa, herhangi bir nedenle, evvelki evliliğe bağlı olduğunu söyleyen veya öyle görünen dâvalı eş, bu def'i ileri sürmemelidir. Nitekim Federal Mahkeme bu görüşe katılmış. Yayınlanmamış olan bir içtihadında bu hususu belirtmiştir (*Hinterling, SJZ s. 258*).

Haklı olarak, uzun sürmüş fiili bir ayrı yaşamadan sonra dâvacının başlangıçta ağır olan kusurunun önemi artık azalır. Binaenaleyh, kusurlu eş tarafından açılmış olan bir boşanma dâvasında, çok uzun zaman sonra bu kusur, def'i yoluyla, ileri sürülemezdir. Haklı da olsa, bu görüş kanunun bugünkü metnine uygun düşmemekte ve Federal Mahkeme de bu görüşü kabul eylememektedir.

Bu sebeplerdir ki, uzun seneler sonra açılmış olan bir dâvada dâvacının kusurunu ileri sürme imkânına, kanunda yapılacak bir değişiklikle engel olmak lâzımdır. Esas itibariyle, kusur prensibine

bağlı kalan tadil komisyonu, objektif bir neden olmadan, ister mutabık kalma suretiyle olsun, isterse öyle olmasın, eşlerin uzun süre birbirinden fasılasız surette ayrı yaşamış olmaları halinde, kusuru ileri sürme hakkının kaybedilmiş olduğu görüşünü kabule temayül etmektedir. Böyle bir sürenin, Alman hukukunda olduğu gibi, üç değil, beş sene olması öngörülmektedir. Aradan bu kadar uzun bir sürenin geçmiş olmasına rağmen yine de kusurun ileri sürülebilir olması, cezaî bir takibin imkânsız hale gelmiş olması halinde hukuk dâvasında nazara alınması gibi garip bir sonuç doğmaktadır. Temelden sarsılmış olan bir evlilik birliğinde, beş sene sonra, dâvacının kusurunun boşanmaya mani olması, kusursuz dâvalı karşısında, dâvacıdan istenebilecek bir davranış olamaz.

— Şimdi çözümü gereken sorunlar şunlardır : Kusurlu olmadığı halde bu suretle boşanan kusursuz eş, bu yüzden mali bir zarurete düşer olursa durum ne olacaktır?

Tadil komisyonu kusursuz eşin mali durumunu gözönünde tutmaktadır. Komisyonun şu ana kadar bulduğu çözüm henüz bilinmemektedir. Bu hususta kanuna özel hükümler konması beklenmektedir. Bununla birlikte, zengin olan veya olmayan hakkında farklı sonuçlar vermesi bakımından bulunacak çözümün pek de salim bir yol olduğu söylenemez. Şunu da kabul etmek lâzım gelir ki boşanma hukuku gibi nazik bir konuda tam ve herkesi tatmin edecek bir çözümün bulunması beklenemez. Bu nedenle, mümkün merbete doyurucu görülen tedbirlerle yetinme zorunluğu vardır (*Hinderling* s. 259).

— İsviçre hukukunda yapılması düşünülen bir yenilik de muhtemelen, zina dışında kalan *diğer boşanma sebeplerinin kanundan çıkarılması* bütün boşanma hallerinin «temelden sarsılma» hükmü etrafında toplanmasının düşünülmüştür.

— Çözümü gereken son nokta, evlilik birliğinin yeniden kurulması mümkün olmayacak surette sarsılmış olması halinde, tarafların mutabakatı suretiyle mi, yoksa buna ilâveten, bir senelik bir ayrı yaşamadan sonra mı kabulünün daha uygun olacağı üzerinde komisyonun görüşü henüz belli olmamıştır.

Medeni Kanunumuzun kabulünün 50. yıl dönümünün kutlanmasına katılan Bern Üniversitesi profesörlerinden *Baer* bu hususta şunları söylemektedir : «Pek az bir kısım dışında, aile hukukunun

da tadili söz konusudur. Bu hususta yapılan çalışmalar farklı safhalardadır.

Gerçekleşmeden henüz uzak bulunmakla beraber, Türk Hukuku yönünden enteresan bir tadil teşebbüsü boşanma hukukuna ilişkindir. Bu hususta yapılacak değişikliğin esas nedeni, bazan da gayri insani durumların meydana gelmesine sebep olan kusurlu eşin, boşanma davası açmağa hakkı olmayışı (İMK 142/II) ve kusursuz veya kusuru az olanın evliliği sürdürme arzusunun hakkın kötüye kullanılması sayılmamasıdır. Görüşlere göre, eşlerin uzun süreden beri (beş seneden söz edilmektedir) fiilen ayrı yaşamaları halinde artık evlilik birliğinin çökmüş olduğunu kabul ile boşanma isteği yerine getirilmelidir. Eskiden olduğu gibi bundan sonrada eşlerin anlaşma yoluyla boşanmalarına izin verilmemektedir. Bununla birlikte, kısmen kısa sürmüş (bir seneden söz edilmektedir) fiili bir ayrı yaşamadan sonra hâkimin, evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olduğunu resen incelemesine gerek olmadığını —umumî hukuk usulü kurallarının uygulanması suretiyle— iki tarafın da, birliğin kökünden sarsılmış olduğunun kabul etmelerine ilişkin beyanları ile yetinilmek istenilmektedir. Fakat, ben, boşanmanın bu suretle kolaylaştırılmasının büyük mukavemetle karşılaşacağını tahmin ediyorum; tahminime göre bu mukavemet, katoliklerden gelecektir (*).

Sonuç : Komisyonun görüşü şu esaslar üzerinde toplanmaktadır :

1) Temelden sarsılma prensibinin amacına uygun surette uygulanmasının sağlanması 2) Telafisi imkânsız surette temelden sarsılma prensibinin bütün diğer boşanma sebeplerini de içine almak suretiyle tek bir hüküm haline getirilmesi, 3) bir senelik ayrı yaşama halinin veya bulunacak bir başka şartın varlığı halinde, eşlerin *mutabakatının*, telafi edilemeyecek surette bir temelden sarsılma vakiasının varlığını ispata yeterli görülmüş olması, 4) Nihayet kusurlu eş tarafından açılan boşanma dâvasına, kusursuz veya kusuru az olan için ileri süreceği kusur def'ini belli bir süre sonra ileri sürememesi.

(*) *Rolf BAER* : Die entwicklung des schweizerischen Zivilgesetzbuch und Obligationenrechts in den letzten 50 Jahren = Son elli sene içerisinde svîçre Medeni Kanunuyla Borçlar Kanununda görülen gelişmeler.)

VI. TÜRKİYE'DE 1926'DAN SONRA MEDENİ KANUN UYGULANMASININ DOĞURDUĞU ZORLUKLAR VE BU ZORLUKLARIN GİDERİLMESİ İÇİN YAPILAN ÇALIŞMALAR.

1) Medeni Kanunumuzun kabulünden bu yana, bu kanunun öngördüğü boşanma sebep ve hükümleri ihtiyaçlarımız için yeterli miydi? Aradan geçen 50 yıllık süre içerisinde Medeni Kanunun boşanma hükümlerinin uygulanması ne gibi sonuçlar verdi? Bugün, haklı olarak, bu soruları kendi kendimize sormaktayız. Bu hususta resmî istatistikler —ifade edelim ki bu istatistiklerin gerçeği tam olarak aksettirmedeği görüşünde olanlar da vardır- bize, aşağı yukarı, bir fikir vermektedir. Bu istatistiklerde verilen senelik boşanma miktarı, gerçeğe uygun olmasa bile, boşanma sebepleri arasındaki oranın, gerçek olduğunu kabul etmek mümkündür :

1964 de 11.423	1969 10.807
1965 de 12.285	1970 9.568
1966 da 11.130	1971 11.026
1967 de 11.244	1972 10.066
1968 de 11.255	1973 10.737

adet boşanma vukua gelmiştir.

Bu boşanmalardan 1964'de % 76.00'ı, 1965 de 77.09'u, 1966'da 78.09'u, 1967'de 76.00'ı, 1968 de 77.06'sı, 1969 da 78.50'si, 1970 de 80.00'ı, 1971'de 79.50'si, 1972'de 80.03'ü, 1973'de 81.08'i şiddetli geçimsizlik sebebine dayanmaktadır. Müşahade şu ki, Medenî Kanunun şiddetli geçimsizliğe ilişkin 134. maddesi gittikçe artan bir tempoyla uygulana gelmiş ve bu suretle diğer boşanma sebepleri arka plâna itilmiş, hatta, bazıları tamamiyle unutulmuştur. 35-40 milyon nüfus için yıllık 10-11 bin boşanmanın fazla olduğu söylenebilir.

Ancak bu, Türkiye'de bir boşanma sorununun olmadığı anlamına gelir mi? Boşanmak istedikleri halde boşanamayan eşler yok mudur? Ötedenberi yapılan yayınlara, resmî ve yarı resmî toplantılara ve günlük gazete haberlerine bakılacak olursa böyle bir sorunun mevcut olmadığı söylenemez. Özellikle, boşanmanın evvelce çok kolay olduğu bir memlekette bunun hâkim kararına bağlı kılınması ve oldukça ağır şartlara tabi tutulması dikkate alınırca bu şikayetleri normal karşılamak icabeder.

1936 dan bu yana boşanmanın kolaylaştırılmasından hatta, rıza ile boşanmadan söz edilmektedir(*).

1940 yıllarında evlilik dışı çocukların sayısının çokluğu, memleket için büyük bir sorun haline gelmiş ve Adalet Bakanlığı tarafından 1942 yılında valilikler ve savcılık nezdinde bir anket yapılmış ve bu sorunun nedenleri, bunun için düşünülen tedbirlerin neler olabileceği sorulmuştur. Bu ankete verilen cevaplar arasında, boşanmanın memleketimizde güç oluşu ve bu nedenle boşanmanın kolaylaştırılması teklifi de vardır. Sayın meslekdaşımız Prof. Dr. *Bülent Nuri Esen*'in bize verdiği bilgiye göre (Ad. Ceridesi 1942 s. 1449) rızaî boşanmanın kabulü yolunda Adalet Bakanlığınca Vekiller heyetine bir teklif yapılmış; fakat sonradan bu teklif geri alınmıştır. Yukarıda sözünü etmiş olduğumuz anket üzerine Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Müdürlüğünün mütalaasında, boşanma hukukunda bazı kolaylıkların yapılmasının zorunlu olduğu ifade edilmektedir (sözü edilen anket ve bu anket hakkında hazırlanan rapor Hukuk İşleri umum md. görüşü bu rapor ve mütalâa üzerinde fikir beyan eden hukukçularımızın noktai nazarı, 1942 yılı Adalet Dergisinin 12. sayısında yayımlanmış bulunmaktadır s. 1327 - 1452).

«Boşanma hukukunda buhran» adıyla anılan bu durumun esas nedeni, Medeni Kanunumuzun şiddetli geçimsizliğe ilişkin bulunan 134/II hükmünün Yargıtayımız tarafından çok dar bir yoruma tabi tutulması ve kusurlu veya kusuru daha fazla olan eşe hiç bir surette dâva hakkının tanınmaması ve *kusursuz olmanın dâvanın şartlarından olması* ve bu cihetin de hâkim tarafından resen nazarı itibare alınması yolundaki içtihadıdır. Oysa, İsviçre Federal Mahkeme içtihatlarına göre şiddetli geçimsizlikte kusur bir *itiraz* sebebi değil, binaenaleyh hâkim tarafından resen nazarı itibara alınmaz, bir *def'i* sebebidir; ancak onu dâvalı def'an ileri sürebilir. Federal Mahkemenin ve İsviçre yazarlarının görüşüne göre, şiddetli geçimsizlik sadece kusursuz olan eş koruyan bir müessesedir, isterse o bu hakkından feragat edebilir SJZ. 71 s. 258 *Egger*, Art. 142 n. 15, *Tuor - Yaeggi* 1968 21 II s. 144 *Hinterling*). Oysa, Türk Yargıtay içtihadı tamamiyle aksi istikamette gelişmiştir. Buna göre, kusur suzluk -kısmen de olsa- bir dâşa şartıdır, hâkim bunu resen tetkik

(*) *Milastı*, Boşanmanın Genişletilmesi Hukuki Bilgiler Mecmuası 1939 s. 707, 7135, 1936 s. 4220, 4951, s. 5018, s. 5113, s. 5181, s. 5245, s. 5368, s. 5438, s. 5477.

zorundadır, binnetice kusurlu eşin dâva hakkı yoktur, (HGK. 21.2.1951, E. 2-3/K. 22, 2. HD. 11.5.1951 E. 3407, K. 3620 ve diğer içtihatlar). Bununla beraber İsviçre doktrin ve içtihatlarını takiben kusurun bir def'i sebebi olduğu ve hâkim tarafından resen nazarı itibare alınamayacağı ve ancak, ilgilinin isterse bunu ileri sürebileceği görüşünde olan Türk yazarları da vardır (*H. V. Velidedeoğlu*, Aile Hukuku 1956 § 31, s. 182, İstanbul Hukuk Fakültesi Dergisi 1943 s. 257; *F. H. Saymen H. K. Elbir*, Aile Hukuku 1957, s. 257, *Schwarz*, Aile Hukuku 1946 § 19 s. 156). Buna rağmen Yargıtay, bugün de devam eden görüşünde ısrar etmiş ve bu, kusurlu eş zararına, haksız sonuçlar doğurur bir nitelik arzemiş ve aralarında hiç bir hissi ve fiili hayat birliği olmadığı halde, kadavra halinde olan evliliklerin devam etmesine ve bunun sebep olduğu diğer sonuçların doğmasına yol açmıştır.

Bu durum, resmî makamları düşündürmüş ve bu suretle boşanma hukukunda bazı yeniliklerin yapılması fikri uyanmıştır. Yukarıda işaret etmiş olduğumuz anket ve Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Umum Müdürlüğü'nün görüşü bu tazyiklerin sonucu olarak meydana gelmiştir.

Adalet Bakanlığı nezdinde boşanma hukukunda şu yeniliklerin kabul edilebileceği fikri hasıl olmuştur :

— İki tarafın sözbirliği etmesi halinde ayrıca şahit ve delillere lüzum kalmadan münasip bir düşünme mühleti verildikten sonra boşanmaya hükmolunması,

— Sulh teşebbüsünün kaldırılması,

— Şiddetli geçimsizlik sebebiyle boşanmada, kusur unsurunun aranmaması,

— Fiilen devam ettiği sabit olan ayrılık hallerinde ayrıca bir kusur aramağa lüzum kalmadan boşanmaya hükmedilebilmesi,

— Kabahati ile boşanmaya sebebiyet veren karı-kocanın en az bir yıl evlenmelerinin yasak edilmesine dair hükmün kaldırılması,

Bu sonuçlar vesile ittihaz edilerek, Türk Hukuk Kurumu tarafından, Ankara'da düzenlenen bir konferansta Prof. H. V. Velidedeoğlu 1944 yılında «Evlenme ve Boşanma Hukukumuzda Medenî ve Cezaî Bakımdan ne Gibi Tadilata İhtiyaç Vardır» adlı tartışmalı bir konferans düzenlemiş ve bu konferans, Türk hukukçuları tarafından hayli ilgi çekici bulunmuştur. Bu konferansta diğer boşanma se-

bepleri yanında esas itibariyle Adalet bakanlığı Hukuk İşleri Umum Müdürlüğüne önerilen sebepler üzerinde durulmuştur. (Hukuk Kurumu Konferanslar serisi No. 79. Ankara 1944)

2) Boşanma alanında atılan ilk önemli adımın Adalet Bakanlığı tarafından Prof. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu'na yazılmış bulunan 19 Ocak 1951 tarih ve 872 numaralı yazı ile atılmış olduğunu görüyoruz. Bu yazıda Bakanlıkça aynen şöyle denmektedir :

«.....Bugüne kadar 25 sene geçtiği malûmunuzdur. Bu çeyrek asırlık müddet içerisinde kanunun bilhassa boşanma, gayrisahih nesep, miras hükümleri ile aynı haklara ilişkin iştirak halinde mülkiyete ait hükümlerinde bünyemize layık veçhile intibak etmeyen hususların mevcut olduğu tezahür etmiş bulunmaktadır... Bu itibarla Medeni Kanunumuzun, memleket realiteleri nazara alınarak, ciddi bir tetkike tabi tutulması ve tercüme hatalarının izalesinden işe başlamak, ihtiyaçlarımıza uymayan, hükümlerin tadili yerinde olacaktır...». Bu maksatla Prof. Hıfzı Veldet de dahil olmak üzere, Adalet Bakanlığı nezdinde, bir komisyonun kurulmuş olduğunu ve bu komisyonun 5.2.1951 tarihinden itibaren işe başladığını görüyoruz. Bizzat Prof. Velidedeoğlu'nun ifadesine göre, «bir ön tasarıdan ziyade bir nevi tutanak özeti ve tasarı taslağı niteliğinde olan ve komisyonun her toplantısının tarihini, toplantıda bulunan üyelerin adlarını (8) da saptayan tutanakların tamamlanması ve ön tasarı taslağının maddelerinin yeniden gözden geçirilmesi işi 30 Nisan 1960 tarihinde bitirildi (Türk Medeni Kanunu Ön Tasarısı 1971 s. XI). 10 yıl süren Komisyon çalışmaları burada kaldı.

Komisyon, hazırlamış olduğu ön tasarımı, Mayıs 1960 tarihinde, Adalet Bakanlığına vermiştir. Bu bakanlık, 19.6.1967 tarihli bir vazi ile komisyon tarafından hazırlanmış bulunan ön tasarıya nihai şeklini verme isini Prof. Velidedeoğlu'ndan istemiştir. Bu görevi kabul eden Velidedeoğlu, üç sene süren çalışmaları sonunda, ilgili kurum ve mütehassıs kişilerin tetkikine sunulmak kavdivle, «Türk Medeni Kanunu Ön Tasarısını» hazırlamış ve bunu da Adalet Bakanlığı, 1971 yılında, ilgilerin tetkikine sunulmak üzere bastırmış

- (8) Bu komisyon şu üyelerden oluşmakta idi : Fevzi Bozer, Faiz Yürükoğlu, Prof. Velidedeoğlu, Celâl Yardımcı, Müfit Erkuyumcu, Amil Artus, Fikret Arık, Hidayet Aydın, Vefat veya ayrılmalar nedeniyle üyeliklerde değişmeler olmuş 1958 yılına göre komisyon şu üyelerden oluşmakta idi : Aziz Yeger, Velidedeoğlu, Ekrem Tüzemen, Ni-yazi Karkazan, Şevket Müftigil.

ve tasarı görüşleri bildirilmek üzere Hukuk Fakültelerine ve Barolara gönderilmiştir.

Tasarının bazı kısımları üzerinde yapılmış bazı çalışmalar mevcut olmakla beraber, diğer kısımlar henüz incelenmiş ve değerlendirilmiş değildir (9). Tasarı, oldukça yeni ve ileri hükümler ihtiva etmekte ve ileride yapılacak çalışmalar için kıymetli bir kaynak niteliğindedir. Nitekim Adalet Bakanlığınca yeniden kurulmuş olan bir komisyon bu öntasarıyı çalışmalarında önemle gözönünde tutmaktadır. Öntasarıda, her nedense, 1963 tarihinde İsviçre'de kabul edilen bir kanunla müşterek mülkiyet hükümlerine getirilen yenilikler gözönünde tutulmamıştır. Bundan başka, bu öntasarısının yayınlanmasından sonra İsviçre Hukukunda daha yeni gelişmeler olmuş ve olmakta devam etmektedir. Evlâd edinmeye ilişkin hükümlerle üst hakkına ilişkin hükümlerde yapılmış olan tadilleri bunun yanında zikretmek lâzım gelir. Ayrıca, İsviçre'de şahsın hukuku, aile, mal rejimleri, velayet ve vesayet hukuku üzerinde yeni çalışmalar yapılmakta olduğu bilinmektedir. O halde, Medeni Kanunumuzda yapılacak değişikliklerde bunların göz önünde bulundurulması zaruridir. Bu nedenle, İsviçre'lilerin yapmış oldukları çalışmaların sonuçlarını da beklemek çok faydalı olacaktır.

«Velidedeoğlu tasarısı» adıyla anılan bu ön tasarıda, boşanma hukukuna ilişkin olarak getirilmek istenen yenilikler, şu suretle özetlenebilir :

— Zinaya muvafakat edenin veya onu af edenin boşanma dâvasını açmağa hakkı yoktur. (MK. 129).

— Terk halinde ihtarla ilgili hükümler kaldırılmış ve bir eşin evlilik ödevini yerine getirmeme maksadıyla en az altı ay süreyle evini terk etmiş olması boşanma istemi için yeterli görülmüştür (m. 132).

— «Evlilik ödevlerinin gereği gibi yerine getirilmesini engelleyen bir hastalık» veya «kısırlık» yüzünden evlilik birliğinin çekilmez

(9) Prof. Dr. *Sungurbey* İsmet, Medeni Kanunun Öntasarısının Nesnel Hukukunun Eleştirisi İstanbul Hukuk Fakültesi Yayınları No. 395 İstanbul 1972; Prof. Dr. *Tandoğan* Haluk, Türk Medeni Kanununun Öntasarısının Tüzel Kişilere ilişkin hükümleri üzerinde görüşler, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt XXX 1973; Prof. Dr. *Akıntürk* Turgut, Türk Medeni Kanununun evlilik hukukuna ilişkin ve yapılması önerilen değişiklikler, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt XXIX.

duruma gelmiş olması ve bunun en az üç sene sürmesi boşanma sebebi olarak kabul edilmiştir (m. 133).

— Şiddetli geçimsizliğe sebep olan kusurlu eş, boşanma dâvasını açamaz; ancak «taraf lar ileri sürmedikçe yargıç kusuru kendiliğinden gözönüne alamaz» (m. 134/II).

— Bu yasanın yürürlüğe girmesinden önce veya sonra boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış olan boşanma dâvasının reddine karar verilmiş ve kararın kesinleştiği tarihten itibaren beş yıl geçtiği halde, her ne sebeple olursa olsun ortak hayat yeniden kurulamamış ise, eşlerden birisinin istemi üzerine, her halde boşanmaya karar verilir (m. 134/A).

Prof. *Akıntürkün*, bu tasarının boşanmaya ilişkin hükümlerine karşı cephe almış olduğunu görüyoruz (Türk Medeni Kanununun Evlilik Hukukuna İlişkin ve Yapılması Önerilen Değişiklikler, Ankara Hukuk Fak. Derg. XXIX sayı 1-2 s. 47-58).

3) *Birinci Türk Hukuk Kongresi* : 1971 yılında Barolar Birliği tarafından Ankara'da yargıç, öğretim üyesi ve avukatlardan oluşan birinci Türk Hukuk Kongresi tertip edilmiştir. Bu kongreye memleketin hukukî hayatı ile ilgili çok değerli raporlar sunulmuş ve dileklerde bulunulmuştur. (x) Konumuzla ilgili rapor İzmir hâkimlerinden *Ali Rıza Zümreoğlu* tarafından sunulmuştur. Kısa ve veciz olan bu raporda şöyle denmektedir :

«Boşanma medeni bir hak olduğuna göre bu hakkın kötüye kullanılmasını önlemek gerekir. Bu itibarla, ilk nazarda Medeni Kanunun 134. maddesinde yazılı olan «eğer geçimsizlik iki taraftan birine daha ziyade kabili isnat ise, boşanma dâvasını ikame hakkı diğer tarafa aittir» şeklindeki hükmünün bu tarzda bir hakkın kötüye kullanılmasını önlemek gayesini taşıdığını düşünmek doğru sayılır. Ancak, böyle bir hakkı kullanmayan veya kullanmamakta ısrar eden taraflardan birinin bu fiili karşısında da diğer tarafın ömrü boyunca kaderini başkasının iradesine bırakmak da acaba insan tabiatına ve insanın hür iradesine uygun mudur? Bizce hayır. Bütün bu halleri önlemek için Medeni Kanunun 134. maddesine bazı ilâveler yapmak suretiyle hâkime daha geniş bir takdir hakkı tanımak şartıyla meseleye bir çözüm bulmak kabildir».

Rapor sahibinin teklifi «aile birliğinin huzur içinde devamına

(*) Türkiye Barolar Birliği Birinci Türk Hukuk Kongresi - Ankara 1972.

kesin olarak engel teşkil edici hallerde kusurlu sayılabilecek eşe dâva hakkı tanımak«dan ibarettir.

Yargıç *Zümreoğlu*'nun sözü edilen raporu, başkanlığını yaptığımız Medeni Hukuk Komisyonunda çok ilgi çekmiş, konu tercihen tartışma konusu olarak ele alınmıştır. Sayın Yargıtay İkinci Daire Başkanı *Esat Şener*'in şiddetli muhalefetine rağmen, komisyon, ekseriyetle, boşanma hukukunda bazı kolaylıklar yapılmasının gerekli olduğu sonucuna varmış ve şu tekliflerin kongrenin genel kuruluna sunulmasına karar vermiştir :

— «Her iki eşin boşanma isteklerini şahsen beyan etmeleri evlilik birliğinin sarsılmış olduğuna bir delil teşkil edebilir. Hâkim bu delili serbestçe takdir eder».

Bu teklifin genel kurulda müzakeresi (*) sırasında çok şiddetli tartışmalar olmuş, önerinin leh ve aleyhinde fikirler serdedilmiştir. Aile hukukuna ilişkin dâvaları tetkike memur Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin Başkanı sayın *Esat Şenerin* bu hususa değinen ve kongrenin genel kurulunda yapmış olduğu konuşmayı, önemi nedeniyle aynen alıyoruz :

«Sabahleyin raporu okuduğum zaman üzücü bir yanlışlık olduğunu görmüştüm, ama sayın komisyon başkanı bunu, düzelttiler. Esasında ben o düzeltilen şekline de muhalifin Komisyonunda da dairenin uygulayıcısı olarak sakıncaları ile birlikte arzettim. Ama arkadaşlar aksi görüşü benimsediler. Ben şimdi, yine komisyonunda arzettiğim sakıncaları ve görüşümü arzedeceğim (11).

Bugün Medeni Kanununun 134. maddesi, kusurlu eşe dâva açma hakkını vermemiştir. Diğer bir ifadeyle, dâva açılabilir; tabiiyle açmasına engel yok ama bu dâva redde müncer olacaktır. Sayın *Velidedeoğlunun* hazırladığı ve Adalet Bakanlığı tarafından bütün hukukçulara gönderilen tasarılar, memleketin zaruretlerinden bahsedilerek, 134. maddeye bir fıkra eklendiğini görüyoruz ve sanıyorum ki Medeni Hukuk Komisyonu da bu fıkranın etkisi altında kalarak biraz önce sayın Kemal Gürsoyun açıkladığı şeklindeki metnin teklif edilmesini uygun buldu. Oysa bu doğru olmamak lâzım gelir.

(10) Bu tartışmalar Türkiye Barolar Birliği tarafından I. Türk Hukuk Kongresi Tutanağı 23-25 Nisan 1972 Ankara adı altında 1972 yılında yayınlanmıştır.

(11) Tutanak s. 61

Evvelâ bizim hukuk sistemimizde, kusurlu olan kişi hiç bir zaman hak ve menfaat elde edemez. Yani bir kimse kendi kusuruna dayanarak bir hak ve menfaat isteyemez, kanun buna elverişli değildir; hukuk buna imkân vermemiştir. Eh hal böyle iken boşanma dâvası açmış, haksız olduğu anlaşılmış, kusurlu olduğu anlaşılmış ve bu dâvası reddedilmiş olan kişinin, birliği bir süre devam ettirmemesi (ki, kendi elinde bu) sebebiyle bu haksız davranışını tekrar mahkeme önüne getirmesini ve bundan kendi yararına bir boşanma sebebi, bir boşanma hakkı elde etmesi hukukun genel kuralları ile bağdaşamaz. Bir yerde haksızlık, kusur varsa artık ona dayanılarak bir hak ve menfaat istenemez.

Alınan ilke kararı, daha doğrusu teklif, bu söylediğim hukuk kuralına aykırıdır. Ekseri uygulamada söylenenler şu : Ekseriyetle kocalarda olur bu, kadınlarda da pek ender hallerde var, koca başkasıyla birleşmiştir, ailesini bırakmıştır; e kadın için boşanma dâvası hakkı vardır, neden açmasın? (Zannediyoruz ki burada bir baskı hatası vardır. Herhalde konuşmacı şöyle demiş olacaktı: «e kadın için boşanma hakkı vardır neden boşanma dâvası açmamıştır. O halde kadın bu dâvayı açmamakla hakkını suistimal etmiştir) e hakkını suistimal edince koçaya, başkası ile beraber yaşamının karşılığı olarak bir boşanma hakkı verelim derler.

Şimdi, Usul kanununun 79. maddesinde açık bir hüküm vardır : «Hiç kimse kendi yararına bir dâva açmaya veya bir hak istemeye zorlanamaz». O halde, kocası zina eden kadının veya karısı zina eden kocanın, boşanma dâvası açmasına zorlanması bizim usul hukukumuzda açıkça men edilmiştir. E, menfi ve haklı bir tutumun cezalandırılması niteliğinde olmak üzere bir gerekçeyi buraya koymak da doğru değildir.

Bunun dışında aile birliğinin temelinden sarsılması boşanma kararı verilmesi için esastır ama bu sarsıntının bir taraflı düşünülmemesi lâzımdır. Bir taraf mütevekkil veya razı, yani, birliği devam ettirme arzusu içerisinde ama buna rağmen öbür taraf bunu arzu etmiyor. Su halde, bu birlik temelinden sarsılmıştır deyip, kusurlu kişiye boşanma hakkı vermek Medeni Kanunumuzun sistemine aykırı düşer.

Onun için bendeniz savın Velidedeoğlunun ileri sürdüğü ve Medeni Hukuk komisyonunda da çok az bir ekseriyetle kabul edilen bu teklifin çıkartılmasını (biraz önce konuşan Mahver hanım gibi) isteyeceğim».

4) Şubat 1974 tarihinde güvenoyu alan Bülent Ecevit koalisyon hükümetinin programında konumuzla ilgili olarak şu cümleler yazılıdır :

Adalet hizmetlerinin süratle külfetsiz bir şekilde ve adil ölçüler içerisinde tahakkuku ve vatandaşın adalete olan inanç ve güveninin pekleştirilmesi için, gerekli hukukî tedbirler alınacaktır -kamuya düzen veren *temel kanunlar* bu amaçla gözden geçirilip tadil tasarıları hazırlanacaktır (Resmî Gazete 8.2.1974 No. 14793).

Bu programın uygulanması cümlesinden olacak ki, Adalet Bakanı Şevket Kazan tarafından, Medeni Kanunu gözden geçirme maksadiyle, 1974 Ağustos ayında bir komisyon teşkil olunmuştur (12). 5.8.1974 tarihinde Esat Şener'in başkanlığında toplanan komisyona, Adalet Bakanlığı tarafından sadece boşanma sebeplerinin tadiline ilişkin bir proje sunulmuştur. Komisyon, bildiğimiz kadarıyla, görevinin yalnız boşanma hukukunda tadilat yapma değil, bütün Medeni Kanunu gözden geçirmek olduğu esasen aile hukukunun diğer müesseseleriyle de ilgisi bulunan yalnız boşanma hukuku üzerinde yapılacak değişikliklerin aile hukukunun tümünde aksaklıklar meydana getireceği gerekçesiyle, sözü edilen tasarıyı incelemekten çekinmiştir. Bunun üzerine, Bakanlık, istenilen tadilatın bakanlıkça yapılabileceği gerekçesiyle komisyonun görevinin sona erdiğini üyelerine bildirmiştir.

Günümüze kadar Medeni Kanunun boşanma hükümlerine ilişkin çalışmalar bundan ibarettir(13).

(12) Bu komisyon şu üyelerden oluşmakta idi : *Esat Şener* (Yargıtay Başkanlarından) *Mustafa Reşit Karahasan* (Yargıtay üyesi), Prof. *Kemal Oğuzman* (İstanbul Hukuk Fakültesi öğretim üyesi), *Selâhattin Sulhi Tekinay* (İstanbul Hukuk Fakültesi öğretim üyesi), Prof. *Fikret Eren* (Ankara H. F. Öğretim üyesi), Doç. *Seyfullah Edis* (Ankara H. F. Öğretim üyesi), *Oğuz Akdoğan* (Hukuk İşleri Genel Md.), *Gündüz Yelço* (Hukuk İşleri Genel Md. yard.) *Cahit Nalbantoğlu* (Hukuk İşleri Genel Md. Yard.), *Turgay Yücel* (Hukuk İşleri tetkik hakimi) *Celâl Erdoğan* (Ankara yargıçlarından.)

(13) Adalet Bakanlığı 1976 yılında Medeni Kanunu gözden geçirme maksadıyla yeni bir komisyon teşkil etmiştir : Bu komisyon, Yargıtay 2. daire başkanı *Esat Şener*, Yargıtay üyesi *Mustafa Reşit Karahasan*, İstanbul Hukuk Fakültesi öğretim üyelerinden Prof. Dr. *Selâhattin Tekinay*, Prof. Dr. *Kemal Oğuzmen*; Prof. Dr. *Kemal T. Gürsoy*, Prof. Dr. *Nuşin Ayiter*; Yüksek Hakimler Kurulunu temsilen Ankara Yargıçlarından *Tahir Öğütçü*, Barolar Birliğini temsilen Avukat Osman

5) SONUÇ :

Bugün 1975 yılındayız. Pek kısa bir süre sonra Medeni Kanunumuzun 50. yılını kutlayacağız. Yarım yüzyıllık bir süre yalnız ferden değil, bir ulusun hayatında da önemli bir süreçtir. Diğer taraftan aynen iktibas etmiş olduğumuz İsviçre Medeni Kanununun kabul tarihi 1907'dir. Eğer bu tarih gözönünde tutulacak olursa kanunumuz nerdeyse bugün 70 yaşını idrak etmektedir. Bu kadar uzun bir süre içerisinde, toplumların hayatında ve onların tabii olduğu ekonomik, ahlâki değer yargılarında ve şartlarında önemli ölçüde değişiklikler ve gelişmeler vukua gelebileceği ve hatta geldiği bir gerçektir .Bu durum karşısında 1926 yılında memleketimiz için bir devrim kanunu olarak 50 yıl önce kabul edilmiş ve o günden bu yana uygulanagelmekte olan Medeni Kanunumuzun boşanmaya ilişkin hükümleri isabetli bir surette uygulanabilmiş midir? Bugünkü şartlar içerisinde de bu hükümler Türk toplumunun ihtiyaçlarına cevap verebilecek nitelikte midir? Eğer bu nitelikte değilse nerelerinde ne gibi aksamalar vardır. İhtiyaçlar nelerden ibarettir, bunlar nasıl giderilebilir sorularının sorulması ve cevaplarının verilmesi zamanı artık gelmiş bulunmaktadır.

Gün yoktur ki, basında radyo ve televizyonda ve halk arasında bir boşanma söz konusu olmasın, kimi boşanmanın kolaylığından, kimi de zor olmasından söz etmektedir. Önemle işaret edelim ki iktibas etmiş olduğumuz Medeni Kanun daha ziyade 19. yüzyılın din, toplum ve ahlâk anlayışını aksettiren ve bu yüzyılın ekonomik ve toplumsal şartlarına göre düzenlenmiş olan bir kanundur. Aşağı yukarı aynı seneler içerisinde yayınlanmış bulunan diğer Avrupa memleketlerinin aile hukuku özellikle boşanma hukuku geçmiş olduğumuz 70 senelik süre içerisinde bir değil bir kaç defa yeniden düzenlenmiş ve boşanma hukukuna yeni görüşler getirmiştir. Yine unutmamalıdır ki İsviçre ve Türk aile hukuku toplumsal ve ekonomik hayatta ahlâki görüşlerde büyük yenilikler meydana getiren iki dünya savaşını yaşamış, buna rağmen her iki memlekette de boşanma sebeplerine ve sonuçlarına ilişkin hükümlerde bir değişiklik yapılmamıştır. Oysa, yukarda da değinmiş olduğumuz gibi bütün Av-

Kurtman, Emin Baltaoğlu Adalet Bakanlığında Bakanlık Hukuk işleri genel müdürü *Oğuz Akdoğan* genel müdür yardımcısı *Cahit Nalbantoğlu* ve *Gündüz Yelçok*, Bakanlık Hukuk işleri tetkik hakimi *Turgay Yücel*'den oluşmaktadır.

rupa memleketlerinde, İtalya dahil boşanma hukuku alanında önemli değişiklikler yapılmıştır. İsviçre'de de bu alanda girilmiş bulunan teşebbüslere yukarıda temas etmiş bulunuyoruz.

Yargıtay 2. Daire Başkanı Sayın Esat Şener Türkiye Hukuk Dergisine ek 1975 kısmında «Medeni Kanunun Aile ve Nesep Bölümünde Çatışan Eğilimler» adı altında yayınlamış olduğu makalesinde, «Türkiye'de bir boşanma problemi var mıdır?» sorusunu sormakta ve «aslında sanıldığı gibi bir boşanma problemi yoktur» cevabını vermektedir. Şener görüşünü Yargıtaya gelen boşanma davalarının sayısının azlığına dayandırmakta ve bunun miktarının sadece onbinde beş olduğu ifade ile kırk milyon nüfuslu bir memlekette bu oranın fazla olmadığını ifade etmektedir. Yargıtaya intikal etmemiş olan bir tarafa bırakılsa bile, resmi istatistiklerde bu görüşü teyid etmektedir. Ben de Türkiye'de boşanmanın fazla olduğu görüşünde değilim.

Fakat üzerinde durduğumuz sorunlar sadece rakamla ve oranla hal edilecek nitelikte değildir. Sorun, evvelâ mevcut kanunların ihtiyaçlara ihtilâfların miktarı az veya çok olsun yeterli olup olmadığı, sonradan mevcut kanun hükümlerinin fiilen uygulanıp uygulanmadığından ibarettir (*).

Bu dergi de karşılıklı anlaşma ile boşanmaya ilişkin bulunan yazımız vesilesi ile ifade edildiği ve bizzat Şener'in de çözümler aradığı ve çözümlerini bulduğu sorunlar Türkiye de bir boşanma sorunun varlığını yeteri kadar göstermektedir. Orada ifade edildiği gibi, kanunumuzda hükme bağlanmadığı, hatta açıkça red bulunduğu halde, Türkiye'de fiilen bir rızai boşanma hali vardır. Ve bu uygulama düzensizdir, eşlerin, özellikle, boşanan kadının zararına olarak işlemektedir. Başka memleketlerde olduğu gibi, bunu hem eşlerin hemde çocukların yararına olarak yeniden düzenlemek faydalı olmaz mı? Diğer memleketlerin geçtiği ve geçmekte olduğu yoldan bizim de geçmemizde ne sakınca var. Ayrıca kusurlu eşin dava hakkına ilişkin MK. 134/2'nin yargıtavca daha dar bir çerçeve içersinde uygulanmış ve uygulanmakta olmasının meydana getirdiği durumlar bir çözüm beklemiyor mu?

Bu şartlar altında Medeni Kanunumuzun, özellikle boşanma ve boşanmanın sonuçlarına ilişkin hükümlerinin tenkitlere konu

(*) Başkan *Esat Şener*'in bu yazısı bu Armağan'ın son kısmına eklenmiş bulunmaktadır.

olması kadar doğal bir şey olamaz. Zira Türk toplumu, özellikle ikinci dünya savaşını takip eden yıllarda sosyo ekonomik yönden büyük değişikliklere uğramış, endüstriyel hayatın değişmesi, nüfusun artması, köyden kente akış, bir yerden diğer yere gitme kolaylığı ve nihayet son derecede gelişmiş olan haber alma ve verme imkânlarının toplulumuzun değer yargıları üzerinde etkiler yapmış olması ve bunu yapmakta devam etmesi doğaldır (14).

Bu durum karşısında Türk kamu oyunun boşanma hukukunu yeniden düzenlenmesini arzu etmesi, hatta, bütün aile hukukunun yeni şartlara göre baştan sona kadar gözden geçirilmesini istemesi pek tabii olsa gerektir.

Bir noktaya daha önemle değinmek isteriz: Şu kısa incelemenin, sorunu ta kökünden alıp yurdumuzda ve başka memleketlerdeki gelişimini ve gelişmesini incelemenin nedeni; aile ilişkilerinin dini değil sadece dünyevi olduğunu, din kurallarının bu işle ilgili bulunmadığını ispatlamaktır. Bildiğimiz kadarıyla Avrupada İspanya dışında evliliğe dini bir müessese nazarı ile bakan bir memleket artık kalmamıştır. Evlilik ve boşanma hukukunun düzenlenmesinde hâkim olan unsur, toplum ile eşlerin ve çocuklarının faydalarıdır. Bir boşanma sorunu çözümlenirken ancak bu üç faktör gözönünde tutulur. Bu nedenle zaman zaman, bazı çevrelerde dini anlayışın boşanma ve evlenme hukukunun düzenlenmesinde etkili olacağı yolundaki görüşleri şiddetle reddediyoruz; böyle bir görüş ve davranışın, modern Türk toplumunca kabul edilemeyeceğinden ve tarihin akışına ters düşeceğinden şüphe etmiyoruz.

(14) Prof. Dr. *Hamide Topçuoğlu*'nun bu Armağın'daki ilgili yazısına bakınız.

ÇEŞİTLİ TOPLUM VE KÜLTÜR TİPLERİ VE BOŞANMA NEDENLERİ

Prof. Dr. Hâmidde TOPÇUOĞLU

Evvelâ şunu arzedeğim ki, muazeretlerim dolayısıyla, bugünkü konuşmayı maalesef bir metin olarak hazırlayıp, hey'etinize daha derli toplu bir ekspoze yapmam mümkün olmadı. Ancak, bu demek değildir ki bu derme çatma haliyle de birşeyler söyleyemeyeceğim.

Şimdi efendim, Sayın Profesör Gürsoy «Kanunu gerçeğe uydurmak lâzımdır» buyurdular. Evet ama, meşhur şarkıdaki gibi : «Gerçek nerde?».

Gerçek nerde? ve biz, «Hukuk»a komşu pencereden bakan meslek erbabı olarak, yani Sosyoloji açısından bakan meslek erbabı olarak, çok defa, hukukçuların içinde buldukları deryâyı dışardan görmek imkânına sahip bulunuruz ki bu manzara da bizi pek mahzun eder!

Binaenaleyh, biz bu açıklamalarımızda, sizin için sempatik olmayan, bazan da bir şok tesiri yapacak şeyler söylersek, kusura bakmayınız- bu, bir meslekî icap, veya bir meslekî deformasyondur.

Şimdi kısa bir girişi şu şekilde özetlemek isterim : Bir kere, programda yeralan «Çeşitli toplum ve kültür tiplerinde boşanma nedenleri» başlığı, henüz, benim yaptığım araştırmalarda tekemmül etmemiştir. Yani bu, benim yapmakta olduğum bir araştırmanın bir bölümüdür, ama, bu bölüm de tamamen tekemmül etmiş değildir. Nedenine gelince, bu nedeni benim şimdiki açıklamalarım, zannediyorum ki size izah edecektir.

(*) Boşanma Haftasında yapılmış konuşma metnidir.

Bundan birkaç sene evvel, bir kitap için, boşanma sebepleri üzerinde sosyolojik zemine dayanan bir hukukî araştırma istemişlerdi. Kemâl-i samimiyetle, ben bu araştırmaya başladım. Ama, ilk adımda, tabii Sosyoloji ile meşgul bir insan olarak, demiyorum, «sosyolog» olarak sadece -bir Sosyoloji hocası olarak, tetkik ettiğim konunun, evvelâ, kantitatif yönünü anlamak istedim : Ne kadar, ne oranda boşanma var Türkiye’de? ve «Boşanma», sahiden, Türkiye için bir «Sorun» mu?... Bırakınız o nedeni, bu nedeni...

Şimdi, o zamandan bu zamana iki sene geçti. Yani, benim de ne kadar kaplumbağa ritmi ile araştırma yaptığım malûmunuz olsun!. Ama, gene göreceksiniz ki, şartlar beni bu ağırlığa zorladı. O zaman 1970 istatistikleri elimde idi, şimdi 1973 istatistikleri yetiştirdi. Ama, benim, mevzuu ağırdan alışımı zorunlu kılan şartlar değişmedi.

Bizde, aşağı yukarı -ki rakkamları size detaylı olarak anlatabilirim- on bin civarındadır yıllık «Boşanma». Diğer yıllarda da, on bin, dokuz bin civarındadır bu yıllık boşanma olayı sayısı.

Bizim «yıllık Genel Boşanma Oranı» dediğimiz nesne ise b i r ülkede yıllık boşanma sayısının o ülkenin tüm nüfusuna oranıdır. Yani, ne belli bir yaş kesiti olarak m e v s u f bir popülasyona oranıdır -meselâ evlenebilecek yaşta olanlar- ne de evli bulunan çift adedine oranıdır ki bunlar spesifik oranlar, özel oranlardır. Bunları burada bir tarafa bırakıyorum, çünkü bunlar çok daha karmaşık konularda, daha özel demokratik meselelerde önemlidir. «Genel Oran» ise, tüm yaşta ve cinstekiler dahil olarak, bir ülkenin genel nüfusuna olan orandır. Buna göre esas, genel nüfusta on bin kişilik birimlere düşen yıllık boşanma sayısıdır. Kısaca, her sene, ülkede, on bin nüfus başına kaç boşanma olayı isabet etmektedir? Yani, on bin kişiye yılda kaç boşanma düşmektedir?

Şimdi, Türkiye’de her on bin kişiye, 1973 yılında, düşen boşanma sayısı 2.8 dir. Demek ki, on bin kişide iki çift (veya iki erkek, iki kadın) boşanmaktadır. 0.8 vak’a somutlaştırılmıyacağına göre, bu orana biz yuvarlak olarak onbinde üç desek, yılda onbin nüfusta üç çift, veya altı kişi boşanmadan muztarıptır.

Diğer ülkelere gelince, durum şu :

Bizde 2.8 olan bu oran Amerika Birleşik Devletlerinde onbinde 37.2, Rusya’da 26.3, İsviçre’de 16.9, İngiltere’de 15.0’dır.

Şimdi, diyeceksiniz ki bunlar gelişmiş ülkelerdir falan, O halde biraz daha yakın, hatta tarihî menşemiz itibariyle aynı Bütünden koptuğumuz parçalara inerse, meselâ Yugoslavya'da onbinde 9.9 dur. Biraz daha komşu bulunanlara gelelim : İsrail'de 8.3 dür. Müslüman ülkelere dönelim : İran'da 5.5 Suriye'de 5.4 dür. Komşularımızda en az oranlar da Yunanistan'da 4.2, Romanya'da 4.2'dir. (Boşanma İstatistikleri 1973, Sh: XV. D.İ.E. yayını).

Şimdi efendim, mesele şu : Biz aslında, Boşanma problemi olarak hukukî bakımdan son derece önemli bir konu üzerindeyiz ama, bu problemin ilgilendirdiği kişiler, her bir cinsten, senede on bin kişi. Bilemediniz on bir bin kişi.

Yalnız, bir husus yanlış anlaşılmasın: Ben hukukun bir kantite meselesi olduğuna inanmam, bir tek kişinin başına gelen haksızlığı da, bir tek kişinin ızdırabını da hukukun tedavi etmesi lâzımdır, bunda hiç şüphe yok. Ancak beni, bir nevi iptilâ haline gelen istatistiki araştırmalara sevkeden husus şu oldu : Acaba bu onbinde 2.8. oranı g e r ç e k mi? Şimdi, Sayın Prof. Gürsoy'un aradığı gerçeği ben de aramaya başladım; ve itiraf edeyim ki henüz bulamadım!

Gerçi, İstatistik Yayınlarımız, bu önemli noktayı derhal hatırlatıyorlar. Bizde boşanmaların bu kadar az oluşu, diyorlar, ülkemizin birçok yerlerinde geleneksel evlenme şekillerinin devam edişi ile, bunların çözümlerinin istatistiklere yansımaysındır. Bu hususta sosyolojik saha araştırmaları v.s. yapmak gerekir.

Ancak, kanaatımızca bir sorun gene açıkta kalıyorki o da şu : Baştan, ben de buna inandım ve uzun müddet ,acaba bizde y ı l d a ne kadar medenî nikâh oluyor, ne kadar geleneğe göre yapılan nikâh oluyor?

Uzun müddet bu araştırmaları ilerlettim, en sonunda bir başka husus dikkatimi çekti: Biz, zaman zaman, malûmunuz olan, cezasız tescil kanunlarıyla, af kanunlarıyla fiilî birleşmeler dediğimiz -ki bu terim hukuken doğru ise de ahlâken yanlıştır, zira bunlar fiilî birleşme değildir,- bu birleşmeleri m e ş r u kılarız. Hani, icazet-i lâhika, vekâlet-i sâbika hükmündedir der gibi, meşruiyet arkadan gelsin deriz.

Ancak, bunlar meşru kılındıktan sonra, bu çiftlerin ayrılmaları da m a h k e m e l e r de cereyan eder. Binaenaleyh, yaptığımız

bu yamamalarla, veya tashihlerle, ülkede, ancak mahkeme kararı ile boşanabilecek çiftlerin sayısı, aslına yakın bir şekilde, yükselir. Bu, demek değildir ki gerçek çift tutarına tamamen tekabül eden bir sayıya varır, ancak, ona hayli yaklaşır. Zira, af kanunlarından istifade müracaata bağlıdır, ihtiyaridir, müracaat etmeyenler bir yekûn teşkil edebilir; sonra çocuksuz kalmış evlenmeler bu kanunlardan faydalandırılmaz. Hasılı arada gene bir açık kalır. Ancak şu durum değişmez : *Ülkemizde ancak mahkeme kararı ile boşanabilen çiftlerin sayısı, yalnız medenî kanuna göre evlenme akdetmiş olanlardan ibaret değildir. Bunlardan çok daha fazladır, hatta uzun zaman süreleri içindeki toplamlar nazara alınırsa, mahkeme kararı ile boşanabilecek çift haline sonradan getirilmiş olan fiilî birleşme menşeli çiftlerin sayısı, medenî kanunla evlenmişlerden daha fazla tutar.*

Demek ki, bizdeki oran azlığı meselesi, gene garipliğini muhafaza ediyor. Hangi yönden meseleyi ele alırsak alalım, diyeceğimiz şudur ki **bizde boşanma çok azdır.**

Şimdi, hal böyle olunca, bir parantez açmama müsaade buyrunuz : Türkiye’de boşanmaların çok az oluşunu nasıl yorumlamalıyız? Hani «yarım bardak su»yu, eğimsenin ve kötümserin yorumlamaları gibi mi? «Bizde boşanmalar çok az, demek ki Türkiye’de aile fevkalâde istikrarlı, hiçbir aile problemi yok. Batı, bizim halimize erişemiyor» mu diyeceğiz?.

Yoksa, boşanmanın bir başka anlamı mı var? Başka bir duruma mı işaretler? Bunun tam tersini de söylemek mümkün ama, hakikat bu da değil. Hakikat, gene ikisinin ortasında. Yukardaki yorumun tam tersi de şudur : Boşanma oranlarına bakıyorsanız, bir ülkenin gelişme seviyesi ne kadar yüksekse, endüstrileşme derecesi ne kadar yukarlarda ise, hatta post-endüstriyel safhalara ulaşmışsa, orada boşanma oranı o kadar yüksek! O halde, boşanma, toplumlar için, bir ileriliğin alâmetidir. Binaenaleyh, bir ülkede ne kadar çok boşanma varsa, onun gelişme seviyesi de o kadar yüksek oluyor? O halde bizim halimiz ne oluyor? Bizde bu o kadar az ki. O halde durum kötü...

Efendim, şaka bertaraf ama, mesele bu da değil!

Medenî Kanunumuzun daha da mükemmeleştirilmesi hususundaki kıymetli mutalâalarını büyük bir zevkle dinlediğim değerli

Prof. Gürsoy'un fikirlerine var kuvvetimle katılıyorum' Ancak mesele şu : Medenî Kanunu, tabir caizse bir çizgiye, bir hatta benzetirsek, bu kanunun uygulanmakta olduğu kendi cemiyet realitemiz bu çizgiye paralel değildir. O, bu çizgiye tamamen ters düşen, ona doksan derecelik bir açı ile inmiş bir vertikal kesit ya da bir dikey de değildir. Bu kanunun temsil ettiği çizgiye bazı yerlerinde değen, bazı yerlerinde paralel düşen bazan da ondan hayli uzaklaşan bir eğri gibidir.

Sosyolojik tabirlerle söyliyelim, kendi sosyal yapımız, b ü - t ü n t a r i h i m i z i n m a h s u l ü o l a r a k, - sadece dünün yada bugünün değil - heterojen bir özellik gösterir. Daha yeni tabirler kullanmak lâzımgelirse, sonradan endüstrileşen, sonradan modernleşen, ya da batılılaşan -ki hangi tabiri kullanırsanız kullanın- cemiyetlerin yapıları hakkında bugün genellikle kullanılan çift yapılı toplum karakterini arzeder.

Bu gibi toplumların her köşesi, bir tabiat kanunu olarak, bir çeşit sosyolojik muayyeniyet gereği olarak, aynı yeni modele, hep birden ve eşit hızla intibak edemez. (hatta burada meşhur Disraeli'nin çok hoşuma giden bir esprisini zikretmeden geçemeyeceğim : Eğer, diyor, bir toplumda çok kısa bir zamanda pek çok şey tamamen değişmişse, anlayınız ki aslında hiçbir şey değişmemiştir.)

Bizim toplumumuzda durum öyle değildir. Bizim toplumumuzda tedrici, fakat organik bir değişme vardır. Çünkü, değişmeye hazır olan kesitlerimiz ya da bölgelerimiz, süratle buna intibak etmişlerdir. Öteki kesitler, öteki bölgeler de, artık model alınan medeniyeti değil, belki kendi ülkesinde ilk intibaklarını yapmış olan kesitleri ve bölgeleri örnek alarak, kendilerini ona uydurmayaya çalışarak değişmektedirler. Yani biz, modeli yerlileştirmişiz, onu, kendi gerçeğimizin bir parçası haline sokmuşuzdur. Model durumuna gelen kesitlerin, şehirlerin, gurupların kazandıkları yeni durum, ötekiler için «kazanılması lâzımgelen» bir durum manzarasını göstermiştir.

Şimdi bunu size, küçük bir örnekle göstereyim :

Türkiyenin, 1970 yılında, 2.7 olan genel boşanma oranını esas alırsak, ve muhtelif illerimizin durumunu bununla karşılaştıırırsak şu tabloyu elde ederiz : Bazı illerimizde boşanma oranı, bu genel oranın çok üstündedir. Bazı illerimizde ise o kadar altındadır ki

bize meselenin çok daha derindeki nedenlerini araştırmayı telkin eder.

(Burada bir teknik meseleye işaret etmeliyim : Demograflar ve istatistikçiler, boşanma olaylarının bizde, yalnız ş e h i r nüfusuna nisbet edilmesini sağlık verirler ve gerçek boşanma oranının böylece daha doğruya yakın bir şekilde saptanabileceğini söylerler. Fakat, boşanma istatistikleri dikkatle incelendiği zaman, boşananların ikametgâhları bakımından içlerinde kö y d e oturanların bir hayli yekûn tuttuğu görülür. Hatta salt sayılar bakımından hemen hemen şehirlilere yakındır. Ancak, genel köy nüfusu şehir nüfusunun iki katı olduğundan boşanmaların köylerdeki oranı da şehre nispetle yarı yarıya düşük olacaktır. Köyde yaşayıp da, şehirdeki mahkemede boşanan nüfusun teşkil ettiği bu yekûn, hesaba katılmamazlık edilemeyecek kadar önemlidir. Bu itibarla biz, ancak Medenî Evlenmelerde ş e h i r nüfusunun esas alınabileceğini, boşanmalarda ise il nüfusunun esas alınması gerektiğini savunuyoruz. Diğer ülke nüfusları da tüm illeri kapsadığından bu esas, hem illerin birbirleriyle, hem de ülkenin diğer ülkelerle mukayesesine çok daha yatkın bir kriter teşkil etmektedir).

1970 yılındaki duruma bakarsak, bazı illerdeki oran, ülke genel oranının üç katıdır : 6.6. Bazı illerde ise onbinde bir dahi değildir. Yılda ancak yüzbinde iki vakanın kaydedildiği bir toplumda, bu sayı g e r ç e k ise, boşanma y o k demektir. (Tabiatıyla bu oran düşüklüğü uzun yıllar devam etmekte ise, ya b a ş k a tür bir boşanma vardır, ya da g e r ç e k t e n boşanmalara rastlanmamaktadır ki bu takdirde buralardaki aile tipinin özelliklerine inmek gerekir).

Bu oranlar bakımından illerimiz üzerinde bir tarama yaptım, sonuçta şöyle bir sıralama meydana geldi : En az boşanma oranı gösteren illerimizden en yüksek oranda boşanılan illerimize doğru uzanan bu listeyi elde edince, acaba, bu oranları, bizim sekizli coğrafi bölge ayırımımıza uygulayabilir miyiz diye düşündüm. Eğer ayrıntıları önemsiz sayarsanız ve daha derin sebeblere ya da faktörlere inmezseniz, böyle bir ayırım mümkün. Bu takdirde diyebilirsiniz ki, bizde boşanmalar Batı Anadolu'da, Trakya Bölgesinde, Ege kıyılarında çoktur, buna karşılık, İç anadoluda azdır, Karadeniz kıyılarında, Doğu Anadolu'da ise daha da azdır. Ama, birine

az, ötekine çok demek için de bu kadar zahmete girmeye lüzum yoktur.

Yapılan araştırma da, itiraf edeyim ki çok testere dışı çıktı. Oran azlığı ya da çokluğunu kesinlikle bölgelere dağıtmak olanağı bulunmadı. Meselâ içinde bulunduğu coğrafi bölge bakımından kendisinden belli bir oran beklediğiniz bazı illerde, tahmin dışı oranlar çıktı. Özellikle zaman içindeki devamlılıklar, illerin diğer özelliklerinin de araştırılmasını zorunlu kıldı. İllerin sosyo-ekonomik gelişmişliği gibi.

Ancak şunu kesinlikle söyleyebilirim ki, bizim cinsimiz bakımından iyi mi, kötümü bilmem ama, şu ölçüt enaz aksayan kriter oldu :

Okuryazar erkeklerle okuryazar kadınların birbirine oranı ne kadar yakınsa boşanma oranları o illerde o kadar yüksek.

«Her ilde 100 okuryazar erkeğe kaç okuryazar kadın tekabül ediyor?», bu yakınlık ne oranda artıyorsa, illerdeki boşanma oranlarında da buna yakın bir artış görülüyor. (Hemen kaydedeyim ki bu, b i z z a t k e n d i l e r i b o ş a n m ı ş o l a n p o p ü l a s y o n içindeki okuryazar erkek-kadın oranı değildir. Bu husus ayrıca mutalaa edilmiştir. Burada bahsettiğimiz ise, bir ilin genel kültürel havasını belirleyen, boşanmaların içinde cereyan ettiği sosyal zemini tanımlamaya yarayan bir ölçüttür. Kadınların da erkeklere yakın bir oranda okuma-yazma öğrenmelerini mümkün kılmış şartlar, neticede boşanmaların da artmasını mümkün kılmış şartların avını ya da benzeri olabilir. Bu meselelere, ayrıca değinileceği bir incelemenin yakında yayımlanacağını umarım).

Şimdi bakınız, en yüksek boşanma oranı kaydeden iller Aydın, Balıkesir, Sakarya, Burdur, Kocaeli, Manisa, Denizli, Çanakkale, İstanbul... Bu kadar olmamakla beraber, genel ülke ortalamasının üstünde seyreden boşanma oranları gösteren illeri : Uşak, İzmir, İsparta, Muğla, Eskişehir, Kırklareli, Bursa, Ankara... Ortalamanın altına düşenlerden Konya, Çankırı, Tokat Amasva, Ordu, Gaziantep, Kayseri, Sivas... Boşanma oranları onbinde biri dahi tutmayan Bingöl, Muş, Mardin, Urfa, Siirt, Diyarbakır, Bitlis, Van, Hakkâri... (Bütün illeri teker teker okumaya gerek yoktur. İcabında tabloya bakılabilir).

Şimdi durum bu. Bu durum, beni bir başka konuya itmiştir : Bu bölgelerimizin insanları, yani içinde son derece az boşanma vaki olan illerin insanları, eşler olarak çok mu iyi geçiniyorlar acaba? birbirleriyle hiç mi problemleri yoktur? Burada, meselenin öteki yönüne işaret etmemiz gerekir; yani «aile» ve «evlenme» kavramlarının değişik telâkkilerine. Evlenme'nin, kontraktüel bir bağ değil de, müessesevi bir durum olduğunu, evliliğin bir kurum, bir statü olduğunu kabul eden bütün toplumlarda, boşanma, o kadar önemli bir şey değildir. Boşamanın (talâk'ın) bu kadar kolay olduğu eski toplumumuzda boşanma olaylarının neden o kadar az olduğu, nâdir rastlanan ve çok ayıplanan bir olay sayıldığı her zaman söylenir durulur.

Bu, bazı bakımlardan izah edilmiş bir meseledir. Eğer bir evlilik, bir başka evliliğe mâni teşkil etmiyorsa; kadın, şu veya bu sebepten dolayı durumunu muhafaza etmekte menfaatdar ise, mevcut evliliği bozup birbaşka evlilik yaptığı takdirde öncekinden daha iyi olacağı hakkında bir ümidi yoksa, ve nihayet bütün değerlerimiz, bütün ölçülerimiz «boşamamış olmak», ve «boşanmamış olmak» esasına dayanıyorsa, kadının bir boşanmayı tahrik etmemek için hemen her şeye katlanması, erkeğin de hâkim olan ahlâkî kurallara, sosyal çevresinin değer ölçülerine uymak endişesiyle boşama hakkını rastgele kullanmaktan çekinmesi, bu «talâk azlığı» sonucunu doğurabilir. Ancak hemen işaret edeyim ki bu hususta elde o zamanlardan kalma istatistikî verilerimiz yoktur! Bütün bu yargılar aslında o zamanlardan kalma «genel kanaatlardan» ibarettir. Gerçek acaba nasıldı? Kesin olarak bir şey bilmiyoruz.

Yalnız bazı işaretler, boşanmaların islâm ülkelerinde de birbirinden çok farklı oranlarda cereyan ettiğini gösteriyor ki konunun ayrıntılarına burada girecek değiliz. Herhalde, eğer bizde sayısal bir gerçek olarak vaktiyle boşanmalar az idiyse bunu, kendi cemiyetimizin ahlâkî sınırlarının sağladığını, bir varsayım olarak kabul edebiliriz.

Bu nedenle ben, bu tür meseleler bahis konusu olduğu zaman, konuyu daima gerçek sosyo kültürel konteksti içine sokmak isterim: Eski hukuka göre yapılan boşama, eski sosyo - kültürel çerçeve içinde mutalâa edilmelidir. Fakat, bukünkü toplumda, aynı tarz boşama var mıdır, varsa nasıl cereyan etmektedir? ve nihayet bu günkü sosyo-kültürel çevre içinde ona ne anlam verebiliriz?

Gerçekten, bizim «fiilî evlenmeler» dediğimiz ve aslında «geleneksel evlenmeler» niteliğinde olan evliliklerin çözülmesi nasıl olmaktadır? Hatta bunlar hakkında uygun bir terminoloji kullanmak gerekirse, bu gibi erkeklerin, karılarını boşadıklarından mı, yoksa sadece bıraktıklarından mı bahsetmek gerekir (Hiç şüphesiz, bunlar Medenî Kanun nazarında ne boşamadır, ne terktir. Bunlar, Medenî kanunun görmediği onun nazarında yok olan işlerdir) Aslında, biz hukukçuların başbaşa verip spontane örfi hukuku değerlendirmemiz, bilimsel ortak terimlerle ifade etmemiz gerekir.

Şimdi şu mesele ile karşı karşıya geliyoruz : Acaba, medenî evlenme niteliğinde olmayan evliliklerin boşanmaları eski islâm hukukundaki boşanma sebeplerine göre mi cereyan ediyor (Eski diyoruz, çünkü bahse konu olan kendi cemiyetimizdir. Yoksa yaşayan müslüman ülkeleri, islâm hukukunun bu konudaki uygulamasında bazı yenilikler kabul etmişlerdir. Konuya burada girecek değilim. Bizde ise olsa olsa sadece eskiden var olanın sürmesi akla gelebilir)

Ancak bütün bunlar (talâk hâlâ yaşıyor mu? nerelerde, hangi kesitlerde, ne oranda? hangi sebeplerle yapılıyor, fetva konusu oluyor mu? Müftülüklere soruluyor mu? sonuçları ne oluyor? talâk devam ediyorsa hangi türleri daha çok uygulanıyor? v.s.) evet bütün bunlar resmî hakikat mertebesinde tesbiti mümkün olmayan şeylerdir.

Bu nedenle, mesele bir saha araştırmasıdır. İlgililerle temas edilip halledilecek bir problemdir.

Şimdi, ikinci husus şu : Acaba, ancak fiilî ayrılma veya talâk suretiyle bozulmaları akla gelen bu geleneksel evlenmeler, ülkemizde ne oranda uygulanıyor?

Bu hususta bazı modeller geliştirmeye çalıştım ve birkaç istatistik uzmanı ile görüştüm. İyi bir deneme olabilir dediler, belki iyi bir netice de verebilir.

Bu sefer şu yoldan gitmek istedim; ve onun da bazı neticeleri oldu ki şahsen memnunum;

Bizde, beş yılda bir yapılan Genel Nüfus Sayımlarında, mevcut «evli çift» ler, kendi beyanlarına göre tesbit edilir. Sormaz, nüfus memuru «Kimlik cüzdanınızda evli mi görünüyorsunuz?» diye. Ya

da «Bekârsınız da, imam nikâhı ile mi evlisiniz?!» diye. Sormazlar bunu. Bu nedenle, çiftlerin beyanlarına müstenit olduğu için, Genel Nüfus Sayımlarındaki Çift tutarı, gerçek toplam çift tutarına yakındır. O halde, şimdi biz, bir dönem sonraki Genel Nüfus Sayımında tesbit edilen çiftler tutarı ile kaydedilen farkın menşeyini arasak, araştırdığımız konu hakkında bazı ipuçları elde edebiliriz. Şöyle ki : Bir nüfus sayımı ile, onu izleyen nüfus sayımı arasındaki süre içinde oluşan «yeni çiftler» ne suretle meydana geliyor? Bunu araştırmaya teşebbüs ettim. Aslında bunun saptanması oldukça kolaydır, eğer elinizde yeterli veri varsa. (ki başka bir etüdde ayrıntılı olarak açıklamak niyetindeyim, bizde bazı önemli veriler eksiktir, ancak gene de bir tahminde bulunulabilir)

İki Genel Nüfus sayımı tarihi arasında akdedilmiş Belediye Evlenmeleri mikdarını tesbit ettik, bu beş yıl içinde Belediyelerce yapılan evlenmeler hangi mikdara bâliğ olmuştur? O dönemde dışardan «evli göçmen» ler gelmişse mikdarları nedir? Bunlar saptandıktan sonra, bu arada «boşanma» yoluyla çözülmüş, yahut «vefat» ile bozulmuş evlilikler ne kadar dır, ya da «göçmen gitmiş» evliler ne kadar tutmaktadır, bunları da bulup toplamdan inerseniz, son sayımdaki «çift» artışının «imam nikâhı» ile evlenenler «dışındaki» mikdarını bulursunuz. Geriye kalan ise, kendilerine «fiilî evlenmeler» dediğimiz türden evlenmiş olanlardır. (Burada ayrıntılara girmek istemiyorum, fakat akla gelebilecek eksikliği hemen hatırlatayım : Bu hesapta yalnız mahkeme ilâmına bağlı resmî boşanmalar hesaba katılmıştır. Talâk veya fiilî ayrılmalar hesap dışıdır. Ancak, boşanma eğilimi az olan ülkemizde, bunun fazla bir yekûn tutmıyacağı tahmin edilebilir. Şu kadar ki, az da olsa, bu mikdar, imam nikâhının mikdarını bizim bulduğumuzdan daha da yukarı çıkaracak bir mikdar teşkil eder! Çünkü bu suretle çözülmüş çiftleri karşılayacak kadar yeni imam nikâhı kıyılmış demektir. Yani aslında fiilî evlenmeler, bizim bulduğumuzdan tam bu fiilî ayrılmalar kadar yüksek sayıda demektir.)

Bütün bu operasyonları (veri eksikliği olan halleri işaretlemek suretiyle) yapınca, sayım dönemleri arasında teşekkül etmiş evli çift farkının pozitif hukukumuzun evlenme ve boşanma hükümlerine göre vaki medenî hal olayları ile açıklanamıyacak kadar yüksek olduğunu gördüm. Arada büyük bir açıklık vardır ve bu açıklık, eski geleneksel evlenme dediğimiz yollarla evlenmenin, büyük çapta var olduğu kuşkusunu uyandırmaktadır.

Ancak, hemen işaret edeyim, «tesbit etmektedir» demiyorum! Sadece bunun «olabilir» liğini söylüyorum. Zira aradaki farkın bir başka kaynağı da olabilir ki o da şudur :

Malûmunuzdur ki bizde, Medenî evlenme köylerde, muhtarlar tarafından da uygulanabilir. Yani, muhtarın da resmî evlenme akdi yapma yetkisi vardır. Bununla da ilgilendim. Acaba, bunların birçoğu, muhtarlar tarafından yapılmış medenî akidler olmasın? Çünkü, bizim «Evlenme İstatistikleri»miz, yalnız Belediyelerden gelen fişlere göre tesis edilir. Hepsi, medeni evlenmelerdir ama, bunlar yalnız belediyelerde yapılmış olanlardır.

Fakat, muhtarın yaptığı evlenme de medenî evlenmedir, ama bunlar istatistik -dışı kalırlar. İlgililerle yaptığım danışma sırasında, muhtarlarca yapılmış medenî evlenmelerin nicelik bakımından, yani istatistikî veriler halinde tesbitinin imkânsız olduğu çünkü, köylerde bu suretle yapılan evliliklerin ilçe nüfus müdürlüklerine bildirildikten sonra evrakı- müsbite olacak müstenidatın, zamanı gelince imha edildiği ve ilçelerdeki evlenme kayıtlarına da akdin yapıldığı yerin yazılmadığı, böylece ilçe nüfusunda ilçe merkezinde evlenmiş olanla köyde evlendirilmiş olanın tefrik edilemeyeceği anlaşıldı. O halde durum şu : İlçe merkezinde belediyede evlenmiş olanlarla, ilçeye bağlı köylerde muhtarlarca evlendirilmiş olanların sayısal verilerini mukayese imkânı yoktur, çünkü nüfus kayıtlarında sadece tüm evlenmelerin miktarı bilinmektedir.

