

TÜRK MEDENİ KANUNU'NUN 166'INCI MADDESİNİN 2'İNCİ FIKRASINA İLİŞKİN SORUNLAR

PROBLEMS ABOUT THE PARAGRAPH 2 OF ARTICLE 166 OF THE TURKISH CIVIL CODE

ÖZET

Mehaz İsviçre Kanunu dahil gelişmiş ülkelerdeki boşanma hükümlerinde, kusur ilkesi ve özel boşanma sebepleri yürürlükten kaldırılmış olup altı ay, bir yıl gibi belli sürelerde fiilen ayrı yaşadığının sabit olması halinde evlilik birliğinin temelden sarsıldığına dair bazı karineler kabul edilerek diğer tarafın rızası aranmaksızın boşanma talebi kabul edilebilmektedir. Türk Medeni Kanun'unda, kusur ilkesi ve özel boşanma sebepleri mer'i olmaya devam etmekle beraber, Türk Medeni Kanun 166'ıncı maddesinin 2'inci fıkrasının uygulanmasında, genellikle bazı haksızlıklara yol açan durumlar söz konusu olmaktadır ki mevzuatın değişmemesi ve uygulamadaki sorunlar, eşler, çocuklar, toplum açısından birçok zarara mahal vermekte, anne-babalarının çocuklarına kötü rol model olmasına sebep olmaktadır. Bu sebeple, çalışmamızda Türk Medeni Kanun'daki kusur ilkesi, özel boşanma sebeplerinin uygulanmasının yol açtığı zararlar ve Türk Medeni kanunu 166. ıncı maddesinin 2'inci fıkranın uygulanmasındaki sorunlar ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Boşanma davası, kusur ilkesi, özel boşanma sebepleri, Türk Medeni Kanunu 166'ıncı maddesinin 2'inci fıkrası.

ABSTRACT

In the divorce provisions in developed countries, including the referred Swiss Law, the principle of fault and special divorce reasons were abolished and certain presumptions about the breakdown of marriage are accepted if actual separation of a certain period such as six months or one year is proven, and the divorce request can be accepted without the consent of the other party. However, although the principle of fault and special divorce reasons continue to remain in force in the Turkish Civil Code, situations arise in the implementation of the paragraph 2 of article 166 of the Civil Code that cause some of injustices, and failure to amend the legislation and problems in implementation causes several damages on spouses, children and the society, and lead to mothers and fathers being poor role models. Therefore, this study will discuss the damages caused by implementation of the principle of fault and special divorce reasons in the Civil Code and problems encountered in the implementation of the paragraph 2 of article 166 of the Civil Code.

Keywords: Divorce case, principle of fault, special divorce reasons, article 166 of the Turkish Civil Code.

Makale Geliş Tarihi: 06.12.2019, **Kabul Tarihi:** 30.10.2020

* **ORCID ID:** <https://orcid.org/0000-0001-8307-1717>

Sigorta İtiraz Hakemi, tulay-parlak@yandex.com

GİRİŞ

Kadın ve erkeğin birbirini koşulsuz sevip sayarak omuz omuza ortak hayat kurması ve sürdürmesi, elbette ki, duygusal bağlamdaki kadın-erkek ilişkisinde en ideal olanı ve sağlıklı bir toplumun da temel yapı taşlarındadır.

Toplum içinde yaşadığı için, her konuda olduğu gibi duygusal ilişkilerde de yasal düzenlemelere ihtiyaç duyulmuş ve evlilik müessesesi düzenlenmiştir. Bununla beraber, her ülkenin mevzuatında tabiatıyla, “her son bir başlangıç”, “her başlangıç bir son” mottosu gereği, boşanma hükümlerine de yer verilmesi icap etmiştir.

2000’li yıllara kadar çağdaş ülkelerde kusurun, tazminat hususu dışında boşanma davasını açan kişi açısından da nazara alınması, başka bir deyişle; tamamen kusurlu olan kişinin açtığı boşanma davasının kabul edilebilmesi için karşı tarafın az da olsa kusurlu olması gerektiği ilkesi, mer’i kanunumuzdakilerle paralelken 1900’lerin ortalarından itibaren bu düzenlemelerin uygulamadaki sakıncalarının görülmesi üzerine ülkeler teker teker değişiklik yapmaya başlamıştır. Türk Medeni Kanunumuzu (TMK) iktisap ettiğimiz İsviçre’de dahi 2000 yılında davayı açan açısından kusur ilkesini ve özel boşanma sebepleri yürürlükten kaldırılmıştır.

Avrupa’daki boşanma hükümlerinde meydana gelen bu reformun başlıca sebepleri, aşağıda daha detaylı olarak bahsedeceğimiz üzere, uygulamada karşılaşılan sorunlar ve kusur içeren düzenlemenin faydadan çok zarara sebep olmasıdır.

Türkiye’deki medeni kanun hükümlerinde ise, mehz kanunundaki değişikliğe rağmen bir ıslah hareketi başlamamış, doktrinde dahi tartışılmamış, bu sebeple, uygulamada karşılaşılan sorunlar da ortadan kalkmamıştır. Bu sebeple, çalışmamızın konusu, Avrupa’da yapılan sosyolojik araştırmalar neticesinde topluma zarar verdiğinin görülmesine üzere boşanma hükümlerinde yapılan reform niteliğindeki değişikliklerin, ülkemizde de yapılması ihtiyacına binaen boşanma davalarında, davayı

açan açısından uygulanan kusur ilkesinin ve özel boşanma sebeplerinin uygulamada sebep olduğu sorunlar ile TMK. m. 166./2 uygulanmaması sorunudur. Nitekim, yargılama sırasında karşı tarafın kusurunu ispatlamak adına tarafların birbirlerine iftira ve yalanlar söylemeye teşvik eden boşanma hükümleri; ilk başta, toplumun nüvesini oluşturan tarafların ortak çocuklarına zarar vermekte, daha sonra da tarafların psikolojilerini olumsuz etkileyerek tarafların, çocukların nihayetinde de toplumun ağır yaralar almasına sebep olmaktadır. Bunun yanı sıra, medeni kanunumuzdaki mevcut düzenlemelerle, “aile birliğinin” korunması amaçlanmaktaysa da boşanma davalarında kusurun ispatlanması adına davaların uzun sürmesinden dolayı “*kâğıt üstünde*” evliliklerin artıp evlilik dışı ilişkilerin ve evlilik dışında doğan çocukların çoğalması ile ahlâkî bir çöküşe sebep olunmaktadır. Konun önemi de kendini burada göstermektedir.

Çalışmamızdaki amaç; tamamen kusurlu olan kişinin açtığı boşanma davasının kabul edilebilmesi için karşı tarafın az da olsa kusurlu olması gerektiği ilkesi, başka bir deyişle, TMK. m. 166/2-c.1 ve özel boşanma sebeplerinin uygulamada sebep olduğu sonuçları ortaya koymak, TMK. m. 166/2 –c.2 uygulanmaması ile bu zararların daha da büyümesinin söz konusu olduğuna dikkat çekerek konunun doktrinde ve gerek yerel mahkeme gerekse Yargıtay kararlarında tartışılmaya başlanmasını sağlamaktır.

