

**4f EVLİLİK BİRLİĞİNİN TEMELİNDEN SARSILMASI SEBEBİNE DAYALI
BOŞANMA ÜZERİNE BİR İNCELEME**
(A STUDY BASED ON DIVORCEMENT DUE TO THE IRRETRIEVABLE BREAKDOWN OF
THE MARITAL UNION)

Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe TEK BEN**

ÖZ

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda sayılan belirli sebeplerle her iki eşin de evlilik birliğine mahkeme kararıyla son verilmesini isteme hakları bulunmaktadır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 166. maddesinde düzenlenen evlilik birliğinin temelinden sarsılması, uygulamada boşanma sebepleri arasında başvuruda birinci sırada gelmektedir. Kanuna göre, ortak hayatın sürdürülmesi kendilerinden beklenmeyecek kadar çekilmez olması halinde eşler, bu boşanma sebebine dayanarak boşanma talep edebilmektedir. Çalışmada, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı bu boşanma sebebinin gerçekleşmesi için gereken şartlar, 743 sayılı Eski Medeni Kanun'un 134. maddesinde "şiddetli geçimsizlik" adıyla anılmakta olan eski düzenleme ile karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır. Kusurun, bir şart olarak kabul edilip edilmeyeceği ise, doktrindeki görüşler ve geçmişten günümüze Yargıtay tarafından verilen kararlar çerçevesinde incelenmiştir.

Anahtar kelimeler: Evlilik birliği, evlilik birliğinin temelinden sarsılması, ortak hayatın yeniden kurulamaması, genel boşanma sebepleri, şiddetli geçimsizlik, kusur, def'i, hakkın kötüye kullanılması.

ABSTRACT

Both spouses have the right to request that the marital union be terminated by court order for certain grounds listed in the Turkish Civil Code (of 4721). Divorcement due to the irretrievable breakdown of the marital union regulated in the Article 166/I-II of the Turkish Civil Code (of 4721), is in the first place in the application among the other grounds of divorce in practice. According to Article 166 of the Turkish Civil Code, when the irretrievable breakdown of the marital union-led married couple's family life excessively unbearable (intolerable); based on this clause, married couples may demand divorcement. In this study, the conditions required for the divorcement due to the irretrievable breakdown of the marital union are compared with the old regulation which is called as "violent incompatibility" in the Article 134 of the Turkish Civil Code of 743. Whether the fault will be accepted

^{4f} Eserin Dergimize geliş tarihi: 13.04.2020. İlk hakem raporu: 10.05.2020. İkinci hakem raporu: 08.07.2020. Onaylanma tarihi: 08.07.2020.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-7272-7717.

Eserin Atf Şekli: Tuğçe Tekben, "Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Sebebine Dayalı Boşanma Üzerine Bir İnceleme", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.1077-1130.

as a condition is examined within the framework of the opinions in the doctrine and the decisions made by the Supreme Court from past to present.

Keywords: *Marital union, the irretrievable breakdown of the marital union, failure to re-establish common life, general grounds of divorce, violent incompatibility, fault, exception, abuse of rights.*

1. Giriş

Türk Medeni Kanunu'nda sayılan belirli sebeplerle her iki eşin de evlilik birliğine mahkeme kararıyla son verilmesini isteme hakları bulunmaktadır. Uygulamada boşanma sebepleri arasında başvuruda birinci sırada gelen evlilik birliğinin temelinden sarsılması, Türk Medeni Kanunu'nda sayılmış olan ve bünyesinde tek bir olgunun yer aldığı özel boşanma sebeplerine göre çok daha kapsamlı olup, öngörülebilir ya da öngörülemez pek çok olayı içerebilmektedir. Bu çalışmada, bu boşanma sebebinin özellikleri ve gerçekleşmesi için gereken şartlar, boşanmaya yer veren prensipler ışığında incelenmiş, bu boşanma sebebinin, kanunda düzenlenen diğer boşanma sebepleri ile olan ilişkisi ve boşanmada hâkimin rolü ile tarafların durumu ele alınmıştır. Çalışmada, bu boşanma sebebinin gerçekleşmesi için kanunun aradığı şartlar, eski Medeni Kanun düzenlemesi ile karşılaştırmalı olarak ele alınmış olup, kusurun bir şart (unsur) olup olmadığı noktasında Yargıtay uygulamasının geçmişten günümüze ne yönde şekillendiği ise, karar örnekleriyle açıklanmıştır.

2. Genel Olarak

Kurulmasında kanunun aradığı şartları taşıyan mevcut ve geçerli bir evlilik ilişkisi, çeşitli sebeplerle ya kendiliğinden sona ermekte ya da mahkeme kararıyla sona erdirilmektedir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK)¹ İkinci Kitabı, *Aile Hukuku* hükümlerine ayrılmış olup, Bu Kitap içinde yer alan Birinci Kısım, *Evlilik Hukuku* hükümlerini düzenlerken, bu hükümler arasında Birinci Bölüm başlığı *Evlilene*'ye; İkinci Bölüm başlığı ise *Boşanma*'ya aittir. Boşanma, eşler henüz hayatta iken, mevcut ve geçerli bir evliliğe eşlerden birinin ya da her ikisinin kanunda yazılı boşanma sebeplerine dayanarak açacağı dava sonucunda hâkim kararıyla son verilmesidir². Boşanma davası, niteliği itibarıyla yeni-

¹ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, Kabul Tarihi: 22. 11. 2001; Yürürlük Tarihi: 1. 1. 2002; RG Yayımlanma Tarihi: 8. 12. 2001, S. 24607.

² Tanımlar için bkz., Mustafa **Dural**/Tufan **Öğüz**/Mustafa Alper **Gümüş**, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2020, s. 104; Turgut **Akıntürk**/Derya **Ateş Karaman**, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, İkinci Cilt, 13. Bası, İstanbul 2011, s. 235; Mehmet **Erdem**, Aile Hukuku, 2. Bası, Ankara 2019, s. 100; Ferit Hakkı **Saymen**/Halid K. **Elbir**, Türk Medeni Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İkinci Baskı, İstanbul 1960, s. 233; Sevgi **Demir**, Aile Hukuku Alanında 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yenilikler, Ankara 2004, s. 39; Ahmet **Kılıçoğlu**, Aile Hukuku, Ankara 2015, s. 110; Bilge **Özcan**, Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara 2004, s. 372; Samim **Gönensay**, Medeni Hukuk, Cilt 2, Kısım 1, İstanbul Üniversitesi Yayın No: 63, Hukuk Fakültesi Seri: A., No: 6, İstanbul 1937, s. 72; Selahattin Sulhi **Tekinay**, Türk Aile Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 1990, s. 165; Özge **Öztürk**, Genel Boşanma Sebepleri, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2010, s. 5, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>); Nazif **Kaçak**, Açıklamalı ve İçtihatlı Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma Davaları, Ankara 2007, s. 21; Akın **Çakın**, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma, Ankara 1999, s. 2; Denis **Kılıç**, "Boşanma Hukukunda Kusur İlkesi", Leges Hukuk Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 82, 83, 84, Yıl: 2016, s. 37, (<https://www.legesdergi.com/dergi/110>).

lik doğurucu bir dava olup, boşanma işlemi, eşlerden biri tarafından geçerli bir evliliğe son verilmesi için mahkemeye yöneltilmesi gereken bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılması ile hâkimin vereceği karar üzerine gerçekleşmektedir. Boşanma sebepleri ise, Türk Medeni Kanunu'nun 161 ile 166 arasındaki hükümlerinde düzenlenmiş olup, bu sebeplerde sınırlı sayı ilkesi geçerlidir³. Söz konusu boşanma sebepleri de kendi aralarında eşlerin boşanma sebebinin gerçekleşmesinde kusurlu olup olmamasına veya hâkimin boşanmaya karar verip vermeme konusunda takdir yetkisi bulunup bulunmamasına göre çeşitli gruplara ayrılmaktadır. Öyle ki, bazı boşanma sebeplerinde hâkim, önüne gelen uyumsuzlukta, söz konusu boşanma sebeplerinin şartları gerçekleşmiş olsa bile, eşlerin ortak hayatı sürdürmelerinin mümkün olup olmadığı konusunda takdir yetkisi kullanabilmekte ve eşler açısından ortak hayatın çekilmez olduğuna kanaat getirmedeği sürece, davayı kabul etmemektedir. Nisbi boşanma sebebi olarak da isimlendirilen bu sebeplerin dışında kalan hallerde ise, hâkim şartların gerçekleşmesi ile boşanmaya karar vermek zorunda olup, bu tür boşanma sebepleri de mutlak boşanma sebepleri olarak adlandırılmaktadır. Söz konusu boşanma sebeplerinin, ayrıca özel ve genel boşanma sebepleri olarak sınıflandırıldığı da eklemek gerekir. Bu ikili ayırımı önemli olan ise, boşanmanın belli bir olguya bağlı olup olmamasıdır. Örneğin, zina (TMK m. 161), hayata kast, pek kötü muamele veya onur kırıcı davranış (TMK m. 162), suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme (TMK m. 163), terk (TMK m.164) ve akıl hastalığı (TMK m. 165), özel boşanma sebepleri olarak kabul edilmekte iken, TMK m. 166'da düzenlenen, evlilik birliğinin temelinden sarsılması, anlaşmalı boşanma ve fiili ayrılık sebebine dayalı boşanma ise, genel boşanma sebepleri olarak kabul edilir. İnceleme konumuzu oluşturan evlilik birliğinin temelinden sarsılması, genel bir boşanma sebebi⁴

³ Hıfzı Veldet **Velidedeoğlu**, Türk Medeni Hukuku Cilt II, Aile Hukuku, Cüz I, Dördüncü Bası, İstanbul 1960, s. 159, 160; **Tekinay**, s. 171; Andreas **Schwarz**, Aile Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 176, Hukuk Fakültesi No: 38, İkinci Bası, İstanbul 1946, s. 136; **Öztan**, s. 368; **Akuntürk/Ateş Karaman**, s. 243; **Erdem**, s. 100; Kemaleddin **Birsen**, Medeni Hukuk Dersleri, Genel İlkeler- Şahsın Hukuku- Aile Hukuku, Altıncı Bası, İstanbul 1966, s. 314; Zerin **Akgün**, Boşanma Hukuku, İstanbul 1949, s. 42, 43; **Kaçak**, s. 29; **Çakın**, s. 13; Çınar Yıldırım **Korkmaz**, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2014, s. 23, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>); Kudret **Güven**, "Türk-İsviçre ve Alman Hukukunda Boşanma Sebepleri ve Esasları Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme", Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:1, Sayı: 2, Temmuz 2015, (s. 35-56), s. 39. Konumuzu oluşturan genel boşanma sebebinin içine şartlarını daha sonra sayacağımız eşler arasındaki geçimsizliği oluşturan her türlü halin dâhil edilebilmesi, sınırlı sayıda olma ilkesine zarar vermemektedir.

⁴ **Velidedeoğlu**, s. 180; Feyzi Necmeddin **Fezyioğlu**/Cumhur **Özakman**/Enis **Sarıal**, Aile Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1986, s. 255; **Tekinay**, s. 172; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 118; Bülent **Köprülü**/Selim **Kaneti**, Aile Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayın No: 3388, Hukuk Fakültesi Yayın No: 696, İstanbul 1985-1986, s. 173; **Schwarz**, s. 152; **Saymen/Elbir**, s. 254; **Birsen**, s. 327; Kemal **Oğuzman**/Mustafa **Dural**, Aile Hukuku, İstanbul 1998, s. 124; **Öztan**, s. 402, 403; **Kılıçoğlu**, s. 135; Hıfzı **Veldet**, "İmtizaçsızlık Sebebiyle Boşanmada Kusur Meselesinin Anlaşılış Tarzında Tatbikat ve Nazariyat Arasındaki Farklar", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 9, Sayı:1-2, Ocak 1943, s. 257, (<http://dergipark.org.tr>); **Erdem**, s. 123; Ali İhsan **Özguçur**, Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları, 3. Baskı, Ankara 2008, s. 182; **Kaçak**, s. 29; Goncağül **Avcı**, Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma (TMK md. 166 f. 1- II), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2004, s. 24; Paul **Schwartz**/Kemal Sait **Mimaroglu**, "İsviçre ve Türk Hukukunda Şiddetli Geçimsizlik Sebebiyle Boşanma", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: XVII, No: 3-4, 1962, s. 329-350, (<http://kitaplar.ankara.edu.tr>), s. 330; Erol **Cansel**, "Boşanmanın Dayandığı Esaslar", Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armaganı, 1925- 1975, Cilt: II, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara 1977, s. 63-113, (<http://dergiler.ankara.edu.tr/>), s. 80; İlhan **Akipek**, Mukayeseli Hukuk Bakımından Boşanma Sebepleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1952, s. 56; Yaşar Şahin **Anıl**, Bo-

olup, bu boşanma sebebinin oluşması için, önceden saptanması mümkün olmayan sayısız ve pek çok değişik olay veya olgudan birinin ya da birkaçının somut olayda gerçekleşmesinin, ortak hayata devam etmeyi güçleştirilmesi aranır.

İnceleme konumuzu oluşturan evlilik birliğinin temelinden sarsılması (TMK m. 166/1), yapılan diğer sınıflandırmalara göre ise, nisbi (takdiri)⁵ ve kusura dayanmayan bir boşanma sebebi⁶ olarak kabul edilir.

Çalışmamızda, *genel, nisbi ve kusura dayanmayan* şeklinde özelliklerini belirtmiş olduğumuz evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebine dayalı boşanma davasının, kısaca, evlilik birliğinin temelinden sarsılması ve bu sarsılmanın eşlerden ortak hayatı sürdürmelerinin beklenemeyeceği kadar ciddi ve önemli olması şeklinde sayabileceğimiz yasal şartlarını, aşağıda ayrı başlıklar halinde ele alacağız. Ancak bundan önce, kısaca Kanunumuzda yer alan boşanma sebeplerine yön veren temel prensiplerden söz edecek ve daha sonra bu prensiplerle de bağlantılı olarak, eşlerin kusur durumunun, evlilik birliğinin temelinden sarsılması kavramına etkisi ve ilgisini inceleyeceğiz.

şanma Sebebi Olarak Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, Geçimsizlik, İstanbul 2008, s. 28, 29; Melike Ergün **Topçu**, Pek Kötü Davranış Sebebiyle Boşanma, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019, s. 31, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>); **Çakın**, s. 30; Nazmiye **Kara**, Boşanma Sebeplerinde Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Kavramı, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2004, s. 23; Bilal **Köseoğlu/Köksal Kocağa**, Aile Hukuku ve Uygulaması, Bursa 2011, s. 49; **Avcı**, s. 19; Oğuz **Ersöz**, Türk Hukukunda Zina Sebebiyle Boşanma, İstanbul 2018, s. 52; Derya Uçar **Toksöz**, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2019, s. 32, 39, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>); **Korkmaz**, s. 51; Tuba **Okumuş**, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzincan 2011, s. 55, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>); Berna Özcan **Çelik**, Genel Boşanma Sebebi Olarak Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2015, s. 48, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>); Ebru **Ceylan**, “İsviçre, Fransa, Belçika, İspanya ve İtalya Hukukundaki Boşanma Sebeplerinin Türk Hukukuyla Mukayesesi ve Değerlendirilmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl: 6, Sayı: 12, Aralık 2018, s. 324, (<https://dergipark.org.tr/tr/>); Yasemin Okan **Koç**, Hayata Kast, Pek Kötü veya Onur Kırıcı Davranış Sebebi ile Boşanma, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Haziran 2019, s. 34, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>); Filiz **Güneşlioğlu**, Boşanma ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2009, s. 16, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>); **Öztürk**, s. 36, 37; Hilmi **Yazıcı/Hasan Atasoy**, Şahıs, Aile ve Miras Hukuku ile İlgili Yargıtay Tatbikatı 1952- 1970, s. 264; **Gönensay**, s. 81; Bilge **Öztan**, “Türk Medeni Kanunu’na Göre Evliliği Sona Erdiren Sebepler, Özellikle Boşanma”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara 2003, s. 718; Aydın **Zevkililer/Beşir Acabey/Emre Gökyayla**, Medeni Hukuk, 6. Bası, Ankara 1999, s. 996; Nihat **İnal**, Uygulamada Örnek Kararlarla Açıklamalı Türk Medeni Kanunu, Cilt I, Ankara 1997, s. 889; Ömer Uğur **Gençcan**, Boşanma Hukuku, Ankara 2006, s. 226; Namık **Yalçınkaya/Şakir Kaleli**, Boşanma Hukuku, İkinci Cilt, Ankara 1987, s. 1103; **Güven**, s. 37.

⁵ **Velidedeoğlu**, s. 180; **Oğuzman/Dural**, s. 124; **Erdem**, s. 123; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 119; **Köprülü/Kaneti**, s. 173, 175; **Kılıçoğlu**, s. 135. Aynı yönde Hüseyin **Hatemi/Burcu Kalkan Oğuztürk**, Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2013, s. 103; **Feyzioğlu**, s. 306; **Birsan**, s. 329; **Öztan**, s. 403; **Vel-det**, s. 257; **Cansel**, s.80; **Özüğür**, s. 183; **Kaçak**, s. 29; **Akipek**, s. 57; **Kara**, s. 23; **Avcı**, s. 21; **Ersöz**, s. 52; **Toksöz**, s. 35, 41; **Korkmaz**, s. 51; **Ceylan**, s. 323; Müge **Vatansaver**, Eski Türk Hukukunda Boşanma ve Günümüz Hukukuyla Karşılaştırılması, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2011, s. 119, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>); **Koç**, s. 35; **Öztan**, (makale), s. 718; Zafer **Ergün**, Boşanma, 2. Basım, Ankara 2004, s. 60; **Gençcan**, s. 226; **Yalçınkaya/Kaleli**, s. 1160; **Güven**, s. 38; **Topçu**, s. 33.

⁶ **Erdem**, s. 129; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 119; **Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 266; **Ersöz**, s. 52.

3. Boşanma Sebeplerine Yön Veren Temel Prensipler

Kanunda düzenlenen boşanma sebeplerinin temeline ilişkin olarak, bu boşanma sebeplerine yön veren başlıca beş ayrı prensipten (ilkeden) söz edebiliriz. Söz konusu prensiplerden ilki, irade prensibi (*das Willensprinzip*) olup, bu prensip, eşlerin evlenirken olduğu gibi boşanırken de özgür iradelerinin esas alınması gerektiğini temel almaktadır⁷. Hukukumuzda genel boşanma sebeplerinden biri olarak kabul edilen anlaşmalı boşanma (TMK m. 166/III), irade prensibinin etkilerini taşımaktadır. İkinci sırada gelen prensip ise, elverişsizlik (uygunsuzluk) prensibidir (*Zweckverfehlung*). Buna göre, eşlerden biri, çeşitli sebeplerle (akıl hastalığı, iktidarsızlık, cinsi sapıklık, bulaşıcı ve iğrendirici hastalıklar gibi ruhi ya da bedeni bir arızaya uğramış olması nedeniyle) evlilik birliğinin kendisine yüklediği görevleri yapmak hususunda elverişsiz bir duruma gelmişse ya da nesillerin devamı ve yaşamı için tehlike arz eden bir halde bulunmakta ise, diğer eşin evliliğe mecbur edilmemesi ve boşanma davasının açılabilmesi mümkün olmalıdır⁸. Boşanmaya hâkim olan bir diğer prensip ise, eylemli (fiili) ayrılık prensibi olup, burada boşanma, eşlerin belki hiç, belki de uzun süredir bir araya gelmemeleri halinde, artık ortak hayatı sürdürme arzusunun ve inancının kalmasına bağlanmakta⁹ ve evlilikte kural, beraber yaşamak olsa da artık ayrı yaşamak, kural haline gelmiş olmaktadır. Hukukumuzda genel boşanma sebeplerinden biri olarak kabul edilen ortak hayatın yeniden kurulamaması, (TMK m. 166/IV), fiili ayrılık prensibinin etkilerini taşımaktadır.

Çalışma konumuzu oluşturan evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına (TMK m. 166/I-II) dayalı boşanma sebebine yön veren prensip ise, evlilik birliğinin temelinden sarsılması prensibi (*das Zerrüttungsprinzip*) olup, burada kusurun önemi bulunmamakta ve eşlerde kusurun varlığı sorgulanmadan evliliğin temelinden sarsılması olmasına dikkat çekilmektedir. Bu prensibin temelindeki sarsılma, eşlerden birinin kusuru ile olabileceği gibi, eşlerin karşılıklı kusurlarıyla ya da kusurları olmadan da gerçekleşebilmektedir. Ancak evlilik birliğinin sarsılması, eşlerin kusuru ile bile meydana gelmiş olsa, bu kusurun boşanmaya karar verme konusunda bir etkisi olmayacaktır. Çünkü bu prensibe göre, boşanmayı

⁷ A. Egger, İsviçre Medeni Kanunu Şerhi II. Cilt, Aile Hukuku, Birinci Kısım: Evlenme Hukuku, İstanbul 1943 (Çev.: Tahir Çağa), s. 145, 146; Saymen/Elbir, s. 238; Schwarz, s. 160; Köprülü/Kaneti, s. 151; Velidedeoğlu, s. 160; Feyzioğlu, s. 254; Birsen, s. 313; Öztan, s. 371; Veldet, s. 263; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 241; Akipek, s. 12; Cansel, s. 74 vd.; Kaçak, s. 26; Anıl, s. 20; Çakın, s. 9, 10; Kara, s. 8, 9; Toksöz, s. 25; Korkmaz, s. 18, 19; Okumuş, s. 41; Çelik, s. 12; Ceylan, s. 321; Kılıç, s. 41; Zahit Çandarlı, “Boşanma Hukuka Ait Prensipler”, Ankara Barosu Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 63, Yıl: 1949, s. 20-26, s. 22, 23; Vatanserver, s.14; Koç, s. 9; Güneşlioğlu, s. 8; Avcı, s. 7; Öztürk, s. 11; Gençcan, s. 74; Mehmet Akif Tutumlu, Evliliğin Butlanı, Boşanma, Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Ankara 2002, s. 61, 62; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 972; Ömer Ergün, “TMK’nın 166’ncı Maddesinde Düzenlenen Boşanma Nedenleri”, Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi (SBArD), Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, Yıl: III, Sayı: 6, s. 431-457, Diyarbakır, Eylül 2005, s. 433; Bilal Köseoğlu, “Boşanma Hukukunda Kusur İlkesinin Önemi”, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı: 1, Cilt: 1, (s. 7-14), Eylül 2006, s. 8; Topçu, s. 7.

⁸ Saymen/Elbir, s. 240; Schwarz, s. 159, 160; Köprülü/Kaneti, s. 152; Feyzioğlu, s. 253; Birsen, s. 313; Öztan, s. 371; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 242; Akipek, s. 14; Cansel, s. 79; Kaçak, s. 27; Anıl, s. 21; Çakın, s. 10, 11; Kara, s. 10, 11; Avcı, s. 8; Toksöz, s. 27, 28; Korkmaz, s. 21; Okumuş, s. 42; Çelik, s. 12; Ceylan, s. 322; Çandarlı, s. 24; Vatanserver, s.16; Koç, s. 10, 11; Güneşlioğlu, s. 19; Öztürk, s. 12, 13; Gençcan, s. 75, 76; Tutumlu, s. 62; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 972; Ergün, (Armağan), s. 433; Köseoğlu, s. 8; Kılıç, s. 43; Topçu, s. 8.