Şimdi hal böyle olunca mesele askıda kaldı : Ne ben «bütün Belediye -dışı evlenmeler imam nikâhıdır» diyebilirim, ne de nüfus idareleri, hayır bunların hepsi muhtarın kıydığı resmî evlenmedir diyebilir! Hasılı ne ben onları tekzip edebilirim, ne onlar beni!

Burada ilk akla gelen şudur : İlçe nüfus kayıtlarına bakmak. Her yıl yapılan kayıtları, belediyelerde yapılan akidlerle karşılaştırmak ve aradaki farkın muhtarca yapıldığını kabul etmek. Çünkü, imam nikâhı olursa zaten kayda geçmiyecektir.

Ancak, bunun sahih netice vermesi için nüfus sicillerinin vukuatın yapıldığı yıl içinde işlenmesi esasının kesinlikle yürümesi lâzım. Çok daha evvel yapılmış evlenmelerin sonradan nüfusa geçirilmesinin mümkün olduğu yerlerde, evlenme oranları ve yıllık evlenme vukuatı için sicillere istinat edilmemektedir.

Bununla beraber, Türkiye'deki bütün nüfus için sağhyabildiğimiz yıllık evlenme tescili tutarlarının son derece yüksek olduğunu gördük. Tabiatıyla bu yükseklik, yıllık belediye evlenmeleri tutarına nazaran bir yüksekliktir. Meselâ 1970 yılında Türkiye'de Belediyelerde akdedilen evlenmelerin tutarı 117.495 dir. Buna karşılık, aynı sene Nüfus siciline işlenmiş evlenmelerin tutarı ise 327.420 dir. Aradaki 209.925 evlenme, tescil edildiğine göre imam nikâhı değildir. Öyleyse muhtarlarca akdedilmiş evlenmedir çünkü af kanunları sonucu yapılan idarî tescil işlemleri için ayrı bir defter tutulmaktadır. Yukarıdanberi menşeyini tesbite çalıştığımız bu belediye-dışı evlenme farkı, eğer muhtarlarca yapılmış medenî evlenmelerin çokluğundan ileri geliyorsa, ülkemiz, büyük bir hukukî aşamayı çok kolay geçmiş demektir. Bu takdirde ancak fiilî birleşmeler için uygulanan yüzbinlerce evlenme tesciline ne demeli?

Ancak, hatâ insanla beraberdir, sicil hatâları olabilir, tekerürler olabilir, evvelki senelerden gelme vukuat tescilleri çoğunluğu teşkil edebilir, her hâl ve kârda nüfus sicillerindeki mikdarlar mevcut istatistikî verilerin yerini tutamaz.

Şu halde iki ihtimal üzerinde durmamız gerekmektedir : Biri, muhtarların medenî evlenme akdini gerçekleştirmeleri büyük bir yekûn tutacak kadar yaygın ise, imam nikâhı sorunu önemini biraz kaybedecektir. Yok eğer, nüfus sicillerindeki sayılara istinad pek caiz değilse, aradaki açık fiilî birleşmelerle kapanmakta ise, o zaman çift yapılı toplumlara has özellikler kendini koruyor ve çift hukuk düzeni bu alanda yan yana yürümekte devam ediyor demektir. Hiç süphesiz buradaki hukuk terimini sosyolojik anlamda kullanıyorum, yoksa dogmatik terminolojide pozitif olandan gayrısına «hukuk» denmez!

Ancak, konu ile ilgili soruşturmalarımda bir veri ile daha karşılaştım : Dediler ki, genellikle köylerde, o yıl içinde yapılan fiilî evlenmeleri, muhtarlar bir hane halkı cedveli doldururken «evli çiftler» olarak kaydeder ve nüfusa bunları «evli» olarak işletir. Benim pek aklım alamadı bu işi. Medenî Kanuna göre evlenme mi bu?! herhalde konuyu saha araştırmaları ile işlemek lâzımdır.

Yalnız bir başka tarafı var ki meselenin, bunun için köye kadar uzanmaya pek lüzum yok imam nikâhının vüs'atini tesbit için her af kanununundan sonra tescili yapılan yüzbinlerce evlenmeyi düşünür ve Türkiye'de iller ve bölgeler arasında medeni evlenme oranı-

nın ne suretle dağıldığını araştırırsanız birçok hususlar aydınlanır. Çünkü belediye teşkilâtı olan yerlerde, «şehirlerde.» muhtarın medenî evlenme yaptırma yetkisi yoktur. O halde şehir nüfusundaki durumda, artık ülke ortalamasından hayli düşük medeni evlenme oranlarının bulunduğu köşelerde, bu eksiğin, muhtar evlendirmesi ile değil, fiili evlenme dediğimiz imam nikâhı ile tamamlandığına kolayca hükmedebilirsiniz.

Bu açıdan geliştirdiğimiz bir tabloda bir çeşit evlenme türleri coğrafyası ortaya çıkmıştır : Buna göre, Trakya, Marmara, Ege kıyıları, Batı Anadolu, hatta kısmen Akdeniz bölgesinde geleneksel evlenme veya fiili evlenmelerin sayısal bir ağırlığının fazla olmadığını gördük. Buralarda ezici bir yoğunlukla medenî evlenme tipi hâkimdir. Ancak, Orta Anadolu özellikle Karadeniz Bölgesine, nihayet Doğu Anadoluya gittiğiniz zaman oran tersine dönmektedir.

Hasılı, bu pastanın hamurunu daha iyi karıştırmamız, medenî evlenme alışkanlığını ülkenin herköşesine yayma çarelerini araştırmamız bizim için bir vecibe olmaktadır.

Ayrıntılarını başka bir vesile ile açıklayacağım incelemelerim sonunda benim vardığım sonuç şudur ki, şehirleşebildiğimiz, hatta sadece örgütlenebildiğimiz, yani köye belediye örgütünü götürebildiğimiz nisbette medenî evlenme usulünü de götürmekteyiz.

1970 yılında 694 köyümüzde belediye örgütü mevcuttu. Bu köylerden hepsinin nüfuslarını tesbit ettim ve bu belediyelerde akdedilen evlenmelerin o yılki tutarlarını buna nisbet ettiğimiz zaman, aşağı yukarı ilçelerdeki oranlara yakın, fakat biraz daha az bir evlenme oranı buldum. Herhangi bir batı ülkesinde de evlenmelerden en yüksek oran şehir merkezlerinde, daha azı ilçelerde, en azı da köylerde. (Batı'yı monogamik karakteri dolayısıyla esas alıyorum, çünkü bizde bu tür evlenme tipi hakim bulunmaktadır. Başka bir etüdde değineceğim gibi 1960 da bizde tahmini poligami yüzde yarımından da aşağıya düşmüştür) (1).

Belediyeli köylerdeki medenî evlenme oranı, imam nikâhı ile evlenmenin bir ağırlık teşkil etmemekte olduğuna hükmettirecek de-

(1) 1960 dan sonraki yıllarda görülen «evli kadın nüfus» fazlası, sayım metodumuzun de facto oluşu ve yurt dışına evli erkek işçi göndermiş olmamızla açıklanabilir ki burada konu bu değildir.

recededir. Demek ki bizim, medenî kanunu saha itibariyle yaymakta-ki kusurumuz ne taassuptan, ne geleneksel nikâhı kutsal, diğerini hükümsüz sayışımızdandır. Zira, nereye Belediye örgütünü götürebiliyorsak orada medenî evlenme lehine bir artış sağhyabiliyoruz.

Ancak, şehirlerde, tabiatıyla bazı şehirlerde rastlanan mukave- met, şimdi onu bilhassa arz etmek isterim, herhalde sürüp giden bu ikili sistemin, daha başka bir uyandırma metodu ile, daha başka bir aydınlatma ile ortadan kaldırılmasını gerektirecek niteliktedir.

Zira bu gibi şehirlerde belli ki her sene şu kadar insan doğmakta, nüfus şu kadar artmakta, buna mukabil o kadar az medenî evlenme akdedilmektedir ki bu demografik olayın büyük bir kısmının ancak gayrı -resmî evlenmelerle tamamlandığına hükmetmekten başka yapılacak şey yoktur. Belediye örgütü vardır ama, bu gayrı-resmî evlenmeler sürmektedir gene. Bu ise, kanunun esprisine tamamen muhaliftir.

Bu mülâhazamı da burada bitiriyorum.

Şimdi, boşanma'nın değerlendirilmesi hakkında müsaade ederseniz bir iki şey söyleyeyim; ve bizdeki bazı endisleri de hatırlatayım :

Ailenin, en geniş yorumlanması -şimdilik ailenin her türlü tipleştirilmesini bir tarafa bırakalım : Patriarkal, matriarkal vb.) medeniyet ve kültür tiplerine göre ikiye ayrılabilir : Evlenme, ya aileyi kuran bir akiddir, ya da mevcut aileyi ikmâl eden bir akiddir. Yani, o aileye nesil sağhyan, o sülâleyi sürdürmeye yönelik bir akiddir. Eğer evlenme, kan esasına dayanan, kendisinden daha evvel mevcut bir ailenin -tabir caizse- efrad ikmâli niteliğinde birşey telâkki ediliyorsa, aile gurubuna dışardan ve onun sulbünü idâme için bir kadın aranılıyorsa, ezogami prensiplerine göre, bu takdirde boşanmaya verilecek mânâ bambaşkadır. Yok eğer evlenme bir âileyi kuran, tesis eden akit ise- ki medenî kanunun kabul ettiği anlam budur- o takdirde boşanmaya verilecek mânâ daha başkadır.

Şimdi ben, fazla uzatmamak için, size biraz evvel arz ettiğim şemayı çizmeye mecbur oldum. Benim açımdan şöyle bir sonuç çıkarabiliriz, genel olarak : (Ancak şunu hatırlatmada fayda var : Bu tipleştirmedeki kesinlik, hemen ifade edeyim ki, bir «ideal tip» yaratmak bakımından yapılmış, bir metod gereği kesinliktir, yoksa bir çekirdek aileyi tesis eden insan da çocuk sahibi

olmayı, neslini sürdürmeyi isteyecektir. Aynı şekilde, büyük âilede, sülâleyi idâme ettirmek için alınan gelin ile oğul arasında diğer aile efradına nazaran daha yakın bir ilişki doğabilecektir, bunlar psikolojinin sahasına giren hususlardır. Ama cemiyet normları bakımından aileye de, boşanmaya da, evliliğe de verdiğimiz değer, neticede gene bu iki temele, tabir caizse bu iki neyrenği noktasına göre değişir.

Şimdi evlenmenin soyu sürdürmek için bir araç olarak tanındığı kültürlerde boşanma o kadar önemli bir problem olmuyor. Neden olmuyor? Evvelâ eşler bu evlilik statüsüne kendi arzuları dışında getiriliyorlar (2). Tarafları birbiriyle evlendirmeye, onların aile grupları karar veriyor. Onun ailesi ile ötekinin ailesi bu alışverişi kararlaştırıyor. Evlilik kötü gittiği zaman, boşanma ile neticelendiği zaman, hiçbiri yurtsuz, ocaksız kalmıyor. Kadın kendi ailesine dönüyor. Koca zaten kendi kalabalık ailesi içindedir. Ve bilhassa Afrikadaki tetkikler gösteriyor ki kadının, müstakil yaşaması mümkün olduğu zamanlarda dahi o, bunu tercih etmiyor, zira kendi ailesinde sıcak çorba var, yatacak yer var, nasılsa onun boğazına bakacak biri var. Kendisi, yenibaştan hayatını tanzime kalktığı zaman ise binbir müşkülâtla karşılaşacak.

Öbür taraftan, erkek, modern cemiyetteki gibi perişan oluyor boşanma ile. Bütün ihtiyaçları, kollektif olarak, aile toplumunun içinde karşılanıyor. Çocuklar dersiniz, bunlar da ortada kalmıyor: -Bunlar hiç popüler fikirler değil ama, realite de bu! -Çocuğu, evden giden anasının yerine geçen kadın kuşağı eğitiyor: Yenge, halâ, teyze gibi.. baba gitmiş ve çocuk ana klânında kalmıssa, onu dayılar, ağabeyler eğitiyor, Hasılı, aile hangi tipte ise- matrilokal veya patriarhal, yada matrilokal veya patrilokal olsun-, çocuk gene bir akraba grubunun içinde kalıyor. Dolayısıyla maişeti meselesi de o kadar önemli değil, aynı kazandan besleniyor.

Evli ferdlerin birbirlerine verdikleri değere gelince, bunlar, birbirleri için öyle yerine konmaz, «irremplaçable» kişilikler değil ki; Hatta birçok dilde olduğu gibi bizim dilimizde de vardır: Adam, karısıyla geçinmemeye başladığı zaman ne yapar? «Bunu siz aldınız!» der. Yani bu kötü evliliğin vebâli adamda değildir. Kadın için de aynı şey. Ne diyor Fuzulinin Destanında Leylâ?

(2) Burada hukukî değil, sosyolojik bir gerçekten bahsettiğimiz hatırlatalım. Aile gurubunun gayrı resmî baskısı.

Devrân ki beni mezâda saldı,

Bilmem kim idi satan, kim aldı?

Yani kimin sattığı, kimin aldığı kızın kararı ile belirlenmiyor. Bunlar, erkek olsun, kadın olsun, statülerine bağlı, bir manada statülerine mahkûm eşlerdir.

Endüstrileşmenin geliştirdiği çekirdek aile ise tam tersine. Bu tür toplumlarda aile içinde olsun olmasın herkes, ferd olarak kendi ekonomik ihtiyaçlarını karşılamak ile mükelleftir. Biliyorsunuz, zaten, büyük ailenin parçalayıcısı olan endüstriyel gelişme, sonunda ferdleri kendi başlarının çaresine bakmaya mecbur bırakmıştır. Böyle bir medeniyet meydana gelmiştir. Biz henüz bu safhada değiliz. Bu tür toplumlarda kadın da erkek de, evlenmeden önceki safhada kendilerinin açlığından, tokluğundan, üstünden başından bizzat sorumlu olduklarını bilmektedirler. Anaya, babaya güvenememektedirler. Çünkü genellikle, onlar da kendilerini ancak kurtarabilmektedirler. Eşler, evlenmeye teşebbüs ettikleri vakit, yapacakları birliğin bütün sonuçlarından kendilerinin sorumlu olduklarını bilmektedirler.

Bu durumda boşanmanın manası bambaşkadır : Çocuklar, boşanıldığı takdirde, yurtsuz, yuvasız kalma tehlikesiyle karşıkarşıyadırlar ve modern ailenin yardımına koşacak şey, artık, zaten parçalanmış olan eski büyük aile değil; belki modern Devletin hukukî ve sosyal yardım araçlarıdır. Nafaka usulleri, kreşleri, yuvaları vs.

Yalnız, benim herşeyi ekonomik açıdan değerlendirdiğimi zannetmeyiniz. Bilâkis, modern aile, ekonomik amacı en az güden bir âiledir. Bir kere, ferd, cemiyetin zorlaması ile, kendi ekonomik statüsünü, evlenmeden evvel de az çok sağlamıştır. O, evlenmekten şunu beklemektedir : Bu «yalnız Kalabalık» içinde, yani modern toplumda, psikolojik, biyolojik, sosyal ihtiyaçlarının aşağı yukarı büyük bir kısmını diğer cinsten bir arkadaşa karşılamak. O halde, onun arkadaşı ile olan münasebeti eşitçi bir münasebettir, ve mürâilîğe dayanmayan, samimî bir münasebettir. O küçük aile grubu, bu samimî münasebet devam ettiği sürece manasını muhafaza eder. Bu kaybolunca da, sadece manasız bir grup olarak kalmaz, üstelik âsap bozucu, enerji kısıcıcı ve insanın hayat mücadelesini kırıcı, yaşama gücünü azaltıcı bir menfî grup olarak kalır. Bu artık olumsuz bir gruptan ibarettir.

Bu nedenle, bu tür ailede, yani modern ailede boşanma meselesi, ötekinden son derece farklıdır. Boşanmanın, modern, endüstrileşmiş ülkelerde niçin bu kadar fazla olduğuna, âdetâ bu tür toplumların bir özelliği haline geldiğine şimdi avdet etmiş oluyoruz.

Kadının eğitimi bakımından, kadının emansipasyonu bakımından da mesele aynıdır. Her horlanmaya tahammül edecek, şahsı namına ferdi bir benlik veya haysiyet davası gütmeyecek, itaati nisbetinde faziletli sayılacak kadının boşanmaya karşı tavrı başkadır, kendi iradesiyle, kendi arzusu ile veya emeli ile yaptığı ve manen çoksey beklediği bir evlilikten hayal kırıklığına uğramış bir kadının tavrı başkadır. Dolayısıyla şu sonuca varabiliriz ki, kadın insanlık haysiyetinde hassas olduğu oranda, daha doğrusu içinde yaşadığı sosyal şartlar onun bu hassasiyetini geliştirebildiği, ona insan muamelesi görme hakkını telkin edebildiği oranda bahtsız evliliklere tahammül derecesi azalacaktır.

Bu bakımdan ilginç istatistiki verilerle karşılaşmaktayız : Boşanma, genellikle ve bilhassa monogamik toplumlarda, erkeğin bıkması ile, ya da başka bir kadınla evlenme arzusuna kapılmasıyla ortaya çıkan ve daha ziyade erkeklerce arzu edilen bir çaredir. Ancak, bu pek genel yargı, kadınların eğitimi, emansipasyonu arttıkça tadil edilmeye muhtaç görünmektedir. Yakın zamanlara kadar sayısal veriler, birçok ülkelerde, erkek davacıların daha fazla olduğunu gösterdiği halde son yıllarda bunun tersi bir oran kaydedilmeye başlanmıştır. Yani modern kadın her ne bahâsına olursa olsun «evli» kalmaya razı olmamaktadır. Bunun, bir diğer evlenmeyi mümkün görmesi, veya evli olmaksızın sosyo-ekonomik statüsünü sürdürebilmesi gibi imkânlarla orantılı olduğu meydandadır. Ama, artık «her zillete razı olup, ayrılmama» kadınlar için bir fazilet sayılmaktan çıkmıştır.

Netekim Fransa'da 1955 yılına kadar, Türkiye'de 1966 yılına kadar erkek davacı çoğunlukta olduğu halde, bu yıllardanberi her iki ülkede de kadın davacılar çoğunluğu teşkil etmeye başlamışlardır. Her yıl, meselâ onbin boşanma davası açılrsa, bunun yüzde elliden fazlası kadınlarca açılmaktadır (ayrıntıları, ilerde yapacağım yayınlarda arzedeceğim).

Burada kendi toplumumuz hakkında ilginç bir doküman elime geçti.

Türkiye'de 1938 - 1951 yılları arasındaki boşanma olaylarının iller seviyesinde dağılımını gösteren ve davacıların cinsiyeti açısından da tasnifinin yapılmış olduğu bir belgeyi inceledim. (Gerçi bu iller seviyesinde ayrıntı, yalnız büyük şehirlere maksurdur ve sonraki yıllardaki istatistiklerde bu kriterler açısından iller seviyesine hiç inilmemiştir, bununla beraber ondört yıllık bir devrede, bir kanaat yaratmak bakımından oldukça anlamlıdır).

Evet. bu istatistiklere göre, İstanbul'da 1938 den 1951 yılına kadar, her yılda boşanma davası açanlar arasında sürekli bir şekilde kadınlar çoğunluktadır! İstanbul şehrinin hususiyetini, kadınların refah içinde yaşadıkları ve belli kültür nimetlerinden faydalandıkları bir şehir olarak alırsak mesele aydınlanmaktadır. Yoksa, İstanbul'un, kadının ekonomik hayatını bizzat temin etmesi imkânlarının çok olduğu, kadınların en fazla burada faal oldukları kanısı ile hareket ettiğimiz zaman bu kıstasın işe yaramadığını hayretle gördük! Durum şu : İstanbul, uygarlıktan en çok nasibini almış ve içindeki kadınların ekonomik bakımdan en az faal oldukları bir şehir : Yani genel refah, kadını çalışmaya fazla zorlamıyor, fakat onun eğitimini, kişilik kazanmasını sağlıyor!

Yaptığım incelemede, İstanbulda «çalışabilir yaşta» ki hanımların (12 yaş ve daha yukarısı) 1970 yılında ancak % 16 sının iktisaden faal durumda olduğu, geri kalanlarının büyük çoğunluğunun ev kadını diğerlerinin de, öğrenci, emekli vs. gibi gayri -faal yaşadığı meydana çıktı. Türkiye'de faal kadın nüfusun çalışabilir yaştaki kadın nüfusa oranı : %50.2 dir. Kadın faallığı'nin Trakya'ya, Batı Anadolu'ya, İç Anadolu'ya, Doğu Anadolu'ya gidildikçe sırasıyla % 29.8, % 54.2, % 50.3, % 61.7 oranlarına dönüştüğü görülür. Tek tek iller esas alınır ise bu oranların çok üstünde yerlerimizin bulunduğu anlaşılır: Sinop'ta bu oran %75.2'e, Hakkâri'de % 76.7 ye varır. Kars'ta % 72 dir. (Konuyu bir başka etüdde ayrıntılarıyla vereceğim için fazla uzatmayayım)

Okuryazar kadın en fazla İstanbul'dadır, 12 ve daha yukarı yaşta olan 1.036.223 kadın içinde çalışan kadınların sayısı ise ancak 170.000 kadardır. Bunların da sadece dörtte biri Tarımda çalışır. Diğerleri, yani büyük bir çoğunluğu sanayi ve hizmet sektörlerindedir ve bunlarda uygulanan sosyal teminatlardan istifade etmektedirler. Bundan başka, diğer bir incelemede kadınlarımızın ne kadarı aile ekonomisi içinde ücretsiz çalışmaktadır, ne kadarı işçi, mü-

teşebbis ya da kendi hesabına çalışan, durumundadır, ne kadarı aile içinde «gelin» statüsünde yaşamaktadır? gibi ikinci derecedeki özellikleri tesbit ettim ve gördüm ki en iyi durumdaki kadınlar gene İstanbul'dadır. Aile içinde ücretsiz çalışan kadınların Türkiye ortalaması % 82.9 olduğu halde İstanbul'da bu oran % 24.8 dir. Gelin statüsü (1) Türkiye'de % 15.7 iken, İstanbul'da % 6.2 dir. İstanbul'un durumu o kadar iyidir ki Ankara bile onu çok uzaktan izliyebilmektedir: Meselâ çalışan kadın oranı İstanbul'dan sonra enaz olan şehir Ankara'dır, fakat oran % 16 dan çok yüksektir: % 29.

Şimdi durum bu.

Medenî Kanunun yeniden tanzim edilecek çok daha ileri boşanma hükümlerinden istifade edecek insanımız çoktur. Ama, Medenî Kanunun bugünkü imkânlarından istifade ettirmeye çalışacağımız, buna mecbur bulunduğumuz insanlarımız sa onlardan çok daha fazladır.

Şimdi benim, bütün üstünde durduğum nokta, hiçbir zaman «Efendim, İstanbul hanımları kanunlardan çok istifade ediyorlar, artık daha fazla etmesinler!» yönünde değildir. Bilâkis, onlar daha fazla istifade ederlerse, ötekiler buna daha fazla özeneceklerdir ve bu özenme bir aspiration, bir motor etkisi yapacak ve Medenî Kanunun ülke çapında yayılmasını çabuklaştıracaktır. (hiç kuşkusuz, Medenî Kanundan istifadeyi, kadınların daha fazla boşanmaları anlamına kabul ediyor değilim, belki kanunun boşanma imkânlarının, refah içindeki yerlerimizdeki kadınlarca daha çok kullanıldığını belirtmek istiyorum. Başka yerlerimizdeki kadınlarımızın da dayanılmıyacak aile koşullarına ölesiye katlanmak zorunluluğunda kalmalarını temenni ediyorum.)

Boşanma ile ilgili diğer hususlarda size verebileceğim bazı sayısal veriler de şunlardır:

Boşanma nedenleri arasında, «Geçimsizlik» faktörü, kırk seneberi gittikçe yaygın bir hal almaktadır 1935 - 1973 arasında bu faktör tüm boşanma nedenleri arasında % 50 dan % 82 ye yükselmiştir. Yani, 1935 de 100 boşanma vakasında 50 si «Geçimsizlik» den ileri geldiği halde, 1973 de 100 boşanma vakasından 82 si geçimsizlikten ileri gelmektedir.

(1) «Evli kadın nüfus» içindeki «gelin» oranı.

«Zina» gibi, aileyi küçültücü nedenler daha fazla hatta büyük farkla, köyden gelen köyde ikamet eden yada taraflardan biri köylü olan ailelerde görülmektedir. Buna mukabil zina sebebine dayanma, şehirlerde 1/4 kadardır. Oysa ki bu suçun, herhalde şehirlerde köyden fazla işlendiği genel kanaatlarımıza dahildir.

Diğer hususlara sorular gerektirirse değineceğim hepinize, beni dinlemek sabrını gösterdiğinizden ötürü teşekkür ederim.

BOŞANMANIN DAYANDIĞI HUKUKİ ESASLAR

Dr. Erol CANSEL
A. Ü. Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Profesörü

§ 1: Giriş

I. Evlilik : Anayasanın 35. maddesine göre : «Aile Türk Toplumunun temelidir». Bu hüküm, insanlık tarihinin bilinebilen günlerinden bu yana doğrulanan bir gerçeği açıklamaktadır. Nitekim insanlar iç güdü olarak neslin devamı; beslenme, barınma gibi iktisadi ihtiyaçların giderilmesi; ve çocukların terbiye edilip yetiştirilmesi, eşlerin birbirine ihtimam göstermeleri gibi ruhi ve ahlâki ödevlerini yerine getirebilmeleri için a i l e dediğimiz birliği kurmuşlardır. Başlangıçta ailede iktisadi ihtiyaçların giderilmesi sorunu ağırlık taşıyordu. Zira toplumda henüz tarım ve sanayi gelişmemişti. Aile fertleri birlikte çalışıyor ve evin ihtiyaçlarını birlikte üretiyordu. Bu nedenle ilk çağ aileleri kalabalık, akrabalık ilişkileri yaygın olan büyük aile tipleri idi. Bunlar birer üretim birimi niteliğindedi (1).

Asırlar içinde toplumlarda iktisadi, kültürel, sosyal değişmelerin etkisiyle iş bölümü doğdu. Kendileri için üretim yapan büyük ailenin fertleri aile dışındaki iş yerlerinde çalışmaya başladılar. Giderek tüketici oldular. Büyük aile fertleri ayrı ayrı iş yerlerinde çalışmaya mecbur kaldıklarından aile birliği parçalandı. Yerini giderek ana-baba-çocukların meydana getirdiği ve toplumun sihirli çekirdeğini teşkil eden k ü ç ü k a i l e aldı.

(1) Egger, A. Das Familienrecht, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 1936, Zurich, II/1, Einleitung Nr. 1.

Gerçekten, Türk toplumunda da bu gün görülen manzara budur. Sosyal ve ekonomik düzen üretici büyük ailenin fertlerini tarımda ve endüstride iş alanlarına çekerek birliği parçalamakta; yerine eş ve çocuklardan oluşan küçük aileyi getirmektedir. Nitekim, A.Ü. Ziraat Fakültesi Ev Ekonomisi Kürsüsü tarafından Ülkemizin çeşitli bölgelerinde yapılan araştırmalar büyük aile'nin giderek kaybolmaya başladığını; Türk ailesinin karı-koca ve ekseriya üçe kadar çocuklardan meydana gelen küçük aileden oluştuğu gerçeğini ortaya koymaktadır (2). Meselâ 1967 yılında Konya İlinin Çarıklar köyünde yapılan araştırmada, ailenin %54,3'nün karı-koca, çocuklardan oluşan «çekirdek aile»; % 32,8'inin babanın hakim olduğu, karı-koca, çocuklar ve bir kaç akrabanın bir arada yaşadığı pederşahi -ataerkil- aile; %12,9'unun ise çocuklar, damatlar, gelinler, büyük anne -babalar vb. akrabalarından meydana gelen büyük aile tipi olduğu ortaya çıkmıştır (3). Çekirdek aile, yani eşlerin ve çocukların teşkil ettiği aile büyük kentlerimizde daha yaygındır. Meselâ 1972 - 1973 yıllarında Ankara'da yapılan bir araştırmada Yüksek tahsilli hanımların %79,7'sinin; hiç tahsili olmayanların ise %45 nin çekirdek aileyi kurdukları; yüksek tahsillilerin %20,3'nün, orta tahsillilerin %24,2'nin, hiç öğrenim görmemişlerin %50'sinin küçük ataerkil aileyi; orta öğrenim yapmış olanlardan %0,8 (binde sekiz) nin; hiç öğrenim yapmamışların ise %5'nin büyük aileyi kurdukları anlaşılmıştır (4).

Ailenin giderek parçalanması ve küçülmesi olayı, bu sosyal kuruluşun bir gün yok olacağı anlamını asla taşımamaktadır. Sovyet Rusya'nın 1917'den sonra gerçekleştirmeyi istediği bu varsayım, daha 1926 yılından itibaren Aile Hukukunu yeniden düzenlemeye başlayıp 1946 yılında ciddi evlenme ve boşanma hükümleri getirilmesi ile sonuçlandı. Çünkü, ailenin özel ilişkilerin konusu olduğu, devleti ve toplumu ilgilendirmediği, ailenin ancak insanın kollektif üretime katkı getirme görevi ile birlikte düşünülebileceği; hatta ailenin kaldırılması gerektiği gibi, aşırı görüşler ve bu doğrultuda alınan tedbirler Rusya'da nüfusun süratle azalmaya başlamasına ve ana baba sevgisinden mahrum âsi bir gençliğin doğmasına sebep

(2) Cansel E, Sosyal Devlet ve Aile, AÜHFD. C. XXVI, sayı 3-4, s. 12.

(3) Şahinkaya, R. Psiko-Sosyal yönleriyle Aile, 1975, Ankara, s. 24.

(4) Bu araştırmalar için bkz. Şahinkaya, s. 24 vd.

oldu (5). Bu deney, ailenin insan tabiatına ve iç güdüsüne en uygun düşen bir birlik olduğunu, ailenin toplumun temelini teşkil ettiği görüşünü doğrulamaktadır (6).

II. Ü l k e m i z d e, 1926 yılında yürürlüğe giren ve İsviçre' den iktibas edilmiş bulunan Medeni Kanun ile Aile yeni bir düzenlemeye tâbi tutuldu. 7. asırdan beri islâmiyeti kabul etmiş ve ailesini Fıkıh esaslarına göre kurmuş ve yaşatmış olan Türk Toplumunu, şimdi kendini bu yeni düzenlemeye uyduracaktı. Nitekim, Medeni Kanununun kabulünden bu yana elli yıl; yani yarım asır geçmiş olmasına rağmen bu uyum tamamen gerçekleşmemiştir: Bir tarafta Medeni Kanun'un hükümlerine göre kurulan aile; diğer tarafta ise Eski Hukukmuza göre imam nikâhıyla kurulan aile; hatta hukuki bir nitelik taşımadığı için «fiili birleşmeler» deyimi ile isimlendirilen ve poligami -çok kadınla yaşantı- biçiminde de rastlanan kadın erkek ilişkileri Medeni Kanununun getirdiği aile düzenlemesi ile toplumumuzdaki yaşayan sosyal gerçek arasındaki farkı göstermektedir. Medeni Kanun hükümlerine göre kurulamayan bu kategori aileler, son olarak 28 Haziran 1974 tarihinde yürürlüğe giren 1826 sayılı «Tescil edilmeyen birleşmeler ve bunlardan doğan çocukların cezasız tescili hakkında Kanun»un 1. maddesinde: «Selâhiyetli bir merci önünde yapılmış bir akde dayanmıyarak birleşip karı koca halinde yaşamış olan ve evlenmelerine kanuni bir engel bulunmayanlar» deyimi ile ifade olunmuştur.

Kanun Koyucu'nun bu kategori aileden doğma ve yekûnu bu gün on milyonu aşmış bulunan (7) çocukların nesebini düzeltmek için her beş yılda bir kanun çıkartma dışında; asıl bu fiili birleşmeleri Medeni Kanunun emrettiği biçimde evliliklere çevirmek için gerekli tedbirleri alması temenni olunur (8). Ülkemizde hukuken

-
- (5) Hazard, D. Le Droit Sovietique, 1954, Paris, s. II; Dölle, H. Familienrecht, 1964, Karlsruhe, Bd. I, s. 24 vd.; Şahinkaya, R. s. 53-57.
- (6) Anayasa'nın 35. maddesi: «Aile Türk Toplumunun temelidir» hükmünü koymaktadır. Ayrıca, İnsan Hakları Evrensel Demeci'nin 16. maddesinin 3. paragrafında: «Aile toplumun tabii ve köklü bir unsurudur» denmektedir. Bu hususta bkz. Cansel, E. Sosyal Devlet ve Aile, s. 13-14.
- (7) 1960 yılında bu miktar 6.287.355 idi. Bkz. İnan, A. N. Fiili birleşmelerle bunlardan doğan çocukların tesciline dair Kanun, 1965, Ankara, s. 114.
- (8) Bu tedbirler d o ğ r u d a n d o ğ r u y a olabilir; meselâ evlenmenin eşlere ve çocuklara sağladığı hukuki, sosyal ve ekonomik im-

ailenin Medeni Kanun hükümlerine göre kurulması gerektiği tartışma dışıdır. Halbuki, bu hükümlere uyulmadan fiili yaşantı biçiminde kurulup sürdürülen bir ailede eş-çocuk ilişkileri kanunun ve yargı organlarının denetimi dışında kalmakta ve bu nedenle eşlerin mükellefiyetleri, hakları, çocukların ana baba ile olan ilişkileri hukuken düzenlenememektedir. Evlenme gibi boşanma da denetim dışı olup fiili ayrılığın sonuçları eşler ve çocuklar bakımından hukuki müeyyideden mahrum bulunmaktadır. Ana yasa ile toplumumuzun temeli olarak kabul ettiğimiz Aile'nin bu ikili düzenlenmesinin getirdiği ve getireceği sorunlar ortada olup; Medeni Kanun hükümlerine uyularak kurulmayan fiili birleşmelere ve bunların dağılması olayına dikatle ve sür'atli olarak çözüm aranmak gerekmektedir, (8a).

§ 2. B o ş a n m a

I. B o ş a n m a h a k k ı n d a g e n e l g ö r ü ş l e r
Evlilik, diğer sözleşmelerden farklı olarak, eşlerin hayat boyu sürdürmeyi karşılıklı olarak taahhüt ettikleri bir sözleşmedir (9). Nitekim, MK. 151. maddeye göre evlenme sözleşmesi evlilik birliğinin kurulmasını sağlar; fakat diğer borç sözleşmelerinde olduğu

kânlar bir «Aileye sosyal yardım Kod'u»nda toplanır ve vatandaşın bilgisine topluca sunulur (Bkz. Cansel, Sosyal Devlet ve Aile, s. 16 vd.). Bazı d o l a y ı s ı y l a tedbirler de medeni evlenmeyi teşvik edebilir : meselâ 1757 sayılı Toprak ve Tarım Reformu Kanununun 5. maddesi kanunun uygulanmasında «karı-koca»yı «Aile» kabul etmiş; «koca» sağ ise «Aile başkanı» sıfatını vermiş ;, sağ değilse «karı»yı Aile başkanı saymış ve 52/b maddesinde de toprak dağıtımında «hiç toprağı olmayan aile başkanına» toprak dağıtımında öncelik sırası vermiştir.

- (8-a) Şu makale : Güriz, A. Evlilik dışı birleşmeler ve çocuklar, Türk Hukuku ve Toplumuna üzerine incelemeler, 1974, Ankara s. 93 vd.
- (9) Medeni Kanunda evliliğin bu niteliği açıkça belirtilmemiştir. Bununla beraber İsviçre Medeni Kanununun 120. maddesinde 4. bendi ekleyen 29 Eylül 1952 tarihli «İsviçre vatandaşlığını kazanma ve kaybetme Kanunu», «Kadın hayat boyu sürececek birlik = Lebensgemeinschaft» için değil de yalnız vatandaşlıkla ilgili hükümlere karşı hile yapmak için evlenirse evlilik batıldır» hükmünü korken bu deyim kullanılmıştır. MK. 151. madde ise sadece «Evlenme merasiminin icrasıyla evlilik birliği vücut bulur» demekle bu nedenle evliliğin hayat boyu süren sözleşme niteliği açıklik kazanmamaktadır.

gibi bir ihbarla veya süre geçmesi ile bu birliğin dağıtılması, sona ermesi mümkün değildir. Yine, «clausula rebus sic stantibus = ahde vefa» şartına bağlı bir evlilik kurulamaz. Yalnız hayat boyu sürecek bir evliliğe yönelmiş irade, gerçek evlenme iradesidir. Bu iradeyi taraflar evlendirme memuru önünde bizzat ve karşılıklı olarak açıklarlar, MK. 108, 151.

Merasimin icrası ile evlilik her bir eşin kişiliğinin ruhi ve maddi bir parçası olur. Eşler karşılıklı olarak ve hayatları boyunca birbirlerine ait olurlar ve bu birleşmeden hem kişiliğin gelişmesi, hem de kişiyi aşan, evlilik birliğinin kurulması gibi, ikili sonuç doğar (10).

Hayat boyu devam etmek üzere kurulan aile birliği, normal olarak eşlerden birinin ölümü ile son bulur. Buna, evliliğin tabii olarak son bulması diyoruz (11).

Bununla beraber, evliliği sona erdiren başka hukuki nedenler de mevcuttur. Bunlardan bir kısmı mutlak butlan (MK.112); bir kısmı ise nisbi butlan (MK. 115-120) halleridir. Bunlardan biri mevcutsa, evlilik daha kurulurken sıhhatli kurulamamış; temeli çürük atılmıştır. Şu halde bu evliliğin feshi yoluna gidilebilmesi gerekir. Bu sebepleri incelemek konumuz dışıdır. Bu nedenle sadece atıfta bulunmakla yetiniyoruz.

Bir de, hukuken sıhhatli olarak kurulmuş olan bir evlilik birliğinin çeşitli nedenlerle başarısızlığa uğraması ve eşlerin hayat boyu birlikte yaşama amaçlarını kaybetmeleri ihtimali doğabilir. Bu ihtimal gerçekleşirse evlilik birliği moral olarak çöker, kişiliğin bir parçası olma niteliğini kaybeder, sosyal, iktisadi ve kültürel görevlerini artık sıhhatli bir biçimde yerine getiremez. Böyle bir evliliğin ise ne eşlere, ne çocuklara ne de topluma yararı olacağını iddia etmek mümkün değildir. Bu aşamaya gelen bir evlilikte eşlerin kişilikleri MK. 23. maddede sözü edilen, «Kanuna, ahlâka ve adaba aykırı düşecek biçimde» zedelenebilir. Bu durumda ise bu evliliğin çözülmesi eşlerin evlilikte bulamadıkları huzuru kendi yalnızlıklarında aramaları daha üstün bir çare olarak görünebilir.

Hukuken sıhhatli olarak kurulmakla beraber, çeşitli nedenlerle

(10) Egger, Familienrecht, Kommentar, Vorbemerkungen, Nr. 9.

(11) Scheidegger, O. Ehe und Ehescheidung, 1952, Basel, s. 13.

eşlerce yürütülemeyen bir evliliğin ortadan kaldırılmasına boşanma diyoruz.

II. BOŞANMANIN DAYANDIĞI HUKUKİ ESASLAR

Boşanma evlilik birliğini sona erdiren hukuki bir hadisedir. Mukayeseli hukuk yönünden incelenirse her ülkede ve çağda boşanma farklı esaslara dayandırılmıştır :

1. Boşanma yasağı : Katolik kilisesinin kuvvetli tesirinde bulunan bazı ülkelerde «Tanrının birleştirdiğini insanın ayıramıyacağı» görüşü hakim bulunmakta ve eşlere boşanma hakkı tanınmamaktadır. İspanya, Arjantin ve Brezilya'da bu gün durum böyledir. İtalya'da 1 Aralık 1970 tarihinde kabul edilen 898 sayılı kanunla eşlere bazı sebepler için boşanma hakkı tanınmıştır (12).

Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren İtalya'da beş ay içinde beş milyon kişinin boşanmak üzere mahkemeye baş vurduğu anlaşılıyor (13).

2. Özel ve serbest boşanma : Bu anlayışa göre eşlerden birinin evlilik bağı koparmak istemesi halinde boşanma vuku bulur. Bu uygulama İslâm Hukukunda daha ziyade erkeğe tanınan boşanma hakkı biçimindedir (14). Nitekim bu hak kadına ancak evlenme sözleşmesi yapılırken tefviz'i talâk şartının konması kaydıyla veriliyordu. Bu şart konmamışsa nikâhın son bulması için erkeğin «boşol!» demesi yeterliydi. Bu sonucu elde etmek için bir yargı usulüne ve mahkeme hükmüne ihtiyaç yoktu. Bununla beraber fevri olarak tek taraflı boşanmak suretiyle bozulan evliliğin yeniden kurulması için kadının iddet müddeti içinde kocanın rücu ederek eşini evliliğe kabul etmesi mümkün olup, buna talâk'ı ric'i (cayıla-

(12) Kanun metninin tercümesi için bkz. Feyzioğlu, N. F. Aile Hukuku Dersleri, İstanbul, 1971, s. 215, dipnot : 1.

(13) Feyzioğlu N. F. s. 216, not 2.

(14) Bununla beraber, İslâm Hukuku'nda da mecbur kalınmadıkça evliliğin bozulmaması tavsiye edilmiştir. Meselâ : «Fen at'anaküm felâ tebgû aleyhine sebiylen = sonra bize itaat ederlerse arada bir hadise geçmemiş gibi her şeyi unutun ve daha ilersine-boşanmaya varmayın» (Nisa : 3), Bkz. Berki, Ş. Hamdi, H. İslâm Hukukunun ana prensipleri, 1956, Ankara ,s. 38.

bilir boşanma) deniyordu. Kadının iddet müddeti geçmişse taraflar ancak tekrar evlenmek suretiyle evliliği kurabilirler.

Talâk-ı bayin ise, sonucu kesin olan; evliliğe son veren bir boşanmadır. İki şekilde olurdu : Koca boşanmanın kesin olduğunu belirten bir söz veya işaret kullanırdı : «Benden ayrı ol! veya «... seni talâk-ı bayin ile boşadım» gibi. Veya koca eşini talâk-ı ric'i ile boşadığı halde iddet (bekleme) süresi içinde kendisini evliliğe tekrar kabul etmediği için boşanma kesinleşir. Her iki halde de koca evliliği yeniden kurmak isterse nikâh yapması gerekir.

Talâk-ı selâse (üçlü boşanma), erkeğin karısını talâk-ı ric'i veya talâk-ı bayin ile üç defa boşaması veya arka arkaya üç defa «boş ol!» demesi ile evliliğe kesin olarak son veren boşanma biçimiydi. Erkek boşadığı kadın ile tekrar evlenmek isterse, kadının iddet müddetini (bekleme süresini) geçirdikten sonra başka bir erkekle evlenmesi; ondan boşanarak yeniden usulüne uygun biçimde eski kocasıyla nkâhlanması gerekirdi. Buna hülle denir (15).

Eski Roma, Cermen ve Musevi hukuklarında da boşanma rızâ veya tek taraflı verilen kararlarla sağlanabiliyordu (16). Sovyet Rusya'da ise 1944 yılına kadar eşlerden her birine evlilik birliğini bozma hakkı tanınmıştı (17).

Boşanmanın yasaklanması tefritçi bir görüş olarak nitelenir. Nitekim Protestanlık bu yasaklamayı kabul etmemiş; boşanmayı benimsemiştir (18). Zira ailenin korunması için düşünülmüş olan

(15) İslâm'da boşanma çeşitleri için bkz. Semiz, A. Eski hukukta nikâh ve talâk, 1948, s. 7 vd.; Berki, Ş.— Hamidi, H. s. 30 vd.; Üçok, C. Türk Hukuk Tarihi, 3. Bası, Ankara, s. 100 vd.; Ansay, S. Ş. Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku, 1958, Ankara, s. 210 vd.; Gürpınar, N. Die Entwicklung des türkischen Eherechts seit der Rezeption des schweizerischen Zivilgesetzbuch, 1966, Göttingen, s. 20 vd.

(16) Kaser, M. Das Römische Privatrecht, München, 1955, s. 72, 278.

(17) Fevzioglu, N. F. s. 215; Tekinoy, S. S. Türk Aile Hukuku, 1972, İstanbul, s. 148 - 149.

(18) Tekinay, s. 149-150. Nitekim, İsviçre MK. nun bize alınmamış bulunan ve alınmasına da lüzum olmayan 118. maddesinin son fıkrası «kilise nikâhının bu kanunun hükümlerinden etkilenmiyerek devam edeceğini» belirtmekle, katoliklerin İMK. a göre boşansalar da dinî nihâklarının devam edeceği görüşü benimsenmiş; fakat katolik olmayanların medeni boşanma ile evliliklerine son verebilecekleri de kabul edilmiştir.

boşanma yasağının bu amacı sağlayamadığı anlaşılmaktadır. Zira nefret yuvası haline gelmiş bir ailede eşler ruhen birbirinden uzaklaşmış; beraber yaşama ümitlerini kaybetmişlerdir. Onları bir arada bulunmaya zorlamanın daha kötü sonuçlar getirmesi uzak ihtimal değildir. Eşler böyle bir ortamda evlilik içinde bekâr hayatı yaşamaya, evlilik dışı maceralara itilirler. Çocuklar yönünden de uyumsuz ana babaların olumsuz tesirleri çok derin olmaktadır (19)

Boşanmanın serbest ve taraf iradesine bırakılması da ifrat olarak nitelenir (20). Zira evliliğin hangi nedenle son bulacağı bu suretle tarafların sübjektif kanaatına terkedilmekte; özellikle boşanma mahkemenin denetimi dışında bırakılmaktadır. Bu ise boşanma hakkının kötüye kullanılması sonucunu yaratabilir. Bilhassa eşlerden yalnız bir tarafa boşanma hakkı tanınan hallerde bu ihtimal daha fazladır.

3. Karşılıklı anlaşmaya dayanan (rızaî) boşanma : Bu boşanma türünü Prof. Dr. Kemal Tahir Gürsoy tebliğinde inceleyecektir. Bu nedenle burada bazı özelliklerine değineceğim. Bu boşanma biçimine göre taraflar geçimsizlik nedenlerini açıklamaya mecbur edilmeden, karşılıklı olarak boşanma iradelerini mahkemeye bildirirler.

Napoleon Bonaparte devrinde Fransız Medeni Kanunu'ndaki belirli olmayan boşanma sebepleri arasına 31 Mart 1803 tarihinde 233. madde ile «karşılıklı anlaşmaya dayalı boşanma» da kondu. Paris Hukuk Fakültesi Öğretim üyesi Denise Roughol -Valdeyron tarafından Revue Trimestrielle de Droit Civil'in Ekim 1975 sayısında yayınlanan bir makalede (21) kanuna bu boşanma biçiminin sonradan konmasının sebebinin, kişi olarak boşanmaya son derece karşı olmasına rağmen, tahtının geleceğini temin etmek üzere Napoleon'un, kısır eşi Josephin'den boşanmak istemesi; fakat imparatorluk ailesinin özel hayatının mahkeme önünde açıklanmasını sakıncalı bulması olduğunu ileri sürmüştür (22). Bununla beraber

(19) Tekinoy, s. 149.

(20) Fevzioğlu, N.F. s. 217.

(21) Valdeyron, Denise-Roughol, Le divorce par consentement mutuel et le Code Napoleon, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1975, Nr. 3, s. 482 vd.

(22) Bkz. Valdeyron, aynı makale, s. 484-485. Fakat Napoléon bu maddenin şartlarını yerine getirerek değil; Senato'nun 16 Kasım 1809 da

adı geçen madde kabul edildikten oniki yıl sonra 8 Mayıs 1816'da yürürlükten kaldırıldı. Bu suretle Fransız CC. de yalnız «kusura dayanan boşanma sebepleri» kaldı. Bunlar : Karının veya kocanın zina yapması (md. 228, 230); eşlerden birinin kusuruyla ve utan-dırıcı bir suçtan mahkûm olması (md. 231); bir de, eşlerden birinin diğerine hakaret etmesi; pek fena muameleler yapması sonunda evliliğin yüklediği görevlerin yapılamaz ve eylilik birliğinin çekilmez bir hal alması (md. 232) na ilişkin hükümlerdir.

Bununla beraber Fransa'da uygulanan 232. maddenin çok geniş; kusura dayanmayan bir boşanma sebebi gibi anlaşılmasına itildi. Diğer maddelere göre bir boşanma imkânı bulamayan eşler, evlilik birliğinin sarsıldığını iddia ederek ve çeşitli karşılıklı suçla-malarla boşanma için mahkemeleri zorladılar. Jean Carbonnier'nin de belirttiği gibi «karşılıklı hakaretleşme ve pek fena muameleler iddiası objektif bir boşanma sebebi olarak kabul edilmeye başlandı. Nitekim bu tür iddialarda artık özel bir kusurluluk hali de aramak mümkün değildir. Zira evlilik bağlarının giderek sarsılmasında kar-sılıklı psikolojik etki ve tepki ilişkisi vardır» (23).

Fransız Aile Hukuku 11 Temmuz 1975 tarih şe 75/617 sayılı «Boşanma rerormu kanunu» ile (24) yeni bir değişikliğe uğradı ve 172 yıl önce Bonaparte'ın Josephine'den kolayca ayrılmasını sağ-lamak için çıkarıldığı ileri sürülen, karşılıklı anlaşmaya dayalı, rızai boşanma tekrar kabul olundu. Nitekim CC. Fr.'nin 230-310. maddelerini değiştiren Boşanma reformu Kanununun 230-236. maddeleri rızai boşanmaya ayrılmıştır. 230 III. madde, evliliğin ilk 6 ayında karşılıklı anlaşmayla boşanılamıyacağını hükme bağlıyor.

I. fıkra boşanmak üzere anlaşılan çiftlerin boşanma sebebini açıkla-maya mecbur olmadıklarını; ancak boşanmanın hükümlerini dü-zenleyen bir projeyi hakime vermek zorunda olduklarını belirtiyor. 231 I. maddeye göre hakim müracaatı inceler ve tarafları davet

yaptığı olağanüstü toplantıda alınan kararlar boşandı. Bu kararda ise CC fr. nin 233. maddesinin aradığı şartlar yoktur. Madde, taraflar boşandıktan sonra üç yıl süre ile tekrar evlenemeyeceklerini ön gör-mesine rağmen Napoéon boşandıktan iki aydan az bir süre sonra, 7 Şu-bat 1809 da tekrar evlendi, Bkz. Valdeyrom, agm. s. 487, dip not 2.

(23) Carbonnier, J. Dalloz, 1956, s. 11.

(24) Bkz. Journal officiel de la République Française, 12 Juillet 1975, Nr. 7172

eder. Daha sonra, varsa avukatlarını çağırır. II. fıkraya göre, eğer taraflar boşanmada ısrar ederse hâkim üç aylık düşünme süresinden sonra tekrar baş vurmalarını bildirir.

Hâkim eşlerin boşanma iradelerinin doğru olduğuna ve baskı altında olmadan açıklandığına kanaat getirirse boşanmalarına karar verir ve eşlerin verdikleri projeyi tasdik eder, md. 232. Eğer çocuklar veya eşlerden birinin menfaati gerektiriyorsa hâkim talebi red ve projeyi tasdik etmeyebilir, md. 232 II.

Yeni kanun eşlerden yalnız birinin talebi ve diğerinin kabulü ile de boşanmaya izin veriyor. Nitekim, 233. maddeye göre bir taraf, gerek eşinin gerekse kendinin sebep olduğu vakıalar nedeniyle müşterek hayatın çekilmez bir hal aldığı ileri sürerek boşanmayı isteyebilir. Eğer diğer eş bu vakıaları doğrularsa hâkim kusur derecesini araştırmaksızın boşanmaya karar verir. Bu şekilde boşanan eşler kusuru ortaklaşa paylaşmış sayılırlar, md. 234.

Diğer eş, davacı eşin iddia ettiği vakıaları kabul etmezse hâkim boşanmaya karar veremez, md. 236.

Görülüyor ki yeni Fransız boşanma hükümleri eşlerin anlaşmasına dayalı boşanmayı düzenlediği gibi; eşlerden birinin talebi ve diğerinin kabullenmesi ile de boşanmaya imkân vermektedir. Bu yeni düzenlemenin en önemli yanı, kusur sorununun bertaraf edilmiş olması; boşanma davasında kusurun araştırılmamasıdır. Bununla beraber 231 II. madde boşanma iradesinin gerçek; yani baskıdan uzak olması gerektiğini belirtmekle rızâ boşanmanın kötüye kullanılması ihtimalini bertaraf etmek sitedir.

Fransız CC. nin boşanma hükümlerinde yapılan değişiklikler bunlardan ibaret olmayıp; aşağıda diğer hükümlere de değinilecektir.

Anlaşmaya dayanan boşanma Luxemburg'da, Belçika'da, İskandinav ülkelerinden İsveç, Hollanda ve Norveç'de, farklı düzenlemelerle de olsa, halen uygulanmaktadır.

İsviçre'de yeni doktrinde de bu görüş savunulmakta; zira mahkemelerde boşanma nedenini ispat etmek için davaların bazen çok acılı ve sancılı geçtiğine değinilmektedir (25) Hatta yeni hazırlan-

(25) Bkz. Keller, M. Die einverständliche Scheidung, Schweizerische Juristen - Zeitung, 1970, cilt 66, sayı : 8, s. 115 - 116.

makta olan boşanmaya ilişkin projede tercihlerden birinin de anlaşmaya dayanan boşanma olacağına işaret edilmektedir (26).

4. Kusura dayanan boşanma : Eşlerin boşanabilmeleri için birinin boşanmaya sebep olacak ağırlıkta kusur işlemesi şartı aranıyorsa, buna kusura dayanan boşanma denir (27). Fransız CC., 11 Temmuz 1975 tarihindeki değişiklikten önce yalnız kusura dayanan boşanmayı kabul ediyordu. Boşanmanın klâsik kusur prensibine göre her eş evliliğin sıhhatli ve sağlam olmasından sorumludur. Eğer bir eş bu sorumluluğunu gereği gibi yerine getirmezse diğer eşten evliliğin devamını isteme hakkını kaybeder. Görevini yerine getirmeyen eş kusurludur (28). Hatta kusurun tek bir olayla doğması ve boşanmaya sebep olması mümkündür. Meselâ Fransız Yargıtayı, eşin bir defa dahi olsa diğer eşe yönelttiği hakaretin kendisini kusurlu yapacağına ve diğer eşin boşanma davası açabileceğine karar vermiştir. Yine, boşanma davasında eşine zina isnad eden davacı eşin bu isnadını ispat edememesi halinde, davalıya boşanma davası açma hakkını kazandıracağına hükmetmiştir (29).

Yeni Fransız boşanma kanunu da yine, evlilik görevlerinin ihlâli dolayısıyla kusurlu eşe karşı diğer eşin dava açma hakkını saklı tutmuştur. Nitekim yeni kanunun III. bölümünün başlığı «Kusura dayalı boşanma»dır. 242. maddeye göre «eşlerden biri evlilik görevlerini kusuruyla devamlı olarak ağır biçimde ihmal eder ve bu yüzden müşterek hayat çekilmez hale gelirse diğer eş boşanmayı talep edebilir».

243. maddeye göre : «Fransız Ceza Kanununun 7. maddesinde yazılı y ü z k ı z a r t ı c ı b i r s u ç t a n dolaylı hüküm giyen eş aleyhine diğer eş boşanma davası açabilir».

Bu hükümler eski 229 ve 230. maddelerde yer almış olan, eşlerin zinasını kusurlu boşanma sebebi olarak düzenlememiş; bu suretle reform kanunu zinayı boşanma sebebi olmaktan çıkarmıştır.

20 şubat 1946 tarihli Alman Evlilik Kanunu (29-a) bazı «kusura dayanan boşanma sebepleri» kabul etmiştir. Meselâ

(26) İleride : §: 4, IV, 2.

(27) Principe de la faute; Verschuldenprinzip.

(28) Egger, Vorbemerkungen, Nr. 16.

(29) DP. 1914, I, 323.

(29-a) Ehegesetz (Gesetz Nr. 16 des Kontrollrates) vom 20 Februar 1946.

§ 42 zinayı; § 43 ise bir eşin evlilik görevlerini ağır bir biçimde veya haysiyetsiz, ahlâka aykırı davranışlarla ihlâl ederek evlilik birliğinin yeniden kurulmasını imkânsız kılması halini boşanma sebebi saymıştır. Buna karşı, § 44 vd., «evliliğin köklü sarsılması» (30) prensibine dayalı boşanma sebeplerini de düzenlemiştir (31). § 44'e göre, kusursuz olarak ruhi bozukluğa uğramış bir eş yüzünden aile düzeni sarsılmış ve artık evlilik birliğini devam ettirmek imkânsızlaşmışsa, diğer eş boşanma davası açabilir. § 45, akıl hastalığı sebebiyle diğer eşe boşanma hakkı veriyor. § 46, eşlerden birinin bulaşıcı veya iğrenç bir hastalığa yakalanıp da uygun bir süre içinde iyileştirilemiyor veya bulaşma ihtimali bertaraf edilemiyorsa diğer eşe boşanma hakkı veriyor. Bununla beraber § 44-46'da ön görülen nedenlerle açılmış bir boşanma davasını hakim, ahlâki bakımdan; özellikle hasta eşin bu boşanmadan dolayı uğrayacağı akibeti dikkate alarak reddedebilir.

§ 48, köklü sarsılma nedeniyle dava açma şartlarını şöyle düzenliyor: «Eğer evlilik birliği üç yıldan beri bozulmuş ve geçmesi imkânsız derin sebeplerle bu birliğin tekrar kurularak devam etmesi mümkün değilse eşlerden her biri boşanma davası açabilir». Görüldüğü gibi bu madde, dava açacak olanın kusursuz veya daha az kusurlu olması şartını aramamıştır. Bu nedenle Kanun koyucu 11.8.1961 yılında davalının hakkını koruyucu nitelikte bir hüküm getirdi. § 48 II, «Davacı eş tamamen veya daha ağır kusurlu ise diğer eşin def'i dermeyanı halinde davası reddedilir. Ancak, def'i dermeyan eden eşin de evlilik birliğini devam ettirme arzusu olduğu anlaşılmalıdır». § 48 III, çocukların korunması bakımından da şu fıkrayı ihtiva etmektedir. «Dava konusu evlilikten doğmuş çocuklar varsa, bunların menfaatları evliliğin devamını gerektirdiği takdirde hakim boşanmaya karar vermez».

Görülüyor ki Alman hukuku boşanma hükümlerini kusur prensibi ile köklü sarsılma prensibine dayandırmıştır. Evliliğin köklü sarsılmış sayılması için sarsıntının üç yıl devam etmesi şartı aranmıştır. Ancak ahlâki yönden veya hasta eşin, çocukların men-

(30) Zerrütungsprinzip.

(31) Bu hususta bkz. Dölle, H. Familienrecht, Bd. I, Karlsruhe, 1964, §: 39, s. 387.

faati gerektiriyorsa hakim evlilik köklü sarsılmış olsa bile davayı reddedebilecektir.

5. Köklü sarsılma ve elverişsizlik prensipleri :

K ö k l ü s a r s ı l m a, evlilik birliğinin devamına artık imkân vermeyen o b j e k t i f bir sebeple evliliğin temelden çözülmesi, yıkılmasıdır. Eşlerin böyle bir sonucun doğmasında kusurlu olup olmadıkları aranmaz. Hatta eşlerin evliliklerini yıkan bu sebebin doğmasında hiç kusurları da bulunmayabilir. Mese-lâ akıl hastalığı gibi. Böyle bir afete tutulmuş eş dolayısıyla müş-terek hayat çekilmez hale gelebilir. Toplumun da huzuru bu neden-le kalmamış bulunan ailenin devamında hiç bir yararı yoktur. Eş-lerin kusurlu davranışları da aile birliğini köklü olarak sarsmış olabilir. Kadının kocasına karşı saygısız sözler sarfetmesi, onun alay etmeye başlaması (32) gibi.

E l v e r i ş s i z l i k, eşlerden birinin bedeni veya ruhi bo-zukluğundan ötürü evlilik görevlerini gereği gibi yapamaması ve bu nedenle aile birliğinin devamına imkân kalmamasını ifade eder; kısırlık, iktidarsızlık, cinsi sapıklık, neslin devamını tehdit eden hastalıklar, gibi (33).

Ş 3. M e d e n î K a n u n ' u n d ü z e n l e m e s i

I. Medeni Kanun boşanmaya dava ve boşanma hükmüyle imkân vermiştir: MK. 135. Ayrıca, eşlerin boşanabilmeleri için ka-nunda ön görülmüş bulunan boşanma sebeplerinden birini göster-meleri ve bunu ispat etmeleri gerekir. MK. 129 - 134, 138. Bu açık-lamadan anlaşıldığı gibi, tarafların mahkemeye baş vurmadan, özel olarak ve boşanma sebebini ispat etmeden evlilik birliğine hukuken son vermeleri mümkün değildir (34). Kanun boşanmada k ö k l ü s a r s ı l m a prensibini kabul eder. Nitekim MK. 134. madde. «Aralarında müşterek hayatın çekilmez bir hale gelmesini mucip olacak derecede şiddetli bir geçimsizlik başgösterdiği tak-dirde karı kocadan her biri, boşanma davasında bulunabilir» hük-

(32) 2 HD. 13.2.1964, 705/738, Olgaç, S. Medeni Kanun Şerhi, Ankara, s. 146.

(33) Akıntürk, T. Aile Hukuku Dersleri, 1967, Ankara, s. 192 - 193.

(34) Bkz. Tuor, P./Jäggi, P. Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 1965, Zu-rich, §: 21 II, a.

münü koymaktadır. Bu fıkra, evliliğin köklü olarak sarsılmış sayılması için müşterek yaşantının «çekilmez» hal almış olması şartını aramaktadır. Kanunda köklü sarsılma prensibine yer verilmiş olmasının nedeni, eşlerden birini kusurlama yerine, artık ekonomik ve sosyal görevini yerine getiremeyecek kadar bir arada olma ümit ve arzusunu yitirmiş olan eşleri birbirinden hukuken de ayırmayı sağlamaktır. Hakim eşler arasındaki anlaşmazlığın birlikte yaşamayı «çekilmez» hale getirdiğine kani olursa boşanma kararı verir. Eşlerin boşanmaları için ayrıca kusur şartı aranmaz. MK. 134. madde genel ve nisbi boşanma sebebinin şartlarını düzelmekte ve müşterek hayatın çekilmez hale gelip gelmediğini tayinde hakime geniş bir takdir hakkı vermektedir. Bununla beraber kanun başka özel boşanma sebepleri de ön görmüştür; bunlardan bazıları mutlak boşanma sebebi sayılır, zina (MK. 129), cana kast ve pek fena muameleler (MK. 130), cürüm (MK. 131), terk (MK.132), özel ve mutlak boşanma sebepleridir. Haysiyetsiz bir hayat yaşama (MK. 131), dimağ hastalığı (MK. 133) ise özel ve nisbi boşanma sebepleridir. Çünkü bu son iki halde boşanmaya hükmedilebilmesi için ayrıca evlilik birliğinin çekilmez bir hal almış olması gerekir. Kanun koyucu 134. maddede genel bir boşanma sebebi kabul etmiş iken, ayrıca özel boşanma sebeplerini de düzenlemekle boşanmayı zorlaştırmak istememiştir. MK. 129-133. maddelerdeki özel boşanma sebeplerinin temelinde de yine köklü sarsılma prensibi yer almış bulunmaktadır. Dimağ hastalığı ve haysiyetsiz hayat yaşama hallerinde evlilik birliğinin temelinden sarsılmış sayılması için davacı eşin «birlikte yaşamının bu nedenle çekilmez hal aldığı» ispat etmesi gerekmektedir; buna mukabil, özel ve mutlak boşanma sebeplerinde köklü sarsılma olayın kendi bünyesinde yer almış farzedilmektedir. Zina, cana kast, pek fena muameleler, terzil edici cürüm, gibi, (35). Bununla beraber İsviçre Federal Mahkemesi özel mutlak boşanma sebeplerini de nisbileştirme eğilimi göstermiştir. Nitekim 1973 yılında verdiği bir kararında (36) mutlak boşanma sebebi olarak ileri sürülen olayın, nihayet, evlilik birliğinin çözülmüş sayılacağına dair bir kararine olduğuna işaret etmekte; fakat davalının, bu olayla evlilik birliğinin yıkıl-

(35) Bkz. Lienert, Xaver, Die Schuld bei der Ehescheidung nach schweizerischem Recht, Aarau, 1950, s. 11 - 12.

(36) BGE 98 II 161 = JdT 1973 I 254.

madığını ispat eden karşıt delil getirebileceğine hükmetmektedir. Doktrinde de Federal mahkemenin bu görüşü desteklenmektedir. Nitekim zina, cana kast ve pek fena muameleler gibi, mutlak boşanma sebebi sayılan hallerde de MK. mağdur eşe diğer eşi affetme hakkı (MK. 129 III, 130 III) tanımış; hatta altı ay ve beş yıllık sürelerin geçmesi ile boşanma davası açma hakkını da kaldırmıştır, MK, 129 II, 130 II (37). Federal mahkeme ayrıca, özel ve mutlak boşanma sebebine dayanarak boşanma talep eden davacının, evlilik birliğinin yıkılmasına kendi davranışları ile sebebiyet vermesi halinde, dava açma hakkını kötüye kullanmış sayılacağına hükmetmiştir, (38). Meselâ davacı, davalı eşinin yüz kızartıcı suç işlmesine, zina yapmasına sebebiyet vermişse boşanma davası hakkını kötüye kullanmış sayılır. Bir de şu durum hakkın kötüye kullanılması bakımından önem taşımaktadır. Zina yapan eşin boşanma davası açmaya hakkı olmamak gerekir. Ancak, diğer eşin, zina yapan eşin şiddetli geçimsizlik nedeniyle açtığı boşanma davasını sırf hakkını kötüye kullanarak reddettirmek istediği anlaşılırsa, hakimin istisnai olarak, şiddetli geçimsizlik sabit olduğu takdirde, davacının davasını kabul ve boşanmaya hükmetmesi mümkün sayılmaktadır. Nitekim Zurich İstinaf Mahkemesi zina yapan ve metresinden çocukları bulunan kocanın açtığı boşanma davasını, davalı karının MK. 134 II. ye (CCS 142 II) göre davacının kusurlu olduğu itirazı karşısında reddetti. Koca dördüncü defa boşanma davası ikame etti. Karının aynı itirazı tekrarlaması üzerine mahkeme «kabahatsız eşin davranışına göre, savunması bir hakkın açıkça kötüye kullanılması biçiminde kabul edilebiliyorsa, kusurlu eşin boşanma istemi istisnaen kabul edilebilir» hükmünü vermiştir (39). Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin de bu sonucu benimseyen kararları vardır. Meselâ bir kararında; «Davalı koca, davacının başka bir erkekle zina ettiğinden dolayı şikâyetle bulunmuş ve neticede kadın mahkûm olarak cezasını da çekmiştir. Kadının başkası ile zinası sebebiyle koca, hak kazanmış olduğu boşanma davasını ikame etmediği gibi,

(37) Bkz. Deschenaux, H/Tercier, P: *Le mariage et le divorce*, 1974, Bern, s. 91; Grisel, A. *La violation des devoirs conjugaux et les dispositions du Code Civil sur le divorce*, JdT 1943 I 291 - 292.

(38) BGE 95/1969 II 59 = JdT 1971 I 254; Hinderling, H. *Das schweizerische Ehescheidungsrecht*, 1967, Zurich, s. 73 vd.

(39) *Schweizerische Juristen Zeitung*. (SJZ), 1952, s. 163, not 38, Ayrıca, Tekinay, s. 162.

kadın tarafından açılmış olan bu davaya da muhalefette bulunması bir hakkın suistimali mahiyetinde olup, kanunun himayesine mazhar olamaz» demektedir (40). Bununla beraber Hukuk Genel Kurulu bu gerekçeye katılmıyarak; «Böyle durumlarda davalının savunma hakkını kötüye kullandığı ileri sürülerek davacıya, aslında sahip olmadığı bir dava hakkı tanınmaz» hükmüne varmıştır (41). Bununla beraber doktrinde bu sonuç tartışmalıdır, zina yapan eşin aslında şiddetli geçimsizlik nedeni ile boşanma davası açamaması doğrudur. Ancak, davalı eş davacı ile yeniden müşterek hayatı yaşamaya istekli değilse buna rağmen davacının sabit olmuş fiilini ileri sürerek davanın reddini istemesi, hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilmelidir. Burada, davalı eşin aile birliğini yeniden kurma niyeti araştırılmalı; bu niyeti olmadığı anlaşılıyorsa davanın davacının kusuru nedeniyle reddi talebi kabul edilmemelidir (42).

II. K u s u r p r e n s i b i ve Medeni Kanun : Aile birliğinin köklü sarsılması, Medeni Kanununun boşanma hükümlerinin temelini oluşturmaktadır. Eğer çeşitli nedenlerle eşler arasındaki müşterek hayatın devamı imkânı kalmamışsa boşanmaya hükmedilir. Bu sonucun doğmasında eşlerin kusurlu olmaları şartı aranmaz. Ancak, bir boşanma davası da eşlerden hiç birinin kusuru olmadan ender açılır. Belki bu duruma a k ı l h a s t a l ı ğ ı nedeni ile açılan boşanma davasında rastlanabilir. Eşlerden birinin akıl hastalığına tutulmasında kusuru olmayabilir. Fakat bu hastalık nedeni ile evlilik birliğinin çekilmez hal alması ve hastalığın üç yıldan beri devam etmesi gerekir, MK. 133. Bunun dışında, zina, cana kast, pek fena muamelele, yüz kızartıcı cürüm işleme, terk (MK. 129-132) fiilleri özel ve mutlak boşanma sebepleri olarak bizatihi k u s u r l u davranışlardır. Bu fiilleri işleyen eş aynı zamanda kusurludur. Davacı eş, davalının bu fiillerden birini işle-

(40) 2 HD. 26.4.1962 T. 2371/2508 sayılı K. Ayrıca : Tekinay, s. 163, not 38 ve Son İçtihatlar Dergisi, 1962, s. 5179.

(41) HGK. 11.9.1963 tarih ve 2/30-68 s. K. Bkz. Tekinay, s. 163, not 39; İlmî ve Kazai içtihatlar, 1963, s. 2506.