Kusur ilkesi hususu, nafaka ve tazminat talepleri konusunda kadının toplumsallaşması, iş hayatına girerek ekonomik yaşama katkı sağlaması, artı değer katması ve kendi ayakları üzerinde duran bir bireye dönüşebilmesi adına bir engel olmakla beraber, çalışmamızın konusu boşanma sebepleri ile sınırlanmıştır.

Çalışmamızda, literatür taraması ve ampirik yöntem uygulanmış olup önce konunun önce Avrupa Birliği'ndeki gelişmeler üzerine kısa bir değerlendirme ve daha sonra TMK'daki düzenlemelere genel olarak değinilmiş, nihayetinde TMK. m. 166/2 hükmünde yer alan düzenlemenin uygulamada yarattığı sorunlar paylaşılıp değerlendirmeler yapılarak sonuçlar ortaya koyulmaya çalışılmıştır.

I- AVRUPA BİRLİĞİ HUKUK'UNDAKİ GELİŞMELER ÜZERİNE KISA BİR DEĞERLENDİRME

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin temel kaynağını oluşturan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde, boşanmanın kadın ve erkek için eşit derecede temel insan hakkı olduğuna yer verilmiştir. BM Genel Kurulu tarafından 10.11.1948 tarihinde kabul ve ilân edilen ve Türkiye tarafından 06.04.1949 tarihinde kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi 16. Madde / 1. Fıkrasında¹ kadın ve erkeğin, evliliğin sona ermesi dahil her aşamasında eşit haklara sahip olduğunu belirtmektedir. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesindeki anılan düzenlemede “... evliliğin sona ermesinde eşit hakları haizdir.” İfadesine rağmen, AİHS'inde evlenme kurumuna 122'inci Maddede başlı başına yer vermekle beraber, boşanma hususuna açıkça yer verilmemiştir. Bu çerçevede, boşanma müessesesi açısından AİHS'inin 8'inci maddesi kapsamında bir değerlendirme yapılabilir. Şöyle ki, AİHS 8. Madde² “Özel ve Aile Hayatına Saygı” başlığı altında herkesin özel hayatına saygı gösterilmesi gerektiği, bu hakka kamu tarafından müdahale edilmesine cevaz veren sebepler belirtilmiştir.

“Özel hayat” kavramı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatlarına göre, mahremiyet hakkından daha geniş bir kavramdır ve

¹ “Evlilik çağına varan her erkek ve kadın, ırk, uyrukluk veya din bakımından hiçbir kısıtlamaya tabi olmaksızın evlenmek ve aile kurmak hakkına haizdir. Her erkek ve kadın evlenme konusunda, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesinde eşit hakları haizdir.” “Men and women of full age, without any limitation due to race, nationality or religion, have the right to marry and to found a family. They are entitled to equal rights as to marriage, during marriage and at its dissolution” <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=trk>, (Erişim Tarihi: 16.03.2019)

² “Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”
“Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.”

herkesin özgür olarak kişiliğini oluşturmak ve geliştirmek alanını içermektedir.³

AİHS m. 8 /1'e göre Devletlerin, bireylerin özel hayatlarına saygı gösterme yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu bağlamda, bir kişinin istediği kişi ile aynı evi, dolayısıyla hayatını paylaşması, özel hayat kapsamında olduğuna göre, devletlerin de AİHS m.8/1. kapsamında özel hayata ilişkin bu tercihlere saygı duyması gerektiği sonucuna varılmaktadır.

AİHS m. 8. /2'de ise, 1. fıkrada yapılan düzenlemeye getirilebilecek olan sınırlama şartları belirtilmiştir. Sınırlamanın şartları, yasalarla öngörölmüş olması, demokratik toplumun bir gereği olması ve meşru bir amacının olmasıdır.

Boşanma sebepleri ve sonuçlarına ilişkin düzenlemelerin *Avrupa Birliği (AB)* üye devletlerde yeknesaklaşması, aile hukukunun diğer hukuk alanlarına göre daha kendine özgü bir yapıya sahip olmasından dolayı daha zor olmasına rağmen ülkeler arasındaki farklılıkların giderilmesine yönelik bazı çalışmalar ve ulusal düzenlemelerle kanun değişiklikleri yapılmaktadır.⁴

AB'inde temel hakların anayasası olarak bilinen 04.11.1950 tarihli *İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Konvansiyonu'nun yanı sıra 07.12.2000 tarihli AB Temel Haklar Şartlarında* "özel hayata saygı" düzenlenmiş olup AB'de tek elden bir aile hukuku hükümleri söz konusu olmasa da aile hukukunun anayasal hükümlerine sahiptir.⁵

³ Ursula Kilkelly, *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, İnsan Hakları El Kitapları, No:1, Avrupa Konseyi, Almanya, 2001, s.17*

⁴ Canan Yılmaz, "Avrupa Birliğinde Aile Hukukunun Uyumlaştırılması", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, İstanbul, S.1-2, 2008, C. 14, ss.85-88

⁵ C. Yılmaz, *a.g.e.*, s.93

Avrupa’da aile hukukunun uyumlaştırılması için teorik ve pratik açıdan uygulamaların öncülüğünü başlatmak amacıyla 01.09.2001 tarihinde bazı öğretim üyelerinin bir araya gelmesi ile kurulan “Avrupa Aile Hukuku Komisyonu”ndan da (Comision on European Family Law - CEFL) kısaca bahsetmek isteriz ki bu Komisyonun yaptığı çalışmalar neticesinde ülkelerin yasalarını revizesi açısından ilham oluşturacak şekilde ortaya koyduğu ilkelerden bazıları; *eşlerden birinin rızası olmaksızın boşanmaya izin verilmesi gerektiği, eşlerin 6 aydan beri filen ayrı yaşamaları halinde herhangi bir düşünme süresinin gerekli olmaması, eşlerin 1 yıldan beri filen ayrı yaşıyor olması halinde eşlerden birinin rızası olmadan da boşanmaya izin verilmesi ilkeleridir.*⁶

Avrupa Aile Hukuku Komisyonunun ortaya koyduğu ilkelerdeki ortak temel gaye, boşanma sebeplerinin objektif şartlara bağlanması, taraf iradesinin daha fazla, devlet iradesinin ise, -zayıf olanı koruması çerçevesinde - daha az olması üzerine oturtmuştur.⁷

Nihayet, Avrupa’da 2004 yılında hazırlanan Avrupa Boşanma ve Eski Eşler Arasındaki Nafakaya İlişkin Avrupa Aile Hukuku İlkelerinden biri, kusura, boşanma sistemi içinde yer verilmemesi; diğeri ise, eşlerden birinin rızası olmaksızın boşanma imkânının olmasıdır.⁸

Avrupa Birliği Hukuku’nda iki çeşit boşanma sistemi bulunmaktadır. Bunlardan ilki, eşlerin iradeleriyle evlendikleri gibi yine kendi iradeleri ile boşanabileceklerini benimseyen *ferdiyetçi teoridir*. Diğeri ise, evliliğin, nesillerin yetişmesi için kurulduğundan evlilik birliğinin devamının esas olduğunu ifade eden *toplumcu teoridir*. Bu teorinin başını çeken örnek Katolik kilisesi hukukudur.⁹

⁶ C. Yılmaz, *a.g.e.*, ss.95-98

⁷ C. Yılmaz, *a.g.e.* s.103

⁸ P. Çiftçi, *a.g.e.*, s.1813

⁹ Pınar Çiftçi, “Boşanma Sisteminin Yargılamada Doğurduğu Temel Hak İhlalleri ve İspat Sorunları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir, Özel Sayı 2014, 2015, C.16, ss.1768-1769

Mukayeseli Hukuktaki iç düzenlemeler ilk başlarda özel boşanma sebeplerini içermekte ve kusur ilkesine yer vermekteyken uygulamada ortaya çıkan bazı sakıncalardan dolayı zaman içinde bu ilkeler terk edilmeye başlanmıştır.