⁹ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 242; Anıl, s. 22; Çakın, s. 11, 12; Toksöz, s. 28; Korkmaz, s. 22; Okumuş, s. 12; Ceylan, s. 322; Vatanserver, s. 16, 17; Koç, s. 11; Kara, s. 11, 12; Güneşlioğlu, s. 10; Öztürk, s. 13, 14; Gençcan, s. 76; Kılıç, s. 43; Topçu, s. 8.

gerektirecek sebep, kusur ya da kusurluluk değil, birliğin temelden sarsılmasıdır¹⁰ ve boşanmanın geçimsizliği yaratmak bakımından kusurlu olan eşin aleyhine uygulanan bir yaptırım (ceza) olarak düşünülmemesi gerekmektedir¹¹. Bu prensibe göre, eşlerde karı koca olma zihniyeti kaybolmuşsa, birlikte yaşama isteği, dirlik, düzen, güven, mutluluk, ilgi, bazen de sevgi ve saygı vb. duygular ortadan kalkmışsa, evliliğin, artık birliğin sona ermesini arzu edecek kadar derinden sarsıldığını, ortak hayatın çekilmez bir hale geldiğini kabul etmek gerekmektedir¹². Bu hususu, *Saymen/Elbir* şöyle açıklamıştır: “*Boşanma kötü bir şeydir fakat bazen zaruri bir kötülüktür. İşte, bu zaruri hal, evliliğin sarsılması olması halidir. Çökmeğe nail olan bir evi yıkmakta da fayda vardır*”¹³. Bunun sebebi ise, artık bu evliliğin eşlere, çocuklara ve ailenin geri kalan üyelerine acı ve üzüntü; geniş ölçekte ise topluma menfaat yerine zarar getirecek olması şeklinde belirtilmiş olup¹⁴, bu prensip doktrinde, *ictimai mülahaza*¹⁵ adıyla da anılmıştır.

Son sıraya aldığımız, kusur prensibi (*das Verschuldenprinzip*) ise, adından da anlaşılacağı üzere, ancak eşlerden birinin kusuru varsa boşanmanın gerçekleşebilmesini esas almaktadır. Kusur, doktrindeki hâkim görüş uyarınca, hukuk düzeninin kınadığı, hoş görmediği davranış biçimidir¹⁶. Boşanmada kusurluluk kavramı ise, evlilik birliğinin yükümlülüklerini eşlerden birinin ya da her ikisinin ihlal etmesi anlamına gelmektedir¹⁷. Bu prensibe göre, evlilik bağına kusuruyla zarar veren kimsenin, evliliğin devamını isteme açısından korunmaya hakkı olmadığı düşüncesinin yanı sıra, sadece kusursuz olan eş açısından ortak yaşam çekilmez hale gelmiş sayıldığı için, kusursuz olanın bu davayı açmaya hakkı olması gerektiğine işaret edilmektedir¹⁸. Başka bir deyişle, boşanma, kusurlu eşe uygulanan bir

¹⁰ *Saymen/Elbir*, s. 239, 240; aynı yönde bkz., *Köprülü/Kaneti*, s. 152; *Birsen*, s. 313; *Öztan*, s. 370; *Akıntürk/Ateş Karaman*, s. 241; *Velidedeoğlu*, s. 161, 162; *Feyzioğlu*, s. 253; *Cansel*, s.79; *Kaçak*, s. 26; *Anıl*, s. 20, 21; *Çakın*, s. 8, 9; *Kara*, s. 10; *Avcı*, s. 8; *Toksöz*, s. 26, 27; *Korkmaz*, s. 19, 20; *Çelik*, s. 11; *Ceylan*, s. 321; *Vatansever*, s. 15; *Koç*, s. 8; *Güneşioğlu*, s. 9; *Öztürk*, s. 10; *Gençcan*, s. 75; *Tutumlu*, s. 61; *Kılıç*, s. 42; *Zevkliler/Acabey/Gökyayla*, s. 971; *Ergün*, s. 10; *Armağan*, s. 433; *Topçu*, s. 7, 8. *Köseoğlu*, (s. 10)’da, evlilik birliğinin temelinden sarsılması prensibinin, kusur prensibinden başka bir şey olmadığını ifade etmiştir.

¹¹ *Saymen/Elbir*, s. 239, 240.

¹² *Akipek*, s. 14; *Köprülü/Kaneti*, s. 152; aynı yönde bkz., *Egger*, s. 147; *Velidedeoğlu*, s. 161; *Feyzioğlu*, s. 253; *Özguur*, s. 184; Nuşin *Ayiter*, “Geçimsizlik Sebebine Dayalı Yargıtay Uygulaması”, Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, 1925-1975, Cilt: II, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara 1977, (<http://dergiler.ankara.edu.tr/>), s. 165- 175, s. 168; *Tutumlu*, s. 261.

¹³ *Saymen/Elbir*, s. 240.

¹⁴ *Velidedeoğlu*, s. 161; *Akıntürk/Ateş Karaman*, s. 241; *Çakın*, s. 33; *Veldet*, s. 264; *Vatansever*, s. 15; *Güneşioğlu*, s. 9; *Öztürk*, s. 45; *Tutumlu*, s. 61; *Zevkliler/Acabey/Gökyayla*, s. 971.

¹⁵ *Velidedeoğlu*, s. 161.

¹⁶ Fikret *Eren*, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Baskı, Ankara 2019, s. 641. Sözlüklerde de benzer anlama gelecek tanımlar yapılmıştır. Örneğin bir tanıma göre kusur, “*Failin iradesinin, fiile, kanuna aykırı olarak yönelmesidir.*” (Bkz., Azmi *Uslu*, *Yeni Hukuk Lugatı ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, İstanbul 1964, s. 190).

¹⁷ *Öztan*, s. 369; *Yalçınkaya/Kaleli*, s. 1181; *Köseoğlu*, s. 7, 8. Doktrinde, *Gürsoy’a göre*, “*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.*” (Bkz., Kemal Tahir *Gürsoy*, “Boşanma Hukukunun Tarihi Gelişimine Bir Bakış ve Boşanma Sebeplerinde En Yeni Gelişmeler”, Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, 1925- 1975, Cilt: II, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara 1977, s. 29, <http://dergiler.ankara.edu.tr/>).

¹⁸ *Egger*, s. 146, 147; *Saymen/Elbir*, s. 238; *Köprülü/Kaneti*, s. 151, 152; *Velidedeoğlu*, s. 160; *Birsen*, s. 313; *Öztan*, s. 369; *Akıntürk/Ateş Karaman*, s. 240; *Veldet*, s. 263; *Cansel*, s. 77; *Ayiter*, s. 171; *Akipek*, s. 13; *Çakın*, s. 7, 8; *Kaçak*, s. 26; *Anıl*, s. 19, 20; *Kara*, s. 7; *Avcı*, s. 7; *Tok-*

yaptırım (ceza); zarar gören eşi himaye eden yasal bir araç olarak kabul edilmektedir¹⁹. Ancak, hemen ifade edelim ki, evlilik birliğinin temelinden sarsılması prensibine göre, evlilik birliğinin meydana getirdiği yükümlülükler eşlerin kusuruyla ihlal edilmeksizin de ortaya çıkabilecek herhangi bir olgu ya da durum nedeniyle, eşlerin ortak hayatı sürdürmeleri imkânsız hale gelebilmektedir. Bu prensibe göre, eşlere anlaşamamalarıyla (karakter farkı nedeniyle yaşanan uyuşmazlık) ya da ortak hayatı çekilmez hale getiren başka bir olgunun varlığı (kaza, hastalık) ile ilgili olarak bir kusur atfetme mecburiyetimiz bulunmaz. Oysa, kusur prensibinin kabulü halinde, eşler arasında her ikisinin de kusuru olmadan çözülemeyecek kadar derin bir husumet oluştuğu ve ortak hayatı sürdürmelerinin beklenemediği hallerde, boşanmaya karar verilemeyecektir²⁰.

4. Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma Davasının Yasal Unsurları

4.1. Evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olması

Evlilik birliği, TMK m. 185 uyarınca evlenmeyle kendiliğinden oluşan yasal bir birliktir. Eşler arasında önceden öngörülemeyen ya da öngörülmüş olsa bile, üstesinden gelebileceği düşünülen çok değişik sebeplerle, eşlerin yaşamı beraber paylaşma amacı ve arzusunun kalmaması, eşler için evliliği devam ettirme hevesinin ve gelecek sürdürme gayesinin tükenmesi, “*eşler arasında önemli fikir ve duygu ayrılığı*”²¹ yaşanması gibi durumlar, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığını göstermektedir.

Eski Medeni Kanun’un (eski MK)²² 134. maddesi, “*İmtizaçsızlık*” başlığını taşımakta olup, hükmün ilk fıkrası şu şekilde idi: “*Aralarında müşterek hayatın çekilmez bir hale*

söz, s. 23, 34; **Korkmaz**, s. 16, 17; **Okumuş**, s.10; **Çelik**, s. 10; **Ceylan**, s. 320; **Çandarlı**, s. 20; **Vatansever**, s.12; **Koç**, s. 7; **Güneşlioğlu**, s.7; **Öztürk**, s. 9; **Gençcan**, s. 75; **Tutumlu**, s. 60; **Zevkililer/Acabey/Gökyayla**, s. 970, 971; **Ergün**, (Armağan), s. 432; **Köseoğlu**, s. 7, 8; **Kılıç**, 41; **Topçu**, s. 6, 7. Mukayeseli hukukta bu prensip ile ilgili olarak bkz., **Feyzioğlu**, s. 251; **Egger**, s. 146, 147

¹⁹ **Köprülü/Kaneti**, s. 151

²⁰ Bu durum, boşanmak isteyen eşler açısından olumsuz bir süreç yaratmış olmakla beraber, eşlerin boşanabilmek adına birbirlerine olmadık ithamlarda bulunmalarına, yalan yanlış kusurlar yüklemelerine ve belki de dostça ayrılmak üzere iken, kavga ederek ayrılmalarına sebep olabilecektir. Esasen bütün bunlar, bu prensibin olumsuz yönleri ve sakıncalarıdır. Bu sakıncaların varlığının yanı sıra, doktrinde bu prensibin, örneğin ayırt etme gücünün bulunmadığı hallerde uygulanabilir olmaması nedeniyle de eleştirildiğini görmekteyiz (bu konudaki eleştiriler için bkz., **Saymen/Elbir**, s. 238; **Egger**, s. 146; **Velidedeoğlu**, s. 160, 161; **Özcan**, s. 369; **Birsan**, s. 313; **Veldet**, s. 264; **Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 240; **Toksöz**, s. 24; **Korkmaz**, s. 17; **Çelik**, s. 10; **Ceylan**, s. 320, 321; **Çandarlı**, s. 21; **Avcı**, s. 7; **Vatansever**, s. 13; **Koç**, s. 7, 8; **Güneşlioğlu**, s. 8; **Öztürk**, s. 9; **Kara**, s. 8). Ayrıca bkz., Saibe Oktay **Özdemir**, “Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl:35, Sayı: 1, 2015, s. 33 vd., (<https://dergipark.org.tr/tr/>); **Gençcan**, s. 75; **Tutumlu**, s. 61; **Zevkililer/Acabey/Gökyayla**, s. 971; **Köseoğlu**, s. 8.

²¹ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 119. Aynı yönde bkz., **Çakın**, s. 34; Serap **Helvacı**, “İsviçre ve Türk Hukuklarında Boşanma Sebepleri”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a Armağan, Cilt II, İstanbul 2002, s. 1165; **İnal**, (Cilt I), s. 889; **Tutumlu**, s. 261. Geçimsizlik (*Zerrütting*) için, eşler arasında karşılıklı sevgi, saygı, dostluk ilişkisinin ortadan kalkmış olması, düşüncede duyguda birlik esasından bahsedilemiyor olmalıdır (**Schwarz**, s. 153; aynı yönde bkz., **Birsan**, s. 328).

²² 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi (Eski Medeni Kanun), Kabul Tarihi: 17. 2. 1926; Yürürlük Tarihi: 4. 10.1926; RG Yayın ve İlanı: 4. 4. 1926, S. 339.

gelmesini mucip olacak derecede şiddetli bir geçimsizlik başgösterdiği takdirde, karı kocadan herbiri, boşanma davasında bulunabilir”.

İlgili Kanun, 3444 sayılı Kanun²³ ile değiştirildikten sonra ise, söz konusu maddenin başlığı, “Evlilik birliğinin sarsılması veya müşterek hayatın yeniden kurulamaması” şeklinde değişmiş olup, hüküm fıkrası ise: “Evlilik birliği, müşterek hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olursa, eşlerden her biri boşanma davası açabilir [...]” şeklinde düzenlenmiştir.

Yürürlükteki Türk Medeni Kanunu’nun 166. maddesi ise: “Evlilik birliğinin sarsılması” başlığını taşımakta olup, hükmün ilk fıkrası şu şekildedir: “Evlilik birliği, ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olursa, eşlerden her biri boşanma davası açabilir”. Esasen, bu hüküm ile hükmün 3444 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrası hali incelendiğinde, bir önceki başlıkta yer alan “müşterek hayatın yeniden kurulamaması” ibaresinin kaldırılması ve metindeki “müşterek hayat” ifadesinin, “ortak hayat” şekline dönüştürülmüş olması dışında anlamlı bir farklılık bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Eski MK m. 134’ün “İmtizaçsızlık” başlığından da anlaşıldığı üzere²⁴, eski düzenleme gereğince, bu boşanma sebebinin objektif şartı²⁵, doktrinde, “düzen bozukluğu”²⁶ olarak da ifade edilen “geçimsizlik” idi²⁷. Esasen burada, eşlerin bir anda ortaya çıkan bir olgu nedeniyle ya da baştan beri mevcut olan bir olgunun artık katlanılamayacak boyuta gelmesi nedeniyle, önemli derecede ve sürekli şekilde anlaşmazlık yaşamaları ve evlilik birliğini sürdürmemeleri anlatılmak istenmektedir. Bu tür geçimsizlikler, genellikle herhangi bir özel boşanma sebebine dâhil edilemeyen, ancak evliliklerde sık karşılaşılan durumlar olup, eşler arasındaki bu geçimsizliklerin boşanma sebebi oluşturabilmesi için ise, alelade bir geçimsizlik olmaması, kanuni ve uygulamadaki yerleşik ifadeyle, *şiddetli geçimsizlik* olması şart idi.

²³ 4. 5. 1988 tarihinde, 3444 sayılı “743 Sayılı Türk Kanunu Medenisinin Bazı Maddelerinin ve 818 Sayılı Borçlar Kanununun 49 uncu Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun” ile söz konusu Medeni Kanun’un 134. maddesinde değişiklik yapılmıştır. (RG: 12.5. 1988, S. 19812).

²⁴ İmtizaç, Osmanlıca sözlüğe göre, “Muvafık ve mutabık olmak. Mezcolmak, uyuşmak. İyi geçinmek. Karışmak” şeklinde tanımlanmakta olup (<https://osmanlica.ihya.org/imtiazac-nedir-ne-demek.html>), imtizaçsızlık, uyuşmamak, anlaşamamak anlamına gelmektedir (bkz., Uslu, s. 149). Konuya ilişkin eserlerde, hükümde, imtizaçsızlık ile geçimsizlik sözcüklerinin eş anlamda kullanıldığı ifade edilmiştir (bkz., Yalçınkaya/Kaleli, s. 1104). Anıl’a göre, “İmtizaçsızlık, fikri anlaşmazlıkları, tarafların seciye ve karakter ayrılıklarını gösterir. Bu hal: ‘karı kocanın yekdiğerinin tutumlarını hoş karşılamadıkları bir durumdur’. Bu olgu eşlerin artık birbirleriyle anlaşamayacaklarını ve evlilik birliğinin temelinden sarsıldığını gösterir.” (Bkz., Anıl, s. 185).

²⁵ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 262; Feyzioğlu, s. 304; Velidedeoğlu, s. 182; Schwarz, s. 152; Saymen/Elbir, s. 255; Öztan, s. 404 vd.; Schwartz/Mimaroglu, s. 336; Birsen, s. 328; Esat Arsebük, Medeni Hukuk, Cilt II, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Neşriyatı, Seri: II, Sayı: 18, Ankara 1940, s. 747; Kaçak, s. 36; Avcı, s. 26; Korkmaz, s. 54; Okumuş, s. 63; Özüğür, s. 185; Güneşlioğlu, s. 16; Öztürk, s. 43 vd.; Öztan, (makale), s. 718; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 998; Yalçınkaya/Kaleli, s. 1104, 1115. Doktrinde objektif şartı, nesnel şart şeklinde isimlendirenler de olmuştur (bkz., Tutumlu, s. 264; Anıl, s. 36).

²⁶ Feyzioğlu, s. 301, 302; Köprülü/Kaneti, s. 173; Saymen/Elbir, s. 240; Schwarz, s. 152, 160; Birsen, s. 328; Öztan, s. 371; Çandarlı, s. 23, 24; Vatanserver, s. 15; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 971; Yalçınkaya/Kaleli, s. 1105, 1183.

²⁷ Velidedeoğlu, s. 181; Feyzioğlu, s. 304; Schwarz, s.152; Birsen, s. 328; Akipek, s. 56, 57; Arsebük, s. 11; Avcı, s. 26; Akgün, s. 74; Köprülü/Kaneti, s. 173.

TMK m. 166/I hükmü uyarınca, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı boşanma sebebinin gerçekleşmesi için ise, -ortak hayatın çekilmezliği yanında bu çekilmezliği gerektirecek unsur, çoğunlukla- “eşler arasında çok ciddi ve şiddetli bir geçimsizlik veya anlaşmazlık²⁸” olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim, doktrinde de bu husus, “eşler arasında bu evliliği sürdürme konusunda ruh ve istek kalmamışsa, aralarındaki anlaşmazlık onlardaki bu ruhu ve bilinci söndürmüşse, evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olduğu sonucuna varılmak gerekir” şeklinde ifade edilmiştir²⁹. Burada evlilik, öyle bir durum almıştır ki, artık eşleri, bu bozuk düzeni yani *kökünden sarsılmış* evlilik hayatını yürütmeye zorlamak, daha kötü sonuçların doğumuna yol açabilmektedir.

Görüldüğü üzere, Türk Medeni Kanunu’nun konuyu düzenleyen 166. maddesinde, eskiden olduğu gibi “şiddetli geçimsizlik” ifadesi kullanılmamış, bunun yerine objektif şartı işaret etmek için “temelden sarsılma” ifadesi kullanılmış olup³⁰, temelden sarsılmanın, geçimsizliği de içine alan ama ondan çok daha geniş bir kavramı ifade ettiğini söylemek gerekir³¹. Nitekim doktrinde, özel ve genel boşanma sebeplerinin tek tek ele alınması yerine, evlilik birliğinin temelinden sarsılması şeklinde tek çatı altında toplanması gerektiği fikri dahi, ileri sürülmektedir³². Düşüncemize göre, her bir özel boşanma sebebinin gerçekleşmesi için kanunda aranan şartların kendine özgü nitelikler taşıması, bu boşanma sebeplerinin kusura bağlı olup olmamasına göre farklı sonuçların gerçekleşmesi ya da mutlak ve nisbi olarak sınıflandırılabilmesine göre farklı özelliklere sahip olması, bünyelerine uygun belirleyiciler olup, bu boşanma sebeplerinin tek bir şemsiyenin altında toplanması, mevcut hükümlerin somut ilişkilere uyarlanmasını ve bu çerçevede uygulanmasını zorlaştırabilir. Ayrıca, kanunda sayılan tüm bu boşanma sebeplerine yön veren prensiplerin de birbirinden farklı olması, kanunda yapılacak bu tür bir değişikliğin ufak çapta bir değişiklik sayılmayacağı göstermektedir. Kanunda şartları tek tek sayılan bu özel boşanma sebeplerinin dışında kalan ancak boşanma sebebi oluşturabilecek öngörülemeyen çeşitli olayların genel boşanma sebebi olan evlilik birliğinin temelinden sarsılması çatısı altında toplanması ise, bize göre isabetli bir düzenlemedir.

²⁸ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 262; Erdem, s. 128, 129; Zevkililer/Acabey/Gökyayla, s. 999; Yalçınkaya/Kaleli, s. 1115. Doktrinde, birbiriyle anlaşamayan, geçinemeyen kişilerin, dost, arkadaş ve eş olamayacağı ifade edilmiştir (Bkz., Saymen/Elbir, s. 255).

²⁹ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 263; Saymen/Elbir, s. 255; Öztan, s. 405.

³⁰ Bkz., dn. 25’e ait metin. Yeni Kanundaki, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasının, önceden -ortak hayatı çekilmez hale getirecek derecede- şiddetli geçimsizlik olarak belirlenen olguları kapsadığı yönünde bkz., Anıl, s. 34; Tekinay, s. 173; Avcı ise, (s. 26, 27), bir evliliğin temelinden sarsılmış olduğu hallerde, ortak hayatın çekilmesi diye bir kavram olmadığı için kanundaki kavram kargaşasının önlenmesi için, kanunda hala şiddetli geçimsizlik ifadesinin yer alması gerektiğini ileri sürmektedir.

³¹ Keza, TMK m. 166’nın kenar başlığı “evlilik birliğinin temelinden sarsılması” olup, maddenin devamında yer alan fıkralarda “anlaşmalı boşanma” ve “fili ayrılık nedeniyle boşanma” düzenlenmiş, bu genel boşanma sebeplerinin kendine özel şartlarının gerçekleştiği hallerde ise, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı varsayılmıştır. Konuya ilişkin olarak bkz., TMK m. 166/III: “Evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde, evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır [...]” TMK m. 166/IV: “[...] her ne sebeple olursa olsun ortak hayat yeniden kurulamamışsa evlilik birliği temelden sarsılmış sayılır ve eşlerden birinin istemi üzerine boşanmaya karar verilir.” şeklindedir.

³² Bkz., Ceylan, s. 330; Helvacı, s. 1169. Boşanmanın birden fazla sebebe bağlanmasının, aile birliğinin korunması açısından daha önemli ve faydalı olacağı yönündeki aksi görüş için bkz., Güven, s. 54, 55.

Eşlerin, TMK m. 185 vd. hükümlerinde düzenlenen evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri yerine getirmemesi ya da yerine getirememesi, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına yol açabilir³³. Ancak bu tür durumların, her zaman geçimsizliğe yol açması şart değildir. Zira Kanunda evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olacak olay ve olgular açısından, *sınırlı sayıda olma ve belirlilik* ilkeleri geçerli olmadığı için, pek çok olgunun buraya dâhil edilmesi mümkündür. O halde, mevcut olan ya da sonradan ortaya çıkan bir durum ya da olgu, eşler arasında şiddetli geçimsizliğe neden olmasa da, yine evlilik birliği temelden sarsılmış olabilecektir³⁴. Esasen Türk Medeni Kanunu'nun düzenlemesi de, bu yorumu yapmamıza imkân verecek şekilde kaleme alınmıştır. Bu durumda, hastalık ya da benzer bir sebeple eşlerden birinin evlilik birliğinin kendisine yüklemiş olduğu zorunlu görevleri yerine getiremediği hallerde, geçimsizlik yaşanmasa da, temelden sarsılma olgusundan söz edilebilecektir. Örneğin, eşlerden birinin evine dönerken trafik mağdalarının saldırısına uğradığını ve kafasına aldığı kuvvetli darbe nedeniyle çok fazla operasyon geçirdiğini varsayarsak, eşin konuşma, yürüme, çalışma ve diğer günlük hareketlerinde yavaşlamalar olması halinde, bu durum, eşler arasında bir geçimsizlik, anlaşmazlık vb. durumların yaşanmasına yol açmasa bile, yine de ortak hayatı devam ettirmenin eşlerden birisi açısından çekilmez hale gelmesi ile, evlilik birliği, temelden sarsılmış kabul edilecektir³⁵.