(42) Bkz. Wuarin, A. Causes de divorce, Fiches Juridiques Suisses, nr. 515, s. 9; Hinderling, H. s. 42; Tekinay, davalı eşin evlilik birliğini devam ettirme arzusuna rağmen, zina yapan ve boşanma davası açan eşin bu arzuyu taşınamaması halinde yine boşanma davasının kabul edilebileceği görüşündedir, Tekinay, s. 163, not 40.

diğini ispat ederse hakimin boşanma kararı vermesi gerekir (43). Haysiyetsiz bir hayat sürdüğü için evliliği çekilmez hale getiren eş de kusurludur, MK. 131. Yalnız, davacı, diğer eşin bu yaşantısına dayanamayıp, evlilik birliğinin çekilmez olduğunu ispat edecektir. Fakat görüldüğü gibi, özel ve nisbi boşanma sebebi sayılan haysiyetsiz hayat sürmek de davada kusurlu sayılmanın gerekçesidir. Genel ve nisbi boşanma sebebi olan şiddetli geçimsizliğe gelince: Şüphesiz kanun koyucu 134. maddeyi de köklü sarsılma prensibine dayandırmıştır. Eğer eşler arasındaki geçimsizlik evlilik birliğini çekilmez hale getirmişse hakimin boşanma kararı vermesi gerekir. Burada da evliliğin köklü sarsılmasının nedenleri değil; objektif olarak eşlerin artık bir arada yaşayamayacakları vakıası boşanma hükmünü vermektedir. Bununla beraber, şiddetli geçimsizliğin tarafların hiç birine kusur isnad etmeden doğması enderdir. Hatta eşlerin tabiatlarının uyuşmaması, ayrı kültür çevrelerinden gelmeleri, zevk ve fikirlerinin ters düşmesi gibi; şiddetli geçimsizliklerinin kusursuz olduğu iddialarında dahi, bu gibi sivrilikleri bertaraf etmek için gösterdikleri çaba derecesi kusur sorununu ortaya çıkarır (44). Bu suretle, her ne kadar Medeni Kanun boşanma hükümlerinde köklü sarsılma prensibini benimsemişse de, kusur prensibi de bu hükümlerin içinde daha az bir yer tutmamaktadır. Hatta, bir fıkrada kusur prensibi, köklü sarsılma prensibinden daha üstün bir değer kazanmaktadır. MK. 134 II, şu hükmü koymuştur: «Eğer geçimsizlik, iki taraftan birine daha ziyade kabili isnat ise boşanma davasını ikame hakkı ancak diğer tarafa aittir». Diğer taraftan, kusur prensibi boşanmanın hükümlerini de etkilemekte; kusuruyla boşanmaya sebebiyet vermiş olan eş, 1-2 yıl evlenmeme cezasına çarptırılmakta (MK. 142), maddi ve manevi tazminat ödemeye mecbur tutulmakta (MK. 143), yine, boşanan eşin yoksulluk nafakası talep edebilmesi için kusursuz olması şartı aranmaktadır, MK. 144.

Bu suretle boşanma davasında evlilik birliğinin köklü olarak

(43) Bkz. Python, Marie - Noelle, Le role de la faute dans le divorce, 1958, Lausanne, s. 12 - 13. Şüphesiz, zina veya cana kast, pek fena muameleler nedeniyle açılan davada davalının, 6 ay - 5 yıllık sürelerin geçtiğini veya davacının kendisini affettiğini ispat etmeye hakkı vardır, MK. 129 II, III; 130 II, III.

(44) Strebél, J. Epoux divorcés, Neuchatel, 1943, s. 42.

sarsılıp sarsılmadığı incelenirken eşlerin bu sonucun doğmasındaki kusurlu davranışları da tartışılmak gerekmektedir. Bir eşin hafif kusurlu davranışı nedeni ile birliğin sarsıldığı iddiası daha büyük bir ihtiyatla karşılanırken, işlediği ağır kusur nedeni ile diğer eşin evlilik birliğini çekilmez bulduğu iddiası ciddi olarak kabul edilebilir. Ancak, davalının kusuru ne kadar ağır olursa olsun; davacı eşin bu kusurlu davranıştan dolayı etkilenmediği veya birliğin sarsılmış sayılacağı ölçüde etkilenmediği anlaşılırsa hakim boşanmaya hükmetmez (45). Af, belli sürelerin geçmesi de bu sonucu getirir, MK. 129, 130.

III. MK. 134 II. md. : Bu fıkradan yukarıda bahsettik, boşanmaya sebebiyet verecek şiddetli geçimsizliğin doğmasında d a h a z i y a d e kusurlu olan eşin dava açma hakkı yoktur. Bu hüküm esasen «nemo audiatur propriam turpitudinem allegans = kimse kendi kusuruna dayanarak hak iddia edemez» kuralının özünü taşımaktadır. Fakat boşanma davasında bu kuralın uygulanması bazı özellikler getirmektedir : eşlerden birinin boşanma davası açabilmesi için birliğin köklü sarsılmasına sebep olan şiddetli geçimsizliğin çıkmasında h i ç k u s u r u o l m a m a s ı gerekmez. Davacı da kusurlu olabilir. Ancak, davalı eşe göre d a h a a z k u s u r l u olmalıdır. Hiç olmazsa davacı ve davalı eş i t o r a n d a kusurlu olmalıdırlar. Eğer davacı, davalıdan d a h a ç o k k u s u r l u ise o zaman davalının bu davanın reddedilmesi için bir i t i r a z hakkı vardır. Bu açıklama bir Yargıtay Genel Kurulu Kararında (46) da isabetle yer almıştır. «Geçimsizliğe önem veren 134. maddeye göre davalının kusuru aranmaz. Ancak, geçimsizlik daha çok davacının kusurundan ileri geliyorsa, diğer taraf boşanmaya itiraz edebilir. O halde geçimsizliğe sebebiyet vermekte davacı eşin kusuru diğerinden daha az veya diğerininki kadar oldukça, onun boşanma istemi reddedilemez. Geçimsizlikte, davalının da davacı kadar kabahatli olduğunun anlaşılması halinde boşanma davası kabul edilmelidir».

Davalının itirazının niteliği mahkeme kararlarında ve doktrinde tartışmalıdır, bir görüşe göre MK. 134 II, davalıya bir def'i hakkı vermekte ve bu hakkı kullanmadığı takdirde davacının daha

(45) Pvthon, Maris - Noelle, s. 12.

(46) HGK. 15.6.1955 T. 2/35 E. 34 K. Olgaç, S. Medeni Kanun Şerhi, 1975, s 149 - 150.

fazla kusuru olup olmadığı mahkemece bir araştırma konusu teşkil etmemektedir (47). Diğer bir görüşe göre ise davalının bir itiraz hakkı vardır. Bununla beraber itirazın hukuki niteliği üzerinde de tam bir görüş birliği yoktur. Yargıtay şu görüşte olup, halen görüşünü muhafaza etmektedir : «Hakim, hangi tarafın daha çok kusurlu olduğunu ve davacının kusur durumuna göre dava açmaya hakkı olup olmayacağını r e' s e n inceleyecektir» (48). Yargıtay davalının itiraz hakkını bir kamu düzeni niteliğinde görmekte ve daha ziyade kusurlu olan davacının tesbiti işinin hakim görevi olduğu içtihadında bulunmaktadır. Bu fikir dotkrinde de yer bulmuştur (49). İsviçre Federal Mahkemesi de 1925 yılına kadar 134 II. maddeyi bu anlayışla uyguladı. Bununla beraber, Yüksek Mahkeme'nin bu yıldan itibaren maddenin uygulaması ile ilgili içtihadını değiştirdiği anlaşılmaktadır (50): «MK. 134 II (CCS 142 II) özellikle kusursuz eş için kaleme alınmıştır. Şu halde davalı durumunda olan kusursuz eş serbestçe kanunun kendisi için öngördüğü himayeden vaz geçebilir ve bizzat kendisi boşanma davası açacak yerde, eşinin açtığı davayı kabul edebilir». Şüphesiz, davalının karşı tarafın davasını kabul etmesi, iki tarafın anlaşarak boşanmaları gibi, MK. 150. md.'nin reddettiği bir sonuç doğurduğu görünümünü vermektedir. Fakat daha ziyade kusurlu olan eşe dava hakkı tanınmaması bir ceza niteliği taşımamaktadır. Açtığı davanın reddi ile kendisini evlilik ilişkisi içinde kalmaya mahkûm etmek istenmemekte; fakat kusursuz ve masum olan davalı eşin onun yüzünden evlilik birliğinin dışına atılmasına ahlâken engel olunmak istenmektedir. Şu halde MK. 134 II nin koyduğu kuralı mubalâğa etmemek gerekir (51). Davalı daha ziyade kusurlu olan davacı eşin davasını kabul etmekle, onun dava açmaya hakkı olmadığı kuralını bertaraf etmektedir. Zira, boşanmayı artık davalı da istemektedir. O halde verilecek boşanma kararından davacının faydalanması, kendi iradesinin değil; davalının açıklyacağı «davayı kabul» beyanının bir sonucudur (52). Bu ise, kamu düzenini ihlâl eden bir hal değildir. Netice olarak, daha ziyade kusurlu olma hali

(47) Bkz. Schwarz, A. B. Aile Hukuku Dersleri, 1946, İstanbul, s. 156; Saymen, F. H. - Elbir, H. H. Aile Hukuku, 1960, İstanbul, s. 257 - 258.

(48) HGK. 23.1.1963, 2/75 E, 7 K. Olgaç, s. 150.

(49) Python, s. 52; Akıntürk, s. 214.

(50) BGE, 51 II 116 = JdT 1925 I 521.

(51) Python, s. 53 not 44 deki yazarlar.

(52) Tekinay, s. 161.

boşanma davasında davalı tarafça b i r i t i r a z olarak ileri sürülebilir. Fakat davalı bu hakkını kullanmayıp, davayı kabul ettiği takdirde hakimin kusurluluk durumunu incelemesine mahal yoktur (53). Eğer davalı davayı kabul ettiğini bildirmezse o zaman hakim davacının daha ziyade kusurlu olup olmadığını araştırmalıdır. Zira davalının bu hakkı bir def'i değil; itirazdır (54). Federal Mahkeme «MK. 134 II (CSS 142 II) nin verdiği haktan boşanma davasının her safhasında davalının vazgeçebileceğine» karar vermiştir (55). Başka bir kararında da, «boşanmaya razı olan kusursuz veya daha az kusurlu eşin bu iznini geri alabileceğini» de karara bağlamıştır (56).

IV. MK. nun boşanma hükümleri y e t e r l i m i d i r ? İsviçre Medenî Kanunu 1912 yılında, yirminci asrın en modern kanunlarından biri olarak İsviçrede yürürlüğe girdi. Boşanma hükümlerinde de bu ileri görüşlülük kendini kabul ettirdi : Zira tedavisi mümkün olmayan ve o devrin hemen bütün medenî kanunlarının boşanma hükümlerinde yer alan (zina, akıl hastalığı gibi) belli boşanma sebeplerinin yanında, bir de yeni bir boşanma anlayışı getiren g e n e l, n i s b i boşanma sebebini hükme bağlıyor (MK. 134); kusur prensibinin yanında kusura dayanmayan, «köklü sarsılma» prensibini getiriyordu (57). Gerçi Eugen Huber bu prensibin tali bir görevi olacağını; boşanmanın asıl özel sebepler yüzünden sonuçlanacağını düşünmüştü. Fakat uyguşalma tersine gelişti : boşanmalar daha ziyade genel ve nisbi boşanda sebebine (şiddetli geçimsizlik ve evliliğin çekilmez hal alması, MK. 134) dayanarak sonuçlandı. Nitekim İsviçredeki boşanma istatistiklerine göre 142. md. ye göre (TMK. 134) boşanmalar, tüm boşanma yüzdesi içinde 1940 da % 79, 72; 1960 da % 70, 21; 1971 de ise % 74, 24 ü teşkil ediyor; bu maddeyi zina sebebi ile açılan boşanma davaları, (CCS. md. 137; TMK. md.

(53) BGE 84 1958 II 335 = JdT 1959 I 34 ve 520; Doktrin: Deschneux/Tercier, s. 104; Hinderling, s. 50 vd.; Lienert, Xaver, s. 100 vd.; Barde, Le procès de Divorce, Zeitschrift für schweizerisches Recht (ZSR) Bd. 74, 1955, s. 495 (a) vd.

(54) Tekinay, s. 161.

(55) BGE 84 II 335 = JdT 1959 I 34, 520.

(56) Semain Judiciaire 1969 257.

(57) Bu hüküm MK. a konması, aile anlayışı oldukça muhafazakâr olan Eugen Huber sayesinde değil; MK. Komisyonunun teklifiyle olmuştur. Bkz. Hinderling, H. Fragen aus dem scheidungsrecht (Gegenwärtiger Stand der Revision, SJZ Heft 16/17, 1975, s. 254.

129) aynı yıllarda % 25, 49; % 24, 63 ile takip ediyor; cana kast ve pek fena muameleler nedeniyle 1971 yılında boşanma davaları, genel yekûnun % 0,25. ini tutuyor; yüz kızartıcı bir cürüm veya haysiyetsiz hayat sürme nedeni ile açılan boşanma davaları, 1971 yılındaki boşanma miktarının % 0,55 ini; terk nedeni ile boşanmalar % 0,19. unu; akıl hastalığının sebep olduğu boşanmalar ise % 0,11 ini teşkil ediyor (58).

Türkiye'de de istatistik bilgiler boşanmalarda İsviçredekine benzer bir tablo vermektedir. Nitekim 1966 yılı Evlenme ve Boşanma istatistiklerine göre (59) 1966 yılındaki 11.130 boşanmadan 8789 u şiddetli geçimsizlik (MK. 134) nedenine dayanmaktadır. Bu ise genel yekûnun yaklaşık % 79. una denktir. Aynı yıl 1060 eş zina nedeniyle boşanmış olup, genel yekûnun % 10,50. unu bu nedenle boşanma meydana getirmektedir. 1069 çift, terk nedeni ile boşanmış olup, genel boşanma adedinin % 10,40. ına tekabül etmekte; akıl hastalığı, diğer nedenlerle evliliğin son bulma oranı ise % 0,10 u bulmaktadır. 1971 istatistik bilgileri ise şöyledir : Boşanmaların % 75. i geçimsizlik; % 10. u zina, % 10. u terk; % 0,7 si hastalık % 3,3 ü diğer sebepler (60).

Bu istatistik bilgiler şu gerçeği belirtmektedir : Medenî Kanunun boşanma sebepleri arasında en çok uygulanan hüküm, MK. 134. md.; yani şiddetli geçimsizlik sebebi ile evlilik birliğinin çekilmez hale gelmiş olması nedenidir. Uygulamada ortaya çıkan bu durumu değerlendiren hukukçular, özel boşanma sebeplerinin (MK. 129 - 133) hiç yararı olmadığını; bu hükümlerle elde edilmek istenen sonucun yalnız 134. madde ile sağlanabileceğini savunmuşlardır (61). Zira, zina, cana kast, pek fena muameleler, yüz kızartıcı bir suç işleme, haysiyetsiz hayat sürme, terk gibi boşanma nedenleri esasen evlilik birliğinin çekilmez hale gelmesi sonucunu getirecek olan şiddetli geçimsizliğe mahal verirler. Şu halde 134. madde tek başına bu durumlarda da boşanmayı sağlamaya yeterli olup;

(58) İstatistik bilgi için bkz. Deschneux/Tercier, s. 92 .

(59) Devlet İstatistik Enstitüsü, Evlenme ve boşanma istatistikleri, 1966, Ankara, s. 39.

(60) Şahinkaya, Aile, s. 224.

(61) Bkz. Grisel, A. La violation des devoirs conjugaux et les dispositions du Code Civil sur le divorce, JdT 1943 I 296 - 297; Descheneux/Tercier, s. 90; Hinderling, H. Das schweizerische Ehescheidungsrecht, 1967, Zurich, s. 18.

MK. 129-133. maddelerdeki özel boşanma sebepleri MK. 134 ile birlikte düşünülürse, çifte hüküm niteliğini taşımaktadırlar (62). Bu görüş, boşanmada köklü sarsılma prensibini genel olarak düzenlemeyi yeterli bulmakta; ayrıca özel hallerin düzenlenmesine ihtiyaç bulunmadığını savunmaktadır. Tatbikat bu görüşü doğrulamaktadır. Fakat boşanmada yalnız 134. maddenin sonucu sağlanabileceği iddiası bazı tereddütleri de beraberinde getirmektedir : bu hüküm uygulamada aynı zamanda eşlerin a n l a ş a r a k (rıza) boşanmalarına da fırsat vermektedir. Niketim, tarafların geçinemediklerini, aralarında çeşitli sebeplerden dolayı şiddetli geçimsizlik bulunduğunu şahadet edecek dostlar, ahabplar bulunabilmekte ve hakim de bu kandırıcı şahadete dayanarak kolayca boşanma kararı verebilmektedir (63). Bu gerçeği dikkate alarak, acaba boşanma hükümlerine r i z a i b o ş a n m a y ı da ithal etmek isabetli olurmu? Diğer taraftan, yalnız 134. maddenin boşanma taleplerini karşılayabileceği görüşü, 134 II. nin düzenlediği, «daha ziyade kusurlu olanın boşanma davası açmaya hakkı bulunmadığı» hükmüne de yeni bir çözüm getirmemektedir. Gerçi Federal Mahkeme ve Doktrin'in yeni görüşlerine yukarıda temas ederken (64) MK. 134 II. nin hakim'in re'sen dikkate alması gerekmeyen, ancak davalının ileri sürebileceği bir itiraz olarak kabul edildiğine işaret edilmişti. Bununla Federal Mahkeme 134 II. md. nin uygulamasını yumuşatmakta; davacının daha ziyade kusurlu olma halini davalının itiraz hakkını kullanmasına terk etmektedir. Fakat bu uygulama bizatihi kusur prensibinin varlığını teyit etmekte; yoksa bu prensibin kandan kaldırılmasını tartışmamaktadır. Ülkemizde ise MK. 134 II. halen hakim'in re'sen dikkate alması gereken bir itiraz olarak kabul olunmakta; davacının daha ziyade kusurlu olduğu sabit olursa boşanma davasının reddi gerekeceği —hiç olmazsa mahkeme tatbikatında— kabul edilmektedir (65). Davalının itiraz hakkını kötüye kullanma ihtimali de Yargıtayca değerlendirilmemektedir (66). Bu tutum aslında MK. 134 II. nin yorumuna uygun düşmektedir. Nitekim bu fıkra daha fazla kusurlu olanın bir hak iddia edemeye-

(62) Grisel, agm. s. 297.

(63) Bkz. Barde, E. Le procès en divorce, ZSR, bd. 74, 1955, s. 489. a - 490. a.

(64) Yuk. not. 53 deki FMK ve yazarlar.

(65) Yuk. not 48 e bkz.

(66) Yuk. not 41'e bkz.

ceği kuralını doğrulamaktadır. Ancak, kusur prensibinin boşanma sorununa sert biçimde uygulanması, beklenen sonucu vermemektedir : daha ziyade kusurlu olan eş açtığı boşanma davasının reddi karşısında kusurunu anlayıp pişmanlık getirecek ve evine dönecek yerde ailesi ile ilişkisini büsbütün kesip eşini ve çocuklarını terk etmekte; başkaları ile evlilik dışı hayat sürmeye başlamakta bu suretle hukuken varlığı devam eden aile birliği fiilen ortadan kalkmış olmaktadır. Kusursuz olan ve davası bu nedenle reddedilmiş olan eş tekrar dava açamayacağına göre, fiiliyatta parçalanmış olan bu ailenin gerek eşlere ve çocuklara, gerekse topluma yararı nerededir? Daha ziyade kusurlu olan eşi cezalandırmak veya —bilhassa kadının— nafaka almaya devam etmesini sağlamak, sıhhatini ve yaşama gücünü yetirmiş bir ailenin sür'atle tasfiyesi ve eşleri hürriyetlerine kavuşturma sorunu yanında zayıf bir gerekçe olarak kalmaktadır. Kaldı ki, toplumumuzda ekseriya boşanmalarda mesleği olmayan kadının ağır zarara uğradığı, kusurlu kocanın ise bir an önce boşanıp yeni bir evlenme yapmak istediği vakıasına, bir araya gelmeleri artık mümkün olmayan eşleri boşayıp, nafaka hükümlerinde yapılacak değişikliklerle çözüm getirilebilir. Esasen MK. 143. madde de kusursuz eşin kusurlu olan taraftan maddi tazminat istemesine ve yine kusursuz eşin şahsi menfaati haleldar olmuş ise manevi tazminat da talep etmesine imkân vermektedir. Şu halde boşanma davasında daha ziyade kusurlu olan eşin dava açamayacağı; dava açmışsa davasının reddedileceği kuralı yeniden gözden geçirilmelidir : ceza hukukunda bile suçun bir zaman aşımı vardır. Suçlu bir süre sonra affedilmekte; hakkında cezai takibat yapılmamaktadır' Şu halde evlilik birliğinin sarsılmasında daha ziyade kusurlu olan eşi ebediyen cezalandırmak, bizzat adalet ilkeleri ile çelişmektedir (67). Gerek doktrin (68) gerekse biraz ileride inceleyeceğimiz yeni kanunlar ve kanun projeleri bu soruna çözüm getirmek üzere bazı öneriler getirmişlerdir : Sosyalist ülkeler maddi köklü sarsılma prensibini kabul ederek, evlilik birliğinin artık devamı mümkün değilse kusurlu eşi aramadan, boşanmayı sağlayan düzenlemelere gitmişlerdir. Fransız, Alman, İsviçre ve Türk huku-

(67) Hinderling, H. Fragen aus dem Scheidungsrecht, SJZ, 1975, Heft 16/17, s. 259.

(68) Bkz. Neuhaus, P. H. Ehescheidungsgründe in rechtsvergleichender Sicht, Rabels Zeitschrift ausländisches und internationales Privatrecht, 1968, s. 24 vd; Descheneux/Tercier, s. 90; Bühler, W. Das Familienrecht.

kunda ise kusur prensibinin tamamen kaldırılması düşünülmemekte; ancak davacının daha ziyade kusurlu olması yüzünden dava reddedilmiş; veya taraflar esasen b i r s ü r e d e n b e r i fiilen ayrı yaşamakta iseler bu süre dolduktan sonra kusurlu taraf aranmadan boşanmayı mümkün kılan hükümler getirilmekte (fransız hukuku); veya bu hükümlerin getirilmesi teklif olunmaktadır (Alman, İsviçre, Türk hukukları).

Bu yeni düzenlemeleri incelemeyen önce şu noktayı da belirtelim ki, Medenî Kanun'un boşanma sebeplerini düzenleyen ve köklü sarsılma prensibine dayalı 129 - 134. maddeleri çağının kanunlarındaki düzenlemelere oranla daha ileri ve yeni görüşleri getirmiştir. Ülkemizde de Mahkemelerimizce ve Yüksek Mahkememiz Yargıtay tarafından bu hükümlerin uygulanmasında isabetli ve istikrarlı bir içtihat yaratılmış; bu suretle kanunun «lâfzıyla ve ruhuyla» uygulanmasına gayret edilmiştir. Ne var ki, istatistik bilgilerin de gösterdiği gibi, 134. madde dışındaki özel boşanma sebeplerini düzenleyen MK. 129 - 133. md. lerin tatbik alanı sınırlı kalmıştır. Bunlar arasında zina sebebiyle boşanmalar, genel rakamın % 10 unu; terk nedeniyle boşanmalar da yine bu yüzde miktarını bulmaktadır. Terk sebebiyle boşanmanın başka bir nedeni vardır : boşanma davası reddedilen eşler tekrar bir araya gelemeyince, terkten dolayı boşanma davasının ikame edildiği bir vakıdır. Yargıtay kararlarından bir örnek verirsek : A, eşi B aleyhine şiddetli geçimsizlik nedeniyle dava açmış; fakat başka bir kadınla yaşadığı sabit olduğundan kusuru nedeniyle boşanma davası reddedilmiş; bu defa eşi aleyhine terk sebebiyle ihtar davası açmıştır (69). Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür (70). Bu olaylardan çıkan sonuç şu olmaktadır : terk sebebiyle boşanma davasının açılmasında eşlerden birinin daha önce açmış olduğu boşanma davasının reddi vakıası önemli rol oynamakta; yani diğer boşanma nedenleri ile boşanamıyan eşler gelerek 132. maddeye sığınmaktadırlar. Akıl hastalığı, cana kast, pek fena muameleler veya yüz kızartıcı cürüm, haysiyet kırıcı hayat sürme gibi özel boşanma nedenleri ise istatistik bilgilere göre

(69) 2 HD. E. 5412, K. 4552, T. 13.10.1969, Olayın teferruatı için bkz. Yazıcı, H. - Atasoy, H. Şahıs, Aile ve Miras Hukuku ile ilgili Yargıtay tatkatı, 1970. Ankara, s. 230, no: 329.

(70) Bkz. 2 HD. E. 5660, K. 5900, T. 14.10.1968, Yazıcı - Aksoy, s. 236, no : 335; 2 HD. E. 4367, K. 4387, T. 19.10.1967, Yazıcı - Atasoy, no : 340, s. 239.

boşanmalarda cüz'i bir yer tutmaktadırlar (71). Denebilir ki, Medenî Kanun bir anlamda boşanma nedenlerini köklü sarsılmış prensibine dayandırırken özel (mutlak - nisbi); genel (nisbi) boşanma nedenleri olarak düzenlemede fazla titizlik göstermiştir. Kanun koyucu bu titizliği göstermede aslında haklıdır: ailenin son bulması demek olan boşanmanın nedenine mahkemenin vakıf olması ve kanaat getirmesi gerekir. Boşanmak isteyen eş de sebebini açıkça ispat ederek vicdani sorumluluktan kurtulur. Fakat uygulamada böyle olmadığı, boşanmak isteyenlerin özel sebeplerden çok boşanmanın genel ve nisbi sebebine : MK. 134. md. ye dayandıkları; şiddetli geçimsizlik nedeniyle boşanmak istedikleri anlaşılmaktadır. Aşağıda göreceğimiz gibi, bazı ülkeler boşanma hukukuna getirdikleri veya getirmeyi teklif ettikleri düzenlemelerde özel boşanma sebeplerini kaldırmaktadırlar. Bunlar içinde zina sebebiyle boşanma hükmü bazıları tarafından muhafaza edilmek istenmekte (İsviçre) —Ülkemizde ahlâk anlayışı, örf ve âdetleri bakımından bizde de bu hükmün korunması yerinde olur—, bazı ülkeler ise zina fiilini boşanma nedeni olmaktan çıkarmış bulunmaktadır (Fransa, sosyalist ülkeler).

MK. 134. md. evliliğin köklü sarsılmış sayılması için eşler arasındaki şiddetli geçimsizliğin müşterek hayatı çekilmez hale getirmiş olmasını yeterli görmekle beraber, ikinci fıkrasında daha ziyade kusurlu olan eşe dava hakkı tanımamaktadır. Medenî Kanunun boşanma hükümleri, davacının davasının çeşitli yönlerden reddilmesi ihtimalini de gerektirmektedir : Yargıtay kararlarında görüldüğü gibi,

— Davacının MK. 129. md. ye göre zina iddiası ile açtığı boşanma davasında «bu fiilin vukuuna delâlet eden k a t' i d e l i l l e r i n karar yerinde ayrı ayrı iraesii gerekir. (Y) tarafından bir teklif yapıldığının sabit olması zina fiilinin sabit telâkki edilmesi için kâfi değildir. Karının bu teklifi kabul ettiğinin ayrıca delilleri gösterilerek kararda izahı icap eder» (72) (Delil yetersizliği nedeniyle davanın reddi).

— «Davacı kadın, davada dayandığı kocasının pek fena muamelesini ispat edememiş» (Delil yetersizliği) (73);

(71) Yukarıda not 60'a bkz.

(72) 2 HD. 6508 E, 6028 K, T. 13.12.56, Yazıcı - Aksoy, s. 198, no: 262.

(73) 2 HD. E. 4728, K. 7297, T. 27.12.1968, Yazıcı - Aksoy, s. 201, no: 267.

— «Dava MK. 131. maddesindeki haysiyetsiz yaşamaya ve bu sebeple meydana gelen şiddetli geçimsizliğe dayanılarak açılmıştır Davalının haysiyetsizce yaşadığını gösterir bir delile rastlanmamıştır...» (Delil yetersizliği) (74).

— «Şiddetli geçimsizliğe dayanan boşanma davasında, tarafların boşanmalarını gerektiren olaylar hakkında delil bulunmamaktadır. Şahadet davalı kadının kusurlu olduğunu ispat edecek nitelikte değildir ...» (75) (Delil yetersizliği);

— «İhtara dair kararın davalıya tebliğinden itibaren bir ay geçmedikçe MK. 132. md. ye göre dava açılmıyacağından bu nokta göz önünde tutularak mezkûr müddet geçmeden açılan davanın reddi gerekirken.....» (6) (132. md. deki sürelere uymama);

— «Davalı kocanın deliliği dolayısıyla ehliyeti kanuniyeyi haiz olmadığı iddia edildiğine göre teşkili tarafeyn için davalıya bir kayyım veya vasi tayin ettirildikten sonra dava açılması gerekirken.....» (77) (davalı olma ehliyetinin bulunmaması nedeniyle);

— «Karı koca arasındaki yaş farkı şiddetli geçimsizliğe dayanan davalarda boşanma için yeterli bir sebep olarak kabul edilemez» (77) (Hakimin takdiri);

— «Kadının çocuk yapma kabiliyetinden yoksun olması kanunen bir boşanma sebebi teşkil etmez» (78) (hakimin takdiri);

— «Kocanın başka bir kadınla birlikte karı-koca gibi yaşaması ağır kusur teşkil eder (79) (daha ağır kusurlu olma hali).

Bu örnekler çoğaltılabilir. Bunlardan çıkarılacak sonuç şu olmaktadır : Boşanma davalarının bazıları çeşitli nedenlerle reddedilmektedir. Şüphesiz her davanın haklı olduğu ve kabulü gerektiği biçiminde bir hukuk kuralı yoktur. Fakat bir boşanma davası —kötü niyetle açılmamışsa— bir alacak veya kiracının tahliyesi davasına da benzememektedir. Meselâ verdiğimiz örneklerden bazı boşanma davaları delil yetersizliğinden

(74) HGK. E. 2/54, K. 93, T. 25.12.1963, Yazıcı - Aksoy, s. 203, no: 272.

(75) HGK. 1966/2, 1722, K. 129, T. 6.3.1968, Yazıcı - Aksoy, s. 269, no: 429.

(76) 2 HD. E. 1497, K. 1836, T. 19.3.1960, Yazıcı - Aksoy, s. 255, no: 394.

(77) HGK. 134 E, 129 K, 11.3.1953 T. Olgaç, s. 148.

(78) 2 HD. K. 3964, E. 3682, T. 10.7.1956, Olgaç, s. 149.

(79) HGK. 17.10.1962 T. 2/28 E, 50 K. Olgaç, s. 150.

reddedilmiştir. Bu gibi hallerde, iki duvar arasında geçen aile mahremiyetinin şahitler tarafından bilinmemesi tabiidir. Yahut dava davacının daha ziyade kusuru nedeniyle davası reddedilmiştir. Onun ne kadar ağır kusurlu olduğunu söyleyecek bir çok davalı şahidi çıkabilir; Davacının ileri sürdüğü şiddetli geçimsizlik sebebini hakim boşanmak için yeterli bulmamış; bu suretle takdir hakkını kendi kültürü, yetişme tarzı, ahlak anlayışıyla birleştirerek kullanmıştır (80). Sonuç nedir? Artık bir arada yaşayamayacağını veya yaşayamayacaklarını anlamış olan bir eş veya her iki eş boşanmak için mahkemeye baş vurdukları halde, mahkeme onlara : «Hayır, siz boşanamazsınız, aranızda şiddetli geçimsizliği ispat edemediniz; terk şartları gerçekleşmedi; davacı daha kusurlu» gibi gerekçeleri açıklayarak davayı reddetmektedir. Esas sorun buradan itibaren başlıyor : Mahkeme red kararı ile bu eşlerin tekrar bir çatı altına dönüp müşterek hayatlarına —hiç bir şey geçmemiş gibi— devam edecekleri hakkında da bir karar vermiş olmadığı gibi, bunu temin etmesi de mümkün değildir. Gerçekte davası reddilmiş eşler boşanamadıkları için çoğunlukla hayatlarını ayrı ayrı sürdürmeye yönelmekte; böyle bir fiili yaşantı ise çocuklar varsa onlar yönünden; yakın çevrede doğan tedirginlik ve toplumun bu gibi eşler karşısında takındığı tavır yönünden ciddi sorunlar yaratmaktadır.

Bu safhada Medenî Kanunun boşanma hükümleri yetersiz kalmaktadır. Bu prebleme yeni kanun ve kanun projeleri ile getirilen çözümleri inceleyerek sorunu daha ziyade açıklığa kavuşturmaya gayret edelim.

§ 4. Boşanma hukuku ile ilgili yeni kanunlar ve kanun projeleri

I. Sosyalist ülkelerde : Sosyalist ülkelerin Medenî Kanunları boşanmada kusur prensibini kaldırmış, maddî köklü sarsılma prensibini düzenlemiştir. Eşlerden birinin boşanmak üzere mahkemeye baş vurması üzerine, mahkeme «evlilik birliğinin, ailenin toplumsal amacını gerçekleştiremeyecek kadar köklü sarsıldığına kanaat getirirse» boşanma hükmü verebilir, (4.12.1963 tarihli Çe-

(80) Hinderling, Fragen aus dem Scheidungsrecht, SJZ 1975, Heft 16/17, s. 255.

koslovak Aile Kanunu, md. 24,I) (81). «Mahkeme eşler arasındaki müşterek hayatın ve ailenin devamının imkânsız olduğuna kanaat getirirse boşanma kararı verir (30 Temmuz 1969 tarihli Sovyet Rusya evlilik ve aile kanunu, md. 33 II) (82). «Eşlerden birinin açtığı boşanma davasında mahkeme ciddi ve inandırıcı bir sebep tesbit ederse boşanma hükmü verir» (1957 tarihli Macar evlilik, aile ve vesayet Kanunu, md. 18) (83).

Bu kanunlar köklü sarsılmanın nedenlerini ve bu nedenlere sebep olan eşi aramamakta; mahkemece evliliğin temelden sarsılıp sarsılmadığının araştırılmasını ön görmekte; hakim bu kanaata varırsa boşanma hükmü vermesini düzenlemektedirler. Bu sistem kusur prensibine yer vermemekle beraber, bir taraftan evlilik birliğinin kökten sarsıldığının takdirini hakime bırakmak, diğer taraftan da eşlerin anlaşarak boşanmalarına izin vermemekle her zaman başarı ile uygulanabileceği söylenemez. Zina, cana kast, pek fena muameleler, akıl hastalığı gibi, özel (mutlak veya nisbi) boşanma sebepleri de ön görülmediğinden, boşamada yegâne takdir sahibi mahkeme olmaktadır.

II. F r a n s ı z H u k u k u : Fransa'da 11 Temmuz 1975 yılında kabul edilmiş olan 75/617 sayılı «Boşanma Reformu Kanunu» (84), Fransız Medenî Kanununun 229 - 310. cu maddelerini değiştirdi. Yeni 229. madde üç çeşit boşanma biçimi ön gördü : rızai, müşterek hayatın son bulması, kusur nedeniyle boşanma.

1. Rızai (eşlerin anlaşmasıyla) boşanma, (md. 230 - 236) : Bu nevi boşanmayı düzenleyen hükümlere yukarıda değinilmişti (85). Burada bazı özelliklere değinmekte yarar görmekteyim : rızai boşanma ya her iki eşin baş vurması ile; (md. 230); veyahut eşlerden birinin, evlilik birliğini çekilmez hale getiren olayları anlatan baş vurması ve diğer eşin de bunları kabullenmesi ile sağlanır (md. 233). Eşler birlikte boşanma talep etmişlerse sebebini açıklamaya mecbur değildirler, md. 230 I. Bu durumda sadece boşanmanın hükümlerini düzenleyen bir taslak vermek ve hakimin tasdikini al-

(81) Bkz. Bergmann, A. Ferid,, M. Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, 3. Aufl. Frankfurt, Bd. VII «Tschechoslowakai», s. 31.

(82) Bergmann - Ferid, Bd. VII, «Ud SSR - RSFSR», s. 61.

(83) Bergmann - Ferid, Bd. VII, «Ungarn», s. 13.

(84) Yuk. not 14'e bkz.

(85) Yuk. § 2, II, 3'e bkz.

mak zorundadırlar, md. 230 II. Eşler evliliklerinin ilk altı ayında rızai boşanma için baş vuramazlar, md. 230 III. Hakim talebi her bir eşle ayrı ayrı konuşarak inceler; sonra eşleri bir araya getirir. Nihayet taraf avukatlarını davet eder. Eğer eşler boşanmada direnirlerse, hakim kendilerine üç aylık düşünce süresi tanır ve bu süre sonunda taleplerini yenilemelerini bildirir, md. 231 II. Bu sürenin bitiminden itibaren boşanma talebi altı ay içinde tekrarlanmadığı takdirde, düşer, md. 231, III.

Hakim, eşlerin her birinin boşanma iradesinin gerçek olduğuna ve serbestçe açıklandığına kanaat getirirse, boşanmaya karar verir. Kararında boşanmanın hükümlerini düzenleyen taslağı da onaylar, md. 232 I. Eğer bu taslağın çocukların veya eşlerden birinin menfaatını gereği gibi korumadığı inancına varırsa boşanma talebini reddeder.

Eşlerden yalnız biri, evlilik birliğini çekilmez hale getiren olayları açıklayarak boşanma talebinde bulunmuşsa, diğer eş hakim huzurunda bu açıklamayı kabul ettiğini bildirdiği takdirde, hakim kusurun paylaşılması sorununu incelemeden boşanma kararı verir. Bu takdirde kusur her iki tarafa da ait farz olunur, md. 234. Eğer diğer eş iddia edilen olayları kabul etmezse hakim boşanmaya karar vermez, md. 236.

2. Müşterek hayatın son bulması nedeniyle boşanma : md. 237 - 241. Eğer eşler altı yıldan beri fiilen ayrı yaşamakta iseler her biri, müşterek hayatın ortadan kalkması sebebiyle boşanma talep edebilir, md. 237. Eşlerden birinin akli melekelerindeki ağır rahatsızlık nedeniyle müşterek hayat altı yıldan beri kesintiye uğramış ve ileride de en iyi tahminle dahi tekrar kurulması mümkün olamayacaksa boşanma istenebilir md, 238 I. Bu maddenin ikinci fıkrası hakime bir halde davayı red yetkisi veriyor : «Eğer bu boşanma diğer eşin hastalığına ağır etkiler yapacaksa; (Esasen 240. md. de buna benzer bir hüküm ihtiva ediyor : «Eğer diğer eş, evlilik süresi ve yaşı dikkate alındığı zaman ve çocuklar bakımından son derece güç durumda kalacak iseler hakim boşanma talebini reddeder». Bu hükümler «boşanmayı güçleştiren şartları» (85 - a) düzenlemektedirler. Dolayısıyla, altı yıllık fiili ayrı yaşamayı mutlak bir

(85-a) Clause d'iniquité = Härteklausel, ileride not 91'e bkz.

boşanma sebebi olmaktan çıkarmakta ve boşanmayı hakimnin takdirine bırakmaktadırlar.

3. Kusurlu boşanma : Fransız boşanma reformu kanunu 242. maddesinde «eşlerden birinin, diğer eşin kusurlu davranışlarıyla evlilik birliğini çekilmez hale getirmesi durumunda, boşanmayı talep etmeye hakkı vardır», hükmünü koymaktadır. Davacının da kusurlu olması, talebinin mahkemece incelenmesine engel değildir : bununla beraber kendi kusuru, davalı eşe boşanma sebebi olarak isnad ettiği vakıaların ağırlığını bertaraf edebilir, md. 245 I. Davalı da mukabil dava açarak davacının kusurunu ispat edebilir. Her iki tarafın iddiası kabul edildiği takdirde boşanma eşlerin müşterek kusuruna dayanır, md. 245 II. Davalı, mukabil dava açmasa da muhakeme sırasında kusurun her iki eşe ait olduğu anlaşılırsa boşanma hükmü müşterek kusur nedeniyle verilir, md. 245 III.

Bu kısa açıklamadan anlaşıldığı gibi, Fransız Boşanma Reformu Kanunu bir taraftan kusura dayanan boşanmayı düzenlemiş; diğer taraftan da eşlerin anlaşarak (rızaî) boşanmalarına imkân vermiştir. Bundan başka, altı yıldan beri ayrı yaşayan veya bu süreden beri akıl hastası olan eş nedeniyle de boşanma davası hakkı tanımıştır. Bu sonucu boşanma sebebi, ileride inceleyeceğimiz, Alman, İsviçre ve Türk boşanma hukuku projelerine de hakim olan yeni bir çözümdür : belirli bir süre bir araya gelemeyen ve bu nedenle evlilik birliğini devam ettiremedikleri anlaşılan eşlerin, kanunun öngördüğü ayrılık süresini ispat ederek boşanabilmeleri imkânı. Şüphesiz, adı geçen kanun projeleri bu çözüme Fransız kanunundaki hükümden değişik alternatifler teklif etmişlerdir. Bunlara aşağıda değinilecektir.

Yeni Fransız Boşanma Reformu Kanununun özelliğini şöyle özetlemek mümkündür : Boşanma isteyen eşler üç imkândan birini kullanabilir : anlaşarak boşanabilirler; eşlerden birinin veya her ikisinde kusuru nedeniyle evlilik birliğinin çekilmez hale geldiği ileri sürülerek boşanma davası açılabilir. Davacının daha ziyade kusurlu olması boşanmaya mani olmayıp; her iki tarafın da kusuru yüzünden boşanmaya hükmedilir; üçüncü olarak, evlilik birliğinin bir süreden beri kurulamadığı ispat edilerek boşanmak mümkündür.

III. A l m a n B o ş a n m a K a n u n u P r o j e s i : Aslında bu projenin adı «Aile ve evlilik hukuku 1. reform kanunu pro-

jesi» (86) dir. Bu proje Alman Medenî Kanununun (BGB) «Evliliğin hükümleri» ne ilişkin § : 1353 - 1362. paragraflardan bazılarını değiştirmekte : 20 Şubat 1946 tarihinde kabul edilen «16 sayılı Evlilik Kanunu» (87) ile yürürlükten kaldırılmış olan «boşanmaya ilişkin» § : 1564 - 1587 yi yeniden düzenlemekte : özellikle bu paragraflarda boşanan eşe ödenecek nafaka (§ : 1570 - 1586) ve sigorta bedelinden veya emekli ödeneğinden ödenecek yarı hisse ile ilgili hükümler (§ : 1587 - 1587 s) yer almakta; evlilik dışı çocuğun ve evlâtlığın soy adına ilişkin yeni hükümler getirmekte (§ : 1616 - 1618; 1737, 1740); boşanma halinde velâyet hakkını yeniden düzenlemekte (§ : 1671 - 1672); 20 Şubat 1946 tarihli Evlilik Kanunu'nun bazı hükümlerini, yine Usul Kanununda, diğer bazı özel Kanunlarda bu tadillerle ilgili hükümlerde de gerekli değişiklikler yapmaktadır.

Konumuz «boşanmanın dayandığı esaslar» olduğu için, bu projenin yalnız boşanma ile ilgili yeni prensipleri düzenleyen hükümlerini özetleyeceğiz.

Bu proje boşanma ile ilgili iki prensip getirmektedir : a) Eşlerin boşanması için evliliğin başarısızlığına uğraması (88) yeterlidir. Bu başarısızlığın eşlerin kusuruyla olup olmadığı araştırılmaz : boşanmada, 1946 tarihli Evlilik Kanununun 48. paragrafındaki kusur prensibi kaldırılmıştır (89). Köklü başarısızlık prensibi (90) boşanmayı idare eden kural olarak düzenlenmiştir. b) Özel sebepler nedeniyle boşanmanın sınırlanması prensibi (91). Sınırlandırma, kanunî şartları var olan boşanmanın bazı özel nedenlerle önlenmesi biçiminde olmaktadır (92). Bu iki prensibe ilişkin tasarı hükümleri şöyledir :

(86) Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Reform des Ehe - und Familienrechts, (1. Ehe RG), Metin için bkz. Reform des Ehe - und Familienrechts «Herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz» 1974.

(87) Ehe Gesetz (Ehe K.), yuk. not 29'a bkz.

(88) Scheitern der Ehe.

(89) Ehe G. § 48 için yuk. § 2, II, 4'e bkz.

(90) Yuk. § 2, II, 5'e bkz .

(91) Härteklausel = Clause d'iniquité.

(92) 11 Temmuz 1975 tarihli Fransız Boşanma Reformu Kanununda da bu çeşit boşanmayı önleyici hükümler bulunduğu değinilmiştir, bkz. yuk. § 4, II, 2.

a) Boşanma nedeni : Evliliğin başarısızlığa uğraması. Bu ölçü, MK. 134. md. nin koyduğu «evlilik birliğinin çekilmez hale gelmesi» ölçüsünden farklıdır. Zira evliliğin «başarısız» sayılması boşanmak için yeterlidir. Bu ise fiili bir durumdur. Bu fiili durum mevcutsa, ayrıca bir de «evlilik birliğinin çekilmez halde olduğu» nun ispatı gerekmez. Fiili durumun eşlerin veya eşlerden birinin kusuru yüzünden doğduğunun ispatı da istenmemektedir. Tasarı «evliliğin başarısız sayılması» ile ilgili olarak iki nevi karar ne kabul etmektedir : bunlardan biri kesin karine olup, hilâfı ispat olunamaz; bu durumda hakimin başka bir hususu araştırmasına mahal kalmadan boşanmaya karar vermesi gerekir. Nitekim tasarının § : 1566 (2). fıkrası : «Eşler bir yıldan beri ayrı yaşamakta iseler ve her iki eş de boşanma talebinde bulunmakta iseler veya eşlerden biri boşanmayı talep etmekle beraber diğer eş talebi kabul ediyorsa evlilik kesine olarak başarısız sayılır». Bu fıkra, aynı zamanda eşlerin rızai boşanmalarına imkân vermiş olmaktadır. Diğer, evliliğin başarısız olduğuna dair adidkari e'dir : tasarının § : 1566 (1). fıkrasına göre «eşler üç yıldan beri ayrı yaşamakta iseler evliliğin başarısız olduğu kabul edilir» hükmünü koymaktadır. Dikkat edilirse, bu fıkra tarafların anlaşmasına dayalı bir boşanma biçimi ön görmemektedir. Eşlerden her biri, üç yıldan beri ayrı yaşadıklarını ispat ederek boşanmayı talep edebilir. Şüphesiz hâkim bu durumda evliliğin gerçekten başarısız olup olmadığını araştıracaktır. Fakat üç yıl fiilen ayrı yaşamış olan eşlerin «başarılı» bir evlilik sürdürdüklerine hükmetmek de kolay olmayacak; hatta imkânsız sayılacak ve mahkeme boşanmaya karar verecektir. Zira Prof. Bosch'un da doğru işaret ettiği gibi, «eşlerin evlilik birliğini sürdürdüklerine kanaat getirebilmek için, gerçekten bu birlik içinde buldukları görünümünü vermeleri gerekir» (93). Üç yıllık süre esasen 1946 tarihli Evlilik Kanununun 48. paragrafında da yer almakta idi. Fakat tasarı bu paragrafın üç yıllık süre ile ilgili 1. fıkrasını yürürlükten kaldırarak o fıkradaki köklü sarsılma prensibinin şartlarını değiştirmekte; aile yaşantısının «başarısız» sayılması için eşlerin üç yıllık

(93) Bosch, F. W. Le projet de la Loi du Droit du Mariage en Republique Fédérale d'Allemagne, 12 Aralık 1971 de Paris Mukayeseli Hukuk Derneğinde verilen konferans ,Bkz. Zeitschrift für das gesampfte Familienrecht, Juli/August, 1972, s. 333. Eşlerin geçimsizliğine dayanmayan ayrılıklar bu ölçünün dışında tutulmalıdır, Bkz. Hinderling, H Das Ehescheidungsrecht im Umbruch, SJZ 1971, sayı 18 s. 276.

ayrı yaşantısını adi karine olarak kabul ederken eski fıkradaki «eşlerin, evlilik birliğinin amacına uygun biçimde bir araya gelmelerini engelliyen derin ve düzelmesi imkânsız bir köklü sarsılma nedeniyle üç yıldır ayrı yaşamaları» şartının ispatı külfetini kaldırmaktadır. Tasarıya göre, Davalı eş, evliliğin başarısızlığına adi karine olarak kabul edilmiş bulunan üç yıllık fiili ayrı yaşantıya rağmen, yine de evlilik birliğinin devam ettiğini ispat edebilirse bu karineyi bertaraf edebilecektir.

Tasarı bu bir ve üç yıllık süreler geçmeden de eşlere boşanma imkânı vermektedir. § : 1565 hükmü şöyledir : «Evlilik başarısızsa eşler boşanabilir. Ortak yaşantı kalmamışsa ve eşlerin bu yaşantıyı tekrar kurmaları beklenemiyorsa evlilik başarısız sayılır». Meselâ bir yıl geçmemesine rağmen boşanmak isterlerse veya eşlerden biri üç yıllık ayrı yaşama süresi geçmeden boşanmak isterse, bu sürelerin sağladığı başarısızlık karinelerinden yararlanılamamasına rağmen; evliliğin başarısız olduğu ispat edilerek boşanma yine mümkün olacaktır. Ancak, bu durumda evliliğin başarısız olduğunun ispatı taraflar arasında çekişmeli bir hal alacağından ve evliliğin başarılı veya başarısız olduğunun takdiri hakime ait olduğundan, tarafların bir yıllık; bir tarafın ise üç yıllık ayrı yaşama süresini doldurmak isteyecekleri farzolanmaktadır (94).

Tasarı, 1946 tarihli Evlilik Kanununda yer alan zina (§ : 42), eşlerden birinin evlilik görevlerini ağır biçimde veya haysiyetsiz, ah-lâka aykırı davranışlarla ihlâl etmesi (§ : 43), ruhi bozukluk (§ : 44), akıl hastalığı (§ : 45) bulaşıcı veya iğrenç bir hastalık (§ : 46) gibi kusura dayalı veya kusursuz ö z e l b o ş a n m a n e d e n l e r i n i tamamen kaldırmaktadır (Tasarı, madde 3/1).

Bu kısa açıklamadan anlaşıldığı gibi, Alman Tasarısı boşanmada kusur prensibini kaldırmakta; köklü sarsılma prensibini de bir ve üç yıllık sürelerle dayandırmak suretiyle «başarısızlık» karinesi getirmekte ve bu suretle hakimin takdir hakkını çok daraltmakta; hatta bir yıllık ayrı yaşama sonunda anlaşarak boşanmak isteyen eşleri boşamaktan başka hakime bir görev düşmemektedir. Alman doktrini, bir çok boşanma davalarında delil getirilememesi, hakimin formasyonunun delillerin takdirindeki etkisi, aile mah-

(94) Bkz. Hinderling, H. Fragen aus dem Scheidungsrecht, SJZ, 1975, sayı: 16/17, s. 255.

remiyetinin açıklanmak istenmemesi gibi nedenlerle karşılaşılan davanın reddi vakıası karşısında, kusur prensibinin kaldırılarak sürelere dayalı köklü sarsılma prensibinin tasarıda yer almasını olumlu karşılamakla beraber, taraflardan birinin davada ortaya çıkan açık kusurunun hiç dikkate alınmamasını eleştirmektedir (95).

b) Boşanmanın sınırlandırılması prensibi: Davacı boşanmanın bütün şartlarını ispat etmesine rağmen davalı çok müstesna durumlarda boşanmaya hükmedilmemesini isteyebilmelidir. Tasarı § : 1568 de şu hükmü getiriyor : «Davalı boşanmayı reddeder ve boşandığı takdirde çok zor duruma düşeceği olağanüstü halleri ispat ederse, evliliğin başarısız olduğu sabit bulunmasına rağmen, devamı davacının menfaati bakımından da doğru olacaksa mahkeme boşanmaya hükmetmez». Paragrafın ikinci fıkrası şu açıklamayı getiriyor : «Ekonomik sebepler dikkate alınmaz». Boşanmayı engelleyici bu olağanüstü hallerin ekonomik nedenler olamayacağına dair hüküm konmasının nedeni şudur : çünkü tasarı boşanma sonrası doğacak ekonomik sorunlara köklü çözümler getirmekte, nafaka mükellefiyetini kusurlu olan tarafa değil; ekonomik olarak daha güçlü olan tarafa yüklemekte ve bundan başka, emekli aylığı, yaşlılık, sakatlık sigortası alan eşin, gelirin yarısını diğer eşe vermesi öngörülmektedir (§ : 1570-1587 s). Bu durumda kanun yapıcı evlilik birliğinin köklü sarsıldığı sabit olmuş iken boşanmaya hükmedilmeyip evliliğin devamına karar verilmesini ekonomik sebeplere değil; olağanüstü ahlâki nedenlere dayandırmak istemiştir (96). Meselâ ağır hasta ve yalnız bir eşin terkedilmesi; eşlerden birinin davranışlarıyla diğer eş boşanmaya zorlaması; fevkalâde müstesna şartlarda olumsuz olarak devam etmiş bir evliliğin boşanma ile son bulması halinde diğer eşin çok zor duruma düşme ihtimallerinde hakim boşanma talebini reddedebilir. Bununla beraber tasarındaki hüküm hiç bir somut örnek getirmemekte; olağanüstü hallerin takdirini mahkeme uygulamasına bırakmaktadır.

Boşanmayı engelleyen şartların, 1946 tarihli Evlilik Kanununun 48. paragrafının 2. fıkrasından farklı olarak düzenlenmiş de olsa

(95) Eleştiriler için bkz. Bosch, F. W. s. 335.

(96) Bu husustaki tartışmalar için bkz. Kanun tasarısının gerekçesi ve hükümlerle ilgili görüşmeler, Reform des Ehe und Familienrechts, 1974 (Herausgegeben vom Bundesministerium), s. 22, 28, 47-48.

(zira boşanma talebinin reddi yalnız davalının itirazı üzerine değil; her iki tarafın da menfaatleri tartılarak mahkemece takdir olunacaktır) alman hukuk doktrininde eleştirilmektedir : Bu şartlar, yeni tasarıya göre, davalının boşanma nedeniyle manevi ağır zarara maruz kalmasını önlemek istemektedir. Fakat bir eşin bu zarardan korunması için, temelinden yıkıldığı sabit olmuş bir evliliği devam ettirmenin izahı güç olmaktadır. Ne kadar süreyle yalnız hukuki nitelik taşıyan bu bağı diğer eş sürüklemeye mahkûm edilecektir. Münhasıran kusurlu eşin boşanmadan ağır manevi zarar görmemesi için dava reddedilecek midir? (97).

IV. İsviçre'de boşanma hükümlerinde yapılmaması tasarılan değişiklikler : İsviçrede de Medeni Kanunun bu güne kadar uygulanan boşanma hükümlerinin getirdiği sorunlar bir tadil komisyonu tarafından ele alınmış bulunmaktadır. Hazırlanmakta olan değişiklik tasarısı açıklanmış değildir. Bu nedenle getirilmek istenen yeni hükümler hakkında kesin bilgimiz yoktur. Bununla beraber, Komisyon Başkanı Prof. Dr. Hans Hinderling tarafından yayınlanmış olan bir makalede İsviçre Tadil tasarısının muhtemel esasları açıklanmaktadır. Bu esasları özetleyerek Komisyonun kanaatını nakletmiş olacağız (98).

1. Leyh ve aleyhinde söylenenlere rağmen, İMK 142 (TMK. 134.) md. yerini muhafaza etmeli; kanundan çıkarılmamalıdır. Bu madde hakime evlilik birliğinin temelden sarsılıp sarsılmadığını inceleme görevi vermektedir. Zor olmakla beraber, hakime ruh bilimcilerin, psikiyatristlerin yardımı ve kendinin bu alanda özel olarak yetiştirilmesi, usul hükümlerinin ıslahı gibi tedbirlerle bu görevi kolaylaştırılabilir. Kusurun araştırılması ve tesbitinde hakim resen hareket etmemeli, bu sorunun gerisinde durmalıdır. Fakat hakim, Alman tasarısı'nda ön görüldüğü gibi, sadece «evliliğin başarısız olduğunu» tesbitle yetinmemeli; eşlerin «evlilik birliğini devam ettirme hususundaki arzu ve iradelerini» araştırmalıdır. Bununla bera-

(97) Bkz. Bosch, F. W. Zeitschrift für das gesampfte Familienrecht, İuli/August, 1972, s. 335. «Bununla beraber, küçük çocukların menfaati yönünden evliliğin devamı bir zaruret olabilir, s. 336».

(98) Makale için bkz. Hinderling, H. Fragen aus dem Scheidungsrecht (gegenwärtiger Stand der Revisionsarbeit), SJZ 1975, sayı 16/17, s. 253 vd. Rızai boşanmaya yer verilmesini savunan şu makaleye de bkz. Die einverständliche Scheidung, Keller, M. SJZ, 1970, Nisan, sayı : 8, s. 113 vd

ber, bu noktayı mubalâğa etmeye mahal yoktur. Zira şahsiyetin de korunması gerekmektedir. Özellikle yıllarca sürmüş fiili bir ayrılık—harici sebeplere dayanmıyorsa— evliliğin temelden sarsılmış olduğuna karine sayılmalıdır. Fakat ihtilâflı bir boşanma davası için karine sayılacak «kanunî süreler» koymak zarureti de yoktur.

2. R ı z a i b o ş a n m a : Medenî Kanunun boşanmada tarafların rızasına yer vermeyen sistematığına rağmen, bilinmektedir ki tatbikatta, bilhassa çocuksuz veya çocukları reşit olmuş eşler CCS. 142 (TMK. 134) md. nin arkasına sığınarak, fakat anlaşmak suretiyle, gerekli delilleri hakime getirebilmekte yahut eşlerden birinin açtığı boşanma davasını diğer eş kabul etmek suretiyle kolaylıkla boşanabilmektedirler. İstatistik veriler de diğer boşanma sebepleri arasında neden en çok bu maddeye rağbet edildiğini açıklamış olmaktadır (99). Esasen eşlerin bir arada oturmaları imkânı kalmamış, müşterek hayat kalmamış, kinin, kıskançlığın, itimatsızlığın hakim olduğu bir aileyi ayakta tutmak için, artık beraber yaşamayı reddeden karı kocadan daha ileri giderek : «hayır, siz yanılıyorsunuz, bir arada yaşamalısınız;» demenin gerekçesini bulmak güçtür. Bununla beraber, boşanma hususunda eşlerin s a m i m i iradelerinin araştırılması için bazı hükümler de getirilmelidir : meselâ Alman tasarısındaki b i r y ı l süreyle ayrı yaşama eşlerin boşanma iradelerinin samimi olduğuna bir karine sayılabilir. Bu karinenin kesin veya adi karine olarak kabulü bir tercih meselesidir. Ancak, böyle bir hüküm sevk edildiği takdirde, Kanunda muhafaza edilmek istenen 142. md. (TMK. 134 md.) değerini fazlasıyla yitirmiş olacaktır. Zira şiddetli geçimsizliğin ve bir de müşterek hayatın çekilmezliğinin ispatını ön gören bu boşanma nedeni yerine eşler bir yıl ayrı yaşayıp anlaşarak boşanma yolunu tercih edeceklerdir. Bu ise, boşanma hükümlerinin ciddiyetini ihlâl edecek olayları beraberinde getirebilir. Bu nedenle, rızai boşanma düzenlenirken belirli bir süre fiilen ayrı yaşamış eşlerin boşanma hususundaki iradelerinin samimi olup olmadığını araştırmak üzere meselâ her iki taraf da dinlenmeli, özellikle a y r ı l ı k s ü r e s i e s n a s ı n d a geçmiş olaylar anlattırılıp değerlendirilmelidir. Bundan başka, mümkünse eşlerin evlenmelerinde yakın katkıları olmuş kimseler de şahit olarak dinlenmelidir.

Komisyon, küçük çocuklar varsa, boşanma şartları mevcut olsa

(99) Yuk. not : 58,59,60'a bkz.

da, hakimin evliliğe devama karar vermesini sağlayacak bir hüküm getirilip getirilmemesi hususunda şöyle düşünmektedir : eşler CCS. 142 (TMK. 134) e göre boşanacaklarsa hakim esasen çocukların uğrayacağı mağduriyeti dikkate alarak boşanma davasını reddedebilir. Fakat rızai boşanmada, bir süre ayrı yaşamış ve boşanma hususunda anlaşmış bulunan eşleri boşamaktan başka bir yetkisi bulunmamaktadır. Samimi olarak boşanmak isteyen eşleri küçük çocuklar nedeni ile boşamamak için bir hüküm konması, esasen fitne, kıskançlık, düşmanlık gibi olumsuz hislerin kaynaştığı bir aile ortamında daha mutlu çocuklar yetiştirilmesini sağlamıyacaktır. Bu nedenle rızai boşanmayı çocuklar nedeniyle önleyici bir hüküm konması düşünülmemektedir (100).

3. K u s u r s o r u n u : Bilindiği gibi İMK. 142 II (TMK. 134 II) kusursuz veya daha az kusurlu davalı eşe, kusurlu veya daha ziyade kusurlu eşin açtığı boşanma davasında bir itiraz hakkı tanımıştır. İsviçre ve Türk mahkeme içtihatları ile doktrininin bu konuda vardıkları noktayı yukarıda açıkladık (101). Kısaca, Türk Yargıtayı boşanma davasında davacının daha ziyade kusurlu olup olmadığının resen araştırılması taraftarı olmasına karşı, İsviçre Federl Mahkemesi ve doktrin, davalının itirazı olmadıkça mahkemenin davacının kusurunu ve derecesini araştırmaması gerektiği kanaatindedir. Fakat, kusur derecesinin ispatının zor olması, hakime kanaat verme güçlüğü bulunmasına rağmen, davalı, davacının daha ziyade kusurlu; veya münhasıran kusurlu olduğunu iddia edebilir. İspat edemezse dava İMK. 142 I e göre (TMK. 134 I) çözümlenecektir. İspat edebilirse davacının davası reddedilecektir. Kusur sorunu da esasen bu noktada önem kazanmaktadır : kimse kusuruna dayanarak bir hak talep edemez. Kusurlu olan, veya daha ziyade kusurlu bulunan davacının boşanma davası açamaması gerekir. Davaya açmışsa mahkeme daha ziyade kusurlu olduğu kanaatına vardığı takdirde davasını reddeder. Fakat davalının, karşı tarafın daha ziyade kusurlu olduğu iddiası hangi şartlarla ve ne kadar süre için geçerli sayılmalıdır? Kanunda bu hususta açıklık yoktur. Bu nedenle, İMK. 142 I. e göre (TMK. 134 I) açılacak boşanma davasında, davalının, davacının daha ziyade kusurlu olduğu itirazını ileri sürme hakkına bazı şartlar getirilmelidir : davalı bu hakkını kullanır-

(100) Bkz. Hinderling, agm. s. 257.

(101) Yuk. § 3, III.

ken, bizzat kendisinin «evlilik birliğini devam ettirmeye arzulu olduğunun» mahkemece araştırılması gerekli; bu arzu ve iradeyi taşımadığı sabit olursa, yalnız davacının kusuru nedeniyle davasının reddi cihetine gidilmemelidir. Zira amaç daha ziyade kusurlu olanı cezalandırmaktan çok; ümitsiz de olsa, evlilik birliğinin devamını arzu eden davalı eşi korumaktır. Davalı eş böyle bir arzu taşımakta ise davanın reddi evlilik birliğinin yeniden kurulmasına hizmet etmiyecektir. Diğer taraftan, anlaşamayan eşler ayrı yaşama-ya başlamış iseler, zaman uzadıkça kusur sorunu önemini kaybetmektedir. Nihayet bir suçun da zaman aşımı vardır. Şu halde evlilik birliğindeki huzurun bozulmasına sebep olan eş, davacı da olsa, belirli bir süre ayrı yaşantı devam etmişse kusur sorunu araştırılmamalıdır. İsviçre tadil komisyonu fiili ayrılık süresini beş yıl olarak düşünmektedir. Demek ki, beş yıldan beri fiilen ayrı yaşayan eşlerden kusurlu olanı dahi boşanma davası açarak boşanmayı sağlayabilecektir (102).

4. Özel boşanma sebepleri ise, (zina hariç) kandan çıkarılmak istenmektedir. Bu durumda yalnız genel boşanma sebebini düzenleyen İMK. 142 (TMK. 134) kalmaktadır : eşlerin bir daha evlilik birliğinde birleşemeyecekleri derecede geçimsizliğe düşmüş olmaları. Geçimsizliğin ispatı meselesi yeniden düzenlemeyi gerektirmektedir : geçimsizlik ya her türlü delille ispat edilebilir; veya bazı süreler geçimsizliğin karinesi olarak kabul edilebilir; bir yıl fiilen ayrı yaşamış olan eşler anlaşarak boşanabilmeli, bu süre aralarındaki geçimsizliğin mutlak (veya nisbi) karinesi kabul edilmelidir. Bunun dışında, anlaşarak boşanamayan eşler için daha ziyade kusurlu olma itirazı da 5 yıllık fiili ayrılık süresi geçmişse artık ileri sürülemez (103).

Özel boşanma sebeplerinden zina'ya gelince, bu hükmün kandan çıkarılması, evliliğin temel vecibelerinden biri olan «sada- kat borcu» nun taşıdığı kıymetli değerden kanun koyucunun artık vaz geçtiği gibi yanlış bir anlam yaratabilir. Bu nedenle yalnız zina'nın özel boşanma sebebi olarak bırakılmasında komisyon yarar

(102) Hinderling, agm. s. 258 - 259. Bu süre Fransız Boşanma Reformu Kanununda 6 yıl; Alman tasarısında ise 3 yıldır, Yuk. § 4, II, 2 ve III'e bkz.

(103) Hinderling, agm. s. 259.

görmekte; fakat Federal Mahkeme'nin, zina sebebiyle evlilik birliğinin sarsılıp sarsılmadığının araştırılmasını; diğer davacı eşin bu olaydan dolayı evliliğe devam etmek isteyip istemediğinin tesbitini, yani zina fiilinin mutlak değil de nisbi bir boşanma sebebi gibi mütalâa edilmesini öngören kararlarını benimsememekte : zina fiilinin köklü sarsılma prensibine göre mutlak boşanma sebebi olarak uygulanmasını teklif etmektedir (104).

5. Boşanmanın hükümleri konumuz dışı olduğu için ayrıntılarına girmeyeceğiz. Ancak, İsviçre tadil komisyonunun bu hükümleri de yeniden düzenlemeyi düşündüğünü anlıyoruz : kusurlu eşe verilen evlenmeme cezasını düzenleyen İMK. 150 (TMK. 142) bu gün anlamını kaybetmiş olması nedeniyle kanundan çıkarılmalı; mal rejimlerinde değişiklik yapılarak evlilik süresince daha fazla kazanmış olan eşin bu fazla kazancını eşler arasında bölüştüren «kazanç ortaklığı» düzenlenmeli (105); 151. maddede (TMK. 143) ile 152. maddede (TMK. 144) düzenlenmiş bulunan tazminat ve nafaka hükümleri tek bir madde haline getirilmeli ve bu maddede boşanan eşin «bakım alacağı» düzenlenmeli; fakat gerek tazminat gerekse nafaka talep edecek eşin «kusursuz olması» prensibi yumuşatılarak, evlilik süresince birliği başarısızlığa iten olayların bütünü değerlendirilmeli ve daha ziyade kusurlu veya iktisadi bakımdan daha iyi durumda olan eş, zarurete düşen diğer eşe daha fazla nafaka ve tazminat ödemeli, küçük çocuklar kendisine bırakılmış olan eşin ise —ki bu genellikle kadındır— kusuru aranmaksızın kendisine nafaka ve gerekiyorsa tazminat ödenmeli, bilhassa çocukları bakıp yetiştirme mecburiyeti dolayısıyla çalışma geliri azalmışsa bu ödeneklerin tesbitinde dikate alınmalıdır (106).

V. Türk Hukukunda durum nedir? Bilindiği gibi Adalet Bakanlığı tarafından bir komisyona hazırlatılan «TÜRK MEDENİ KANUNU ÖN TASARISI» boşanma hükümlerinde de bazı değişiklikler teklif etmektedir (107). Bu tekliflerden bazıları yukarıda incelediğimiz Fransız reform Kanunu ile Alman Tasarısı ve İsviçre Komisyonunun fikirlerine yaklaşmaktadır. Bununla beraber

(104) Hinderling, agm., s. 260.

(105) Bu düzenlemelerin teferruatına burada girmek mümkün değildir.

(106) Hinderling, agm. s. 261.

(107) Türk Medeni Kanunu Ön Tasarısı, Adalet Bakanlığı Yayınları, 1971, Ankara.

onlardan daha az değişiklikler teklif edildiğine ve boşanma sorununun Ülkemizde de arz ettiği güçlüklerle; özellikle gerçekten boşanmaları gerekirken çeşitli hukuki nedenlerle (108) boşanamıyan eşlerin sorununa büyük kolaylık getirmediğine değinelim.

1. Ön tasarı, yürürlükte bulunan Medenî Kanunun boşanma sebepleri arasında yaptığı : genel (nisbi) boşanma sebebi (MK. 134) ile özel (nisbi ve mutlak) boşanma nedenlerini (MK. 129 - 133) bazı değişikliklerle (109) s i s t e m o l a r a k muhafaza etmiştir. Halbuki, incelediğimiz gibi, Fransız Hukuku kusurlu boşanma nedenini «evlilik görevlerinin ağır biçimde ihlâli» ölçüsüne bağlamış; Alman tasarısı özel boşanma nedenlerinin t ü m ü n ü çıkartmayı teklif etmiş; İsviçre Tadil Komisyonu ise —zina fiili hariç— İMK. dan özel boşanma nedenlerinin kaldırılması çalışmalarına girmiştir. Şimdi, b i z d e d e ahlâk anlayışını yansıtmak üzere z i n a f i l i h a r i ç; diğer özel nedenler kaldırılamaz mı? Nitekim, verdiğimiz istatistik bilgiler de göstermektedir ki, boşanmaların % 80 e yakın miktarı genel ve nisbi boşanma nedeni olan şiddetli geçimsizlik hükmüne (MK. 134) dayanmaktadır (110).