Toplumcu teoriyi benimseyen Katolik hukukundaki ilk kırılmanın olduğu 01.12.1970 tarihinde bazı sebeplerle boşanılabileceği düzenlenmesini yürürlüğe girmesinden itibaren beş ay içinde 5 milyon kişinin, boşanmak için mahkemeye başvurması¹⁰ dikkat çekicidir.

20.09.1950 T., 1950/4-10 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararı; «Yorumlarda ilmi içtihatlardan da faydalanılabileceğine göre, kanunlarımızı yorumlarken kendi metinlerimizi göz önünde tutmakla beraber bunların asıllarına da yani, mehaza da bakılması gerekir.» şeklindedir. Bu sebeple, uygulayıcılar olan yerel mahkemeler ve Yargıtay, mehaz İsviçre Kanun'undaki düzenlemelerin değişikliklerine sebep olan hususları ve bu değişikliğin temel felsefesini referans alarak TMK m.166/ 2 fıkranın uygulanmasını değiştirebilirler.

TMK m.184./f.1 “Hâkim, boşanma veya ayrılık davasının dayandığı olguların varlığına vicdanen kanaat getirmediğçe, bunları ispatlanmış sayamaz.” şeklinde düzenlenmiş olduğundan hâkime geniş takdir hakkı tanınmıştır. Dolayısıyla, boşanma davasına bakan hâkim, tarafların bulunduğu deliller ile bağlı değildir. Bu sebeple, yorum yaparken, özellikle TMK m.166/f.2'nin yorumlanmasında, mehaz kanun ayrı bir önem arz etmektedir. Bu çerçevede, mehaz kanununa baktığımız zaman, uygulamada karşılaşılan sorunların çözümü için sosyolojik incelemeler yapılmıştır. Bu incelemeler neticesinde, kusur oranlarının tespitinin mümkün olmaması, haksız sonuçlar olabileceği ve kusur saptamasına girişen tarafların, duygusal ilişkilerinde var olan tansiyonu arttırarak gereksiz yere yükselttiği ve bu durumun kimseye fayda sağlamadığı gibi hem çocuklar hem de taraflara yaradan ziyade zarar getirdiği ve kavganın şiddetlenmesine sebep olduğu tespit edilmiştir. Bu sebeple, mehaz kanundaki kusur ilkesinin ve genel-özel kusur boşanma sebeplerini benim-

¹⁰ P. Çiftçi, a.g.e., s.1771

seyen düzenlemeler, 01.01.2000 tarihinden itibaren kaldırılmış, *kusurlu boşanma ilkesinin yerine "boşanma şartları"nın getirilmiştir*. Ayrıca, kusursuz veya daha az kusurlu olmanın avantajlarını kaldırarak boşanmanın mâli sonuçları bakımından da kusur ilkesinin terk edildiğini görmekteyiz. Bugün İsviçre’de hâkim olan görüş, eşler arasındaki ilişkide sorumlu olanı aramaktan ziyade, bu kişilerin sosyal açıdan ayakta tutulmaları ve bundan hareketle delil getirme şartının artık aranmaması şeklindedir.¹¹

Mehaz kanun dışında diğer Avrupa ülkelerinde de aynı değişim, İsviçre’den daha önce yaşanmıştır. Almanya’da, 1976 yılında kabul edilip 01.07.1977 tarihinde yürürlüğe giren Evlilik ve Aile Hukuku Reformu Hakkında Birinci Kanun ile Alman Medeni Kanunu düzenlemeleri ile, reform yapılmış ve özel boşanma sebepleri kaldırılarak kusur ilkesinin yerine evlilik hayatının gizli alanlarına girmek istenmediği için örneğin, şiddetli geçimsizlik olduğuna dair “1 yıl ayrı yaşama karinesi” gibi karinelere kabul edilmiş, ve aynı reform niteliğindeki değişiklikler İskandinavya ülkelerinde de söz konusu olmuştur.¹²

II- TÜRK MEDENİ KANUN’UNDAKİ BOŞANMA HÜKÜMLERİNE GENEL BAKIŞ

Türk Medeni Kanun’umuzda hem genel hem özel boşanma sebeplerine yer verilmiş, kusur ilkesi benimsenmiş, anlaşmalı boşanmaya da cevaz vererek hem ferdiyetçi teori hem de toplumsal teorinin izlerine rastlanmaktadır.

TMK. m. 161’de zina sebebiyle, TMK. m. 162’de hayata kast, pek kötü muamele veya onur kırıcı davranış, TMK. m. 163’te suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme, TMK. m. 164’de terk, TMK. m. 165’te akıl hastalığı sebeplerine istinaden özel boşanma sebeplerine yer vermiştir.

¹¹ P. Çiftçi, *a.g.e.*, ss.1790-1793

¹² Nazmiye Kara, “Boşanma Sebeplerinde Evlilik Birliğinin Temelden Sarsılması Kavramı”, *Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2004, s. 7; P. Çiftçi, a.g.e.*, ss.1793-1795, s.1798

TMK. m. 166 /1'de, evlilik birliğinin, ortak hayatı sürdürmenin beklenemeyeceği derecede, temelden sarsılmış olması da genel boşanma sebebi olarak düzenlenmiştir fakat bu hususun takdiri hakime bırakılmış, karineler ile belli bir standartlaşma tercih edilmemiştir. Nitekim, 03.07.1978 tarihli 5/6 sayılı İçtihadı Birleştirme kararında kimin daha fazla kusurlu olduğunu tayinde önceden bir kriterin söz konusu olamayacağı belirtilmiştir¹³. TMK. m. 166 / 3'de tarafların mutabık kalması ve hâkimin onaylaması kaydıyla anlaşmalı boşanma da mümkündür.

TMK M.166/1. Fıkarda düzenlene genel boşanma sebebin gerçekleşebilmesi için gerekli şartlar; evlilik birliğinin sarsılması, ortak hayatın çekilmez hâle gelmesi, davacını daha kusurlu olduğuna dair bir itirazın yapılmamış olmasıdır.¹⁴

TMK. m. 166 /3'deki düzenlemeye göre, davacının tamamen kusurlu olması halinde, davalı eş, boşanmayı kabul etmezse, açılan dava kabul edilmeyecektir. Başka bir deyişle, davayı açan kimse, hâkim tarafından tamamen kusurlu addedilirse, davalı eş boşanmayı istemediğini beyan etmesi üzerine hâkim davacının davasını reddeder. Aynı düzenlemeye göre, hâkim tarafından yapılan değerlendirmeye göre şayet, davacı tamamen kusursuz değilse ve davalı eş, boşanmak istemediğini beyan etmişse; davalının bu itirazı, hakkın kötüye kullanımı niteliğindeyse ve evliliğin devamı, davalı eş ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar içermiyorsa, boşanmaya karar verilebileceği ifade edilmiştir.