Doktrinde, şiddetli geçimsizliğe ya da evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olabilecek hallerde örnek olarak, eşler arasındaki karakter, zevk ve görgü farklarının zamanla büyümesi, cinsi dengesizlik, eşlerden birinin özellikle kocanın ekonomik durumunun bozulması ve evlilik birliğinin kendisine yüklediği görevleri asgari ölçüde bile olsa yerine getirememesi³⁶, eşlerden birine zührevi hastalık aşılmanmış olması, eşlerin birinin diğerine duyduğu büyük nefret, eşlerden birinin eş dost yanında devamlı olarak diğer eşini rencide etmesi, eşlerin birbirlerinin dini ve milli değerlerine saygısızlık etmeleri, birbirlerinin ana babalarına hakaret etmeleri ve sevgi eksikliği, diğer eşin kan hısımlarına ya da üvey evlada karşı insafsızlık, iflas eden eşin çalışma arzusunu kaybederek, tembellik ve uyuşukluk içine düşmesi³⁷, sadakatsizlik, yuvaya ihaneti gösteren bir hastalığa yakalanmak, mesken seçiminde anlaşmazlık, karşılıklı yardım ödevlerinin ihlali³⁸ gibi haller sayılmıştır.

İşte, Türk Medeni Kanunu'nun 166. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenen bu boşanma sebebinin genel ve bütüncül yapısı ile öngörülemez pek çok olgu ve sebebi kapsayan özelliği, uygulamada çok uzun süredir diğer boşanma sebeplerine nazaran her zaman eşler tarafından en çok dayanılan boşanma hükmü olmasını³⁹ sağlamıştır. Ayrıca, diğer boşanma

³³ Bkz., Köseoğlu/Kocağa, s. 49; Kılıçoğlu, s. 137.

³⁴ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 262; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 119; Erdem, s. 128, 129; Anıl, s. 36, 37; Çakin, s. 33; Oğuzman/Dural, s. 125, 126; Vatansver, s. 119; Ergün, (Armağan), s. 446. Doktrinde, sarsılmanın, mizaç uyumsuzluğu ile sınırlı olmaması ve her uyumsuzluğun da temelden sarsılmaya sebep olmaması nedeniyle, "imtizaçsızlık" yerine "temelden sarsılma" ifadesinin kullanılmasının daha isabetli olduğu ifade edilmiştir (bkz., Zevkçiler/Acabey/Gökyayla, s. 996).

³⁵ Benzer bir örnek için bkz., Dural/ Öğüz/Gümüş, s. 119.

³⁶ Feyzioğlu, s. 304.

³⁷ Velidedeoğlu, s. 182, 183; Schwarz, s. 154.

³⁸ Birsen, s. 328; Akgün, s. 71, 72, 73; Öztan, s. 406.

³⁹ Bkz., Velidedeoğlu, s. 187, 188; Schwartz/Mimaroğlu, s. 330, 331, 332; Saymen/Elbir, s.241, 241; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 261, 262; Haluk Burcuoğlu, "Boşanmada Kusur ve Yoksulluk Nafakası ile İlgili Gözlemler", İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 2, Yıl: 2018, s. 3, (<https://dergipark.org.tr/tr/>); Veldet, s. 263; Yazıcı/Atasoy, s. 264; Gürsoy, s. 34; Cansel, s. 87; Ayiter, s. 167; Kaçak, s. 34, 35, 36; Kara, s. 14, 15; Korkmaz, s.53; Okumuş, s. 57, 58; Vatansver, s. 119; Koç, s. 35; Sabri Erdem, Aile Hukuku (Evllenme-Boşanma-Nafaka), Anka-

sebeplerine yönelik şartlar somut olayda tam olarak gerçekleşmediği ya da eşlerin asıl uyumsuzluğu ortaya koymadan boşanmak istedikleri durumlarda veya diğer boşanma sebeplerine göre dava açma süreleri kaçırıldığı zaman veyahut dava sebebinin oluşturduğu olguların tam olarak ispatlanmadığı hallerde, genel boşanma sebebine göre dava açtıkları görülmektedir⁴⁰. Şüphesiz ki çeşitli sebeplerle ortak bir hayat sürdürmekte zorlanan eşlerin, evlilik birliğini sonlandırmak için, özel bir boşanma sebebinin gerçekleşmiş olmasını bekleme zorunluluğu yoktur. Doktrinde, bu sebeple, kanun koyucunun bu genel boşanma sebebinin kabulde zorunluluk hissettiği⁴¹ ve kazuistik yöntemle belirlenen boşanma sebeplerinin tatminkâr olmadığı ifade edilmektedir⁴². Feyzioğlu, bu durumu ve hukukumuzda evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebine dayalı boşanma davasına olan ihtiyacı “evlilik birliği, bu şiddetli geçimsizlik yüzünden öylesine sarsılmıştır ki, ortak hayatı ayakta tutmak adeta imkansızlaşmıştır. Bu çekilmezlik belki tek bir sebebe bağlı olmayabilir; fakat olaylar birbirini izlemiş, eşler arasındaki saygı ve sevgi bağları öylesine gevşemiş ve incelmıştır ki, en küçük bir müdahale ile birliğin tamamen kopması an meselesi haline gelmiştir. Bu halde boşanma kapısını açmaktan başka çare kalmamış demektir⁴³” şeklinde açıklamıştır.

4.2. Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasının, her iki eşe ya da eşlerden birine ortak hayatı sürdürme imkânı vermeyecek kadar ciddi derecede olması (çekilmezlik şartı)

Eski Medeni Kanun’un yürürlüğü döneminde, bu boşanma sebebinin ilk şartı “geçimsizlik” iken, ikinci şart, buna bağlı olarak gerçekleşen “çekilmezlik” idi⁴⁴. Bu geçimsizliğin, ortak hayatı çekilmez hale getirdiği evliliklerde ise, artık “şiddetli geçimsizliğin” yaşandığı kabul edilmekte idi. Diğer bir söyleyişle, MK m.134 uyarınca bu boşanma sebebinin gerçekleşmesi için, hangi sebeple olursa olsun eşler arasında ortak hayatın çekilmez hale gelmesine yol açacak derecede şiddetli bir geçimsizlik olması gerekiyordu⁴⁵. Eski Medeni Kanunda 3444 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrasında ve Türk Medeni Ka-

ra 1966, s. 170; Öztürk, s. 40; Demir, s. 57; Yalçınkaya/Kaleli, s. 1108 vd.; Ergün, (Armağan), s. 443; Anıl, s. 150.

⁴⁰ Aynı doğrultuda bkz., Akipek, s. 57; Zevkililer/Acabey/Gökyayla, s. 998. Ayrıca bkz., Kara, s. 16. Hemen eklemek gerekir ki, özel bir boşanma sebebinin varlığına rağmen, eşlerin bu özel sebep yerine, evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebi ile boşanma davası açması mümkündür. Ayrıca bkz., Yargıtay 2. HD., T. 29. 6. 2010, E. 2009/8440, K. 2010/12941: “Hem özel hem de genel sebebe dayanılarak boşanma davası açılmış ise, doğuracakları hukuki sonuçlar farklı olacağından öncelikle özel boşanma sebeplerinin bulunup bulunmadığı belirlenmeli, özel sebep varsa, bu sebebe dayanılarak, özel boşanma sebeplerinin gerçekleşmemesi veya özel sebebe dayalı dava hakkının düşmüş olması halinde, deliller, genel boşanma sebebi çerçevesinde değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmelidir.” (Kazancı).

⁴¹ Feyzioğlu, s. 301.

⁴² Akipek, s. 56. Aynı yönde bkz., Çakın, s. 30; her uyumsuzluğun kazuistik olarak düzenlenemeyeceği hakkında bkz., Toksöz, s. 40; Korkmaz, s. 50

⁴³ Feyzioğlu, s. 302.

⁴⁴ Velidedeoğlu, s. 182, 183; Feyzioğlu, s. 304, 305; Schwarz, s. 152, 153, 154; Birsen, s. 328, 329; Akgün, s. 73, 74; Köprülü/Kaneti, s. 173, 174, 175; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 103; Gönensay, s. 81, 82; Arsebük, s.747, 748; Saymen/Elbir, s. 254, 255, 256; Schwartz/Mimaroglu, s. 336 vd.; Erdem, (Sabri), s. 172; İnal, (Cilt I), s. 889; Yalçınkaya/Kaleli, s. 1115; Akipek, s. 59; Tekinay, s. 182.

⁴⁵ Oğuzman/Dural, s. 123; Akgün, s. 73; Erdem, (Sabri), s. 172; Saymen/Elbir, s. 255; Köprülü/Kaneti, s. 173; Feyzioğlu, s. 305; Tekinay, s. 182; Schwarz, s. 152; Yalçınkaya/Kaleli, s. 1104, 1115, 1116 vd.; Öztan, s. 404; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 262; Çakın, s. 34; Anıl, s. 38, 150, 151.

nunu'nun 166. maddesine göre ise, bu boşanma sebebinin gerçekleşmesi için, geçimsizlik ya da başka bir sebeple ortak hayatı sürdürmeleri eşlerden beklenemeyecek derecede evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olması aranmaktadır⁴⁶. O halde, evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle boşanma davasının açılabilmesi için, sarsılmaya neden olan olaylar, o kadar ciddi ve önemli olmalıdır ki, bu sarsıntı somut ilişkide öyle derinden hissedilmelidir ki, bu nedenle artık eşlerden ortak hayatı devam ettirmeleri istenememeli, eş deyişle, ortak hayat çekilmez olmalıdır.

Doktrinde de, “*eşler arasındaki geçimsizliğin, ortak hayatı çekilmez hale getirdiğinin kabul edilebilmesi için, bu durumun eşlerdeki evlilik ruhunu söndürmüş, onları evlilikten nefret eder duruma sokmuş olması*”⁴⁷ gerektiği belirtilmiştir. Bu nedenle, eşler arasındaki her anlaşmazlığın buraya dâhil edilmemesi, evlilik birliğinin temelinden sarsılmış sayılması için somut ilişkide yaşananların, evlilik ilişkisinin doğasından kaynaklanan ve her ailede rastlanılan basit, hafif, hoş görülebilen ve geçici ufak tefek anlaşmazlıkların, gerginliklerin, dargınlıkların, kırgınlıkların ve sırf kapris olarak yapılan önemsiz davranışların, hayal kırıklıklarının üzerinde bir etki yaratmış olması gerekmektedir⁴⁸. Esasen, Kanunda da “temelden” sarsılma ifadesi ile işaret edilen bu durum, “*evlilik birliği içinde meydana gelen*

⁴⁶ **Oğuzman/Dural**, s. 123, 124, 125; **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 971; **Veldet**, s. 266, 267; **Kılıçoğlu**, s. 140; **Helvacı**, s. 1165; **Tutumlu**, s. 264; **Ergün**, s. 60; **Gençcan**, s.227; **Anıl**, s. 37; **Egger**, s. 180; **Kaçak**, s. 29; **Yalçınkaya/Kaleli**, s. 1124; **Öztan**, s. 403; **Köseoğlu**, s. 10; **Öztürk**, s. 41; **Hatemi/Kalkan Oğuztürk**, s. 103; **Vatansever**, s. 117; **Korkmaz**, s. 59; **Toksöz**, s. 41, 44; **Çelik**, s. 48; **Topçu**, s. 32; **Çiğdem Yılmaz**, “Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Sebebiyle Boşanmada Tarafların Kusuruna İlişkin Yargıtay Karar Kararı İncelemesi”, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 2, Aralık 2016, s. 155, (<http://dergipark.org.tr>). Eşlerin, ortak hayatı sürdürmelerinin beklenemez oluşunun, bu boşanma sebebinin ayrı bir şartı olmadığı, sarsılmanın şiddetinin derecesini belirleyen bir durum olduğu yönünde bkz., **Ergün**, (Armağan), s. 446.

⁴⁷ **Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 265; **Öztan**, s. 405; **Saymen/Elbir**, s. 255. Örneğin bkz., Yargıtay 2. HD., T. 27. 6. 1991, E. 6255, K. 669: “*Meydana gelen bu kaza sonucunda müşterek çocukların ölmesi, davacıda olduğu gibi davalıda da derin üzüntü yaratmıştır. Ne var ki bu olayın müşterek hayatın devamına imkan bırakmayacak biçimde evlilik birliğini temelinden sarsmış olduğunu kabul etmek hayatın olağan akışına uygun düşmez. Bu durumda mahkemece davanın reddine karar vermek gerekirken [...]*.” (Kazancı). Bkz., Yargıtay 2. HD., T. 11. 4. 2006, E. 17864, K. 5230: “[...] toplanan delillerden, boşanma davası açıldıktan sonra da, tarafların aynı evde birlikte yaşamaya devam ettikleri, aynı yatakta birlikte yattıkları, birlikte tatil yaptıkları ve pikniğe gittikleri anlaşılmaktadır. Boşanma davasına rağmen tarafların aynı evde birlikte yaşamaları, birlikte tatile gitmeleri ve piknik yapmaları, evlilik birliğinin temelinden sarsılmadığını, ortak hayatın sürdürülebilir olduğunu gösterir [...]” (Legalbank).

⁴⁸ Aynı doğrultuda bkz., **Egger**, s. 177; **Tekinay**, s. 176; **Saymen/Elbir**, s. 255; **Öztan**, s. 404, 405; **Ayter**, s. 167; **Kaçak**, s. 37; **Anıl**, s. 36; **Avcı**, s. 21, 23; **Schwartz/Mimaroglu**, s. 336, 337; **Korkmaz**, s. 55; **Vatansever**, s. 15; **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 971, 999; **Koç**, s. 37; **Öztürk**, s. 44, 45; **Turan Ateş**, “Medeni Kanunda Boşanma”, Legal Hukuk Dergisi, Yıl: 2006, Cilt: 4, Sayı: 39, s. 743; **Tutumlu**, s. 61, 260; **Erdem**, (Sabri), s.172; **Nihat İnal**, Açıklamalı Nişanlanma, Evlenme, Mal Rejimi, Boşanma, Velayet, Nafaka ve Eşya Davaları, Anlara 2003, s. 330; **Yalçınkaya/Kaleli**, s. 1163. Yargıtay HGK., T. 16. 3. 1968, E. 346, K. 141 sayılı kararına göre, “*münferit ve basit bir olayın, şiddetli ve müşterek hayatı çekilmez duruma sokan bir geçimsizlik sayılarak boşanma hükmü esas tutulması yersizdir [...]*.” (Bkz., **Anıl**, s. 253) Geçimsizlik sayılmayan hallere ilişkin kararlar için bkz., **Erdem**, (Sabri), s. 202-207; **Yalçınkaya/Kaleli**, s. 1121-1124, 1298-1315; **Köseoğlu/Kocaağa**, s. 53-99; **Anıl**, s. 250- 253; **Yazıcı/Atasoy**, s. 265-331; **İnal**, s. 333-349; **Veli-dedeoğlu**, s. 206-213; **Feyzioğlu**, s. 315-318. Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olmayan olgulara ilişkin örnekler için ayrıca bkz., **Okumuş**, s. 75-77; **Toksöz**, s. 107-119; **Korkmaz**, s. 90-93.

*herhangi bir sıkıntı ve olumsuzluk olmayıp, ondan daha ağır bir durumdur*⁴⁹. Bu nedenle, *“ani ve fevri hiddet ve hareketler, her ailede rastlanılabilen ufak tefek geçimsizlikler boşanma için kâfi sebep olamaz”*⁵⁰.

Öncelikle, eşlerden birinin aile hukuku görevlerini ihlal etmesi, ciddi geçimsizlikler yaratabilen ve ortak hayatı çekilmez kılabilecek bir durumdur. Yükümlülüklerini ihlal eden eş, bu durumu bilerek ve isteyerek meydana getirilebileceği gibi; ihlalin olumsuz neticesi, eşin davranışlarının sonuçlarını umursamayan, ilgisiz bir yapıda olmasından da kaynaklanabilir⁵¹. Ancak her iki ihtimalde de, söz konusu durumun varlığı, eşler arasında geçimsizlik sonucunu doğurabileceği gibi, eşler arasında çok şiddetli kavgalar şeklinde cereyan eden bir geçimsizlik yaratmasa da, ortak hayatı çekilmez kılmış olabilir. Keza, eşlerin kaza ya da hastalık⁵² gibi (yani iradesi dışında meydana gelen) olumsuzluklar nedeniyle de, aile hukuku görevlerini ihlal etmesi karşılaşılabilecek bir durumdur. İşte burada da, eşler arasında geçimsizlik olsun ya da olmasın ortak hayatı sürdürmek, en az bir eş için imkânsızlaşabilir. Bunlara ilaveten, eşler arasında geçimsizliğe ve/veya çekilmezliğe sebep olabilecek diğer bir olgu ise, yaş, kültür seviyesi, karakter farklılıkları, sosyal yapı, beşerî ve kültürel yapı, yetişme şartları, dünya görüşleri vb. hususlardaki değişken durumlardır. Bu tür farklılıklar da, somut olayda evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına ve beraber bir yaşam sürdürmenin eşlerden beklenememesine sebep olabilir. İşte bu saydığımız hallerden hangisi gerçekleşirse gerçekleşsin, bunların somut olaydaki evlilik ilişkisinde öyle ciddi ve şiddetli etkileri olmalıdır ki, ortak hayatın devamı çekilmez bir hale gelmiştir, denilebilmelidir. Çünkü artık bu tür durumlarda, evlilikteki dirlik düzen bozulmuş, eşler arasındaki evli olma isteği ve düşüncesi fiilen sona ermiş, evlilik birliği kökünden sarsılmış demektir. İşte eşler, yaşadıkları ciddi geçimsizlikler nedeniyle aynı evin içinde bulunmaya bile tahammül edemeyecek halde ise veya geçimsizlik haricinde başka önemli ve ciddi bir olumsuz durumun varlığı nedeniyle eşlerden ortak hayatı sürdürmeleri beklenemeyecek ise, artık ortak hayatın çekilmez hale geldiğini ve dolayısıyla evlilik birliğinin temelden sarsıldığını ve bu boşanma sebebinin oluştuğunu kabul etmek gerekir⁵³.

⁴⁹ **Erdem**, s. 128. Bu ağır geçimsizlik durumunun eşler arasında olması ise esastır. Yargıtay’ın da isabetle belirttiği üzere (bkz., Yargıtay 2. HD., T. 3. 5. 1960, E. 2056, K. 2663, <http://www.e-uyar.com/>), eşlerin babaları arasındaki geçimsizliğin boşanma nedeni olmasından söz edilemez.

⁵⁰ **Velidedeğlü**, s. 182. Yargıtay HGK., T. 14. 2. 1968, E. 1597, K. 79 sayılı kararına göre: “[...] davalının kızgınlıkla söylediği yakışsız sözler, başlı başına bir boşanma sebebi oluşturmazlar [...]” (Bkz., **Anıl**, s. 253).

⁵¹ Eşlerin kasten ya da ihmal ile bu davranışı gerçekleştirebileceği konusunda ayrıca bkz., **Yalçınkaya/Kaleli**, s. 1181, 1182.

⁵² Aile hukuku yükümlülüklerinin ihlal edilmesine yol açacak herhangi bir hastalık ya da arıza, TMK m. 2 ölçüsünde buraya dâhil edilebilir. Doktrinde, akıl hastalığı olmasa da kleptomani ve psikopati gibi sebeplerin de burada sayıldığını görmekteyiz (bkz., **Öztan**, makale, s. 719; **Gençcan**, s. 231, **Schwarz**, s. 154; **Egger**, s. 182).

⁵³ **Feyzioglu**, s. 305; **Egger**, s. 180; **Köprülü/Kaneti**, s. 174; **Schwarz**, s. 152, 154, 160; **Birsen**, s. 329; **Akgün**, s. 73; aynı yönde bkz., **Tekinay**, s. 173; **Öztan**, s. 409; **Kaçak**, s. 37; **Anıl**, s. 37; **Çağın**, s. 51; **Kara**, s. 58; **Vatansever**, s. 119. Yargıtay’ın da kararlarında aynen bu ifadeleri kullandığını görmekteyiz. Bazı kararları örnek olarak buraya aynen alacağız. Örneğin, bir Yargıtay HGK kararına göre: “[...] yapılan soruşturma, toplanan delillerle davacı- davalı kocanın eşine şiddet uyguladığı, hakaret ettiği, kovduğu ve başka bir kadınla ilişkisinin bulunduğu davalı- davacı kadının ise güven sarsıcı davranışlar sergilediği, eşine hakaret ettiği anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir [...]” T. 2. 2. 2011, E. 2010/2-745, K. 2011/27 (bkz., İlhan **Helvacı**, Gerekçeli- Karşılaştırmalı- İçtihatlı- Notlu Türk Medeni Kanunu, Cilt II Aile Hukuku, İstanbul 2013, s. 128. Ayrıca bkz., Yargıtay HGK., T. 21. 6. 2006, E. 2006/2-451, K. 2006/464;

Hemen ifade edelim ki, yaşanan olumsuz durumun, sadece bir eş için çekilmezlik yaratmış olması, eş deyişle, eşlerden sadece birinin ortak hayatı devam ettiremeyecek durumda olması ya da bu konuda isteğinin tükenmiş olması, bu boşanma sebebinin oluşması için yeterlidir⁵⁴. Esasen, eşlerin ortak hayatı sürdürebilmek için gösterdikleri çabaya rağmen bu çabaların sonuç vermediği hallerde, artık çekilmezlik şartının gerçekleştiği söylenmelidir⁵⁵. Ancak, mevcut anlaşmazlığa ve geçimsizliğe rağmen, bu anlaşmazlığın boyutu ne olursa olsun, eşler ortak hayatı devam ettirmekte zorlanmıyorlarsa, sağlıklı bir şekilde evlilik ilişkisini sürdürebiliyorlarsa ya da sürdürmek istiyorlarsa, bu şartın gerçekleştiğinden (ortak hayatın çekilmezliğinden) söz edemeyiz⁵⁶. Dolayısıyla, böyle hallerde, evlilik birliği-

“[...]davacının evlilik sırasında eşiyile olan anlaşmazlıkları nedeniyle intihara teşebbüs etmesi ve psikolojik olarak rahatsızlanması sonucu evlilik birliğinin ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenemeyecek derecede temelinden sarsıldığı sonucuna varılmıştır[...].” Bkz., Helvacı, (TMK), s. 132. Bkz., Yargıtay 2. HD., T. 7. 5. 2002, E. 2002/1532, K. 2002/6083: “[...]bu halde taraflar arasında müşterek hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir[...].Bu şartlar altında eşleri birlikte yaşamaya zorlamanın artık kanunun mümkün görülmemesine göre[...].” Bkz., Helvacı, (TMK), s. 135; Yargıtay 2. HD., T. 9. 10. 1992, E. 1992, K. 8664: “Evlilik birliği, müşterek hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenemeyecek derecede temelinden sarsılmış olursa, eşlerden her biri boşanma davası açabilir.” (Anıl, s. 224); Yargıtay HGK., T. 20. 12. 2002, E. 1096, K. 1082: “[...]boşanma kararı verilebilmesi için evlilik birliğinin, müşterek hayatı sürdürmeleri eşlerden beklenemeyecek derecede temelinden sarsıldığıının sabit olması gerekir [...].” (Anıl, s. 224); Yargıtay 2. HD., T. 29. 2. 2000, E. 1470, K. 2544: “[...]Kocadan kaynaklanan, evlilik birliğini temelinden sarsan ve kadının kişilik haklarına saldırı teşkil eden herhangi bir olayın varlığı ispat edilememiştir [...].” (Anıl, s. 224); Yargıtay HGK., T. 6. 3. 1968, E. 1968/2-575, K. 131: “[...] taraflar arasında müşterek hayatı çekilmez hale getirecek derecede geçimsizlik çıktığı sebebinin.... Karı kocanın bundan sonra birlikte yaşama imkanının mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır [...].” (Yazıcı/Atasoy, s. 269). Aynı yönde bkz., Yargıtay 2. HD., T.13. 9. 1990, E. 1819, K. 8196; Yargıtay 2. HD., T. 8. 2. 1991, E. 12492, K. 2156; Yargıtay 2. HD., T. 16. 12. 2002, E. 12995, K. 14029; Yargıtay 2. HD., T. 29. 1. 1991, E. 125, K. 1378 (Anıl, s. 226, 227).