2. Ön Tasarı evlilik birliğinin k ö k l ü s a r s ı l m a s ı prensibini gerek özel, gerekse genel boşanma sebeplerinde muhafaza etmiş; İsviçre ve Türk Medenî Kanunlarının diğer Ülkelerin MK. larına örnek olan bu modern prensibini değiştirmemiştir. Yine, MK. 134 II deki, davacının d a h a z i y a d e k u s u r l u o l m a m a s ı veya k u s u r s u z o l m a s ı gereğini anlatan hükmü daha açık bir şekilde düzenlemiş, bu suretle köklü sarsılma prensibi yanında kusur prensibine de yine yer vermiştir. Fransız Boşanma Reformu Kanunu da «kusura dayalı boşanma» yı düzenlemiş bulunmaktadır, md. 242. İsviçre Tadil Komisyonu da MK. 134. ün (İMK. 142) iki prensibi bir arada muhafaza yanlısı olup; Alman tasarısının, kusur prensibini boşanma davasından kaldırmış olması bir istisna olarak kalmaktadır. Hatta Türk Medenî Kanunun Ön Tasarısı «daha ziyade kusurlu olma itirazı» nı yeni bir fıkra ilâ-

(108) Bu nedenler için bkz. yuk. dip not: 72-79.

(109) Bu değişiklikler metinde «biçim» ve «Hüküm», «terim» değişiklikleri olarak belirmektedir. Bu ayrıma göre ilgili hükümlerde çeşitli değişiklikler yapılmış olup; konuyla ilgileri nisbetinde bunlara yer verilecektir.

(110) Yuk. 60 numaralı nota bkz.

vesi ile açıklığa kavuşturmuş, doktrin ve Yargıtay kararlarında beliren görüş ayrılığına çözüm getirmiştir (111) : «Taraflar ileri sürmedikçe yargıç kusuru kendiliğinden göz önüne alamaz». Bu suretle, daha ziyade kusurluluk iddiası ön tasarıda bir def'i olarak düzenlenmekte; davalı taraf şikâyetçi olmadıkça münhasıran veya daha ziyade kusurlu olan eşin açtığı boşanma davası da boşanma hükmü ile sonuçlanma imkânı doğmaktadır. Yine Ön Tasarı, Alman Tasarısında düzenlenmiş olan, köklü sarsılmanın varlığı için aranan «başarısızlık» ölçüsünü değil, yürürlükteki MK. 134. md. nin aradığı «birlikte hayatın bundan sonra çekilemez olduğu» ölçüsünü muhafaza etmekle isabetli davranmıştır.

3. Ancak, ön tasarı, doktrinde, yeni kanunlarda, Alman tasarısında ve İsviçre tadil komisyonunun düşüncesinde yerini bulan, çeşitli nedenlerle boşanamıyan eşlerin belirli sürelerle fiilen ayrı yaşamaları sonucu boşanmalarını sağlayan karneleri, gereği gibi değerlendirememiş; birlikte yaşamaları mümkün olmamakla beraber bu dertlerini mahkemeye çeşitli nedenlerle anlatamıyan eşlere fazla kolaylık sağlayamamıştır :

a) Tasarıda belirli bir süre fiili ayrılıktan sonra (Fransız Boşanma Reformu Kanununda 6 ay; Alman tasarısında 1 yıl; İsviçre tadil Komisyonunun teklifinde 1 yıl) eşlerin anlaşarak rızai boşanmaları imkânı düzenlenmemiştir. Gerçi Ön Tasarının maddi ve manevi tazminatı yeniden düzenleyen 143. maddesinin IV. fıkrası : «Maddi veya manevi tazminat istemi varsa, tazminatın miktarı taraflar arasında serbestçe tayin olunabilir ve bu miktar mahkemece karara bağlanır «hükmünü getirmekte ve bu yeni hükmün gerekçesinde de : «... Böylece, maddi ve —şartları varsa— manevi zararın tazmin edilmesini sağlayan eş dahi daha fazla direnmeksizin, esasen kökünden sarsılmış olan aile birliğine boşanma ile son verilmesini kabul etmiş olacaktır. Buna karşı denebilir ki : tazminat ödemek suretiyle karşılıklı rızaya dayanan boşanma yolunun dolambaçlı olarak yasa ya konulması sakıncalıdır. Oysa böyle bir sakınca yoktur. Ayakta durmasına imkân olmayan bir evlilik birliğinin zorla yürütülmesine uğraşmaktansa zarar gören tarafın, özellikle kadının zararlarının

(111) § 3, III'e bkz.

tazmin ettirilmesi suretiyle boşanmaya imkân verilmesi gerek ailenin gerekse toplumun yararınadır ...» (112). Bu suretle ön tasarı rızai boşanmayı 143. maddeye ilâve edilen bir fıkra ile sağlamayı teklif etmektedir. Ancak, tasarı, sistem olarak rızai boşanmayı düzenlemiş değildir. Tarafların sadece tazminat anlaşması yaparak boşanmaya razı olacaklarını düşünmek hatalıdır. Birbirlerinden hiç tazminat talep etmemelerine ve fakat boşanmak istemelerine rağmen, delillerin hakime ikna edici görünmemesi, delil bulunamaması gibi çeşitli nedenlerle eşler boşanamıyabilir. Bu sebeple, yeni düzenlemelerde belirli bir süre fiilen ayrı yaşamış olan ve bu fiili ayrılıkları geçimsizlik nedenine dayanan eşler boşanmaya karşılıklı olarak rıza gösterirlerse mahkemenin boşanma kararı vermesini sağlayan hükümler getirmektedirler. Fiili ayrılık süresi bir yıl kabul edilebilir. Bu sürenin adi veya kesin karine olarak düzenlenmesi kanun koyucunun tercihi sorunudur. Genel kanaat kesin karine olması doğrudur (113). Bundan başka, ön tasarıda «boşanmayı güçleştirici şartlara» mahal olup olmadığı da tartışılmamıştır (114).

b) Ön Tasarı yeni getirdiği 134/A madesi ile, münhasıran veya daha ziyade kusurlu olan davacının, kusur sorununu ortadan kaldırmak; adeta kusurunu zaman aşımına uğramış saymak için yeni bir çözüm teklif etmektedir. Madde şöyledir : «Ortak hayatın kurulamaması» : «Bu yasanın yürürlüğe girmesinden önce veya sonra, boşanma sebeplerinden her hangi biriyle açılmış olan boşanma davasının reddine karar verilmiş ve kararın kesinleştiği tarihten beş yıl geçtiği halde, her ne sebeple olursa olsun, ortak hayat yeniden kurulamamışsa eşlerden birinin istemi üzerine her hald e boşanmaya karar verilir».

Bu hükümden, belirttiğimiz gibi, öncelikle boşanma davası açıp da daha ziyade kusurlu veya münhasıran kusurlu bulunduğu için davası reddedilen eş yararlanacak; sonra da özel boşanma nedenini ispat edememiş ve davası reddedilmiş olan eş de madde

(112) Bkz. Ön Tasarı, s. 135.

(113) Yeni Alman Tasarısı, § 1566; Fransız Boşanma Reformu Kanunu, md. 230; İsviçre Tadil Komisyonu bu kesin karineyi başka alternatiflerle kabul ediyor, yuk. § 4, IV, 2.

(114) Härte Klausel = Clause d'iniquité.

yarar sağlayacaktır. Ön tasarıdaki bu yeni hüküm, yeni düzenlemeler karşısında soruna çözüm getirmekten uzak görünmektedir. Bir örnek verirsek : Davacı (A) nın boşanma davası 3 yıl sürmüş ve reddedilerek hüküm kesinleşmiştir. (A), daha ziyade kusurlu olduğu için yeniden dava açamamakta ve 134/A'ya göre 5 yıl beklemeye mecbur bulunmaktadır. Bu süre sonunda tekrar boşanma davası açarak davanın boşanma ile sonuçlanıp hükmün kesinleşmesine kadar 1-3 yıl beklemek zorundadır. Yani bu hükme sığınarak boşanmak isteyen eş, bu isteğine en erken 9-11 yıl sonra erişebilecektir. Tasarının getirdiği hüküm, her ne sebeple ise boşanamıyan eşlere, hakimın takdir yetkisini daraltmak suretiyle, bir kapı aralamaktadır. Ancak, verdiğimiz örnekten de anlaşıldığı gibi, bu hüküm boşanmayı kişisel hürriyeti aşırı biçimde kısıtlayacak uzun bir bekleme süresinin içine itmektedir. Şu halde, daha ziyade kusurlu olma sorunu bulunan veya geçimsizliği ispat edecek yeterli delil bulamıyan, boşanmak için karşılıklı olarak anlaşamıyan eşin sığınacağı beş yıllık (Alman tasarısı 3 yıl; Fransız boşanma reformu Kanunu 6 yıl; İsviçre tadil komisyonunun teklifi 5 yıl) süreyi, boşanma davasının açılıp, reddedilip kesinleşmesinden sonra işlemeye başlatacak yerde; geçimsizlik nedeniyle fiilen beş yıldan beri ayrı yaşayan eşlerden birinin boşanmayı istemesi üzerine boşanma kararına gerekçe yapmak ve bu beş yıllık fiili ayrı yaşamayı evlilik birliğinin tekrar kurulamayacağını (kesin veya adi) karinesi saymak doğru ve adil bir çözüm olur.

c) Ön tasarı, geçinemiyen eşlerin, özellikle kadının boşanma sonrası ekonomik durumlarına kısmen çözüm getirmeye gayret etmiştir. Meselâ nafaka hükümlerinde bazı değişiklikler yapılmıştır, (Ön tasarı md. 144). Fakat nafakanın ödenmesinde kusursuz veya daha az kusurlu olma kuralı muhafaza edilmiş, ekonomik ödeme gücü, kusurlu eş kadınsa ve küçük çocuklar kendisine bırakılmışsa nafaka alıp alamıyacağı açıklığa kavuşmamıştır. Bu konu tebliğimize girmediği için üzerinde fazla durmuyoruz.

d) Boşanma sonrası, eşlerin ekonomik durumlarına son derece etkili olan mal rejimlerinde yeni bir düzenleme getirilmemiş; bu gün gerek Fransız gerekse Alman hukukunda kanuni mal rejimi olarak yeniden düzenlenmiş bulunan kazanın ortaklığı rejimi dikkate alınmamış; İsviçrede de kabulü düşünülen bu rejim yerine bilhassa boşanma halinde kadını mağdur

eden m a l a y r ı l ı ğ ı kanuni rejim niteliğini muhafaza etmiştir (115).

S o n u ç :

Buraya kadar açıkladığımız incelememizden şu sonuçlar çıkarılabilir :

a) Medenî Kanunun boşanmaya ilişkin hükümleri «köklü sarsılma» prensibine dayandırılmış olup, çağın ileri bir görüşünü temsil etmektedir. Fakat bu prensibin yanında yer alan «kusur prensibi» özellikle uygulamada, köklü sarsılma prensibinden de öncelik kazanmış; hakikatte devamı mümkün olamıyan evlilik birliği, mahkemelerin özellikle kadını ekonomik yönden mağdur etmemek için sürdürdükleri uygulama ile hukuken devam ettirilmiştir.

b) Mesele, çözülmüş olan aile birliğini zorla ayakta tutmak olmamalıdır. Kusur prensibine ağırlık vererek veya delil yetersizliği nedeniyle boşanma davasını reddederek toplumda şu kadar evli çift var, diye istatistik bilgi vermek bir çözüm değildir. Geçinen eşler için boşanma neden bir alternatif olsun? Boşanma hasta bir evliliğin tedavisi, eşlerin kişiliklerini yeniden kazanmalarının ve moral bir hastalıktan kurtulmalarının yolu olabilir. Şu halde bu safhaya gelmiş bir ailenin tasfiyesine yardım etmek Kanun koyucunun ödevidir.

c) «Köklü sarsılma» ve «kusur» prensiplerine şimdi yeni bir prensip eklenmektedir : «fiilen ve geçimsizlik nedeniyle b i r s ü r e d e n b e r i ayrı yaşayan eşler» in artık evlilik birliğinde buluşamayacakları k a r i n e s i. Esasen bu karine Medenî Kanununun ön tasarısı'na girmiş bulunmakta; fakat yukarıda da açıklamaya çalıştığımız gibi, yeterli bir düzenleme getirmemektedir.

d) Fıili ayrılık süresi sonunda eşleri boşama, «boşamanın kolaylaştırılması» değildir. Boşanma isteklerinde samimi olan eşlerin, aile sorunlarını mahkemede açıklamaktan kaçınmaları, mahrem bir hayatın uyumsuzluklarını delille ispat edememeleri, kusurun

(115) Bu konu ile ilgili olarak, «Medenî Kanunun 50. Yıl dönümü» ile ilgili Hafta'da verdiğim «Türk Medenî Kanunu açısından Kadın Erkek Eşitliği» isimli tebliğine bkz.

takdirinde hakimin çeşitli etkilerle objektif davranamaması gibi türlü engeller karşısında bu hayati sorunlarına yardımcı olmaktır. Bu sebeple, fiili ayrılık süresini de ikiye ayırıp : bir yıl sonra eşlerin anlaşarak boşanmalarına; veya böyle bir anlaşma sağlanamamışsa beş yıl fiilen ve geçimsizlik nedeniyle ayrı yaşamış eşlerden birinin talebi üzerine boşanmalarına karar verdirecek düzenlemeyi getirmek gerekir.

e) MK. daki özel boşanma nedenleri —zina hariç— kaldırılabilir.

f) Özellikle kadının içinde bulunacağı ekonomik güçlüklerle, nafaka ve mal rejimleri ile tazminat hükümlerinde yapılacak değişikliklerle çözüm bulunabilir. Medenî Kanun dışında da emekli ikramiyesi, sigorta primleri ve aylıklarla ilgili mevzuat, boşanan çiftler bakımından gözden geçirilebilir.

g) Bu ödemelerde «daha ziyade kusurlu olma» prensibi yerine «ekonomik olarak daha güçlü olma» prensibi esas alınabilir; ancak, kusur prensibine de yer verilerek, ekonomik olarak güçlü bulunanın istismarı önlenir.

MUTLAK BOŞANMA NEDENLERİ

Dr. Erden KUNTALP
Medenî Hukuk Doçenti

GİRİŞ :

Evlilik karşıt cinsten iki kişinin yaşam boyu sürmek üzere kurdukları ve ekonomik sonuçları olan bedensel ve ruhsal bir birliktir (1). Birliğin bedensel ve ruhsal özellikleri, bunun biyolojik ve ahlâkî esaslara dayandığını gösterir. Gerçekten karşıt cinsten iki kişinin böyle bir ilişki içine girmeleri, çoğalma - üreme iç güdülerinin bir sonucudur. Ancak evlilik hiç bir zaman yalnız kişilerin biyolojik gereksinmelerinin karşılanması amacına yönelmemiştir. Aynı zamanda karşılıklı sevgi ve saygıya dayanan ve böylece kişinin madî ve manevî varlığının gelişmesine olanak sağlayan bir birlik olarak ortaya çıkmaktadır. İşte ruhsal özellik bu durumu ve evliliğin ahlâkî ilkeler üzerine kurulduğunu belirtmektedir. Gerçekten karı - koca, ana baba ile çocuklar arasındaki kişisel ilişkilere, münferit hallerde, hukuk kurallarından çok ahlâk kuralları egemendir. Nitekim bu ahlâkî özellik nedeniyle, aile hukuku ilişkilerinden doğan haklar egoist değil; fakat digerkam bir karakteri haizdir (2). Zaten bu ahlâkî kapsam, yaşam boyu sürmesi düşünülen evliliğin, MK. m. 23 uyarınca, kişiliğin —kişi özgürlüğünün— aşırı (kanuna ve genel adaba aykırı) sınırlandırılması sayılmasını önler (3). Çün-

- (1) *Egger*, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch. II Bd. Das Familienrecht, Erste Abteilung: Das Eherecht, Zürich, 1936, Art. 142. Nr. 4.
- (2) *Schwarz*, Aile Hukuku I, Çev: Davran, Bülent, 2. Bası, İst, 1946, sh. 13; Ayrıca bk. *Velidedeoğlu*, Türk Medeni Hukuku, C. II, Aile Hukuku, 5. Bası. İstanbul 1965, sh. 11.
- (3) Bk. *Hinderling*, Fragen aus dem Scheidungsrecht (gegenwärtiger Stand der Revisionsarbeit) SJZ 1975, 16/17, sh. 253; *Egger*, Vorbem. vor Art 137, Nr. 10, 11.

kü, biraz önce de değinmiş olduğumuz gibi evlilik, her ne kadar kişilerin özgürlüklerini kısıtlayıcı olarak gözükse de, onların maddî ve manevî kişiliklerinin gelişmesini sağlayacak bir ortam hazırladığından, esasında, özgürlüklerinin bilincine erişmelerine ve bu özgürlükleri anlamalarına uygun kullanmalarına olanak sağlar.

Bu açıdan bakıldığında evlilik, kural olarak kişileri ilgilendirir. Ancak böyle bir değerlendirme, ailenin toplum içindeki yerini ve görevini ihmal edeceğinden eksik olur. Zira, aile kişilerin kişiliklerini geliştirmede etken bir rol oynadığına göre toplumun temelini oluşturur. Başka bir deyişle aile toplumda fert arasında bir varlık olup ferdi toplum yapısına bağlayan harç ve çimento görevini görür. Bu, ne kadar kuvvetli olursa, toplumun yapısı da o kadar sağlam ve kuvvetli olur. Bu nedenle, aileyi korumak ve kuvvetlendirmek, bizzat toplumun kuvvetlendirilmesi anlamına gelir (4). Nitekim Anayasamız da 35. maddesinde ailenin Türk toplumunun temelini oluşturduğunu ve devlet ile diğer kamu tüzel kişilerinin bunun korunmasına ilişkin tedbirleri almak zorunda olduklarını öngörmüştür.

Görülüyorki aile, kurum olarak, bir yandan kişileri, diğer yandan da toplumu yakından ilgilendirmektedir. Şu halde aileyi konu alan hukukî düzenlemenin kişisel çıkarlar ile toplumsal çıkarları gözönünde tutması gerekir. Bir noktada bu iki çıkar çatışma halindedir. Gerçekten, kişiler kendi kişisel değerlendirmelerine göre, bu bağdan kolaylıkla kurtulmak isterler; buna karşılık toplum —devlet— bu kuruma duyulan güveni ve saygınlığı korumak amacıyla bunun sona erdirilmesini sıkı kurallara bağlamayı düşünür. Şüphesiz bu iki çıkarın karşılıklı düzenlenmesi, geniş ölçüde toplumun aile kurumuna ilişkin değer yargıları ile hukukun temel ilkelerine bağlıdır. Türk aile hukukunda da durum böyledir. Ana baba ve çocuklar arasında karşılıklı sıkı sevgi ve saygı esaslarına dayalı ilişkiler Türk Medenî Kanununda, lâiklik, —kadının korunması gereken haller hariç— kadın erkek eşitliği ve devletin müdahalesi —kuruluş, işleyiş ve sona erişde— ilkelerinin ışığı altından düzenlenmiştir. Bu niteliği ile Medenî Kanunumuz, yerine geçtiği hukukî düzenlemeye göre ileri bir karakteri haizdir. Aynı zamanda bu düzenlemede toplumsal çıkarlar gereği, ailenin korunması esas alınmıştır.

(4) *Velidedoğlu*, sh. 7.

Aile hukukuna egemen toplumsal değer yargıları ile hukukun temel ilkelerinde meydana gelebilecek her değişiklik hukukî düzenlemenin de değiştirilmesi gereksinmesini ortaya çıkarır. Nitekim, Avrupa ülkelerinde sosyo ekonomik gelişmeler, aileye ilişkin toplumsal değer yargılarını değişikliğe uğratmış ve bunun sonucunda yasa koyucular evlilik hukuklarını, özellikle boşanma açısından, yeniden gözden geçirmek zorunda kalmışlardır. Gerçekten, toplumda yaşayan bireylerin, kadın veya erkek farkı gözetmeksizin, ekonomik güvencelerinin sağlanması, aile ilişkilerinde daha liberal eğilimlerin doğmasına yol açmıştır. İşte bu liberal eğilimler evlilik birliğinin sona erdirilmesinde kolaylıklar sağlamak isteği biçiminde ortaya çıkmıştır. Nitekim toplumumuz da, bu eğilimler uzak kalmamış ve Medenî Kanunumuzun boşanmaya ilişkin hükümlerinin yeniden gözden geçirilmesi özellikle kolay boşanabilme yollarının yaratılması düşüncesi kamu oyunda gün ışığına çıkmıştır. Buna paralel olarak, Adalet Bakanlığınca Medenî Kanunumuzun değiştirilmesi amacıyla bir «ön tasarı» hazırlanmıştır.

İşte biz bu tebliğimizde, Medenî Kanunumuzda yer alan «mutlak boşanma nedenlerini» Avrupa'da yeni değişikliklerin bazılarını gözönüne almak suretiyle, bir incelemeye tabi tutacağız. Bunun için de ilk önce, Medenî Kanunumuzun mutlak boşanma nedenlerine ilişkin düzenlemesini kısaca açıklayacağız; sonra da bu düzenlemenin bazı noktalar açısından değiştirilmesinin gerekip gerekmediği sorunu üzerinde duracağız.

§ 1 — Medeni Kanunumuzda Yer Alan Mutlak Boşanma Nedenleri ve Bunların Dayandıkları Ortak İlkeler

I — Mutlak Boşanma Nedenleri

Medenî Kanunumuz 129 ve 134 maddeler arasında hangi halde evlilik birliğinin boşanma ile sona erdirileceğini kapalı adetteler, numerus clausus, halinde belirtmiştir. Bu nedenleri kapsamaları açısından iki gruba ayırmak mümkündür : Özel ve genel boşanma nedenleri. Gerçekten 129 ve 133 maddeler arasında yer alan hükümlerde, özellikle sık rastlanan bazı olaylar; buna karşılık 134. maddede ise boşanmaya yol açabilecek olaylar gösterilmeksizin sadece yargıca geniş takdir yetkisi verilmek suretiyle genel bir ilke ortaya konmuştur. (5).

(5) Schwarz, age. sh. 140, 141; Egger, Art. 137, Nr. 1; Deschenaux/Ter-

Özel ve genel boşanma nedenlerini, *bir de etkileri açısından* ikiye ayırmak mümkündür (6). Şayet bir olay evlilik birliği üzerindeki etkilerine bakılmaksızın, doğrudan doğruya boşanma hakkını veriyorsa mutlak; buna karşılık ancak evlilik birliği üzerine etkisi —ortak hayatı çekilmez hale sokması— nedeniyle boşanmaya yol açıyorsa nisbi niteliktedir. Medenî Kanunumuzda yer alan boşanma nedenlerini incelediğimizde, bunlardan beş tanesinin evlilik üzerinde etkilerinin gözönüne alınmaksızın boşanma hakkı verdiklerini; oysa üç tanesinin ise ileri sürülen nedenin ortak hayatı çekilmez hale sokması koşulunu boşanma için aradığını görürüz. Gerçekten Medenî Kanunumuz zina (m. 129), cana kast, pek fena muameleler (m. 130), cürüm (m. 131) ve terk (m. 132) hallerinde ayrıca ortak hayatın çekilmezliğine bakılmaksızın boşanmaya hükmlunacağını öngörmüştür. Halbuki haysiyetsizlik (m. 131), akıl hastalığı (m. 133) ve şiddetli geçimsizlik (m. 134) hallerinde ise boşanma ancak ortak yaşamın çekilmez olması koşuluna bağlıdır. İşte ilk beşli grupta mutlak, ikinci grupta ise nisbi boşanma nedenleri söz konusu olmaktadır.

II — MUTLAK BOŞANMA NEDENLERİNİN DAYANDIKLARI ORTAK İLKELER

Medenî Kanunumuzda yer alan mutlak boşanma nedenleri üç ortak ilkeye dayanır :

A — *Kusur ilkesi* (7) : Medenî Kanunumuz mutlak boşanma nedenlerinde kusur ilkesini benimsemiştir. Başka bir deyişle, boşanmaya yol açabilmesi için bu nedenlerin, eşlerden birinin kusurlu davranışı sonucu ortaya çıkması gerekir. Esasında mutlak boşanma nedenleri olarak benimsenen hallerde, evlilik birliğinin ihlâline

er, Le mariae et le divorce, la formation et la dissolution du Bien confugal, Berne 1974, sh. 90.

- (6) *Schwarz*, age. sh. 141 vd; *Egger*, Art. 137, Nr. 1; *Picot*, La jurisprudence en matiere de divorce et de separation de corps sous le regime du code civil suisse. Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 1929, 4a; *Deschenaux/Tercier*, sh. 91.
- (7) *Egger*, Vorbem zu Art. 137 Nr. 17; Art. 137 Nr. 2; *Gmür*, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. II. Familienrecht. 1. Abteilung, Das Eherecht, Art. 90-251, 2. Auflage, Bern, 1923, Art. 137, Nr. 4.

yönelik bir davranış söz konusu olmaktadır. Gerçekten zina'da cinsel sadakat; «cana kast», «pek fena muamele» ve «yüz kızartıcı cürümde» kişilik hakkı kapsamına giren hayat, vücut bütünlüğü ve manevî varlıkların ihlâli suretiyle karşılıklı güven ve saygı yükümlülüklerine aykırı davranma, «terk» te ise evlilik birliğinin yüklediği görevlerden kaçınma vardır. İşte bu yükümlülük veya görevlere aykırı davranış, bir kusura dayandığı takdirde boşanmaya yol açabilir. Şüphesiz burada boşanmayı isteyebilecek olan kusurlu davranışa muhatap olan kimsedir. Kusurlu davranışta bulunan eşin böyle bir talep hakkı yoktur. Zira kimse kendi kusurundan kendi lehine sonuçlar çıkaramaz.

B — *Mutlaklık ilkesi* : Bu ilke ile ifade edilmek istenen eşlerden birinin kusuru ile yukarıda belirtilen beş nedenden birini ortaya çıkarması halinde, diğer eşin bunun evlilik üzerindeki etkilerine, yani düzen bozukluğuna yol açıp açmadığına bakılmaksızın boşanma hakkını kazanmış olmasıdır.

C — *Eşitlik ilkesi* : Medenî Kanunumuz, bu boşanma nedenlerinde mutlak kadın-erkek eşitliği getirmiştir (8). Böylece, bu nedenlere hangi eş yol açmış olursa olsun, diğer eşin boşanma hakkı ortaya çıkar. Kanunî koşullar her iki eş için de aynıdır.

§ 2 — Medenî Kanunumuzun Getirdiği Düzenlemenin Değerlendirilmesi

Bu değerlendirmeyi biri mutlak nedenlerin dayandıkları ortak ilkeler; diğeri de bizzat nedenlerin kendileri olmak üzere iki açıdan yapmak yerinde bir davranıştır.

I — Düzenlemenin Ortak İlkeler Açısından Değerlendirilmesi

A — Mutlaklık ilkesi açısından

Mutlak, hatta daha genel olarak özel boşanma nedenlerinin varlığı halinde de evlilik ilişkisinde geçimsizlik, düzen bozukluğu çoğunlukla mevcuttur (9). Bu olaydan hareketle, hukuk öğretisinde bir kısım düşünür (10). Medenî Kanunun söz konusu hallerde bo-

(8) Egger, Art. 137 Nr. 2.

(9) Schwarz, age. sh. 141; Egger, Art. 137, Nr. 3.

(10) Örneğin bk. Gmür, Art. 137 Nr. 3, 5; Wuarin Aabert, Divorce (cause de) III, Delit Infamant - Condulite Dishonorante, FJS. 512. Seeger,

şanmayı ortak yaşamın çekilmezliği koşuluna bağlamayan açık ifadesine rağmen, düzen bozukluğunun bütün hallerde boşanmanın bir koşulu olduğunu; ancak ispat yükü açısından farklı bir düzenleme getirmiş bulunduğunu, ileri sürmüşlerdir. Gerçekten bu görüşe göre zina, cana kast, pek fena muameleler, yüz kızartıcı cürüm ve terk hallerinde düzen bozukluğuna ilişkin bir karine mevcuttur. Böylece bu nedenlere dayanan eş ayrıca düzen bozukluğunu ispat zorunda değildir. Lâkin dâvalı bu karinenin aksini, yani düzen bozukluğunun mevcut olmadığını kanıtlamak suretiyle boşanmaya engel olabilir. Karinenin aksinin nasıl ispat edilebileceğini, Medenî Kanun zina, cana kast ve pek fena muamelelerde göstermiştir. Gerçekten zinaya muvafakat, af ve belirli sürenin geçmesi düzen bozukluğu koşulunun ortaya çıkmamış olduğunu gösterir(11). Böylece bu görüş taraftarlarına göre, Medenî Kanunumuz boşanmanın ancak ortak yaşamın sürdürülmesinin beklenemeyeceği kadar evlilik düzeninin bozulması halinde mümkün olabileceğini kabul etmiş ve bu ilkeyi genel olarak 134. maddesinde belirtmiş, diğer maddelerde ise hangi olayların bu durumu somut olarak doğuracağını ayrı ayrı göstermiştir.

Görülüyor ki, bu görüşe göre mutlak boşanma nedeni olarak ileri sürülen zina, cana kast, pek fena muameleler, yüz kızartıcı cürüm ve terk esasında mutlak değil; fakat, bunların evlilik birliği üzerindeki etkilerinin gözönüne alınması gereğini doğurucu nisbi bir karakteri haizdir. Nitekim gerek İsviçre Federal Mahkemesi, gerekse Yargıtayımız esasında bir takım mutlak boşanma nedeninin, kanunun lafzına rağmen, nisbi nitelikte olduğunu belirtmişlerdir. Gerçekten Federal Mahkeme yeni tarihli bir kararında, zinaya dayanan bozma dâvasının şayet zina evlilik birliğini zedelememişse, red-

Die Rechtsprechung in Ehescheidung und Trennungssachen nach Schweizerischem Zivilgesetzbuch, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 1929, 126a, 162a, 171a; *Tuor*, Le code civile suisse Traduit de l'allemand par Henri Deschenaux, 2 ed. française, Zürich 1950, sh. 139; *Desehenaux/Tercier*, sh. 91; *Hinderling*, Das Schweizerische Ehescheidung, sh. 11, 12, BGE 53 II 196.

- (11) *Egger*, aksi görüşte olup, burada kanunun açıkça bu boşanma nedenlerinin «mutlak» olarak kabul ettiğini ifade etmektedir. Art. 137. Nr. 3; aynı görüş için ayrıca bk. *Velidedeoğlu*, sh. 229 dip not 49. Schwarz, Hukuk politikası açısından tatminkâr bulduğu bu görüşün kanunla uyumayacağını ileri sürmektedir sh. 158, *Picot*, sh. 5a.

dedilmesi gerektiğini öngörmüştür (12). Aynı biçimde Federal Mahkeme «zulüm veya işkencenin» «namus veya şeref ihlâlinin (13)» ve «yüz kızartıcı cürmün» (14) nisbi karakteri haiz olduğunu kabul etmek eğilimindedir. Yargıtayımızın da pek fena muamelelerde benzer eğilimi benimsediğini gösteren kararı mevcuttur (15). Diğer taraftan Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan Medenî Kanun öntasarısında, yüz kızartıcı cürüm nedeni nisbi bir hale sokulmuş, yani bunun boşanmaya yol açabilmesi için ortak yaşamın çekilmezliği koşulunun gerçekleşmesi aranmıştır. Böyle bir değişikliğe gidilmesinin nedeni olarak da, 131. maddede bir sürenin saptanmamış olması, mehazın Almanca, Fransızca ve İtalyanca metinlerinde dâva hakkının «her zaman» mevcut olduğunun açıklandığı; oysa «her zaman» deyiminin zamanaşımını ortadan kaldırdığı, böylece bu nedene dayanarak boşanma dâvasının uzun seneler sonra açılmasının mümkün olduğu buna engel olmak için ortak yaşamın çekilmez hale geldiği koşulunun burada da aranmasının uygun olacağı düşünülmesi ileri sürülmüştür (16).

Görülüyor ki, mutlak boşanma nedenlerinin nisbileştirilmesi ne doğru ciddi bir eğilim mevcuttur. Başka bir deyişle düzen bo-

-
- (12) BGE 98 II 161. Bu karar ile Federal Mahkeme zinayı mutlak boşanma nedeni sayan görüşünden (bk. BGE 95 II 511) vazgeçmiş olmaktadır.
- (13) BGE 53 II 196 da yer alan Federal Mahkeme kararı İMK. m. 137, 138 ve bunların esasında nisbi olduklarını belirtmektedir. Federal Mahkeme sonraki kararları ile yalnızca zinaya ilişkin olarak bu karardan vaz geçmiştir. Bu nedenle Yüksek Mahkemenin bu kararının halen geçerli olduğu ileri sürülebilir (aynı görüş için bk. *Hinderling*, *Das Schweizerische Ehescheidung*, sh. 60). Kaldı ki zinanın da nisbi bir boşanma nedeni olduğunu Federal Mahkeme 1972 tarihli kararı ile kabul etmiştir (bk. yuk. not 12). *Egger de İMK. m. 138/TMK. m. 130* da boşanmanın gerçekleşebilmesi için «zulüm veya işkencenin», «namus veya şeref ihlâlinin» ağır olması gerektiği; yapılan fiilin ağır olup olmadığını ise yargıcın takdir edeceğini ifade etmektedir (Art. 138, Nr. 2). Böylece *Egger de* burada bir nisbileştirmeyi kabul etmektedir (aynı görüş için bk. *Hinderling*, *Das Schweizerische Ehescheidung* sh. 59; *Picot*, sh. 10a; *Tekinay*, sh. 174 vd.)
- (14) BGE 53 II 196; Ayrıca bk. *Egger*, Art. 137 Nr. 3 ve 10; Art. 139, Nr. 5; *Hinderling*, *Das Schweizerische Ehescheidungsrecht*, sh. 65 ve orada belirtilen kanton mahkeme kararları. *Wuarin*, FJS, 512.
- (15) HGK. 5.3.1958, 2/8 - 12 K. İstanbul Barosu Dergisi 1959, sh. 96.
- (16) Bk. Türk Medeni Kanunu Öntasarısı ve Gerekçesi, Ankara 1971, m. 131 Nr. sh. 117.

zukluğu ilkesinin özel mutlak boşanma nedenlerinin de temelini oluşturduğu düşüncesi boşanma hukukuna eğemen olmaya başlamıştır. Bu nedenle, düzen bozukluğu esasına dayanan genel bir boşanma nedeni ile yetinilmenin yerinde olacağı düşünülebilir (17). Nitekim 6.5.1971 tarihli kanunla değişik Hollanda Medenî Kanunu evlilik birliğinin ya köklü sarsılma nedenine dayanılarak dâva yolu ile yahutta tarafların anlaşması suretiyle sona erdirilebileceğini öngörmüştür (18). Ancak mutlak nedenleri bir tarafa bırakıp böyle bir genel hükümle yetinmek, esas itibariyle boşanmanın zorlaştırılması sonucunu doğurur (19). Gerçekten mutlak nedenlerin varlığı halinde, boşanmanın muhakkak elde edilebilmesine karşılık, düzen bozukluğuna dayalı genel bir kuralla yetinilmesi halinde, yargıç her olayda kendisine tanınan geniş takdir yetkisini kullanmak, yani olayın özellik ve ayrıntılarına girmek durumunda kalacaktır. Oysa uygulamanın bize gösterdiği, işlerin çokluğu nedeniyle bunun mümkün olmadığıdır. Böylece dâvaların sürüp gitmesi kaçınılmaz bir sonuç olarak ortaya çıkacaktır.

Bu sakıncayı kısmen giderebilmek, genel bir hüküm yanında, bu hükümde ifadesini bulan ilkenin yani düzen bozukluğunun özel tiplerini belirtmek suretiyle mümkün olabilir. Bu biçimde gerçekleştirilecek tipleştirme bir yandan yargıcın görevini kolaylaştıracak diğer bir yandan da onun takdir yetkisini sınırlandıracaktır (20). İsviçre ve Türk Medenî Kanunlarındaki özel boşanma nedenlerinin hepsinin nisbi olduklarının kabul edilmesi halinde, ortaya çıkacak düzenleme bu nitelikte olacaktır. Böylece TMK. m. 134 / İMK. 142'de genel boşanma nedeni olan «düzen bozukluğu»nun, m. 129 - 132 / m. 137 - 140 arasında ise evlilik birliğini kökünden sarsan olaylardan kusura dayananların bir bölümünün yer aldığını söylemek mümkün olabilecektir (21). Aynı sistemi 1.1.1971 de yürürlüğe giren İngiliz Boşanma Reformu Kanununda görüyoruz. Gerçekten söz konusu Kanuna göre evlilik ancak bozuk düzen ne-

(17) Bk. *Deschenaux/Tercier*, sh. 90; *Hinderling*, *Fragen aus dem Scheidungsrecht*, sh. 259.

(18) Bk. *Boschan*, *Europäisches Familienrecht*, 5. Auflage, München 1972 sh. 330 vd.

(19) Karş. *Schwarz*, sh. 158.

(20) *Hinderling*, *Das Schweizerische Ehescheidung*, sh. 12.

(21) *Hinderling*, *Das Schweizerische Ehescheidung*, sh. 11.

deniyle sona erdirilebilir. Bozuk düzen ise kanunda belirtilen nedenlerin ortaya çıkması ile söz konusu olur (22).

Nisbileştirme, boşanmayı zorlaştırdığı gibi, aynı zamanda kusur ilkesini de etkiler. Şimdi bu ilke üzerinde duracağız.

B — Kusur ilkesi açısından :

Nisbileştirme niteliğinin kabul edilmesi doğal olarak kusur ilkesinin değerini yitirmesi, ikinci plâna atılması sonucunu doğurur. Gerçekten, artık eşin kanunda belirtilmiş olan kusurlu davranışı tek başına evlilik birliğinin sona erdirilmesine yetmeyecek; buna ilâveten, ayrıca, bu kusurlu davranış yüzünden düzen bozukluğunun ortaya çıkıp çıkmadığı araştırılacaktır. Böylece eşin kusurlu davranmasına rağmen, evlilik düzeninin bozulmadığının anlaşıldığı hallerde boşanma söz konusu olmayacaktır.

Kusur ilkesinin önemini yitirmesine yol açacak ikinci bir neden de boşanma hukukuna liberal düşüncelerin etkisi ile «subjektivizm prensibinin» nüfuz etmeğe başlamasıdır. Bu prensibe göre, evlilik birliğinin kurulması ve devamı karşılıklı duygu, istek düşünce gibi subjektif değer yargılarına dayanır. Bunlarda meydana gelebilecek değişiklik evlilik birliğinin, o kişiler yönünden gayesinin gerçekleşmesine engel olacağından, anlamını yitirmesine yol açar ve sona erdirilmesini haklı kılar (23). Böylece subjektivizm prensibi, evliliğin devamı ve sona erdirilmesinde eşlerin istek ve iradelerini gözönüne alan serbest boşanma ilkesini kabul etmiş olmaktadır. Ortak yaşamı sürdürmemek hususundaki iradeye boşanma hukukî sonucunun bağlanması iki biçimde ortaya çıkmaktadır. Ya eşler karşılıklı olarak evlilik birliğini sona erdirmeği kabul ederler ki, bu takdirde «rızaî boşanmadan»; yahutta eşlerden biri ortak yaşamı belirli bir süreyle tatil eder ki, bu takdirde «ortak yaşamın tatili» dolayısıyla boşanmadan söz edilir. Rızaî boşanma Sayın Prof. Dr. K.T. Gürsoy'un konusu olduğundan burada sadece «ortak yaşamın tatiline» değinilecektir. Bu nedenle evliliğe son verilmesi için, sadece tek bir tarafın, ortak yaşamı sürdürmemek hususundaki iradesi yeterlidir. Hatta, ortak yaşamı tatil eden taraf dahi boşanma isteminde bulunabilir. Görülüyor ki, burada kusur prensibi tamamen terk edilmiştir. Zira kusur ilkesine göre, boşan-

(22) *Boschon*, sh. 198.

(23) Subjektivizm prensibi için bk. *Roth*,

ma dâvasını sadece kusurlu davranışa muhatap olan eş açabilir. Oysa üzerinde durduğumuz halde, ortak yaşamı tatil edende evlilik birliğin sona erdirilmesini isteyebilmektedir. Ortak yaşamın ne kadar süreyle tatil edilmiş olması gerektiği çeşitli kanunlarda değişik biçimlerde düzenlenmiştir. Ancak, genellikle bir kazaî karardan sonra ortak yaşamın başlatılmaması hali ile kazaî bir karar olmaksızın ortak yaşamın tatil edilmesi halleri birbirinden ayrı tutulmaktadır. Kazaî bir karar olmaksızın ortak yaşamın tatil edilmesi, Fransada 6 yıl, (24), Danimarka 3 yıl (25), İngiltere 5 yıl (26) sürmüştür eşlerin boşanmaya talep hakkı doğar. Buna karşılık kazaî bir karardan sonra ortak yaşamın başlamaması Danimarka'da olduğu gibi bir yıl sürmüştür (27), boşanma istenebilir. Medenî Kanun Ön tasarısı da, boşanma dâvasının reddine ilişkin kararın kesinleşmesinden itibaren beş yıl geçtiği halde, her ne sebeple olursa olsun, ortak hayatın yeniden kurulmaması halinde, eşlerden birinin istemi üzerine boşanmaya karar verileceğini hükme bağlamıştır (28). Böylece Ön tasarı, ortak yaşamın belirli sürelerle tatil edilmiş olmasını mutlak boşanma nedeni olarak kabul etmiş bulunmakta ve «her ne sebeple olursa olsun» deyimiyile kusur ilkesini değil; fakat irade ilkesini esas aldığını göstermektedir.

Özel boşanma nedenlerinde kusur ilkesinin terkedildiği üçüncü durum, elverişsizlik prensibine dayalı yeni nedenlerin benimsenmiş olması halidir. Bu prensibe göre, eşlerden biri bedenî veya ruhî arızalardan dolayı evlilik hayatını, evlilikteki yüküm ve ödevleri yerine getirmeğe yaramayacak hale geldiği takdirde boşanmaya hükmolunabilir (29). Şüphesiz elverişsizlik prensibi uyarınca getirilecek nedenlerin mutlak mı, yoksa nisbi mi olmaları gerektiği tartışılabilir. Nitekim Medenî Kanunumuz akıl hastalığını 133. madde-

(24) 75 - 617 sayılı ve 11 Temmuz 1975 tarihli Kanunla değişik Fr. Medenî Kanunu m. 237. Ortak yaşamın tatili nedeniyle boşanmada kusurun söz konusu olmadığı, adı geçen kanunun düzenlenmesinde açık olarak ortaya çıkmaktadır. Getirilen düzenlemeye göre «boşanma ya tarafların rızası ile, ya ortak yaşamın tatili ile yada kusur nedeni ile gerçekleşir» (m. 229). Görülüyor ki, kusur ve ortak yaşamın tatili ayrı ayrı ele alınmıştır.

(25) 4.6.1969 tarihli kanun § 33, *Boschan*, sh. 58 vd.

(26) İngiliz Boşanma Reformu Kanunu, *Boschan*, s. 198.

(27) Not 25'de belirtilen Kanun § 32, *Boschan*, sh. 58.

(28) Türk Medeni Kanunu Ön Tasarısı ve gerekçesi, m. 134/A, sh. 123 vd.

(29) *Schwarz*, sh. 139.

sinde nisbî bir neden olarak öngörmüştür. Ancak Danimarka ve Norveç gibi ülkelerde zührevi veya bulaşıcı hastalık mutlak bir boşanma nedeni olarak düzenlenmiştir (30). Buna karşılık akıl hastalığı meselâ Fransa'da daha ziyade nisbi bir boşanma nedeni olarak ortaya çıkmaktadır (31). Aynı biçimde, Medenî Kanun Ön Tasarısında 133. madde akıl hastalığı yanında, eşlerden birinin evlilik ödevlerini gereği gibi yerine getirmesini engelleyen başka bir hastalığa veya sakatlığa veya kısırlığa müptela olur ve bu yüzden birlikte hayat sürme çekilemez hale gelirse, bunun 3 yıl sürmesi ve bilirkişi raporu ile saptanması koşulu altında, boşanma dâvası açılabilceği hükme bağlanmıştır (32). Ancak burada bedenî ve ruhsal hastalıklarda bir ayırım yaparak bunlardan bazılarının mutlak boşanma nedeni olarak öngörülmesi yerinde olur. Gerçekten diğer eş için tehlike teşkil edebilecek zührevi ve bulaşıcı hastalıklarda, ortak yaşamın çekilmezliği koşulunu aramak yanlış olur.

C — Eşitlik ilkesi açısından boşanma nedenlerinde eşler arasında farklı koşulların aranmaması, aynı koşullar altında karı veya kocanın boşanma isteminde bulunabileceklerinin kabul edilmesi, yani eşitlik ilkesi, üzerinde tartışılmayacak kadar mutlak bir esastır. Ancak kadın-erkek arasındaki eşitliği bozacak düzenlemelere halen Avrupa hukukunda rastlanmaktadır. Bunun tipik örneğini Belçika oluşturmaktadır. Gerçekten Belçika Medenî Kanunu, zina nedeninde erkek ve kadın için farklı bir tutum içine girmiştir. Kadının zinasının boşanmaya yol açmasına karşılık, erkek için zina ancak cinsel ilişkide bulunduğu kadını evine almış olması halinde söz konusu olmaktadır (33). Ancak, bunun tek bir örnek olduğunu, diğer ülkelerde eşitlik ilkesine mutlak olarak uyulduğunu belirtmek yerinde olacaktır.

II — MEDENÎ KANUNDAKİ MUTLAK BOŞANMA NEDENLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Medenî Kanunumuzda yer alan mutlak boşanma nedenlerinin

(30) 4.6.1969 tarihli Kanun m. 38 ve 41. *Boschan*, sh. 59.

(31) 75-617 sayılı ve 11 Temmuz 1975 sayılı Kanun ile değiştirilmiş Fransız Medeni Kanunu mad. 238.

(32) Medeni Kanun Ön Tasarısı ve Gerekçesi m. 133, sh. 119 vd.

(33) Belçika Medeni Kanunu m. 229 ve 230.

düzenleniş biçimine ilişkin 2 noktada itiraz söz konusu olmaktadır :

A — Zina'nın düzenlenişinde, Medenî Kanunumuzun mehz kanundan ayrılarak «zinaya muvafakati» almamış olması bir eksiklik olarak ileri sürülmektedir. Nitekim Medenî Kanun Ön Tasarısı, 129. maddeye bu noktayı da, aşağıdaki gerekçeye dayanarak ilâve etmiştir. «Memleketimizin ahlâk geleneklerine göre, karısının zinasına önceden muvafakat etmesi pek nadir olaylardan ise de, kadının kocasının zinasına muvafakati, özellikle, cahil muhitlerde çok muhtemel bulunduğundan bu nokta aslına uygun olarak 3. fıkraya eklenecektir» (34). Böyle bir gerekçeye dayanılarak değişiklik yoluna gidilmesi, her halde bir talihsizliktir. Çünkü hükmün getirilmesindeki amaç, gerekçeden açıkca anlaşıldığı gibi ülkemiz eski hukukunda mevcut olan ve bugün de duygusal olarak devam eden birden fazla kadınla evlenme imkân ve isteğini karşılamak ve erkekler lehine bir durum yaratmaktır. Gerçekten, gerekçede de açıklandığı gibi ülkemizde bir kocanın karısının zinasına muvafakat etmesi düşünülemez. O halde kim muvafakat edecektir? Kadın erkeğe edecektir ve bunun sonucunda boşanma dâvası açmak hakkını yitirecektir. Görülüyor ki, varılan sonuç esasında kadın - erkek arasında mevcut olması gereken eşitliği, fiilî eşitsizlik haline sokmaktadır. Kaldı ki, hükme «zinaya muvafakatın» alınmamış olması, bir tercüme eksikliği değil, fakat memleket gerçekleri değerlendirilerek yapılan bilinçli bir davranıştır. Bununla güdülen amaç, erkeklerin birden fazla kadınla evlenme geleneğini sürdürmelerine olanak sağlamamak ve bunu engelleyebilmektir.

B — Terkte, sürenin arttırılması ve ihbar müessesesinin kaldırılması. Nitekim Medenî Kanun Ön Tasarısı, 132. maddede yer alan ihtar müessesesini, boşanmayı süratlendirmek amacıyla kaldırmış ve süreyi 3 aydan 6 aya çıkarmıştır (35). Esasında modern kanunlarda, artık ihtar kurumuna rastlanmamakta, buna karşılık süre uzun tutulmaktadır. Gerçekten bu süre mehz kanunda, Danimarka'da ve İngilterede 2 yıl olarak saptanmıştır (36).

(34) Medeni Kanun Ön Tasarısı ve Gerekçesi m. 125, sh. 115 vd.

(35) Medeni Kanun Ön Tasarısı ve Gerekçesi m. 132, sh. 118 vd.

(36) ZGB Art. 130, not 25'de belirtilen kanun § 34; *Boschan*, sh. 54 ve 198.

S O N U Ç :

Yukarıda yaptığımız açıklamalardan anlaşılacağı üzere, mutlak boşanma nedenlerinin nisbileştirilmesine ilişkin bir eğilim vardır. Bu eğilim bir taraftan mutlak nedenlerin ortadan kaldırılarak düzen bozukluğuna dayanan tek bir genel hüküm getirilmesi, diğer taraftan ise özel boşanma nedenlerinin aynen muhafaza edilerek bunlara nisbi karakter verilmesi biçimlerinde ortaya çıkmaktadır. Şüphesiz böyle bir düşüncenin kabulü boşanmanın zorlaştırılması sonucunu doğurur.

Gene mevcut mutlak boşanma nedenlerinin yanında ayrıca irade ve elverişsizlik ilkelerinin esas alındığı, yeni mutlak boşanma nedenleri ortaya çıkmıştır. Şüphesiz bunlar arasında en dikkate değerini irade esasına dayanan boşanma nedenleridir. Burada esas itibarıyla boşanmanın kolaylaştırılması söz konusu olmaktadır. Boşanmanın kolaylaştırılması, haklılığını liberal düşüncelerde bulmaktadır. Ancak unutulmaması gereken nokta liberal düşüncenin benimsenebilmesinin geniş ölçüde kişi güvencesinin sağlanması; başka bir deyişle evliliğin gelecek güvencesi olmaktan çıkarılmış olması koşuluna bağlıdır. Ülkemizin ekonomik yapısının henüz bu seviyeye erişmemiş bulunduğu gözönüne alınırsa, liberal düşüncelerin yersizliği kendiliğinden anlaşılır. Gerçekten Türk kadınının ekonomik bağımlılığı devam ettiği sürece, irade esasına dayanan boşanmanın kabulü erken olur görüşündeyiz.

Mutlak boşanma nedenlerinin dayandığı ilkelere yapılması önerilen bu değişiklikler dışında, Medenî Kanunumuzun mutlak boşanma nedenlerini düzenleyiş biçiminde terk'teki ihtarın kaldırılarak sürenin arttırılması uygun olup, zinaya muvafakatın hükmü katılması yerinde bir davranış olmayacaktır.

EŞLERİN ANLAŞMASI SURETİYLE BOŞANMA

Prof. Dr. Kemal Tahir GÜRİSOY

I — KAVRAM :

Karı - kocanın serbest iradeleriyle aralarındaki evlilik bağına son vermelerine «anlaşma suretiyle boşanma», «iki tarafın rızasıyla boşanma» veya «mukavele ile boşanma» adı verilmektedir. Her türlü sosyal ve ahlâkî, hatta dinî endişeleri, biran için bir tarafa bırakacak olursak, başka hiç bir resmî veya yarı resmî bir makamın müdahale veya aracılığı olmaksızın, karı - kocanın kendi aralarında mutabık kalmak suretiyle, birbirlerine karşı hukuken yabancılaşmalarının mümkün olması, büyük ölçüde, hukuk düzeninin evliliğe verdiği değer hükmüne bağlıdır. Belli bir toplum evliliğe nasıl bir değer vermektedir, onu, eşler arasında nasıl bir bağ saymaktadır? Eğer bir toplum, evlilikte dinî bir nitelik görüyorsa, fertlerin bu husustaki yetkileri, sadece bir evliliği meydana getirip getirmemeden ibaret ise evliler meydana gelmiş olan bir evlilik üzerinde tasarruf etme, özellikle, ona istedikleri zaman son verme imkânına sahip değillerdir. Bu takdirde evlilik, «*mukaddes bir birlik*» tir; ona son verme, karı - kocanın elinde değildir. Buna karşılık, evlilik, sadece karı - koca arasında dünyevî, yani, Medenî Hukuk anlamında akdî bir birlik ise, evliliğin yürütülmesinde olduğu gibi, ona son verme de *akdî* kurallara tabidir; buna göre, her akit gibi, karı - koca da evlilik birliğini meydana getiren sözleşmeye son verebilirler. Bu son anlayışa göre, ne dinin ne de toplumun bu hususta bir söz hakkı olamaz.

II — TARİHÎ GELİŞME :

1) Tarihi gelişme bu iki iç uç arasında cereyan etmiştir. Daha eski toplumlar, evliliği akdi bir ilişki olarak nitelendirmişler, bu fikrin devamı olarak da evliliğe son verme de sadece karı - kocanın işi telakki edilmiştir. Bütün eski kavimlerde, özellikle, İsrail ve Roma'da, hatta İslâmdan evvel ve sonraki Arap medeniyetinde, bu görüş hâkim olmuş, dinî veya otoritelerin müdahalesi olmadan, boşanma mümkün kılınmış, hatta, çoğu zaman kocanın tek taraflı iradesi evliliğin sona erdirilmesi için yeterli görülmüştür.

Hıristiyanlık evliliği bir «sacrement» yani kutsal bir birlik telâkki etmiş ve bu nedenle de her ne surette olursa olsun, bu kutsal birliğin bozulmasına müsaade etmemiştir. Katolik mezhebine göre, evlilik kutsal bir birliktir; ne eşlerin ne de Papanın bu birliğe son verme yetkisi vardır. İsa'nın İncildeki bir sözüne (1) dayanan bu telâkki, çağlar boyu hâkim olmuş ve bu durum Rönesans'a ve Reform'a (16. yüzyıla) kadar sürmüştür.

Bu tür bir inanç içerisinde, evliliğin *sâde bir anlaşma* ile sona erdirilmesinin mümkün olamayacağı tabiidir. Ancak, *Luther* evliliğin dinî değil, dünyevî bir birlik olduğu görüşünü savunmuştur. O halde, Protestanlığa göre, vücut bulmuş bir evlilik, hayat boyu sürecek olan ve karı - kocanın iradesine tabi olmayan ahlâkî bir kuruluştur. Fakat Protestanlığa göre, evlilik, yalnız sofraya ve yatağa ayrılığı şekline değil, karı - kocanın kesin olarak birbirlerinden ayrılmasına (boşanmalarına) da imkân verir.

Evlilik bağının bu suretle sadece *dünyevî ve akdi* bir bağ olduğu görüşü hâkim olmağa başladığı zaman, bir anlaşma ile evliliğin sona erdirilebilmesi, Hıristiyan alemi için de kabili tasavvur hale geldi. Nitekim, 1525 tarihli *Zürich Kanunu*, zina gibi özel bir sebep olmadan da boşanmaya imkân veren *genel nitelikte* bir hüküm ihtiva etmekteydi. Bunun için yegâne şart, evlilik birliğinin, ıslâh edilemez bir surette, *sarsılmış* olması gerekli ve yeterliydi. Boşanmaya daha kolayca imkân veren böyle bir hüküm, bir çok İsviçre Kantonlarında itibar gördü (2).

(1) *Roughol - Valdeyron*, Le divorce par Consentement mutuel et le Code Napoleon, Revue Trimesrielle de Droit Civil 1975. s. 482.

(2) *Keller Max*, Lie einverstaendliche Scheidung SIZ. 66 (1970) s. 113.

Rönesansın sebep olduğu serbest görüş ve düşünce, 17. yüzyılın sonunda, özellikle 18. yüzyılda, bütün Avrupaya yayıldı. Bu suretle de ahlâkî ve dinî görüşler yerine, serbest düşünceler hâkim olmağa ve Kilise Hukuku da bu ölçüde zayıflamağa başladı. Serbest düşünce ve evliliğin sadece dinî ve akdî bir ilişki meydana getirdiği görüşü, böyle bir birliğin bazı şartlar altında, ortadan kaldırılabilceği görüşünün kabulünü mucip oldu ve bu fikrin devamı olarak, iki tarafın bazan da eşlerden birisinin iradesiyle evlilik birliğinin sona erebileceği fikri yaygınlaştı ve bazı *kanunlar tarafından* bu husus açıkca hükme bağlandı. İsviçre ve Fransız hukukundaki gelişmeler bu istikamette olmuştur.

2) Fransada : a) Anlaşma ile boşanma Fransız hukuk tarihinde, genel olarak boşanmanın kabulüne ilişkin gelişme ile yakından ilgilidir. Bu gelişmenin incelenmesi, anlaşma ile boşanmanın gerekli olup olmadığının tartışıldığı bugün için dahi ilginç olma niteliğini korumaktadır. Boşanmanın dinî yönü bir tarafa bırakılırsa, anlaşma ile boşanmayı kabul, o zaman ne türlü bir endişe ile karşılanıyorsa, bugün de bu hususta duyulan endişe hemen hemen aynıdır.

Boşanma, genel olarak, Fransız İhtilâlinin getirdiği en esaslî yeniliklerden birisidir. Zira, hemen ihtilâlden sonra ve fakat Fransız Medenî Kanununun kabulünden 13 sene önce, 20.9.1792 tarihli bir kanun, o zamana kadar sürüp giden bir tartışmaya son vermiş ve boşanmayı kabul eylemiştir. Bu suretle boşanabilme hakkı da evlenme hakkı gibi, vatandaşların tâbiî haklarından biri ve Fransız devriminin ilân ettiği bağımsızlık fikrinin bir devamı idi. O halde boşanmanın kabulü, özellikle Katolik mezhebinin evliliğin mukaddes ve çözülmesi mümkün olmayan bir birlik (sacrement) olduğu şeklindeki görüşü karşısında büyük bir yenilikti.

Protestan mezhebi ve o devrin filozofları boşanmayı kabul ediyordu. Hukukî bir müessese olarak kabul edilse bile, boşanmanın şartlarının tayini büyük ölçüde, onda görülen dinî ve sosyal niteliğe tabidir. Yani boşanmaya ancak dinî görüşlerin kabul ettiği sınırlar içerisinde ve toplum için zararlı olmadığı nisbette izin verilebilir. Fakat yeni görüşler evliliği yalnız kutsal bir birlik değil aynı zamanda bir özel hukuk mukavelesi telakki etmişlerdir. Nitekim, 1771 tarihli «Dictionaire du Droit de Pratique Judiciaire» evlenmeyi «bir özel hukuk anlaşması olan ve bu nedenle devletin ve

prensın hâkimiyetine tabi bir sözleşmeden sonra meydana gelen kutsal bir birliktir» şeklinde tarif etmiştir. Aynı devrin diğer bir hukukçusu da «evlilik mukaddes bir birlik olduğu ölçüde kiliseye, özel bir hukuk sözleşmesi olduğu ölçüde de prensın hâkimiyetine tabidir» şeklinde tarif etmiştir (3). *Evliliğin o tarihteki anlaşılması* en güzel ifade eden *Pothier*'dir. Ona göre evliliğin kutsal oluşu, ona eklenen bir sıfattan ibarettir (4).

Bu suretle 18. yüzyılda, evliliğin esas karakterinin «lâik» olduğu kabul edilmiş bulunmaktadır. O halde evlilik, «bir medenî hukuk sözleşmesidir». Eğer evlenme böyle bir özel hukuk sözleşmesi ise, onun, aynı tür hukuk kuralları gereğince, ortadan kaldırılabilmesi de çok doğal olmak lâzım gelir. Nitekim, karşılıklı rıza ile boşanmayı da kabul eden 20.9.1792 tarihli *Fransız Kanunu*, bu görüşün ürünüdür.

b) 20.9.1792 tarihli Kanun : Bu kanun, boşanmayı kabul etmekte ve bunu da, belli sebeplere dayandırmaktadır. Bu kanundaki ana fikir, bir akdin ifa edilmemesi halinde feshedilebileceğinin kabulü hakkındaki hukukî görüştür. Bu kanuna göre, ayrıca, eşler arasında ciddi bir meşrep ve huy ayrılığı varsa, bu da, bir boşanma sebebidir. Bu hükümlerle fertlerin bağımsızlığı, en yüksek düzeye çıkarılmış bulunmaktadır.

c) Fransız Medenî Kanununun hazırlıkları yapıldığı zaman durum bu merkezde idi. Fransız Medenî Kanununun hazırlayan hukukçuların çoğu, dine saygılı ve evliliğin sona erdirilmesini gerekli görmeyen, ailenin istikrarı yönünden bunu zorunlu telâkki eden, samimi Katoliklerdi.. Bununla birlikte, bu hukukçular, Fransız devriminin getirdiği yeniliklere de saygılı idiler. Bu cümleden olmak üzere, ihtilalin getirmiş olduğu boşanma hakkı, artık Fransızlardan geri alınamazdı. Fakat bu hak, 1792 tarihli kanunun kabulünden sonra görüldüğü gibi, kötüye kullanılmamalı, ve yeni yapılacak kanunda da bunu önleyici hükümler bulunmalı idi. 1804 tarihli Fransız Medenî Kanununun kabulünde şu ana fikirler hâkim olmuştur :

(3) *Roughol - Valdeyron* : Le divorce par Contentement mutuel et le Code Napoleon, s. 483.

(4) *Pothier*, *Tratié du Contrat du Mairag*, Paris, 1771, s. 21 (*Roughol* s. 483'den).

— Evlenme, kutsal bir taahhüttür.

— Evlenme, kutsal bir anlaşma olmakla beraber, özel (medenî) hukuk anlaşmasıdır ve bir özel hukuk müessesesidir.

— Evlenme, yalnız eşleri değil, çocukları, toplumu, bir kelime ile, bütün bir hukuk düzenini ilgilendirir.

Bunun sonucu olarak boşanma, bu gereksinmeler ve özellikler gözönünde *bulundurulmak suretiyle*, ve ancak sınırlı olarak kabul edilebilir. Boşanma dâvalarının tabi olduğu usul kuralları da kolay ve basit olmamalıdır. Bu nedenle, 20.9.1792 tarihli Kanunun kabul ettiği, eşlerdeki meşrep ve huy farkı yüzünden boşanma, kabul edilmemelidir. Sadece bir tarafın son verebileceği bir evlenme, evlilik değil, gerçekte, kanun dışı bir ilişkiden ibarettir. Bu yoldan boşanmaya izin vermek, evliliğin kutsallığı fikri ile bağdaşmaz. Fransız Medenî Kanununu hazırlayan komisyonda, bu hususlar üzerinde ciddi tartışmalar yapıldı. Bu toplantılara bizzat Napolyon da katıldı. Meşrep ve huy aykırılığı yüzünden boşanmanın mümkün olup olmayacağı tartışılırken «karşılıklı rıza ile boşanma» imkân ve ihtimali öne sürüldü. Bu fikri ele alan Napolyon, karşılıklı rıza ile boşanma üzerinde ısrar etti. Bunu Hıristiyanlık anlayışına ve Fransız ananesine aykırı bulan ve 1792 tarihli kanun dönemi içerisinde, bu müessesenin kötüye kullanılmış olduğunu iddia eden muhafazakâr hukukçulara karşı Napolyon, böyle bir müessesenin getirebileceği sakıncaları önleyici tedbirlerin de birlikte alınmasını savunmak suretiyle, karşılıklı rıza ile boşanmaya ilişkin hükümlerin Medenî Kanunun içine konmasını başardı. Komisyon, evvelâ sadece belli sebepler yüzünden boşanmaya müsaade etmek fikrinde idi. Napolyon, ısrarla bunları yeterli görmüyordu. Belli bir boşanma sebebi olan zina halinin, koca tarafından iddia ve ispatının ve üstelik bunun da mahkeme tarafından tespitinin, aileyi çok rencide edeceğini ve bunun da ağır sonuçlar doğuracağını ileri sürüyor, belli sebeplerin yanı başında, bir de belli olmayan sebepler nedeniyle, boşanmaya imkân verilmesini istiyordu. Bu münâkaşa ve endişe, komisyonu karşılıklı rıza ile boşanmayı kabule sevketti. Zira bu takdirde, taraflar, belli bir durumu değil, sadece, boşanma hususundaki arzularını hâkime ispat suretiyle, boşanabileceklerdi; hâkim; bunun nedeni ve aile sırları üzerinde araştırma yapmayacaktır. Bizzat Napolyonun dediği gibi, karşılıklı rıza, bir boşanma sebebi değil; bu, sadece boşanma zorunluğunu gösteren bir belirtiden

ibaretti. Mahkeme, tarafların mutabık olduklarından dolayı değil; bu mutabakatın mevcut olması halinde hüküm verecekti; hâkim, sadece bu işaretle yetinecek, karı - koca arasındaki kopukluğun neden ileri geldiğini arayacak kadar ileri gidemeyecekti.

d) Fransız Medenî Kanununun 233. maddesi, bu suretle, karşılıklı anlaşma ile boşanmayı hükme bağladı :

«Eşlerin muayyen şartlar altında ve kanunen belli surette açıklanmış karşılıklı ve gerçek arzuları, karı - koca arasındaki müşterek hayatın çekilmez hale gelmiş olduğunu ve bunun kesin bir boşanma sebebi olarak kabulünü ispata yeterlidir.»

Böylelikle karşılıklı rıza ile boşanma, kural olarak, kabul edildikten sonra, bu hakkın makul ölçüler içerisinde kullanılabilmesi için de şu tedbirler öngörülmüştür :

— Koca 25, karı ise 21 yaşını tamamlamış olmalıdır.

— Evlilik en az 2, en fazla da 20 sene sürmüş olmalıdır.

— Kadın 45 yaşından fazla olmamalıdır.

— Eşlerin ana ve babalarının, bunlar yoksa büyük ana ve babalarının boşanmaya muvafakat ettiklerinin resmen belgelenmesi lâzımdır.

— Rıza ile boşanmaya razı olan karı - koca, mevcut mallarının yarısını derhal, bu evlilikten doğan çocuklarına bırakmalıdırlar.

— Boşanma usulü oldukça uzun ve karışıktır : Buna göre, ana - babalarının muvafakatlarını birlikte getiren karı koca, şahsen, hâkime müracaat ederler, hâkim onları dinler, gerekli öğütlerde bulunur. Bu formalite üçer ay aralıkla üç kerre ve aynı surette tekrarlanır. İlk başvurmadan itibaren yaklaşık olarak bir sene sonra boşanmaya karar verilebilecektir.

Normal boşanma usulü muhakemesinde, hâkim, boşanmayı gerekli kılan belli bir sebebin var olup olmadığını araştırdığı, böyle bir sebebin varlığı halinde boşanmaya karar verdiği halde, karşılıklı rızaya dayanan boşanmada, hâkim, eşlerin usulüne uygun surette açıklanmış karşılıklı arzularını dinler ve vereceği hüküm, eşlerin bu yoldaki kararlarını müşahade eder ve saptar. Bu suretle, kesin bir boşanma sebebi olarak kabul edilmiş olan karşılıklı rıza ile boşanma, makul sınırlar içerisinde, cereyan edecektir.

Kanunun bu çözümünün sonucu ne oldu, sorusuna verilecek cevap şudur : Medenî Kanunu hazırlayanların umduklarının aksine olarak, hiç değilse ilk zamanlarda, bu tür boşanmaya fazla başvurulmadı. Bizzat Napolyon şahsen muhtaç olduğu halde, bu yola gitmedi ve boşanmasına Sanatus Consulte karar verdi.

Fransız Kanununun kabul ettiği ince çözüm tarzına göre, karşılıklı rıza, bir boşanma sebebi değil; sadece eşler arasında mevcut ve giderilmesi mümkün olmayan bir anlaşmazlığın işaretidir.

e) Bununla beraber, Fransız MK. nın bu hükmünün ömrü uzun olmadı ve Medenî Kanunun boşanmaya ilişkin bütün hükümdaki şartlarla bugün dahi Belçikada rızaya dayanan boşanma müleri, 6.5.1816 tarihli, bir kanunla yürürlükten kaldırıldı; bu suretle Fransa'da boşanma müessesesi lav edildi. Boşanma, 1884 tarihinde tekrar kabul edilmekle birlikte, bu, ancak belli sebeplerden dolayı mümkün görüldü ve yeni kanunda karşılıklı rıza ile boşanmaya yer verilmedi. Fransada karşılıklı rıza ile boşanmayı tekrar görmek için, 91 yıl beklemek lâzım geldi. Nihayet, Ağustos 1975 tarihli yeni bir kanunla, rıza ile boşanma, Fransada üçüncü defa olarak kabul edildi.

3) Belçikada : Belçika, Napolyon zamanında, Fransa sınırları içinde olduğu için, Fransız Medenî Kanunu, yayınlanmasıyla Belçikada da yürürlüğe girdi. Ancak, Belçika, bağımsız bir devlet haline geldikten sonra bu kanun yürürlükte kalmakta devam eyledi; durum bugün dahi böyledir. Böylelikle karşılıklı rızaya dayanan boşanma, Fransadan farklı olarak, Belçikada, aralıksız bugüne kadar uygulanmakta olan bir müessesedir. 20.7.1962, 8.4.1965, 20.11.1969 tarihli kanunlarla değişiklikler yapılmıştır. Bu memleketteki tecrübe, diğer memleketler için bir örnek olabilir. Aşağıssesesi yaşamaktadır :

- Her iki eşte 23 yaşını ikmal etmiş olmalıdırlar,
- Evlilik en az 2 yıl sürmüş olmalı,
- Evlilikten doğmuş olan çocuklarla edinilmiş evlâtların, gerek boşanma süresince, gerekse boşanmadan sonra eşlerden hangisine bırakılacağı bir anlaşmayla tespit edilmelidir.
- Çocukların masraflarının nasıl karşılanacağı ve eşlerden her birinin buna katkısının neden ibaret olacağı mukavele ile tespit edilmelidir.

— Eşlerden birisinin malî durumu yetersizse, diğer eşin ona ne ölçüde yardım edeceği, bir mukavele ile saptanmalıdır.

— Takip edilecek usule gelince :

— Eşler, şahsen hukuk mahkemesine, beraberlerinde getirecekleri noterleriyle birlikte, boşanma arzularını açıklarlar; hâkim, her iki eş de, noterleri de orada olduğu halde, ayrı ayrı dinler; onlarla, ayrı ayrı görüşür; kendilerini boşanmanın sonuçları hakkında uyarır ve onlara gerekli öğütler verir.

— Hâkime yapılan bu beyan ve istek, müteakip 4. 6. ve 10. aylarda aynı şekil ve merasimle tekrarlanır.

— Birinci beyanın yapılmasından itibaren bir sene sonra, eşler, tekrar mahkeme reisinin huzuruna çıkarlar, kesin kararlarını muhtevî yazılı beyanlarını dörder nüsha halinde mahkeme başkanına sunarlar. Her iki eş de boşanma karar ve arzusunda olduklarını mahkeme başkanına, diğer eş de orada hazır olduğu halde tekrar ederler. Eşlerin bu karar ve beyanlarını tevsik ve tespit eden mahkeme başkanı, bu hususta, bir zabıt düzenler; bu zabıt, eşler, hâkim ve mahkeme kâtibi tarafından tarihlenir ve imzalanır.