TMK. m. 166/3'de, kusur ilkesinin benimsenmiş ve kusur oranlarının takdiri hâkime bırakılmıştır. Dolayısıyla davalı eşin boşanmayı istememesi halinde, davacının boşanamaması söz konusu olabilir. Bununla beraber, doktrinde, evlilik birliğinin temelden sarsılmasında her iki eşin de kusursuz olabileceği, bu sebeple, aslında kusur şartının söz konusu olmadığı, kusur şartının TMK m.166/2. Fıkradaki düzenleme

¹³ Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, (6. Baskı) Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s.691

¹⁴ Serap Helvacı ve Fulya Erlüle, *Medeni Hukuka Giriş Kişiler Hukuku Aile Hukuku*, (5. Baskı), Legal Kitabevi, İstanbul, 2018, s. 175

açısından söz konusu olduğunu ileri süren bir azınlıkta kalan bir görüş de bulunmaktadır.¹⁵

TMK. m.166./son'da, yukarıda bahsettiğimiz sebeplerle, davayı açan eşin davası reddedilirse, yeni, farklı bir vaka olmadığı sürece, kararın kesinleşmesinden itibaren 3 yıl geçmedikçe dava açamayacaktır. 3 yıllık bekleme süresinden sonra açılan davada, artık tarafların kusurları tartışılmayacak, hâkim tarafından sadece ortak hayatın kurulmadığının tespiti yapılarak boşanmaya karar verilir.

Hukukumuzda boşanma hükümlerinden son olarak, yukarıda bahsettiğimiz maddelerin yorumunda usul hukukundaki ilkeler göz önünde tutulması gerektiği önem arz eden ve özel hüküm olduğu için Hukuk Muhakemeleri Kanun'undaki hükümlerden önce uygulama alanı bulan¹⁶ "Boşanmada Yargılama Usulü" başlıklı TMK. m. 184'ten de bahsetmek isteriz. Çünkü, TMK. m. 184'te, hâkimin takdir hakkının, özel hukuk alanındaki diğer davalara göre çok daha geniş ve esnek olduğunu düzenler. Zirâ, TMK. m. 184'te, tarafların dosyaya sunduğu deliller açısından hâkim, *vicdanen kanaat* getirmediği iddia ispat edilmiş sayılmayacaktır. Ayrıca, tarafların ikrarı da hâkim için bağlayıcı değildir ve deliller hâkim tarafından serbestçe takdir edilir.

Görüldüğü gibi hukukumuzda kusur ilkesi benimsendiği için, nizalı boşanma davalarının yargılamasında taraflar, kendilerinin kusuru olmadığını ve karşı tarafın kusuru olduğunu ispat etmeye çalışacaklardır. İspatlanacak konular özel hayata dair olduğu için hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin, bu davalarda hükme esas teşkil edip edemeyeceği sorunu karşımıza çıkmaktadır.

4721 Sayılı TMK'nun Komisyon çalışmaları sırasında, özel boşanma sebeplerinin kaldırılması konusu tartışılmıştır. Ancak, zinanın boşanma sebebi olmaktan çıkartılarak genel boşanma sebebi şeklinde

¹⁵ Mustafa Dural, Tufan Oğuz, Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (15. Baskı), Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s.119; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Aile Hukuku II. Cilt*, (22. Baskı), Beta Kitabevi, İstanbul, 2020, s.240; Mehmet Erdem, *Aile Hukuku*, (2. Baskı), Seçkin Kitabevi, Ankara, s.129

¹⁶ Bilge Öztan, *Medeni Hukuk'un Temel Kavramları*, (43. Baskı) Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s.487

evlilik birliğinin temelden sarılması sebebi içinde değerlendirilmesinin toplumda yanlış yorumlara neden olabileceği kanaati ile mevcut durumun aynen korunması görüşü ağırlık arz etmiştir.¹⁷

TBMM tarafından kurulan Araştırma Komisyonu'nun 2013 Haziran Raporunda, casus programlarının, dinleme ve izleme cihazlarının, boşanma davaları gibi bazı davalarda çok önemli fark teşkil ettiğini, bazı durumlarda hukuka aykırı delillerin kullanımının söz konusu olabileceğini ifade etmiştir. Yargıtay'ın bir kararında anılan Rapor'u referans göstererek, eşinin bilgisi dışında eve ses-görüntü kaydı yerleştiren ve bu şekilde eşinin zina fiilini ispatlayan eş açısından, sunduğu CD delilinin, her iki tarafın da ortak mekânı olan konuta yerleştirilmesinin özel hayatın gizliliği olarak addedilemeyeceği ve hukuka aykırı delil olarak kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Yargıtay'ın 2013 yılındaki bir kararında ise, aniden ve fiili bir durum olarak gerçekleşen bazı hukuki olguların ispatında, o anda başka türlü delili elde etmenin akla, mantığa ters olacağı durumlarda, hukuka aykırı olarak elde edilen delilin yasal olduğu müta-laa edilmiştir.¹⁸

III- TMK m.166/2 HÜKMÜNDE YER ALAN KUSUR DÜZENLEMESİNİN UYGULAMADA YARATTIĞI SORUNLAR

Bu bölümde ampirik yöntem neticesindeki tespitler paylaşarak TMK m.166/2. Fıkranın uygulanmasındaki sorunlar, gözlem yoluyla ortaya koyulmuştur. İlk olarak, boşanma davalarında, zina yapan, şiddet uygulayan, eşini aşağılayan ... vb. kusur olarak addedilen davranışları yapan kişilerin dava açması halinde, mahkemelerdeki genel eğilim davanın reddi şeklindedir. Zirâ, TMK m.166/2. fıkra, boşanmayı talep eden eşin kusursuz veya daha az kusurlu olmasını gerektirmektedir. Başka bir deyişle, TMK 166/2. Fıkra, her iki eşin de kusurlu olması halinde uygulama alanı bulacaktır.¹⁹

¹⁷ Mustafa Dural, Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükmüleri*, (13. Baskı) Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018, s. 36

¹⁸ P.Çiftçi, *a.g.e.*, ss.1751-1753

¹⁹ Ahmet Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, (4. Baskı), Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s.165

Boşanma davası reddedilen kişinin tekrar boşanma davası açabilmesi için üç yıl içinde ortak hayatın kurulmaması halinde dava açma hakkına sahip olabilmektedir. Üç yıllık bekleme süresi (fiili ayrılık) içinde, boşanmak istemeyen davalı eşin, çocuğun hastalanması gibi davacının refleksiyle hareket edeceği sebeplerle davacıyı eve çağırıp daha sonra tanık beyanı ile ortak hayatın kurulduğu ispatlanmaya çalışılması söz konusu olmakta, hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ve vicdani kanaat getirmesine ilişkin düzenlemeler, davalı kadın boşanmayı istememesi halinde kadın lehine yorumlanmaktadır ki bu durum da, birçok haksız sonuçlara sebep olmakta ve gerçeğe aykırı durumlar üzerinden hüküm kurulmasına sebebiyet vermektedir.