⁵⁴ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 265; Feyzioğlu, s. 306; Velidedeoğlu, s. 182; Egger, s. 177; Schwarz, s. 153; Tekinay, s. 178; Öztan, s. 405, 409; Avcı, s. 23; Veldet, s. 266; Tutumlu, s. 364; Kaçak, s. 41; Kara, s. 59; Anıl, s. 37; İnal, s. 330; Çakın, s. 52; Korkmaz, s. 58; Okumuş, s. 104; Vatanserver, s. 120; Koç, s. 37; Öztürk, s. 80; Öztan, (makale), s. 720; Helvacı, s. 1165; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 1001; İnal, (Cilt I), s. 892; Yalçınkaya/Kaleli, s. 1161.

⁵⁵ Bkz., Köprülü/Kaneti, s. 176; Tekinay, s. 177, 180; Öztan, s. 410. Hâkimin takdir yetkisini kullanırken başvuracağı Yargıtay kararları çerçevesinde tespit edilen diğer ölçütler için bkz., Kaçak, s. 45 vd.

⁵⁶ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 265; Saymen/Elbir, s. 256; Velidedeoğlu, s. 183; Kaçak, s. 41, 42; Anıl, s. 37; Veldet, s. 267; Özüğür, s. 185; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 1001; Kara, s. 58; Avcı, s. 50; Korkmaz, s. 51; Tutumlu, s. 264; Okumuş, s. 107; Vatanserver, s. 120; Yalçınkaya/Kaleli, s. 1160, 1162; Öztürk, s. 80; Ateş, s. 744. Eşlerin boşanmaya neden olan olayların varlığına rağmen, hiçbir şey olmamış gibi aile halinde beraber günlük ilişkilerini sürdürdükleri durumda temelden sarsılmanın olmadığı kabul edilebilirse de, sadece aynı çatı altında oturmak ve beraber yaşam sürdürmemek (yemek yememek, aynı odada uyumamak, konuşmamak vb.) ortak hayatın çekilmez hale geldiğinin göstergesidir (bkz., Özüğür, s. 186). Aynı yönde ayrıca bkz., Yargıtay 2. HD., T. 16. 09. 1986, E. 6161, K. 7502: “[...] Boşanma davası açılmış olmasına rağmen, şu yada bu sebeple eşlerden herhangi biri, müşterek evi henüz terketmemiş olabilir. Önemli olan husus, davaya rağmen ve davadan sonra eşler arasında ortak yaşantının, aile birliğinin aclinca uygun olarak çekişmesiz ve sağlıklı bir şekilde devam etmekte olmasıdır. Yoksa ayrı odalarda, birbirleriyle konuşmadan, insan ve çevre ilişkilerinde, aile birliğinin olağan gereklerini yerine getirmeden ve nihayet evliliğin önemli amaçlarından birini oluşturan cinsel ilişkiyi sürdürmeden yalnızca ve çeklen aynı çatı altında oturmak evlilik birliğinin sağlıklı bir biçimde yürüdüğü ve çekilebilir olduğu yo-

nin temelinden sarsıldığı da söylenemez. Her somut olayda çekilmezlik şartının gerçekleşip gerçekleşmediğini saptamak ise, boşanma davasına bakan hâkimin takdirindedir. Hâkimin, genel anlamda dava sebebi olabilecek çok değişik ve çeşitli olaylar karşısında, bu olay ve olguların somut evlilikteki eşler arasında ortak hayatı çekilmez hale getirip getirmediğini ve/veya bu olay ve olguların ortak hayatı çekilmez hale getirecek derecede şiddetli geçimsizliğe sebep olup olmadığını tayin ve tespit aşamasında geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır⁵⁷. Nihayet, TMK m. 170'e göre, boşanma sebebi ispatlanırsa ve hâkim, somut olayda eşlerin ortak hayata devam edemeyeceklerine kanaat getirirse, artık (evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle) boşanmaya karar vermelidir⁵⁸. Elbette, geçimsizlik ya da diğer bir olgunun, ne zaman ve hangi durumlarda ortak hayatı çekilmez hale getirmiş kabul edileceği ve boşanma sebebinin gerçekleşeceği hususunda önceden kesin bir ölçü vermek mümkün değildir. Zira herhangi bir olayın gerçekleşmesi ya da bir konuda anlaşmazlığın yaşanması ve/veya bu durumun uzun sürmesi, bir evlilikte evlilik birliğini temelden sarsarken, başka bir evlilikte ailenin durumuna bağlı olarak temelden sarsılma olgusu gerçekleşmeyebilir⁵⁹. Bir olay ya da durumun varlığı, bir kişi için çok sarsıcı olabilirken ve o kişi yaşananlara sabır göstermekte zorlanırken, bir başka kişi bakımından umursanmayan bir durum (olay) ya da katlanılabilir ölçüde bir olgudan söz etmek mümkün olabilir. Bu olay ve olgular ise, çoğunlukla evlilik birliğinin maddi (bedensel), manevi (ruhsal) ve bazı hallerde de ekonomik bünyesini kökünden sarsacak nitelikte olmaktadır⁶⁰. İşte hâkimin önüne gelen her

lunda yorumlanıp değerlendirilemez.” (Kazancı). Öztan, eşler kusurlu olmalarına rağmen, evlilik birliğine devam edebiliyorlarsa demek suretiyle benzer bir hususa dikkat çekmiştir (bkz., Öztan, s. 370).

⁵⁷ Velidedeoğlu, s. 181, 184; Egger, s. 177, 186; Schwarz, s. 155; Öztan, s. 404, 410 vd., 370; Velidedeoğlu, s. 162; Feyzioglu, s. 253, 255; Veldet, s. 269; Cansel, s. 80; Kaçak, s. 37 vd.; Anıl, s. 37, 38 ve özellikle 112 vd.; Yazıcı/Atasoy, s. 264; Çakın, s. 33, 34; Korkmaz, s. 51; Avcı, s. 21, 21; Vatanseser, s.15; Güneşlioglu, s.15; Öztürk, s.11, 46; Erdem, (Sabri), s. 171; Ateş, s. 740; Ebru Ceylan, Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Ocak 2006, s. 12; Öztan, (makale), s. 720; Zevkililer/Acabey/Gökyayla, s. 996, 1001.

⁵⁸ Esasen TMK m. 170'in, eski Medeni Kanunda karşılığını oluşturan 138. madde ise, boşanma sebeplerinden biri sabit olunca, hâkimin, boşanma kararı vermekle mükellef olduğu şeklinde düzenlenmiş idi. Ayrıca bkz., “Boşanmaya karar verilebilmesi için, müşterek hayatı çekilmez hale getirecek derecede birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte şiddetli bir geçimsizliğin mevcut ve sabit olması gerekir [...] Hakim görevi gerçekten geçimsizlik varsa boşanmaya karar vermekten ibarettir. Tarafların müşterek arzuları verilecek kararın dayanağı olamaz [...]” (Anıl, s. 225, 226).

⁵⁹ Zevkililer/Acabey/Gökyayla, s. 996; Çakın, s. 35; Tutumlu, s. 260; Ergün, s. 68; Yalçınkaya/Kaleli, s. 1116, 1162. Her olayın, her evlilikte ve her insanda yaratacağı etkinin de farklı olması nedeniyle, anlaşmazlık mevcut olmasına rağmen bazı hallerde (evlilikte yaşanan olumlu gelişmelerin varlığında, af, hoşgörü vb.) evliliğin çekilebilir olduğu haller için, doktrinde *katlanabilme kabiliyeti ve çekilebilirlik karesi* gibi kavramlardan söz edilmektedir. Böyle bir durumun davalı tarafta kanıtlanması halinde, artık temelden sarsılma ya da çekilmezlik araştırılmaz. Bu kavramlarla ve konuyla ilgili ayrıntılı açıklama için bkz., Yalçınkaya/Kaleli, s. 1165, 1166; Anıl, s. 37; Okumuş, s. 107 vd.; Çelik, s. 53 vd.; Öztürk, s. 46, 83 vd.; Kara, s. 63 vd. Örneğin, bkz., Yargıtay HGK., T. 13. 4. 2005, E. 2005/2-208, K. 2005/262 sayılı kararında: “[...] davalının tedaviden kaçınıp kaçınmadığı bu rahatsızlığın evlilik birliğini davacı koca için çekilmez hale getirip getirmediğinin uzman hekimlerden oluşan sağlık kurulu raporu ile belirlenmesi, sonucuna göre karar verilmesi gerekir [...]” şeklinde hüküm tesis etmiştir (Helvacı, TMK, s.133).

⁶⁰ Keza evlilik birliği, temelde bu unsurlardan oluşan bir birliktelik olup, bunlardan birinde ortaya çıkan bir sarsılma, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olur (bkz., Velidedeoğlu, s. 183; Egger, s. 178, 179, 180; Schwarz, s. 153; Saymen/Elbir, s. 255; Çakın, s. 37, 50; Schwartz/Mimaroglu, s. 337; Veldet, s. 266; Yalçınkaya/Kaleli, s. 1125- 1159; Kara, s. 35 vd.; Avcı, s. 29 vd.; Korkmaz, s. 62; Okumuş, s. 78; Öztürk, s. 54; Ateş, s. 743). Başlıklar altında sıra-

somut ilişkide yaşanmış olay ve olguların, eşler için ortak hayatı sürdürmelerinin beklene-meyeceği derecede evlilik birliğini sarmaya yetecek düzeyde olup olmadığı, eşlerin özel durumlarını dikkate alarak belirleyecek olması nedeniyle, çekilmezlik, doktrinde, subjektif şart (unsur) olarak kabul edilmiştir⁶¹. Eşlerin hâkim tarafından dikkate alınması gereken özel durumları ile anlatılmak istenen ise, mizaç, karakter, duygusal, düşünsel ve ruhsal yapılar, sosyal ve ekonomik konum, yetişme şartları, hayat tarzları, aile terbiyesi, olaylar karşısındaki farklı tepkiler, gelenek-görenekler ve kültürel konum ile eğitim durumu gibi⁶² farklı ölçütlerin, kararda belirleyici rolüdür. Hâkim, geçimsizlik ya da objektif olarak ortak hayatı çekilmez kılabilecek başka bir olgunun varlığını, somut olaydaki eşler açısından ortak hayatı çekilmez kılmaya elverişli olup olmadığını, hem somut olayın özelliklerine göre⁶³ hem de bu gibi ölçütleri dikkate alarak karar verecektir. Bu nedenle, 166. maddede, bir hüküm içi boşluğun varlığından söz etmek mümkündür. Zira mevcut hükmün çerçevesi çizilmiş olmakla beraber, hâkimin, her somut ilişkinin ve eşlerin özel durumlarına göre, burada örnek niteliğinde saymış olduğumuz ölçütleri dikkate alarak, söz konusu boşluğu - TMK m. 4 hükmünde ifadesini bulan takdir yetkisini kullanarak- doldurması gereklidir.

Yargıtay kararlarından konuya ilişkin çok çeşitli örnekler vermek mümkündür. Bunlara, davacı kocanın, davalı karısını dövmesi, davalının da değişik zaman ve yerlerde kocasına ağır hakaretleri gerçekleştirmiş bulunması⁶⁴, davalının eşini dövmesi, hakaret etmesi,

layacak olursak, doktrinde maddi birlik açısından, cinsel ilişkinin gerçekleştirilememesi, bazı hastalıklar; manevi birlik açısından, sadakatsizlik, güven duygularının sarsılması, eşin onur ve haysiyetine yönelik davranışlar, eşin dini inancına yönelik davranışlar; ekonomik birlik açısından ise, bağımsız ev tutulmaması, ailelerin hoş görülemeyecek davranışlar sonucunda ekonomik sıkıntı içinde bırakılması, şiddetli geçimsizliğin kaynağı olarak gösterilmektedir. Örnek kararlar için bkz., **Çakın**, s. 37 vd.

⁶¹ **Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 265; **Feyzioğlu**, s. 305; **Velidedeoğlu**, s. 183; **Saymen/Elbir**, s. 256; **Birsen**, s. 329; **Schwartz/Mimaroglu**, s. 338; **Arsebük**, s. 748; **Avcı**, s. 26; **Veldet**, s. 266, 267; **Akgün**, s. 73; **Öztaş**, s. 409; **Kara**, s.27; **Kaçak**, s. 41; **Korkmaz**, s. 59; **Okumuş**, s. 67; **Özğür**, s.185; **Güneşlioğlu**, s. 16; **Öztürk**, s. 46 vd.; **Öztaş**, (makale), s. 718; **Zevkililer/Acabey/Gökayla**, s. 998, 1001; **Yalçınkaya/Kaleli**, s. 1159 vd. Doktrinde subjektif şartı, özel şart olarak isimlendirilenler de olmuştur (bkz., **Tutumlu**, s. 264; **Anıl**, s. 36).

⁶² **Tekinay**, s. 173; **Egger**, s.177; **Köprülü/Kaneti**, s. 174, 175; **Öztaş**, s. 406; **Akgün**, s. 73; **Kaçak**, s. 29; **Anıl**, s. 38; **Çakın**, s. 34; **Schwartz/Mimaroglu**, s. 338; **Toksöz**, s. 48; **Avcı**, s. 21; **Korkmaz**, s. 55; **Koç**, s. 35; **Öztürk**, s.37, 46. Doktrinde bunlara ilave olarak, sanata, müziğe, güncel olaylara karşı ilgisizlikler, siyasi düşünce farklılıklarının da bu kapsamda sayılabileceği ifade edilmiştir (**Kılıçoğlu**, s. 137). Bkz., Yargıtay HGK., T. 13. 4. 1968, E. 1966/2-1486, K. 250: “[...] Eşlerin evlendiklerinden kısa bir zaman sonra Medeni ve kültür seviyeleriyle bağdaşmayacak, evlilik birliğini kökünden sarsacak şekilde ihtilafa düşmeleri [...]” (**Yazıcı/Atasoy**, s. 269). Eklemek gerekir ki, eşler arasında anatomik farklılıkların bulunması ya da fizyolojik rahatsızlıkların mevcut olması, eşlerin kusuru olmadan ortak hayatı çekilmez kılabilecek durumlara örnek verilebilir (bkz., **Avcı**, s. 57).

⁶³ Somut olayda, söz konusu bu ölçütler ile birlikte değerlendirilmesi gereken başka unsurlar da söz konusu olabilir. Örneğin, eski olayların yıllar sonra ileri sürülmemesi, kişinin kötü alışkanlıklarını bırakması, eşlerin yaşı ve evlilik süresinin evliliğe etkisi (örneğin, evlilik süresinin çok kısa olduğu evlilikler bakımından, ortak hayatın sürdürülebilir olup olmadığına yönelik değerlendirme yapmak, çok kesin bir sonuç vermeyebilir), çocukların geleceği ve psikolojik durumları, aynı evin paylaşılıyor olmasına rağmen evlilik birliğinin sağlıklı bir şekilde sürdürülüyor oluşu gibi. Ayrıntılı bilgi için bkz., **Tutumlu**, s. 265, 266; **Gençcan**, s. 45-49; **Öztaş**, s. 242-328; **Öztaş**, s. 411, 412; **Egger**, s. 181.

⁶⁴ Yargıtay 2. HD., T. 13.2. 1990, E. 127927, K.1801 (**Anıl**, s. 234); aynı yönde bkz., Yargıtay HGK., T. 24. 3. 1969, E. 1966/2-664, K. 200: “[...] davacı kocanın karısını yolda dövdüğü [...] geçimsizliği doğuran mühim bir sebep olduğundan[...]”; aynı yönde bkz., Yargıtay HGK., T. 13. 11. 1968, E. 1967/2- 581, K. 751 (**Yazıcı/Atasoy**, s. 266).

evi terk etmesi⁶⁵, davalı kadının yedi yaşındaki üvey çocuğunu babası evde olmadığı zaman hatta soğuk havalarda aç ve perişan halde sokakta bırakması, eve almaması, davalının da kocasını küçük görüp hakaret etmesi⁶⁶, davalı kocanın davacı karısına fiziksel şiddet uygulaması⁶⁷; “kocanın karısını eve kilitlemesi”⁶⁸, “hangi nedenle olursa olsun, cinsel uyum ve doyumun sağlanamaması[...]⁶⁹, “bakire olarak evlenildiği kabul edilen kızın, zıfaf gecesi bakire olmadığından anlaşılması[...]⁷⁰, “kocanın geçen yedi aylık süre zarfında cinsel ilişkiyi başaramaması[...]⁷¹, kocanın güven sarsıcı davranışlarda bulunması, karının eşine muhtelif zaman ve yerde ağır hakaret etmesi⁷², “davalı eşin, davacıya ‘hayvan herif, köpek, eşoğlu eşek, gidişin olsun da dönüşün olmasın’ gibi sözlerle, sürekli biçimde ağır sözlerle saldırıda bulunması[...]⁷³, kocanın, karısını metresiyle birlikte oturmaya zorlaması⁷⁴, tarafların ruhi uyumsuzluk içinde bulunmaları⁷⁵, kadının kumara düşkün olması ve bu yüzden aralarında geçimsizlik çıkması⁷⁶, kocasının karşı çıkmasına rağmen kız kardeşini, aynı evde yanlarında bulundurmakta ısrar etmesi⁷⁷, bir kimsenin yıkanmak gibi bir medeni gereği haklı sebep olmaksızın yerine getirmemesi⁷⁸, “davalı kadının karı koca arasında gizli kalması gereken aile mahremiyetlerini gelişi güzel açığa vurması[...]⁷⁹, kadının başka erkeğe özlemine dile getirmesi⁸⁰, güven sarsıcı davranışlar sergilenmesi⁸¹, eşlerden birinin diğerine ütü fırlatarak yüzünde ve kolunda yanıklar oluşturması⁸², kadının kuyumcudan bilezik çalması⁸³, kocanın başka bir kadından olan çocuğunu nüfusuna geçirmesi⁸⁴, eşlerin birbirlerine sadakatsizlik göstermesi⁸⁵, kocanın evin kilidini değiştirmesi ve yeni anahtarını eşine vererek eve almaması⁸⁶, kadının başka erkeklerle kaçarak onunla birlikte yaşaması⁸⁷ gibi durumlar, örnek olarak gösterilebilir.

⁶⁵ Yargıtay 2. HD., T. 8. 2. 2005, E. 16628, K. 1555 (Anıl, s. 234, 235).

⁶⁶ Yargıtay 2. HD., T. 6.6. 1967, E. 2639, K. 3163 (Yazıcı/Atasoy, s. 302).

⁶⁷ Yargıtay 2. HD., T. 24. 1. 2007, E. 21592, K. 364 (Anıl, s. 235).

⁶⁸ Yargıtay 2. HD., T. 26. 12. 2005, E. 15434, K. 18137 (Anıl, s. 235).

⁶⁹ Yargıtay 2. HD., T. 25. 1. 1990, E. 9339, K. 4015 (Anıl, s. 236, 237).

⁷⁰ Yargıtay 2. HD., T. 12. 10. 1961, E. 5788, K. 6084 (Anıl, s. 238).

⁷¹ Yargıtay 2. HD., T. 27. 10. 1995, E. 9955, K. 11155 (Anıl, s. 238).

⁷² Yargıtay 2. HD., T. 23. 6. 1992, E. 5526, K. 7101 (Anıl, s. 242).

⁷³ Yargıtay 2. HD., T. 16.1.2003, E. 14269, K. 355. Aynı yönde bkz., Yargıtay HGK., T. 11. 3. 1953, E. 81, K. 7; Yargıtay 2. HD., T. 9. 6. 2003, E. 4983, K. 8423; Yargıtay HGK., T. 14. 6. 1961, E. 53, K. 26; Yargıtay 2. HD., T. 5. 7. 1988, E. 91245, K. 10101; Yargıtay 2. HD., T. 9. 3. 2000, E. 1174, K. 3110; Yargıtay HGK., T. 21. 2. 2001, E. 359, K. 361 (Anıl, s. 243- 245).

⁷⁴ Yargıtay 2. HD., T. 9. 5. 1967, E. 2132, K. 2548 (Anıl, s. 246).

⁷⁵ Yargıtay 2. HD., T. 5. 7. 1952, E. 480, K. 3777 (Anıl, s. 246).

⁷⁶ Yargıtay HGK., T. 4. 5. 1968, E. 1966/2-1107, K. 299 (Yazıcı/Atasoy, s. 268, 269).

⁷⁷ Yargıtay HGK., T. 13. 1.1968, E. 966/2-1075, K. 19 (Yazıcı/Atasoy, s. 273).

⁷⁸ Yargıtay HGK., T. 11. 3. 1964, E. 604/D.2, K. 195 (Yazıcı/Atasoy, s. 278).

⁷⁹ Yargıtay HGK., T. 8. 11. 1961, E. 2/67, K. 42 (Yazıcı/Atasoy, s. 282). Bu konuda verilen kararlar için ayrıca bkz., Yazıcı/Atasoy, s. 264-331.

⁸⁰ Yargıtay 2. HD., T. 16. 4. 1981, E. 2862, K. 2898 (HukukTürk).

⁸¹ Yargıtay 2. HD., T. 2. 10. 2019, E. 5322, K. 9539 (Kazancı).

⁸² Yargıtay 2. HD., T. 8. 6. 2010, E. 2009/6125, K. 2010/11284 (Kazancı).

⁸³ Yargıtay HGK., T. 19. 11. 1997, E. 2-736, K. 952 (Kazancı).

⁸⁴ Yargıtay HGK., T. 2. 4. 1997, E. 2-46, K. 294 (Kazancı).

⁸⁵ Yargıtay 2. HD., T. 13. 12. 2010, E. 2009/19948, K. 2010/20775 (Kazancı).

⁸⁶ Yargıtay 2. HD., T. 22. 12. 2010, E. 2009/20308, K. 2010/21275 (Kazancı).

⁸⁷ Yargıtay 2. HD., T. 30. 6. 2010, E. 2179, K. 13131 (Kazancı).

Yargıtay'ın 1965 tarihinde vermiş olduğu bir kararda, düğün yapmamanın, şiddetli geçimsizlik (evlilik birliğinin temelinden sarsılması) sebebine dayalı olarak açılan davada, boşanma sebebi olarak kabul edilmeyeceği belirtilmiş iken,⁸⁸ yeni sayılabilecek bir Yargıtay kararına göre⁸⁹ “düğün yapmama”nın, evlilik birliğini temelinden sarsan bir sebep olarak kabul edildiğini de buraya eklemek istiyoruz.

Bu başlık altında, Yargıtay'ın ortak hayatta çekilmezlik yaratan hallere dair verdiği kararlardan farklı içerik ve konu başlıklarına dair örnekleri buraya almaya çalışsak da, bu konuda bir tüketme ilkesinden söz edemeyeceğimiz açıktır⁹⁰.

4.3. Kusurun bir unsur olarak aranıp aranmayacağı meselesi ve Eski Medeni Kanun zamanındaki durum

Evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedenine dayalı olarak açılacak boşanma davalarında eşlerin kusur durumunun davaya etkisini incelerken, öncelikle, eski Medeni Kanun'un ilgili hükümlerini ve eski MK döneminde verilen Yargıtay kararlarının ne yönde olduğunu ve buna ilişkin değerlendirmeleri bu başlık altında ele alacağız. Daha sonra, Kanunda yapılan değişiklik ile yürürlükteki Türk Medeni Kanunu'nun 166. maddesindeki düzenlemeyi ve bu dönemlerde verilen Yargıtay kararlarının ne yönde şekillendiğini de ayrı başlıkta ele alarak değerlendireceğiz.