— Başkan, durum mahkemece görüşülmek üzere ve yazılı olarak görüşünü bildirmek için, dosyanın savcılığa tevdiine karar verir.

— Savcı, eşlerin boşanma arzularını açıkladıkları tarihte 23 yaşını ikmal etmiş olduklarını, evliliklerinin en az 2 sene sürmüş olduğunu, boşanma arzularını açıkladıkları tarihten itibaren de aradan bir senenin geçmiş bulunduğunu müşahade ederse «kanun bu boşanmaya müsaade etmektedir» kaydıyla, dosyayı mahkemeye geri gönderir.

— Mahkeme, başka bir hususu incelemeden, kanunî şartların yerine getirilmiş olduğunu, eşlerin de kanunun öngörmüş olduğu şartları yerine getirmiş olduklarını müşahade ederse, eşlerin boşanmalarına karar verir; şartlar mevcut değilse mahkeme boşanma talebini reddeder.

— Mahkemenin vereceği boşanma veya bunun reddi kararı aleyhine, savcı veya eşler tarafından kanun yollarına başvurmak mümkündür.

— Mahkemenin vereceği boşanma kararının kesinleşmesi halinde, eşlerden birisi tarafından bu karar ilgili ahvali şahsiye memurluğuna iki ay içerisinde tebliğ ettirilir. Bu süre içerisinde karar ahvali şahsiye memurluğuna tebliğ edilmezse, verilmiş olan boşanma kararı geçerliliğini yitirir.

III — BUGÜN KARŞILIKLI RIZA İLE BOŞANMAYI KABUL ETMİŞ OLAN MEMLEKETLER

1) *Hollandada* : 11.12.1958 tarihli Medenî Kanun md. 154 : «Eşlerin birlikte yapacakları istek üzerine boşanmaya hükmolunur». Ancak, bunun için, her iki eş nezdinde de artık bundan sonra evliliğin devam edemeyeceği kanaatı mevcut olmalıdır.

2) *Portekizde* : 25.11.1966 tarihli Medenî Kanun : md. 1786 «25 yaşını bitirmiş olup da en az 3 seneden beri evli olanlar mahkmeden ayrı yaşamayı talep edebilirler».

md. 1787 «ayrı yaşamayı istemek için gerekçe göstermeye lüzum yoktur».

md. 1788 :«Tarafların isteği üzerine vuku bulan geçici ayrı yaşama kararı, aradan 3 sene geçmeden kesin hal alamaz».

3) *Danimarkada* : 4.6.1969 tarihli kanun md. 29 : «Birlikte yaşayamayacaklarına kanaat getirmiş olan eşler, birlikte yaşama mecburiyetinin kaldırılmasını (ayrılık)» isteyebilirler.

md. 32 : «Haklarında birlikte yaşama zorunluğu kaldırılmış olan eşler, ciddi sebeplerin varlığı halinde ve bu yüzden gerek eşler, gerek çocuklar ve binnetice toplum yönünden evlilik anlamını yitirmiş ise hâkimin kararı ile boşanabilirler.

4) *Finlandiyada* : 29.9.1948 tarihli kanun md. 76 : «Hâkimin kararı ile haklarında ayrı yaşama kararı verilmiş olan eşler, bir sene ayrı yaşamışlar ve bu ayrılık kararından sonra hiç birleşmemişlerse, birisinin isteği üzerine, hâkim boşanmaya karar verebilir».

«Haklarında bir ayrılık kararı olmaksızın, anlaşmazlık nedeniyle en az 3 seneden beri ayrı yaşamış olan eşlerden her biri, boşanmayı dâva edebilirler.

8) *İsveçte* : 11.6.1920 tarihli Aile Kanunu; birinci bölüm on-birinci fasıl :

md. 1 — «Evliliği ortadan kaldırma hususunda anlaşmış olan eşler boşanma hakkına sahiptirler. Eşlerden birisinin bakma sorumluluğu kendisine ait 6 yaşından bir küçük çocuğu varsa, boşanmaya karar vermek için aradan bir düşünce süresinin geçmiş olması lâzımdır».

md. 2 — «Eğer eşlerden sadece birisi evliliğe son vermek isterse, bir düşünme süresinden sonra boşanmayı dâva edebilir. Düşünme süresi, her iki eşde birlikte boşanma talebinde bulunmuş olmaları halinde bu talebin, bunun sadece birisi tarafından istenilmiş bulunması halinde de bu isteğin diğerine tebliği tarihinden itibaren işlemeğe başlar».

md. 3 — «Düşünme süresi en az 6 ay devam etmiş ise, diğer eş mukabil özel bir talepte bulunmak kaydıyla boşanmaya 6 ay sonra karar verilebilir. Mukabil boşanma talebi düşünme süresinin başlamasından itibaren bir sene içerisinde yapılmamış ise ilk boşanma talebi sakıt olur. Boşanma talebinin reddedilmesi veya dâvanın takip olunmaması ile düşünme süresi sona erer».

md. 4 — «Eşlerin en az 2 seneden beri ayrı yaşamaları halinde, bir düşünme süresine hacet kalmaksızın boşanma talebinde bulunulabilir».

9) *Norveçte* : 31.4.1918 tarihli kanun md. 41 :

«Evliliği yürütememe görüşünde olan eşler Fylkesmann'dan bunda mutabık iseler evlilik birliğinin ref edilmesini isteyebilirler. Ayrılma hususunda mutabık olan eşler mahkemeden ayrılma veya boşanma talebinde bulunmuş iseler ayrılık veya boşanma hâkimin kararıyla olur».

10) *İtalyada* : 1.12.1970 tarihli kanun md. 3/II c :

«Boşanma hususundaki anlaşmaları hâkim tarafından tasdik edilen eşler boşanabilirler».

5) *Lüksemburgda* : 3.9.1807 tarihli Medenî Kanun md. 233 : «Eşlerin karşılıklı ve ciddi olarak kanunen muayyen şekilde açıklanmış olan arzuları, onların birlikte yaşamalarının artık çekilmez hale gelmiş olmasına kanıt teşkil eder».

6) *Salvador* : Medenî Kanunu md. 148 : «Eşler yazılı bir talep suretiyle hâkimden boşanmayı isteyebilirler,

— Hâkim tarafları uzlaştırmaya çalışır;

— Taraflar 3 ay sonra taleplerini tekrar etmezlerse, hâkim boşanmaya karar veremez.

7) *Bolivya* : 15.4.1931 tarihli Boşanma Kanunu md. 2 : «Eşlerin karşılıklı olarak mutabık kalmaları bir boşanma sebebidir; boşanmaya hâkim karar verir.

IV — SOSYALİST MEMLEKETLERDE

1 — *Sovyet Rusyada* : Sovyetler Birliğine dahil devletlerin aile hukukunun ana hatlarını düzenleyen 27.6.1968 tarihli kanuna göre :

«Eşler, *anlaşmak suretiyle*, ayrı ayrı ve kaideten ahvali şahsiye sicili memurundan, birbirlerinden boşanmayı isteyebilirler».

«Eğer ortada reşit olmayan çocuklar varsa, boşanma isteği mahkemeden yapılır».

«Bundan başka, nafaka, çocuk veya mallara ilişkin noktalarda eşler arasında anlaşmazlık varsa, boşanma mahkemeden istenir».

2) *Doğu Almanyada* : 20.12.1965 tarihli Demokratik Alman Aile Hukuku Kanunu md. 24 :

«Ciddî nedenlerin varlığı halinde ve bu yüzden evlilik eşler, çocuklar, binnetice toplum yönünden anlamını yitirmiş ise, hâkimin kararıyla ayrılabilirler. Prof. Velidedeoğlun'un verdiği bilgiye göre bu memlekette de 19.6.1975 tarihinde yürürlüğe konmuş yeni Yurttaşlar Yasasına göre bazı koşullarla rızaî boşanma kabul edilmiştir. (Cumhuriyet Gazetesi, 18 Ekim 1975)

3) *Bulgaristanda* : 15.3.1968 tarihli Aile Kanunu md. 22 :

— Her iki eş de kesin ve ciddî olarak, bu husustaki arzularını bildirirlerse hâkim boşanmalarına hükmeder. Eşleri bu karara sevkeden nedenler önemli değildir ve bu cihet hâkimin tetkikine tabi değildir.

— Ancak bunun için evliliğin en az 2 sene sürmüş ve boşanmanın sonucu hakkında eşlerin bir anlaşma yapmış olmaları ve bunun hâkim tarafından onanmış olması şarttır.

4) *Çin Halk Cumhuriyetinde* : 13.4.1950 tarihli Aile Kanunu md. 17 : «Bizzat kendileri tarafından istenilmesi halinde eşler boşanabilirler».

— «Eşlerden birisi tarafından ciddi ve kararlı olarak istenilmiş ve mahalli halk hükümeti veya adlî organ önünde yapılmış olan uzlaşma teşebbüsü sonuç vermemiş ise yine boşanmaya hükümlenir».

V — RIZA İLE BOŞANMA HUSUSUNDA EN YENİ MEVZUAT VE DİĞER GELİŞMELER

1) *Fransada* : 11.7.1975 tarihli Fransız hukukunda, rıza ile boşanma hususunda önemli bir gelişme kaydedilmiştir. Bu gelişmeye göre : 1) Karşılıklı rıza, 2) müşterek hayatın kesilmesi, 3) kusur, boşanma sebebi olarak kabul edilmiştir. Fransız Medenî Kanununun 230. maddesi rıza ile boşanmayı kabul ederek şu hükmü sevketmiştir (5).

Madde 230 — «Eğer eşler boşanmayı birlikte talep etmiş iseler, bunun nedenini bildirmek zorunda değildirler. Bu takdirde, eşler, sadece boşanmanın sonuçlarına ilişkin olarak yapacakları bir sözleşme projesini onaylanmak üzere, hâkimin tasdikine sunmak zorundadırlar.

Boşanma, tarafların avukatları tarafından istenilebileceği gibi, onların müşterek avukatları tarafından da istenebilir.

Tarafların rızasıyla boşanma isteği, evlenmenin akdi tarihinden itibaren 6 ay içerisinde istenemez».

Madde 231 — «Hâkim, boşanma talebini, her iki eşle ayrı ayrı inceler; sonra onları karşılaştırır; daha sonra da eşlerin avukatını veya avukatlarını çağırır.

(5) Décret Portant réforme de la procédure de Divorce et de la Séparation de Corps (Journal officiel du 9. December 1975).

Eğer eşler boşanma arzusunda ısrar ederlerse, hâkim, 3 aylık bir düşünce süresinden sonra taleplerini yenilemeleri lüzumunu kendilerine bildirir.

Boşanma isteğinin, düşünme süresinin sona ermesi tarihinden itibaren, 6 ay içerisinde yenilenmemesi halinde, bu istek, geçersiz hale gelir».

Madde 232 — «Hâkim, tarafların boşanma arzularının gerçekçi olduğunu ve eşlerin bu talebi serbestçe yaptıkları kanaatine varırsa, boşanmaya karar verir. Hâkim, aynı kararda, boşanmanın sonuçlarına ilişkin olarak eşlerin yapmış oldukları sözleşmeyi onaylar.

Hâkim, çocukların veya eşlerin menfaatlerinin yeteri kadar düzenlenmemiş olduğunu görürse sözleşmeyi onaylamaz».

2) *Federal Almanyada* : 18.8.1896 tarihli Alman Medenî Kanununun maddeleri boşanmaya ilişkindir. Ancak, bu hükümler, 20 Şubat 1946 tarihli Aile Kanunu ile değiştirilmiştir. Bu kanunun hükümleridir ve 41-70. maddeleri boşanmaya ilişkindir. Bu kanun, esas itibariyle, boşanmada *kusur* prensibini esas almıştır. Ancak, bu prensip, evlilik birliğinin *temelden sarsılması* prensibiyle bağdaştırılmıştır. O halde, evlilik birliği, bir tarafın *kusuru* ile temelden sarsılmış ve bu yüzden evliliğin sürdürülmesi diğer eşten beklenemez ise, kusursuz eş, boşanmayı dâva edebilir (§ 43). Bu kanuna göre kusur, boşanma sonundaki sorumluluklar bakımından önemli olduğu gibi kusurlu olan boşanma talebinde bulunamaz.

Ancak, son yıllarda, bu hükmün yetersiz olduğu sonucuna varılarak Alman Aile Kanunu'nda özellikle, boşanma sebepleri üzerinde çalışmalar yapılmış ve bu çalışmalar sonunda hazırlanmış olan proje 1975 yazında kanunlaşmıştır. Kanunun son şekline göre :

§ 1565 — Yürütülemez olan bir evlilik hakkında boşanma kararı verilebilir. Eğer eşler arasında hiç bir hayat birliği mevcut değil ise ve böyle bir birlik tekrar kurulamayacaksa boşanmalarına karar verilebilir».

§ 1566 — «3 yıldan beri eşlerin ayrı yaşamaları, evliliğin yürütülemeyeceğine karine teşkil eder.

Eşlerin bir seneden beri ayrı yaşamaları ve iki eşin de boşanmayı istemeleri veya davalının boşanmaya rıza göstermesi hallerinde evliliğin yürütülemez olduğu aksi ispat edilemeyecek şekilde kabul edilir».

§ 1567 — «Eşlerden birisinin aynı evde yaşamaması veya onlardan birisinin açıkça birlikte oturmayı reddetmesi halinde eşlerin ayrı yaşadıkları kabul edilir.

Eşin bakılmasına yarayan kısa süreli birlikte yaşama § 1566 da gösterilen süreleri askıda bırakmadığı gibi kesmez de».

Yeni Kanun, bir sene ayrı yaşadktan sonra, eşlere veya bunlardan birisine, boşanma imkânını vermekle, *rızai boşanma* yolunda önemli bir adım atmaktadır. Gerçekten taraflar, artık birbirleriyle yaşamamak ve ilerde boşanmak kastiyle ayrı ayrı yaşamak suretiyle kolayca bir boşanma zemini hazırlarlar. Bir senelik ayrı yaşama, eşler için bir düşünme süresi olduğu gibi, evliliğin temelden sarsıldığına ve bunun tekrar kurulmasının mümkün olmadığına bir karine teşkil eder; hâkim başka bir hususu artık incelemeden boşanmaya karar verir. Bu suretle proje, hâkimi, evlilik birliğinin tekrar tesisinin imkânsız kılacak derecede temelden sarsılmış olduğunu araştırmak mecburiyetinden kurtarmaktadır; bir senelik ayrı yaşamak bu şartın varlığının kabulü için yeterlidir. İsviçrede yapılmak istenilen değişiklikler yönünden Alman Kanun projesinin bu çözüm tarzının bizce de önemi vardır.

3) *İsviçrede*: Medeni Kanunumuzun İsviçre'den iktibas edilmiş olması nedeniyle boşanma hukukunun, özellikle tarafların rızasıyla olan boşanmanın bu memleketteki gelişimi üzerinde daha etraflı durma ihtiyacındayız :

a) Medeni Kanunun kabulünden evvel: İsviçre'de boşanma hukuku, özellikle anlaşma ile boşanma, muhtelif kantonlarda farklı olarak gelişmiştir.

Adli teşkilata ilişkin 1515 tarihli bir Zürih Kanunu, Aile ve boşanmaya ilişkin hükümleri de ihtiva ediyordu. Zürih, dinî yönden en serbest düşünen bir kantondur; bu yönden bu kanton mevzuatı diğer kanton mevzuatını etkisi altında bırakmıştır. Sözü edilen kanuna göre, özel ve belli bir boşanma sebebi mevcut olmasa bile, evliliğin temelinden sarsılmış olması halinde, boşanma istenebilirdi. Zürih kanununun bu hükmü, diğer kanton kanunları

na da sirayet etti. Rönesans'ın etkisiyle İsviçre boşanma hukuku, tamamiyle lâik bir müessese olarak gelişti ve kilisenin nüfuzundan kurtuldu. Bu, restorasyondan sonra da devam etti. Bu suretle, bazı kantonlar, özellikle Züriç kanunu, eşlerin karşılıklı anlaşmaları ile boşanmalarına müsaade etti. Diğer kanton mevzuatı da tabii hukuk görüşünün etkisiyle 18. yüzyıl boyunca evlenme bir özel (medenî) hukuk anlaşması sayıldı. Bunun sonucu olarak da bu anlaşmayı yapanların (eşlerin) bunu iki veya tek taraflı olarak çözebilmeleri fikri kabul edildi. Bu hava içerisinde bazı kantonlar, Fransız Medeni Kanununu ve bu arada anlaşma ile boşanmayı bazı tedbirlerle birlikte kabul ettiler.

1854 tarihli Züriç kantonu, eşler arasında mevcut önemli meşrep farkından ötürü boşanmayı kabul etmedi; zira bu hüküm vaktiyle çok kötüye kullanılmıştı. Bununla birlikte bu kanton, eşlerin birlikte boşanma istemelerini bir boşanma sebebi olarak kabul etti, bunun için evliliğin en az 4 sene en fazla da 25 sene sürmüş olması gerekli idi. Bundan başka hâkimin, evlilik birliğinin temelden sarsılmış ve bu yüzden evliliğin devamının artık beklenilemez olduğunu kabul edebilmesi şarttı.

Züriç Medeni Kanunu, diğer kantonları etkiledi; bütün İsviçreye şamil olan 1874 tarihli «Federal Ahvali Şahsiye Kanununa» konan boşanma hakkındaki hükümlere model oldu. Bu kanun, müşterek hayatın çekilmez olması şartıyla, her iki eşin birlikte yapacakları bir talebi, bir boşanma sebebi olarak kabul etti. Ancak, Federal olan bu kanunun bu hükmü, yalnız kantondan kantona değil, aynı zamanda aynı kanton içerisinde farklı surette uygulandı (1). Doğu kanton mahkemelerinin içtihatlarında bir birlik olmakla beraber, sonuçta, anlaşma ile boşanma, Züriç ve doğu kantonlarında fiiliyatta tek boşanma sebebi olarak uygulandı. Bu durum yeni Medeni Kanunun kabulüne kadar böylece devam etti.

b) 1907 tarihli İsviçre Medeni Kanunu : Yeni İsviçre Medeni Kanunu, eşlerin anlaşma suretiyle boşanmalarına yer vermedi. Zira bu hüküm, oldukça kötüye kullanılmıştı; bunun yerine 142. maddede (TMK. 134) hükmü kabul olundu. Bu hükme göre, eşlerin her ikisi tarafından istenilmesi zorunlu olmaksızın, evlilik, herhangi

(6) *Keller Max*, Die einverstaendliche Scheidung 66. s. 114.

bir nedenle temelinden sarsılmış ve bu yüzden evliliğin devam ettirilmesi eşlerden beklenemez hal almış olması takdirinde boşanma mümkün hale getirilmiştir. Bu yeni hükümle boşanma işlerinin bir düzene konulduğu ve bunun bütün kantonlarda yeknesek bir uygulamayı sağlayabileceği umuluyordu.

İsviçre Hukukçular Derneği tarafından, 1929 yılında, düzenlenen hukukçular haftasında tartışma konusu Medeni Kanunun boşanma hakkındaki hükümleri üzerindeki içtihatlarla ilişkindi. Bu bilimsel haftaya sunulan raporlar (7), Medeni Kanunun boşanmaya ait hükümlerinin, özellikle, umumî boşanma sebeplerine dair olan 142. (TMK. 134) maddesi hakkında içtihatlar arasında bir birlik mevcut olmadığını ve uygulamanın kantondan kantona çok farklı olduğunu gösterdi. Diğer bir müşahade de Medeni Kanunun kabulünden sonra boşanma sayısının artmış olması idi.

Evliliğin temelinden sarsılması hakkındaki MK. 142 hükmünün kendisinden beklenen sonucu vermediği, bilakis, bu hükmün, özellikle, Züriç, Cenevre Schaffhausen kantonlarında çok müsahahalı olarak uygulandığı, boşanma imkânlarının adeta eşlerin arzularına bırakılmış olduğu görüldü. 1929 tarihli bilimsel Hukukçular Haftasının sebebiyet verdiği tepki üzerine alınan idarî tedbirler de bir sonuç vermedi. Öyle ki, Federal hâkimlerden *Strebel* tarafından yayınlanmış bulunan «boşanan eşler» (8) adlı kitapta, mahkeme içtihatlarının Medeni Kanunun ruhuna ihanet ettiği yazıldı. Bu yayınların sebep olduğu tartışmalar da fiilî bir sonuç vermedi.

İsviçre'de bugünkü uygulamada anlaşmalı boşanma hiç bir güçlükle karşılaşmadan gittikçe artan bir tempo ile uygulanmaktadır. Her iki eş tarafından istenilmiş olması halinde, hâkim, daha fazla bir araştırma yapmadan ve buna lüzum görmeden, boşanmaya kara vermektedir. Bu, boşanmanın evlerin keyiflerine tâbi kılınmış olmasından başka bir şey değildir. 1973 yılında İsviçre'de 8030 boşanmadan 6169 u MK. 142 (TMK 134) gereğince, buna karşılık 1805'i MK. 137 gereğince, 56 sı da diğer sebeplere müsteniden vukua gelmiştir. Aynı sene içerisinde Züriç kantonunda MK. 142'ye

(7) *Picot*, La jurisprudence en matière de divorce et de séparation de corps sous le régime du Code civil suisse, ZSR 1929, 28 a; *Seeger*, Die Rechtsprechung in Ehescheidungs und Trennungssachen nach Schweizerisobhem Zivilgesetzbuch ZSR 1929, 159 a;

(8) *Strebel*, J. Geschiedene Ehen, Luzern, 1946, 21 ff.

müsteniden vukua gelen boşanmanın sayısı 1870, zinaya müstenit olan boşanma sayısı ise 97'dir. Buna karşılık Bâl kantonunda MK. 142'ye müsteniden boşanma sayısı 189 olduğu halde, 137'ye (zinaya) müstenit boşanmanın sayısı 241'dir. Bâl kantonundaki uygulama farkını bir tarafa bırakacak olursak İsviçre'de boşanma büyük ölçüde 142. (TMK. 134) maddeye yani evliliğin temelden sarsılması hükmüne göre vukua gelmektedir.

Bâl kantonunda temelden sarsılma nedeniyle boşanma sayısının az, buna mukabil zinaya müstenit boşanma sayısının çok olması bu kantonda ahlakî görüşlerin diğer kantonlara nazaran daha zayıf olduğu anlamına gelmez. Bu fark, aynı kanunun kantonlarca farklı şekilde uygulanmasından ileri gelmektedir.

Temelden sarsılmaya ilişkin İsviçre Medeni Kanununun 142. maddesinin İsviçre'deki uygulanması ve eşlerin rızaî boşanmaya muvafakatlarının oynadığı rol bakımından 1970 yılında «anlaşma ile boşanma» hakkında gayet enteresan ve realist bir etüt yayınlamış bulunan Züriç profesörlerinden *Max Meller*'in makalesinden aşağıdaki pasajları (9) aynen almakta fayda görüyoruz :

«1854 tarihli Züriç Medeni Kanunu bir çok kötüye kullanmaları gözönünde tutarak eşlerin huy ve meşrep farkı yüzünden boşanmalarını kabul etmedi. Fakat eşlerin birlikte boşanmayı talep etmelerini müstakil bir boşanma sebebi olarak kabul etti. Bunun için evliliğin en az 4 en fazla da 25 yıl devam etmiş olmasını, bundan başka evlilik birliğinin derin bir surette sarsılmış ve bu yüzden de evliliğin devam ettirilmesinin tahammül edilmez bir hale gelmiş olduğuna hâkimin kanaat getirmiş olması lâzımdı. Ayrıca sebepsiz ve yersiz boşanmaları önlemek için de bir takım tedbirler de ön-görölmüştür...»

«Züriç Medeni Kanunu Doğudaki kantonları etkisi altında bıraktı ve sonuç bütün İsviçre boşanma hukukuna örnek oldu ve bu suretle 1874 tarihli Federal Ahvali Şahsiye ve Evlenme Kanunu meydana geldi. Bu kanun boşanmayı dinî etkilerden tamamiyle kurtardı. Evliliğin yürütülmesinin artık çekilmez hale gelmiş olması halinde eşlerin birlikte yapacakları boşanma talepleri boşanmak için yeterli bir sebep olarak kabul edildi. Bu kanun, yalnız kanton-dan kantona değil, aynı kanton içerisinde de farklı surette uygulan-

(9) *Keller Max*, (Zurich); Die cinverstaendliche Scheidung. 66. (1970) s. 113.

dı. Buna karşılık doğu kantonlarında uygulamada bir birlik mevcuttu. Doğru kantonlarında özellikle Zürich kantonunda eşlerin boşanmayı birlikte arzu etmeleri halinde hâkim boşanmaya karar veriyordu».

«Bugün yürürlükte olan 1907 tarihli Federal İsviçre Medeni Kanunu, tarafların rızalarıyla boşanmayı kabul etmedi. Ancak MK. 142. (TMK.134) maddesinde talebin her iki eşten gelmesini gerekli görmeden, evlilik birliğinin derin surette sarsılmış olması ve bu yüzden evliliğin devam ettirilmesinin beklenemez hal almış olması takdirinde boşanmanın mümkün olacağı hükme bağlandı. Kanunun bu yeni hükmü ile boşanma hukukunun sağlığa kavuşacağı ve mahkemelerin uygulamalarında bir birliğin sağlanacağı ümit ediliyordu. Fakat 1929 tarihli İsviçre Hukukçular Haftası boşanma sebeplerini inceleme konusu olarak ele aldı. Bu vesileyle yapılan çalışmalar özellikle raportörlerden *Picot* (10) un vardığı sonuç, boşanma sebeplerinin uygulanmasında İsviçre kanton mahkemelerinin içtihatlarında bir ahenk olmadığı, uygulamanın kantondan kantona değişik olduğu şeklinde idi. Aynı bilimsel haftaya bir rapor sunan *Seeger*, Medeni Kanunun kabulünden sonra boşanmaların sayısının arttığını müşahade etti (11). Bu tarihten sonra alınan tedbirler hiç bir sonuç vermedi. Mahkeme uygulamaları evvelce olduğu gibi devam etti. Kilise ve hayır derneklerinin aileyi korumak için yaptıkları gayretler de sonuç vermedi. Bu husus ayrıca kilise ve ilim ve siyasi çevrelerde de tartışmalara konu oldu. Yine de içtihatların umumî temayülü değişmedi».

«Bugün (1970) anlaşma ile boşanma hiç zahmetsizce ve görülmemiş bir süratle mahkemelerce karara bağlanmaktadır. Hâkimler, her zamankinden çok bugün, tarafların müşterek boşanma isteklerini, fazla bir incelemeye tabi tutmadan, kabul etmekte veya eşlerin birbirlerini azarlamalarını veya günlük basit olayları evlilik birliğinin derin bir surette sarsılmış olduğunun alameti bulunduğunu kolayca kabul etmektedirler. Sadece görünüşte (sözümona = cali) boşanma dâvalarında boşanmanın eşlerin arzu ve iradesine tabi olduğu hususunda halk arasında kesin bir kanaat meydana

(10) *Picot*, La jurisprudence en matiere de divorce et de separation de corps sous le regime du Code civil suisse. ZSR 1929, 28 a.

(11) *Seeger*, Die Rechtsprechung in Ehescheidungs und Trennungssachen nach Schweizerischem Zivilgesetzbuch ZSR 1929, 159 a.

gelmiştir. Bu kanaat, eşlerin sorumluluk şuuru üzerine ve birbirlerine olan bağlılıklarına ciddi ve olumsuz etkiler yapmaktadır. Evliliğin, yüksek bir ahlâkî değeri olduğu hakkındaki inanç, ancak, bu hususun hâkimlerin kararlarında ifade edilmesi halinde idame ettirilebilir. Oysa, bugünkü mahkeme uygulamalarının arkasında gizli olan fikir, umumî ahlâka zarar verir niteliktedir. Bundan daha da fazlası, haysiyetle ilgili nedenlerden ötürü, boşanma istemeyen bir eşin, mahkemece, boşanmaya zorlanmasıdır».

«Bu durum karşısında, evlilik bağının çok derin suretle sarsılmış olması yüzünden, boşanmanın kabul edilebilmesi için, kanunun, yüksek ahlâk anlayışına uygun bir çözüm şekli bulma zorunluluğu mevcuttur».

«Sorumluluk şuuruna sahip bir hâkim bile, tereddüt halinde, heriki eş tarafından yapılmış olan bir boşanma isteğini olumlu karşılamaktadır. Boşanma dâvalarında hâkimin rolünün arzettiği özellik, bu istikametteki çözüme müsait bir zemin hazırlamaktadır. Normal olarak bir hâkim, karşılıklı zıt iki iddiayı değerlendirir ve anlaşmazlığı çözümler. Halbuki, her iki eş tarafından da istenilen bir boşanma dâvasında, hâkim, aynı tezi savunan iki taraf karşısında yalnız kalmakta adeta o, dâvanın bir tarafı haline gelmektedir. Dâvacılar, hâkimi ikna etmek için, işbirliği yapmaktadırlar. Ayrıca eşleri görmüş ve dinlemiş olan bir hâkim, onların şahsî ilişkilerinin etkisi altında kalmaktadır. Bu nedenle, hâkim daima karşısındaki eşlerin içinde buldukları maddî ve ruhî zorlukları görmek ve bu durumda, umumun faydasını bir tarafa bırakarak, eşleri bu halden kurtarma çabasına düşmektedir. Özellikle, uygulama ile meşgul olanlar, boşanma dâvalarının reddi sonunda hasıl olan üzücü durumu, pek iyi bilirler. Bu durumlara muhatap olan ve eşlerle temas halinde bulunan ilk mahkemelerdir. Her iki tarafın da isteği üzerine verilen boşanma kararları hakkında daha üst mercilere gidilmemekte ve bu nedenle boşanma kararları, tarafları tanımayan ve onların etkilerinden uzak kalabilecek olan ve bu nedenle sosyal düşünceleri gözönünde tutabilecek olan yüksek mahkemelerin kontrolünden kurtulmaktadır.

Buna diğer *objektif zorlukları* da eklemek lâzımdır : Acaba bir evlilik ilişkisi ne zaman temelinden esaslı surette, sarsılmıştır veya değildir. Böyle bir evliliğin sürdürülmesi, ne zaman eşlerden istenebilir veya bu ne zaman onlardan beklenebilir veya beklenemez. Hâ-

kim, bu soru ile de karşı karşıyadır. Tamamiyle arzu ve his alanına ilişkin bulunan böyle bir hususu hâkim, nasıl tayin ve takdir edecektir, bunun için nasıl bir ölçü kullanacaktır? Bu durumlar eşlerin en mahrem yönlerini teşkil eder. Bu nedenle, işin bu yönünün tayin ve tespiti çok güçtür. Burada, hâkim, başkalarının iç alemine ve özel hayatlarına ilişkin olan bir hususu dışardan değerlendirmeye çalışacaktır *Picot*'un isabetli olarak dediği gibi, adalet bir zina halini tespit edebilir, fakat hâkim kalplerde olanı ve görülen eylemlerin nedenlerini tespit edemez; bu husustaki görünürdeki şeyler, aldatıcı olabilir; eşlerin yapmış oldukları his açıklamaları samimi olamaz; bazen bilhassa yapmacık olur. Çok sert söz ve hareketler, bazan da tarafların birbirlerine olan büyük bağlılıklarını gizlerler. Hâkim, asıl ihtilafın sebeplerini aramak isterse, bunun için bir emin imkâna da malik değildir. O, sadece, tarafların birbirlerini tutmayan beyanlarından bir sonuç çıkarmaya çalışacaktır.

Her iki eş de boşanma hususunda kararlı iseler, yapacakları beyandan sağlıklı da bir sonuç çıkarmak çok zor olur. Bu uydurma beyanlar karşısında, çok becerikli de olsa, bir hâkim ne yapabilir? Tarafların beyanlarının yegâne delil olduğu hal bir tarafa, onlar şahitlerini de yanıtabilirler. Eşlerin her ikisinin boşanmayı arzulamaları halinde bu mümkün bazan da zorunlu hale gelir. Bunun için, müşkülpesent bir hâkimden istedikleri kararı elde etmek için, gerçek veya yapmacık bir zina halini meydana getirmeleri de mümkündür. Bu gibi düzenlemeler ise, mahkemenin itibarını sarsar.

Bütün objektif nedenler, tarafların arzu etmeleri halinde, boşanmayı kolaylaştıran bir uygulamayı önlemenin imkânsız olduğunu gösterir. Şimdi daha da önemli bir soru karşındayız: Acaba, *bu tür bir uygulama sosyal şartların sonucu halkın içindeki hukuk anlayışının* bir ifadesidir, denemez mi? Bu, hukuk düzeni ile toplumsal gerçekler arasında bir uygunsuzluğu ifade etmiyor mu?

Bu tür bir uygulamanın halk arasında olumlu karşılanması, bunu göstermiyor mu? Başka alanlarda kanuna karşı yapılan bir hile veya kanunun hükmünden kaçma, hâkimler tarafından, çok sert bir işleme tabi tutuldukları halde, boşanma davalarında eşlerin söz birliği yapmaları, yeterli bir boşanma sebebi olarak kabul edilmekte ve bu üstelik «*riakûl*», «*insanî*», «*hayat icabı*» telakki edilmektedir. Hiç bir kimse, bu çözümün hukukumuzda uygun olmadığı hususunda, her hangi bir endişe de göstermemektedir. Bi-

lâkis, boşanmanın zorlaştırılması yolunda yapılan istekler, devamlı bir *mukavemetle* karşılanmaktadır. Evlenme işine devletin müdahalesi, bir çokları tarafından, ailenin tamamıyla özel bir hayat arkadaşlığı olduğu fikriyle bağdaşır nitelikte görülmemektedir. Aralarındaki bağlar kopmuş ve fiilen birbirlerine yabancı hale gelmiş olan eşleri, devlet zoruyla bir araya getirmek, onları karıkoca olarak birlikte yaşamağa zorlamak, *şahsiyet haklarıyla* bağdaşır nitelikte görülmemektedir».

«Yaklaşık da olsa anlaşmalı boşanmaların sayısını bilmek mümkün değildir. Eş, avukat ve hâkim olarak, bununla ilgili olanların bu hususta sükûtu muhafaza etmekte menfaatleri vardır. Fakat, anlaşmalı boşanmaların toplumsal bir gerçeği ifade ettiği görüşü hâkimdir. Kanunun, bazı kantonlarda, özellikle, Katolik kantonlarında daha titiz uygulanması, durumu değiştirir nitelikte değildir.

Hukukumuz, bu toplumsal gerçeği görmemezlikten gelebilir mi? Sosyolojik araştırmalar, toplumun bünyesel gelişimini nazarı itibara almayan kanunların işlemez olduğunu ispatlamaktadır. Özellikle, aileyi ilgilendiren kanunlar, ancak, ana hatlarıyla toplumun gelişmesine uygun olmak kaydıyla, toplum hayatı için frenleyici bir rol oynayabilirler. Aksi takdirde, haklı da olsa, hayat, böyle bir kanunun setlerini yıkar».

«Bu nedenle, mevzuatımız, herkesçe kabul edilmiş olan sosyal bir gerçeği ciddi surette değerlendirmek ve fiilen uygulanan anlaşmalı boşanmalara, kanunî bir yön verip vermemekte bir karar almak zorundadır. Bu yönden, bazı kanun mukayeseli hukukta bir araştırma yapılmalıdır. Bittabi, bir memleket için iyi olan, kendi bünyesinden çıkan ve kendi öz ihtiyaçlarına cevap veren değerlerdir. Fakat, her yerde insanların ihtiyaçları aynıdır. Aynı ihtiyaçlar, aynı hukuki yollarla tatmin olunurlar; bir memleket millî hukukunun gelişmesinde başka memleketlerin hukukunu etüt etmekten büyük faydalar sağlanabilir.

İsviçre boşanma hukuku ana hatları itibariyle, sanayii gelişmiş bir çok Avrupa memleketleriyle Birleşik Amerika Devletlerindeki gelişmeye bir paralellik göstermektedir; o da Hıristiyan aile evlenme modeli yerine dünyevileşmiş ve ferdileşmiş aile modelinin kendisini göstermesi, bunun sonucu olarak da evlilik ilişkisinin ortadan kaldırılmasının da eşlerin karşılıklı arzularına bırakılmasıdır.

Bizde olduğu gibi bir çok yerlerde anlaşmalı boşanmalar iyi görülmemektedir. Buna rağmen bu tür bir boşanma bir çok Avrupa memleketlerinde kabul edilmiş bulunmaktadır...»

Aynı konu üzerinde, *Basel Üniversitesi Profesörlerinden Hans Hinterling*'in Eylül 1975 tarihinde yayınlamış olduğu «boşanma hukuku sorunlarına ilişkin değiştirme çalışmalarının bugünkü durumu) (12)» adlı makalesinde, aynı görüş yalnız savunulmakla yetinilmemekte, bundan başka değiştirilen İsviçre boşanma hukukunda «anlaşmalı boşanma» ya önemli bir yer verildiği ifade olunmaktadır. Bu kezde sözü bu hukukçuya verelim :

«Evlilik esas itibariyle hayat boyunca sürmek üzere bedensel, ruhsal ve ekonomik bir birliktir. Bununla birlikte, MK. 27/II (TMK. 23/II) hükmüne göre, bir kimse, hürriyetini hukuk ve ahlaka aykırı olacak derecede sınırlayamaz. Evliliğin eşlere yüklediği karşılıklı sadakat ve yardım ödevi, onların hürriyetini büyük ölçüde sınırlar. Aile ahlâkını ve muhtevasını koruma amacıyla konulan böyle bir sınırlama da, şahsiyet haklarının ahlâka ve hukuka aykırı olacak derecede sınırlandırılmış olduğu söylenemez. İnsanların birbirleriyle bir aile bağı kurarak yaşamaları, toplumsal bir zorunluluktur. Bununla birlikte, aile *ön plânda eşleri ve çocukları* ilgilendirir. Ancak, bazen aile *bu anlamını yitirir*; eğer, eşlerin her ikisi veya bunlardan sadece birisi nezdinde, aile tekrar kurulamayacak derecede *anlamını kaybetmiş* ise, artık onların birlikte yaşamaları ve aile teşkil etmeleri için gerek kalmamış demektir. Böyle bir durumda da karı - kocanın birbirlerine bağlı olarak kalmaları, artık şahsiyet haklarına aykırı bir hal alır. Bu durumda evliliğin sürdürülmesini haklı gösterecek bir sebep yok demektir. Bu takdirde böyle bir evlilik, modern hukuk anlayışının kabul ettiği *temelden sarsılma* kuralı gereğince, *çözülmelidir.*»

«İsviçre Medeni Kanunu Uluslararası açıdan ele alınırca, ilk defa olarak, diğer tipik boşanma sebepleri ile akıl hastalığı yanında, o zamanlarda henüz bilinmeyen bir durumun, 142. maddesinde (TMK. 134), genel bir boşanma sebebi olarak, hükme bağladı. Geniş ve genel kapsamlı olan bu hükme göre, aile bağlarının herhangi bir nedenle temelden sarsılmış ve bu yüzden eşlerden artık evlilik birliğinin yürütülmesinin beklenilemez hal almış olması, durumunda

(12) *Hinterling, Hans* : Fragen aus dem scheidungsrecht, SJZ, 71, s. 253.

eşler birbirinden ayrılabilmelidir. Boşanma, işlerinde pek serbest görüşlü olmayan Eugen Huber, temelden sarsılmanın eşlerin kusuru yüzünden vukua gelmemiş ve bunun sadece objektif nedenlerden ötürü meydana gelmiş olması halinde, her iki eşin talebini boşanmak için yeterli gören 1874 tarihli Federal Ahvali Şahsiye ve Aile Kanunu hakkındaki Federal Mahkeme içtihatlarını gözönünde bulundurarak, bu hükmü kaleme almıştır. Dâvacı daha ziyade kusurlu olmamak kaydıyla, temelinden sarsılmış olan bir evliliğin sona ermesi, kusursuz olan eşe karşı da ileri sürülebilir (İMK. 142/II). Evliliğin temelden sarsılması kuralı bakımından, oldukça ileri olan bu hükmü Huber değil, mütehasıslar komisyonu kanuna koymuştur. Vazı kanunun, kanunun yapısından anlaşılan ana fikrine göre en önemli boşanma sebepleri, kanunda özel olarak sayılmış olan belli hallerdir. MK. 142'de (TMK. 134) hükme bağlanan ve sadece fer'i ve yardımcı bir niteliği haiz, ancak istisnai olarak uygulanacak bir hükümdür. Fakat, uygulama öyle olmamıştır. Zinaya ilişkin 137. (TMK. 129) madde bir tarafa bırakılacak olursa, bütün diğer boşanma sebepleri de temelden sarsılma kuralına tabidir. Hatta, lafzına rağmen, zinaya ilişkin 137. madde hakkında da bu kural uygulanmaktadır. Bu suretle, *142. madde hükmü adeta diğer özel boşanma sebepleri yerine kaim oldu*. Freiburg, Waad, Basel dışındaki diğer bütün kantonlarda 142. madde hükmü 137. madde hükmüne galebe çaldı. 1973 yılında İsviçre'de vukua gelen 8030 boşanmadan 6162'si 142. maddeye, 1805'i 137. maddeye 56' sısı da diğer boşanma sebeplerine müsteniden olmuştur. Aynı 1973 yılında Zürichte 142. maddede göre boşanmaların sayısı 137. maddeye göre meydana gelenlerin 20 mislidir. Yani 1870'e karşı 97 dir. Aynı sene içerisinde, Baselde vukua gelen boşanmalardan 241'i 137'ye göre olduğu halde sadece 189 boşanma MK. 142'ye (TMK 134) göre olmuştur. Basel ve Zürich'de vukua gelen boşanma sebepleri arasındaki bu uygunsuzluğun nedeni Zürich halkı ahlakının daha fazla olmasından dolayı değildir. Taraf avukatları tarafından seçilen boşanma sebebi ve kullandıkları taktiğin ve nihayet buna göre olan hâkimlerin boşanma sebebi üzerindeki takdir imkânlarıdır».

«Temelden sarsılma kuralından hareketle, İsviçre boşanma hukukunun islâha muhtaç olup olmadığı sorusunu sorma, eğer bu gerekli ise, bunun hangi noktalarda yapılacağına saptanması gereklidir. Evvelâ şu sorunun sorulması icabeder : Acaba, temelden bir sarsılmanın var olup olmadığı araştırılmasında maddî durum-

lardan kısmen veya tamamen vaz geçmek ve aynı zamanda kusur sorununu bir tarafa bırakmak mümkün müdür değil midir?

Alman hukukçuları tarafından önerilen eşlerin ayrı yaşamaları suretiyle belli bir sürenin geçirilmiş olması halinde, temelden sarsılmanın var olduğunu kabul, İsviçre Medeni Kanununun bugün kabul etmiş olduğu çözüm tarzına nazaran pratik yönden büyük bir üstünlüğü haizdir. -ki bu çözüm kısmen ve ortalama bir surette bugünkü Alman boşanma hukuku projesinde kabul edilmiştir- İsviçre kanununa göre, her defasında evliliğin temelden sarsılmış olup olmadığının, sarsılmanın derecesinin, evliliğin ilerdeki gelişiminin araştırılması gerekmekte ve muhtemel kusurlar yönünden hâkime önemli görevler yükletilmiş bulunmaktadır. Hâkim Usul Hukukunun verdiği imkânlar dahilinde bu noktaları araştırmak zorundadır. Diğer taraftan MK. 142/I'in (TMK. 134) kapsamı geniştir. Hâkim bazı belirtileri, bizzat evliliği çekilmez hale getiren hallerle kolayca karıştırabilir. Fakat hâkim bu hususta yapacağı araştırmaları daha ileri götüremez; aksi takdirde eşlerin şahsiyet hakları tazyik altına sokulmuş olur. Bir evliliğin yürütülmesi için eşlerden neler beklenebilir? Bu nasıl belli olacaktır? Ve bu isteğin sınırı nerede sona erecektir? Bunların tayini hâkimin takdirine bırakılmıştır. Bu da, bizzat hâkimin şahsî görüşüne ve diğer muhtelif faktörlere tabi olan bir husustur. Burada mezhep, muhit, şehir ve kasabaya göre durum değişir. Bu da değişik hükümlerin verilmesi sonucunu doğurur. Oysa, kanun tarafından belli edilen bir süre sonunda karı-kocanın bir aile halinde tekrar birleşmemiş olması halinde, evliliğin temelinden sarsılmış olduğunun kabulü, hâkimi takdire ve araştırmaya ilişkin ödevlerden kurtarır, sorun bu suretle basitleşir ve hâkimin ne karar vereceği önceden anlaşılabilir. Bu yol, tarafları kirli çamaşırlarını ortaya atmaktan kurtarır; hâkimi de eşlerin çok özel hayatına müdahale etme mecburiyetinden uzak tutar».

«Böyle bir usulün arzettiği üstünlüklerin yanı başında -hiç değilse boşanmayı istemeyen dâvalı eş için- daha fazla sakıncaları vardır. Bu nedenle bu yıl kabul edileceği beklenen Alman Aile Kanunu projeleri tenkit konusu olmakta devam etmektedir...»

Profesör Hinterling bu inceleme ve sorunları ortaya attıktan sonra hazırlanmakta olduğu anlaşılan İsviçre Aile Hukukunun boşanmava ilişkin ön projesinden söz etmekte ve bu projenin henüz kesin bir yön almadığını ifade etmekle beraber, şimdilik anlaşma ile

boşanmanın projede önemli bir mevkiî işgal edebileceğine işaret eylemektedir. Bu cümleden olmak üzere yazar şu beyanlarda bulunmaktadır :

«Bu münasebetle anlaşma suretiyle boşanma sorunu ortaya çıkmaktadır. Anlaşma ile boşanma adı verilen bu tür boşanmaların, özellikle küçük çocukları olmayan aileler hakkında kanton mahkemelerinde, İMK. 142/I'in arkasında, fiilen uygulanmakta olduğu bir sır değildir. Eğer eşin her ikisi de boşanmayı istemiş veya diğer eş boşanmayı isteyen eşle mutabık ise, hâkim tarafından başka bir araştırmaya gerek olmaksızın, evliliğin temelden sarsıldığı kabul edilmekte ve bu nedenle boşanmaya hükmolunmaktadır. 1973 yılında İsviçre'de meydana gelen 8030 boşanmaya karşılık, bunun sadece 64 adedinin reddedilmiş olması bu durumu açıkça göstermektedir. Evvelâ şunu söylemek lâzım gelir ki evlilik, genel menfaati (toplumu) ilgilendirmekten ziyade ön plânda evlileri ilgilendiren bir ilişkidir. Durumlarını iyice düşünerek evliliklerinin artık yürütülemez ve katlanılmaz hal almış olduğu hususunda ittifak halinde bulunan eşlere karşı, evliliğin buna rağmen yürütülebilir olduğunu söylemek çok zordur. Ayrıca yapmacık anlaşmalı boşanmalarla mücadele etme imkânı da yoktur. *Komisyon muhtemel olarak, kaunla boşanmaya ilişkin gerçekleri daha iyi bir surette bağdaştırıcı bir teklifte bulunacaktır.* Esasen anlaşmalı boşanma, evliliğin temelinden sarsılması kuralı ile bağdaşamayan bir husus değildir.

VI. TÜRKİYEDE ANLAŞMA SURETİYLE BOŞANMA SORUNU

1) Bu sorun, bildiğimiz kadarıyla, 1936 yılında avukat *Gad Franko Milaslı* tarafından Hukukî Bilgiler Mecmuasında yayınlanan «Boşanmanın genişletilmesi» adlı bir makale ile ortaya atılmıştır (13). Gerçekten, Medeni Kanunun yayınından on sene sonra, özellikle, imam nikâhı ile vaki kanun dışı evlilikten doğan çocukların yarattığı durum, halli gereken ciddi bir sorun olmuştur. Bunun nedenleri arasında evlenme merasiminin zorluğu ve boşanmanın güçlüğü gösterilmiştir. Milaslı, düşünülen bir çare olarak, Türk

(13) Hukuki Bilgiler Mecmuası 1936 s. 4920, 4951, 5018, 5113, 5368, 5438.

Hukukunda da rızai boşanmanın kabulünü teklif etmiştir. Bu görüş, o zaman, basında oldukça geniş yankılar yaratmış, hatta Kurun gazetesinde bu hususta bir anket yapılmış ve bu ankete verilen cevaplar arasında, rızai boşanmanın kabulü teklifi de vardır. Milaslı bu yazılarında, tarafların müşterek rızalarını «geçimsizliğin bir *delili* olarak» yeterli görmektedir (14). Devrimin Adalet Bakanı Prof. *Mahmut Esat Bozkurt*, bu görüşe karşı cephe almıştır. Prof. *Bozkurt* bu hususta şöyle demektedir :

«Serbest boşanma tarafını iltizam edenler iki tarafın geçimsizliklerini hâkime söyledikleri andan itibaren hâkim hiç bir takdire malik olmaksızın boşanmaya hükümlerini diyorlar. Buna, hüküm değil, tescil derler. Hâkim tescil memuru değildir.

Şunu ehemmiyetle kaydetmeliyim ki bu tarz bir boşanmanın ifade edeceği mâna, aile hayatının kalktığı ve yerine bir nevi müseccel metres hayatının ikame edildiğidir. Bütün bu sebeplere binaen, ne evlenme ne de boşanma işlerinde serbesti olamaz, hele boşanma asla» (15).

Milas'ının teklifi ve gerekçesinin özeti şudur : «Beraberce yaşamamanın gayrimümkün olduğunda karı - koca ittifak ederlerse bunun için ayrı bir delil aramağa kalkışılmamalıdır. Çünkü a) ayrılmağa kat'i surette karar vermiş olan karı - koca, maksatlarına vasıl olmak için hiyleyi şeriyeye müracaat edebilirler. Neden kanuni hilelere imkân bırakalım, b) Rızai terefeyne rağmen yine huzuru muhakemede sebep aranmasında ve sebebin sübutuna yol açılmasında hiç bir fayda tasavvur edilemez» (Huk. Bil. Mec. 1937 s. 5371).

Bülent Esenin bir yazısından öğrendiğimize, göre 1939 da adalet bakanlığı tarafından başvekalet rızai boşanma hakkında bir kanun projesi dahi gönderilmiş ve hatta bu proje, Meclise dahi sevk edilmiş iken Başvekalet daha sonra bu layihayı geri almıştır (16)

2) Fakat, evlilik dışı doğan çocukların yaratmış olduğu zorluk devam etmektedir. Evlilik dışı doğan çocukların durumu, bunun nedenleri ve bunu önleyici tedbirlerin neler olabileceği hakkında Adalet Bakanlığı tarafından Valilikler ve Savcılıklar nezdinde bir anket açılmış verilen cevaplar arasında, bunun bir sebebinin de

(14) Hukuki Bilgiler Mecmuası 1936 s. 5369.

(15) Hukuki Bilgiler Mecmuası 1937 s. 5477.

(16) *Bülent Esen*, Ad. c. 1942, s. 1440.

boşanmanın zor ve masraflı oluşu, tedbirler arasında da rızai boşanma halinin kabulü de vardır.

Adalet Bakanlığı, valilik ve savcılıklardan almış olduğu cevapları «Kanun dışı birleşmeler ve nesebi sahih olmayan çocuklar hakkında rapor» başlığı altında yayınlamıştır (17). Bakanlık ayrıca bu rapora Hukuk İşleri Umum Müdürlüğü'nün mütalâasını eklemek suretiyle mütehassısların ve hukukçuların tetkik ve mütalâasına sunmuştur. Bu rapora cevap veren tanınmış hukukçulardan bazıları rızai boşanma lehinde (18) fakat ekseriya aleyhindedir. Bununla beraber, görüşlerin nedenleri arasında bir birlik yoktur. Bazılarına göre bu, *gayri ahlaki* bir durum yaratır, bazılarına göre kadının malî durumu ağırlaşır; diğer bazılarına göre de *inkilabın* önemli bir kanunu olan Medeni Kanunda herhangi bir gedik açmak doğru değildir.

Türk Hukuk Kurumu 1943 yıl Şubat ayında Ankarada tartışmalı bir konferans düzenlemiştir. Konferansçı Prof. H. Veldet Veli-dedeoğlu, konu da «evlenme ve boşanma hukukumuzda medeni ve cezaî bakımdan ne gibi tadilata ihtiyaç vardır?» Konferans oldukça ilgi çekmiş ve konferansçı bir takım tekliflerle birlikte gelmiştir. Bu teklifler şunlardır :

— Beş yıldan fazla bir zaman ile fiilen ayrı yaşayan ve barışmalarına imkân olmayan karı - koca boşanmayı isteyebilmelidir.

— Kısırlık bir boşanma sebebi olarak kabul edilebilir.

— Tedavisi kabil olmayan bulaşıcı hastalıklar bir boşanma sebebi olabilir.

Buna karşılık iktidarsızlık ve rızai boşanma bir boşanma sebebi olmamalıdır. Bu tartışmada, *rızai boşanmanın* lehinde konuşan hukukçular vardır. Bunlar arasında o zamanının tanınmış hukukçusu Yargıtay İkinci Daire Başkanı *Ali Himmet Berki* ile Ankara Baro Başkanı *Emin Halim Ergun* da bulunmaktadır (20).

(17) Adliye Ceridesi 1942, s. 1329 - 1434.

(18) İst. Bar. s. 1422, M.R. Belgesay, s. 1427.

(19) S. Gönensay, s. 1372, F. H. Saymen, s. 1387; Ankara Hukuk Fakültesi Hususi komisyonu s. 1431, B. Nuri Esen s. 1440.

(20) Evlenme ve boşanma hukukumuzda medeni ve cezaî bakımdan ne gibi tadilata ihtiyaç vardır? Ankara 1944. s. 38 - 39.

Adalet Bakanlığı tarafından teşkil edilen komisyonun hazırlamış olduğu ve daha sonra Prof Velidedeoğlu tarafından islah edilmiş bulunan öntasarıda «karşılıklı anlaşma ile boşanma» hakkında bir hüküm yoktur. Esasen Velidedeoğlu, daha başka yazılarda ve yukarıda sözünü etmiş olduğumuz konferansında anlaşmalı boşanma aleyhinde olduğunu beyan etmiş idi.

3) Bu arada Türkiye Barolar Birliği tarafından 1972 yılında düzenlenmiş bulunan I. Hukuk Kongresinde anlaşmalı boşanma yine söz konusu olmuştur. Gerek özel hukuk komisyonunda gerekse genel toplantısında, sorun enine boyuna tartışılmıştır. Özel hukuk komisyonu, Medeni Kanununun 134. maddesine şöyle bir fıkranın ilâvesini uygun görmüş ve bunun genel kurulda tartışılmasını istemiştir : «Her iki eşin boşanmalarını şahsen beyan etmeleri, evlilik birliğinin sarsıldığına bir delil teşkil edebilir. Hâkim, bu delili serbestçe takdir eder». Bu teklif, vaktiyle *Milas*'lı tarafından yapılan önerinin ve son on senede birçok memleketlerde kabul edilmiş olan çözümün aynıdır.

Ancak bu öneri, Genel Kurulda tartışıldıktan sonra, çok az bir farkla reddedildi. Bu vesileyle halen Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi Başkanı olan sayın *Esat Şener*'in yapmış olduğu beyanati, bugün Yargıtaya hâkim olan görüşü de belirtmesi bakımından, aynen aşağıya alıyoruz :

«Arkadaşlarımız bir de «rızaî boşanma» diye bir yeni boşanma sebebi getirdiler.

Şimdi, aslında rızaî boşanma yok ama, taraflar anlaştığı takdirde, *bugünkü mevzuatımız rızaî boşanmaya imkân vermeye yeter*. Eğer iki taraf, gerçekten anlaşamıyorsa, gerçekten birliği devam ettirmek istemiyorsa, iki aylık bir ayrılık süresinden sonra bir ihtar gönderiliyor, tatbikatta, bir ayda beklenilir, dâvası açılır, gelmediği için zaten yapılacak bir şey yoktur hüküm verilir ve kesinleşir. İşte arkadaşlarımızın, taraflar samimi olarak ayrılmak istedikleri halde mahkemeler bunları ayırmıyor, bu itibarla rızaî bir boşanma sebebini getirelim, demelerinin bence hiç lüzumu yok. *Bugünkü mevzuatımız buna zaten, samimi olarak ayrılmak isteyenler için, müsaîit*. Bunu bir tarafa bırakalım, eğer tasarı kanunlaşır ise Medeni Kanununun 150. maddesinde bir değişiklik yapılmış olur. Bugünkü 150. madde, boşanma dâvalarında itiraz ve kabulün hukukî bir sonuç doğurmayacağı, hâkimi bağlamayacağı şeklinde bir hük-

mü ihtiva etmektedir. Yeni metinde bu çıkarılmıştır. Biz uygulamada bu ıkrarı, boşanmayı kabul şekline müncer olursa geçersiz sayıyoruz, ama, bir *vakiayı* kabul ise, bunu biz de 150. maddenin o hükmün dışında kabul ediyoruz; ama 150. maddenin bu tereddütlerini gidermek için, o bent tamamen çıkarılmış. Şu halde, gelecekte, vakıaları beyan edecekler, öbür taraf da kabul edecek, hâkim de bununla bağlı olacaktır, bağlı olunca da işte yine Medeni Kanunda herhangi bir boşanma, yeni bir boşanma sebebi yaratılmadan, bir *rızai* boşanma imkânı hasıl olmuş olur»(21).

Sayın Esat Şener, dört sene sonra ve bu bilimsel haftaya sunulan bildirimleri inceleyip dinledikten ve tartışmalara fiilen katıldıktan sonra «Türkiye Hukuk Dergisi» nde (ek) «Medeni Kanunun Aile ve Nesep Bölümünde Çatışan Eğilimler» adlı yazısında (1976), aynı fikirleri tekrar etmektedir.

Sayın Şener'in bu fikirlerine deyinmeden geçemeyeceğiz : Sayın Şener, gerek beyanlarında ve gerekse yazılarında, anlaşmalı boşanmaya hem aleyhtar gözükmekte ve hem de böyle bir boşanmanın terke ilişkin olan Medeni Kanunun 132. maddesi gereğince mümkün olduğunu sâlık vermekte ve bu nedenle de anlaşmalı boşanmaya imkan veren yeni bir hükme lüzum olmadığını ifade eylemektedir. Şöyle ki :

«Öyle ise, Türkiye de eşler istediği halde Medeni Kanun'un ağır hükümleri karşısında buna imkan bulamadıkları yolundaki iddialara katılmak mümkün değildir. Bu bakımdan rızai boşanma için özel hükümler öngören ve bunu savunanların görüşüne katılmıyorum. (Sözü edilen yazı s. 14)

Sayın Şener, görüşümüze göre, biraz da kendi kendisiyle çelişkiye düşmektedir. Zira, gerek Birinci Türk Hukuk Kongresinde, gerekse, işaret ettiğimiz yazısında -Medeni Kanun'un Ön Tasarısındaki gerekçeyi aynen yazılarında benimsemek suretiyle, eğer eşlere karşılıklı rıza beyanı suretiyle boşanma imkanı verilirse,

— Genç evlilerin fevri hareket sonucu geleceklerini tehlikeye sokacaklarını

(21) Birinci Türk Hukuk Kongresi Tutanağı, Sevinç Matbaası Ankara 1972 s. 61.

— Bununla İslâm Hukukundaki «nikâhı mut'anın kabul edilmiş olacağını, yani bu tür bir düzenlemenin Kanunî metresliğe» yol açacağını,

— Karşılıklı anlaşma ile boşanmayı göze alarak, nikah, boşanma gibi külfetlerden kurtulmak ve bazı masrafları göze almamak için, kişilerin nikahsız oturmayı tercih edeceklerini,

— Câli evlenmelerin teşvik edileceğini, ifade suretiyle savduğumuz anlaşmalı boşanmaya karşı gelmektedir (s. 14).

Bir taraftan anlaşmalı boşanma için kanunda hüküm vardır, bunun için yeni bir hükme ihtiyaç yoktur, demek ve bugün yürürlükteki kanunumuzun anlaşmalı boşanmayı kabul ettiği anlamına gelmez mi? aksi takdirde MK 132 nin kaldırılmasını teklif etmesi gerekmez mi idi? Keza, bir taraftan bu yolu göstermek, diğer taraftan da bunun kanunumuzun sistemi ile bağdaşmadığını ifade etme, tutarlı olur mu? Şener, bununla da yetinmiyerek, tenkit konusu yaptığı tebliğimizde ifade ettiğimiz bir gerçeği de itiraf etmiyor mu? Gerçekten Şener, devamla,

«Aslında az önce belirttiğimiz imkan dışında rızai boşanma Türkiye de vardır. Bu bir gerçektir. Hem hâkim olarak, hem de mahkemelerde rastladık, hemde yargıtayda bu tür davalarla sık sık karşılaşıyorum. Bunlarda başarı oranının yüksek olduğu da inkâr olunamaz. İstenen şey, delile başvurmadan birbirlerini inandırarak eşlerin evlilik birliğini ortadan kaldırma imkânını sağlamasıdır. Oysa, herşeyden önce, bu görüş temelinde hukuka aykırı düşer. Çünkü, evlenme serbest irade ürünü olmakla beraber, boşanma kamuyu ilgilendirdiği, çocukların yararı ve gelecekleri sözkonusu olduğu için, devletin müdahalesi zorunludur. Eğer eşlerin rıza, istek, anlaşma, hatta bir anlamda keyiflerince evlilik birliğinin sona ermesi uygun görülürse, hakimin araya girmesinin anlamı yoktur.....» «Boşanma, kamu düzeni ile ayrılmaz bir bağlantı içindedir. Nitekim Anayasanın 35. maddesi Devlete aileyi koruma görevi vermiştir.....» «Hal böyle olunca rızai boşanma olamaz...» (s. 15) Yazar, ayrıca anlaşmalı boşanmanın birtakım pazarlıklara da sebep olacağını, bunun da çoğu zaman kadının zararına sonuç vereceğini ifade etmektedir.

Bütün bu argümanların doğru olduğunu kabul edelim. Ama, aynı sakıncalar kendilerinin sağlık verdikleri terk (MK. 132) yolu ile boşanmada veya davada karı ve kocanın boşanmaya sebep olacak

vakayı kabul etmelerinde de yok mudur? Terke ilişkin hükmün 50 yıllık uygulaması, bu tür sakıncalara sebep olmuş mudur? ve olmuş ise bunun oranı nedir? Biz, böyle bir mubalağalı uygulamayı işitmedik : Aksine, resmi istatistikler rızai boşanma yoluna imkan veren Medeni Kanun'un 132. maddesinin normalin dışında uygulanmış olduğunu göstermemektedir. Eğer karşılıklı boşanmaya kanunen düzenli bir şekil verirsek durum başka türlü mü olacaktır? Bizce hayır!

Şu veya bu yolda bugün Türkiye'de rızai bir boşanmanın mevcut olduğu gerçeğini en yetkili ağızdan, bu suretle, işitmiş oluyoruz. Bu çözüm, savundukları Medeni Kanunumuzun sistemi ve ruhi ile ne ölçüde bağdaşır? Biz diyoruz ki, zaruretler ve olaylar kanun tanımıyor : Hâkim gerçeği kabul zorunda kalıyor. Bunun için, Kanunda açık bir imkân mevcut olmadığından, hâkim boşanmayı dolambaçlı yollardan kabul zorunda kalıyor. Bu suretle mevcut ve müsbet hukuk, uygulanan hukuktan ayrılıyor. Eğer söylemek caiz ise, uygulama, kanunun hükmü ile alay ediyor. Biz, ise, bu başıbozuk gidişi düzenleyelim, sakıncalı yönlerini bertaraf edelim. fevri kararlara mani olalım, diyoruz. Elbette, boşanma anlaşması bir borçlar hukuku anlaşması niteliğinde değildir. Bu nedenle, böyle bir anlaşma şartları ve sonuçları bakımından *hâkimin kontrolüne* tabi olmalıdır. Oysa sayın Şener'in sağlık verdiği ve uygulamada cereyan eden rızai boşanma şekli, eşlere, çocuklara özellikle korumak istediği boşanan kadına yeteri teminat verir nitelikte değildir.

Acaba, Şener'in ileri sürdüğü hukukî, ahlakî ve fiili endişe ve mülahazalar, uzun tecrübelerden sonra, bugün karşılıklı rıza ile boşanmayı kabul eden memleketlerde yok mudur? Elbette her çözümün bir de sakıncası vardır. Önemli olan, eski bir deyimle «Ehveni Şerri» seçmektir.

Şener'in diğer bir çelişmesine de işaret zorundayım : Yazar, avukat Rahmi Magat'ın teklifi üzerine birinci Hukuk Kongresinin Özel Hukuk komisyonunda kabul edilmiş olduğu halde umumi heyette red edilmiş bulunan formülü teklif ve tekrar etmektedir. Buna göre «eşlerin boşanma isteklerini şahsen beyan etmeleri evlilik birliğinin *sarsıldığına* bir delil teşkil edebilir. Hâkim, bu delili serbestce takdir eder». Yazar, daha sonra yargıtayın da içtihatı haline gelmiş olan bu çözümün yeterli olduğunu ifade etmektedir. Şener'in bize

müjdelediği bu içtihat, birinci Hukuk Kongresinden *daha sonra* ve 23.1.1972, 11.2.1972, 22.3.1976 tarihlidir. Herhalde Yargıtay bazı gerçekler karşısında, tarafların bazı *vakaları* mahkeme huzurunda kabul etmelerini delil olarak kabul eylemek zorunda kalmıştır. Boşanmada büyük bir kolaylık sağlayacak ve hatta, rızai boşanmaya da yol açabilecek nitelikte olan bu içtihat, ne dereceye kadar Medeni Kanunumuzun 150 nci maddesinde öngörülen prensiple bağdaşır niteliktedir. Eğer bu mümkün idi ise, neden Yargıtay 50 senelik bir gecikme ile bu içtihatta bulundu? Eğer böyle ise, aynı hükmün yürürlükte bulunduğu İsviçre'de federal mahkeme bu çözümü kabul etmedi. İşaret edelim ki, Şener'in bu son önerisi ve yargıtayın kabul ettiği çözümü, 40 yıl önce, avukat Gad Franko tarafından ileri sürülmüş ve ozamanın hukukçuları tarafından red edilmişti. Bugün, başka memleketlerde, özellikle Alman Medeni Kanununun 1975 tarihinde, açıkca kabul edilmiştir. İşaret edelim ki bu memleketlerde bu çözümün kabulü için bir kanuna ihtiyaç hasil olmuştur. Aca- ba, Yargıtay bu alanda Medeni Kanunun 1. maddesinin kendisine tanıdığı yetkiyi mi kullanıyor? Yargıtayın bu son içtihatını büyük bir sempati ile karşılamakla beraber, bunun Medeni Kanunun 150. maddesi karşısındaki mevkiini iyi belirtmek lâzımdır. Eğer Türk Yargıcı, Medeni Kanunun 1. maddesinin kendisine verdiği yetkiyi kullanıyorsa, biz bunun kanun yolu ile yapılmasını savunmuştuk. Oysa sayın Şener, yine aynı yazısında (s. 15),

«Hal böyle olunca, Hâkime başvurularak rızai boşanma olmaz. Hâkimin takdir hakkı kaldırılamaz. Bu sebeptendir ki, Medeni Kanununun 150. maddesi ikrar ve kabulü dahi önlemekle iradeye karşı baskıları önlemek istemiştir» demektedir. Tarafların mahkeme huzurunda yapmış oldukları *vakaların* kabulüne ilişkin beyanlarının takdirinin «Hakime ait» olması, fiiliyatta nasıl bir sonuç verecektir? Cevap verelim : Bu vakaları beyan tarafları Hâkim huzurunda bazan da yalan söylemeye teşvik edecek ve Hâkim de, kolayca boşanmaya hükmedecektir. Bu ise rızai boşanmanın resmen kabulünden başka birşey değildir.

Bütün bu gayretler, ortada çözümlenmesi gereken bir sorunun varlığını ifade etmektedir. Biz dolaylı olarak MK 150 kuralını bertaraf eden- içtihatın zorladığı bu çözümü, kanun yolu ile getirmek istiyoruz. Ancak, burada, Şenerle çok yaklaştığımızı ifade etmek isterim. Aramızdaki fark, çözümün bir kanun yolu ile ve eşlerin, ço-

cukların durumlarının açık suretde hükme bağlanması veya bunu içtihat yolu ile halledilmesinden ibarettir.

Fikirlerine ihanet etmemiş olmak için aynen yukarıya geçirmiş bulunduğumuz ve en yeni fikirleri temsil eden iki İsviçre'li hukukcunun da vardığı sonuç aynıdır. Bu fikirleri cerheden -hiç değilse şimdilik- bir karşı görüşe tesadüf edemedik. Hinterling'in ifadesinden, bilâkis, anlaşmalı boşanma fikrinin tadil komisyonu tarafından da kabul edilmek üzere olduğu anlaşılmaktadır. Bu iki müellifin beyanlarından, İsviçre hukuku ile ilgili olarak şu kesin sonuçları saptamak icabeder : 1) *İsviçrede fiilen anlaşmalı boşanma mahkemelerce uygulanmaktadır.* 2) Kanunda açık bir mesnedi olmamakla, hatta, kanunun ruhuna aykırı bulunmakla beraber, umumî görüş ve anlayışlar, bu tür bir boşanmayı tepki ile karşılamak şöyle dursun, akla yakın 3) İMK. 142 bu tür bir boşanmaya a) imkân vermektedir; makul ve gerçekçi görmektedir. Esasen anlaşmalı boşanma MK. 142 nin kabul ettiği temelden sarsılma prensibine de aykırı değildir. 4) Bu nedenle, anlaşma suretiyle boşanma, kanunen düzenlenmeli ve bu iş bir zaptırapta tabi kılınmalıdır. Böylelikle, boşanma hukuku ile sosyal gerçekler arasındaki fark ortadan kaldırılmalıdır. 5) Müessesenin soysuzlaşmasını önlemek için, gerekli tedbirler birlikte getirilmelidir. 6) Diğer memleketlerde yapılan veya yapılması düşünülen örneklerden faydalanılmalıdır. 7) Kusurun boşanmada artık önemli bir rolü olmamalı, bu ancak boşanmanın sonuçları yönünden bir değeri haiz olmalıdır.

Bu fikirler ve gerçekler karşısında İsviçre vazı kanunu ne söyleyecektir bunu önümüzdeki sene veya senelerde göreceğiz.