Yargıtay içtihatlarında, anılan üç yıllık fiil ayrılık süresi içinde, davası reddedilen davacının, başka biriyle yaşaması da, üç yıllık bekleme süresinden sonra açılan davada davacı açısından, ortak hayatın kurulmadığına dair davacı lehine delil olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla, normalde zinayı yapan kişinin dava açması halinde, davalı eş boşanmak istemiyorsa, davalının az da olsa kusuru ispatlansa da mahkemelerdeki genel eğilim, boşanmak istemeyen eş, kadın ise, davalı eşin hiçbir kusuru olmadığını vicdanan kanaat getirerek davayı reddetmekte ve fakat davanın reddinden sonra geçmesi gereken üç yıllık süre içinde başka biriyle beraber yaşamak, başka bir deyişle, zina fiili, bu sefer davacı açısından lehe delil olarak sayılmaktadır.

Anlaşmalı boşanma davasında anlaşmanın içeriğinde anlaşılması zorunlu olan mâli sonuçlar, maddi ve manevi tazminat, yoksulluk nafakasıdır.²⁰ Hatta mal rejiminin tasfiyesi hususunda anlaşılması gerektiğine yönelik doktrinde iki farklı görüş olup bir görüş, anlaşmanın içeriğinde mal rejiminin tasfiyesi konusunda da anlaşma gerektiğini ileri sürmektedir.²¹ Uygulamada anlaşmalı boşanma davalarında, özellikle kadınlar, mer'î kanun hükümlerine göre eşleri kusurlu olduğu ve tazminat, nafaka gibi hakları olduğu halde, nizalı boşanma davasının uzun süreceği olması

²⁰ Öz Seçer, "Anlaşmalı Boşanmada Eşlerin Yaptıkları Anlaşmalar", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S:2 C:7, 2016, s.268

²¹ Detaylı bilgi için bkz: Ö. Seçer, a.g.e., ss.273-276

ve yargılama sırasındaki çekişmeye ruhsal olarak dayanamayıp o stresi yaşama gücü olmadığı için tazminat, nafaka gibi haklarından vazgeçerek anlaşmalı boşanmayı tercih ettikleri de görülmektedir.

Eşine tazminat vermek istemeyen erkekler de genelde kadınların direnme güçlerini kırmak için kadını sürekli aşağılayıp evi terk edip davayı açmayacağını söylemekte, hatta başka kadınla yaşamasına rağmen davayı kendisi değil, kadının açmasını ve tazminat ödemeyeceğini ileri sürmektedirler. Ortalama sekiz ay – bir yıl gibi sürelerin sonunda da, psikolojisi dayanamayıp artık soyadını bile taşımak istemiyorum diyerek haklarını almaktan vazgeçmek zorunda kalarak anlaşmalı boşanmayı kabul etmez zorunda kalan kadınlar karşısında, erkeklerin uzun vadede hedefledikleri maddi amaçlar gerçekleşmiş olmaktadır.

Bu örneğin tam tersi de söz konusu olabilmekte, bir an evvel boşanmak isteyen erkek, boşanmak istemeyen karısını ikna etmek için eşinin üstüne ev yapmak, yüklü tazminat vermek gibi önerilerle kadınlara anlaşmalı boşanmayı cazip hâle getirmektedir. Başta boşanmak istemediğini söyleyen kadınlar, ekseriyetle ev ve tazminat rakamlarını duyunca anlaşmalı boşanmaya razı olmaktadır. Bu durumda, erkelerin, özgürlüklerini parayla satın almaları ve kadınların da iç hukukumuzdaki kusur ilkesi düzenlemelerini kendi lehlerine kullanarak erkekleri suiistimal etmektedirler.

Kanundaki tazminat, nafaka gibi hükümlerin amacı, ekonomik olarak zayıf olan ve boşanmada kusuru olamayan kadının korunmasıdır. Ancak, bu düzenlemeler uygulamada, mâli durumu iyi olan erkeklerle evli olan kadınların, erkekleri sömürmesinde âdetâ bir araç haline almıştır.

Zira, TMK'ın amaçladığı ekonomik olarak zayıf olan ve boşanma davasında hâkim tarafından kusuru olarak addedilmeyen kadınların eşleri, genelde malî açıdan da güçsüz veya işsiz olan erkelerle evli olup tarafların ekonomik durumundan dolayı ortalama 400.-TL-500.-TL civarında nafakaya hükmedilmektedir ve nafaka yükümlüsü eşin, hükme-

dilen nafakayı ödememesi halinde yapılan icra takibi neticesinde tahsili mümkün olamamakta. Çünkü, bu kadınların evlendiği kişilerin, haciz koyulabilecek malvarlıkları olmadığı gibi düzenli bir işi olmadığı veya sigortasız çalıştığı için maaş haczi de kabil olamamaktadır. Dolayısıyla, Kanun'un hedeflediği korunmaya muhtaç olan kadınların, kusurlu addedilen eşlerinden tazminat, nafaka almaları fiilen mümkün olamamaktadır. Bu hükümlerden faydalana kitle genellikle, eğitilmiş, çalışan kadınlardır ki bu kadınlar da genelde ekonomik durumu iyi erkeklerle evlenmektedir.

Nizalı boşanma davaları, yalancı tanıkların, iftiraların, yalanların en yoğun yaşandığı ve stresin de en yüksek derecede olduğu davalardır ki bu davalarda celse arasında bile sürekli sorunlar yaşanmaktadır. Boşanmaya götüren sorunlar, yargılama sırasında iyice artmakta, mahkeme salonları, eşlerin birbirinin yüzüne bakamayacak durumlara getiren iftiralara sahne olmaktadır.

Çocukları olan eşlerin, boşandıktan sonra da çocuktan dolayı ölene kadar birbirlerinin yüzünü görmeleri ve çocuk için sağlıklı bir iletişim halinde olması gerekmektedir. Yargılama sırasındaki kusurun karşı tarafta olmasının ispatlanması adına ileri sürülen olgular, tarafların gerginliklerini daha da tırmandırmaktadır. Çoğu zaman, örneğin, eşi çocuğa karşı kötülenererek, kadının 6184 Sayılı Kanun gereği tedbir kararı talep etmesinin baba tarafından 8 yaşındaki bir çocuğa, "Anne, benimle görüşmemen için dava açtı." diyerek anneye karşı doldurarak çocuğun huzurunu bozarak, "Annen başkasın âşık olmuş." diyerek mahkeme sunulan e-mailin çocuğa okutulması gibi çocuğun yaşının kaldıramayacağı şeyler paylaşarak, mahkemeye sunulan çocuğun anı defteri üzerine, çocuğa "senin yüzünden beni hapse atacaktlar, sen annene vurduğumu görmedin, öyle bir şey yaşanmadı, bir daha kimseye söylemeyeceksin." deyip tehdit ederek veya mahkemenin iştirak nafakasına rağmen çocuk telefonla arattırılarak maddi değerinde taleplerde bulundurulmuş, çocukların üzerinden karşı taraftan hırs alınmaya çalışılmaktadır.

Yargılama sürecinde, eşlerin de çocukların da psikolojileri daha da bozulmakta ve bu sebeple, yargılama süreci, psikolog, pedagog yardımına daha çok ihtiyaç duyulan bir dönem haline gelmektedir.