Eski Medeni Kanun'un konuyu düzenleyen 134/II hükmü, 3444 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce şu şekilde idi: “eğer geçimsizlik, iki taraftan birine daha ziyade kabili isnad ise, boşanma davasını ikame hakkı ancak diğer tarafa aittir”. Madde metninden anlaşıldığı kadarıyla, eski MK zamanında bu sebebe dayalı olarak dava açabilmenin şartı, kusursuz olmak ya da diğer eşe göre daha hafif kusurlu olmak idi. Eş deyişle, eşler arasında şiddetli geçimsizlik mevcut olsa bile, bunu yaratan ya da diğer eş açısından ortak hayatı kusuruyla sürdürülemez hale getiren eşin bu davayı açma hakkı bulunmamakta idi. Doktrinde, kusur sorununun hâkim tarafından re'sen göz önünde tutulup tutulmayacağı meselesi, çok tartışmalı idi. Bu konuda Yargıtay tarafından da benimsenen birinci görüşteki yazarlar tarafından, hâkimin en önemli görevinin kusur araştırması yapmak, kusura ilişkin bütün hususları re'sen dikkate almak⁹¹ ve davacının tamamen kusurlu ya da daha fazla kusurlu⁹²

⁸⁸ Yargıtay 2. HD., T. 30. 3. 1965, E. 1051, K. 1699: “[...] evlilik birliği, nikah akdiyle tamamlanmış olur. Koca, düğün merasimi icrasına zorlanamaz [...]” (İnal, s. 332); ayrıca bkz., **Yalçınkaya/Kaleli**, s. 1164. Aynı yönde bkz., Yargıtay 2. HD., 5. 7. 1971, E. 4422, K. 4376 (**Kaçak**, s. 109); Yargıtay 2. HD., T. 17. 12. 1985, E. 10502, K. 10806 (**Yalçınkaya/Kaleli**, s. 1164).

⁸⁹ Bkz., Yargıtay HGK., T. 21. 3. 2019, E. 2017/2-1931, K. 2019/340 (<http://karamercan hukuk.com>).

⁹⁰ Geçimsizlik sayılan hallere örnek olarak bu yönde verilmiş karar örnekleri için ayrıca bkz., **Erdem**, (Sabri), s. 187-198; **Yalçınkaya/Kaleli**, s. 1116-1121, 1252-1298; **Köseoğlu/Kocaağa**, s. 53-99; **Anıl**, s. 234-250; **Yazıcı/Atasoy**, s. 265-331; **Velidedeoğlu**, s. 206-213; **Feyzioğlu**, s. 310-315. Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olan olgular ile ilgili karar örnekleri için bkz., **Okumuş**, s. 69-75; **Toksöz**, s. 59-103; **Korkmaz**, s. 62-90; **Çelik**, s. 68-87; **Köseoğlu/Kocaağa**, s. 53-103; **Anıl**, s. 154 vd.

⁹¹ Esasen burada, maddi hukuka ilişkin savunma vasıtalarından olan itiraz kavramından söz edilmektedir. İtiraz, bir hakkın doğumuna engel olan veya hakkı sona erdiren olguları ileri sürmek olarak tanımlanmakta olup, itirazın özelliği, ilgilisi tarafından ileri sürülmemiş olsa bile, hâkimin bunu re'sen dikkate almasıdır (bkz., Mustafa **Dural/Suat Sarı**, Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2018, s. 267; Kemal **Oğuzman/Nami Barlas**, Medeni Hukuk, 22. Bası, İstanbul 2016, s. 331, 332; Hüseyin **Hatemi**, Medeni Hukuka Giriş, 4. Bası, İstanbul 2010, s. 172; Rona **Serozan**, Medeni Hukuk Genel Bölüm, Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 2008, s. 278; **Yalçınkaya/Kaleli**, s. 1184, 1185).

olduğunun tespiti halinde, karşı tarafın ileri sürmesine gerek olmadan (re'sen)⁹³ davayı reddetmek olduğu öne sürülmüştü. Bu görüşe göre, evlilik birliğinin temelinden sarsılması halinde boşanma sebebi kusura dayanmamakla beraber, geçimsizliğin doğumu kusura dayanıyorsa, dava hakkı, hiç kusuru olmayan ya da kusuru daha az olan eşe aitti. Aksi halde, hâkim açılan davayı kendiliğinden reddetmeliydi. Çünkü *kimse kendi kusuruna dayanarak hak iddia edemez (nemo audiatur propriam turpitudinem allegans)* kuralının özünü taşı-

⁹² Yargıtay HGK., T. 11. 3. 1964, E. 607/2, K. 197 sayılı kararına göre, “[...] taraflar arasındaki geçimsizlik, kocanın kusurlu davranışından ileri gelmektedir [...] Kusurlu tarafın boşanma davası açmağa hakkı olmadığından [...]” (Yazıcı/Atasoy, s. 278); Yargıtay HGK., T. 24. 3. 1969, E. 664, K. 200 sayılı kararında, davacının eşini yolda dövdüğü bir olayda geçimsizliğin davacıya daha çok isnad edilebilir olmasından ötürü, dava hakkının bulunmadığına karar vermiştir (Yazıcı/Atasoy, s. 266). Aynı yönde bkz., Yargıtay HGK., T. 17. 2. 1968, E. 271594, K. 89 sayılı kararına göre, davacının geçimsizliğe kendi haksız hareketleriyle, eşini dövmesi ve fena muamele etmesi sebebiyle, boşanmayı istemeye hakkı olmadığı belirtilmiştir (Yazıcı/Atasoy, s. 270). Yargıtay 2. HD., T. 9. 12. 1985; E. 10185, K. 10406; “Kimse kendi eylemine ve kusuruna dayanarak bir hak elde edemez. Olayda asılsız haberi çıkaran davacı kocadır. O halde kendi kusur ve eylemine istinad ederek boşanma davası açamaz.” (Kazancı); Yargıtay 2. HD., T. 8. 6. 1981, E. 2497, K. 4384: “[...] davacının daha çok kusurlu olduğu gerçekleştiği için davanın reddedilmesi sonucu bakımından doğru olup [...]” (Kazancı); Yargıtay 2. HD., T. 14. 11. 1969, E. 4847, K. 5132: “[...] kendi başına delil toplayan, gizlice ses bandı dolduran davacı, elbette geçimsizliği kendisi ihdas etmiş durumdur [...] bu şartlar altında, davacının geçimsizliğe dayanarak boşanma istemeye hakkı yoktur [...]” (Yazıcı/Atasoy, s. 289); Yargıtay 2. HD., T. 9.5. 1967, E. 2132, K. 2548: “[...] Davacı kocanın başka bir kadınla münasebet tesis ederek metres hayatı yaşaması ve Şamile adındaki bu kadından bir de çocuğunun dünyaya gelmesi yüzünden kusurlu olduğunda şüphe yoktur [...] kusurlu olan kocanın [...] dava hakkı olmayacağı [...]” (Yazıcı/Atasoy, s. 303). Daha az kusurlu eşin dava açma hakkının varlığı ile ilgili olarak bkz., Yargıtay 2. HD., T. 8. 6. 1981, E. 2497, K. 4384: “[...] Medeni Kanunda geçimsizlik sebebiyle boşanma davasında, kusur esaslı öngörülmemiştir. Ancak geçimsizliğin doğumu kusura dayandığı takdirde dava hakkı, kusuru olmayan veya daha az olanındır (MK. m. 134/2). Mahkemece bu kuralın uygulanmasında hata yapılmış ise de olayda davacının daha çok kusurlu olduğu gerçekleştiği için davanın reddedilmesi sonucu bakımından doğru olup [...]” (Kazancı). Boşanmaya sebep olan olaylarda daha çok kusurlu eşin boşanmayı istemeye hakkı olmadığı yönünde bkz., Yargıtay HGK., T. 27. 6. 1970, E. 114, K. 367; Yargıtay HGK., T. 26. 12. 1970, E. 942, K. 770; Yargıtay HGK., T. 9. 2. 1972, E. 365, K. 77; Yargıtay HGK., T. 8. 7. 1981, E. 200, K. 568; Yargıtay HGK., T. 5. 12. 1971, E. 303, K. 731 (Feyzioğlu, s. 310-314); Yargıtay 2. HD., T. 6. 11. 1975, E. 6689, K. 3465; Yargıtay HGK., T. 9. 12. 1964, E. 2/692, K. 705 (Tekinay, s. 186, 187); Yargıtay HGK., T. 6. 1. 1965, E. 10/D-2, K.3 (Yazıcı/Atasoy, s. 278). Benzer yönde kararlar için bkz., Erdem, (Sabri), s. 210 vd.

⁹³ Dava açma hakkının kusursuz eşte olduğu ve karşı tarafın ileri sürmesine gerek olmadan hâkimin, kusurlu eşin açtığı davayı reddedeceği yönünde bkz., Akgün, s. 74; Tekinay, s. 193; Günensay, s. 82; Arsebük, s. 749, 750; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 104. Öztürk (s. 89’da), “kanun değişikliğinden önce resen dikkate alınacak olan kusur [...]” şeklindeki ifadesi ile, bu görüşte olduğunu ifade etmiştir. Yargıtay’ın, 134. maddeye dayanılarak açılan davalarda hâkimin kusuru re’sen inceleyeceği (def’i değil itiraz niteliğinde olduğu) ve kusurun ya da daha fazla kusurun davacıda olduğuna kanaat getirirse derhal davayı reddetmesi gerektiği yönünde verdiği karar örnekleri için bkz., Yargıtay HGK., T. 13. 9. 1961, E. 2/63, K. 30; Yargıtay HGK., T. 9. 7. 1958, E. 2-50, K. 40; Yargıtay HGK., T. 27. 1. 1960, E. 2/5, K. 5; Yargıtay 2. HD., T. 4. 10. 1951, E. 6362, K. 6263 (Birsen, s. 320); Yargıtay HGK., T. 23. 1. 1963, E. 2/75, K. 7 (Tekinay, s. 186, 187). Örneğin bkz., Yargıtay HGK., T. 11. 9. 1963, E. 2/19, K. 66 sayılı kararında şöyle demektedir: “[...] zina gibi bir sebeple kusurlu bulunan davacının boşanma davası açmağa hakkı bulunmadığına [...]MK. 134. maddesinde öngörülen dava hakkına ilişkin şartlar Türk hukukunda, hâkim tarafından kendiliğinden gözönünde tutulacağından [...]” (Yazıcı/Atasoy, s. 281). Belirtmek gerekir ki, Eski Kanun zamanında itirazın hukuki niteliği üzerinde de tartışma vardı. Bu tartışmalar için bkz., Cansel, s. 85 vd.

yan⁹⁴ söz konusu MK m. 134/II hükmünün, bir kimsenin kendi kusuru ile sebep olduğu geçimsizliğe boşanma nedeni olarak başvurulmasını önleme yönündeki amacı, bu şekilde gerçekleşmiş olacaktı⁹⁵.

Örneğin, Yargıtay'ın 1982 tarihinde verdiği bir kararın ilgili kısmı: “*Kocanın karısını dövdüğü anlaşılmış, buna karşı koca kendisi ile cinsel ilişkiye yanaşmadığı için karısını dövdüğünü bildirmiştir. Cinsel ilişki birliğin devamının temel unsurlarından biri ise de kadının yanaşmaması halinde dövülmesi için bir sebep olamaz. Tarafların belirlenen karşılıklı tutumları gözetildiği takdirde ortak hayatın çekilmez hal aldığı ve şiddetli bir geçimsizliğin varlığı kabul olunarak boşanmaya karar verilmesi gerekirken [...]”* şeklinde olup, Yargıtay tarafından geçimsizliği kendi haksız eylemiyle yaratan kocanın boşanmayı istemeye hakkı olmadığı ileri sürülmüştür⁹⁶. 1986 yılında verilen bir kararın ilgili kısmı ise: “*Eşlerin uzun süre ayrı yaşamaları başlı başına geçimsizlik sebebi sayılamaz. Davalının, davacının şeref ve haysiyetini rencide edici şekilde sözler söylediği ispatlanmadığı gibi aksine davacının başka bir kadınla ilişki içerisinde bulunduğu gerçekleşmiştir. Şu durumda davacı kusurlu olup dava açmak hakkı bulunmadığından davanın reddi zorunludur”* şeklindedir⁹⁷.

Bu görüşü savunan yazarların bir diğer gerekçesine göre ise, uygulamada davacının hemen hemen eşinden bıkmış ve kusurlu olan koca olduğu, ekonomik açıdan güçsüz ve hayat tecrübesi de zayıf olan kadınlar açısından boşanmanın her bakımdan bir yıkım olduğu gerekçe gösterilerek, kadının kendisini korumasını beklemek yerine, mahkeme tarafından re’sen korunmasının ülke gerçeklerine daha uygun olduğu öne sürülmüş ve hükmün, “*Yargıtayca uygulanış tarzı genel çizgileriyle kıvanç verici*” olarak kabul edilmiştir⁹⁸.

Bu konudaki ikinci görüşe göre ise, söz konusu hüküm, lafzı itibariyle, daha fazla kusurlu olan eşin dava hakkı olmadığı şeklinde yorumlanabilse de ruhu itibariyle, burada bir davadan yasadışı hale bulunmamaktadır. Burada hükmün amacının, hiç kimsenin kendi yaptığı haksızlığa dayanarak hukuki menfaat temin etmesinin caiz olamayacağı yönündeki ilkeye dayandığı yinelenerek, boşanmaya sebep olan olaylarda kusurlu olan eşin, kusursuz ya da daha az kusurlu olan diğer eşin rızasına aykırı olarak boşanma talebinde bulunamayacağı ifade edilmiş, ancak kusursuz eş, kendisini koruyan bu düzenlemeden istifade edip etmemekte serbest olduğu için, hâkimin, kusur isnadı yok ise davacının daha kusurlu olduğunu re’sen araştırmayacağı fikri savunulmuştur⁹⁹. Başka bir deyişle, kusurun dava hakkının varlığını ortadan kaldıran bir dava şartı olmadığını savunan bu görüşe göre, kusuru daha

⁹⁴ Cansel, s. 84.

⁹⁵ Köprülü/Kaneti, s. 176; Akgün, s. 74; Kaçak, s.50; Arsebük, s. 749.

⁹⁶ Yargıtay 2. HD., T. 3. 5. 1982, E. 1982/3427, K. 1982/3948 (Kazancı). Yargıtay HGK., T. 6. 1. 1965, E. 10/D-2, K. 3: “[...] Davacının karısına karşı açtığı boşanma davası şiddetli geçimsizlik sebeline dayanmaktadır. Medeni Yasanın 134/2 nci maddesi uyarınca müşterek hayatın çekilmez bir hale gelmesine yol açan geçimsizlikte daha fazla kusurlu olan tarafın dava açmağa hakkı yoktur [...]” (Yazıcı/Atasoy, s. 277, 278); aynı yönde bkz., Yargıtay HGK., T. 11. 3.1964, E. 607/2, K. 197 (Yazıcı/Atasoy, s. 278). Ayrıca bkz., Feyzioğlu, s. 318, 319; Tekinay, s. 184-188; Erdem, (Sabri), s. 210-215.

⁹⁷ Yargıtay HGK., T. 7. 3. 1986, E. 1984/2-586, K. 1986/207 (Kazancı).

⁹⁸ Ayiter, s. 173, 174.

⁹⁹ Velidedeoğlu, s. 185; Birsen, s. 329, 331; Egger, s. 183 vd.; Veldet, s. 268; Schwarz, s. 156; Saymen/Elbir, s. 257, 258; Akipek, s. 57, 58; Yalçınkaya/Kaleli, s. 1186. Veldet (s. 268)’de, re’sen araştırma ilkesi kabul edilirse, kusur prensibinin geçerli olduğunu kabul etmenin gerekeceğini ifade etmiştir. Umar ise, burada kusurun dava temelini bir unsuru ya da itiraz olarak kabul edilmemesi ve re’sen dikkate alınmaması gerektiği görüşündedir (gerekçeler için bkz., Bilge Umar, “İmtizaçsızlık Sebeline Boşanmada Kusurun Rolü”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 1, Sayı:1, Ocak 1967, s. 125 vd., <http://www.dergipark.org.tr>).

fazla olan ya da tamamen kusurlu olan eş de dava açabilecek, davalı tarafından bu durumun öne sürülmesi ve davacının kusurunun ispatlanması halinde ise, hâkim davayı reddedecektir.¹⁰⁰ Burada, kusurun, dava hakkını ortadan kaldırmayacağı *Velidedeoğlu* tarafından şu şekilde izah edilmiştir: “*kusursuzluğu davacının dava hakkının tahakkukunda bir şart saymamak lazımdır. Kusur, dava hakkını ortadan kaldırıcı bir sebep değil, ona engel olucu bir sebeptir*”¹⁰¹. O halde, bu ikinci görüşe göre, hâkimin kendiliğinden kusur araştırması yapmasına gerek olmayıp, ancak davalı tarafından (def’i yoluyla)¹⁰² ileri sürülürse araştırma ödevi gündeme gelecek; ileri sürülmezse de bu durum davanın devam etmesine engel olmayacaktır.¹⁰³ *Gürsoy*’un bu konudaki açıklaması ise şu yönde olmuştur: “*Boşanma hukukunda buhran adıyla anılan bu durumun esas nedeni, Medeni Kanununumuzun şiddetli geçimsizliğe ilişkin bulunan 134/II hükmününün 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 itibara 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 davalı defan ileri sürebilir*”¹⁰⁴. Aynı görüşü paylaşan *Yalçınkaya/Kaleli* ise: “*Evlilik bağının onarılmaz biçimde sarsılması yerine eşlerden hangisinin daha kusurlu olduğunun araştırılması ve sonucuna göre hüküm kurulması, çağdaş hukuk anlayışında genel boşanma nedeninde göz önünde tutulmayan bir husustur. Kanımızca, evliliğin amacı hiçbir zaman kusurlu eş çezalandırmak ya da kusursuz eş ödüllendirmek olmamalıdır. Önemli olan sağlam ve sağlıklı bir evliliğin kurulması, mutlu ve huzurlu bir şekilde devamının sağlanmasıdır. Eğer bir evlilik amacına ve anlamına uygun bir görünüm göstermiyorsa, evlilik bağı sarsılmış, ortak yaşam çökmüş, düzen bozulmuş ve eşler bütün umutlarını yitirmişlerse, kusurun eşlerden birinde ya da öbüründe olması neyi ve nasıl değiştirecektir? Herşeyden önemlisi, kusurlu eşe dava hakkının tanınmaması, bu çöküşü nasıl ve ne ölçüde önleyebilecektir?*”¹⁰⁵ şeklinde bu konudaki görüşünü ifade etmiştir. *Cansel* ise, daha fazla kusurlu eşin açtığı davanın reddedilmesiyle, bu eşin pişman olup evlilik hayatını sorunsuz olarak devam etmek için çabalamasının beklenmemesi gerektiğini, hatta bunun aksine, mevcut ailesi ile ilişkisini tamamen kesip, eşini ve varsa çocuklarını yüzüstü bırakarak, başkaları ile evlilik dışı hayat sürmeye başlamasının ya da

¹⁰⁰ *Velidedeoğlu*, s. 186, 187; *Yalçınkaya/Kaleli*, s. 1186.

¹⁰¹ *Velidedeoğlu*, s. 185, 186.

¹⁰² Maddi hukuka ilişkin bir savunma vasıtası olan def’i, davalının dava konusu talebi yerine getirmekten kaçınmasına imkân veren bir hakkının bulunduğu anlamına gelmekte olup, def’ilerin mutlaka davalı tarafından açıkça ileri sürülmeleri şarttır (def’i kavramı ile ilgili olarak bkz., *Dural/Sarı*, s. 268; *Oğuzman/Barlas*, s. 333, 334; *Hatemi*, s. 173; Erhan *Adal*, Hukukun Temel İlkeleri, Genişletilmiş 11. Bası, İstanbul 2011, s. 781, 782; *Serozan*, s. 278; *Yalçınkaya/Kaleli*, s. 1184, 1185, geniş bilgi için bkz., Tuğçe *Tekben*, “Medeni Hukuk ve Usul Hukuku Açısından Def’iler”, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul 2010).

¹⁰³ *Veldet*, s. 268; *Saymen/Elbir*, s. 258; *Schwarz*, s. 156. Davalının, davacının kendisinden daha kusurlu olduğunu def’i yoluyla ileri sürebileceği konusunda bkz., *Birsen*, s. 329; *Akıpek*, s. 57, 58; *Velidedeoğlu*, s. 185. *Schwarz* (s. 156) da, hükmün açık bir ifade tarzı olmasa da, daha çok kusurlu olanın da dava açabileceğini ve bu durumun davanın düşme sebebi olmadığını; ancak diğer tarafın geçimsizliğin daha çok davacıya isnat edilebileceğini ileri sürmesinin mümkün olduğunu ve bunun da re’sen nazara alınmayacağını, def’i sayılması gerektiğini ifade etmektedir.

¹⁰⁴ *Gürsoy*, s. 35. *Gürsoy*, (s. 36’ da ise), bu Yargıtay uygulaması ile ilgili olarak “[...] kusurlu eş zararına, haksız sonuçlar doğurur bir nitelik arzemiş ve aralarında hiçbir hissi ve fiili hayat birliği olmadığı halde, kadavra halinde olan evliliklerin devam etmesine ve bunun sebep olduğu diğer sonuçların doğmasına yol açmıştır [...]” şeklinde görüş bildirmiştir.

¹⁰⁵ *Yalçınkaya/Kaleli*, s. 1183.

halihazırdaki bu tür bir ilişkiye devam etmesinin beklenebilir olduğunu ifade ederek, artık bu durumun ne eşlere, ne çocuklara ne de topluma faydası olmayacağı ve söz konusu kuralın tekrar gözden geçirilmesi gerektiğini ifade etmiştir¹⁰⁶. Bize göre de, özellikle davalının da boşanmak istediği hallerde, bu sonucu tekrar dava açma külfetine katlanmadan kısa sürede elde edebilmesi, bu ikinci görüşün sağlamış olduğu pratik bir sonuç olarak kabul edilmelidir. Gerçekten de burada davalı kendisi de istiyorsa, sessiz kalma yoluyla istediği boşanma sonucunu elde edebileceği için, aslında davacının kendi kusur ve eylemine dayanarak hak elde etmesi kuralı uygulama alanı bulmamakta ve ayrıca davacının böyle bir hak elde etmesine engel olmak da, aslında kusursuz davalının kararına bırakılmış gözükmektedir¹⁰⁷.

Bu bağlamda doktrinde, söz konusu maddede kusur ya da kabahat yerine, *kabili isnad olma* ifadesinin yer almasına da dikkat çekildiğini görmekteyiz¹⁰⁸. İsnad kavramı, sözlüklerde “*dayandırma, yükleme, birisi için, bir şeyi yaptı demek, iftira etmek*”¹⁰⁹, “*üstüne atma, yükleme*”¹¹⁰ vb. biçimlerde tanımlanmıştır. Gerçekten de, boşanma sebebi olarak eşlerden birine yükletilebilecek, dayandırılabilir veya atfedilebilecek olan bir davranış ya da bir olgunun, mutlaka o eşin kusurlu olmasına bağlı olmadığı; bir eşin kusurunun, geçimsizlik ve çekilmezlik yaratabilecek tek sebep olmadığı açıktır. Bize göre de kusur, aslında bu davanın unsurlarından biri değildir. Ancak Kanuna göre kusur, boşanma davasının reddine yol açabilecek kadar etkili olmaktadır. Bu durum, Yargıtay uygulamasında, şiddetli geçimsizliğe ya da evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı boşanma davalarında, temelden sarsılma ve kusur prensibinin beraber uygulandığını ve kusurun gizli bir unsur (şart) haline getirildiğini göstermektedir¹¹¹. Esasen, birinci görüşün ve Yargıtay’ın hükmü uygulama tarzının tercih edilmesi halinde, bu genel boşanma sebebine artık evlilik birliğinin temelinden sarsılması prensibi yerine, kusur prensibinin yön verdiğini söylemek hatalı olmayacaktır¹¹². Zira her ne kadar bu durum, kanunun sözüne uygun olsa da, boşanma kavramına kusur prensibinin, temelden sarsılma prensibi ile farklı açılardan yaklaşması ve temelden sarsılmanın ya da ortak hayatın çekilmez hale gelmesinin eşlerin kusuru olmadan da gerçekleşebilmesi nedeniyle¹¹³, taraf menfaatlerine ve kanunun ruhuna uygun olan¹¹⁴ ikinci yorumu kabul etmenin daha isabetli olduğu düşüncesindeyiz.