VI. SONUÇ :

Hemen söyleyelim ki, boşanma sebepleri ve temelden sarsılmaya ilişkin kanunumuzun 134. maddesinin diğer özel boşanma sebepleri karşısındaki uygulanması ve oranı, şayanı hayret derecede İsviçre'de olanlara ve İsviçre rakamlarına büyük bir yakınlık göstermektedir. Türkiye'de de İsviçre'de olduğu gibi, boşanma sebepleri yavaş yavaş yerini temelden sarsılmaya ilişkin MK. 134' e terketmektedir. Aşağıdaki rakamların göstereceği gibi, memleketimizde, 1958 yılında hükme bağlanan 11.294 boşanmadan 3424'ü özel boşanma sebeplerine, buna karşılık, 7870 boşanma MK. 134 hükmüne

dayanmaktadır yani o tarihte hükme bağlanan boşanmaların % 69'u temelden sarsılmaya ilişkin hüküm gereğince olmuştur. On sene sonraki yani 1968 yılı istatistiğine göre, vukua gelen 11.255 boşanmadan 2512'si özel sebeplere, buna karşılık 8743'ü temelden sarsılma hükmüne göre gerçekleşmiştir. Diğer bir deyimle, dayanılan boşanma sebeplerinin % 77,06 sı MK. 134'e göredir. Bu son hükme göre, uygulama oranı yaklaşık olarak % 8 kadar 134. madde lehine ve diğer maddeler aleyhine artış göstermiştir. 1973 yılında vukua gelen 10.737 boşanmadan 1957'si özel sebeplere, buna karşılık 8780'i temelden sarsılma kuralına göre vuku bulmuştur, *Oran* % 91,08 dir. 1958 ve 1973 rakamlarını karşılaştıracak olursak, temelden sarsılma hükmüne göre meydana gelen boşanmaların, genel boşanma toplamına nazaran oranı % 69,6 dan % 81,8'e yükselmiştir. Bu suretle, 17 sene içerisinde yaklaşık olarak temelden sarsılma prensibine göre boşanma lehine % 12 bir artış görülmektedir.

Bu müşahade ve rakkamlar, Türk boşanma hukukundaki gerçeği çok açık bir şekilde ifade etmektedir. O da, tıpkı İsviçre'de olduğu gibi, Türkiye'de de özel boşanma sebeplerinin pek az itibar görmesi, hatta gittikçe uygulanmalarının azalmasıdır; buna karşılık, şiddetli geçimsizlik denilen temelden sarsılmaya dayanan boşanma sayısı artmaktadır. Bu son tür boşanmalardan ne kadarının eşlerin şu veya bu şekilde anlaşmaları suretiyle vukua geldiğini tespit mümkün değildir. Ancak, pratik bir müşahade olarak hiç değilse bu tür bir sebebe müsteniden vukua gelen boşanmaların yarısının anlaşmalı şekilde cereyan ettiğini kabul etmek mümkündür. Fiiliyatta boşanma ya iki tarafça aynı sebebe müsteniden istenilmekte veya eşlerden birisi tarafından açılan dâvada, diğer eş geçimsizlik vakıasını reddetmemekte, bu durumu müşahade eden hâkim de -içinde başka bir tereddüt yoksa- dinleyeceği iki şahitle evliliğin kökünden sarsıldığını kabul ederek, boşanmaya karar vermektedir. Türk hâkimi de, tıpkı İsviçre hâkimi gibi eşlerin mahrem hayatına girmekten kaçınmakta, geçimsizliğin gerçek sebeplerini araştırmayı yersiz ve lüzumsuz görmektedir. Bu çözüm tıpkı İsviçre'de olduğu gibi ne Türk kamu oyununda ne de hukuk literatüründe bir tenkit konusu yapılmıştır. Çünkü bu çözüm tıpkı İsviçre'de olduğu gibi makul ve muhik gözükmektedir. Taraflar boşanma hususunda mutabık olduğundan veya mutabık kaldıkları takdirde verilen boşanma kararı temyiz kontrolünden kaçmakta ve bu suretle kanunda olmayan anlaşmalı bir boşanma toplumsal gerçeğe uygun olarak bir boşanma sebebi olarak fiilen yaşamaktadır.

Bizim Şahsî görüşümüz bu merkezdedir; memleketimizin güzi-
de hukukçularının bir araya geldiği bu toplantıda sizlerin değerli
katkılarınızla bu cihet daha da aydınlığa kavuşacaktır.

Bu, anlaşmalı boşanmanın kayıtsız şartsız memleketimize geti-
rilmesi anlamına gelmemelidir. Aile, Türk toplumsal gerçeklerimize,
Türk ahlâkî anlayışına ve Türk Anayasasına göre toplumumuzun en
kıymetli müessesesi ve çekirdeğini teşkil eder. Bu anlayış her Türkte
mevcuttur. Bu itibarla ailenin selâmet ve istikrarı aynı zamanda
bir toplum meselesidir; eşlerin bu birlik üzerindeki tasarruf yetki-
leri toplum fayda ve gerçekleriyle sınırlıdır. Ne şahsiyet haklarının
aşırı derecede sınırlanamaz olması, ne de akit serbestisi eşlere key-
fi bir surette evlilik birliğini ortadan kaldırma imkânını veremez.
Ayrıca o birlikten doğan, özellikle henüz reşit olmayan çocukların
maddî, ruhî ve terbiyevî durumları eşlerin şahsî menfaatlerini sınırlayıcı
ve onların bu menfaatlerini arka plâna atar niteliktedir. Fakat kökünden
sarsılmış ve hayatini kaybetmiş bir evliliği ve buna samimiyetle inanan
eşlerin, birlikte yaşamalarını genel menfaat veya çocukların menfaati
nedeniyle zorla istemek de manasızdır. Zira böyle bir evlilik eşler için
zararlı olduğu kadar toplum ve çocuklar için de zararlıdır. Önemli olan
bu üç menfaati makul sınırlar içerisinde bağdaştırabilmektir. Ne hâkimin
kararı, ne de kanunun hükmü, kişilerin iç ve özel hayatıyla ilgili olan bir
hususu düzene koymaya ve ona hayatini vermeye yeterlidir. Eğer memle-
ketimizde geçimsizliğe müstenit boşanmaların arkasında tarafların
anlaşmaları her hangi bir ölçüde rol oynuyorsa, bu gerçeğin zarar-
larını azaltmak için kanun vazı müdahale etmelidir. Bu suretle il-
gililerin karşılıklı menfaatleri daha makul ölçüler içerisinde dü-
zenlenebileceği gibi mevcut, uygulama ile kanun hükümleri arasın-
daki açık zıtlasma bertaraf edilmiş ve bu suretle kanuna saygı fikri
toplumda sarsılmamış, bilâkis kuvvetlenmiş olur. Görüşümüze gö-
re Türkiye'deki gerçek de budur.

İzahlarımızın baş kısmında isimlerini zikrettiğimiz en ileri
memleketlerde boşanma hukukunda anlaşmalı boşanmaya, özellikle
son on sene içerisinde, önemli bir yer verildiğini göstermiş bulu-
nuyoruz. Avrupa memleketleri Hıristiyanlık anlayışının hilâfına,
hatta bu anlayışla mücadele etmek suretiyle bu çözüme varmak is-
temektedirler. İtiraf etmeli ki, başka memleketler bu çözümü iyi
ve sıhha*lı olduğundan değil, bütün sakıncalarına rağmen toplumsal

bir gerçeğe uygun kaçınılması mümkün olmayan bir çözüm tarzı olduğundan ötürü kabul etmektedirler,

Yukarıda anlaşmalı boşanmanın kabulünün, beraberinde, bu müessesenin soysuzlaşmasını önleyici tedbirleri de beraber getirmesine işaret ettim. Mukayeseli Hukukta bu tür tedbirlerin örnekleri vardır. Bu tedbirlerin başında eşlerin salim bir düşünce sonunda ve maddî ve manevî hiç bir baskı altında kalmadan ciddi olarak boşanmaya karar vermiş olmaları ve bunun sağlanması gelir. Bu maksatla eşlerin her biri ayrı ayrı hâkime arzularını açıklarlar. Muhelif fasılalarla bu arzuyu tekrar ederler; hâkim bir pişmanlık devresine imkân vermek için derhal karar vermez, eşlerin bir süre ayrı yaşamaları öngörülür. Bu ayrı yaşamadan sonra da birleşme mümkün olmazsa kesin boşanmaya hüküm verilir. Bu meyanda dikkat edilecek nokta, kabul edilecek çözüm şeklinin ciddi olmayan evlenmeleri teşvik edici nitelikte olmamasıdır.

İşaret edelim ki, yukarıda görüldüğü gibi anlaşmalı boşanma sorunu memleketimizde zaman zaman tartışma konusu olmuş, lehinde ve aleyhinde fikirler ileri sürülmüştür. Aleyhinde olanların gerekçesi, Türk Kadınının erkeğin nüfuz ve tesiriyle boşanmaya rıza göstermesi ve bu yoldan bu müessesenin kadınlar aleyhine işlenmesi endişesidir. Yaklaşık olarak, 35 - 40 yıl önce ileri sürülmüş olan bu gerekçenin, bugünkü sosyo - ekonomik şartlar içerisinde tam olarak isabetli olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira, istatistikler boşanma taleplerininin aşağı yukarı aynı oranda kadın ve erkek tarafından istenildiğini göstermektedir. 1965 yılında vukua gelen 12.235 boşanmadan 6225'i erkek, 5964'ü ise kadın tarafından, 1958 senesinde 11.294 boşanmadan 5003'ü kadın tarafından istenilmiştir. Yani, 1958 yılında boşanma dâvası açan kadının sayısı. 5003 olduğu halde 1965 yılında, bu sayı 5964 'dür. Sonuç şudur; Türk kadını hakkını aramayı bilmektedir. Hiç değilse bu yönden kocanın tahakkümüne tabi değildir. O halde rızâ boşanmaya taraftar olmayanların argümanları pek okadar da gerçeğe uymamaktadır.

memleketimizde şimdiye kadar itibar görmemiş olan sulh teşebbüsü ve uzlaştırma müessesesi daha güzel tanzim edilebilir. Eşler yapacakları ve hâkim tarafından tasdik edilecek mukavelelerle boşanma sonucu malî ilişkilerini düzenlerler. Özellikle reşit olmayan çocukları hakkında gerekli tedbirleri alırlar.

Diğer taraftan anlaşmalı boşanma, görüşümüze göre, Türk kadınının aleyhine değil, lehine olan bir çözümdür. Şöyleki; Türkiye'de ki boşanmaların % 90'ının geçimsizliğe dayandığı bir gerçektir. Bunun yarısının anlaşma yolu ile yapıldığı kabul edilirse, anlaşmalı boşanma aleyhinde olanların endişeleri bugünkü yürürlükte olan düzen bakımından da mevcuttur. Eğer kanunlarımızın lafzına rağmen, anlaşmalı boşanmaların memleketimizde mevcut olduğu kabul edilirse, bunun, kadınlar zararına olmamasının en emin yolu, bu işlerin açığa vurulması ve kadının hâkim huzurunda ve şahsen her türlü teminat altında rızasını beyan etmesi ve kendisine ayrıca malî menfaatlerin sağlanabilmesi, bugün perde arkasında cereyan edenlere nazaran, daha sağlıklı bir çözüm değil midir?

MK. HÜKÜMLERİNE GÖRE BOŞANMANIN GENEL SEBEBİ İMTİZAÇSIZLIK VE YARGITAY UYGULAMASI

Prof. Dr. Nüşin AYİTER

I — BOŞANMA İLKELERİ

II — İMTİZAÇSIZLIK SEBEBİYLE BOŞANMA

- 1 — Geçimsizlik, evlilik birliğinin sarsılması
- 2 — Kusur esası.

III — SONUÇ :

I — Boşanma ilkeleri : Evliliği ilk plânda Devletin ve toplumun amaçlarına yarayan bir kurum olarak değerlendiren hukuk düzenlerinde boşanma «elverişsizlik - Zweckverfehlung» esasına dayanır. Böyle düzenlerde evliliğin sarsılmış olup olmadığına bakılmaksızın mücerret kısırlık, hastalık, çocuk yapamama bir boşanma sebebi olarak kabul edilir. Bunun bir örneğini 1938 tarihli Alman Evlenme Kanununda görüyoruz (Gernhuber, Lehrbuch des Familienrechts, 1964 sh. 200). Öte yandan evliliğin devam edip etmeyeceğini sadece karı ve kocanın iradesine bağlı bir husus ve evliliği bir akit sayan görüşler, tek taraflı ya da karşılıklı rıza ile evliliğe son verilmesini kabul ederler. Bu iki uç görüşün karşısında evliliği hukukun güvencesi altında bir kurum sayan görüşler yer alır. Bu doğrultuda boşanma iki ilkeye dayanır : Kusur ilkesi ve sarsılma ilkesi. Bu ilkelere göre evliliğe ancak eşlerden biri öbürüne karşı görevlerini kusurlu bir şekilde ihlâl ediyorsa, ya da eşlerden birinin kusuru olsun olmasın, evlilik temelinden sarsılmışsa son verilebilir. Kusur ve sarsılma ilkeleri bağdaşmaz ilke-

ler değildir. Evliliğin sarsılmasına yol açan pek çok sebebin temelinde eşlerin kusurlu davranışları yatar. Öte yandan kusurlu davranışların boşanmaya yol açması için evliliğin sarsılmış olması gerekir. Kusur ilkesi çok dardır. Bazen eşlerde kusur bulmak mümkün değildir, ama evlilik sarsılmıştır. Ya da tam tersine kusur vardır, fakat evlilik canlılığını korumaktadır ve boşanma ruhsal açıdan iyi bir çözüm olamaz.

Bazı hukuk düzenlerinde rızâ boşanmanın kabul edilmesinin sebebi insan haysiyet ve özgürlüğüdür. Boşanma dâvasında özel hayatın açıklanması zorunluğundan insan haysiyetiyle bağdaşmaz. Kaldı ki bir evlilik bağından gerçekten kurtulmak isteyen eşler, yargıcı kanunun kabul ettiği boşanma sebeplerinden birinin varlığı konusunda aldatabilirler. Bir evlilikten ciddî olarak kurtulmak isteyen eşler ne yapıp yapıp amaçlarına varırlar. Hele kanunda örneğin terk gibi hem özel hayatın açıklanmasını gerektirmeyen, hem de Türk hukukunda olduğu gibi az çok kısa süreli bir bekleyişten sonra boşanmayı mümkün kılan bir özel sebep varsa, özel sebep namı altında rızâ boşanmayı elde etmek çok kolaydır. Aslında rızâ olan boşanmaların, geçimsizlik namı altında gerçekleştirildiği de bir vakiydir. Ne varki, Hukuk düzeninin kayıtsız ve şartsız olarak rızâ boşanmayı kabul etmesi evlenmenin sırf kişisel amaçlara yarayan ve devam edip etmemesi eşlerin keyfine bırakılmış bir müessese halinde yozlaşmasına yol açarsa eşlerin ciddî bir devam iradesi göstermesine fırsat verilmemiş olur. Yargıtay rızâ boşanma şüphesi olan olaylarda, dâvanın reddi cihetine gitmektedir. Tarafların müşterek arzuları verilecek kararın dayanağı olamaz (2 HD. E. 617, K. 694 İBD. Cilt 46, sh. 267; HGK. 11.3.1964 E. 655/D2, K. 200 ABD. 1965 sh. 29; HGK. 13.12.1967 E. 866/2 - 805, K. 613, İKİD 1968 sh. 5977). Rızâ boşanma özellikle çok genç evliliklerle, kadının ve erkeğin hayatlarının güç dönemlerine rastlayan 20 - 25 yıllık evlilikler için ciddî bir tehlikedir (Zeren, Y. : Kritik Yaşların Şidetli Geçimsizlik Tevliid Etmesi, ABD 1966 sh. 245, 246).

Kusur, sarsılma, elverişsizlik ve taraf rızası ilkeleri bağdaşmaz ilkeler olmadığı için, her ülkede kanun koyucu karma bir sistem yaratabilir. İlkelerin sistem içinde payı ve ağırlığı, o ülkenin boşanma hukukunun özelliğini oluşturur. Türk MK. bazı boşanma sebepleri bakımından sırf kusur esasını benimsemiştir. Zina tek bir kusurlu hareket, tek bir zaaf anı sonucu da olsa, evliliği sars-

mamış bulunsa dahi mutlak bir boşanma sebebidir. Fakat kanunun genel eyilimi kusur ve sarsılma ilkelerinden birlikte yararlanmaktadır. Geçimsizlikte MK. md. 134/II dolayısıyla sarsılma ve kusur ilkesi birlikte kullanılmaktadır. Kanun elverişsizlik ilkesine de yer vermekte; fakat bu ilkeyi o mutlak ve acımasız haliyle değil, akıl hastalığında sarsılma prensibiyle bağdaştırmak suretiyle yapmaktadır.

Kanunda boşanmanın özel sebepleri boşanma ile ilgili kısmın ilk beş maddesinde (md. 129 - 133) düzenlenen açık ve somut olaylardan ibarettir. Bunların dışında «imtizaçsızlık» matlabı altında, MK. md. 134 hükmü ile hâkime ayrıntıları gösterilmeyen daha bir çok hallerden dolayı da boşanma kararı vermek imkânı sağlanmaktadır.

MK. tadil ön tasarısında, imtizaçsızlık matlabı değiştirilmiş ve kaynak kanuna uygun olarak «evlilik birliğinin sarsılması» kavramı kullanılmıştır. Yapılan önemli bir değişiklik, ilerde değineceğimiz üzere kusur sorunu ile ilgilidir. Değişiklik gerekçesinde bu sebebe dayanan boşanmaların, tüm boşanmalar içindeki oranının % 60 - % 70'e vardığı belirtilmektedir. Bu da uygulamada boşanma sorununun ağırlığını bu hükmün taşıdığını gösterir. Bu hal evlilik ilişkisinin, evlilik bağının sarsılıp zedelenmesi olup, yüzeysel geçimsizlik kavramından her halde farklı ve derine inen bir durumdur. Evlilik bağının sarsılması karı kocayı birbirine bağlayan beraberlik duygusunun sönmesidir. Bu ise mutlaka geçimsizlikten doğmaz ve mutlaka geçimsizlik doğurmaz. Her hangi bir olay, herhangi bir tutum ve davranış evlilik bağına birden bire sarsabilir. MK. md. 134'de, öbür boşanma sebeplerinde olduğu gibi belli olgular değil, fakat genel ve esnek bir kural vardır. Çünkü kanun koyucunun önceden kestiremeyeceği binlerce olaydan biri karı koca beraberliğini sarsabilir, onlar arasında bir uyumsuzluk, bir bağdaşmazlık meydana getirebilir. Bu uyumsuzluktan dolayı boşanma hükmünün verilebilmesi için bazı şartlar vardır :

1 — Geçimsizlik ve sarsılma : Sarsılmayı MK. geçimsizlik kavramı ile ifade etmektedir. Oysa geçimsizlik, karı-kocanın zaman zaman darılmaları, birbirine yabancılaşmaları hemen her evlilikte olağandır. Fakat bu kırgınlıklar her zaman bir boşanma sebebi olarak kabul edilemezler. Kırgınlık, uzaklaşma, yabancılaşma

müzminleşmeli eşlerin birbirlerini yeniden bulmaları umudu ortadan kalkmalı, birlik zihniyeti, bağlılık bilinci sona ermelidir. İşte ancak bu durum evlilik birliğinin sarsılması, harap olması (Zerrüttung) olarak nitelendirilebilir. Yargıtay bu sarsılma kavramını başarı ile kullanmıştır. Yargıtaya göre, gerginlikler, hayal kırıklıkları, öbür eşin yakınları ilk kavgalar sık sık meydana gelseler bile evlilik birliğinin harap olduğunu kabule yeterli değildirler. Uzun ve uyumlu bir evlilik hayatını başarı ile geçirdikten sonra, evliliğin ileri yaşlarda, hele eşlerden birinin yaşlılık gereği hastalıklarından dolayı yıkılması kabul edilemez. «Dâvalı kadının hastalığı sırasında bazı hırçınlıklar göstermesi, uzun yıllar boyunca devam eden evlilik hayatının boşanma ile sona erdirilmesini gerektirmez» (YHGK. E. 969/2-378, K. 85, 11.2.1970. İBD. Cilt 44 sh. 45).

Tarafların uzun evlilik yıllarını muvaffakiyetle geçirmiş olmaları, boşanma dâvasının reddini gerektirecek bir vakiadır (2 HD. E. 4716, K. 713, 3.2.1970, İBD, 45 sh. 515).

Şiddetli geçimsizlik eşin, öbür eşin yakınlarına karşı tutumundan da doğabilir; ama eşlerin yakınlarının kavgalarının evlilik birliğini sarsacağı kabul edilemez (YHGK. 15.2.1961, E. 2/3, K. 4 İKİD 1961 sh. 794). HGK. bir kararına göre bir kimsenin üvey çocuğuna kötü muamele yapması evliliği sarsar (HGK. 8.1.1969 E. 2/700, K. 14, İKİD 1969 sh. 7791). Fakat 2 HD. bir kararına göre üvey çocuklara bakmak bir kimsenin kanunî değil, ahlâkî bir vazifesidir. Bir kadın eğer bu külfete katlanıyorsa onun hırçınlıklarını koca müsamaha ile karşılamaya mecburdur (2 HD. 11.12.1970, E. 6655, K. 65 11 ABD 1972 sh. 115).

Evlilik birliğinin sarsılmış olduğu hususunda hâkimde bir kanaat yaratılmalıdır. Bunun için sarsılmayı doğuran olaylar ileri sürülür. Olayların herkese göre, hayatta edinilen tecrübelerle göre evlilik bağına sarsmaya elverişli olması gerekir. Yargıtayın kararlı içtihatlarına göre münferit bir olayı geçimsizlik belirtisi saymak hatalıdır. Eşlerden birinin kumar iptilâsı bile şiddetli geçimsizlik doğurmadıkça, boşanma sebebi olmaz. Karı - kocanın sık sık kavga etmesi, karının küfretmesi, eğer erkek haksız hareketleriyle buna sebep oluyorsa, boşanma sebebi sayılmaz. Çünkü Yargıtayın véciz ifadesiyle «olaylar amilleri ile birlikte değerlendirilmelidir» (HGK. 6.4.1967 E 2/784, K. 171, İKİD 1967 sh. 5329; THGK.

5.5.1968 E. 966/2 1107, K. 299 İKİD. 6164). Yargıtaya göre ruhî ve fikri anlaşmazlık, karı - kocanın his fikir ve mizaçları bakımından mutlak olarak uyusmamış olmalarıdır. Bunun somut belirtileri bulunmalı ve bu belirtilerin evlilik birliğinin çekilmez hale geldiğini kabul ettirecek nitelikte olması gerekir. Eğer hâkim, bu unsurları aramazsa, rızâî boşanmaya yol açılmış olur (YHGK. 11.3.1964, E. 655/D.2 K. 200, ABD. 1965, sh. 29).

Unsuruların takdirinde Yargıtay her zaman tutarlı değildir. Bazı karakter bozuklukları ve davranışlar şiddetli geçimsizlik doğurmaya elverişli sayılmıştır. 1968 yılına ait bir HGK. kararında, kocanın men etmesine rağmen karının kumar oynamakta ısrar etmesi (YHGK. E. 966/2 107, K. 299, İBD. cilt 42 sh. 642) 2 HD. nin 1966 yılına ait bir kararında kadının Türk ailesinin geleneklerine uymayan davranışları (2 HD. 6.12.1966 E. 5917, K. 6725, İBD. 41, sh. 41, 42) karı - koca arasında gizli kalması gereken konuların sağda solda ifşa edilmesi (YHGK. 8.11.1961 E. 2/67, K. 42 ABD. 1962 sh. 175); kocanın karısına mal bağışlaması için baskı yapması (YHGK. 21.3.1962 E. 2/14, K. 27 ABD 1962 sh. 144); kocanın karısına payvonda çalışmayı teklif etmesi (2 HD. 16.11.1970 E. 5548, K. 6007 RKD. 1971 sh. 22). Kadının hırçın ve tecavüzkâr oluşu, kocaya müessir fiil ikâi (YHGK. 26.11.1975 E. 973/2 - 89 K. 240 İKİD 1975 sh. 3727). Gerek karıda gerek kocada müşterek hayatı çekilmez hale getiren kıskançlık (YHGK. 26.4.1972 E. 1971/2 589, K. 262 İKİD 1972 sh. 1249) yıkanmamak (HGK 11.2.1964 E. 604/D 2, K. 195 İKİD 1964 sh. 3068) geçimsizlik sebebi olarak değerlendirilmektedir. Geçimsizliğin sürüp gitmesi tarafların bir arada oturmalarına da bağlı değildir (HGK. 17.1. 1968 E. 966/2 - 1206 K. 33 İKİD 1968 sh. 5976, ABD. 1968 sh. 284).

Öte yandan kedilere fazlaca düşkünlük (THGK. 6.5.1964 E. 682/D - 2 K. 347, ABD 1964 sh. 517); kocanın rızası olmadan parti işleriyle uğraşmak ve İngilizce kurslarına gitmek; kocaya pısırik demek (YHGK. 10.7.1968 E. 2/491 K. 554 İKİD sh. 6425), kocanın ev işlerini görmesi (HGK. 13.12.1972, E. 971/2-168, K. 1357, İBD. 47 sh. 50 - 52) gibi halleri de Yargıtay şiddetli geçimsizlik sebebi ve belirtisi saymaktadır. Kocanın futbol maçlarına düşkünlüğü ise geçimsizlik sebebi değildir (yukardaki karar). Bu kararlar Yargıtayın karı - koca ilişkileri bakımından biraz geleneksever bir tutum içinde olduğu izlenimini uyandırıyor. Oysa şimdi göstereceğim ör-

nekler bu izlenimi silmektedir : Dâvacı kocanın, eşinin memur olduğunu bilerek evlenmesi halinde, çalışma ile ilgili konuları geçimsizlik sebebi yapmaya hakkı yoktur (YHGK. 31.5.1972 E. 1969/2 - 483 K. 344, İKİD sh. 1183). Çarşı içinde ev tutup karısının terzilik yapmasına müsaade eden kocanın karısının evin karşısındaki mağazanın şefi ile pencereden konuşmasının tevhit edeceği dedikoduyu geçimsizlik sebebi yapmaya hakkı yoktur (YHGK. 14.3.1962 E. 2/43, K. 26, ABD. sh. 674); kadının iffetsizliği yolundaki şaya boşanma sebebi olamaz (YHGK. 14.2.1968, E. 2/1597, K. 79 İKİD 1968, sh. 6167); Karı - koca arasındaki din ve milliyet farkı geçimsizlik sebebi olmaz (YHGK. 11.10.1972, E. 1971 - 2 493, K. 829, İKİD 1973 sh. 1721, İBD. Cilt 47 Sayı 1,2 sh. 446).

Nikâhtan sonra kocanın düğün yapmaya yanaşmaması boşanma sebebi olarak düşünülemez, kanunun öngörmediği bir konuda geleneklere üstünlük tanınmaz (2 HD. 5.7.1971, E. 4422, K. 4376, RKD. 1971 Sayı 11 sh. 363).

Evlilik birliğinin boşanma ile sona erdirilmesi için birlik ve beraberlik duygusunun yalnız bir eşte sona ermiş olması kâfidir. Eşlerin birindeki devam arzusu öbür eşi evlilikle bağlamamalıdır. YHGK. güzel ifadesiyle «tek taraflı sabır ve feragatla aile birliğini devam ettirmeğe hiç bir kanunî mecburiyet yoktur» demektedir (YHGK. 11.1.1961 E 2/81, K. 43, ABD. 1962, sh. 163).

Evlenme ile devamlı, hayatın acı, tatlı bütün olaylarında dayanışmayı gerektiren bir birlik kurulur. Bugünkü sistemde eşlerden birinin hastalığı veya uğradığı iktisadî yıkıntı öbür eşe boşanma imkânı vermez. Verem, kanser, sakatlık, bunlara benzer başka arızalar, devamlı tedaviye ihtiyaç göstermeleri ve bu yüzden ailenin bütün yükünü sağlam eşin tek başına taşımaya mecbur kalması halinde dahi boşanma sebebi olmazlar. Bununla beraber bazı vücut arızaları ve hastalıklar özel nitelikleri gereği hayat ortaklığını zedeleyebilir, evlilik birliğini temelinden sarsabilirler. Yargıtay uygulaması bu bakımdan tutarlı değildir. Yargıtayın bir kararına göre «şiddetli geçimsizlik kusur esasına dayanan bir olgudur. Kusur ise kasdî hareket sonucu meydana gelir. Bu yüzden vücut arızaları şiddetli geçimsizlik, binnetice boşanma sebebi sayılamaz» (Y. 2 HD. 28.12.1970 E. 7142, K. 7135 İKİD 1971 sh. 341). «Eşler arasında kan uyumsuzluğunun bulunması, kısırılık, doğan çocuğun felçli olması gibi olaylar hiç bir zaman boşanma sebebi sayılamaz. Zira evli-

lik tasa ve kıvanç paylaşması olup, bu gibi olaylarda tarafların birbirini desteklemesi ve birbirine yardımcı olması asıldır» (Y. 2 HD. 52.9.1974 E. 4452, K. 5979 İKİD 1974 sh. 4077). Fakat Yargıtay bazı içtihatlarında bu çizgiden ayrılmakta kısırlığın bir boşanma sebebi olmadığını tekrarlamakla beraber, karı ve kocadaki bu fizyolojik kusurun geçimsizlik doğurup müşterek hayatı çekilmez hale getirmesi halinde boşanma kararı verilebileceğini söylemektedir (Y. 2 HD. 3.2.1972 E. 362, K. 471 ABD. 1972 sh. 352; İBD. Cilt 46 sh. 266; RKD. 1972, sh, 147). Kocanın cinsel iktidarsızlığı da boşanma sebebiidir (Y. HGK. 16.11.1966 E. 2/75, K. 288 İKİD 1967 sh. 5071). İşte hayatın zorlamasıyla Yargıtay uygulamasına da yansıyan bu tutarsızlık, MK. tadili ön tasarısında akıl hastalığına dayanan boşanmayı düzenleyen 133 üncü maddenin, matlabı da değiştirilmek suretiyle kapsamının genişletilmesiyle giderilmek istenmiştir. Maddenin gerekçesine göre, uzun süren ağır hastalık ve kısırlık dolayısıyla boşanmak isteyenlerin 134 üncü maddedeki geçimsizlik sebebine dayanarak dâva açmaları gerekmektedir. Bu ise toplumun sosyal bünyesinde aksaklıklara yol açmakta ve çok evliliklere, imam nikâhına sebep olmaktadır. Onun için hastalık, sakatlık, kısırlık gibi durumlar yüzünden evlilik ödevlerinin gereği gibi yerine getirilmesinin mümkün olmaması, bu durumların en az üç yıldan beri devam etmesi ve bu durumlar yüzünden müşterek hayatın çekilmez hale gelmesi şartıyla hâkim boşanma hükmü verecektir. Bir aksaklığı tamir etmesi beklenen bu hükmün ne gibi başka aksaklıklar doğuracağı üzerinde durulması gerekir. Konumuz dışında kalan bu hususa değinmeyeceğiz.

Yargıtayın bir kararına konu olan bir olayda dâvalı kadına eski nişanlısı tecavüz etmiş, mütecaviz Ağır Ceza Mahkemesinde mahkûm olmuş, kadının tecavüz olayında hiç bir kusuru bulunmadığı sabit olmuştur. Fakat Yargıtay kocanın bu tecavüz olayı sonucu toplum içinde güç duruma düştüğü gerekçesiyle boşanma kararı verilmesi gerektiği içtihadında bulunmuştur. YHGK. E. 971/2-26, K. 746, İKİD 1972 sh. 920; İBD cilt sk. 25).

2) Kusur esası : Bir kimsenin kendi kusuruna dayanarak çıkar elde edememesi bir hukuk ilkesidir. Bu yüzden evlilik birliğinin sarsılmasında kusurlu veya daha çok kusurlu olan eş boşanma dâvası açamaz. MK. md. 134/II hükmü de böyle anlaşılmalıdır. Zaten kaynak kanunun bu hükmü karşılayan hükmü şöyledir : «Evlilik birliğinin sarsılmasında eşlerinden birinin kusuru daha ağır-

sa, yalnız öbür eş boşanma dâvası açabilir.» Öte yandan boşanma dâvası açılabilmesi için kusur şart değildir. Kusur olmayıp veya her iki eşin de kusurlarının eşit olduğu hallerde dava açılabilir

Yaradılış ve huylardaki mutlak uyumsuzluk sonucu eşler arasında soğukluk, ilgisizlik, hatta kin başgösterebilir. Bu durumlarda Yargıtay'a göre «tarafklar arasında evlilik birliğinin devamını imkânsız kılacak derecede ruhî anlaşmazlık varsa, dâvalının kusuru olmasa bile boşanma kararı verilmelidir (Y. 2 HD. İBD. cilt 48, sh. 612; YHGK. 970/2 674, K. 316 İBD. cilt 46 sh. 602; HGK. 12.6.1964, E. 515/D. 2 K. 40 İKİD 1965, sh. 3864). Şiddetli geçimsizlikte tarafların aynı derecede kusurlu veya kusursuz olmaları halinde Yargıtay özellikle birliğin devamında içtimaî ve ahlâkî faide bulunup bulunmadığını gözönünde tutmak eyilimindedir. Birliğin devamında toplum yararı kalmaması halinde boşanma kararı verilir (Y. HGK. 8.10.1969 E. 1967/2 -703, K. 730 İKİD 1969 sh. 8168; ABD. 1971 sh. 633; YGHK, 13.12.1972, E. 1971/2 - 168, K' 1357 İKİD 1973 sh. 1846).

Yargıtay uygulamasında kusura ait ilginç örnekler bulunmaktadır. Kocanın karısına müstakil bir ev temin etmemesi, onu kalabalık aile içinde oturmaya mecbur etmesi, ona kayın validenin hizmetini gördürmesi gibi hallerde kadın hırçın ve geçimsiz de olsa hatta kocaya ağır hakarete bulunsa bile daima koca daha kusurludur ve açtığı dâva reddolunmalıdır (HGK. 7.1.1970 E. 2,-618, K. 11 İKİD 1970 sh. 8441; YHGK. 26.11.1975, E. 973/2 -81, K. 237, YHGK. 29.5.1963 E. 248, K. ABD. 1963 sh. 486; YHGK. 20.11.1963 ABD 1964 sh. 20; Y. 2 HD. 31.3.1969 E. 1873, K. 1757 ABD. 1969 sh. 569). Karısının pavyonda çalışmasını isteyen kocanın dâvası reddolunur (Y. 2 HD. 16.11.1970 E. 5548, K. 6007, İBD. Cilt 45 sh. 1035). Karısına evi terk etmek mecburiyetinde bırakacak kadar fena muamele eden koca haklı olduğunu iddia edemez (HGK. 5.4.1967 E. 2/184, K. 17 1 İKİD 1967 sh. 5447). Koca kusurlu hareketleriyle kadının davranışlarına sebep olmuşsa dâvası reddolunmalıdır (YHGK. 19.4.1969 E. 1967/2 -77, K. 524, ABD. 1969 sh. 1105); karısını dövmüş olan bir kocanın dâvası reddolunur (2 HD. 22.4.1972, E. 1971/2 - 69, K. 259, İKİD 1972, sh. 1120; 2 HD. 16.6.1961 E. 3704, K. 3894 İKİD 1961 sh. 872); dâvacı koca başkasıyla karı - koca gibi yaşayıp evlilik dışı çocuk yapmışsa, açtığı boşanma dâvasının reddi gerekir (Y. 2 HD. 21.3.1972 E. 984, K. 1710 İBD. Cilt 46 sh. 915, YHGK. 7.11.1973 E. 1973/2 -477 K. 846 İKİD 1974).

Taraflar eşit derecede kusurlu iseler, bu hal de birbirlerine karşı boşanma dâvası açmaya mani değildir (YHGK. 15.10.1969 E. 1968/2 678 K. 763 ABD. 1970 sh. 290; YHGK. 27.1.1971 E. 970/2 617 K. İBD. Cilt 45 sayı 7,8). Bu çözüm Yargıtayın kökleşen içtihatları cümlesindedir (Y. 2 HD. E. 4309 K. 4733 İBD. Cilt 44 sh. 77 - 79).

Fakat Yargıtay, karı-kocadan her ikisinin de zinası halinde karının zinasının nesep teşevvüşüne sebebiyet vereceği cihetle daha ağır kusur olduğu görüşünü de ileri sürmektedir. Olayda tarafların bu davranışlarının müşterek hayatı çekilmez hale getirdiği ve aile birliğini temelinden sarstığı kabul edilmekte fakat koca daha evvel zina ettiği halde karının zinası daha ağır kusur olarak nitelendirilmemektedir. Eğer bu bir zina dâvası ise aile birliğinin sarsılıp sarsılmadığını aramaya neden gerek görülmüştür? Eğer bu geçimsizliğe dayanan bir dâva ise ve kusur sorunu irdeleniyorsa karı ve kocanın zinası arasında yapılan bu tefrik kanunun hangi hükmüne dayanmaktadır? (Y. 2 HD. 24.6.1971 E. 4098, K. 4103; İKİD 1972 sh. 801).

Yargıtay uygulamasında dikkati çeken bir husus, mahkemenin kusur sorununu daha başlangıçta, resen çözümlemesi, yani MK. 134/II hükmünü dâvalı lehine bir defî değil, itiraz olarak yorumlamasıdır (Krlş. Tekinay, S. S. Türk Aile Hukuku, İstanbul 1971 sh. 161, 162; Feyzioğlu, F. Aile Hukuku Dersleri, İstanbul 1971 sh. 256 - 257). Bu yorum tarzının dâvaların reddine sebep olarak boşanma dâvalarını çıkmaza soktuğu ve boşanmayı gereksiz yere ağırlaştırdığı görüşü ileri sürülmüş ve MK. Tadili Ön Tasarısında 134/II hükmüne yargıcın kendiliğinden ve doğrudan doğruya kusuru araştıramayacağına dair bir fıkra eklenmiştir. Ancak dâvalının, dâvacının kusurlu veya daha ağır kusurlu olduğunu ileri sürmesi halinde hâkim bu sorunu araştıracaktır. Böylece davacının kusuru dâvalı bakımından bir korunma değil, bir savunma aracı haline getirilmektedir. Kanımca Yargıtayın şimdiye kadarki uygulamasını hele kanun tadili yoluyla değiştirmeye zorlanması doğru olamaz. Çünkü Türkiye'nin şartları İsviçre'nin şartlarından farklıdır. Uygulamada dâvacı hemen daima eşinden usanan ve kusurlu olan kocadır. Boşanmak ise, zaten iktisaden güçsüz ve hayat tecrübesi kıt olan kadın için maddî manevî bir yıkımdır. Güçsüz olanın kendisini savunmasını beklemektense, Yargıtayın yaptığı gibi resen korunmak, her halde bu ülkenin şartlarına daha uygundur.

III — Sonuç : Medenî Kanuna yöneltlen eleştirilerin en önemlileri boşanma hükümlerini hedef almakta, bu hükümlerin boşanmayı gereksiz yere güçleştirmesi, bir çok toplumsal aksaklıkların sebebi olarak gösterilmek istenmektedir. Bu görüş gerçekleri abartmaktadır. Kısırlığın boşanma sebebi olarak kabul edilmemesinin nesepsiz çocuk sayısının artmasına yol açtığı bu abartmaya bir örnektir. Acaba nesepsiz çocukların yüzde kaç karının kısır olduğu ilk evliliğin boşanma ile sona ermemesi yüzünden erkeğin imam nikâhıyla aldığı karıdan doğmuştur? Acaba imam nikâhı ile yapılan birleşmelerin kaçının sebebi, ilk eşten boşanamamaktır? Toplumsal ve ahlâksal aksaklıkların vebalini Medenî Kanuna ve özellikle onun aile devrimine ilişkin hükümlerine yüklemek, bugün pek revaçta olan kolay ve yüzeysel yargılardan doğmaktadır. Kanımca Medenî Kanunun 134 üncü maddesinde yer alan genel ve esnek kural, her gereksinmeyi karşılamaya yeterlidir ve bu kuralın Yargıtayca uygulanış tarzı genel çizgileriyle kıvanç vericidir.

BOŞANMANIN HUKUKÎ SONUÇLARI

Prof. Dr. Turgut AKINTÜRK

§ 1. GİRİŞ

Ankara Hukuk Fakültesi'nin 50. kuruluş yıldönümü münasebetiyle Medenî Hukuk Kürsüsü tarafından düzenlenmiş bulunan «Boşanma Hukuku Haftası» nda sunulmak üzere hazırlanmış olduğumuz bu tebliğimizde, «*Boşanmanın Hukukî Sonuçları*» üzerinde duracağız.

Konuyu esas olarak Türk Medenî Kanunu'nun düzenleme biçimi yönünden ele alıp incelerken, bu düzenlemenin yeterli olup olmadığına, başka bir deyişle, Medenî Kanunumuzun boşanmaya bağladığı hukukî sonuçlara ilişkin hükümlerinin günümüzün şartlarına ve ihtiyaçlarına tam mânasıyla cevap verip veremediklerine, özellikle bugünün hukuk anlayışıyla bağdaşıp bağdaşmadıklarına da değineceğiz. Bu arada, tabiiyle, Adalet Bakanlığı tarafından kurulmuş olan bir komisyonun 20 yıllık çalışma ve uğraşından sonra kalem almış olduğu ve eleştirilmek üzere ilgili şahıs ve kuruluşlara dağıtılmış bulunan «*Türk Medenî Kanunu Öntasarısı*» üzerinde de duracağız.

§ 2. BOŞANMANIN HUKUKÎ SONUÇLARI

«*Boşanmanın hukukî sonuçları*» deyimiyle, hâkimin boşanmaya karar vermesi halinde ortaya çıkacak olan sonuçlar ifade edilmek istenmektedir. Bu sonuçlar mahiyetleri ve doğuşları bakımından çok çeşitlidir.

Gerçekten, boşanmanın hukukî sonuçlarından bazıları hâkimin verdiği *boşanma kararı içinde yer alan veya alması mümkün olan*

sonuçlardır. Örneğin velâyet hakkının boşanan eşlerden hangisine ait olacağı, velâyet hakkına sahip bulunmayan eşin çocuklarla şahsî ilişkisinin nasıl düzenleneceği, kazaî bekleme (evlenme yasağı) süresi, yoksulluk nafakası, maddî ve manevî tazminat, karı - koca mallarının tasfiyesi, evvelce dul olan karının kızkılık soyadını taşımasına izin verilmesi gibi sonuçlar bakımından durum böyledir. Bütün bu sonuçlar boşanma gerçekleşmeden ve boşanma kararında yer almadan kendiliğinden doğmazlar.

Boşanmanın hukukî sonuçlarından bazıları ise, boşanma kararında yer almadıkları halde boşanmaya karar verilmesiyle birlikte *kendiliğinden doğan sonuçlardır.* Örneğin boşanan eşler için yeniden evlenme imkânının doğması, eşler arasında mevcut cebrî icra yasağının kalkması, eşler arasında evlilik birliğinin devamı süresince durmuş olan zamanaşımının işlemeye başlaması, karının evlenme ile kazandığı şahsî halleri muhafaza etmesi, miras menfaatlerinin kaybedilmesi gibi sonuçlar, boşanma kararında yer almadıkları halde kendiliğinden meydana gelirler.

Diğer taraftan, boşanmanın hukukî sonuçlarından bazıları her boşanmada mutlaka ortaya çıktıkları halde, bazıları her boşanmada ortaya çıkmazlar. Gerçekten, çocuklarla şahsî ilişki kurulması, iştirak nafakası, miras menfaatlerinin kaybedilmesi, eşler arasındaki cebrî icra yasağının kalkması, zamanaşımının işlemeye başlaması, karının evlenme ile kazandığı şahsî halleri muhafaza etmesi, karı - koca mallarının tasfiyesi, çocukların hangi tarafın velâyetinde bırakılacağı gibi sonuçlar her boşanmada görülebilen sonuçlardır. Buna karşılık, kazaî bekleme (evlenme yasağı) süresi, yoksulluk nafakası, maddî ve manevî tazminat gibi sonuçlar her boşanmada mutlaka da söz konusu olan sonuçlar değildir. Bu sonuçların doğabilmesi için bazan eşlerden birinin kusurlu olması, bazan bir eşin boşanma sonunda zarurete düşmüş bulunması gerekir.

Nihayet, bir başka açıdan bakıldığında boşanmanın hukukî sonuçlarından bir kısmının «eşlerle ilgili», bir kısmının ise «çocuklarla ilgili» sonuçlar olduğu görülür.

O halde, boşanmanın hukukî sonuçlarını çeşitli açılardan bir ayırıma tâbi tutmak mümkündür. Nitekim doktrinde de yazarlar, «boşanmanın aslî sonuçları» - «boşanmanın arızî sonuçları» (1) ve

(1) Bk. Feyzioğlu, F. N. Aile Hukuku Dersleri, İstanbul 1971, sh. 289, 306.

ya «boşanmanın şahsî sonuçları» - «boşanmanın malî sonuçları» (2) yahut «boşanmanın eşlerle ilgili sonuçları» - «boşanmanın çocuklarla ilgili sonuçları» (3) yahutta «boşanma kararının muhtevası» - «boşanma kararının sonuçları» (4) biçiminde bir ayırım yaparak konuyu ele almaktadırlar. Konumuzun daha iyi anlaşılabilmesi için, bizim de bu ayırımlardan birini benimsememiz veya kendimize göre başka bir ayırım yapmamızda yarar vardır.

Boşanmanın sonuçları, ister boşanma kararında yer alsın, ister almasın; ister her boşanmada ortaya çıksın ister çıkmasın her halükârda ya eşler ile veya çocuklar ile ilgili bulunmaktadır. Bu sebeptendir ki, biz boşanmanın hukukî sonuçlarını inceleyen «boşanmanın eşlerle ilgili sonuçları» — «boşanmanın çocuklarla ilgili sonuçları» ayırımını benimsiyoruz.

I — BOŞANMANIN EŞLERLE İLGİLİ SONUÇLARI

Boşanmanın eşlerle ilgili sonuçlarından bazıları «ş a h s î», bazıları ise «malî» niteliktedir. Binaenaleyh bu sonuçları da kendi aralarında «şahsî sonuçlar» — «malî sonuçlar» biçiminde bir alt ayırıma tâbi tutmak gerekir.

A) Eşlerle ilgili ş a h s î sonuçlar

Hâkimin boşanmaya karar vermesi, daha doğru bir deyimle boşanma hükmünün kesinleşmesiyle birlikte eşlerle ilgili bir takım ş a h s î (malî olmayan) sonuçlar meydana gelir. Aşağıda bunlara kısaca değineceğiz.

1) *Evlilik birliğinin sona ermesi* :

Boşanma kararının en başta gelen sonucu, evlenme akdinin yapılmasıyla birlikte eşler arasında doğmuş bulunan evlilik birliğinin

(2) Bk. *Saymen, F. H. - Elbir, H. K.* : Türk Medenî Hukuku, C. III Aile Hukuku, B. 2, İstanbul 1960, sh. 269, 274; *Köprülü, B.* : Medenî Hukuk, Genel Prensipler. Kişinin Hukuku - Aile Hukuku, İstanbul 1971, sh. 563, 564.

(3) Bk. *Velidedeoğlu, H.V.* : Türk Medenî Hukuku, C. II Aile Hukuku, B. 5, İstanbul 1965.

(4) Bk. *Tekinay, S.S.* : Türk Aile Hukuku, B. 2, İstanbul 1971, sh. 204, 227.

(MK. m. 151/I) sona ermesidir. Binaenaleyh boşanma halinde evlilik birliğinin eşlere yüklediği ödevler ve eşlere tanıdığı haklar da ortadan kalkar. Örneğin koca artık evlilik birliğinin reisi değildir, karı bir meslek ve san'atla uğraşmak için kocadan izin almak mec-buriyetinden kurtulur.

2) *Yeniden evlenme imkânının doğması :*

Boşanma kararının kesinleşmesiyle birlikte evlilik birliği sona ermiş, yani ikinci bir evlenmeyi engelleyen «mevcut evlilik» durumu ortadan kalkmış bulunduğundan, boşanan eşler bekleme sürelerine uymak şartıyla gerek birbirleriyle gerekse başkalarıyla y e n i bir evlenme akdetmek imkânına kavuşurlar.

3) *Şahsî hallerin değişmesi veya muhafazası :*

Boşanma, eşlerin evlenme ile kazanmış oldukları şahsî hallere de etki yapar. Gerçekten, evlenmeyle kazanılmış olan şahsî hallerden bazıları değişirken (örneğin eşlerin «evli» olmaktan çıkarak «boşanmış» şahsî halini almaları, karının kocanın soyadını kaybederek eski kızlık soyadına dönmesi gibi), bazılarında bir değişiklik olmaz, eşler bunları muhafaza ederler (örneğin evlenme ile kazanılan rüş, vatandaşlık ve sıhrî hısımlık gibi).

Medenî Kanunumuz bu konuyu 141 nci maddesinde k a d ı n bakımından şöyle düzenlenmiştir :

«Boşanan kadın, evlenme ile iktisap ettiği şeraiti muhafaza eder, şu kadar ki evlenmeden evvel taşıdığı aile ismini tekrar alır. Eğer kadın evlenmenin hini akdinde dul idiyse, kendi aile ismini taşımasına boşanma hükmü ile birlikte müsaade edilebilir».

Sözü geçen madde hükmünde yer alan «evlenme ile iktisap ettiği ş e r a i t» deyiimiyle, evlenme sonucunda kazanılmış olan rüş (MK. m. 11/II), sıhrî hısımlık (MK. m. 18) ve vatandaşlık (TVK. m. 5) gibi şahsî hallerin kastedilmekte olduğu hususunda doktrinde tereddüt yoktur (5). Vatandaşlık bir yana bırakılırsa bu şahsî hallerin boşanan erkek bakımından da muhafaza edile-

(5) Bk. *Velidedeoğlu, H.V.* : age., sh. 252; *Saymen/Elbir* : age., sh. 270; *Tekinay, S.S.* : age., sh. 228; *Feyzioğlu, F.N.* : age., sh. 291; *Köprülü, B.* : age., sh. 563; *Akintürk, T.* : Aile Hukuku, B. 2, Ankara 1975, sh. 228.

ceği tabiidir. O halde, sıhrî hısımlık devam etmekte olduğuna göre, boşanan eşler birbirlerinin usul ve fûruu ile evlenemezler (MK. m. 92 b.2).

Kanun koyucu, şahsî hallerin muhafaza edileceği hakkındaki kaideye aynı madde içinde bir i s t i s n a da getirmektedir. Gerçekten, *s o y a d ı* da şahsî hallere dahil bulunmasına rağmen, kadın boşanma ile birlikte kocanın soyadını kaybetmekte ve evlenmeden önceki kızlık soyadını taşımaya başlamaktadır. Kadın evlenmenin yapıldığı sırada *d u l* idiyse, boşanmadan sonra, ölen eski kocasının soyadını alacak, ancak bu soyadını taşımak istemiyorsa, boşanmaya karar verecek olan hâkimden kendi ailesinin soyadını (yani kızlık soyadını) taşımasına izin vermesini talep edecek, hâkim de buna karar verebilecektir.

Boşanan kadının kocasının soyadını taşımağa devam edememesi, bazı hallerde sakıncalı sonuçlar doğurabilir. Gerçekten, boşanan tarafların okul çağında çocuklarının bulunması ve bu çocukların velâyetinin de anaya bırakılmış olması halinde, bu çocuklar aynı zamanda okulda da «velileri» olan annelerinin kendilerinininkinden başka bir soyadı taşımakta olması nedeniyle bir eziklik duygusuna kapılabilirler ve arkadaşlarının bu konuda çeşitli sorularına ve sataşmalarına muhatap olabilirler. Bu nedenledir ki hâkime, bir sakınca bulunmadığı ve meselâ boşanmada karının kusurlu olmadığı hallerde karının velâyetin sona ermesine kadar kocanın soyadını taşımaya devam etmesine izin verebilme imkânı tanınmalıdır. Bu imkân 141 nci maddeye aşağıdaki fıkra hükmünün eklenmesiyle sağlanabilir :

«Velâyeti kariya bırakılmış çocuk varsa, bir sakınca bulunmadığı takdirde, hâkim karının talebi üzerine velâyet sona erinceye kadar onun kocanın soyadını taşımasına izin verebilir».

Kanuna böyle bir fıkra eklemenin büyük bir sakınca doğuracağını zannetmiyoruz. Nitekim 1946 tarihli Alman Evlilik Kanunu (Ehegesetz) (§ 54) ve 1938 tarihli Avusturya Evlilik Kanunu (§ 62) karının kocanın soyadını muhafaza edeceğini öngörmekte, ancak kocaya karının kusurlu veya daha ziyade kusurlu olması halinde buna itiraz etme imkânını tanımaktadır.

Türk Medenî Kanunu Öntasarısı 141 nci maddede herhangi bir değişiklik öngörmemiştir.

4) *Kazaî bekleme (evlenme yasağı) süresi konulması :*

Boşanmaya karar veren hâkim, boşanma hükmünde, kusurlu olan eşin yeniden evlenememesi için, bir seneden az ve iki seneden fazla olmamak üzere bir müddet tayin eder (MK. m. 142/I). Bu süreye doktrinde «*kazaî bekleme süresi*» veya «*evlenme yasağı süresi*» denilmektedir.

Boşanmada her iki tarafın da kusurlu olması halinde kazaî bekleme süresi tayin edilip edilmeyeceği konusunda Yargıtay ile doktrin arasında görüş ayrılığı ortaya çıkmıştır. Gerçekten, Yargıtayın görüşüne göre, hâkim her iki eş hakkında da bekleme süresi tayin edebileceği gibi, bu yola hiç de gitmiyebilir, yani hâkimin boşanmada aynı derecede kusurlu olan taraflar hakkında bir kazaî bekleme süresi tayin etmemiş olması, Medenî Kanununun 142 nci maddesine aykırılık teşkil etmez (6). Buna karşılık doktrinde yazarların çoğunluğu tarafından savunulan görüşe göre, kazaî bekleme süresi kusursuz olan eşi tatmin etmek için değil, fakat kamu düşüncesiyle kabul edilmiş olduğundan dolaydır ki buradaki kusurların takasından söz edilemez. O halde, boşanmada eşlerden her ikisi de kusurlu oldukları takdirde hâkimin her ikisi için de kazaî bekleme süresi tayin etmesi gerekecektir. Pek tabiidir ki, kusurların oranına göre bu süreler birbirinden farklı olabilecektir (7).

Doktrinde bir çok yazarlar 142 nci madde hükmünü tenkit etmekte ve maddenin kaldırılmasını önermektedirler. Öntasarı da bu madde hükmünü kaldırmış ve şu gerekçeyi ileri sürmüştür : Bu hüküm lüzumsuzdur, uygulama tarzı fena sonuçlar doğurmaktadır, yasak süresi içinde gizli ilişkilere ve kanun dışı birleşmelere yol açmaktadır, zaten bu yasağa uymama da evlenmenin iptalini gerektirmemektedir. Kaldı ki Adalet Bakanlığınca 1941 yılında yapılan ve Adalet Dergisinde yayınlanan bir ankette bir çoklarınca bu madde hükmünün kanundan çıkartılması önerilmiştir.

(6) Bk. 2. HD. 9.1.1954, 7113/108, *Olgaç*, S.: İlmî ve Kazaî İçtihatlarla göre Türk Medenî Kanunu Şerhi, İstanbul 1967, sh. 161, m. 142, Nr. 1; 2, HD. 20.12.1948, *Olgaç*, S. : İlmî ve Kazaî İçtihatlarla Türk Kanunu Medenisi, C. I, İstanbul 1965, sh. 269, Nr. 824.

(7) Bk. *Tekinay*, S.Ş. : age., sh. 205; *Feyzioğlu*, F.N. : age., sh. 307; *Arsebük*, E. : Medenî Hukuk, C. II Aile Hukuku, Ankara 1940, sh. 784. İşçiye Federal Mahkemesinin aynı istikametteki kararı için bk. BGE 78 II 5.

Biz de aynı gerekçelerle sözü geçen yasak hükmünün kanundan çıkartılmasının isabetli olacağı kanısındayız.

5) *Cebrî icra yasağının kalkması :*

Boşanma kararının kesinleşmesiyle birlikte evlilik birliği de sona ermiş olacağından, karı kocanın evliliğin devamı süresince birbirlerinden olan alacaklarından dolayı belli istisnalar dışında cebrî icra yoluna gitmelerini önleyen MK. m. 165/I hükmü de artık uygulanmayacaktır. Başka bir deyişle evlilik birliğinin devam ettiği sürece söz konusu olan cebrî icra yasağı, boşanmayla kalkmış olacaktır.

6) *Zamanaşımının işlemeye başlaması :*

Karı kocanın birbirlerinden olan alacakları hakkında evlilik devam ettiği sürece d u r m u ş olan zanaşımı (BK. m. 132 b. 3), boşanma kararının kesinleşmesiyle birlikte kaldığı yerden işlemeye devam edecektir.

7) *Mirasçılık sıfatının kaybedilmesi :*

Boşanma hükmünün kesinleşmesinden sonra karı ve koca birbirinin kanunî mirasçısı olamazlar. Gerçi MK. m. 146/II hükmünde «boşanan karı koca, birbirinin kanunî mirasçısı olamaz» denilmekle bu sonucun boşanma kararının verildiği anda mı, yoksa kararın kesinleştiği anda mı doğacağı hususunda bir tereddüt yaratılmış ise de, bugün doktrinde genellikle bu sonucun doğması için, *hükmün kesinleşmiş olmasının* gerekeceği kabul edilmektedir (8).

Boşanma davasının açılması ile boşanma hükmünün kesinleşmesi arasındaki sürede eşlerden birinin ölmesi halinde, sağ kalan eşin mirasçı olup olamayacağı konusunda Yargıtayımız değişik kararlar vermiştir. Gerçekten, yüksek mahkeme ilk defa, davalı eş ölürse davacı eşin ona mirasçı olamayacağını, buna karşılık davacı eş ölürse davalı eşin mirasçı olabileceğini kabul etmişti; bir müd-

(8) Bk. *Velidedeoğlu, H.V.*: age., sh. 254; *Tekinay, S.S.*: age., sh. 229; *Feyzioğlu, F.N.*: age., sh. 290; *Oğuzoğlu, H.C.*: *Medenî Hukuk, Şahsın Hukuku - Aile Hukuku*, B. 5, Ankara 1963, s. 126; *Berki, Ş.*: *Medenî Hukuk Umumî Esaslar - Şahıs ve Aile Hukuku*, Ankara 1961, sh. 186; *Schwarz, A.B.* (Çev. *Davran, B.*): *Aile Hukuku*, B. 2, İstanbul 1946, s. 176.

det sonra ise, böyle bir ayırım yapmaksızın eşlerin birbirlerine mirasçı olabilecekleri içtihadında bulundu. Daha sonra bir aralık tekrar eski görüşüne döndüyse de son tarihli kararlarında, eşlerin birbirlerine mirasçı olabilecekleri görüşünü benimsemiş bulunmaktadır (9).

Hemen belirtelim ki, boşanan eşler boşanma hükmünün kesinleşmesinden sonra «sağ kalan eş» (MK. m. 444) sıfatıyla birbirlerinin kanunî mirasçısı olamazlar. Fakat boşanan eşler arasında kan hısımlığı varsa (örneğin kardeş çocukları iseler), bu takdirde kanunî mirasçılıklarına, yani hısımlık dolayısıyla birbirlerinin kanunî mirasçısı olmalarına bir engel yoktur. Nitekim bu durumu açıklığa kavuşturmak üzere Türk Medenî Kanunu Öntasarısı da m. 146/II hükmünü «boşanan eşler bu sıfatla birbirlerinin kanunî mirasçısı olamazlar...» şeklinde değiştirmektedir.

Boşanan eşlerin mirasçılık sıfatlarını kaybetmeleri, bir bakıma boşanmanın «malî sonucu» niteliğinde de mütalâa edilebilirse de biz burada «şahsî sonuçlar» arasında incelemeyi uygun gördük; zira önemli olan nokta, boşananların bir «sıfatı kaybetmeleri»dir.

B) Eşlerle ilgili malî sonuçlar

Boşanma, eşler bakımından «malî» nitelikte bir takım sonuçlar da doğurur. Aşağıda kısaca bunlara temas edeceğiz.

1) Evlenme mukavelesi ve ölüme bağlı tasarrufların hükümsüz hale gelmesi :

Boşanan karı koca, evlenme mukavelesi ile veya boşanmadan evvel yapılmış ölüme bağlı bir tasarruf ile temin olunan menfaatleri zayi ederler» (MK. m. 146/II).

Yukarıdaki madde hükmünden de anlaşılacağı gibi, eşler evlenirken veya evlendikten sonra akdetmiş oldukları bir evlenme mukavelesi ile veya boşanmadan önce yaptıkları bir ölüme bağlı ta-

(9) Yargıtayın bu konudaki içtihatları ve bunların tahlili için bk. *Saymen/Elbir*, age., sh. 196 vd. Ayrıca bk. 2. HD. 3.7.1953, 3710/3337; Yr. HGK. 7.3.1951, 91/31, *Olgaç*, S. : age., sh. 549, Nr. 1571, 1572; 2. HD. 20.10.1959, 6099/5663, *Yazıcı, H. - Atasoy, H. : Şahıs, Aile ve Miras Hukuku ile İlgili Yargıtay Tatbikatı*, 1952 - 1970, Ankara 1970, sh. 388, Nr. 706.

sarrufla, yani bir miras mukavelesi veya bir vasiyetle birbirlerine bir takım menfaatlar sağlamış iseler, boşanma hükmünün kesinleşmesiyle birlikte bunları kaybederler.

Eşler arasında yapılmış olan bir ölüme bağlı tasarruf, örneğin kocanın karı lehine yapmış olduğu bir vasiyet boşanma kararının kesinleşmesiyle birlikte kendiliğinden hükümsüz olur, yani örneğimizde kocanın vasiyetten rücu etmesine gerek yoktur (10).

Eşler akdettikleri evlenme sözleşmesine veya yaptıkları ölüme bağlı tasarrufa, bunların boşanmadan sonra dahi hüküm ifade edeceğine dair bir kayıt koymuşlarsa, böyle bir kayıt hüküm ifade etmeyecektir. Zira Prof. Velidedeoğlu'nun da belirttiği gibi, MK. m. 146/II de yer alan kaide *emredici* niteliktedir (11).

«Eşlerden birinin diğeri lehine yapmış olduğu bir ölüme bağlı tasarrufun, örneğin bir vasiyetin boşanmayla birlikte hükümsüz hale gelmesinin isabetli olup olmadığı tartışılabilir» diyen Prof. Tekinay bu konuda şöyle bir ayırım yapmaktadır : «Bir koca boşanmadan önce karısı lehine bir vasiyetname yapar ve boşandıktan 10 yıl sonra da ölürse, bu on yıl içinde vasiyetnamesinde değişiklik yapmış olmaması, boşanmaya rağmen onu muhafaza etmek istediğinin delilidir. Boşanmadan sonra değiştirilmeyen ölüme bağlı bir tasarruf, ancak ölüm tarihile boşanma arasındaki zaman devresi kısa olduğu takdirde hükümsüz sayılmalıydı» (12).

2) Malların tasfiyesi :

MK. m. 146/I hükmüne göre, «karı koca, mallarının idaresi hakkında hangi usulü kabul etmiş olursa olsun boşanma vukuunda her biri kendi şahsî emvalini geri alır. Husule gelmiş olan ziyade, kabul ettikleri usulün hükümlerine tevfikân aralarında taksim olunur. Zuhur eden noksan, karısı tarafından sebebiyet verildiğini isbat etmedikçe kocaya aittir».

Bu hüküm daha ziyade, eşlerin yaptıkları bir evlenme mukavelesiyle akdî mal rejimlerinden birini, ezcümle mal birliği veya mal ortaklığını kabul etmiş olmaları halinde önem kazanır; zira

(10) Bk. Saymen/Elbir, age., sh. 275, Tandoğan, H. : Aile Hukuku Ders Notları (Teksir), Ankara 1965, sh. 99.

(11) Velidedeoğlu, H. V. : age., sh. 254.

(12) Tekinay, S.S. : age., sh. 229.

Türk hukukunda kanunî mal rejiminin mal ayrılığı olması sebebiyledir ki, boşanma halinde eşler kendi mallarını zaten alabileceklerdir. İşte MK. m. 146/I hükmü bu neticeyi, mal birliği ve mal ortaklığı rejimleri için de mümkün kılmaktadır; yani böylece akdi mal rejimlerinde eşlerden birinin ölümü halinde vukubulacak tasfiyeden farklı bir tasfiye öngörülmektedir.

Eşler şahsî mallarını veya onların yerlerine geçenleri aldıktan sonra, ortada bir *fazlalık* kalmış olursa, bu fazlalık aralarında carî mal rejiminin hükümlerine göre taksim edilecektir.

Malların tasfiyesi sırasında şahsî mallarda bir *noksanlık* ortaya çıkarsa, bu noksanlıktan, karının sebebiyet verdiğini isbat etmedikçe koca sorumlu olacaktır.

Bu konuya son vermeden önce, nişan veya düğün sırasında gerek eşlerin birbirlerine gerekse hısımlarının eşlere verdikleri hediyelerin boşanmadan sonra geri istenip istenmeyeceği meselesine de temas etmekte yarar vardır.

Prof. Feyzioğlu kocanın veya hısımlarının kariya nişan veya düğün törenlerinde vermiş oldukları yüzük, kolye, otomobil gibi çeşitli hediyelerin boşanma halinde koca tarafından MK. m. 146 hükmüne dayanılarak geri istenemeyeceği görüşünü ileri sürüyor ve bu görüşü destekleyen iki Yargıtay kararı da zikrediyor (13).

Gerçekten Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 10.5.1961 tarih ve 10/24 sayılı kararında « tarafların evlenmeleri dolayısıyla verilen veya gönderilen hediyelerden kadın tarafından kullanılması mutad olanların kadının mülkiyetine geçtiğinin kabulü doğru olur » denilmektedir (14). Yargıtay 2. Hukuk Dairesi de 18.5.1961 tarih ve 1550/2967 sayılı kararında, « nişanlı iken ve bilâhare düğünde verilmiş olan hediyelerin boşanma halinde istirdat olunabileceği hakkında bir hüküm mevcut değildir. Bu itibarla davalı kadına, nişan ve düğün sırasında koca ve akrabaları tarafından hibe edilen eşya ve altınların geri alınmasına karar verilmesi ve evliliğin devamı esnasında koca tarafından kadın nâmına bankaya yatırılmak suretiyle hibe edildiği anlaşılan 2.500 liranın da kocaya iadesi cihetine

(13) Feyzioğlu, F.N. : age., sh. 294.

(14) Bk. Yazıcı, H. - Atasoy, H. : age., Nr. 687.

gidilmesi yolsuzdur» demek suretiyle konuyu açıklığa kavuşturmuş bulunmaktadır (15).

Prof. Feyzioğlu, karı veya kocanın birbirlerine verdikleri hediyeleri MK. m. 146 hükmüne dayanarak geri isteyemeyecekleri, ancak BK. m. 244/2 deki şartlar varsa «hibeden rücu ve bağışlanan malların istirdadına» dair genel hükümlere dayanarak talep edebilecekleri görüşündedir ki, bu görüşe aynı gerekçeyle biz de katılıyoruz (16).

3) Maddî tazminat :

Medenî Kanunumuz boşanmada kusuru bulunmayan eşe, boşanma yüzünden uğramış olduğu zararların kısmen giderilmesi amacıyla maddî tazminat talep etme hakkını tanımaktadır.

Gerçekten, MK. m. 143/I uyarınca, «mevcut ve hatta muntazar bir menfaati boşanma yüzünden haleldar olan kabahatsiz karı veya kocanın, kabahatli olan taraftan münasip maddî bir tazminat talebine hakkı vardır».

a) Şartları :

Yukarıda anılan madde uyarınca boşanan eşlerden birinin diğerinden maddî tazminat talep edebilmesi için, bazı şartların gerçekleşmiş olması lâzımdır. Bunlara kısaca değinelim :

aa) Tazminat isteyen eş kusursuz olmalıdır :

Maddî tazminat talep edebilmek için, talepte bulunan eşin kusursuz olması gerekir. Burada «kusursuz olma» deyimine verilecek anlam son derece önemlidir. Gerçekten, kusursuz olmandan maksat acaba tazminat talebinde bulunacak eşin mutlak kusursuzluğu mudur? Başka bir söyleyişle, «kusursuz eş» deyiminden, tamamiyle kusurdan âzâde eşi mi anlamak gerekecektir?

Doktrinde «kusursuz olma» deyiminden mutlak kusursuzluğun anlaşılmasının doğru olmayacağı kanaati yaygındır (17). Zira bir

(15) Bk. Yazıcı, H. - Atasoy, H. : age., Nr. 705.

(16) Feyzioğlu, F.N. : age., sh. 294.

(17) Feyzioğlu, F.N. : age., sh. 314; Tekinay, S.S. : age., sh. 207; Velidedeoğlu, H.V. : age., sh. 257; Saymen/Elbir, age., sh. 276; Köprülü, B. : age., sh. 565; Schwarz, A.B. : age., sh. 173.

Boşanma davasında eşlerden birinin mutlak olarak kusursuz olması pek nadirdir. Çoğunlukla iki eşin de kusurlu olması mümkündür. Eğer tazminat talep edecek eşin mutlak surette kusursuz olması aranacak olursa, bu, maddî tazminat talebinin sınırlarını çok daraltır ve onu ancak istisnaî hallere inhisar ettirir ki, böylece maddî tazminat müessesesi de pratik değerini büyük ölçüde kaybetmiş olur. Bu itibardır ki, kusursuzluk konusunda Federal Mahkemenin bir kararında (18) getirdiği şu ölçüye uyulmakta yarar vardır : Acaba tazminat talebinde bulunan eşin herhangi bir kusuru ile evlilik birliğinin ortadan kalkması arasında sebep ve netice ilişkisi var mıdır? Eğer hâkim böyle bir illiyet ilişkisini tesbit ederse, tazminat talep eden eşin kusursuzluğunu kabul etmeyecektir. Tazminat talep eden eşin kusurları bulunmakla beraber, bunlar evlilik birliğinin ortadan kalkmasına sebep olan diğer olaylara nisbetle *ikinci derecede* kalıyor veya bir takım kışkırtmaların, tahriklerin basit birer reaksiyonu olmaktan ileri gitmiyorsa, onu yine kusursuz saymak gerekir, fakat bu son durumda hâkim müterafik kusur dolayısıyla BK. m. 44 hükmünü uygulayarak tazminat miktarında indirme yapabilir. Türk doktrininde Tekinay, Feyzioğlu, Saymen de bu görüşü paylaşmaktadırlar (19).

bb) Davalı eş kusurlu olmalıdır :

Maddî tazminata hükmedilebilmesi için, davalı eşin kusurlu olması gerekir. Eğer davalı eş bir kusuru ile boşanmaya sebebiyet vermiş bulunmuyorsa, onun aleyhinde tazminata hükmedilemez. Örneğin akıl hastalığı sebebiyle boşanmada davalı eşin kusurlu olduğundan söz edilemeyeceği gibi, şiddetli geçimsizlik sebebiyle boşanmada da bazan her iki eşin de kusursuz olması mümkündür. İşte bu gibi hallerde davalı eş kusurlu olmadığından tazminata karar vermek imkânı yoktur.

cc) Tazminat isteyen eşit mevcut veya muntazar bir menfaati boşanma yüzünden ihlâl edilmiş olmalıdır :

Mevcut menfaattan maksat, evlilik birliği boşanmayla ortadan kalkmamış olsaydı, kusursuz eşin sağlamaya devam edecek olduğu yararlarıdır. Bunlara örnek olarak, karı veya kocanın nafaka

(18) BGE 85 II, 11.