Uygulamada ortaya çıkan bir diğer sorun da, TMK m.166/ 2'de özellikle kadınların, boşanmaya itiraz hakkını keyfi olarak kullanması veya pazarlık aracı olarak kullanılmasıdır.²²TMK. m. 166/ 2'deki hakkın bir itiraz mı def'i mi olduğu hususunda HATEMİ, bunun bir itiraz olduğu ve bu sebeple, hâkim tarafından re'sen nazara alınması gerektiğini düşünmektedir²³. Bizim de dahil olduğumuz doktrindeki ağırlıklı görüş ise; TMK m.166/2. Fıkradaki hakkın, bir def'i olduğu, dolayısıyla; taraflarca ileri sürülmediği takdirde hâkim tarafından re'sen dikkate alınmayacağı şeklindedir.²⁴

TMK. m.166/2-c.1'deki itiraz hakkının kötüye kullanımı ve itiraz eden eş ile çocuklar için evliliğin devamı korunmaya yarar değer kalmadığı kanaat edilirse itiraza itibar edilmeyeceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme, TMK m.2'deki dürüstlük kuralının özel bir uygulama alanıdır.²⁵ Mahkemelerdeki genel eğilim ise, davalı konumundaki kadının, TMK. m.166/2-c.2'deki itiraz hakkını kötüye kullandığını değerlendirmemesi şeklindedir. Hatta davacı taraf, davalının TMK. m.166/2/c.1'deki hakkın kötüye kullanıldığını ileri sürse dahi mahkeme kararının gerekçesinde dahi bu husus tartışılmamaktadır. Bu hususa çarpıcı bir emsal olarak paylaşmak istediğimiz bir dava bulunmaktadır. Bu davanın yargılamasında, kendi dilekçesinde sistematik olarak aldatıldığını, sistematik olarak şiddet gördüğünü, sürekli aşağılandığını belirten davalı kadın, mahkemede boşanmak istemediğini belirtebilmiş ve mahkeme, boşanma davası açıldığında bile 1,5 yıl ayrı yaşayan bu çiftin davasında, TMK. m.166 / 2- c.1'i uygulamamış, hatta gerekçeli kararda bu husustaki davacı itirazlarını dahi değerlendirmemiştir.

²² T. Akıntürk ve D. Ateş, a.g.e., s. 268

²³ Hüseyin Hatemi, *Aile Hukuku*, (8. Baskı), Onikilevha Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 123

²⁴ M. Dural, T. Oğuz, M. A.Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* a.g.e., s.121

²⁵ A. Kılıçoğlu, a.g.e., s.165

Eşinin şiddet uyguladığını söyleyen bir kadının, boşanmak istemediği beyan etmesi ve mahkemenin de “aile” birliğinin korunması amacı ile davacı erkeğin davasını reddetmesi, şiddet gören kadını, şiddet uygulayan kocası ile aynı eve girmeye karar vermesi ile eşdeğer olup ileride kadının tekrar şiddete uğraması ve belki de daha kötü şeyler olmasına davetiye çıkartması anlamını taşımaktadır. Mahkemenin, kadının şiddete uğramayı onaylaması anlamına da gelen bu eğilim, hukuktaki ahlâka, genel ilkelere, kamu düzenine aykırı izinlerin, sözleşmelerin kesin hükümsüz olduğu kuralındaki temel felsefe ile de çelişmekte ve “aile” yi korumak adına yapılan bu yorum, kamu düzenini bozucu nitelik taşımaktadır.

Aynı şekilde, aldatılan kadının, boşanmak istemediği beyanı üzerine, aldatan eşin davasının reddedilmesi halinde de mahkemenin erkeğe, eşinle aynı eve gir demesi anlamını taşıyan bu karara, uygulamada kimse uymamaktadır ki mahkeme ilamının uyulması için zorla müdahale de zaten mümkün olmayacaktır ki bu durumda, mahkemelerin bu yorumları ile davası reddedilen erkekler, üç yıllık bekleme süresi içinde başkası ile beraber olmakta ve hatta bazen beraber de yaşamaktadır. Zaten Yargıtay içtihatları da, yukarıda belirttiğimiz gibi, başka biriyle yaşanması halinde, eşler arasında ortak hayatın kurulmadığına delil teşkil edecektir. Başka bir deyişle, aldatıldığı halde kadının boşanmak istememesi üzerine, davayı açan erkeğin davasının reddedilmesi, aslında “zinaya teşvik” etmektedir ve boşanma davasının açılmadığı 3 yıllık süreçte, erkeğin sevgilisinin hamile kalması durumunda da evlilik dışı çocukların dünyaya gelmesi söz konusu olmaktadır.

Bir kişi, mahkeme kararıyla da olsa, istemeyerek başka biriyle aynı çatı altında yaşamayacaktır ve bu sebeple, bu şartlar altında mahkeme kararı ile amaçlanan “aile birliğinin” korunması hususu, gönüllülük olmadığı sürece gerçekleşmediği için bu evlilikler, “kâğıt üzerinde”ki bir nev’i “de facto” değil, “de jure” evliliklere dönüşmektedir. Sonuçta sevgi, muhabbet, mahkeme kararıyla değil, içten gelen bir konudur ve mahkeme kararı ile kusurlu olan eşin davası reddedilse bile, erkek birlikte yaşamak istemediği kâğıt üzerindeki eşi ile yaşamayı kendisine başka bir

hayat kurmaktadır. Bazen, bu erkeklerin, sevgilileriyle olan ilişkilerinin meşrulaşması için işyerindeki mesai arkadaşlarına, topluma boşandığını söylemek durumunda kalmaktadırlar. Dolayısıyla, mahkemelerin “aile” kurumunu korumak amacıyla verdikleri bu tip kararlarda, kâğıt üzerindeki evlilikler mahkeme kararına rağmen bitmekte, başka bir kadın ile de facto olarak yeni bir hayat başlamakta ve topluma da yalan söylemek zorunda kalmaktadır ki yalan söylemek de toplumun ahlaki olarak çöküşünün temel yapı taşlarından. Ayrıca, bu tip durumlarda, eş boşanmak istemediği için davası reddedilen aldatan, şiddet uygulayan, aşağılanan eş, diğer tarafa karşı daha çok nefret beslemeye başlamaktadırlar.

Aldatılan, şiddet gören ve aşağılanmaya uğrayan ve fakat boşanmak istemeyen eşler de, örneğin, “O’nun yüzünü şeytan görsün ama nikâhımı vermem, görsün gününü.” gibi söylemlerle, TMK’daki itiraz haklarını kullanarak bu hak üzerinden eşlerinden intikam almakta veya “ölürse yasal mirasçısı ben olurum.” hesabı ile yine bu hakkı hesaplıca kullanmaktadırlar. Başka bir ifadeyle, TMK. m. 2’ye aykırı olarak kusurlu eşin açtığı davaya itiraz hakkı kötüye kullanılmakta fakat uygulamada mahkemeler TMK. m. 2’ye göre bir değerlendirme yapmamakta, hatta davacı olarak TMK. m. 166 / 2’nin uygulanması talep edildiğinde dahi, bu düzenleme açısından bile değerlendirilmeyip davanın reddine karar verilmektedir.

Uygulamada, karşı tarafın kusurlu olduğunu iddia ederken aşırıya kaçarak yalan ve iftiralar ile yalancı tanık dinletmenin yaygın olmasının yanı sıra özel hayata müdahale niteliğinde eşinin bilgisayarının şifresini kırmak, habersizce özel mesaj ve e-maillerini okumak, dedektif takmak veya dört duvar arasında eşler dışında üçüncü kişilerin de dava dosyasında fotoğraflarının, CD görüntülerinin yer aldığı mahrem şeylerin hukuka aykırı olarak temin edilmesi de ayrı bir sorun teşkil etmektedir. Bu delillerin, özel hayata, haberleşme hakkına, konut dokunulmazlığını ihlâl niteliğinde olup olmadığının hukuksal tartışması bir yana, karşı tarafın kusuru ispatlamak gerekliliğinden dolayı, bu tip delilleri elde etmeye teşvik edilmek de ahlâka aykırı davranışa icazet vermek şeklindedir.