Yargıtay uygulamasında, iki tarafın da ortak hayatı çekilmez hale getirmekte eşit kusurunun bulunduğu hallerde ise, her iki eşin de dava açabilmesinin kabul edildiğini görmek-

¹⁰⁶ Cansel, s. 89.

¹⁰⁷ Aynı yönde bkz., **Yalçınkaya/Kaleli**, s. 1187.

¹⁰⁸ **Saymen/Elbir**, s. 258. Ayrıca bkz., **Umar** (s. 122, 123’ de), meseleye benzer bir açıdan yaklaşımda olup, maddedeki “*kabili isnad olma*” durumunun mutlaka kusur tarzında tecelli etmesinin şart olmadığını belirtmiştir. Örneğin, eşlerden birinin cinsi iktidarsızlığı nedeniyle ortak hayatın devamı imkânsız hale gelmiş ise ve cinsi iktidarsız olan eş boşanma davasını açmışsa, söz konusu ikinci fıkranın unsurları gerçekleşmiş olacaktır. Yazara göre, olayda davacı eşin kusuru söz konusu olmadığı için, burada kusur meselesinden çok kabili isnad olma meselesinin mevcudiyeti kabul edilmelidir.

¹⁰⁹ Bkz., <https://www.luggat.com/isnad/1/1>.

¹¹⁰ **Uslu**, s. 155.

¹¹¹ Bu konuda bkz., **Yalçınkaya/Kaleli**, s. 1182, 1183.

¹¹² Davalının belki yargılamaya bile katılmadığı hallerde, mahkemenin katı bir şekilde kusuru re’sen inceleme uygulaması ile gerçekleşmesi ise, aslında mahkemeyi, teorik bir düzenlemeyi değiştirme yetkisi ile donatmak anlamına geldiği için sakıncalıdır. Bu konuda bkz., **Yalçınkaya/Kaleli**, s. 1188.

¹¹³ Bkz., dn. 53’e ait paragraf.

¹¹⁴ **Velidedeoğlu**, s. 186.

teyiz¹¹⁵. Doktrininde de, eşit kusurun bulunduğu hallerde, bu davanın açılmasına bir engel olmadığı ve def'i imkânından söz edilemeyeceği¹¹⁶; keza, her iki eşin de kusursuz olduğu ve ortada ortak hayatı çekilmez kılan bir geçimsizliğin bulunduğu hallerde de, yine her iki eşin dava hakkının bulunduğu¹¹⁷ kabul edilmiş ve söz konusu hükmün, kusur değil, temelden sarsılma prensibi çerçevesinde anlaşılması gerektiği de isabetli olarak ileri sürülmüştür¹¹⁸.

4.4. Eski Medeni Kanunda 3444 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ve Yeni Medeni Kanun'daki düzenleme çerçevesinde eşlerin kusur durumunun bir unsur sayılıp sayılmayacağı meselesi

3444 sayılı Kanun ile Medeni Kanun'un 134. maddesinde anlamlı bir değişiklik yapılmış olduğunu daha önce ifade etmiştik¹¹⁹. Başlık ve ilk fıkradaki düzenlemenin dışında, değişikliğin, maddenin ikinci fıkrası bakımından da söz konusu olduğunu eklemek gerekir. Değişiklik sonrasında ilgili düzenleme: “*Evlilik birliği, müşterek hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelden sarsılmış olursa, eşlerden her biri boşanma davası açabilir.- Yukarıdaki fıkra da belirtilen hallerde, davacının kusuru daha ağır ise davalının açılan davaya itiraz hakkı vardır. Bununla beraber bu itiraz, hakkın kötüye kullanılmasına niteliğinde ise ve evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa boşanmaya karar verilebilir*” haline gelmiştir.

Söz konusu değişikliğe ilişkin, 743 Sayılı Türk Kanunu Medenîsinin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun Tasarısının¹²⁰ Genel Gereke kısmında yer alan ifadeler

¹¹⁵ Bkz., Yargıtay 2. HD., T. 8. 6. 1967, E. 3331, K. 3199: “[...] Tarafların birbirlerinden ayrı yaşadıkları ve davacının başka bir erkekle, davalının da başka bir kadınla münasebet tesis eyledikleri ve bu durum karşısında iki tarafın da aynı derecede kusurlu oldukları anlaşılmıştır. Bu durum karşısında taraflar arasındaki bağın fiilen kopmuş olduğu ve artık böyle bir aileden toplum içinde fayda düşünülmemeyeceğinden [...]” (Yazıcı/Atasoy, s. 302); Yargıtay HGK., T. 30. 11. 1960, E. 2/49, K. 58: “[...] Geçimsizlik yaratmakta karı ve kocanın aynı derecede kabahatli olmaları halinde eşlerin boşanmalarına karar verilebilir [...]” (Yazıcı/Atasoy, s. 283). Kusur eşitse her iki eşin de dava açabileceği yönünde ayrıca bkz., Yargıtay HGK., T. 17. 2. 1960, E. 12, K. 11; Yargıtay HGK., T. 14. 10. 1964, E. 777, K. 620; Yargıtay HGK., T. 18. 10. 1972, E. 1969/2, K. 847; Yargıtay 2. HD., T. 24. 6. 1971, E. 4098, K. 4103; Yargıtay HGK., T. 8. 1. 1969, E. 1967/2, K. 703/730 (Öztaş, s. 405 vd.). Yargıtay 2. HD., T. 8. 6. 1967, E. 3331, K. 3199; Yargıtay 2. HD., T. 26. 4. 1983, E. 3686, K. 3764 (FeYZioğlu, s. 319, 320); Yargıtay HGK., T. 14. 10. 1964, E. 777/D-2, K. 620 (Yazıcı/Atasoy, s. 278). Benzer kararlar için bkz., Erdem, (Sabri), s. 198 vd. Kusur konusunda Yargıtay'ın belirlediği ilkeler ve temel kurullarla ilgili olarak ayrıca bkz., Yalçınkaya/Kaleli, s. 1195 vd.

¹¹⁶ Akgün, s. 76; Köprülü/Kaneti, s. 177; Arsebük, s. 750.

¹¹⁷ Egger, s. 184; Akgün, s. 75, 76; Arsebük, s. 750; Ayiter, s. 171 vd. Yargıtay HGK., T. 20. 1. 1965, E. 515/D-2, K. 40 sayılı kararına göre: “[...] şiddetli geçimsizlik sebebine dayanan boşanma davasında, her iki tarafın kusursuz olması halinde dahi boşanma kararı verilebilir[...]” (Yazıcı/Atasoy, s. 277). Ayrıca bkz., Yargıtay 2. HD., T. 2. 5. 1952, E. 3013, K. 2681: “[...] Davalıda mevcut ademi iktidar sebebiyle boşanmaya karar verilmesinde bir yolsuzluk yoksa da, geçimsizliğin davalının elinde olmayan bir sebepten ileri gelmiş olması karşısında [...]” (Yazıcı/Atasoy, s. 331).

¹¹⁸ FeYZioğlu, s. 307 vd.; Velidedeoğlu, s. 185. Hukuk dünyasını ikiye bölen ve üzerinde titize düşünlmesi gereken bu durumdan sonra, boşanma hukukunda bazı yeniliklerin yapılması fikri gündeme gelmiş olup, daha sonra yapılan çalışmalarda, düzenlenen seminer ve konferanslarda maddenin sakinçali olduğuna dair getirilen eleştiriler kadar, maddenin değiştirilmesine şiddetle karşı çıkanlar da olmuştur. Bu hususa ilişkin ayrıntılı bilgi ve açıklamalar için bkz., Gürsoy, s. 36 vd.

¹¹⁹ Bkz., dn. 22, 23.

¹²⁰ TBMM, Dönem 18, Yasama Yılı: 1, S. Sayısı: 25, 743 Sayılı Türk Kanunu Medenîsinin Bazı Maddelerinin ve 818 Sayılı Borçlar Kanununun 49 ncu Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun

şu şekildedir: “Türk Kanunu Medenîsinin geçimsizlik «imtizaşsızlık» sebebiyle boşanma hükümleri toplumumuzu en çok meşgul eden konular arasında olup, bir eşin kendi kusuru ile evlilik birliğini sarsmış olmasına rağmen geçimsizliğe dayanarak boşanma davası açamaması ve eşlerin boşanma için anlaşmış olmalarının boşanma kararı verilmesi için yeterli sayılmaması sebebiyle evlilik birliğini temelden sarsan olayların vukuuna rağmen boşanma kararı verilememesi eşleri müşkül durumda bırakmakta, eşler füilen ayrı yaşamakta, evlilik sadece hukuken devam etmektedir. İşte bu iki sebebe işlerlik kazandırabilmek için yeni düzenleme ile, belli şartların tahakkuku halinde; daha ziyade kusurlu eşe de boşanma davası açma hakkı tanınmış ve kendi aralarında anlaşarak karar vermiş kimselere de bu imkân sağlanmıştır [...]”

Tasarıda söz konusu 134. maddeye ait olan değişikliğin gerekçesinin ilgili kısmı ise, şu şekildedir: “[...]134'üncü maddenin birinci fıkrasında yer alan 'Eğer geçimsizlik, iki taraftan birine daha ziyade kabili isnat ise, boşanma davasını ikame hakkı ancak diğer tarafa aittir.' hükmünün kati bir tarzda uygulanması şikayetlerin odak noktasını teşkil etmektedir. Tasarıda aile müessesesini zayıflatmayacak fakat devamında fayda bulunmayan evliliklerde de sırf davacı daha fazla kusurludur diye boşanmayı engellemeyecek bir çözüme yer verilmiştir. Evvela herhangi bir kusur şartı aranmaksızın evlilik birliğini temelden sarsan geçimsizliğin boşanma sebebi teşkil edeceği temel kural olarak birinci fıkrada kabul edildikten sonra ikinci fıkrada evlilik birliğini temelden sarsacak boşanma sebebi teşkil eden olaylarda davacının daha fazla kusurlu olması halinde davalının boşanmaya itiraz edebileceği belirtilmiştir. Şayet evliliğin devamında davalı eş ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir menfaat kalmamışsa, daha genel bir ifadeyle davalının boşanmamakta direnmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise, itiraz etkisini kaybedecek ve davacı daha fazla kusurlu olmasına rağmen hâkim boşanmaya karar verebilecektir [...]”¹²¹.

Söz konusu hükmün 3444 sayılı Kanunla değiştirilmiş hali, 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren mevcut Medeni Kanunumuz açısından da aynen benimsenmiş olup, konuyu düzenleyen TMK m. 166/II hükmü şu şekildedir: “Yukarıdaki fıkrada belirtilen hâllerde, davacının kusuru daha ağır ise, davalının açılan davaya itiraz hakkı vardır. Bununla beraber bu itiraz, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise ve evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa boşanmaya karar verilebilir.”

Söz konusu yeni düzenleme uyarınca, bu boşanma sebebinde kusur prensibinin geçerli olup olmadığına ilişkin belirsizlik ortadan kalkmış ve evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olan olaylarda kusurlu olan eşe de dava açma hakkı tanınmıştır¹²². Du-

Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu için bkz., <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d18/c010/tbmm18010064ss0025.pdf>.

¹²¹ Bkz., <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d18/c010/tbmm18010064ss0025.pdf> (Erişim Tarihi: 16.03.2020).

¹²² Akıntürk/Ateş Karaman, s. 266; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 119, 121; Öztan, s. 413; Kılıçoğlu, s. 139; Anıl, s. 40; Kara, s. 72; Avcı, s. 53; Okumuş, s. 116, 117; Ceylan, s. 320; Koç, s. 8, 35, 38; Öztürk, s. 87; Kaçak, s. 50, 51; Öztan, (makale), s. 721; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 998, 1002; Burcuoğlu, (Gözlemler), s. 4; Tutumlu, s. 267; Gençcan, s. 229; Ergün, (Armağan), s. 453. Yargıtay 2. HD., T. 16. 12. 2015, E. 9589, K. 24193: “[...]davacı erkeğin davası yönünden Türk Medeni Kanununun 166/2. maddesi koşullarının oluştuğu, olayların akışı karşısında davacı-davalı erkeğin de dava açmakta haklı olduğu[...]” (Kazancı); Yargıtay 2. HD., T. 16. 12. 2015, E. 9575, K. 24185: “[...]Yapılan yargılama ve toplanan delillerle, mahkemenin de kabulünde olduğu üzere davacı-davalı erkeğin eşine birden fazla kez fiziksel şiddet uyguladığı, hakaret ettiği, davalı-davacı kadının da eşine sürekli olarak “sen çürüksün, ben sağlamım, bana bakamazsın, ben sana bakmam, siz fakirsiniz, biz zenginiz” diyerek aşağıladığı davalı-davacı kadının da az da olsa kusurlu

rum böyle olmakla beraber, söz konusu hükümde, boşanma davası açan eşin, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında diğer eşten daha fazla kusurlu olduğu hallerde, diğer eş, dava-ya karşı çıkmak düşüncesinde ise, ona da davayı reddettirme hakkı tanınmıştır¹²³.

Hükümde yapılan bu değişikliğe rağmen, doktrinde ve Yargıtay kararlarında ise, söz konusu hükmün uygulanmasına ilişkin olarak, eski Medeni Kanun'un yürürlüğü zamanında mevcut olan görüşler, halen varlığını sürdürmektedir. Kusurlu eşin dava açma hakkı olmadığı temelinde şekillenen görüşlerden biri, hükümde ifadesini bulan davalı eşin sahip olduğu "itiraz hakkı"nın, gerçek anlamda bir itiraz olarak kabul edilmesi ve hâkimin ilk önce ve kendiliğinden kusur araştırması yapması gerektiği yönündedir. Söz konusu görüş uyarınca, davacının kusurunun davalıdan daha fazla olması boşanmayı talep etmesine engel olmayıp, bu kanaate varılırsa davalının TMK m. 166 uyarınca bu davayı reddettirmesi mümkün olacaktır. Aksi halde, boşanmaya karar verilecektir. Bu görüşe göre, evliliğin çekilmez bir hal almasında davacı eş tamamen kusurlu olup, davalı eşin hiç kusuru bulunmuyorsa, tamamen kusurlu olan eşin dava açma hakkı bulunmadığı için, bu hususu re'sen araştırmakla yükümlü olan hâkimin bu nedenle bu davayı reddetmesi gerekmektedir. Doktrinde ve Yargıtay kararlarında, bu durumun gerekçesi olarak, hukukun genel ilkelerinin, hiç kimsenin kendi kusuruna dayanarak hak elde etmesine izin verecek şekilde yorumlanmaması gerektiği gösterilmektedir¹²⁴. Konuya ilişkin olarak bazı Yargıtay kararlarının ilgili kısımlarını

olduğu, erkeğin boşanma davası yönünden Türk Medeni Kanununun 166/2. maddesi koşulları oluştuğu anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkân vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir. Olayların akışı karşısında davacı-davalı erkek de dava açmakta haklıdır. Bu şartlar altında eşleri birlikte yaşamaya zorlamanın artık kanunen mümkün görülmemesine göre, davacı-davalı erkeğin davasının da kabulü ile boşanmaya (TMK.md.166/2) karar verilecek yerde, yetersiz gerekçe ile erkeğin davasının reddi doğru bulunmamıştır [...].” (Karararama).

¹²³ Erdem, s. 131; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 121; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 266 vd.; Velidedeoğlu, s. 185; Öztan, s. 413; Kılıçoğlu, s. 139; Köseoğlu/Kocaağa, s. 51; Anıl, s. 40; Gençcan, s. 235, 236; Avcı, s. 55, 61, 62; Cansel, s. 84, 85; Yılmaz, s. 152; Davacının kusuru davalıdan fazla ise, davalının buna itiraz etme hakkı olduğu yönünde bkz., Yargıtay 2. HD., T. 23.10.1990, E. 7962, K. 5801 (Kazancı). Yargıtay 2. HD., T. 1. 3. 1995, E. 1550, K. 2498; Yargıtay 2. HD., T. 12. 11. 1997, E. 10551, K. 1223: “[...] Toplanan delillerden davacı kocanın alkol alıp eve bakmadığı davalı kadının ise evi çok pis tuttuğu evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında her ikisinin de kusurlu olduğu mahkemesinin de kabulü veçhile kusurun ağırlığının davacı kocada bulunduğu anlaşılmaktadır. Ancak Davalı kadın boşanmaya karşı çıkmamış, Medeni Kanunun 134/2. maddesi şartları oluşmuştur. Bu sebeple boşanmaya karar verilmesi gerekirken davanın reddi doğru görülmemiştir [...]” (Kazancı).

¹²⁴ Özüğür, s. 183, 187, 388; Korkmaz, s. 94; Anıl, s. 42 vd, 130, 131, 134; Kaçak, s. 51; Ateş, s. 743, 744; Kılıç, s. 45-49. Tekinay (s. 189)'da, hâkimin, kusur araştırmasını kendiliğinden dikkate alması gerektiğini ve davacının daha fazla kusurlu olması halinde davayı reddetmesi gerektiğini ileri sürmüş ve burada bir def'i değil, itirazın söz konusu olduğunu belirtmiştir. İtiraz olarak hükümde açıkça belirtildiği yönünde bkz., Zevkililer/Acabey/Gökyayla, s. 1002. Örneğin, Yargıtay 2. HD., T. 12. 11. 1997, E. 10551, K. 12223: “[...] Davacının güven sarsıcı davranışta bulunduğu davalının gece geç saatlerde davacıyı sigara almaya gönderdiği çocuğunun hastalığı ile ilgilenmediği anlaşılmaktadır. Bu durumda az da olsa davalıyı da kusurlu kabul etmek gerektiği gibi boşanmaya da karşı çıkmadığından Medeni Kanunun 134/2.maddesi koşulları oluşmakla boşanmaya karar verilmek gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir [...]” şeklinde karar vermiştir. (Kazancı). Bu doğrultuda verilen kararlar için bkz., Yargıtay HGK., T. 17. 6. 2015, E. 2-32, K. 1655; Yargıtay 2. HD., T. 21. 12. 2016, E. 21945, K. 16305; Yargıtay 2. HD., T. 1. 11. 2016, E. 18877, K. 14307; Yargıtay 2. HD., T. 24. 10. 2016, E. 3855, K. 13997; Yargıtay 2. HD., T. 17. 10. 2016, E. 17889, K. 13836; Yargıtay 2. HD., T. 27. 6. 2016, E. 19658, K. 12360 (Hasan Özkan,

buraya aynen alarak, yüksek mahkemenin ifadeleri ve öne sürdüğü gerekçeleri ile söz konusu görüşü irdelleyeceğiz.

Örneğin, Yargıtay'ın 1989 yılında verilen bir kararda yer alan ifadeler: “[...] Medeni Kanunun 3444 sayılı kanunla değişik 134/1. maddesi uyarınca boşanmaya karar verilebilmesi için evlilik birliğinin müşterek hayatı sürdürmeleri beklenemeyecek derecede temelinden sarsılması yeterli olmayıp söz konusu sarsılma da hangi oranda (ağırlıkta) olursa olsun, eşlerin müşterek kusurlarının varlığının gerçekleşmesi gerekmektedir.[...] Başka bir ifade ile evlilik birliği sadece davacının kusurlu eylem ve davranışları sebebiyle temelinden sarsılmış ise açılan davanın reddi zorunludur. Olayımızda davalı kadına afi mümkün herhangi bir kusurlu eylem ve davranış ispatlanmamasına göre Medeni Kanunun 134/2. maddesinin gözönünde tutulması ve buna göre boşanmaya karar verilmesi mümkün değildir. Öyle ise isteğin reddedilmesi gerekirken yazılı şekilde boşanmaya karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır”¹²⁵ şeklindedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (HGK) tarafından 1991 tarihinde verilen bir karara göre de: “[...] Öyle ise, Medeni Kanunun 134. maddesine göre boşanmayı isteyebilmek için tamamen ya da hiç kusursuz olmaya gerek olmayıp, daha fazla kusurlu bulunan tarafın dahi dava hakkı bulunmakla beraber boşanmaya karar verilmesi için davalının çok az dahi olsa belli bir kusurunun varlığı ve bunun ispatlanması kaçınılmazdır. Olayımızda ise vuku bulan vakialara göre artık evlilik birliğinin devamı eşlerden beklenemeyecek derecede temelinden sarsıldığı kuşkusuzdur. Ne var ki bu sonuca ulaşılması tamamen davacının tutum ve davranışlarından kaynaklanmış olup, ancak 5 aydan ibaret kalan evlilik süresinde davalıya afi mümkün hiçbir kusur gerçekleşmemiştir [...]”¹²⁶. Yargıtay'ın 1993 yılında verdiği bir kararda da, şu ifadeler yer almaktadır: “[...] M.K.'nun 134. maddesine göre boşanmayı isteyebilmek için tamamen, ya da kısmen kusursuz olmaya gerek olmayıp, daha fazla kusurlu bulunan tarafın dahi dava hakkı bulunmakla beraber, boşanmaya karar verilebilmesi için, davalının çok az dahi olsa belli bir kusurunun varlığı ve bunun ispatlanması kaçınılmazdır [...]” şeklindeki ifadelerinden anlaşıldığı kadarıyla, yine aynı doğrultuda hüküm tesis ettiğini söylemek mümkündür¹²⁷. Belirtmek gerekir ki, Yargıtay'ın bu görüşünü, 1990¹²⁸, 1992¹²⁹, 1994¹³⁰, 1995¹³¹, 1996¹³² ve 1997¹³³ yıllarında verdiği kararlarda da görmekteyiz.

Açıklamalı- İçtihatlı- Örnekli Türk Medeni Yasası ve Uygulaması, Aile Hukuku-I, 2. Cilt, İstanbul 2017, s. 1058 vd.)

¹²⁵ Yargıtay 2. HD., T. 21. 12. 1989, E. 9160, K. 10758 (HukukTürk).

¹²⁶ Yargıtay HGK., T. 25. 12. 1991, E. 1991/2-543, K. 1991/663 (HukukTürk).

¹²⁷ Yargıtay 2. HD., T. 9. 6. 1993, E. 2-115, K. 437 (Kazancı); Yargıtay HGK., T. 9. 6. 1993, E.1993/2-115, K.1993/437 (Kazancı); Yargıtay HGK., T. 5. 5. 1993, E. 2-61, K. 193 (Kazancı).

¹²⁸ Yargıtay 2. HD., T. 29. 01. 1990, E. 10120, K. 476: “[...] Olayımızda ise mevcut olaylara göre evlilik birliğinin devamı eşlerden beklenemeyecek derecede temelinden sarsıldığı kuşkusuzdur. Ne var ki bu sonuca ulaşılması tamamen davacının tutum ve davranışlardan kaynaklanmış olup davalıya afi mümkün hiçbir kusur gerçekleşmemiştir. Bu durumda açıklanan nedenlerle isteğin reddine karar verilmesi gerekirken yasa hükümlerinin yorumunda yanılığa düşülerek boşanmaya karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır [...]” (HukukTürk).