(19) Bk. Tekinay, S.S. : age., sh. 207; Feyzioğlu, F.N. : age., sh. 314; Saymen/Elbir, age., sh. 276.

haklarının ortadan kalkmasını, evlenme mukavelesinden doğan istifade haklarının kaybedilmesini, kusursuz olan eşin boşanma neticesinde diğerine ait malları, sermayeyi iadeye, ticarehaneyi tasfiyeye mecbur olmasını zikredebiliriz. Buna karşılık, evlenme sırasında yapılan masraflar ile evlenme münasebetiyle verilen hediyeler, maddî tazminat olarak istenemez (20).

Beklenen (muntazar) menfaat ise, sağlanmış veya sağlanmakta olan bir menfaat olmayıp, kusursuz eşin evlilik devam etmiş olsaydı ileride sağlayacak olduğu bir takım yararlar demektir. Bunlara örnek olarak nafaka, eşler arasındaki ölüme bağlı tasarruflardan veya sigortadan mütevellit bir alacak, karının kocasının işyerinde çalışmasından elde ettiği gelir gibi menfaatlar zikredilebilir.

b) Miktarı ve şekli :

Maddî tazminatın miktarını hâkim, takdir hakkına dayanarak tesbit eder. Ancak, hâkim bunu yaparken her iki tarafın iktisadî ve sosyal durumlarını, evliliğin devam müddetini, eşlerin boşanmadaki kusur derecelerini de gözönünde bulundurmalıdır. Nitekim MK. m. 143/I de de «*münasip maddî bir tazminat*» denilmekte olmasından da, kusursuz eşin boşanma yüzünden uğramış olduğu bütün zararların ödetilmesinin zarurî olmadığı anlaşılmaktadır.

Tazminatın şekli ni de hâkim takdir eder. Tazminat muayen bir meblâğın ödenmesi şeklinde olabileceği gibi, bazı malların davacıya verilmesi biçiminde de olabilir.

Nihayet belirtilmesi gereken son bir nokta da, maddî tazminata ancak talep üzere hâkim hükmedebileceğidir; yani bir talep olmaksızın hâkim kendiliğinden maddî tazminata hükmedemez. Hâkimin hükmedeceği maddî tazminat miktarı kesin olup, sonradan azaltılıp çoğaltılamaz.

Maddî tazminat, boşanma davası görülürken istenebileceği gibi, boşanma hükmü kesinleştikten sonra *ayrı bir dava* ile de talep edilebilir. Ancak Medenî Kanunumuzda maddî tazminatın ayrı bir davayla istenebilmesini engelleyen herhangi bir hüküm bulunma-

(20) Bk. 2. HD. 2.10.1951, 6042/6233; 2. HD. 21.1.1947, 3228/282, *Olgaç*, S. : age., sh. 271, Nr. 828; sh. 273, Nr. 839.

masına rağmen bazı yazarlar (21) ve Yargıtay, maddî tazminat talebinin boşanma davasıyla birlikte hükme bağlanması gerektiği görüşündedirler (22).

4) Manevî tazminat :

Kanunumuz boşanmada kusursuz olan eşe sadece maddî değil, manevî tazminat talep etme hakkını da bahşetmiştir. Gerçekten m. 143/II ye göre, «boşanmaya sebebiyet vermiş olan hadiseler kabahatsiz karı veya kocanın şahsî menfaatlerini ağır bir surette haleldar etmiş ise, hâkim manevî tazminat namile muayyen bir meblâğ dahi hükmedebilir».

a) Şartları :

MK. m. 143/II uyarınca, boşanan eşlerden birinin diğerinden manevî tazminat talep edebilmesi için, aşağıdaki şartların gerçekleşmiş olması icap eder :

aa) Tazminat isteyen eş kusursuz olmalıdır :

«Kusursuz olma» hakkında yukarıda maddî tazminatta gerekli açıklamaları yapmış bulunduğumuzdan, aynı şeyleri burada bir kere daha tekrar etmek istemiyoruz. Maddî tazminatla ilgili açıklamalarımız aynen manevî tazminat bakımından da geçerlidir.

bb) Davalı eş kusurlu olmalıdır :

Manevî tazminat talep edebilmek için, davalı eşin kusurlu olması şarttır. Ancak kanun koyucu burada BK. m. 49 dakinin aksine, davalının kusurunun ağır olmasını aramamıştır. Binaenaleyh önemli olan, kusurun ağır olup olmaması değil, fakat kusursuz eşin şahsiyet haklarının ağır derecede ihlâl edilmiş bulunmasıdır.

(21) Bk. *Velidedeoğlu, H.V.* : age., sh. 258; *Saymen/Elbir*, age., sh. 275.

(22) Bk. 2. HD. 13.9.1937, 2964/3106, Temyiz Kararları 1937, sh. 109; 2. HD. 26.9.1969, 4219/4248, *Yazıcı/Atasoy*, age., sh. 358, Nr. 650; 2. HD. 24.6.1968, 3479/4207, *Yazıcı/Atasoy*, age., sh. 359, Nr. 652; 2. HD. 5.4.1965, 1666/1833, *Yazıcı/Atasoy*, age., sh. 360, Nr. 654, Yargıtayın tamamen aksi istikametteki kararı için bk. Yg. HGK. 22.3.1948, 2/74 - 16/3 ve 2. HD. 11.7.1946, 2377/3248, *Olgaç, S.* : age., sh. 272, Nr. 835; sh. 273, Nr. 840.

cc) *Tazminat isteyen eşin şahsiyet hakları ağır şekilde ihlâl edilmiş olmalıdır :*

Manevî tazminat istenebilmesi için, her şeyden önce boşanmaya sebep olan hâdiseler kusursuz eşin «*şahsiyet haklarını ihlâl etmiş*» olmalıdır. Ancak ihlâlin a ğ ı r olması da gerekir.

Kusursuz eşin şahsiyet haklarının hangi hallerde ağır derecede ihlâl edilmiş olduğu, boşanmaya sebep olmuş bulunan hâdiselerin mahiyetine ve kusursuz eşin duyduğu elem ve üzüntünün derecesine göre tayin edilir. Örneğin «*eşlerden birinin kusuru sonucu vâki olan bir boşanmada diğer eş çok büyük bir manevî ıstıraba maruz kalmış, bu yüzden sıhhati ve sinirleri bozulmuşsa, yahut bu boşanma kabahatsiz eşin aleyhine birtakım dedikodulara yol açmış olduğu için onu çok büyük bir kedere düşürmüştü, onun lehine bir manevî tazminat talebi hakkı doğacağını kabul etmek lâzımdır*» (22 a). Diğer eşin şahsiyet haklarının ağır derecede ihlâli ekseriya zina sebebiyle boşanmalarda söz konusudur. Ekseriya diyoruz, zira «*eşinin zina işlemesine hiç aldırmayan, duyguları bundan rencide olmayan taraf —boşanma davasını açsa bile— manevî tazminat isteyemez*» (23).

Kusursuz eşin, kendi eşiyle zina yapmış olan üçüncü şahıstan manevî tazminat talep edip edemeyeceği konusunda Prof. Velidedeoğlu şöyle diyor : «*Bu suale cevap verebilmek için üçüncü şahsın, bu işde kötü niyetli olup olmadığına bakmak lâzımdır. Eğer bu işi, karşısındakinin kiminle evli olduğunu bile bile, yani kasden yapmış ise, o zaman BK. m. 41/II ve 49 hükümlerine göre, bu üçüncü şahıstan diğer eşin manevî tazminat talep edebileceğini kabul etmek lâzımdır, zira ortada bir haksız fiil mevcuttur*» (24). Biz de bu fikre aynı gerekçeyle katılıyoruz.

b) M i k t a r ı v e ş e k l i :

Manevî tazminatın miktarını da, maddî tazminatta olduğu gibi hâkim tayin eder. Burada hâkimin, davacı eşin boşanma yüzünden şahsiyet haklarının ne surette haleldar olduğunu tesbit etmesi gerekir. Hâkim boşanmaya sebep olan hâdisenin *ağırlığına* göre manevî tazminatın miktarını tayin edecektir. Diğer taraftan mane-

(22-a) *Velidedeoğlu, H.V. : age., sh. 259/260.*

(23) *Bk. Schwarz, A.B. : age., sh. 174.*

(24) *Velidedeoğlu, H.V. : age., sh. 260.*

vî tazminatın miktarının, davalının malî gücüyle mütenasip olması da gerekir (25).

Hâkimin manevî tazminat olarak mutlaka belli bir miktar p a r a y a hükmetmesi lâzımdır; BK. m. 49/II de olduğu gibi paradan başka bir şeye hükmedemez. Zira MK. m. 143/II de açıkca «*muayyen bir meblâğ*» dan sözedilmektedir (26). Federal Mahkemenin içtihadı da bu istikamettedir (27).

Manevî tazminata da, aynen maddî tazminatta olduğu gibi t a l e p üzerine hükmedilebilir. Aynı şekilde manevî tazminat da boşanma davası görülürken istenebileceği gibi, daha sonra ayrı bir davayla da istenebilir.

ÖNTASARI'nın m. 143 hükmüne ilişkin düzenlemesine gelince :

Öntasarı halen 2 fıkradan oluşan bu maddeyi yeni hükümler koymak suretiyle 6 fıkraya çıkartmaktadır.

Birinci fıkroda «kusuru olmayan eş» deyimi yanına «*kusuru ötekine kıyasla hafif olan eş*» deyimi de eklenmiş bulunmaktadır ki, bu, daha önce belirttiğimiz üzere «mutlak kusursuzluk» aramayan görüşün pratik bir sonucudur.

İkinci fıkra, *eşlerden hiçbirinin kusurlu olmaması* halinde hakkaniyet gerektirdiği takdirde hâkime, talep üzerine uygun bir maddî tazminata hükmetme imkânı tanımaktadır.

Üçüncü fıkra «uygun bir manevî tazminat» deyimini getirmekle hâkime muayyen bir meğlâğdan başka bir biçimde de manevî tazminata hükmedebilme imkânı vermektedir. Diğer bir deyimle, boşanmada manevî tazminatın şekli bu suretle BK. m. 49/II hükmüne benzetilmiş olmaktadır.

Dördüncü fıkra hükmü, maddî ve manevî tazminat taleplerinde *tazminatın miktarının* taraflar arasında serbestçe tayin olunabileceğini ve bu miktarın mahkemece karara bağlanacağını öngörmektedir; yani bu halde hâkimin takdir hakkı söz konusu

(25) 2. HD. 7.4.1947, 6765/1952, *Olgaç*, S. : age., sh. 272, Nr. 837.

(26) Bk. *Tekinay*, S.S. : age., sh. 211.

(27) Bk. JdT 1955, I, 487.

olmayacaktır. Ancak taraflar bu konuda uzlaşmazlarsa, bu miktarı doğrudan doğruya mahkeme tayin ederek karara bağlayacaktır.

Beşinci fıkra, doktrinde bir hayli tartışmalı olan bir soruna açıklık getirmektedir : «Maddî ve manevî tazminat, boşanma davası görülürken davanın her safhasında istenebileceği gibi, boşanmadan sonra açılacak bir dava ile de istenebilir; ancak boşanma kararının kesinleştiği tarihten b i r y ı l geçmekle dava hakkı düşer».

Görüldüğü gibi Öntasarı, maddî veya manevî tazminat taleplerinin boşanmadan sonra dahi bağımsız bir davayla talep edilebilmesini mümkün kılmakta, ancak bu davayı bir yıllık kısa bir hak düşümü süresiyle sınırlandırmaktadır. Öntasarı bu davayı genel zamanaşımı süresine tâbi kılmayı sakıncalı görmüştür.

Altıncı fıkra, manevî tazminat talebinin başkalarına intikal edip etmiyeceğini düzenlemekte ve nişanlamadakine benzer bir yol izlemektedir. Gerçekten, «manevî tazminat talebi hakkı başkasına geçirilemez ve mirasçıya geçmez. Şukadar ki, geçirimden önce veya miras açıldığı zaman bu hak dava edilmiş veya tazminatla yükümlü olan tarafça tanınmış idiyse başkasına geçirilebilir ve mirasçıya geçer».

5) *Yoksulluk nafakası* :

Doktrinde «yoksulluk nafakası» olarak isimlendirilmiş bulunan nafaka, ahlâkî ve sosyal düşüncelere dayanan bir müessesedir. Medenî Kanunumuz bu müesseseyi 144 ncü madesinde şöyle düzenlemektedir : «Kabahatsız olan karı veya koca, boşanma neticesi olarak büyük bir yoksulluğa düşerse, diğeri boşanmaya sebebiyet vermemiş olsa dahi kudreti ile mütenasip bir surette bir sene müddetle nafaka itasına mahkûm edilebilir».

Kanunumuzun bu hükmü, boşanmadan sonra büyük bir yoksulluğa düşecek olan eşi *korumak gayesine* müteveccih olduğu içindir ki, boşanmış eşe verilecek yoksulluk nafakası, bir tazminat veya ceza niteliğinde değildir. Eğer böyle olsaydı, sadece boşanmada kusurlu olan eşden talep edilebilmesi gerekirdi. Oysa, kusursuz eş dahi yoksulluk nafakası ödemekle mükelleftir. Yoksulluk nafakası, bir bakıma evlilik birliği devam ettiği sürece söz ko-

nusu olan bakım yükümünün bir müddet daha devam ettirilmesi-
dir.

a) Şartları :

Hâkimin eşlerden biri lehine yoksulluk nafakasına hükmedebilmesi için bazı şartların gerçekleşmiş olması icap eder. Bunlara kısaca değinelim :

aa) Eşlerden biri nafakayı talep etmelidir :

Eşlerden biri talep etmedikçe hâkim kendiliğinden yoksulluk nafakasına hükmedemez (28).

bb) Nafaka talep eden eş kusursuz olmalıdır :

Nafaka talep edecek olan eş kusursuz olmalıdır. Binaenaleyh bizzat kendi kusuruyla boşanmaya sebebiyet vermiş olan eş, boşanma yüzünden ne kadar büyük bir yoksulluğa düşecek olursa olsun, nafaka talebinde bulunamaz (29). «Kusursuz olma»dan ne anlaşılması gerektiğini evelce maddî tazminat bahsinde açıklamış olduğumuzdan, burada tekrar etmek istemiyoruz.

Buna karşılık, davalı eşin kusurlu olması gerekmez. Zaten maddî ve manevî tazminat talepleri ile yoksulluk nafakası talebi arasındaki farklardan biri de budur. Bu itibarla ki, akıl hastalığı sebebiyle boşanmada davalı eşin kusurundan sözedilemeyeceği ve dolayısıyla kendisinden manevî tazminat istenemeyeceği halde, şartları varsa bu eş yoksulluk nafakasına mahkûm edilebilecektir.

cc) Nafaka talep eden kusursuz eş boşanma yüzünden büyük bir yoksulluğa düşme tehlikesine maruz bulunmalıdır :

Nafaka talep eden eş, hiç bir geliri olmaması ve çalışmayacak durumda olması sebebiyle kendi kendini geçindiremeyecekse, boşanma yüzünden büyük bir yoksulluğa düşme tehlikesine maruz bulunuyor demektir. Başka bir deyişle, «geçimini kendi malî kay-

(28) 2. HD. 17.11.1969, 4971/5178, *Yazıcı, H. - Atasoy, H.* : age., sh. 366, Nr. 674.

(29) 2. HD. 24.3.1950, 3075/1585, 2. HD. 7.6.1948, 1513/3474, *Olgaç, S.* : age., sh. 275, Nr 849, 850.

nakları ve çalışma gücüyle sağlamak imkânından yoksun olan eşin; büyük yoksulluğa düşeceği kabul edilir» (30).

dd) Nafaka bunu ödiyecek olan eşin malî kudretiyle mütenasip olmalıdır :

Hâkimin takdir edeceği yoksulluk nafakasının, bunu ödiyecek olan eşin malî kudretiyle mütenasip olması da gerekir. Eğer nafaka talep etmekte olan eş lehine evvelce manevî tazminata hükmedilmiş bulunuyorsa, yoksulluk nafakasının miktarının tesbitinde bu noktanın da gözönünde bulundurulması ve talepte bulunan eşin hükmedilmiş olan manevî tazminata rağmen büyük bir yoksulluğa düşüp düşmeyeceğinin tahkik edilmesi gerekir (31).

Yoksulluk nafakası, kusursuz eşin büyük bir yoksulluğa düşmesini önleyecek miktarda olmalıdır.

b) S ü r e s i :

Yoksulluk nafakasına ancak b i r yıl için hükmolunabilir. Oysa mehazımız İsviçre Medenî Kanunu yoksulluk nafakasını süreyle sınırlamış değildir (Art. 152). Kanunumuzun bu konuda mehaz kanundan ayrılmış olması bir çok yazarların haklı tenkilerine yol açmıştır. Gerçekten türk doktrininde hemen hemen bütün yazarlar, nafakanın bir yıl gibi kısa bir süreyle sınırlandırılmış olmasının 144 ncü maddenin gayesiyle bağdaşamayacağı fikrindedirler ve bu sürenin kaldırılmasını teklif etmektedirler (32) ki bu fikre biz de katılıyoruz.

Öntasarı doktrinde yükselen bu haklı tenkidi de gözönünde bulundurarak m. 144 de öngörülen bir yıllık süreyi kaldırmış bulunmaktadı. Binaenaleyh hâkim, şartlar gerçekleştiği takdirde yoksulluk nakafasına s ü r e s i z olarak karar verebilecektir.

(30) Bk. JdT 1940 I 142.

(31) 2. HD. 28.4.1942, 1127/1767, *Olgaç*, S. : age., sh. 275, Nr. 852.

(32) Bk. *Velidedeoğlu*, H.V. age., sh. 262; *Saymen/Elbir*, age., sh. 282; *Tekinay*, S.S. : age., sh. 212; *Schwarz A.B.* : age., sh. 175; *Köprülü*, B. : age., sh. 567; *Birsan*, K. : Medenî Hukuk Dersleri, Umumî Esaslar, Şahsın Hukuku, Aile Hukuku, B. 4, İstanbul 1958, sh. 337; *Gürkan*, Ü. : Karının İktisaden Korunması, Ank. Huk. Fak. Der., C. XXX, S. 1-4, sh. 341.

Öntasarı bu maddede bir başka değişiklik daha getirmektedir. Gerçekten şimdiki 144 ncü maddede «..... nafaka itasına *mahkûm edilebilir*» denilmekte iken, Öntasarı, bunu «.....nafaka ödemeye *mahkûm edilir*» şekline getirmekte ve böylece şartlar gerçekleştiği takdirde hâkimin nafakaya karar verip vermemek hususunda takdir hakkı kaldırılmakta ve hâkim nafakaya hükmetmek zorunda kalmaktadır. Pek tabii nafakanın miktarı bakımından hâkimin takdir hakkı eskiden olduğu gibi muhafaza edilmektedir.

c) Tazminat ve nafakanın ödenme biçimi :

Tazminat ve nafakanın ne biçimde, yani *i r a d* tarzında mı, yoksa *s e r m a y e* tarzında mı ödeneceği, ya taraflar arasında yapılacak bir anlaşma ile veya hâkimin kararıyla tayin ve tesbit edilir. Bu konu Medenî Kanunumuzun 145 nci maddesinde düzenlenmiştir.

Tazminat ve nafakanın ödenme biçimi eşler arasında yapılacak bir anlaşma ile tesbit olunursa, bu anlaşmayı hâkimin onaylaması gerekir (MK. m. 150 b. 5).

Nafaka ya *s e r m a y e*, yani belli bir meblâğın toptan ödemesi biçiminde veya *i r a d*, yani belli taksitler halinde ödeme biçiminde tayin edilebilirse de, uygulamada daha ziyade nafakanın irad şeklinde, tazminatların ise sermaye şeklinde tesbit olunduğuna şahit olmaktadır.

Tazminat veya nafakanın *i r a d* şeklinde ödenmesine karar verilmiş bulunuyorsa, alacaklının *yeniden evlenmesi* halinde ödemeler kesilir (MK. m. 145/I). Bu çözüm biçiminin nafakanın yanında maddî ve manevî tazminat ödemelerini de kapsamına alması tenkit edilebilir. Nitekim Prof. Tekinay «bir defa manevî tazminatın yeniden evlenme sebebiyle kesilmesi aslâ tatmin edici değildir. Maddî tazminat ise, boşanma yüzünden kaybedilen nafaka menfaatlerinden ibaret olmadığına göre, tazminat alacaklısının yeniden evlenmesi üzerine, iradın tamamen kesilmesi doğru olmaz. Kaldı ki yeniden evlenmenin, boşanma yüzünden doğan bütün zararları telâfi etmiş olacağı kabul edilemez. Diğer taraftan, yeniden evlenme ile iradın kesilmesi, irad alacaklısı olan kadının evlenmektense serbest birleşmeyi tercih etmesi gibi bir tehlikeye de yol açar. Bizce doğru olan çözüm şekli, yeniden evlenme üzerine, iradın devam edip etmiyeceği veya miktarının azal-

tılabilmesi hususunda yargıcın yetkili kılınmasıdır. Fakat kanun böyle bir çözüm tarzını öngörmüştür» diyor (33). Nafakanın yeniden evlenme halinde kesilmesinde ise tenkide şayan bir cihet yoktur.

Öntasarı yeniden evlenme halinde irad şeklindeki tazminatın kesilmesini önleyici biçimde kaleme alınmıştır. Gerçekten, MK. m. 145/I de yer alan «... maddî ve manevî tazminat veya nafaka olarak bir irat tahsis edilmiş olan karı veya koca, yeniden evlenirse bu irat katolunur» ifadesi, Öntasarıda yer almamakta, buna karşılık 4 ncü fıkra «kendisine yoksulluk yüzünden irat bağlanmış olan eş yeniden evlenirse, iradı ödeme yükümü kesin olarak sona erer» hükmünü getirmektedir.

Kendisine yoksulluk nafakası bağlanmış olan eşin yoksulluktan tamamen veya hissedilir biçimde kurtulması yahutta nafaka borçlusunun malî gücünün nafaka miktarına oranla azalması halinde; hâkim nafaka borçlusunun talebi üzerine nafakayı azaltabileceği gibi tamamen de kaldırabilir (MK. m. 145).

Buna karşılık, nafaka borçlusunun malî durumu eskisine oranla çok daha iyileşmiş bulunsa dahi, nafaka alacaklısının talebine rağmen hâkimin nafaka miktarının arttırılmasına karar verme yetkisi yoktur; zira MK. m. 145 hükmü buna manidir. Nitekim Federal Mahkemenin görüşü de bu istikamettedir (34).

Tazminat ve nafaka alacaklarının m i r a s yoluyla geçip geçmeyeceği meselesine gelince : *Tazminat borcu*, ister sermaye isterse irad şeklinde olsun, borçlunun ölümü üzerine onun mirasçalarına geçer. Doktrindeki hâkim görüş bu istikamettedir.

Nafaka borcu bakımından durum farklıdır. Başka bir deyişle, nafaka borçlusunun ölümü halinde borcun onun mirasçalarına geçip geçmeyeceği tartışmalıdır. Bir kısım yazarlar irad şeklinde hükmolunan nafaka borcunun borçlunun ölümü halinde mirasçalarına geçmeyeceği görüşündedirler. Nitekim Velidedeoğlu bu konuda «MK. 144'e göre, yoksulluk nafakasına irad şeklinde hükmolunmuşsa, burada borç tamamen ş a h s î bir karakter taşır ve evliliğin adeta devam etmekte olan bir sonucu niteliğini gösterir;

(33) *Tekinay*, S.S. : age., sh. 213/214.

(34) BGE, 77 II 23.

bu bakımdan bu borç sadece, aleyhine nafaka hükmü verilmiş olan eşe aittir, onun mirasçılarını bunu ödemekle yükümlü tutulamazlar» diyor (35).

Buna karşılık bir kısım yazarlar, bu nafakanın niteliğine bakarak, ister sermaye ister irad şeklinde hükmolunmuş bulunsun nafaka borcunun mirasçılara geçmesi gerektiği görüşündedirler. Örneğin Tekinay bu konuda şöyle demektedir : «Gerçi genel bir kural olarak nafaka yükümü borçlunun mirasçısına geçmez; fakat 144 ncü maddenin sosyal amacı, bir insanı sefaletten kurtarmaktır. Kanun bu amacı gerçekleştirmek için, evlilik birliğinin son bulmasına rağmen, nafaka borcunu devam ettiriyor. O halde, artık bu mahiyetteki bir nafaka borcu, evlilik birliğinin kadrosunu aşmış, ondan bağımsız bir mahiyet almış demektir. Böyle olunca da yoksulluğa düşen eşin, nafaka alacağı için, borçlunun mirasçılarını başvurmasına imkân vermek ve bu hususta nafaka borcunun sermaye veya irat şeklinde olması arasında bir ayırım yapmamak gerekir» (36). Prof. Feyzioğlu bu görüşün daha gerçekçi olduğu fikrindedir (37). Bu görüşe biz de katılıyoruz.

Tazminat alacaklısı ölmüş ise, alacaklının mirasçılarını hükmolunan tazminatı borçludan talep edebilirler.

Nafaka alacaklısı öldüğü takdirde, alacaklının mirasçılarının nafaka alacağını borçludan talep edemeyecekleri, nafakanın şekline göre değişik olacaktır. Gerçekten, eğer nafaka irad şeklinde hükmolunmuşsa, mirasçılar iradın kendilerine ödenmesini isteyemezler. Nafaka alacaklısının ölümü anından itibaren nafaka iradı da kesilir. Mirasçılar ancak ölüm anına kadar henüz ödenmeyerek birikmiş iradları talep edebilirler. Nafakaya sermaye şeklinde hükmolunmuşsa ve hükmolunan meblâğ nafaka alacaklısına henüz ödenmemiş bulunuyorsa, alacaklının mirasçılarını bu borçludan talep edebilirler.

Öntasarı tazminat ve nafakanın ödenme biçimini düzenleyen 145 nci maddeyle ilgili bir takım değişiklikler getirmektedir. Gerçekten, biçimsel bakımdan bu madde, eklenen fıkralarla 9 fıkradan oluşan bir madde haline getirilmiştir.

(35) *Velidedeoğlu, H.V.* : age., sh. 264. Ayrıca bk. *Tandoğan, H.* : age., sh. 105.

(36) *Tekinay, S.S.* : age., sh. 215.

(37) *Feyzioğlu, F.N.* : age., sh. 313.

Üçüncü fıkrada yoksulluk nafakasına aylık irad şeklinde karar verilebileceği esası getirilmekle beraber, bunun sermayeye çevrilmesi hususunda eşlere anlaşma imkânı da tanınmaktadır.

Dördüncü fıkra eşin yeniden evlenmesi halinde sadece yoksulluk nafakasının kesileceği biçimde kaleme alınmış, yani maddî ve manevî tazminat bunun kapsamı dışında bırakılmıştır.

Yedinci fıkrada irad şeklinde bağlanmış olan nafakanın alacaklının veya borçlunun ölümüyle kesileceği, sekizinci fıkrada alacaklının alacağının teminata bağlanmasını her zaman mahkmeden isteyebileceği ve mahkemenin bu talebi yerine getirmekle yükümlü olduğu ve nihayet dokuzuncu fıkrada da tazminat ve nafaka alacaklarının *imtiyazlı* olduğu hükme bağlanmaktadır.

Öntasarı böylece halenki metinde bulunmayan ve dolayısıyla doktrinde tartışma konusu olan hususları hükme bağlamakla maddeye gereken açıklığı da getirmiş olmaktadır.

II — BOŞANMANIN ÇOCUKLARLA İLGİLİ SONUÇLARI

Boşanma sadece eşlerle ilgili sonuçlar doğurmaz; ortadan kalkmakta olan evlilik birliğinde çocuklar da bulunuyorsa, boşanmanın çocuklarla ilgili bir takım sonuçlar doğurması pek tabiidir. Bu sonuçları başlıca üç noktada toplamak mümkündür : 1) Çocukların velâyeti, 2) Çocuklar ile şahsî münasebetler, 3) Çocukların bakımı (iştirak nafakası). Aşağıda bu konulara değineceğiz.

A) Çocukların velâyeti

Boşanma ile birlikte evlilik birliği kesin olarak son bulmakta olduğuna göre, ana ve baba tarafından müştereken kullanılmakta olan velâyet hakkının, onlardan birine bırakılması gerekecektir. Kanunumuz çocukların velâyetinin taraflardan hangisine bırakılacağı hususunda hâkime çok geniş bir takdir yetkisi bahşetmiştir. Diğer bir deyimle, kanun bu konuda direktif mahiyetinde bir takım esaslar ve kıstaslar koymamıştır. Bu itibardır ki, hâkim velâyetin anaya mı, yoksa babaya mı verilmesi gerektiğini bizzat kendi kanaatine göre tayin edecektir. Tabiatıyla hâkim, burada çok ağır bir manevî sorumluluk altında bulunmaktadır.

Doktrinde genellikle kabul edildiğine göre (38), hâkim, velâyetin boşanan eşlerden hangisine bırakılacağını tayin ederken sadece çocuğun menfaatını gözönünde bulundurmalıdır. Yargıtayımızın da bu görüşü benimsemiş olduğunu ifade edebiliriz (39). Binaenaleyh boşanan eşlerin malî vaziyetleri, yaşları, boşanmada kusurlu olup olmadıkları o derece önemli değildir. Önemli, olan çocuğun, hangi tarafa bırakıldığı takdirde *daha iyi yetiştirileceği, bakılacağı, tahsil ve terbiyesinin sağlanacağıdır*. Bu itibarlardır ki, çocuğun menfaati gerektiriyorsa hâkim onu malî durumu daha bozuk olan, hatta boşanmada kusurlu bulunan tarafa dahi verebilir. Nitekim Yg. 2. Hukuk Dairesi 6.3.1962 tarih ve 646/1497 sayılı kararında davalı ananın zinası sabit olduğu halde, babanın içinde bulunduğu kötü durumu ve çocukların yaşlarını gözönünde bulundurarak velâyetin anaya verilmesini uygun bulmuştur (40).

Mamafih, Prof. Velidedeoğlu'nun da belirttiği gibi «boşanma akıl hastalığı, terk, terzil edici bir suçtan dolayı mahkumiyet veya haysiyetsiz hayat sürme sebeplerinden biriyle vâki olmuşsa, çocuğun bu hallerde akıl hastası veya suçlu olan tarafa bırakılmaması lâzımdır» (41).

Demekki, velâyetin boşanan eşlerden hangisine verilmesi gerektiği hususunda kanunumuz belli kıstaslar koymamış, bunu tamamen hâkimin takdirine bırakmayı uygun görmüştür. Hâkim, çocukların eşlerden hangisine bırakılacağına karar verirken çok dikkatli davranmalı, bu arada çocukların cinsiyetini, yaşını, huyunu, ana ve babanın karakterlerini, yaşama tarzlarını, buldukları sosyal mevki ve çevreyi daima gözönünde bulundurmalı ve tercih hakkını *çocuğun menfaatlarını en iyi kollayacak şekilde* kullanmalıdır. Örneğin mecbur kalmadıkça çok küçük yaşta çocukların velâyetini anaya, buna karşılık daha büyücek yaşta olan ve disiplin muhtaç bulunan erkek çocukların velâyetini babaya

(38) Bk. *Tekinay, S.S.* : age., sh. 216; *Velidedeoğlu, H.V.* : age., sh. 267; *Schwarz, A.B.* : age., sh. 177; *Oğuzoğlu, H.C.* : age., sh. 134; *Feyzioğlu, F.N.* : age., sh. 296; *Köprülü, B.* : age., sh. 569.

(39) Bk. HGK. 18.10.1969, 2 - 786/771, *Yazıcı/Atasoy*, age., sh. 394, Nr. 712; HGK. 13.1.1968, 2 - 1201/20, *Yazıcı/Atasoy*, age., sh. 396, Nr. 715; HGK. 12.6.1963, 2-36/50, *Yazıcı/Atasoy*, age., sh. 397, Nr. 717.

(40) Bk. *Tekinay, S.S.* : age., sh. 217, dn. 39.

(41) *Velidedeoğlu, H.V.* : age., sh. 267.

vermelidir. Tabiatıyla hâkim, çocukların ana ve babalarına karşı besledikleri duyguları da gözden uzak tutmamalıdır. Hâkimin bunu tesbit edebilmek bakımından çocukları dinlemesinde yarar vardır.

Boşanan eşlerin velâyetin içlerinden birine verilmesi hakkında yapacakları bir sulh akdi hâkimi bağlamaz. Hakim böyle bir anlaşmaya rağmen aksine karar verebilir (42). Bununla beraber hâkimin velâyet hakkını kime vereceğini kararlaştırmadan önce ana ve babayı dinlemesi de şarttır (MK. m. 148/I). Ancak, uygulamada buna ne derece riayet edildiği caî sualdir.

Çocuklar birden fazla olduğu takdirde, bazılarının velâyetinin bir tarafa, bazılarının ise diğer tarafa verilmesi mümkün olmakla beraber, büyük bir mecburiyet olmadıkça bu yola gitmemek ve kardeşleri birbirinden ayırmamak doğru olur; zira «kardeşlerden birinin ayrı şartlar, çevreler ve terbiye sistemleri içinde yetişmeleri onları birbirine karşı bir takım ruhî komplekslere sürükleyebilir» (43).

Eğer çocuğun menfaati gerektiriyorsa hâkim, çocuğun velâyetini ana veya babadan hiç birine vermiyerek çocuğu bir üçüncü şahsa, onu vasi tayin etmek suretiyle verebilir. Ancak, hâkimin bu yola gidebilmesi için, velâyetin nez'i sebeplerinden birinin mevcudiyeti lâzımdır (44).

Boşanma kararı verildikten sonra doğan çocuğun velâyeti, boşanma kararıyla velâyet kendisine bırakılmış olan tarafa geçmez; bunun için a y r ı c a dava açılarak velâyetin kime verileceğinin tesbit edilmesi gerekir (45). Yargıtayın bu kararı esasen isabetli olmakla beraber, sonucu önceden belli eden bir karardır, zira yeni doğmuş bir çocuğun anadan alınarak babanın velâyetine bırakılması herhalde söz konusu olmamak gerekir.

B) Çocuklar ile şahsî münasebetler

Çocuklar boşanan eşlerden hangisine bırakılmışsa, velâyet de sadece o eşe ait olur; diğer eşin çocuklar üzerindeki velâyet hak-

(42) Bk. HGK. 12.6.1963, 2-36/50, *Olguç, S.* : age., sh. 165, m. 148, Nr. 1.

(43) *Tekinay, S.S.* : age., sh. 218. Karş. *Tandoğan, H.* : age., sh. 107.

(44) Bk. *Velidedeoğlu, H.V.* : age., sh. 268.

(45) Bk. 2. HD. 28.1.1974, Res. Kar. Der., 1974, S. 4 - 5, sh. 174.

kı o andan itibaren sona erer. Ancak bu, velâyet hakkı sona ermiş olan tarafın hiç bir surette çocuklar ile şahsî münasebet kurmaya, yani onlarla görüşmeye, onları sevmeye, alıp gezdirmeye hakkı olmadığı manasına gelmez. Bilâkis çocuklar ile şahsî münasebet kurmak, onun hakkıdır. Nitekim kanunumuz da bunu açıklıkla belirtmektedir.

Gerçekten, MK. m. 148 de «boşanma veya ayrılık vukuunda hâkim, ana ve babayı dinledikten sonra ... ana baba ile çocuklar arasındaki şahsî münasebetlere dair iktiza eden tedbirleri ittihaz eyler» denildikten başka, aynı maddenin ikinci fıkrasında çocuk kendisine verilmemiş olan tarafın durumun gereğine uygun surette çocuk ile şahsî münasebetlerde bulunmak hakkına sahip olduğu da belirtilmektedir. O halde hâkim, çocuk kendisine bırakılmamış olan eşin çocuk ile nezaman ve ne şekilde temas kurabileceğini kararlaştırmak zorundadır. Hâkim bunu boşanma kararında tesbit edecektir. Mamafih velâyet hakkını kaybetmiş olan eş ile çocuklar arasında şahsî münasebetlerin kurulmasının mutlaka şart olmadığı görüşünü ileri sürenler de vardır. Nitekim Federal Mahkemenin, eğer bu münasebet, çocuğun ruhî, ahlâkî ve fizikî gelişmesi için sakıncalar doğuracaksa, hâkimin bu noktayı belirterek görüşme hakkını reddedebileceğine dair kararlarından (46) mülhem olarak Prof. Tekinay, «görüşme vesilesiyle durmadan cıngar çıkaracağı anlaşılan eş için de bu müeyyidenin uygulanması yerinde olur. Ancak bu müeyyide çok dikkatli bir şekilde kullanılmalıdır. Zira görüşme hakkı yalnız çocuğun değil, ebeveynin de menfaati için kabul edilmiştir ve hatta bu hak ebeveynin şahsiyet hakları arasında yer alır» diyor (47).

Hâkim, çocuk ile diğer tarafın şahsî münasebetlerini tesbit ederken, bir yandan çocuğun yaşını ve tahsil durumunu, öte yandan çocuk ile şahsî münasebet kuracak olan ana veya babanın oturduğu yeri, meslek veya görevinin mahiyetini gözönünde bulundurmalı ve görüşme, buluşma ve birlikte olma süre ve yerini, her iki tarafın durumuna ve şartlarına en uygun düşecek biçimde tesbit etmelidir.

Çocuk kendisine verilmemiş olan tarafın hâkimin tayin edeceği gün ve saatlarda çocuk ile temas etmesine, ezcümle onunla gö-

(46) BGE, 89 II 2.

(47) Tekinay, S.S. : age., sh. 220.

rüşmesine, onu gezdirmesine, yedirip içirmesine, giydirmesine diğer eş engel olamaz. Bu konuda İcra ve İflâs Kanunu'nun çocuk ile şahsî münasebet kurulmasına dair mahkeme kararının uygulanmasını kolaylaştırıcı, diğer tarafı bu karara uymaya zorlayıcı hükümleri vardır (Örneğin m. 25 a).

Doktrinde genellikle kabul edildiğine göre, çocuk ile şahsî münasebet kurma hakkı, bir ana ve babanın *şahsiyet haklarına* dahildir. Federal Mahkemenin görüşü de bu istikamettedir (48). Binaenaleyh onlardan birinin bu haktan feragat etmesi anlamına gelebilecek anlaşmalar muteber değildir (49).

Medenî Kanunumuz ana ve babadan gayri hısımların, örneğin büyük ana ve büyük babaların, amca ve dayıların, halâ ve teyzelerin de çocuk ile şahsî ilişkiler kurup kuramayacaklarını belirtmemiştir. Fakat Türk hâkimi, kanundaki bu boşluğu MK. m. 1/I uyarınca «hukuk yaratmak» suretiyle doldürmüştür. Gerçekten Yargıtayımız bir İçtihadı Birleştirme Kararıyla büyük ana ve büyük babaların da torunlarıyla şahsî münasebet kurma hakkının bulunduğunu ifade etmiştir (50). Federal Mahkeme ise tamamen aksi içtihadta bulunmuştur. Büyük ana ve büyük babaların torunlarıyla şahsî münasebet kurma hakları Türk doktrininde de kabul edilmektedir (51). Doktrin ve tatbikatça kabul olunan bu hakkın Öntasarıda yer almak suretiyle kanun hükmü niteliğine kavuşturulması temneniye şayandır. Ancak Öntasarı bu hakkı 148. nci madde metnine ithal etmemiştir. Her ne kadar İçtihadı Birleştirme Kararları Yargıtay Kanununa göre bağlayıcı nitelikte ise de, bu kararlar tanınmış olan hakkın kanunda yer almasında büyük yarar vardır.

C) Çocukların bakımı (İştirak nafakası)

Çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi, pek tabii çocuk kendisine bırakılmış olan tarafa aittir. Ancak, kanunumuz diğer tarafı da «kudretine göre» çocuğun bakım ve terbiye masraflarına katıl-

(48) BGE, 89 II 2; 72 II 10.

(49) 2. HD. 7.11.1942, 468/3943, *Velidedeoğlu, H.V.* : age., sh. 270, dn. 13.

(50) Yg. İct. Bir. Kar. 18.11.1959, 12/29, RG. 16.4.1960, Nr. 10482.

(51) Bk. *Saymen/Elbir*, age., sh. 273, *Ataay, A.* : Büyükana ve Büyükbabalarla Torunlar Arasındaki Şahsî Münasebetler, İst. Huk. Fak. Mec., C. XXIII, S. 3-4, sh. 380.

makla yükümlü kılmıştır (m. 148/II). Binaenaleyh çocuk kendisine verilmemiş olan taraf bir nafaka ödeyecektir. Bu nafakaya, mahiyetine de uygun düşecek biçimde «*iştirak nafakası*» denilmektedir.

İştirak nafakasının miktarını hâkim serbestçe tayin eder. Hattâ Yargıtayımızın yerleşmiş içtihatlarına göre hâkim, iştirak nafakasına *res'en*, yani bu yolda bir talep olmasa dahi kendiliğinden hükümlenmekle mükelleftir (52).

Hâkim iştirak nafakasını tayin ederken, nafaka ödeyecek olan tarafın malî kudretini, çocuğun ihtiyaçlarını ve çocuk kendisine verilmiş olan tarafın iktisadî durumunu gözönünde bulundurmaya zorundadır. Çocuk kendisine verilmiş olan tarafın malî gücünün tesbitinde, ona diğer eş tarafından verilmiş olan tazminat ve nafakalar da dikkate alınmak gerekir (53).

İştirak nafakası çocuğun rüştüne eriştiği güne kadar devam eder; mamafih çocuk, eğer bakılmağa muhtaç ise, bu takdirde MK. m. 315 hükmüne dayanarak yardım nafakası talep edebilir (54). Diğer taraftan, Yargıtay'ın yeni bir kararına göre, boşanmadan sonra dahi ana ve babanın çocuğu okutmak vazifeleri devam eder. Eğer ailenin sosyal durumu çocuğun okula gönderilmesini gerektiriyorsa, çocuk rüşt yaşına varsa dahi iştirak nafakası kesilmez (55).

Çocuk kendisine verilmemiş olan taraf, çocuğun okuması için masraf yaparsa, örneğin onu bir yatılı okulda okutur, okul taksitlerini öder, okul masraflarını karşılırsa, sarfetmiş olduğu meblâğ ödiyeceği nafakadan indirilir (56).

(52) 2. HD. 30.12.1954, 6696/6130; HGK. 14.10.1949, 5-63/47; 2. HD. 10.2.1944, 3881/602, *Olgaç*, S. : age., sh. 281, Nr. 869; sh. 292, Nr. 932; sh. 293, Nr. 941.

(53) BGE 82 II 470.

(54) HGK. 1.10.1969, 2-677/720, Ank. Bar. Der., 1970, S. 1, sh. 82; HGK. 2.2.1966, 456/22, İst. Bar. Der., 1966, S. 4-6, sh. 148.

(55) HGK. 13.3.1963, 2-99/21, *Olgaç*, S. : age., sh. 167, Nr. 8.

(56) İİD. 27.11.1952, 4641/4994; İİD. 10.4.1952, 1738/1809; İİD. 12.6.1951, 3106/3218, *Olgaç*, S. : age., sh. 284; Nr. 886; sh. 285, Nr. 891; sh. 286, Nr. 900.

4) Çocuklarla ilgili tedbirlerin değiştirilmesi :

Boşanmanın çocuklarla ilgili sonuçları, yani velâyetin ana veya babadan birine verilmesi, çocuk kendisine verilmemiş olan eşin çocuk ile şahsî münasebetleri ve iştirak nafakası kesin ve nihai bir hukukî durum yaratmaz. Bu sonuçlar yeni şartlara göre sonradan tamamen veya kısmen değiştirilebilirler.

Gerçekten, MK. m. 149 hükmüne göre, «ana veya babanın başkasile evlenmesi, başka bir yere gitmesi, ölümü gibi bir halin tahdüsünde, hâkim, resen veya ana ve babadan birinin talebi üzerine hadisenin iktiza ettirdiği tedbirleri ittihaz eyler».

Demek oluyor ki, hâkimin boşanma kararında çocuklarla ilgili olarak almış olduğu tedbirler sonradan yeni hadiseler in ortaya çıkması halinde değiştirilebilecektir. Kanun m. 149 da bu halleri tahdidî olarak saymamış, «gibi» demek suretiyle bunlara benzer diğer hadiselerin dahi maddenin kapsamına girdiğini belirtmek istemiştir. Nitekim Prof. Tekinay şu hadiseleri örnek olarak zikrediyor : «Ana veya babadan birinin hapsedilmesi, alkole veya içkiye düşmesi, ağır bir hastalığa tutulması, mali iktidarının çoğalması veya azalması, çocuğun ihtiyaçlarının artması, çocuğun velâyet hakkından yoksun bırakılan eşin bulunduğu şehirde bir okula girmesi, hastalanması, karakterinde ve eğilimlerinde bazı değişikliklerin bulunması» (57).

Bu gibi yeni hadiselerin ortaya çıkması halinde hâkim, kendiliğinden veya taraflardan birinin talebi üzerine daha evvelce alınmış olan tedbirleri yeniden gözden geçirecek, gerekirse değiştirecektir. Örneğin velâyet hakkını o eşden alıp diğerine verecek, iştirak nafakasının miktarını azaltacak veya çoğaltacak, şahsî münasebetleri yeniden düzenleyecektir.

Eğer çocuk kendisine verilmiş olan taraf ölürsün, velâyet kendiliğinden diğer tarafa geçmez; hâkim uygun görürse velâyet hakkını ona verebilir, uygun görmezse çocuğa bir vasi tayin eder (58).

(57) Tekinay, S.S. : age., sh. 222.

(58) 2. HD. 8.2.1974, 649/746, Res. Kar. Der., 1974, S. 4-5, sh. 160. Karş. Velidedeoğlu, H.V. : age., sh. 276; Tekinay, S.S. : age., sh. 222; Feyzioğlu, F. N. : age., sh. 304.

MK. m. 149 uyarınca yeni hadiselerin ortaya çıkması halinde gerekli tedbirleri almaya yetkili mahkeme, boşanma davasına bakmış olan mahkeme değildir. Yetkili mahkeme, HUMK. daki yetkiye ilişkin genel hükümlere göre tayin edilir; bu da «davalının ikametgâhı mahkemesi» dir (59).

Görevli mahkeme ise, sulh değil, asliye mahkemesidir (60).

(59) HGK. 24.10.1962, 2-66/53, *Olgaç*, S. : age., sh. 167, m. 149, Nr. 9.
(60) 2. HD. 21.2.1964, 788/872, *Olgaç*, S. : age., sh. 167, m. 149, Nr. 10.

BOŞANMA DAVALARINA İLİŞKİN USUL HÜKÜMLERİ

Doçent Dr. Burhan GÜRDOĞAN

GİRİŞ

Boşanma davalarında uygulanacak usul kuralları, beklenildiği gibi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda değil, esas itibariyle Medenî Kanunda yer almıştır (MK. 150). Bunu, Medenî Kanunumuzun anavatanı olan İsviçre'de usul hukukunun federalize edilmemiş olmasıyla açıklamak mümkündür. Gerçekten, İsviçre'de her kanton kendi usul hukukunu düzenlemek yetkisine sahip olduğundan, boşanma davaları bakımından uygulamada birlik sağlamak için bu konudaki önemli hükümler, federal kanun olan Medenî Kanunda hükme bağlanmıştır (1).

Bu kurallar, Medenî Kanunda yer almakla birlikte, nitelikleri itibariyle usul hukuku kurallarıdır. Bu nedenle uygulanmalarında ve yorumlanmalarında usul hukukunun ana ilkelerinden yararlanılmak gerekir.

Diğer yandan, boşanma davalarıyla ilgili usul kuralları, bu konudaki maddî hukuk kurallarıyla sıkı sıkıya bağlılık gösterirler. Diğer bir deyişle maddî hukuk kurallarında bir değişiklik olduğu takdirde, bunun bu konudaki usul kurallarına da zorunlu etkileri olacaktır. Bu düşüncemizi açıklamak üzere basit bir örnek verelim : Medenî Kanunumuz karşılıklı rıza ile boşanmaya cevaz vermemiştir. Bunun sonucu olarak boşanma davalarında tarafların ikrarı hakimi bağlamamaktadır (MK. m. 150 No. 3). Halbuki Medenî Kanuna karşılık rızayla boşanmaya imkân veren bir hüküm

(1) Bak. Schwarz, A.B. (terc. Bülent Devran) - Aile Hukuku, 2. bası, İst. 1946 s. 168, Göktürk H.A.- Türk Medenî Hukuku 2. kitap Aile Hukuku, 3. basım Ankara 1955 s. 322.

konulduğunda, söylediğimiz usul kuralının pratik bir değeri kalmıyacaktır.

Bu nedenle biz, bildirimizde esas itibariyle Medenî Kanunumuzun yürürlükteki hükümlerine paralel olarak boşanma davalarındaki usul kurallarını belirtmeye çalışacağız. Bildirimizin sonunda ise, Adalet Bakanlığınca hazırlanmış bulunan «Medenî Kanun Değişikliği Ön Tasarı» ile getirilmek istenen değişiklikleri kısaca değerlendirmeye çalışacağız.

I — BOŞANMA DAVALARININ DAVA TÜRLERİ ARASINDAKİ YERİ

Usul hukuku yönünden, dâvalar mahkemeden istenen hukukî himayenin türüne göre üç kısma ayrılmaktadır (2) : Edim (eda) dâvaları, tesbit dâvaları ve inşâî davalar da dediğimiz yenilik doğuran dâvalar. Boşanma davaları bunlardan yenilik doğuran davalar kategorisine girmektedir. Zira bu dâvalarda mevcut bir hukukî durumun (evlilik bağının) ortadan kaldırılması istenmektedir. Bununla birlikte boşanma ile beraber, MK. m. 143 ve 144 gereğince maddî ve manevî tazminat ve yoksulluk nafakası da isteniyorsa talebin bu kısmı edim davası niteliğindedir. Zira burada davalının bir edimde bulunmaya mahkûm edilmesi istenmektedir.

II — BOŞANMA DAVALARINDA GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

1 — G ö r e v l i M a h k e m e :

Usul hukukumuzda görevin tayininde uygulanacak ilkeler, dava konusunun para ile ölçülebilir olup olmamasına göre değişmektedir. Konusu para ile ölçülen davalarda dava konusunun değerinin 5000 liradan yukarı olması halinde Asliye Hukuk, aksi halde

(2) Bilge, N. - Medenî Yargılama Hukuku 2. bası, Ankara 1967 s. 342 vd, Berkin N. Medenî Usul Hukuku Esasları İstanbul 1969 s. 94 vd. Kuru B. Hukuk Muhakemeleri Usulü 3. bası, Ankara 1974 s. 253 vd, Postacıoğlu İ. Medenî Usul Hukuku Dersleri, 6. bası, İstanbul 1975 s. 249 vd, Üstündağ S. Medenî Yargılama Hukuku Esasları İstanbul 1973 s. 178 vd.

Sulh Hukuk Mahkemesi görevlidir (HUMK. m. 8/I). Buna karşılık konusu para ile ölçülemiyen davalarda asliye hukuk mahkemesinin görevi asıl, sulh hukuk mahkemesinin görevi istisnaîdir. Bu nedenle, kanunlarda yalnızca «mahkeme» veya «hakim» den sözedildiği zaman bunu «asliye hukuk mahkemesi» ve «asliye hukuk hâkimi» olarak anlamak gerekir. Şu halde Medenî Kanunumuzun boşanma hükümleri arasında yer alan 132, 136, 137, 138, 142, 143, 147, 148, 149 ve 150 nci maddelerinde sözü edilen mahkeme, asliye hukuk mahkemesidir. Böylece, yalnız boşanma davalarında değil, terk sebebine dayanan boşanma davasından önce yapılması gerekli ihtar talebinde de (MK. m. 132) görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir (3). Buna karşılık, ileride değineceğimiz gibi, boşanma davasından önce yapılacak tedbir taleplerinde sulh hukuk mahkemesi görevlidir (HUMK, m. 8/II-4).

Burada şunu da belirtelim ki, HUMK. m. 518 gereğince «yalnız iki tarafından arzularına tabi olmıyan» meselelerde *tahkim* cereyan etmiyeceğinden eşlerin boşanma davası için tahkim yoluna başvurmaları mümkün değildir (4).

2 — Yetkili Mahkeme :

Özel yetki hükümleri saklı kalmak üzere, yetkili mahkemenin tayininde ana kural, her davada davalının ikametgâhının bulunduğu yerdeki mahkemenin yetkili olmasıdır (HUMK. m. 9). Buna karşılık, MK. m. 136 hükmüne göre, boşanma davalarında, davalının değil, davacının ikametgâhı mahkemesi yetkilidir. Ancak MK. m. 21 gereğince kocanın ikametgâhı esas itibariyle karının da ikametgâhı olduğundan, MK. m. 136 hükmünü ana kurala gerçek bir istisna saymamak gerekir (5). Zira böylece her boşanma davasında, davacı ile davalının ikametgâhı aynı olduğundan, dava aynı zamanda davalının ikametgâhı mahkemesinde açılmış olmaktadır.

(3) Bak. Bilge s. 148.

(4) Keza Türk Ticaret Kanunu'nun 5/3 üncü maddesince, ticaret mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi arasındaki iş bölümünün ancak tarafların ilk itirazı üzerine nazara alınacağı yolundaki kural «tarafların arzularına tâbi olmıyan işlerde» yürümiyeceğinden, hernasılsa ticaret mahkemesine açılmış bir boşanma dâyasında ticaret mahkemesinin re'sen görevsizlik kararı vermesi gerekir.

(5) Bak. Tekinay S.S. Türk Aile Hukuku 2. Bası, İstanbul 1971, s. 195.

Bu söylediklerimiz karının ayrı mesken ittihazına mezun bulunduğu hallerde uygulanmaz. MK. m. 162/I e göre, ortak yaşamın devamı yüzünden sağlığı ünü ve işinin geleceği önemli bir biçimde tehlikeye düşen eş ayrı mesken edinebileceği gibi, boşanma davasının devamı sırasında eşlerden her biri ayrı yaşama hakkına sahiptir (MK. m. 162/II). Ayrılık kararının bitiminden sonra açılacak boşanma davasını da (MK. m. 139) karı kendi yeni ikametgâhında açabilir (6). Keza kocasının ikametgâhı belli olmayan karı kendi ikametgâhında dava açabilir (bak. MK. m. 21/II).

Burada şu hükmü de belirtmek gerekir : Türkiye'de ikametgâhı bulunmayan Türk tebaası ahkâmı şahsiye noktasından (bu arada boşanma davaları bakımından) Türkiye'deki son ikametgâhı mahkemesine ve bulunmadığı halde Ankara mahkemesine tâbidir (HUMK. m. 18).

8 Haziran 1973 de yürürlüğe giren 1711 sayılı Kanunla HUMK. m. 9 a eklenen son fıkra, boşanma davalarında yetki konusunda yeni bir hüküm getirmiştir. Buna göre «eşlerin davadan önce son defa altı aydanberi birlikte oturduğu yer mahkemesi de» boşanma davasına bakmaya yetkili kılınmıştır (7).

Boşanma davalarındaki yetki hükümlerinin «kesin yetki» olup olmadığı hususunda kanunda bir açıklık yoktur. Doktrinde bunun bir kesin yetki olduğu savunulmuştur (8). Boşanma davalarındaki yetki, kesin yetki sayılırsa, tarafların bu konuda bir yetki sözleşmesi yapamamaları ve yetki itirazının davanın her safhasında ileri sürülebileceği gibi hakimce de her zaman resen gözönüne alınabilmesi sonuçları doğacaktır. Yargıtay burada bir kesin yetki hali görmemektedir. Yargıtay uygulamasına göre boşanma davalarında yetki itirazı ancak bir ilk itiraz olarak ileri sürülebilir (9). Kanaatimizce, boşanma davalarının özelliği ve bu davalardaki yetki hükümlerinin konuluş nedenleri dolayısıyla, buradaki yetkinin kesin yetki sayılması daha doğru olur.

(6) Tekinay, s. 197.

(7) Bu değişikliğin haklı gerekçesi için bak. Gürdoğan B. Hukuk Usulündeki son değişiklikler Ankara 1973 s. 6-8.

(8) Kuru s. 123, Üstündağ, s. 115, Erdoğan, C. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ankara 1973, s. 73.

(9) Yg. 2. HD. 15.9.1875-6295/6659 Yargıtay Kararlar Dergisi (YKD) C. 2 S. 2 s. 145, 22.1.1976-149/396, YKD C. 2. S. 6 s. 806.

III — BOŞANMA DAVALARINDA TARAF VE DAVA EHLİYETİ

1 — Taraf Ehliyeti:

Usul hukukunda taraf ehliyeti, «davada taraf olabilme» yeteneğidir. Bu ehliyet, maddî hukuktaki medenî haklardan istifade ehliyetinin usul hukukunda büründüğü şekildir.

Medenî Kanununun 8 inci maddesindeki genel kural gereğince herkes medenî haklardan istifade edeceğine göre, her karı ve her koca taraf ehliyetine sahiptir. Bu ehliyet ölümle son bulacaktır (MK. m. 27).

Şu halde ölmüş bir kimse aleyhine boşanma davası açamaz. Açıldığı takdirde hâkimin *dâva şartı* bulunmaması nedeniyle davayı reddetmesi gerekir (10).

Acaba dâva görülmekte iken taraflardan birisi ölürse ne olacaktır? Bu husustaki genel kural, dâvanın ölenin kanunî mirasçılılarıyla devam etmesidir. HUMK. m. 41 gereğince, iki taraftan birinin ölümü halinde, diğer tarafın talebiyle hâkim dâvanın takibi için bir kayyım tayin edebilir.

Boşanma davalarında bu genel kuralın uygulanması kabul edilmemektedir. Burada münhasıran şahsa bağlı bir hak söz konusu olduğundan, dâva mirasçılara intikal etmemektedir. Bunun sonucu olarak, boşanma davası devam ederken taraflardan birisinin ölümü halinde, evlilik bağı ölümle sona ermekte ve sağ kalan eş diğerinin mirasçısı olmaktadır. Hattâ, boşanmaya mahkemece karar verilmiş olsa dahi, bu karar Yargıtayca incelenirken taraflardan birisi ölürse hüküm gene aynıdır (11).

İtiraf etmek gerekir ki, varılan bu sonuç bazı sakıncalar doğurmaktadır. Özellikle, eşinin zinası, cana kast gibi ağır sebeplere dayanan bir boşanma davası açan ve iddiasında haklı bulunan bir

(10) Bak. Kuru, s. 186.

(11) Hattâ Yargıtay boşanma kararını onamış olsa ve karar düzette safhasında ölüm vukubulsa hüküm gene aynıdır. İsviçre'de de boşanma kararı Federal Mahkemece incelenmekte iken taraflardan birisi ölürse dava sona ermekte ve evlilik bağı boşanma ile değil, ölümle ortadan kalkmaktadır, bak. Wuarin A. Divorce, FJS, No. 508, s. 2 ve dn. 3.

davacının ölümü halinde davalının onun mirasçısı olabilmesi hakkaniyete aykırı bir sonuçtur.

Kanaatimizce, Yargıtay'ın, evlat edinmenin feshi davasına mirasçılarının devam edebileceği yolundaki İçtihadı Birleştirme Kararı'nın (12) gerekçesi burada da geçerlidir. Zira burada da. dâva dilekçesi «mirastan iskatı âmir bir tasarruf» olarak kabul edilebilir. Böylece, MK. m. 457 kapsamına girebilecek bir sebebe dayalı boşanma davasına, davacının ölümü halinde mirasçılar devam edebilmelidirler.

2 — D a v a E h l i y e t i :

Dâva ehliyeti, bir kimsenin bizzat veya iradî temsilcisi aracılığıyla bir davayı (davacı veya davalı olarak) takip edebilme yeteneğidir (13). Bu ehliyet ise, maddî hukuktaki «medenî hakları kullanma ehliyeti» ne tekabül etmektedir.

Medenî Kanununun 11/2 nci maddesi gereğince evlenme kişiyi reşit kıldığından dava ehliyeti yönünden küçüklük söz konusu olmaz.

Mümeyyiz mahcurlar, münhasıran şahsa bağlı haklarını kanunî temsilcilerinin rızasına muhtaç olmaksızın bizzat kullanabileceklerinden (MK. m.16/2) boşanma davası açabilirler ve bunlar aleyhine boşanma davası açılabilir.

Temyiz kudretini haiz olmıyan kimselerin boşanma davası açıp açamayacakları ihtilâflıdır. Bir fikre göre, bunlar ne bizzat, ne de kanunî temsilcileri aracılığı ile bu dâvayı açabilirler (14). Diğer bir fikre göre ancak temyiz kudretini haiz olmıyanın şahsına yönelmiş ağır bir tehlikenin söz konusu olduğu hallerde kanunî temsilciye bu hakkı tanımak gerekir (15). Başka bir görüşe göre, mümeyyiz olmıyanların da medenî haklardan istifade ehliyetleri mutlaklıdır. Ne bizzat ne de kanunî temsilci aracılığı ile kullanılmıyan bir hakkın mevcudiyeti ise söz konusu olamaz. Bu nedenle kanuni

(12) 7.12.1955 gün ve 11/24 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı (RG. 9.2.1956-9229).

(13) Bak. Kuru, s. 189 vd.

(14) 2, HD. 20.10.1964 - 4595 (Tekinay, s. 199 dn. 13).

(15) Bak. Postacıoğlu, s. 208, Akıntürk, T. Aile Hukuku 2. Bası, Ank. 1975 s. 222.

temsilci boşanma davası açabilmeli, ancak mahkeme yalnız boşanma sebebinin varlığını değil, boşanmanın davacının menfaatine olup olmadığını da incelemelidir (16). Biz de esas itibariyle bu sonuncu görüşe katılıyoruz. Ancak boşanma davasının davacının menfaatine olup olmadığını boşanma davasına bakan hâkimin değil, vasiye dâva açma izni verecek olan (MK. m. 405 No. 8) sulh hâkiminin incelemesi ve böyle bir menfaat yoksa izin vermemesi gerektiği kanaatindeyiz.

Temyiz kudretini haiz olmıyan kişi aleyhine ise boşanma davası açılması mümkündür. Esasen akıl hastalığını boşanma sebebi olarak kabul eden kanun (MK. m. 133) buna açıkça cevaz veriyor demektir. Bu halde davayı davalıyı temsilen kanunî mümessil yürütecektir (17).

Dava ehliyetini bitirirken bir noktaya daha temas etmek gerekmektedir. Boşanma davası vekil marifetiyle açılıyorsa acaba vekilin vekâletnamesinde bu konuda özel bir mezuniyeti haiz olması gerekli midir? Yoksa umumî bir dâva vekâletnamesi yeterli midir?

Gerek usul kanunumuzun özel mezuniyet verilmesi gerekli halleri sayan 63 üncü maddesinde, gerek Borçlar Kanunu'nun 388 inci maddesinde bu hususta bir kayıt yoktur. Doktrinde vekilin bu konuda özel mezuniyeti haiz olması gerektiği savunulmuştur (18). Biz de bu görüşe katılıyoruz. Esasen gerek BK. m. 388/2 hükmünün (19) gerek HUMK. m. 63 hükmünün (20) tahdidî olmadığı ve aynı ağırlıktaki başka dâvalar için de özel yetki aranması gerektiği kabul edilmektedir. Münhasıran şahsa bağlı bir hakkı ihtiva etmesi bakımından kişi için çok ağır sonuçlar doğurabilecek olan boşanma davası için de aynı esas cari olmalıdır. (21).

(16) Tekinay, s. 201.

(17) Tekinay, s. 201.

(18) Berkin, s. 109, Karş. Postacıoğlu s. 324.

(19) Bak. Müderrisoğlu F. Avukatlıkta Vekâlet ve Ücret Sözleşmeleri. Ank. 1974, s. 48-49.

(20) Bak. 4.2.1959 gün ve 14/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı (RG. 29.4.1959 - 10194).

(21) RG. 13.7.1976 - 15645 de yayınlanan Noterlik Yönetmeliğinin 93 üncü maddesinin k bendi gereğince boşanma davaları için düzenlenecek vekâletnamelerin ayrıca fotoğraflı da olması gerekmektedir.

IV — BOŞANMA DAVALARINDA İHTİYATİ TEDBİRLER :

İhtiyatî tedbir müessesesi, HUMK. m. 101 ve müt. hükümleriyle düzenlenmiştir. 101 inci maddenin 4 No. lu bendi gereğince «ayrılık veya boşanma davası üzerine Kanunu Medenî mucibince icabeden muvakkat tedbirlerin ittihazı» Usul Kanunundaki ihtiyatî tedbir türleri arasındadır. Ancak boşanma davalarındaki ihtiyatî tedbirler, birçok bakımlardan, genel ihtiyatî tedbirlerden farklıdır.

Genel kurallara göre, dava ikamesinden önce ihtiyatî tedbir istenebilir (HUMK. m. 101) ve bu halde HUMK. m. 109 gereğince karar tarihinden itibaren 10 gün içinde esas hakkındaki dâvanın açılması gerekir. Bu kural boşanma davalarında işlemez. Zira MK. m. 137 gereğince, boşanma davasına bakacak olan hâkim, ancak «dâvanın ikamesini müteakip» gerekli tedbirlere karar verecektir. Şu halde asliye hukuk mahkemesinden dava açılmadan önce ihtiyatî tedbir talebinde bulunulması söz konusu değildir. Medenî Kanunumuz bunu başka bir müessese ile karşılamıştır. O da MK. m. 161 ve müt. maddelerinde yazılı ve evlilik birliğinin sıyaneti ile ilgili tedbirlerdir. Bu tedbirler, HUMK. m. 8/II No. 4 ve m. 500 gereğince sulh hâkimi tarafından alınacaktır. Yetki konusunda sınırlayıcı bir hüküm yoktur. Talep sahibi, ihtiyatî tedbirin en az masrafla ve en çabuk nerede ifası mümkün ise o yer sulh hukuk hâkimine başvurabilir (HUMK. m. 104/I). HUMK. m. 8/II No. 4 gereğince, sulh hâkiminin görevi «boşanma veya ayrılık davası açılmamış ise» söz konusudur. Şu halde bu dava açıldıktan sonra artık sulh mahkemesinden tedbir istenemez. Dava açılmadan önce tedbir istenmiş, fakat bu istek karara bağlanmadan önce boşanma davası açılmış ise, sulh hâkimi tedbir talebi ile boşanma davası açılması tarihi arasındaki devre için nafakaya hükmedebilir. Buna mukabil sıyanet nafakasına boşanma davası açılmadan önce hükmedilmiş ise, bu ilâm boşanma davası süresince muallâkta kalır. Boşanma davası reddedilirse tekrar yürürlüğe girer. Boşanma davası kabul edilirse, boşanma hükmünün kesinleşmesiyle bu ilâm da hükümden düşer (22).

Boşanma davası açıldıktan sonra tedbirlere karar vermek, mühasıran bu davaya bakan mahkemeye aittir. Başka bir asliye hukuk mahkemesinden tedbir istenemez (23).

(22) Kuru, s. 78 - 79.

(23) Bu sebeple, boşanma davası açıldıktan sonra herhangi bir asliye hu-

İhtiyatî tedbir konusunda diğ er bir özellik, MK. m. 137 nin ifadesine nazaran, boşanma davası açıldıktan sonraki tedbirlere hâkimin resen de karar verebilmesidir.

V — BOŞANMA TALEBİNİN MUHTEVASI :

MK. m. 135 hükmüne göre, boşanma davasını ikameye hakkı olan taraf dilerse boşanma, dilerse ayrılık istiyebilecektir. Dava dilekçesinde ayrılık istemiş olan davacının, davalının muvafakati olmaksızın, bilâhare aynı davada boşanma isteyememesi gerekir (HUMK. m. 185 No. 2). Kanaatimce davacı burada «ıslah» yoluna da başvuramaz. Zira ıslah yoluyla müddeabih «tezyid» edilemez (HUMK. m. 87 son cümle). Buna karşılık dava dilekçesinde boşanma istemiş bulunan davacının, bilâhare, ıslaha dahi hacet olmaksızın, ayrılık istiyebileceği fikrindeyiz.

VI — BOŞANMA DAVALARINDA YARGILAMA KURALLARI

Boşanma davalarında uygulanacak yargılama kuralları, esas olarak, Medenî Kanunumuzun 150 nci maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde hükmünün, diğ er hukuk davalarına nazaran, hâkime çok geniş bir takdir hakkı verdiği genel bir kanı halindedir. Aslında genel usul kurallarına 150 nci maddeyle getirilen değışiklik sadece yemin deliline başvurulamayacağı ve tarafların ikrarının hâkimi bağlamayacağı yolundaki 2 ve 3 üncü bendlerdir. Şöyle ki :

MK. m. 150/1 inci bend hükmü, hâkimin boşanma veya ayrılık için sebep gösterilen olayların varlığına vicdanen kani olmadıkça onları sabit sayamayacağı hakkındadır. Bu, aslında, bütün hukuk davaları için geçerli bir kuraldır. İsbatın konusunu «maddî olayların = vakıaların» teşkil ettiği bütün hukuk davalarında hakim bu olayların mevcudiyetlerine vicdanen kani olmadıkça onları sabit sayamaz. Kanuni delil, özellikle, senetle isbat hükümleri konusunu «hukukî işlemler» in teşkil ettiği davalarda söz konusudur (HUMK. m. 288/I e bak). Boşanma sebeplerinin tamamı «maddî olaylar» dan ibaret olduğuna göre, ortada boşanma davalarına has istisnaî bir hüküm mevcut değıl demektir.

MK. m. 150/4 üncü bend hükmüne göre, «hâkim beyyinatı serbestçe takdir edecektir». Bu kural ise, HUMK. m. 240 da bütün hukuk davaları yönünden aynen düzenlenmiştir. Bu maddeye göre «...Kanunun tayin ettiği haller müstesna olmak üzere hâkim ikame olunan delilleri serbestçe takdir eder». Boşanma sebeplerinin hemen hepsi kanunun hâkimin takdirini bağlayıcı istisnai bir hüküm koymamış bulunduğu hallerdir. Yalnızca MK. m. 133 gereğince akıl hastalığının şifası kabil olmadığı bilirkişi raporuyla tasdik edilmiş olmalıdır.