Aynı şekilde, dava dışı üçüncü kişiler olan sevgililerin fotoğraflarının veya CD'lerinin, dava dosyasında olması, üçüncü kişilerin de mahremine, özel hayatının gizliliğinin ihlali niteliğini taşımaktadır.

Uygulamada, kusurlu durumun ispatı için, kadınlar arası işbirliğinin dahi yapılarak aldatılan eşe, bu eşin kocasının sevgilisi, ilişkisinin bozulması halinde, boşanmak istemeyen eşe, fotoğraf, e-mail gibi deliller vererek kusur ilkesi düzenlemesi, sevgilinin de intikam almasına araç olmaktadır.

Son olarak şunu da belirtmek isteriz ki, doktrinde de, kusur ilkesinin def'i olarak düzenlenmiş olması, tarafların istemedikleri bir birlikteliğin sürdürülmesinin gerek şahıslar gerekse toplum için bir getirisi olmadığı gerekçesiyle, tamamen kusurlu olan eşin de dava açabilmesi gerektiğini ileri süren görüşler de bulunmaktadır.²⁶

SONUÇ

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesine göre, herkesin evlenmek gibi evliliği sona erdirmeye hakkı da bulunmaktadır. Karşı taraf boşanmak istemediği hallerde boşanmak isteyen taraf açısından, evliliği sona erdirmeye talebi, AİHS m.8/1. Fıkra kapsamında korunması gereken bir haktır. Avrupa'da 2004 yılında hazırlanan Avrupa Boşanma ve Eski Eşler Arasındaki Nafakaya İlişkin Avrupa Aile Hukuku İlkelerinden biri, eşlerden birinin rızası olmaksızın dahi boşanma imkânının olmasıdır. Dolayısıyla, "Boşanmayı tercih etme hakkı", eşlerden birinin boşanmayı isterken diğerinin bu isteği kabul etmemesini de kapsamaktadır.

Mukayeseli Hukuktaki iç düzenlemeler ilk başlarda özel boşanma sebeplerini içermekte ve kusur ilkesine yer vermekteyken uygulamada ortaya çıkan bazı sakıncalardan dolayı zaman içinde bu ilkeler terk edilmeye başlanmıştır.

²⁶ Ömer Ergün, TMK'nın 166'ncı Maddesinde Düzenlenen Boşanma Nedenleri, Hüseyin HATEMİ'ye Armağan, Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi (SBARD), Eylül 2005, s. 40-82'den alıntı Özge Öztürk, "Genel Boşanma Sebepleri, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010, ss.91-21

Mehaz kanununa baktığımız zaman, uygulamada karşılaşılan sorunların çözümü için sosyolojik incelemeler yapılmıştır. Bu incelemeler neticesinde, kusur oranlarının tespitinin mümkün olmaması, bunların haksız sonuçlara sebep olabileceği ve kusur saptamasına girişen tarafların, duygusal ilişkilerinde var olan tansiyonu arttırarak gereksiz yere yükselttiği, bu durumun kimseye fayda sağlamadığı gibi hem çocuklar hem de taraflara yaradan ziyade zarar getirdiği tespit edilmiştir. Bu sebeplerle, mehaz kanundaki kusur ilkesinin ve genel-özel kusur boşanma sebeplerini benimseyen düzenlemeler, 01.01.2000 tarihinden itibaren kaldırılmış, *kusurlu boşanma ilkesinin yerine "boşanma şartları"nın getirilmiştir*. Ayrıca, kusursuz veya daha az kusurlu olmanın avantajlarını kaldırarak boşanmanın malî sonuçları bakımından da kusur ilkesinin terk edildiğini görmekteyiz. Bugün İsviçre'de hâkim olan görüş, eşler arasındaki ilişkide sorumlu olanı aramaktan ziyade, bu kişilerin sosyal açıdan ayakta tutulmaları ve bundan hareketle delil getirme şartının artık aranmaması şeklindedir.²⁷

Mehaz kanun dışında diğer Avrupa ülkelerinde de aynı değişim, İsviçre'den daha önce yaşanmıştır. Almanya'da, 1976 yılında kabul edilip 01.07.1977 tarihinde yürürlüğe giren Evlilik ve Aile Hukuku Reformu Hakkında Birinci Kanun ile Alman Medeni Kanunu düzenlemeleri ile reform yapılmış ve özel boşanma sebepleri kaldırılarak kusur ilkesinin yerine evlilik hayatının gizli alanlarına girmek istenmediği için örneğin, şiddetli geçimsizlik olduğuna dair "1 yıl ayrı yaşama karinesi" gibi kriterler kabul edilmiş, ve aynı reform niteliğindeki değişiklikler İskandinavya ülkelerinde de söz konusu olmuştur.²⁸

20.09.1950 T., 1950/4-10 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararı; «*Yorumlarda ilmi içtihatlardan da faydalanılabileceğine göre, kanunlarımızı yorumlarken kendi metinlerimizi göz önünde tutmakla beraber bunların asıllarına da yani, mehaza da bakılması gerekir.*» şeklindedir. Bu sebeple, uygulayıcılar olan yerel mahkemeler ve Yargıtay, mehaz İsviçre Kanun'undaki düzenlemelerin değişikliklerine sebep olan hususları ve

²⁷ P. Çiftçi, a.g.e., ss.1790-1793

²⁸ P. Çiftçi, a.g.e., ss.1793-1795, s.1798

bu değişikliğin temel felsefesini referans alarak TMK. m.166/ 2'nin uygulanmasını değiştirilebilirler.

TMK. m.184./f de "Hâkim, boşanma veya ayrılık davasının dayandığı olguların varlığına vicdanen kanaat getirmediğçe, bunları ispatlanmış sayamaz." şeklinde düzenlenmiş olduğundan hâkime geniş takdir hakkı tanımıştır. Dolayısıyla, boşanma davasına bakan hâkim, tarafların sunduğu deliller ile bağlı değildir. Bu sebeple, mevzuatın uygulanması sırasında yorum yaparken, özellikle TMK. m.166/2'nin yorumlanmasında, mehaz kanun ayrı bir önem arz etmektedir.

Mehaz kanunda yapılan anılan değişikliğe rağmen, TMK. m.166/2.-c.1.'de "... davacının kusuru daha ağır ise, davalının açılan davaya itiraz hakkı vardır." ifadelerine yer verilmiştir. Bu durum, İsviçre'de yapılan sosyolojik çalışmalar ile tespit edilen sorunların uygulamada cereyan ettiğini görmekteyiz.