¹²⁹ Yargıtay HGK., T. 18. 3. 1992, E. 2-65, K. 189: “[...] Boşanmaya karar verilebilmesi için davalı tarafın çok az dahi bir kusur olması gerekir. Olayımızda ise vuku bulan vakialara göre evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı kuşkusuzdur. Ne var ki bu sonuca ulaşılmasının tamamen davacının başka bir kadınla birleşip birlikte yaşamaya başlaması ve davalı karısı ile evini ihmal etmesine varan tutum ve davranışlarından kaynaklandığı duraksanmayacak biçimde anlaşılmıştır. Davalıya afi mümkün hiçbir kusur gerçekleşmemiştir [...]” (Kazancı).

¹³⁰ Yargıtay HGK., T. 6. 7. 1994, E. 2-192, K. 491: “[...] Olayımızda ise; vuku bulan vakialara göre evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı kuşkusuzdur. Ne var ki bu sonuca ulaşılmasının, tamamen

Aynı şekilde, 1998¹³⁴, 1999¹³⁵, 2000¹³⁶ ve 2001¹³⁷ yıllarında verilen kararları incelediğimiz zaman, Yargıtay'ın kusurun re'sen dikkate alınması gerektiği yönündeki görüşü devam ettirdiğini görmekteyiz.

Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra verilen kararları incelediğimiz zaman da, bu durumun değişmediğini ifade etmemiz gerekir. Örneğin, 2002 yılında verilen bir kararda: *“davacı koca eşini dövmüş, buna karşılık, kadından kaynaklanan evlilik birliğini temelinden sarsan herhangi bir maddi hadisenin varlığı ispat edilememiştir. Mev-*

davacının başka kadınla birleşip birlikte yaşamaya başlaması ve davalı karısı ile evini ihmal etmesine varan tutum ve davranışlarından kaynaklandığı duraksanmayacak biçimde anlaşılmıştır. Davalıya atfı mümkün hiçbir kusur gerçekleşmemiştir [...].” (Kazancı).

¹³¹ Yargıtay 2. HD., T. 03. 10. 1995, E. 7117, K. 9764: *“[...]3444 sayılı yasa ile değişik Medeni Kanunun madde 134 ile kusur esası terk edilmiş, boşanmada köklü sarsılma esası ön plana alınmıştır. Evliliğin temelden sarsılması çeşitli sebeplerle oluşur. Eşlerden birinin kusuru ile veya her ikisinin ortak kusuruyla oluşabileceği gibi eşlerin kusuru olmadan da oluşabilir. Ancak tam kusurlu eş, kendi kusuru ile yarattığı olaylara dayanarak boşanma elde edemez [...].” (Kazancı).*

¹³² Yargıtay 2. HD., T. 6. 11. 1996, E. 10493, K. 11353; Yargıtay 2. HD., T. 23. 9. 1996, E. 8650, K. 8969; Yargıtay 2. HD., T. 6. 6. 1996, E. 5244, K. 6164; Yargıtay 2. HD., T. 25. 4. 1996, E. 3832, K. 4609 (kararlar için bkz., Talih Uyar, Türk Medeni Kanunu, Cilt I, Aile Hukuku (MK. 118-449), Ankara, s. 889).

¹³³ Yargıtay 2. HD., T. 25. 9. 1997, E. 7788, K. 9587; Yargıtay 2. HD., T. 28. 5. 1997, E. 2-188, K. 465; Yargıtay 2. HD., T. 16. 4. 1997, E. 2-92, K. 341; Yargıtay HGK., T. 26. 3. 1997, E. 1996/2-960, K. 252; Yargıtay HGK., T. 4. 6. 1997, E. 2-263, K. 491 (kararlar için bkz., Uyar, s. 889).

¹³⁴ Yargıtay 2. HD., T. 26. 11. 1998, E. 11021, K. 12731: *“[...] Mevcut olaylara göre evlilik birliğinin, devamı eşlerden beklenmeyecek derecede, temelinden sarsıldığı kuşkusuzdur. Ne var ki bu sonuca ulaşılmaması tamamen davacının tutum ve davranışlarından kaynaklanmış olup, davalıya atfı mümkün hiçbir kusur gerçekleşmemiştir. Bu durumda açıklanan nedenle isteğin reddi gerekirken, yasa hükümlerinin yorumunda yanılığa düşülerek boşanmaya karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır. Ancak, boşanma hükmü temyiz edilmediğinden bu yön bozma nedeni yapılmamış, yanlışlığa işaret edilmekte yetinilmiştir [...].” (Kazancı).*

¹³⁵ Yargıtay 2. HD., T. 7. 6. 1999, E. 4880, K. 6386: *“[...] Öyle ise Medeni Kanun'un 134. maddesi'ne göre boşanmayı isteyebilmek için tamamen kusursuz ya da az kusurlu olmaya gerek olmayıp daha fazla kusurlu bulunan tarafın dahi dava hakkı bulunmakla beraber, boşanmaya karar verilebilmesi için davalının az da olsa kusurunun varlığı ve bunun belirlenmesi kaçınılmazdır [...]. Mevcut olaylara göre evlilik birliğinin, devamı eşlerden beklenmeyecek derecede, temelinden sarsıldığı kuşkusuzdur. Ne var ki bu sonuca ulaşılmaması tamamen davacının tutum ve davranışlarından kaynaklanmış olup, davalıya atfı mümkün hiçbir kusur gerçekleşmemiştir. Bu durumda açıklanan nedenle isteğin reddi gerekirken yasa hükümlerinin yorumunda yanılığa düşülerek boşanmaya karar verilmesi Usul ve Kanun'a aykırıdır [...].” (Kazancı).*

¹³⁶ Yargıtay 2. HD., T. 2. 5. 2000, E. 5549, K. 5668: *“[...] Bundan sonra da kapının kilidini değiştirecek davalının eve girmesini ve evlilik birliğinin devamını önlediğine göre davacı tam kusurludur [...]. Mevcut olaylara göre evlilik birliğinin, devamı eşlerden beklenmeyecek derecede, temelinden sarsıldığı kuşkusuzdur. Ne var ki bu sonuca ulaşılmaması tamamen davacının tutum ve davranışlarından kaynaklanmış olup, davalıya atfı mümkün hiçbir kusur gerçekleşmemiştir. Bu durumda açıklanan nedenle isteğin reddi gerekirken yasa hükümlerinin yorumunda yanılığa düşülerek boşanmaya karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır [...].” (Kazancı).*

¹³⁷ Yargıtay 2. HD., T. 29. 5. 2001, E. 4645, K. 8378: *“[...] Koca başka bir kadınla ilişki içinde olup kadının bir kusuru yoktur[...] Mevcut olaylara göre evlilik birliğinin, devamı eşlerden beklenmeyecek derecede, temelinden sarsıldığı kuşkusuzdur. Ne var ki bu sonuca ulaşılmaması tamamen davacının tutum ve davranışlarından kaynaklanmış olup, davalıya atfı mümkün hiçbir kusur gerçekleşmemiştir. Bu durumda açıklanan nedenle isteğin reddi gerekirken yasa hükümlerinin yorumunda yanılığa düşülerek boşanmaya karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır. Ancak kadının boşanma ve müteferri istekleri hakkında temyizi olmadığından bozma sebebi yapılmamıştır [...].” (Kazancı).*

cut olaylara göre evlilik birliğinin, devamı eşlerden beklenmeyecek derecede, temelinden sarsıldığı kuşkusuzdur. Ne var ki; bu sonuca ulaşılması tamamen davacının tutum ve davranışlarından kaynaklanmış olup, davalıya atfı mümkün hiçbir kusur gerçekleşmemiştir [...]”¹³⁸ ifadeleri yer almaktadır. Yargıtay’ın 2003 yılında verdiği bir kararın ilgili kısmı ise şu şekildedir: “[...]öyle ise Medeni Kanununun 134. maddesine göre boşanmayı isteyebilmek için tamamen kusursuz ya da az kusurlu olmaya gerek olmayıp daha fazla kusurlu bulunan tarafın dahi dava hakkı bulunmakla beraber, boşanmaya karar verilebilmesi için davalının az da olsa kusurunun varlığı ve bunun belirlenmesi kaçınılmazdır[...]”¹³⁹; 2004 yılında verilen bir karardan ilgili kısım ise şu şekildedir: “[...]boşanmayı isteyebilmek için tamamen kusursuz ya da az kusurlu olmaya gerek olmayıp daha fazla kusuru bulunan tarafın dahi dava açma hakkı vardır. Ancak boşanmaya karar verilebilmesi için az da olsa davalının kusurunun varlığı ve bunun saptanması kaçınılmazdır. Somut olayda, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı kuşkusuzdur. Ne var ki, davalının hiçbir kusuru yoktur. Bu durum karşısında boşanma davasının reddi gerekir”¹⁴⁰. 2005¹⁴¹, 2006¹⁴², 2007¹⁴³ 2008¹⁴⁴ ve 2009¹⁴⁵ yıllarında verilen kararlarda da bu görüş değişmemiş olup, Yargıtay, ilgili maddeyi ne şekilde yorumladığını ise şu şekilde açıklamıştır: “[...] Türk Medeni Kanununun 166. maddesi hükmünü tamamen kusurlu eşin de dava açabileceği ve yararına boşanma hükmü elde edebileceği biçiminde yorumlamamak ve değerlendirmemek gerekmektedir. Çünkü böyle bir düşünce, kimsenin kendi eylemine ve tamamen kendi kusuruna dayanarak bir hak elde edemeyeceği yönündeki temel hukuk ilkesine aykırı düşer. Diğer taraftan gene böyle bir düşünce tek taraflı irade ile sistemimize aykırı bir boşanma olgusunu ortaya çıkarır. Boşanmayı elde etmek isteyen kişi karşı tarafın hiçbir eylem ve davranışı söz konusu olmadan, evlilik birliğini, devamı beklenmeyecek derecede temelinden sarsar, sonrada [sonra da] mademki [madem ki] birlik artık sarsılmış diyerekten boşanma doğrultusunda hüküm kurulmasını talep edebilir. Öyle ise Türk Medeni Kanununun 166.maddesine göre boşanmayı isteyebilmek için tamamen kusursuz yada [ya da] az kusurlu olmaya gerek olmayıp daha fazla kusurlu bulunan tarafın dahi dava hakkı bulunmakla beraber, boşanmaya karar

¹³⁸ Yargıtay 2. HD., T. 17. 6. 2002, E. 7406, K. 8134 (Anıl, s. 207). Aynı yönde bkz., Yargıtay 2. HD., T. 28. 3. 2002, E. 2000/3608, K. 2002/4366 (Çakın, s. 41 vd).

¹³⁹ Yargıtay 2. HD., T. 20. 02. 2003, E. 790, K. 2135 (Kazancı). Aynı yönde bkz., Yargıtay 2. HD., T. 25. 9. 2003; E. 2003/11008; K. 2003/12179 (Kazancı); Yargıtay 2. HD., T. 9. 7.2003, E. 8660, K. 10487 (Çakın, s. 41 vd.); Yargıtay HGK., T. 6. 3. 2003, E. 1914, K. 3063 (Kaçak, s. 52, 53); Yargıtay 2. HD., T. 16. 9. 2003, E. 7576, K. 11347 (Kaçak, s. 53, 54).

¹⁴⁰ Yargıtay 2. HD., T. 08. 04. 2004, E. 3334, K. 4527. Aynı yönde bkz., Yargıtay HGK., T.16. 6. 2004, E. 2004/2-363; 2004/359 (Kazancı).

¹⁴¹ Yargıtay 2. HD., T. 14. 12. 2005, E. 2005/14742, K. 2005/17521 (Kazancı).

¹⁴² Yargıtay 2. HD., T. 26. 01. 2006, E. 15907, K. 377 (Legalbank).

¹⁴³ Yargıtay 2. HD., T. 2. 10. 2007, E. 2006/18714, K. 2007/13094 (Kazancı).

¹⁴⁴ Yargıtay 2. HD., T. 18. 12. 2008, E. 2007/18453, K. 2008/17296 (Kazancı).

¹⁴⁵ Yargıtay 2. HD., T. 13. 05. 2009, E. 156, K. 194 (Kazancı). Söz konusu kararlarda, genel olarak, Yargıtay, gerekçesini: “[...] TMK’nın 166. maddesine göre boşanmayı isteyebilmek için tamamen kusursuz ya da az kusurlu olmaya gerek olmayıp, daha fazla kusurlu bulunan tarafın dahi dava hakkı bulunmakla beraber, boşanmaya karar verilmesi için davalının az da olsa kusurunun varlığı ve bunun belirlenmesi kaçınılmazdır. Az kusurlu eşin karşı çıkması hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olması eş ve çocuklar için korumaya değer bir yararın kalmadığı anlaşılmalıdır [...] Mevcut olaylara göre evlilik birliğinin, devamı eşlerden beklenmeyecek derecede, temelinden sarsıldığı kuşkusuzdur. Ne var ki bu sonuca ulaşılması tamamen davacının tutum ve davranışlarından kaynaklanmış olup, davalıya atfı mümkün hiçbir kusur gerçekleşmemiştir. Bu durumda açıklanan nedenle isteğin reddi gerekirken yasa hükümlerinin yorumunda yanlıya düşülerek boşanmaya karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır [...]” şeklinde ifade etmiştir.

verilebilmesi için davalının az da olsa kusurunun varlığı ve bunun belirlenmesi kaçınılmazdır [...]”¹⁴⁶.

Konuya ilişkin olarak, Yargıtay’ın 2010¹⁴⁷, 2011¹⁴⁸, 2012¹⁴⁹, 2013¹⁵⁰, 2014¹⁵¹, 2015¹⁵² 2016¹⁵³ ve 2017¹⁵⁴ ve 2018¹⁵⁵ yıllarında verdiği kararların da hep aynı yönde şekillendiğini görmekteyiz.

¹⁴⁶ Yargıtay HGK., T. 4. 3. 2009, E. 2009/2-69, K. 2009/109 (Kazancı).

¹⁴⁷ Yargıtay 2. HD., T. 22. 4. 2010, E. 2009/4636, K. 2010/8125 (Kazancı).

¹⁴⁸ Yargıtay 2.HD., T. 05. 07. 2011, E. 10789, K. 11466: “[...] koca tanıklarının, kadımla ilgili beyanları başkalarından duyduklarına dayanmakta olup, sabit kabul edilemez. Bu nedenle, davalı-karşı davacı (kadın)’nın sadakat yükümlülüğüne aykırı davrandığına ilişkin bir delil bulunmadığı gibi, ihtar isteğinden sonra başkaca kusurlu bir davranışı da ispatlanamamıştır. Davacı-karşı davalı (koca)’nın ise, Almanya’daki evin kilidini değiştirerek eşini eve kabul etmediği ve “[...] bırakın yakamı [...]” diyerek birlikte yaşamaktan kaçındığı toplanan delillerle gerçekleşmiştir. Bu halde, koca tamamen kusurlu olup, dava açmakta haklı değildir. Öyleyse kocanın boşanma davasının reddine, kadının karşı boşanma davasının kabulüyle tarafların boşanmalarına karar verilmesi gerekir.” (Kazancı); Yargıtay 2. HD., T. 27. 10. 2011, E. 2010/16418, K. 17318: “[...] Mevcut olaylara göre evlilik birliğinin, devamı eşlerden beklenmeyecek derecede, temelinden sarsıldığı kuşkusuzdur. Ne var ki bu sonuca ulaşılması tamamen davalının tutum ve davranışlarından kaynaklanmış olup, davalıya atfi mümkün hiçbir kusur gerçekleşmemiştir. Bu durumda açıklanan nedenin isteğin reddi gerekirken yasa hükümlerinin yorumunda yanılığa düşülerek boşanmaya karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır[...].” (Legalbank)

¹⁴⁹ Yargıtay 2. HD., T. 17. 09. 2012, E. 2012/1978, K. 21354: “[...]Yapılan soruşturma ve toplanan delillerden, davacı-davalı kocanın, eşine fiziksel şiddet uyguladığı, davalı-davacı kadının eve dönmesi için ihtar göndermekle de bu tarihten önceki davalı-davacı kadının kusurlu davranışlarını hoşgörüsü ile karşıladığı, kadının eve dönmekten sonra da kadından kaynaklanan kusurlu bir davranışın varlığının kanıtlanmadığı, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olan olaylarda davacı-davalı kocanın tamamen kusurlu olduğu anlaşılmaktadır[...].” (Kazancı).

¹⁵⁰ “[...] Boşanmaya karar verilebilmesi için, diğer tarafın az da olsa kusurunun varlığı ve bunun belirlenmesi kaçınılmazdır...Ortak hayatı sürdürmelerinin taraflardan beklenmeyecek derecede temelinden sarsılması sonucunu doğuracak ve davalı kadına yüklenilecek az dahi olsa bir kusur ispatlanmadığından boşanma davasının reddine karar verilmelidir [...]” Yargıtay HGK., T. 25. 12. 2013, E. 2-581, K. 1692 (Kazancı).

¹⁵¹ “[...] gerçekleşen bu durum karşısında boşanmaya neden olan olaylarda davacı (koca) daha ziyade kusurludur. Hal böyle iken davalının ağır kusurlu kabul edilmesi doğru değil ise de, davalının az da olsa kusurlu olduğu davada Türk Medeni Kanununun 166/2. maddesi koşullarının oluştuğu gerçekleştigiğine göre verilen boşanma kararı bu sebeple sonucu itibariyle doğru olup [...]” Yargıtay 2. HD., T. 18. 12. 2014, E. 26135, K. 26030 (Kazancı).

¹⁵² Yargıtay 2. HD., T. 16. 11. 2015, E. 4683, K. 21476: “[...] davalı kadına atfi kabil bir kusur ispatlanmamıştır. Güven sarsıcı davranışta bulunan, eşine şiddet uygulanan, eşi ve çocuklarına karşı ilgi göstermeyen davacı erkek tamamen kusurludur. Türk Medeni Kanununun 166. maddesi hükmünü tamamen kusurlu eşin de dava açabileceği ve yararına boşanma hükmü elde edebileceği biçiminde yorumlanmak ve değerlendirmek gerekmektedir. Çünkü böyle bir düşünce, kimsenin kendi eylemine ve tamamen kendi kusuruna dayanarak bir hak elde edemeyeceği yönündeki temel hukuk ilkesine aykırı düşer. Diğer taraftan gene böyle bir düşünce tek taraflı irade ile sistemimize aykırı bir boşanma olgusunu ortaya çıkarır. Boşanmayı elde etmek isteyen kişi karşı tarafın hiçbir eylem ve davranışı söz konusu olmadan, evlilik birliğini, devamı beklenmeyecek derecede temelinden sarsar, sonra da mademki birlik artık sarsılmış diyerekten boşanma doğrultusunda hüküm kurulmasını talep edebilir. Öyle ise Türk Medeni Kanununun 166. maddesine göre boşanmayı isteyebilmek için tamamen kusursuz ya da az kusurlu olmaya gerek olmayıp, daha fazla kusurlu bulunan tarafın dahi dava hakkı bulunmakla beraber, boşanmaya karar verilebilmesi için davalının az da olsa kusurunun varlığı ve bunun belirlenmesi kaçınılmazdır. Mevcut olaylara göre evlilik birliğinin, devamı eşlerden beklenmeyecek derecede, temelinden sarsıldığı kuşkusuzdur. Ne var ki, bu sonuca ulaşılması tama-

Nihayet, 2019 yılında verilen kararlarda da Yargıtay'ın aynı görüşü paylaştığını ve benzer ifadeleri kullanmayı tercih ettiğini söylemek mümkündür¹⁵⁶.

Görüldüğü üzere, Yargıtay, geçmişten günümüze bu konuya ilişkin verdiği kararlar-
da “davalının az da olsa kusurlu olması gerektiği” ni ve tamamen kusursuz olan eşe, evlilik
birliğinin temelinden sarsılması sebebine dayalı olarak boşanma davası açılmasının, huku-
kun genel ilkelerinden olan, kimsenin kendi kusurlu davranışına dayanarak hak iddia ede-
meyeceği yönündeki temel ilkeye aykırılık teşkil edeceğini pek çok kez belirtmiştir. Ancak,
çok nadir de olsa Yargıtay'ın, bu istikrarlı görüşünden sapma gösterdiği kararların da mev-
cut olduğunu tespit etmiş bulunmaktayız. Örneğin, ilgili kararlardan birinde¹⁵⁷, davacının
başka bir kadınla zina ediyor olmasına rağmen, bu durumun boşanma talebinde bulunması-
na engel olmayacağı ve bu evliliğin devamında ne taraflar ne de toplum için yarar olmaması
nedeniyle, bu evliliğin bozulmasının zorunlu olduğuna hükmedilmiştir.

Doktrinde, Yargıtay'ın bu kökleşmiş görüşünün karşısında yer alan ve bizim de kal-
tırdığımız ikinci görüşe göre, söz konusu hükmün, davalıya, davacının kendisinden daha
kusurlu olduğunu ileri sürme hakkı verdiği, davalının bu hakkı kullanmaması durumunda
ise, hâkim tarafından re'sen kusur araştırması yapılmaması ve boşanma kararı verilmesi
gerektiği belirtilmektedir. Buna ilaveten, kusurun artık dava şartı olmadığı¹⁵⁸ ve dava açma

men davacının tutum ve davranışlarından kaynaklanmış olup, davalıya atfi mümkün hiçbir kusur gerçekleşmemiştir. Bu durumda açıklanan nedenle isteğin reddi gerekirken, yasa hükümlerinin yorumunda yanılığa düşülerek boşanmaya karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır[...].” (Kazancı). Aynı yönde bkz., Yargıtay 2. HD., T. 09. 12. 2015 E. 9183, K. 23677 (Legalbank); Yargıtay 2. HD., T. 24. 02. 2015, E. 2014/18202, K. 2578 (Karararama); Yargıtay 2. HD., T. 26. 11. 2015, E. 8293, K. 22417 (Kazancı).

¹⁵³ “[...] evlilik birliğinin sarsılmasına sebep olan olaylarda davalı-karşı davacı kadın az da olsa kusurludur. Bu halde, taraflar arasındaki ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir. Olayların akışı karşısında davacı-karşı davalı erkek dava açmakta haklıdır. Davacı-karşı davalı erkeğin boşanma davasının kabulü gerekirken, yetersiz gerekçe ile reddi doğru bulunmamıştır [...]” Yargıtay 2. HD., T. 22. 12. 2016, E. 2015/21610, K. 2016/16336 (Kazancı).

¹⁵⁴ Yargıtay 2. HD., T. 16. 1. 2017; E. 2015/21315, K. 2017/346 (Kazancı).

¹⁵⁵ Yargıtay HGK., T. 9. 5. 2018, E. 2017/2-1581, K. 2018/1050 (Kazancı). Tamamen kusurlu eşin dava açamayacağı ile ilgili olarak bkz., Yargıtay HGK., T. 4. 7. 2018, E. 2017/2-1939, K. 2018/1296 (Kazancı).

¹⁵⁶ “[...] Öte yandan, söz konusu hüküm uyarınca evlilik birliği, eşler arasında ortak hayatı çekilmez duruma sokacak derecede temelinden sarsılmış olduğu takdirde, eşlerden her biri kural olarak boşanma davası açabilir ise de, Yargıtay bu hükmü tam kusurlu eşin dava açamayacağı şeklinde yorumlamaktadır. Çünkü tam kusurlu eşin boşanma davası açması tek taraflı irade ile sistemimize aykırı bir boşanma olgusunu ortaya çıkarır [...] Böyle bir düşünce, kimsenin kendi eylemine ve tamamen kendi kusuruna dayanarak bir hak elde edemeyeceği yönündeki temel hukuk ilkesine aykırı düşer (TMK m.2). Bu durumda anılan madde hükmüne göre boşanmayı isteyebilmek için tamamen kusursuz ya da az kusurlu olunması gerekmeyip daha fazla kusurlu bulunan tarafın dahi dava hakkı bulunmakla beraber, boşanmaya karar verilebilmesi için davalının az da olsa kusurunun varlığı ve bunun belirlenmesi kaçınılmazdır [...]” Bkz., Yargıtay HGK., T. 4. 7. 2019, E. 2017/2-2417, K. 2019/871 (Kazancı).