Bunlara karşılık, MK. m. 150/2 ve 4 hükümleri yalnızca boşanma davalarına ilişkindir.

M. 150/2 ye göre boşanma davalarında yemin deliline başvurulamaz. Burada hem tarafların birbirlerine teklif edecekleri taraf yemini (HUMK. m. 344 - 354) hem de hâkimin taraflardan birine teklif edeceği res'en yemin (HUMK. m. 335 - 362) söz konusudur.

M. 150/3 hükmüne göre, tarafların her türlü ikrarı boşanma davası hâkimini bağlamıyacaktır. Burada «her türlü ikrar» denildiğinden ikrarın mahkeme içinde veya dışında olması arasında bir fark olmadığı gibi, HUMK. nun dolayısıyla ikrar saydığı haller de aynı şekilde hâkimi bağlamaz. Bu nedenle, yargılama gıyabında cereyan eden tarafın hasmının ileri sürdüğü vakıları ikrar etmiş sayılabileceği yolundaki hüküm (HUMK. m. 408) ve isticvap için yapılacak ikinci çağrıya rağmen duruşmaya gelmiyen veya gelip te sorulara cevap vermiyen tarafın sorulan vakıaları ikrar etmiş sayılacağı yolundaki hüküm (HUMK. m. 234/II) burada uygulanıyacaktır (24).

VII — BOŞANMA DAVASI SONUNDA VERİLEN HÜKÜM VE İCRASI :

MK. m. 138 boşanma davası sonunda verilecek hüküm bakımından bazı kurallar getirmektedir. Bu kurallara göre dâva yalnız ayrılığa dair ise hâkim boşanmaya hükmedemez (MK. m. 138/II).

(24) Bunlara karşılık, kesin mehil hakkındaki usul hükümleri boşanma davalarında da uygulanır. Örneğin kesin mehil içinde bir taraf delillerini bildirmemişse bu hakkı düşer, bak. Yg. 2 HD. 27.6.1974 - 3694/4217 YKD. C. 1, S. 12 s. 18.

Bu kural, hâkimin tarafların iddia ve müdafaalarıyla mukayyet olup ondan fazlasına hükmedemiyeceği yolundaki HUMK. m. 74 hükmüyle paralellik arz etmektedir. Buna karşılık dava boşanmaya dair ise, karı kocanın barışmak ihtimali bulunmak şartıyla hâkim ayrılığa hüküm verebilir (MK. m. 138/III).

Boşanma davasının reddine karar verildiği takdirde, bu karar ileri sürülen boşanma sebebinin mevcut olmadığına dair bir tesbit hükmü niteliğindedir (25). Bu kararın kesinleşmesinden sonra artık münhasıran aynı maddî olaylara dayanılarak yeni bir boşanma davası açılmaz (26). Boşanma davasının reddine dair hükümde yer alacak yargılama giderleri ve davalı lehine vekâlet ücretine ilişkin kısım hakkında, evlilik devam ettiğinden MK. 165/I gereğince, cebri icra yasağı vardır.

Boşanmaya karar verildiği takdirde, bu karar ancak kesinleştiği andan itibaren hüküm ifade eder. (bak. HUMK m. 443/IV). Hüküm temyiz edilmiş ise karar düzeltme süresinin de geçmiş olması veya karar düzeltme isteminin reddedilmesi gereklidir.

Boşanma kararı kesinleştikten sonra boşanmanın fiilen gerçekleşmesi için herhangi bir icra işlemi gerekmez. Boşanma ilâmının nüfus kaydına işlettirilmesi yeterlidir. Buna karşılık fer'i meseleler için cebri icra söz konusu olur. Yoksulluk nafakası, maddî ve manevî tazminat ve yargılama giderleri için İİK. m. 32 ve müt. maddeleri gereğince «para verilmesi hakkındaki ilâmların icrası» na ilişkin genel hükümler uygulanır.

İlâmde velâyetin bir tarafa verilmesi hakkında hüküm varsa, velâyet hakkı kendisine verilen taraf, çocuğun İİK. m. 25 uyarınca kendisine teslimi için icra dairesine başvurabilir. Aynı şekilde velâyet kendisine verilmemiş ve fakat çocukla şahsî münasebet tesisini kararlaştırılmış olan taraf da bu münasebetin tesisini İİK. m. 25/a gereğince icra dairesinden ister. Her iki halde de icra emrine muhalefet, İİK. m. 341 deki cezaî müeyyidenin uygulanmasını gerektirir.

(25) Kuru, s. 265.

(26) Bak. Üstündağ, s. 435 vd. dn 30.

VIII — DAVAYA SON VEREN TARAF İŞLEMLERİ BAKI- MINDAN BOŞANMA DAVALARI

Usul hukukumuzda göre, davaya son veren taraf işlemleri, feragat, kabul ve sulhtur.

Diğer hukuk davalarında olduğu gibi, boşanma davasında da davacının davadan feragati, yani talep sonucundan vazgeçmesi kesin bir hükmün hukukî sonucunu doğurur (HUMK. m. 95/I). Bu halde feragat sebebiyle davanın reddine karar verilir. Davadan, dava devam ederken feragat edilebileceği gibi, boşanma kararı verildikten sonra ve fakat bu karar kesinleşmeden önce de feragat mümkündür. Bu halde, dosya mahallî mahkemede iken feragat vukubulursa mahkemenin yeniden duruşma açması ve feragat sebebiyle davayı reddetmesi gerektiği kanaatindeyiz. Dosya Yargıtayda incelenmekte iken feragat vukubulursa, bu takdirde Yargıtay'ın feragat sebebiyle davanın reddine karar verilmek üzere hükmü bozması gerekir.

Boşanma davasında davalının davayı «kabul» ü hiçbir hukukî sonuç doğurmaz. Ancak kabulünden itibaren davalının davada huzuru mecburî değildir (HUMK. m. 95/II ye bak.)

Boşanma davasında tarafların (boşanma veya ayrılık hususunda) *sulh* olmaları da mümkün değildir. Buna karşılık yukarıda değindiğimiz gibi, hâkimin tasdikine iktiran etmek kaydıyla, taraflar boşanmanın fer'î sonuçları hakkında anlaşma yapabilirler (MK. m. 150 No. 5).

IX — ÖNTASARI HÜKÜMLERİNİN ELEŞTİRİLMESİ

1) MK. m. 132 de yapılmak istenen değişiklikte terk sebebi-
ne dayanan boşanma davalarından önce yapılması gereken ihtar kaldırılmaktadır. Tasarının gerekçesinde (27) «ihtar davasının özellikle temyiz edilebilmesi nedeniyle bazan yıllarca uzadığı, bununla boşanmayı güçleştirdiği» ifade olunmaktadır. Bu ifade madde bir zühule müstenittir. Zira 27.3.1957 gün ve 10/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'ndanberi ihtar yalnızca idarî bir işlem sayılmak

(27) Bak. Türk Medenî Kanunu Ön Tasarısı ve Gerekçesi Ank. 1971, s 118 - 119.

ta ve ihtar kararı aleyhine temyiz yoluna başvurulamamaktadır. İhtarın haklı olup olmadığı ise, ihtar talebi sırasında değil, terk sebebine dayanılarak açılacak boşanma davasında tartışılmaktadır.

Kanaatimizce ihtar müessesesinin muhafazası yerinde olacaktır. Zira ihtar, müşterek haneyi terkeden eşe durumun ciddiyetini ve bu hareketinin boşanmayla sonuçlanabileceğini bildirmekle, bazan geçici bir kaprisle eşinden uzaklaşan kimsenin eve avdetini temin edebilmektedir.

2) MK. m. 134 de yapılmak istenen değişiklikle, şiddetli geçimsizliğe dayanan boşanma davasında taraflar ileri sürmedikçe hâkim husuru kendiliğinden nazara alamaz şeklinde bir hüküm getirilmektedir. Böylece davacının kusurunun daha ağır olduğu yolundaki iddia, bir itiraz değil, defî sayılmak istenmektedir. Bu değişiklik de kanaatimizce sakıncalı ve anlaşmalı boşanmalara yol açacak niteliktedir. Esasen pratik de değildir. Zira davalı boşanma isteğini kabul etmiyorsa, zaten davanın reddini te'min için bazı maddî vakıalar gösterecektir. Bu vakıalar sabit olduğu takdirde, bunların bir kusur teşkil edip etmediği ve kusurun daha ziyade davacıya kabili atıf olup olmadığı hususları bir hukukî tavsif meselesidir ve hâkim tarafından re'sen nazara alınacaktır.

3) MK. m. 138/son fıkrada «boşanma veya ayrılık kararı gerek miras, gerek öteki durumlar bakımından ancak kesinleştikten sonra sonuç doğurur» şeklinde bir hüküm getirilmektedir. Bu değişiklik bugünkü hukukî duruma uygundur.

4) MK. m. 150 de yapılmak istenen değişiklikler : 1 inci bendinde mahkemenin ilk oturumda doğrudan doğruya ve yalnız olarak eşleri davet edip onları barıştırmaya çalışacağı hükmü getirilmektedir. Gelmezler veya barışmazlarsa davaya açık olarak devam edilecektir. Böylece usul kanunumuzda eskiden mevcut olup ilga edilen sulh teşebbüsüne benzer bir müessese ihdas edilmek istenmektedir. Kanaatimizce böyle bir hükme ihtiyaç yoktur. HUMK. m. 213 de buna benzer bir hüküm daha geniş şekilde yer almaktadır. Bu madde hükmüne göre hâkim davanın her halinde tarafları davetle onları sulhe teşvik edebilir. Bunun hâkime bir mecburiyet olarak tahmili halinde, bugün şikâyet edilen «boşanma davalarının uzaması» sebeplerine bir sebep daha eklenmiş olacaktır.

2 nci benddeki «yemin makamına kaim beyanat» ibaresi, hak-

lı olarak, çıkarılmaktadır. Zira usul hukukumuzda böyle bir müesese mevcut değildir.

Tarafların ikrarının hâkimi bağlamıyacağı yolundaki hüküm kanundan çıkarılmaktadır. Bunun gerekçesi olarak «tasarıda boşanma kolaylığı sağlandığı ve kusur arama prensibinden az çok uzaklaştırıldığı» ileri sürülüp « tarafların ikrarlarının hâkimi bağlamıyacağı yolundaki bir kuralın boşanmadaki yargılama usulünde yer almasının bir manası kalmamıştır. Bu nokta yargıcın takdir edeceği bir şeydir» denilmektedir (28). Kanaatimce bu gerekçe yetersizdir ve doğru değildir. Zira ikrarın hâkimi bağlamıyacağı yolundaki hüküm Medenî Kanundan çıkarıldığı takdirde boşanma davalarındaki ikrar da HUMK. nun genel hükümlerine tâbi olacak, yani hâkimi bağliyacaktır. İkrar mevcut olduğu zaman hâkimin takdirinden artık bahsedilemez. Özellikle tasarıda da karşılıklı rızayla boşanmaya müsaade edilmediğine göre, ikrarın hâkimi bağlamıyacağı yolundaki hükmün kanunda kalması şarttır.

(28) Gerekçe, s. 147.

MEDENÎ KANUN'UN AİLE VE NESEP BÖLÜMÜNDE ÇATIŞAN EĞİLİMLER

Esat ŞENER
Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi
Başkanı

I. HATIRLATMA

«Boşanmayı kolaylaştırıcı» hükümleri görüşüp Medenî Kanun-da değişiklik yapacak tasarımı hazırlamak için bir bilim kurulunun çalışmalarına başladığı yolunda, basında haberlere rastlanmakta, bu tür haberler son günlerde yoğunlaşmaktadır. Onun için konuya açıklık vermek isterim.

Gerçekten Adalet Bakanlığınca Medenî Kanunun gözden geçirilmesi, değişiklik gerekiyorsa yapılması için bir bilim kurulu çalışmalarına başlamıştır.

Bu Komisyon Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Başkanı ile bir üye, bir Hâkim, Ankara ve İstanbul Hukuk Fakültelerinden ikişer Profesör, iki avukat ve Adalet Bakanlığında 4 yetkili kişi olmak üzere 13 kişiden kuruludur.

Bu Kurul, Başkanlığa Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Başkanı Esat Şener'i (Yani beni) seçmişlerdir. Esasen iki yıl önce yine bir bilim komisyonu kurulmuştu. 5.8.1974 te ilk toplantısını yapan ve onun da başkanı olduğum kurul, prensip anlaşmazlığı yüzünden toplantısına ara vermişti. Uyuşmazlık şu idi: O tarihteki Adalet Bakanı, sırf boşanma ile ilgili hükümlerin ele alınmasını ve hazırladığı tasarının incelenmesini istiyordu. Oysa kurul, sınırlı bir çalışmayı, ilmî formasyonuna uygun bulmuyor, Medenî Kanunun tümü, ya da hiç olmazsa 1 - 438 maddelerini gözden geçirip bir tasarı hazırlamayı düşünüyordu. Taraflar görüşünde direndiği ve

Bakan düşünmek üzere mehil verilmesini istediği için toplantı tarihi belirtilmeden ertelendi.

Nihayet aradan iki yıl geçti. Bu kere yukarıda sözü edilen yeni kurul teşekkül etti. Yargıtay Başkanlığı aracılığı ile bize gelen yazıda, geçmişteki olaylar özetlendikten sonra «takdir kurula» ait olmak üzere Medenî Kanununun incelenmesi isteniyordu.

28 Nisan 1976 günü ilk toplantı yapıldı. Açılış konuşmasını yapan Adalet Bakanı, bu kurulun «Boşanma ile ilgili hükümleri» incelemekle görevli olduğunu açıkladı. Oysa, bu beyan bize gelen yazı ve İstanbul toplantısında alınan karara ters düşmekte idi. Bu durumda kurul, sınırlı olmadığını, fakat kişisel görüşünün bu yolda olduğunu belirtti. Hatta, bunu kamu oyuna da duyurabileceğini ifade etti. Her halde, bir açıklama fırsatı bulamamış olmalı ki bu yüzden basında kadınlar birliği dahil çok kişi böyle bir tasarı hazırlanmasına haklı olarak karşı çıktılar. Oysa, azönce belirttiğim gibi, Bakanın sözlü ifadesinden sonra Bilim Kurulu ilk iş olarak «Medenî Kanununun tümü üzerinde» inceleme yapmakla görevli olduğuna ve 1. maddeden başlayarak sırası ile öbür maddelerin incelenmesine devam etmek kararı aldı. Ve halen alınan karar doğrultusunda çalışmalarını sürdürmektedir. Komisyonun Başkanı olarak ifade ediyorum. *Biz, sırf boşanma ile ilgili tasarı hazırlayan bir kurul değiliz. Bunun kamu oyuna duyurulmasında yarar ve zorunluluk görmekteyim.*

II. GİRİŞ

Toplumlar genellikle tutucu (muhafazakâr) dır. Onun için yeniliklere karşı direnme içindedirler. Alışkanlıklarından fedakârlık yapmaya yanaşmazlar. Bu yüzden devrimleri topluma benimsetmekte güçlükler doğmaktadır. Şüphe yokki, güçlük ve direnç, toplum yararına olan atılımları durdurma sebebi olamaz. İşte, Yüce Atatürk, Türk Ulusu'nu hakkı olan uygarlık düzeyine ulaştırmak için, önce hukuk sisteminde köklü bir değişimin zorunluğuna inanmış, tezelden bir sonuca varmak için de İsviçre Medenî Kanununun örnek alınmasını uygun bulmuş, çalışmalar o yolda gelişmiş, nihayet 4 Ekim 1926 da Türk Medenî Kanunu yürürlüğe girmiştir.

III. MEDENÎ KANUNUN GETİRDİĞİ SİSTEM DEĞİŞİKLİĞİ

Medenî Kanun, yeni hukuk sistemleri getirmiştir. Konumuz

«Aile ve Nesep» hukuku ile ilgili olduğu için sadece bunlar üzerinde duracağım.

En köklü ve bize göre en uygun sistem değişikliği evlenmede yapılmış, biri özde, öbürü şekilde olmak üzere iki noktada toplanmıştır.

1. Özde değişiklik :

Dünya kurulduğundan bu yana erkeklerde «Çok kadınla ilişki» eğilimi egemen olmuştur. Bu, giderek «Çok kadınla evlenme» ye dönüşmüş, ve toplum ve Devlet gücünü elde tutmanın, eğitim eksikliğinin verdiği bir «Hodkâmlık» yâni nefsinin düşünürlük duygusu ile «Çok karılı aile» düzeni oluşturulmuştur. Zamanla, bu eylemli durum İslâm hukukunda hukukileştirilmiş, çok alışımlı de-yimi ile «Teaddüdü Zevcat» başlamıştır.

İşte Türkiye'de bu sisteme Medenî Kanunla son verilmiş, *kadınlar «Eşlerini başkaları ile paylaşmak», ikinci sınıf vatandaş olmak gibi onur kırıcı durumdan kurtarılmışlardır.* Aradan yarım yüzyıl geçtiği halde bunu hâlâ içlerine sindiremeyen ve geçmişin özlemi ile yanıp tutuşanlar toplumda vardır. Üzülerek ifade edeyim ki; kanun koyucu, «Af kanunu» diye halkın isimlendirdiği kanunları zaman zaman çıkarmakla bu gibilerin duygularının canlılığını korumasına istemiyerek te olsa yardımcı olmuştur. Acı olan şudur : Medenî Kanun yürürlüğe girdiği zaman henüz doğmamış olanlar «poli gami» özlemi içindedirler. Bu, yukarıda açıkladığım içgüdünün sonucudur. Devlet, bunu önlemeye çalışmak zorunda iken, Medenî Kanun ön tasarısı bu kişilere cesaret vermekte, belli bir ölçüde teşvik etmektedir. Şöyleki anılan tasarıda¹ «...köylerde evli erkeğin, imam nikâhıyla veya nikâhsız olarak birleştiği kadından doğan evlilik dışı çocukları, hukuken meydanda kalmakta ve bunlar için belirli zamanlarda özel yasalar² çıkarılması zorunluğu doğmaktadır. *Bu da gözönünde bulundurularak evlilik dışı çocukların durumunu düzeltmek amacı ile değişiklik yapılmıştır...*» den-

(1) Türk Medenî Kanunu ön tasarısı ve gerekçesi 1971 Sh. 263, Eleştiri için bakınız Prof. Turgut Akıntürk, 1972 - 1973 öğretim yılı açış dersi, Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XXIX, Sayı 1 - 2, Sh. 48.

(2) 2330, 4727, 5524, 6652, 554, 1826 sayılı olup «evlilik dışı doğan çocukların cezasız tescili hakkındaki kanunlar. 1826 sayılı kanun hâlen yürürlüktedir.

mektedir. Görünüşte pek insancıl olan bu gerekçe aslında bir yerde «çok karılı» sisteme yeşil ışık tutmaktadır. Çünkü : Bu gerekçeden hareket edilerek bakınız neler değiştirilmekte ve sonuç ne-reye varmaktadır?

A) Boşanma konusunda değişiklik :

İsviçre Medenî Kanununun 129/Son maddesinde mevcut olup Türk Medenî Kanununa alınmayan «Eşinin zinasına muvafakat» edenin boşanma davası açmak hakkı olmadığına ilişkin hüküm, ön tasarı ile Medenî Kanunumuza eklenmektedir. Bu hüküm, bir iç-tihadı birleştirme ile çelişmektedir. Şöyleki : «Eşinin zinasına mu-vafakat» edenin şikâyet hakkının düşmeyeceği Yüce Yargıtay'ın 23.5.1966 günlü 966/3-5 sayılı İçtihadı Birleştirme kararında işaret olunmuş, gerekçe bölümünde ise «...zina fiilinin başlamasından ön-ce kadının, kocasının bir kadınla zinasına rıza gösterdiğine ve bu rızanın her türlü baskıdan uzak bulunduğuna yer vermek, *kadının sosyal durum ile bağdaşmaz...*» denmiştir. Öte yandan, Medenî Ka-nunun 129. maddesinde mevcut iken Medenî Kanuna alınmayan «zinaya önceden razı» olma yolundaki hükmün Türk toplumunda kötüye kullanılacağı sözgötürmez³.

Hal böyle iken öntasarıda⁴ bu ibarenin 129. maddeye *mutlaka eklenmesi* gereğinden söz edildikten sonra «memleketimizin ahlâk geleneklerine göre erkeğin, karısının zinasına önceden muvafakat etmesi pek nadir olaylardan ise de; kadının, kocasının zinasına ön-ceden muvafakatı, özellikle, *cahil muhitlerde çok muhtemel bulun-duğundan bu nokta, aslına uygun olarak üçüncü fıkraya alınmış-tır*» denmektedir. Görülüyorki, hukukî hiçbir gerekçe ve zorunluk ileri sürülmemiş, aksine kadınların kocalarına ikinci eş alma izni vermesini sağlamak amacı ile bu değişikliğin yapılması öngörül-müştür. Bu gerekçenin, Hocam Büyük Hukukçu Sayın Prof. Veli-dedeoğlu'nun ağzından kamuya duyurulması acıdır. Hele «...cahil muhitlerde çok muhtemel...» bulunduğu gibi bir gerekçe ise üzü-cüdür. Çünkü: Anayasa, kişinin aydınlanması, eğitilmesi, korunması görevini Devlete vermiş iken, «cahaletin» başkasına yarar sağlayıcı bir araç olarak kabul edilmesi yolundaki düşünceye akıl erdirmek

(3) Esat Şener, Türkiye'de Boşanma Problemi varmı?, Adalet Dergisi, 1975, Sayı 5-6, Sh. 675.

(4) Öntasarı Sh. 115.

imkânsızdır. Değişikliğin dayandığı temel düşünce, erkeklerin birden çok kadınla ortak hayat sürdürmelerini sağlamaktır. Bunun «Teaddüdü Zevcattan» başka anlamı yoktur ve olamaz. Bu hüküm, kişileri fuhşa teşvik edecek, ahlâksızların, karılarını para karşılığında başka erkeklere cinsel ilişki kurmaya gözyummalari-na yol açacaktır.

Yukarıda açıklanan sakat gerekçeye dayalı değiştirme önerisi ile yetinilmemiş, «çok karılı» düzenin kaçınılmaz sonucu olan neseb ve miras ile ilgili hükümler de ele alınmıştır.

B) Neseb konusunda değişiklik :

Medenî Kanununun 292. maddesine göre, evli erkek veya kadının zinasından ya da evlenmeleri yasak olanların birleşmesinden doğan çocuk tanınmaz. Böylesine makul bir hüküm, sırf azönce belirtilen ve erkeğe tanınmak istenen «çok kadınla evlenme» imkânını pekiştirmek için akıl almaz biçime sokulmaktadır. Şöyleki :

aa) Bekâr bir erkekle evli bir kadının yasak ilişkilerinden doğan çocuğun, nesebi, reddedilmedikçe babalık davası açılmaz ve tanınmaz (MK.. 242, 303). Eğer, yasak ilişki kuran erkek, çocuğun ana rahmine düştüğü sırada evli ise, neseb red edilse bile babalığına karar verilemez ve çocuğu tanıyamaz. Ama yeni tasarı bu engeli kaldırmakta, nesebi red edilen çocuğun tanınmasına imkân vermektedir.

bb) Neseb red edilmese bile evli erkek, evli kadından olan çocuğunu evlât edinebilmektedir. Bu bir çelişkidir. Savunması güç bir «kolaylık gösterme» çabasıdır.

C) Evlâtlık konusunda değişiklik :

Medenî Kanununun 253. maddesine göre nesebi sahih fûruu olan kişi, başkasını evlât edinemez. Ön tasarıya göre nesebi sahih çocuğu bulunan erkek, başka kadından olma çocuğunu, *yâni nesebi sahih olmıyan ve tanınması, babalığına karar verilmesi yasak çocuğunu evlât edinebilecektir.*

Kanun, evlât edinmek için en az 40 yaşında olmayı öngörmektedir. Ama tanınması yasak olan veya babalığına karar verilmesi mümkün bulunmayan çocuğunu evlât edinmek isteyen baba, yaş kısıtlaması dışında bırakılmış, bu engel ortadan kaldırılmıştır.

Evlât edinenle evlâtlık arasındaki yaş farkının yasak ilişkiden olan çocukların evlât edinilmesi halinde aranmayacağı öngörülmüştür.

Daha da ileri gidilmiş, ön tasarıda evlât edinenin erkeğin «karısının muvafakatı» şartı (M.K. 255) günah çocukları için kaldırılmıştır.

Bütün bu çabalar, nikâhli eşinden izin alarak (oysa gerçekte zorla, emri vaki ile, kandırmayla) ikinci, üçüncü kişilerle birleşen kişiyi, doğacak çocuk yönünden huzura kavuşturmak içindir. Ne denirse densin, amaç çocuk değil, Teaddüdü Zevcat geleneğini sürdürmektedir. Bunun açık delili ise 129. maddenin gerekçesidir.

D) Miras Hukukunda yapılan değişiklik :

Medenî Kanununun 443. maddesine göre babalığına karar verilen ve tanınan çocuklar nesebi sahih çocuklarla birlikte terekenin bölünmesine katıldıklarında, yarım pay alırlar. Ön tasarı bu farkı ortadan kaldırmıştır⁵.

Bir yazımızda belirttiğimiz gibi⁶ bütün bu değişikliklerle erkeklere, istenmiyerek te olsa, «teaddüdü zevcat» yani çok kadımla evlenme imkânı verilmiştir. Tasarının bu hali ile Yasama Meclisine gönderilemeyeceği yolundaki umudumu korumaktayım.

2. Şekilde Değişiklik :

Ön tasarıda yaş sınırı, evlenme töreni ile ilgili değişiklikler de isabetli değildir. Ancak, konuyu dağıtmamak için buna işaret etmekle yetiniyorum.

IV. BOŞANMAYI KOLAYLAŞTIRMA ÇABALARI

1 — İrade Prensibi :

Madem ki evlenme tarafların serbest iradeleri ile meydana gelen bir birliktir; öyle ise yine onların iradesi ile bozulması tabii-

(5) Şener Age. Sh. 676.

(6) Şener Age. Sh. 675.

dir⁷. O halde, eşler beraber veya yalnız başına bu düzene son verebilmelidirler. İlk bakışta bu görüş mantıkî veya çekici olmakla beraber, bunun çeşitli sakıncaları vardır :

Tek taraflı bozma hakkı herşeyden önce hukukî olmaz. Çünkü: Evlilik iradelerin birleşmesi ile kurulduğuna göre, en azından iki tarafın bozabilmesi hukukî bir zorunluluktur. Aksini düşünmek, serbest boşanma sistemini kabullenmek olur ki bu da İslâm âleminde erkeğe tanınan boşanma sistemini genelleştirmeye yol açar.

Öte yandan, evlenmek başlangıçta, serbest irade ile kurulan ve özel hukuk alanına giren bir sözleşme niteliği taşımakla beraber, birlik kurulduktan sonra devletin müdahale alanına giren⁸ bir kurum niteliği alır. Diğer taraftan evlenme başka bir ifade ile kişilerin şahsiyet haklarını bir ölçüde birleştirmeleridir.⁹ Onun için gerek eşlerden birisi, gerekse ikisi birleşerek bu düzeni keyfi olarak bozamazlar. Bu sistem bugün Belçika ve Danimarka'da kabul edilmektedir.¹⁰

2 — Elverişsizlik Prensipleri :

Denmektedir ki eşlerin beden ve ruh yapılarında uyumsuzluk olabilir. Bu sebeple ortak hayatı devam ettiremezler. Hattâ aileyi kurtarmak çabalarına, evlilik birliğini devam ettirme arzularına rağmen, ellerinde olmayan uyumsuzluk (elverişsizlik) yüzünden birlik yürüyemezse eşlerden biri veya ikisi boşanma isteyebilirler. Bu, gerçekten uygun bir prensiptir. Yargıtay'ımız da bunu uygulamaktadır.¹¹ Bu prensip, hakkı kötüye kullanmaya (suistimale) çok

(7) Prof. Turgut Akıntürk, Aile Hukuku 1975, Sh. 195 Prof. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, T. Medeni Kanunu, Aile Hukuku, 1965, Cilt. 2, Sh. 183, Prof. Andreas SCHWARZ, Aile Hukuku, Bülen Davran Çevirisi 1946 Sh. 139.

(8) Prof. Feyzi N. Feyzioğlu, Prof. Ümit Doğanay - Doçent Aydın Aybay, Medeni Hukuk Dersleri, 1975, Sh. 165.

(9) Prof. A. Egger, İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Aile Hukuku, Tahir Çağa Çevirisi, 1943, Cilt. 1 Sh. 114-115, Akıntürk Age. Sh. 196, Feyzioğlu - Doğanay - Aybay, Age Sh. 226.

(10) Feyzioğlu - Doğanay - Aybay Age. Sh. 226.

(11) Ruhi anlaşmazlık boşanma sebebidir. Yargıtay H.G.K. 11.3.1964 günlü 655/200 sayılı kararı. Cinsel uyumsuzluklar da boşanmayı gerektirmektedir. Y.2. D.H. 23.3.1976 günlü ve 770/668 sayılı kararı. Kadının cinsel görev yapacak yapıda olmaması yine boşanmaya yol açmaktadır. Y.H.G.K. 23.1.1963 günlü 75/3 sayılı kararı,

elverişli olduğu için dikkatli davranılması zorunludur. İlmi içtihatlar da bu doğrultudadır.¹²

3 — Köklü Sarsılma Prensibi :

Aile birliğinin temelli sarsıntıya uğraması ve düzen bozukluğunun meydana gelmesi halinde boşanmayı istemek eşlerin hakkıdır.¹³ Yargıtayın genel eğilimi bu yoldadır.¹⁴

Sarsıntının herhalde iki tarafın hareketi ile meydana gelmesi zorunluğuyoktur. Hatta bazan iki tarafın dahi kusuru olmayabilir. Bunun tipik örneği akıl hastalığıdır.

4 — Kusur Prensibi :

Bu görüşe göre kusurlu eş için boşanma bir çeşit cezadır.¹⁵ Ancak bunun en büyük sakıncası şöyle sıralanabilir. Eşler kusuru birbirinin üzerine atmaya çalışmakta, bu yüzden birbirine düşman

İktidarsızlık da bu kategoride yer almaktadır. Y.H.G.K. nun 16.1.1966 günlü 75/28 sayılı ve Y. 2. H.D. nin 3.2.1972 günlü 362/471 sayılı kararı ve Y.H.K.G. 8.7.1969 günlü ve 34/32 sayılı kararı.

Buna rağmen kısırlık boşanma sebebi kabul edilmemektedir. Y. 2. H.D. 25.9.1974 günlü ve 4452/5979 sayılı, Y.H.G.K. 30.1.1957 günlü 16/9 sayılı ve Y.2.H.D. 10.12.1970 günlü 6655/6511 sayılı kararı.

- (12) Akıntürk Age. Sh. 215-217, Feyzioğlu -Doğanay -Aybay, Age. Sh. 226.
 (13) Akıntürk Age. Sh. 196, Egger Age. Sh. 147, Tekinay, Age. Sh. 153, SCHWARZ Age. Sh. 138, Velidedeoğlu, Age. 185, Feyzioğlu - Aybay Age. Sh. 226.

Yaş farkı boşanma sebebi sayılmamaktadır. Y.H.G.K. 11.3.1963 günlü 134/129 sayılı kararı.

Din ve Milliyet farkı da boşanma sebebi değildir. Y.H.G.K. 11.10.1972 gün ve 493/829 sayılı kararı.

- (14) Buna karşılık aile sırlarının açıklanması boşanma sebebidir. Y.H.G.K. 8.11.1961 gün 67/42, sayılı kararı, Kumar boşanma sebebidir. Y. 2. Y.D. 8.12.1975 günlü 9170/9320 sayılı kararı kadının pavyonda çalışmaya zorlanması boşanma sebebidir. Y.2. H.D. 16.11.1970 gün 5548/6007 sayılı kararı, İçkiye düşkünlük boşanma sebebidir. Y.2. H.D. 8. 11.1961 günlü 5548/262 sayılı kararı. Kadının ev işlerine ihmal etmesi boşanmaya yol açar. H.G.K. 13.12.1972 gün ve 168/1367 sayılı Reşit olmayan üvey çocuğa bakılmaması boşanma sebebidir. Y.2. H.D. nin 11.12.1970 günlü 6655/6511 sayılı kararı, Aşırı ve marazi kıskançlık boşanma sebebidir. H.G.K. nun 26.4.1972 günlü ve 589/262 sayılı kararı.
 (15) Akıntürk Age. Sh. 196, Velidedeoğlu, Age. Sh. 185, SCHWARZ, Age. Sh. 138, Tekinay Age. Sh. 152/154, Feyzioğlu - Doğanay - Aybay, Age. Sh. 226 Egger, Age. Sh. 147.

gibi hareket etmekte, küçük olaylar büyütülüp boşanma imkânı aranmaya yol açmaktadır.¹⁶ Onun için sırf kusuru esas alan boşanma sebebi doğru bir çözüm yolu değildir.

Kusur sistemi Fransız ve Alman Medenî Kanunlarında ana ilke olarak kabul edilmiştir.

Yargıtay, 134. maddeyi yerine göre kusursuzluk (diğer deyimle düzen bozukluğu) bazen elverişsizlik şeklinde uygulamakta, olayın özelliğine göre çözüm yolu aramaktadır. Karşılıklı kusur olduğu zaman ise ağır kusuru olana boşanma hakkı vermemektedir. Eşit kusurda ise boşanmaya imkân tanımaktadır.¹⁷

V. ÖN TASARININ İLGİ TOPLAYAN HÜKMÜ

Medenî Kanununun 134. maddesi ile ilgili değişiklik önerisi kamuoyunda yankılar uyandırmaktadır.

Öntasarıda boşanmayı kolaylaştırmanın gerekçeleri sıralanmıştır. Bunların dayanaksız olduğunu ifadeye çalışacağım.

1 — Ön tasarıda denmektedir ki, eşler davayı uzatarak intikam duygularını tatmin etmekte ve sömürme hevesine kapılmaktadırlar.

Bu gerekçe sakattır. Çünkü: Güçlük müesseseden değil, anlaşıldığına göre eşlerin kötü niyetinden ileri gelmektedir. Esasen en mükemmel kanunlarda bile kasten davayı uzatma çabasına düşenler olabilir. O halde, bu sakınca boşanmayı kolaylaştırmanın gerekçesi olamaz.

(16) Egger Age. Sh. 146.

(17) Eşler ayrı ayrı zina ediyorsa ikisi de eşit kusurlu sayılmakta boşanmaya imkân verilmektedir. Y. 2. H.D. 22.12.1975 gün ve 9250/9503 sayılı Kararı, Y.2.H.D. 25.3.1976 günlü ve 2401/2611 sayılı kararı. Cinsel uyumsuzluk boşanma sebebi sayılmakta, iki taraf da kusursuz olmakla beraber boşanma kabul edilmektedir. Y.2. H.D. 23.3.1976 günlü 3202/2447 sayılı kararı. Irzına geçilen kadının kusuru yoksa da boşanma gerekli görülmektedir. Y.H.G.K. 15.12.1971 günlü ve 26/746 sayılı kararı, Y.2.H.D. 1.3: 1976 günlü 1414/1767 sayılı kararı (Eş kusurlu ise, boşanmaya karar verilmektedir. Bu konu da öylesine tartışmasızdırki örnek karar numarası yazmayı bile gereksiz buluyorum.)

2 — *Kadının ekonomik yönden zayıf olması yüzünden boşanmamakta direndikleri için boşanmayı kolaylaştırmayı öngören gerekçeye katılmak güçtür.* Çünkü : Kadın ekonomik bağımsızlık içinde değilse, onu kocasına karşı korumak Anayasa'nın Devlete verdiği görevdir. Yâni zayıfı kuvvetlinin düzeyine çıkarmak, olabildiğince denge kurmak için Devletin imkân yaratması gerekirken bunu «boşanmayı kolaylaştırıcı» sebep sayarak kadınları kaderleri ile başbaşa bırakmak «Devlet Dulu» sayısını çoğaltmaya yol açar.

3 — *Kadınların çoğunluğunun, boşanma ile yoksulluğa düşme korkusu ile davayı uzattıkları, boşanma davalarının büyük çoğunluğunun erkekler tarafından açıldığı şeklindeki gerekçe tutarsızdır.* Çünkü : 1970 yılından bu yana başkanlığını yaptığım daireye gelen dosyalar üzerinde yaptığım istatistiklere göre 1971 - 1976 yılları arasında kadınların açtığı boşanma dosyası sayısı (2585) erkeklerin ise (7293) dür. Arada aşırı fark var sayılamaz. Öte yandan, kadınlar genellikle kocalarının davranışlarını hoşgörmekte, yuvayı yıkmamak için fedakârlık yapmaktadır. İşte farkın önemli sebebi budur. Esasen kadının davayı takip etme imkânının azlığı bu farkı doğurmaktadır. Kaldiki bu fark, belki kadınların haksız olduğu, huzursuzluğa yol açtıkları şeklinde yorumlanabilir. Ama hiçte boşanmayı kolaylaştırma sebebi sayılamaz.

4 — *Kocaların genç kadınla evlenme arzuları karşısında kiskançlığa kapılan kadınların intikam duygusu ile davayı uzatma eğilimine girmeleri de boşanmayı kolaylaştırma sebebi olamaz.* Bu gerekçe ile kocalara imkân aranmaktadır. Oysa kocanın taze eş alma hevesine karşı koymak, kadının hakkıdır. Bu savunma, hakkı kötüye kullanma şeklinde yorumlanamaz. Çünkü : Eşlerin, birbirine sadakat ve yardımda bulunma (M.K. 151) yükümlüğü vardır. Böylesine açık bir gerçeğin, tersine çevirilip koca için «boşanmayı kolaylaştırıcı» gerekçe olarak tasarıya alınması isabetsizdir.

Görülüyor ki ön tasarıda ileri sürülen gerekçeler doyurucu değildir. O halde, Medenî Kanununun 134. maddesinin değiştirilmesine gerek yoktur.

Medenî Kanun ön tasarısı neyi getirmek istemektedir?

Tasarı ile Medenî Kanununun 134. maddesine (A) fıkrası eklenmekte ve «boşanma davası reddedilen eşler, 5 yıl ayrı yaşamış, yani ortak hayat yeniden kurulmamış ise, eşlerden birinin isteği üzerine, herhalde boşanmaya karar verilir» hükmü öngörülmektedir.

A) Açtığı dava red edilen kişiye belli zamanın geçmesiyle boşanma hakkı vermek hukukun ana kuralı ile bağdaşmıyacağı kadar, kusur ilkesine de aykırıdır. Bir hak talikî şarta bağlanmamış veya bir ecele (süreye) tâbi tutulmamış ise, zamanın geçmesiyle bir hakkın doğabileceğini savunmak güçtür. Şartlar değişmemiş ise, düşen hakların geri dönmesi akıl ermez bir görüştür. Çünkü : Şartlar olduğu gibi devam ediyorsa, zamanın yitirilen bir hakkı geriye getireceğine dair bir hukuk kuralı yoktur ve olamaz. Böyle bir ilke, enazından kazanılmış hakları zedeler. Tasarı ile, hakkındaki dava reddedilen kişinin hasmı, etkileyici bir eylemi ve yeniden doğmuş boşanma sebepleri yokken 5 yıl sonra boşanmaya mahkûm edilmekte, buna karşılık, «eş değiştirme hevesine» kapılan veya tek taraflı ve haksız olarak aile birliğini devam ettirme bilincini yitiren kişiler ödüllendirilmektedir. Tazminat verilmesi şeklindeki tedbirler de fikre haklılık vermez. Çünkü : İnsanların her şeyleri para ile satın alınamaz ve değerlendirilemez.

B) Bu konuda birinci Türk Hukuk Kongresinde olabildiğince tartışılmış, gereksizliğine ve 134/A. maddesinin Medenî Kanun ön tasarısından çıkarılmasına¹⁸ karar verilmiş, bir tebliğ halinde yasa organlarına duyurulmuştur.

Bir kısım hukukcular, daha da aşırı bir görüşle : Tek taraflı da olsa, eşlerden birinde, ortak hayatı sürdürme bilincinin ortadan kalkması halinde bile, boşanma hakkı doğacağını beyan etmektedirler¹⁹. Bu düşünce tarzı, yıllarca önce uygulayıp Medenî Kanunla terk ettiğimiz islâmî hukukta erkeğe tanınan boşanma hakkına dönüş niteliği taşıdığı, her haliyle Medenî Kanunun esprisine aykırı düşer. Öte yandan, kuruluşunda karşılıklı iradeye dayanan bir sözleşmenin tek taraflı olarak bozulması gibi bir sonuç doğurur ki, evlenmeyi Borçlar Hukuku alanındaki sözleşme şekline sokar. Bu ise ailenin ve özellikle müessesenin kutsallığı ile bağdaşmaz. İleri sürüldüğü gibi, böyle bir birliği devam ettirmek hiç de Medenî Kanunun 23. maddesinde yer alan şahsiyet haklarından fedakârlık veya feragat anlamına gelmez.²⁰

(18) Tutanak Age. Sh. 55 - 73 ve 100.

(19) Gürsoy - Age. Tebliğ Sh. 23, Dr. Erden Kuntalp, Boşanma Haftasındaki konuşmasında Gürsoy'un görüşüne katılır ifadeler kullanmıştır.

(20) Gürsoy - Tebliğ Sh. 23, Aksi görüş, Kuntalp. Boşanma haftasındaki konuşma.

Bu görüş, evliliği iş ortaklığı sayan bir düşünce ürünü olurki, katılmak imkânsızdır.

VII. SAKATLIK VE HASTALIK

Medenî Kanununun 133. maddesinde akıl hastalıkları için öngörülen boşanma sebebine ek olarak öntasarı, «evlilik görevini gereği gibi yerine getirilmesini engelliyen bir hastalığa veya sakatlığa veya kısırlığa müptelâ» olmayı boşanma sebebi kabul etmektedir.

A) Cinsel uyumsuzluk ve sakatlıklar :

Tasarıda, cinsel organları gelişmemiş veya görev yapamıyacak şekilde sakat, (arızalı) olan kişi hakkında boşanma davası açılacağı öngörülmüştür. Bu durum, aile birliğini temelli sarsıntıya uğratacağı ve ortak hayatı çekilmez hale getireceği için esasen Medenî Kanununun 134. maddesi kapsamına giren boşanma sebebidir. Cinsel uyumsuzluk bu kategoriye girdiği gibi, fizyolojik kusur olmadığı halde, psikolojik sebeplere dayanan başarısızlık ta aile birliğini sarsıcı nitelikte sayılmaktadır. Yargıtay'ın uygulaması bu doğrultudadır.²¹ Ancak yaşlılığın verdiği başarısızlıklar boşanma sebebi olamaz. Şu halde, 133. maddeye bunun konması, 3 yıl eşleri beklemeye zorlamanın gereği yoktur. Kaldı ki, biryandan boşanmaları kolaylaştırıcı hüküm değişikliği yapılırken, öteyandan zorlaştırıcı bir düzenleme yapılması çelişmeden başka bir anlam taşımaz.

B) Diğer Sakatlıklar :

Çeşitli sebeplerle insanlar, vücut yapıları bakımından sakatlanabilirler. Trafik kazasında, yangında, depremde, su baskınında ve benzeri olaylarda, ya da başkasının saldırısı sonucu, kol ve bacaklarını yitirebilirler. Felç yüzünden de hareketleri sınırlı hale gelebilir. Böylece, bakıma muhtaç duruma düşebilirler. Medenî Kanununun 151. maddesine göre, eşler birbirine yardımcı olmak, kanunî deyişi ile «müzaheretle» bulunmakla yükümlüdürler. Hal böyle iken öntasarıda bu durumun boşanma sebebi olarak kabul edilmesi ve

(21) Y.2. H.D. 3.2.1972 günlü 362/471 sayılı kararı, Y.H.G.K. nun 16.11.1966 günlü 75/288 sayılı Y.H.G.K. nun 23.1.1963 günlü ve 75/3 sayılı kararı Y.2. H.D. nin 23.3.1976 günlü 770/668 sayılı kararı.

bir çeşit atıfet olmak üzere öbür eşten 3 yıl beklemek gibi bir fedakârlık beklenmesi, boşanmayı kolaylaştırma adı altında kişileri cezalandırmaya, vefa duygularını hiçe saymaya ve özellikle insanları insanlık görevlerinden uzaklaştırmaya yol açar. Bir ölçüde de farkına varılmadan evlenmeyi zorlaştırma sonucu doğurur. Oysa aynı tasarı boşanmayı kolaylaştırıcı tedbir almayı ön plana almaktadır. Öte yandan aile birliği «Tasada ve kıvançta» ortaklık ister. Buna rağmen yeni bir boşanma sebebi yaratmak fikrine katılamıyoruz. Bazan anlamsız ve vicdan sızlatıcı sonuçlar bile doğurur. Sayın Akıntürk'ün dediği gibi²² kadın, kusuru ile bir trafik kazası yapmasına ve kocasının sakatlanmasına yol açsa bile 3 yıl sonra tasarının verdiği imkânla eşinden boşanabilecektir. Bu sonucu, soğukkanlılıkla kabul etmeye imkân var mı?

C) Kısırlık :

Öntasarıda kısırlık, boşanma sebebi olarak öngörülmektedir. Oysa, bu günkü hekimlikte, kısırlığın varlığı kesinlikle ve rahatlıkla tespit edilebilir. Öyle ise, kısırlığı boşanma sebebi saymaktansa, önceden muayene şartını öngören bir hükümle, peşinen tedbir alınması daha uygun düşerdi. Çünkü : Gerekenin temelinde yatan düşünce bunu gerektirir. Buna rağmen genellikle erkekler yararına işleyecek bir hükmün kanunda yer alması doğru olmaz.

VIII. TAZMİNAT

Ön tasarı boşanmayı kolaylaştırırken, tazminat ve nafaka gibi hükümlerde değişiklik yapılmış ise de bunun yeterli olmadığı açıktır. Şöyleki :

a) Bir eşin sıcak nefesi, varlığı, para ile yeri doldurulacak bir şey değildir.

b) Türkiye'de para değeri öylesine süratle düşmektedir ki bugünün uygun nafakası veya tazminatı üçbeş yıl içinde gülünç ve yetersiz bir rakkam haline gelmektedir. 1955 yılında Türkiye'de ortalama nafaka miktarları ayda (39), 1960 da (111), 1970 de (206). Bugün ise (312) liradır. Para değerinde bu aşırı değişme karşısında

(22) Akıntürk Age. Sh. 51.

kadının yarısını güven altına alacağımızı düşünmek ve buna inanmak pek safca bir yorum olur.

c) Asgari ücretin 1800,... TL. olduğu bir ülkede boşanan eşe verilecek nafakanın onu, boşanmakla yoksulluktan kurtaracağı düşünülemez. Satın alma gücünün düşüşü de gözetilirse getirilen mali tedbirler etkisiz ve görünüşü kurtarmaktan başka anlam taşımaz. Ama kolay boşanma ise hükümlerini icra eder. Bir yazarın dediği gibi kadında güzellik ebedî değildir. Ama çirkinlik ebedidir. Bizde ise kadının mutluluğu nispi ama mutsuzluğu mutlakdır.

IX. TÜRKİYE'DE RIZAÎ BOŞANMA TARTIŞMALARI

Medenî Kanun rızaî boşanmaya hiç imkân vermiyor mu?

Eğer gerçekten eşler ortak hayatı sürdürme bilincini yitirmiş ve dönüşü olmayan bir kararlılık içinde iseler, nihayet 3-5 aylık bir sabır sonucu hiç bir hukukî engelle karşılaşmadan, kanuna karşı hile yoluna da sapmadan ve delil bulma zahmetine de katlanmadan zaten boşanabilirler.²³ Medenî Kanununun 132. maddesi bu imkânı vermiştir. Şöyleki :

A) Eşler boşanmak istiyorlar²⁴ ve fiilen iki aydan fazla ayrı yaşıyorlarsa, eşlerden biri, öbürünü birliğe çağırır. 27.3.1957 gün ve 10/1 sayılı İçtihadı Birleştirme kararı bu işlemi dava dışı saydığı ve şartlar, ancak boşanma davasında aranacağı için Hâkim öteki eşe, bir ay içinde evine dönmesi için ihtarda bulunur. Süre bitince dava açılır. Eş, eve dönmek istemediğini açıklar, bu durumda boşanma kararı verilir. Çünkü : Bu dava şekli dava olduğu için, Hâkimin takdir hakkı sınırlıdır. İhtara rağmen haklı bir sebeple ihtara uyulmadığını ispat davalıya düşer.²⁵ Davalı savunmasını ispat etmezse boşanma kararı verilir.²⁶ Eşler ayrılmakta kararlı olduklarına göre zaten davalı delil göstermeyecektir.

B) Eşler, boşanmaya karar verdikleri zaman henüz ayrı yaşamıyorlarsa, ayrı yaşamaya başlarlar. İki ay sonra ihtar kararı gön-

(23) Esat Şener, 1. Türk Hukuk Kongresindeki konuşma 23-25 Nisan 1972, Tutanak Sh. 61.

(24) Kadın da terk sebebiyle ihtar gönderip dava açabilir. Y.2. H.D. 24.9. 1971 günlü ve 2929/2329 sayılı ve 3.6.1974 günlü 3006/516 sayılı kararı.

(25) Y. 2. H. D. 31.1.1974 günlü 8006/516 sayılı kararı.

(26) Türk Medeni Kanunu Öntasarısı, Sh. 112.

derilir. Ondan sonra A) bendinde açıklanan usul işlemleri tamamlanır. Ve evlilik birliği ortadan kalkar.

C) Öyle ise, Türkiye'de eşler istediği halde Medenî Kanunun ağır hükümleri karşısında buna imkân bulamadıkları yolundaki iddialara katılmak mümkün değildir. Bu bakımdan rızâî boşanma için özel hükümler öngören ve bunu savunanların görüşlerine katılmıyorum.²⁷ Ama buna rağmen bu konu öylesine tartışmalıdır ki, Ankara Hukuk Fakültesi özel hafta düzenlemek gereğini bile duymuştur.

Türk Medenî Kanunu öntasarısında belirtildiği gibi (Sh. 112) eğer eşlere karşılıklı irade ile boşanma imkânı verilirse :

aa) Genç evlilerde, hemen ilk kavga veya anlaşmazlıkta dava açılacak, yuva yıkılacak, fevrî hareket sonucu kişiler geleceklerini tehlikeye sokacaklardır.

bb) Bu imkân verilirse, İslâm Hukukundaki nikâhı müt'a²⁸ yâni süreli evlenmelere, diğer deyimle kanunî «metresliğe» yol açılır.²⁹

cc) Karşılıklı anlaşma ile boşanma imkânı verilirse, eşler ileride hâkim önünde nasıl olsa boşanabileceklerini gözeterek nikâh ve boşanma gibi külfetten kurtulmak, bazı masrafları göze almamak için nikâhsız oturmayı tercih edebilirler.³⁰

dd) Rızâî boşanmaya imkân verilirse, vatandaşlık hakkı kazanmak için Calî = sun'î, yâni görünüşte evlenenler teşvik edilir³¹. Nitekim Almanya'da ve İsviçre'de bunu önlemek için kanunî tedbirler bile alınmıştır.³²

(27) Prof. Kemal Tahir Gürsoy, 18-20 Aralık 1975 te yapılan Boşanma Haftasına sunulan tebliğ.

(28) Nikâhı müt'a = geçici evlenme için bakınız (Cin Age. Sh. 34, Hayrettin Karaman, Mukayeseli İslâm Hukuku, 1974, Sh. 285) Not: Bu daha çok İran'da yaygındır. Yasaklanmalarına rağmen devam edilmektedir. (Cin Age. Sh. 34).

(29) Öntasarı Sh. 112.

(30) Cin Age. Sh. 338.

(31) Cin Age. Sh. 338.

(32) Prof. Kenan Tunçomağ, Borçlar Hukuku, 1972, Sh. 199. Prof. B. Nuri Esen Kanun dışı evlenmelere ilişkin rapor 1952, Sh. 1544. Y. 2. H.D. 11.4.1974 günlü 1315/2185 sayılı kararı.

D) Aslında az önce belirttiğimiz imkânın dışında da rızâî (anlaşmalı) boşanma Türkiye’de vardır. Bu bir gerçektir. Hem Hâkim olarak Mahkemelerde rastladık hem de, Yargıtay’da, bu tür davalarla sık sık karşılaşırız. Bunlarda başarı oranının çok yüksek olduğu da inkâr olunamaz. İstenen şey, delile başvurmadan birbirini inandırarak eşlerin evlilik birliğini ortadan kaldırmak imkânı sağlamasıdır. Oysa her şeyden önce bu görüş, temelinde hukuka aykırı düşer. Çünkü: Evlenme serbest irade ürünü olmakla beraber, boşanma kamuyu ilgilendirdiği, çocukların yararı ve gelecekleri söz konusu olduğu için devletin müdahalesi zorunludur³³. Eğer eşlerin rıza, istek, anlaşma, hattâ bir anlamda keyiflerince evlilik birliğinin sona erdirilmesi uygun görülürse hâkimin araya girmesinin anlamı yoktur. Bu iş nüfus idaresinde evlendirme memurluğunda, ya da Noter ve benzeri bir kurumda tescil edilebilir. Özel hukuk alanına giren sözleşmelerdeki bozma şekli burada da uygulanabilir. Nitekim bu denli olumsuz uygulama çocuksuz aileler için S.S.C.B. de uygulanmaktadır. 27.6.1968 tarihli kanuna³⁴ göre «eşler anlaşmak suretiyle birlikte, hattâ gerekirse yalnız başlarına, ahvali şahsiye sicil memuruna başvurarak boşanmalarının tescilini isteyebilirler.»

Bunun ne derece yanlış olduğu söz götürmez. Esasen Rusya’da bile çocuk ve nafakanın söz konusu olduğu hallerde Mahkemeye başvurma zorunluğu öngörülmüştür.

Boşanma, kamu düzeni ile ayrılmaz bir bağlantı içindedir. Nitekim Anayasanın 35. maddesi devlete aileyi koruma görevi vermiştir.

Hal böyle olunca, Hâkime başvurularak rızâî boşanma olmaz. Hâkimin takdir hakkı kaldırılamaz. Bu sebeptendir ki, Medenî Kanununun 150. maddesi ikrar ve kabulü dahi önlemekle iradeye karşı baskıları önlemek istemiştir. Türkiye gibi, kızların çoğunun henüz aile tarafından ve ona sorulmadan, hattâ karşı koymasına değer verilmeden evlendirildiği bir ülkede «rızâî boşanmanın» ge-

(33) Prof. Turgut Akıntürk Aile Hukuku 1975 Sh. 196, Prof. Nuşin Ayiter Boşanma haftasına sunulan tebliğ 1975 Sh. 2.

(34) Prof. Kemal Tahir Gürsoy, 18-20 Aralıkta Ankara Hukuk Fakültesinde düzenlenen boşanma haftasındaki konuşma, teksir halindeki metin Sh. 13, Prof. Turgut Akıntürk, Aile Hukuku, 1975, Sh. 193 - 194, Doç. Hâlil Cin, İslâm ve Osmanlı Hukukunda evlenme 1974, Sh. 5.

reğinden söz edilemez. Çünkü : *Gerçekte, boşanmaya razı olacaklar kızın ailesi, mahkemede irade açıklamasında bulunan ise kadın olacaktır.* Buna, gerçek anlamı ile anlaşarak boşanma demeye kimin gönlü razı olur? Oysa Hukuk serbest, (bağımsız) her çeşit etkiden arınmış iradeye değer verir.

Daha acısı, kadın ya başka birine iyi bir bedel karşılığı evlenmek üzere kocasından bir menfaat karşılığında ayrılacak, ya koca onun bedelini (başlığını) ailesine vererek boşanmaya razı olacaktır. Bu ihtimaller sanıldığı kadar az değildir. Almanya'da, ya da başka bir ülkede bir kaç kuruş biriktirip köydeki eşini bir kaç hayvan, avuç içi kadar tarla ile boşanmaya ikna edenlere rastlıyoruz.

Daha hazini, kan davaları sebebiyle kadınları boşatıp hasımları ile evlendiren, böylece, kendi akıllarınca husumeti ortadan kaldıran ve kadını kendi yararlarına yuvasından eden olaylar da eksik değildir.

Hâkimin önünde «boşanmaya razıyım» diye delil göstermeyen, sonra kandırıldığından, tehdit edildiğinden, aldatıldığından ve benzeri sebeplerden ötürü feryat ederek temyiz dilekçelerini göz yaşları ile ıslatan zavallıları görüyoruz.

O halde kimi, kim için hangi yarar adına korumaya çalışıyoruz?

Gerçekten bugün yabancı ülkelerde anlaşmalı boşanmaya yer verme eğilimi vardır³⁵.

A) Hollanda'da, Danimarka'da, Lüksemburg'da, Bolivya'da, Norveç'de, İtalya'da, Doğu Almanya'da Çin Halk Cumhuriyeti'nde, eşler isterlerse hâkime başvurup karşılıklı rıza ile, yani anlaşarak ve delil göstermeden boşanabilirler.

B) Bulgaristan'da, Fransa'da, Portekiz'de Finlandiya'da, İsveç'de belli süre ayrı yaşayan eşler mahkemeye başvurup boşanmalarını isteyebilirler.

İsviçre'de bu konuda çalışmalar yapılmaktadır. Henüz bir sonuca ulaşılmamıştır³⁶.

(35) Prof. K. Tahir Gürsoy, Age. Sh. 20 - 24, Türk Medenî Kanunu Öntasarısı, 1971, Sh. 111.

(36) Prof. K. Tahir Gürsoy, Age. Sh. 17 - 20.

Türkiye’de Rızâî Boşanma gerekli midir?

Yabancı ülkelerdeki gelişmelere paralel olarak Türkiye’de bu yolda bir tedbir alınması ileri sürülmekte ise de, bunun hatıra gelen sakıncalarını yukarıda belirttik. Kaldı ki 1972 yılında toplanan 1. Türk Hukuk Kongresinde Avukat Rahmi Mogat’ın³⁷ sunduğu tebliğde, anlaşmalı boşanmanın gerekli olduğu ileri sürülmüş, tartışmalar sonunda : «Eşlerin boşanmak istediklerini şahsen beyan etmeleri evlilik birliğinin sarsıldığına bir delil teşkil edebilir. Hâkim bu delili serbestçe takdir eder.» şeklindeki görüş çoğunluğu almıştır³⁸. Bu görüş esasen, Medenî Kanunun sistemine de ters düşmektedir. Yâni, ortak arzuya delil olma gücü veren bir hükümdür. Zaten Yargıtay da boşanma davasında tarafların «boşanmada» değil, fakat «belli bir olayın» varlığında birleşmeleri³⁹ halinde bunu geçerli saymaktadır.

X. BİZİM TEKLİFİMİZ

İnancımız ve anlayışımıza göre (Akıl hastalığı ve felç) dışındaki boşanma sebeplerini tamamen kaldırmak ve tümünü 134. maddede içinde toplamak, olayların özelliğine göre hâkime takdir hakkı tanımak uygun olur. Esasen son zamanlarda daire bu fikre ağırlık vermekte, eğilim o yolda kuvvet kazanmaktadır. Zaten yayınlanan istatistiklerden de anlaşıldığı gibi, açılan davaların %84 kadarı geçimsizliğe dayanmaktadır. 1974-1975 yıllarında Dairemize gelen dosyalardan 2502 boşanma davasından 479’u terke, 11’i akıl hastalığına, 17’si pek fena muameleye, 27’si haysiyetsiz hayat sürmeye ve yüz kızartıcı suç işlemeye, 49’u zinaya, 1819’u geçimsizliğe dayanmaktadır. Özel sebep varken geçimsizlik sebebiyle açılan dava adedi bu hesaba göre 102’dir.

Medenî Kanunda bu yolda bir değişiklik yapılması birçok yararlar sağlayacağı gibi, kanunun sistemine de aykırı olmaz. Şöyleki :

-
- (37) 1. Türk Hukuk Kongresine sunulan tebliğ, Yeni Boşanma sebepleri, 1972, Sh. 8.
- (38) Hukuk Kongresi tutanağı Sh. 55-73 ve Sh. 101-102.
- (39) Yargıtay 2. H.D. nin 23.1.1972 günlü 984/1710 sayılı kararı, Y. 2. H.D. nin 11.2.1972 günlü 617/694 sayılı kararı, Y. 2. H.D. nin 22.3.1976 günlü 2238/2490 sayılı kararı.

1 — Zina :

Özel boşanma sebebi olmakla beraber zina, geçimsizliğe yol açan ve ortak hayatı temelli sarsıntıya uğratan bir nitelik taşımaktadır. Yani, genel boşanma sebebi de olabilir. O halde buru ayrıca özel bir boşanma sebebi saymanın gereği yoktur. Aksine yararı vardır. Çünkü: M.K. 129. maddedeki hak düşürücü süre M.K. 134. maddede söz konusu olmaz. Öte yandan zina şeklinde nitelendirilmesi ve ispatı güç bir kısım güven sarsıcı olay «sadakatsızlık» kapsamına dahil olup⁴⁰ M.K. 134. maddenin uygulama alanına girer.

2 — Cana kast ve pek fena muamele :

Cana kast ve pek fena muameleler, zaten geçimsizliğe yol açan ve aile birliğini devam ettirmeyi önleyen davranışlardır. Onun için bunun ayrı bir boşanma sebebi olarak kanunda yer almasında yarar ve zorunluk yoktur.

3 — Haysiyetsiz Hayat sürme :

Eşlerden birinin utandırıcı bir hayat sürmesi, elbette öbür eşte, birlikte yaşama bilinç ve arzusunu söndürüp yok eder. Onun için bu durum boşanma sebebi olarak Medenî Kanununun 134. maddesinin kapsamına girer. Zaten kanunda (M.K. 131/2) haysiyetsiz hayat sürme başlı başına bir boşanma sebebi sayılmamış, *ortak hayatın çekilmez bir hal alması şartı da birlikte öngörülmüştür.*⁴¹ Hal böyle olunca bu hüküm esasen Medenî Kanununun 134. maddesinin bir parçasından ibaret iken nedense ondan ayrılmış M.K. 131/2. maddesinde düzenlenmiştir. Öyle ise Medeni Kanununun 134. maddesi varken ayrı bir düzenleme gereksizdir.

4 — Yüz Kızartıcı Suç :

Yüz kızartıcı suçların da aile birliğini temelden sarsacağı tabiidir. O halde M.K. nun 134. maddesinin kapsamına girer⁴². Buna

(40) Y.2. H.D. nin 14.3.1972 günlü 693/1531 sayılı kararı, Y. 2. H.D. nin 6.7.1973 günlü 4613/4435 sayılı kararları.

(41) Y.2. H.D. nin 21.4.1972 günlü 2539/2507 sayılı kararı.

(42) Y.2. H.D. 19.2.1973 günlü 877/972 sayılı Kararı, Y.2. H.D. nin 16.6.1972 günlü 4139/3907 sayılı kararı, Y.2. H.D. nin 6.11.1975 günlü 6652/8464 sayılı kararı.

rağmen ayrı bir boşanma sebebi (M.K. 131/1) olarak kanunda yer almasının anlamı yoktur.

5 — Akıl Hastalığı :

Akıl hastalığı sebebiyle boşanma için, hastalık yeterli görülmemiş, ortak hayatı sarsıntıya uğratması da zorunlu sayılmış, böylece M.K. nun 134. maddesinin kısmen kapsamı içine alınmıştır. Ama buna rağmen kanunda özel bir boşanma sebebi olarak kabul edilmiştir. Bize göre metinden «ortak hayatın devamı öbür taraf için çekilmez hal almış ise» cümlesinin çıkarılması suretiyle özel boşanma sebebi olarak kalmasında sakınca yoktur. Ancak, üç yıllık süre de azaltılmalıdır. *Zira, evlilik, elbirliğiyle ve bilinçle yürütülen bir müessesedir. Bir taraf bu niteliğini yitirmiş ise, öbürünü uzun süre beklemeye mahkûm etmek haksızlık olduğu kadar, bu arada yasak ilişkiler yolu ile aile için problemlerin doğmasına da yol açmakta, bazan mal varlıkları haksız yere ve çeşitli hilelerle el değiştirmektedir.* Daha çok sakıncalar sıralanabilir. Ama yeterince durumun açıklandığını sanıyorum. Sadece bir cümle ekliyeceğim : Vefa, iyi ve övünülür bir duygudur. Ne varki karşılığındaki fedakârlık kişiyi canından bezdirecek düzeye varmamalıdır.

Sanıldığı gibi özel boşanma sebepleri, «genel», öbür deyimi ile «nisbi» hale getirildiği zaman ispat güçlüğü olmaz. Ve ispatda başarıya ulaşma oranı düşmez. Çünkü : Cana kast, zina, Haysiyetsiz hayat sürme, pek fena muameleler zaten nitelikleri ve etkileri bakımından aile birliğini açıkça sarsıntıya uğratan davranışlardır. Böyle bir değişiklik kusur yönünden bir sakınca doğurmaz. Çünkü : Zina eden veya haysiyetsiz hayat süren yahut cana kastedip pek fena muamele yapan kişinin bu kusurlu davranışını daha az saymaya yol açacak kadar öbür tarafın da kusuru varsa, böyle bir ailedeki bu düzensizlik zaten birliği devam ettirmeye engeldir. Örnek olarak : İki eş de zina ediyorsa, burada kusur tartışması bile gereksiz olup boşanma tabiidir. Yargıtay bu eğilimdedir.⁴³

Haysiyetsiz hayat karşılıklı ise yine ortak hayat devam ettirilemez.

Neresinden bakılırsa bakılsın, özel sebeplerin genelleştirilmesinde hiçbir sakınca yoktur. Esasen yukarıda açıklandığı gibi, da-

(43) Y.2. H.D. nin 22.12.1972 günlü 9250/9503 sayılı kararı, Y.2. H.D. nin 25.3.1976 günlü 2401/2611 sayılı kararı.

valar da büyük çoğunlukla genel sebebe dayanmakta veya ikisine birden istinat etmektedir.

Eğer sebepler genel olarak bir madde içinde birleştirilirse, davada belli olaya dayanma zorunluğu da ortadan kalkar⁴⁴. Hâkim duruşmada delillere göre sonuca ulaşır.

XI. TÜRKİYE'DE BOŞANMA PROBLEMİ VAR MIDIR?

Aslında Türkiye'de sanıldığı gibi bir boşanma problemi yoktur. 1970 yılından bu yana Başkanı olarak bulunduğum dairenin boşanma ile ilgili istatistiklerini tesbit ettim. Aldığım netice; Türkiye'de boşanma problemi olmadığı halde bazı kişilerin kendi davalarını topluma mal ederek, böyle bir hava yaratmak istemeleri yüzünden tartışmalar çıktığı yolundadır.

1970 yılından bu yana Başkanlığını Yaptığım Yargıtay 2. Hukuk Dairesinde tesbit ettiğim bilgilere göre : Daireye 1971 yılında 1599 dosya, 1972 yılında 1508 dosya, 1973 yılında 1377 dosya, 1974 yılında 2609 ve 1975 yılında ise 2796 dosyanın geldiği anlaşılmıştır. 40 milyonluk bir memlekette bir senede Yargıtaya yaklaşık 2000 dosyanın intikal ettiği gözetilirse, Türkiye'nin nüfusuna göre bu oran onbinde beştir. Rakamlarda yıldan yıla meydana gelen artışın, nüfus çoğalmasının sonucu olduğu söz götürmek bir gerçektir.

Bir noktaya işaret etmekte zorunluk vardır. Boşanma davası derken Yargıtay'a kadar uyuşmazlık ve anlaşmazlığı devam eden eşlere ait davalar kastedilmektedir. Mahkemece verilen boşanma kararına isteyerek, ya da kanun yoluna başvurmakta fayda görmiyerek razı olan kişiler için Medenî Kanunda boşanmaya ait hükümlerin yetersizliğinden söz etmek anlamsız olur.

Öte yandan bir tarafın açtığı boşanma davasını haklı bulan ve karşı koymayan kişiler için de aynı düşünce geçerlidir. Öyle ise tartışma, Yargıtay'a kadar çekişmelerini devam ettiren eşler açısından Medenî Kanunda boşanmayı haksız yere ağırlaştıran hükümler bulunup bulunmadığı ntoktasında düğümlenmektedir. Yukarıda belirttiğimiz gibi *onbin kişiden beş kişiyi ilgilendiren bir konuda Medenî Kanunun boşanma ile ilgili hükümlerini ağır bulmak insaf-*

(44) Prof. Jale Akipek, Boşanma Haftasındaki konuşma.

sızlık olur. Hele boşanmanın güçlüğünden ise hiç söz edilemez. Çünkü : 1971 yılında dairemize intikal eden 1599 boşanma dosyasının 875'i (oranı %54,7), 1972 yılında Yargıtay'a akseden 1508 dosyadan 770'i (Oran : %51,1). 1973 yılında gelen 1377 dosyadan 712'si (Oran : %51,7). 1974 yılında intikal eden 2608 dosyadan 1266'sı (Oran : %48,5), 1975 yılında Yargıtay'a gelen 2796 dosyadan 1318'i (Oran: 47,1) boşanma ile sonuçlanmış dosyalar olduğu görülmektedir. Bu da gösteriyor ki, Türkiye'de bir boşanma problemi yoktur. O halde Medenî Kanun öntasarısında öngörülen ve hukuk zorlar nitelikte bulunan 134/A maddesine gerek görmemekteyim.

Olayın daha iyi anlaşılabilmesi için ayrıntılı bilgi vermeyi yararlı saymaktayım.

KADINLARIN AÇTIĞI DAVALAR

Yılı	Dosya Gnl. Toplamı	Mahkeme Kararı			Dairece Verilen Karar				
		Boşanma	Oranı	Red	Oranı	Bozma	Oranı	Onanma	Oranı
1971	419	251	%55,9	168	%40	155	%36,9	264	%63
1972	388	234	%60,4	154	%39,6	95	%24,4	293	%75,6
1973	373	237	%63,5	136	%36,5	87	%23,4	286	%76,6
1974	680	368	%54,1	312	%45,9	59	%16	309	%84
1975	735	401	%54,56	334	%45,44	82	%20,45	319	%79,55

ERKEKLERİN AÇTIĞI DAVALAR

1971	1180	624	%52,8	556	%47,2	423	%28,68	757	%64,1
1972	1120	536	%47,8	584	%52,2	309	%27,6	811	%72,4
1973	1004	475	%47,4	529	%52,6	242	%24,2	762	%75,8
1974	1928	898	%46,5	1030	%53,5	282	%31,4	619	%68,6
1975	2061	917	%44,49	1144	%55,51	263	%28,68	654	%71,32