Ampirik yöntem neticesinde gözlem yoluyla yaptığımız tespitler, çalışmamızın C bölümünde yer alan "TMK m.166/2. fıkra hükmünün uygulamada yarattığı sorunlar" başlıklı kısmında detaylıca belirtilmiştir. Özet olarak; TMK. m.166/2.-c.1.'de karşı tarafa verilen itiraz hakkı, bir kişinin evliliği sona erdirmeye hakkını kullanmasını engellemekte, özellikle kadınların, nafaka, tazminat gibi haklarını almaktan vazgeçerek anlaşmalı boşanmayı tercih etmeye sebep olmaktadır. Ayrıca, TMK. m.166/2'deki düzenlemenin amacı ekonomik olarak ihtiyacı olan eşin (özelikle kadınların) korunması olduğu halde uygulamada ekonomik durumu iyi kişilerle evlenenler faydalanmaktadır. Aynı şekilde, boşanmak isteyen ve mâli gücü olan kişilerin, karşı tarafa ev ve para ile boşanmaya ikna ederek bir nevi özgürlüklerini satın alması gibi bir duruma zemin hazırlamak, parası olan boşanır şeklinde toplumda bu açıdan eşitsizlik yaratmaktadır. Bununla beraber, TMK. m.166/2.-c.1.'deki düzenlemeden dolayı, karşı tarafın kusurunu ispatlama yarışına girilerek yalancı tanıklar, iftiralar, yalanlar çok yoğun olarak yaşanmakta, çocuklar karşı tarafa karşı kötülenerek etkilemeye çalışılmakta ve bu durum tarafların psikolojilerini bozarak topluma da ileri vadede zararlı sonuçlara

sebeptir. Aynı sonuç, tarafların ortak çocukları olması halinde, ömür boyu yüz yüze bakılmasına sebep olan çocukların varlığı karşısında sağlıklı bir anne-baba iletişimi kurulmasını da baltalamaktadır.

TMK. m.166/2-c.2; TMK. m.166/2-c.1.'deki karşı tarafa verilen itiraz hakkını kötüye kullanmasını engellemek için düzenlenmiş olsa da uygulamada bu düzenleme de uygulanmamaktadır. TMK. m.166/2-c.2 olmasa dahi TMK. m. 2. uygulanabilecekken uygulamada hakkın kötüye kullanımı teşkil edecek aşikâr somut olaylar olsa dahi, aile hukukunda "aile" nin korunması felsefesi öne çıkartılarak uygulanmamaktadır. Bu durum, toplumda "kâğıt üstünde / de jure evlilikler" ve "de facto evlilikler" olarak bir kişinin iki farklı kişiyle iki farklı medeni statüsünün olmasına sebep olmaktadır. Dolayısıyla; eşlere, çocuklara ve hatta 3. kişilere ve bunların neticesinde kelebek etkisi misali tüm topluma teşmil eden psikolojik ve sosyolojik açıdan manevi zararlar söz konusu olmaktadır.

Karşı tarafın kusurlu yanlarını ortaya koyma çabası ileri sürülen yalan iddialar, iftiralar, vuku bulan olayların abartılması veya çarpıtılması ile yapılan savunmalar içeren yargılama sürecinin sonunda kişilerin, adalete olan güveni yitirilmekte ve "evlilik kurumuna olan saygısı, inancı" azalmakta hatta kiminde yok olmaktadır. Bunun sonucunda, insanlar kalan ömründe evlilik dışı ilişkiler yaşamayı tercih edecek psikolojiye gelmektedir.

Yarılama sırasındaki sürekli "temize çıkma çabasına" şahit olan bekâr kişilerin, evlenmeye sıcak bakmaması, evliliği, "ileride karşılaşılabilecek çok büyük bir soruna gebe bir kurum" olarak algılanması da toplumsal sorun niteliğindeki bir başka sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sebeplerle, TMK'daki boşanma hükümlerimiz, uygulayıcılar arasında "Tasfiyesi zorlaştırılmış âdi şirket" şeklinde yorumlara sebep olmaktadır.

Daha sağlıklı psikolojide insanların yaşadığı bir toplum için, evlilik dışı ilişkilerin yaygınlaşmaması, evlilik kurumuna olan saygının yitirilmemesi, çocukların anne-babaları arasında kopmuş olan iletişimin yargılama süreci ile yüz yüze bakılmayacak bir hâl almaması ve böylece

çocukların da psikolojilerinin korunabilmesi, çocukların çevrelerinde –karşı tarafın kusurunu ispatlayacak diye yalana, karalamaya başvurmayan, sürekli tartışmayan- doğru rol modellerin olabilmesi için mevzuatımızın ivedilikle değiştirilmesi açısından doktrinde ve mahkemeler nezdinde bu konunun tartışmaya başlanması gerekmektedir.

Son olarak şunu da ifade etmek isteriz ki, 20. y.y.'da Marshall McLuhan'ın “küresel köy” olarak ortaya attığı kavram, günümüzde 4.0 Sanayi Devrimi ile siyasi, ekonomik, sosyal – kültürel yaşam, sanat dahil her alanda tezahür etmektedir. Dolayısıyla, küresel köye dönüşen dünyada, farklı ülkelerdeki insanların evlenmesi de hızla artmaktadır. Birçok açıdan dünya ülkeleri arasında sağlanan boşanma hukukun yeknesaklığı, yerel değerlerimizi kaybetmemek kaydıyla, boşanma davasındaki hükümlerin değiştirilmesi ile sağlanabilir.

KAYNAKÇA

AKINTÜRK, Turgut, ATEŞ, Derya : *Aile Hukuku II. Cilt*, (22. Baskı), Beta Kitabevi, İstanbul, 2020

ÇİFTÇİ, Pınar : “Boşanma Sisteminin Yargılamada Doğurduğu Temel Hak İhlalleri ve İspat Sorunları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir, Özel Sayı 2014, 2015, C.16, ss.17641-1821

DURAL, Mustafa : *Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar*

ERDEM, Mehmet : *Aile Hukuku*, (2. Baskı), Seçkin Kitabevi, Ankara

KARA, Nazmiye : “Boşanma Sebeplerinde Evlilik Birliğinin Temelden Sarsılması Kavramı”, *Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2004

SARI, Suat : *Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar Ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri*, (13. Baskı) Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018

DURAL, Mustafa; OĞUZ, Tufan; GÜMÜŞ, Mustafa Alper : *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, (15. Baskı) Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019

HATEMİ, Hüseyin : *Aile Hukuku*, (8. Baskı), Onikilevha Kitabevi, İstanbul, 2020

HELVACI, Serap ERLÜLE, Fulya : *Medeni Hukuka Giriş Kişiler Hukuku Aile Hukuku*, (5. Baskı), Legal Kitabevi, İstanbul, 2018

KILIÇOĞULU, Ahmet : *Aile Hukuku*, (4. Baskı), Turhan Kitabevi, Ankara, 2019

KILKELLY, Ursula : *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, İnsan Hakları El Kitapları, No:1, Avrupa Konseyi, Almanya*, 2001

ÖZTAN, Bilge : *Aile Hukuku*, (6. Baskı) Turhan Kitabevi, Ankara, 2015

ÖZTAN, Bilge : *Medeni Hukuk'un Temel Kavramları*, (43. Baskı) Turhan Kitabevi, Ankara, 2019

ÖZTÜRK, Özge : "Genel Boşanma Sebepleri, *Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul, 2010

SEÇER, Öz : "Anlaşmalı Boşanmada Eşlerin Yaptıkları Anlaşma", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s.2, C. 7, 2016s, ss. 259-286

YILMAZ, Canan : "Avrupa Birliğinde Aile Hukukunun Uyumlaştırılması", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, İstanbul, S.1-2, 2008, C. 14, ss.85-113