¹⁵⁷ Bkz., Yargıtay 2. HD., T. 2. 4. 1964, E. 1794, K. 1719 (Yazıcı/Atasoy, s. 312).

¹⁵⁸ Kaçak, s. 50; Korkmaz, s. 94; Koç, s. 38; Avcı, s. 56; Kara, s. 75. Ayrıca bkz., dn. 153. Yılmaz, (s. 153, 154'te) ise, kanun değişikliğinde, komisyon raporundan kanun koyucunun amacının daha fazla kusurlu olmamayı dava şartı olarak görmediğinin anlaşılmasında olduğunu belirtmiştir. Önemle belirtmek gerekir ki, “dava şartları, dava açılabilmesi için değil, mahkemenin davanın esası hakkında inceleme yapabilmesi (davanın esasına girebilmesi) için gerekli olan şartlardır.” (Bkz., Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2018, s. 128).

hakkını ortadan kaldırmayan davacının kusurlu ya da daha kusurlu olma olgusunun, sadece davanın yürümesini engelleyebileceği de ifade edilmektedir. Belirtmek gerekir ki, hükümde yer alan “itiraz” ifadesinin, aslında def’i olarak anlaşılması gerektiği hususu, doktrinde baskın görüştür¹⁵⁹.

Yargıtay’ın söz konusu kökleşmiş görüşü, doktrinde çeşitli açılardan eleştirilmiş olup, bu eleştirilerde yer alan ifadelerden bazılarını da buraya aynen alıyoruz. *Burcuoğlu*’na göre, “kusurlu eşe boşanma davası açma yolu her ne kadar açık olsa da, davalı az da olsa kusurlu olmalıdır anlayışı yasada böyle bir düzenleme yer almamasına rağmen, kusurlu eşin boşanabilmesini, birçok halde engellemektedir”¹⁶⁰. *Yılmaz*’a göre, Yargıtay, “hükümün lafzî itibarıyla öngörülmemeyen, hatta 1988 tarihinde kanun koyucunun vazgeçtiği doğrultuda kusura anlam yükleyerek, tam kusurlu eşin bu sebeple açmış olduğu boşanma davasının kabul edilemeyeceği şeklinde hükmi yorumlamıştır”¹⁶¹. *Köseoğlu*, Yargıtay’ın mutlak olarak uygulamış olduğu kusur prensibine ilişkin olarak, 166. madde uyarınca davacı, tam kusurlu olsa bile davalının da düşüncelerinin dikkate alınması gerektiğini ve davalının evlilikten beklentisi kalmadıysa ve boşanmayı da kabul etmekte ise, boşanma kararı verilmesinin hem usul ekonomisi açısından uygun olduğunu belirtmekte, hem de özellikle evlilikte şiddete uğrayan davalı eşler bakımından hala şiddet yanlısı eş ile bir arada bulunmak zorunda kalmalarının adil olmayacağını işaret etmektedir¹⁶². *Özdemir* de, görüşünü, “boşanmanın isteğe bağlı veya ayrı yaşamaya bağlanan sonuçlar olarak görülmeye başlanarak, evliliğin sürdürülememesinde kusur isnadının mahkeme eliyle yapılmamasının toplumsal sorun olan şiddetin azalmasına da dolaylı katkı sağlayabileceği söylenebilir”¹⁶³ şeklinde ifade etmiştir. Yargıtay uygulamasını isabetsiz bulan *Öztürk*’ün gerekçesi ise, kimse kendi kusuru ile menfaat elde edemez kuralının aile hukuku açısından uygulanabilirliğinin bulunmadığı ve çekilmez hale gelmiş olan bir evlilik varsa artık şahsi menfaatlerin değil, toplumsal menfaatlerin ön planda tutulması ve evliliğin sonlandırılması gerektiği yönünde olmuş-

Usul hukuku bakımından, dava şartının bulunmadığına yönelik bir itiraz ya da iddia, usuli itiraz olarak değerlendirilmekte olup, maddi hukuka dayanan savunma araçları olan itiraz ve def’i’den ayrılmaktadır. Mahkeme dava şartlarından birinin bulunmadığını tespit ederse, davanın esası hakkında inceleme yapamaz ve bu durum, davanın usulden reddedilmesine sebep olur (Baki **Kuru**/Ramazan **Arslan**/ Ejder **Yılmaz**, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 24. Baskı, Ankara 2013, s. 304-306, s. 244 vd.; **Oğuzman/Barlas**, s. 330 vd.) Bu nedenle, “kusursuzluk”, teknik anlamda dava şartı olarak kabul edilirse, davanın usulden reddedilmesi gündeme gelecektir.

¹⁵⁹ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 121; **Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 266; **Öztan**, s. 414; **Erdem**, s. 132; **Velidedeoğlu**, s. 185; **Toksöz**, s. 54; **Korkmaz**, s. 98; **Oğuzman/Dural**, s. 126; **Köseoğlu/Kocaağa**, s. 51; **Çelik**, s. 66; **Öztan**, (makale), s. 721; **Gençcan**, s. 230, 234; **Ceylan**, s. 320; **Vatansever**, s. 120; **Öztürk**, s. 89; **İnal**, (Cilt I), s. 894; **Tutumlu**, s. 269; **Yalçınkaya/Kaleli**, s. 1186; **Kara**, s. 72; **Avcı**, s. 69; **Okumuş**, s. 120, 176; **İnal**, s. 332; **Yılmaz**, s. 158. **Kaçak**, (s. 57’de), davalının hiç kusurunun bulunmadığı ve tüm kusurun davacıda olduğu hallerde, boşanma kararı verilemeyeceğini ancak davacının kusurunun daha ağır olduğu durumlarda davalının davayı reddettirebileceğini ve “itirazın”, def’i hakkı olarak anlaşılması gerektiğini belirtmiştir. **Korkmaz** ise, (s. 98’de), temelde birinci görüntüde olmasına rağmen, davacının daha fazla kusurlu ya da tamamen kusurlu olması arasında ayırım yapmaksızın, davayı reddettirmek için davalıya tanınmış itiraz hakkının, def’i olarak anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir. Aksi görüş için bkz., **Hatemi/Kalkan Oğuztürk**, s. 104. Kusurun bu kadar önemli olduğu bu boşanma sebebinde hâkimin bu kusur araştırmasını re’sen yapması gerektiği yönünde bkz., **Anıl**, s. 41, 42.

¹⁶⁰ **Burcuoğlu**, (Gözlemler), s. 1.

¹⁶¹ Söz konusu değerlendirmenin yapıldığı, tahlil konusu karar (Yargıtay HGK., T. 17. 06. 2015, E. 2014/2-32, K. 2015/1655) ile ilgili bkz., **Yılmaz**, s. 152 vd.

¹⁶² **Köseoğlu**, s.12.

¹⁶³ **Özdemir**, s. 34.

tur¹⁶⁴. Esasen belirtmiş olduğumuz tüm bu eleştiriler, bize göre de isabetli olmakla beraber, bu konudaki görüşümüzü ilgili bölümde daha detaylı açıklayacağız.

5. Davalı eş açısından hakkın kötüye kullanılması yasağı

TMK m. 2 hükmü gereğince, herkes haklarını kullanırken dürüstlük kurallarına uy- mak zorundadır. Her hak gibi, boşanmaya sebep olan olaylarda daha az kusurlu ya da ta- mamen kusursuz olan davalı eşe kanunda tanınan davayı reddettirme hakkının da, dürüstlük kuralı çerçevesinde kullanılması şarttır. Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olan olaylarda, kusursuz ya da daha az kusurlu eşin tutum ve davranışlarından, evlilik birli- ğini devam ettirme amacında olmadığı veya zaten artık buna olanak kalmadığının açıkça anlaşıldığı hallerde, bu eşin def'i hakkını kullanarak davayı reddettirmek istemesi halinde, bu hakkın dürüstlük kuralına aykırı kullanıldığından bahsederiz¹⁶⁵. İşte kanun koyucu, hük- mün bu şekilde uygulanmasının yaratabileceği sakıncalı durumları öngörmüş olacak ki, hükmün devamında, davalının davaya itiraz etmesinin hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilebileceği hallerde, bu itirazların dikkate alınmayacağını ve boşanmaya hükmedile- ceğini düzenlemiştir (TMK m.166/II). Söz konusu düzenleme, eski Medeni Kanunda 1988 yılında 3444 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrasında kanuna dâhil edilmiş olup, Türk Medeni Kanunu'nda da bu hüküm muhafaza edilmiştir. Esasen bu düzenleme, TMK m. 2/II'de yer alan "*bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz*" ilkesinin özel bir uygulama alanıdır. Genel olarak, bir kimsenin bir hakkı meşru bir menfaati olma- dan kullandığı hallerde, somut olayın özelliklerine göre, o hakkın kötüye kullanıldığından (TMK m. 2) bahsedilir¹⁶⁶. Örneğin, eşinin kendisine kötü davranmasından artık bıkan bir kadının, evliliğin devamında hiçbir menfaati olmadığı ve/veya kendisi de boşanıp yeni bir hayat kurmayı istediğini yakın çevresi ile paylaştığı veya evlilik birliğine geri dönmeyi istemediğinin kesin olarak anlaşıldığı hallerde, davacıya zorluk çıkarmak için davayı red- dettirmek istemesi¹⁶⁷ ya da evliliğin tükendiğini bile bile davalının sırf davacıdan bazı yarar- lar temin etmek (ekonomik sebepler, kendisinin eğitimini tamamlaması, çocukların büyü- mesini beklemek gibi)¹⁶⁸ veya başkasıyla mutlu olmasını engellemek veyahut duyduğu öfke ve kin nedeniyle davacının uzun süre boşanamamasına sebep olarak onu uğraştırmak istedi- ği hallerde davayı reddettirmek istemesi, def'i ileri sürme¹⁶⁹ hakkının açıkça kötüye kulla- nıldığını göstermektedir¹⁷⁰. İşte boşanmaya sebep olan olaylarda kusursuz ya da daha az

¹⁶⁴ Öztürk, s. 91, 92. Aynı yönde bkz., Okumuş, s. 120.

¹⁶⁵ Kanun değişikliğinin gerekçesinde de bu hususun açıkça vurgulandığını görmekteyiz. Bu durumun, hakkın kötüye kullanılması sayıldığı hakkında ayrıca bkz., Tekinay, s. 191, 192.

¹⁶⁶ **Mardini** Ebül'ula Zade, Hukuku Medeniye Dersleri, Birinci Tabı, Cilt I, İstanbul 1928, s. 159; Selahattin Sulhi **Tekinay**, Medeni Hukuka Giriş Dersleri, Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 1973, s.144-150; Aytekin **Ataay**, Medeni Hukukun Genel Teorisi, Temel Bilgiler-Genel Kavramlar, İkinci Bası, İstanbul 1971, s. 344-357; **Oğuzman/Barlas**, s. 267 vd; **Dural/Sarı**, s. 243 vd; **Serozan**, s. 266 vd.; **Hatemi**, s. 187; Hakkın kötüye kullanılması yasağı ile ilgili ayrıca bkz., Yalçın **Kavak**, Medeni Hukukta Dürüstlük Kuralı ve İyiniyetin Korunması, İstanbul 2019, s. 61 vd.

¹⁶⁷ **Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 268.

¹⁶⁸ **Yalçınkaya/Kaleli**, s. 1189, 1190.

¹⁶⁹ **Anıl**, s. 46; **Yalçınkaya/Kaleli**, s. 1189, 1190. Örneğin, belirli bir olay nedeniyle kocasını affetme- yen ve asla affetmeyeceğini söyleyen kadının kocasıyla aynı evde oturup hiç konuşmamasına rağ- men, kendisine açılan boşanma davasına itiraz etmesi, hakkın kötüye kullanıldığını göstermektedir (bkz., Yargıtay 2. HD., T. 2.12. 1991, E. 12450, K. 14351, **Tutumlu**, s. 270, 271).

¹⁷⁰ Yargıtay'da bu konuya ilişkin olarak, bir kararında (2. HD., T. 23. 10. 1992, E. 10153, K. 10218): "*[...] bir yandan kocanın mevcut olaylar sebebiyle cezalandırılmasını istemek, diğer yandan bo- şanmaya karşı çıkmak gibi bir durum bu davranışın en tipik örneğidir [...]*" şeklinde görüş belirt-

kusurlu eşin, gerçekte bu hakkı kullanması için hiçbir menfaati olmamasına rağmen, sırf davacı eşe zarar vermek amacıyla davayı reddettirmeye çalıştığı hallerde, dürüstlük kuralına aykırılığın yaptırımını olarak, bu def'i ileri sürülmemiş gibi kabul edilerek dikkate alınmamalı ve boşanmaya karar verilmelidir¹⁷¹.

Söz konusu hükümde, hakkın kötüye kullanıldığı hallerin yanı sıra, evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmaması halinde de, davalının def'i hakkını kullanması durumunda, hâkimin boşanmaya karar verebileceği düzenlenmiştir. O halde, davacı eşin kusurlu olduğu olaylarda, davalı eşin davayı reddettirmek istemesi ve bu konuda başarıya ulaşması, ancak evliliğin devamında kendisi ve/veya çocukları açısından korunmaya değer bir menfaat olduğu hallerde mümkün olabilecektir. Doktrinde de, bu hususa ilişkin olarak, huzurlu bir aile ortamını yeniden tesis etmek imkânsız ise, davayı reddettirmenin faydası olmayan bir inatlaşmadan başka bir şey olmadığı ifade edilmiştir¹⁷².

İfade edelim ki, söz konusu hükümde, sadece “*evliliğin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa*” ifadesi yer almış olsaydı da aynı sonuca varmak, yani Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinin uygulama alanı bulacağından söz etmek, şüphesiz ki mümkün olurdu. Doktrinde de isabetle belirtildiği üzere, hükümde yer alan, evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmaması hali, Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinin uygulama alanından başka bir şey değildir¹⁷³. Örneğin, kendisine kötü davranan, şiddet uygulayan ya da karşı cinsten

miştir (Kazancı). Ayrıca bkz., Yargıtay 2. HD., T. 23. 10. 1992, E. 1992, K. 1153: “[...] daha çok kusurlu olan eşin açtığı boşanma davasının kabul edilebilmesi için davalının itirazının kötü niyetli olup olmadığının öncelikle belirlenmesi gerekir.” (Aml, s. 211). İsviçre Federal Mahkemesinin konuya ilişkin verdiği kararlar için bkz., **Yalçınkaya/Kaleli**, s. 1191.

¹⁷¹ Hâkimin, hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı olgusunu değerlendirirken her somut olayda, evliliğin süresi, eşlerin yaşları, bedensel ve ruhsal sağlık durumları ve boşanmanın varsa çocuklar üzerindeki etkilerini göz önünde tutması ve bu konuda oldukça titiz davranması gerekmektedir (aynı yönde bkz., **Öztaş**, makale, s. 721). Davalı eşin def'i ileri sürmesi üzerine dava reddedildikten sonra, davacı eşin evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olan eylemlere devam edip etmeyeceği meselesi de her somut ilişki için ayrıca tespit edilmesi gereken bir husus olup, hâkimin boşanma kararı vermemesi halinde, davacının kusurlu davranışlarına devam etmesi, ailenin huzurunu daha fazla tehlikeye düşürebilecektir. Bu durumun ise, geniş ölçekte toplum menfaatini zedeleyeceği açıktır.

¹⁷² Bkz., **Erdem**, s. 132. Yargıtay 2. HD., T. 5. 6. 1997, E. 5269, K. 6499: “[...] davalı evlilik birliğinin devamını istemekle yasal hakkını kötüye kullanmıştır [...] Kadının sadakatsizliği alışkanlık haline getirmesine karşılık davalı kocanın bunu hoşgörü ile karşılaması Türk aile anlayışı ve manevi değerleriyle bağdaşmaz. Davalı, gerek kendini ve gerekse çocuklar yönünden korunmaya değer bir yarardan söz etmemiş, re'sen de böyle bir hak tespit edilmemiştir. Kamu düzenini de bozan böyle bir beraberliği yasanın koruyacağı düşünülemez.” (Aml, s. 211).

¹⁷³ Doktrinde, “Evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar için korunmaya değer bir yarar kalmamasına rağmen boşanmaya itiraz, hakkın kötüye kullanılmasının en çarpıcı halidir yoksa ek bir şart söz konusu değildir. O bakımdan ve'den sonra özellikle teriminin kullanılması yerinde olurdu.” ifadesinden, kanun maddesinin eleştirildiği anlaşılmaktadır (bkz., **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 122). Aynı yönde bkz., **Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 268; **Öztaş**, s. 415; **Gençcan**, s. 236. Aynı yönde bkz., Yargıtay 2. HD., T. 23.10.1992, E. 10153, K. 10218: “Aralarında müşterek hayatın çekilmeye bir hale gelmesini mücip olacak derecede şiddetli bir geçimsizlik baş gösterdiği takdirde, karı kocadan her biri boşanma davacı olabilir. Daha çok kusurlu olan eşin açtığı boşanma davasının kabul edilebilmesi için davalının itirazının kötü niyetli olup olmadığının öncelikle belirlenmesi gerekir.” (Kazancı). **Öztaş**, (makale, s. 721'de), hakkın kötüye kullanılmasının zaten üst bir ilke olduğunu ve artık bundan bahsedildiği yerde buna eklenebilecek başka unsurların söz konusu olmayacağını ifade etmiştir. Bu maddenin uygulama alanı bulması için iki ayrı şart arandığı ve bunlardan birinin hakkın

başkalarıyla yakın ilişkiler kuran bir eşin açtığı boşanma davasında, davalı eşin de yükümlülüklerini ihlal etmeye başlamış olduğunu varsaydığımızda, artık davalının bu davayı reddettirmek istemesinde ve evliliğin bu şekilde sürmesinde kendisinin de çocukların da korunmaya değer bir menfaati bulunmamaktadır. Görüldüğü üzere, böyle bir durumda kusuru ileri sürerek davayı reddettirmeyi istemek ve evliliğin devam etmesini sağlamak, aynı zamanda dürüstlük kuralına da aykırılık teşkil edecektir¹⁷⁴. O halde, davacının kusuru daha fazla olup da davalı tarafından bu durumun ileri sürüldüğü hallerde, her somut olay özelinde hâkimin, ailenin geri kalanı için evliliğin devamında korunacak bir menfaat olup olmadığını, ortak hayatın yeniden tesisinin mümkün olup olmadığını analiz ederek davayı sonuçlandırması gerekmektedir.

Konuya ilişkin örnekleri çoğaltmak mümkündür. Örneğin, eşlerden birinin, her gün eve geç ve alkollü olarak gelmesi ve herhangi bir işte de çalışmaması ya da kişisel hijyenine dikkat etmemesi, eşine şiddet uygulaması ve benzer kusurlu eylemlerinden ötürü, diğer eş açısından evlilik hayatının çekilmez bir hal aldığı varsayılırsa, evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle eşlerden biri boşanma davası açabilir. Keza, kocanın, başka kadınlarla ilişkiler kurmayı alışkanlık haline getirdiği bir diğer örnek olayda ise, kadın da kumar oynamaya olan tutkusunu sebebiyle eviyle, çocukları ve eşi ile yeterince ilgilenmiyor ise¹⁷⁵, burada her iki eş de kusurlu eylemleriyle ortak hayatı çekilmez hale getirdiği için, yine eşlerden herhangi biri evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle boşanma davası açabilir. Bu iki örnek olaydan birincisinde tamamen kusurlu eşin temelden sarsılma sebebiyle dayalı olarak boşanma davası açması halinde, TMK m. 166 uyarınca, diğer eşin, davacının kusur durumunu (tamamen kusurlu olduğunu) ileri sürerek davayı reddettirme hakkı bulunduğu gibi, ikinci örneğimizde de aynı madde gereğince kendisine dava açılan eş, davacının daha kusurlu olduğunu ileri sürerek davayı reddettirme hakkını kullanabilir. Her iki olayda da, eşlerden en az birisi için ortak hayat çekilmez hale gelmiş olmasına rağmen, sırf davayı açan eşin bu boşanma sebebinin gerçekleşmesinde daha fazla kusurlu ya da tam kusurlu olmasının ileri sürülmesiyle boşanma davasının reddedilmesi halinde, belki de tüm çabalara rağmen temelden sarsılmış durumda olan evliliğin sonlandırılmaması gibi, aslında istenmeyen bir durum ile karşılaşmış olacaktır. Öyle ki, özellikle örneğini verdiğimiz bu tür olayların yaşandığı evliliklerde, evliliğin devamında eş ve varsa çocuklar açısından bir fayda kalmadığı (TMK m. 166/II) açıkça görülmektedir. Böyle durumlarda da, davalının davayı reddettirmek için, davacı eşin kusurunu ileri sürmesinin hakkın kötüye kullanılması (TMK m. 166/II, TMK m. 2) niteliğinde olması nedeniyle, bu beyan dikkate alınmamalı ve eşlerin boşanmasına izin verilmelidir. Çünkü ancak bu şekilde, hem aile hem de toplum açısından olumsuzluk yaratabilecek bu tür durumların önüne geçilebilecektir. Doktrinde *Burcuoğlu* tarafından, “*haydut davacı*” ile “*melek davalı*” betimlemeleri üzerinden verilen bir örnekte, melek olan (yani kusursuz olan) davalı eşin, haydut davacı hafif kusurlu bile olsa, açılan davayı sonuçsuz bırakırabilecek olması eleştirilmiş ve burada davalının tek amacının sadece intikam olabileceği ifade edilmiştir. Aile hukukunda intikam duygusu ile hareket edilmesine izin veren hükümlerin varlığı ve bu hükümlerin bu şekilde uygulanmasının sakıncalı olduğunu belirten bu görüş, davayı sonuçsuz bıraktıran melek davalının bir haydut ile kâğıt üzerinde evli kalmaya mahkûm edilmiş olmasının, aslında bir kazanım olmadığına dikkat çekmiştir¹⁷⁶. İşte, bu örnek olay üzerinde bahsedilen ve intikam duygusu-

kötüye kullanılması olgusu olduğu, diğerinin ise, davalı ve çocuklar bakımından evliliğin devamında menfaat kalmaması şartı olduğu yönündeki aksi görüş için bkz., **Avcı**, s. 71.

¹⁷⁴ Bkz., **Kılıçoğlu**, s. 140.

¹⁷⁵ Örnek için bkz., **Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 267.

¹⁷⁶ Bkz., **Burcuoğlu**, (Gözlemler), s. 4, 5. Aynı yönde bkz., **Kara**, s. 75.

suyla hareket edilen bu tür durumlarda¹⁷⁷, artık evlilik birliğinin devamının eşler ve çocuklar için faydasız olduğu ve davalı tarafından hiçbir meşru menfaat olmadan def'i ileri sürülerek dava sonuçsuz bırakılmaya çalışıldığı için, bu ihtimalde de hâkimin boşanmaya karar vermesi gerekir (TMK m. 166/II, TMK m. 2). Esasen, söz konusu yasal düzenleme ile kanun koyucu, çocuğun mevcut olduğu hallerde çocuklar için; çocuk bulunmadığı hallerde ise, diğer eş bakımından bir değerlendirme yapılarak, evliliğin artık bu kişiler açısından anlamsızlaştığı hallerde, sırf davacının kusurunun daha fazla olması nedeniyle, evliliği ayakta tutmaya dönük düşünceden vazgeçtiğini göstermektedir¹⁷⁸. Oysa, yukarıda verdiğimiz örnekler gibi, davacının tam kusurlu olduğu tüm hallerde, Yargıtay'ın 166. madde hükmünü, -hüküm değişikliğine rağmen- geçmişten günümüze, kusurun hâkim tarafından re'sen araştırılarak tam kusurlu eşin açtığı davanın reddedilmesi gerektiği şeklinde yorumlaması ve temelden sarsılan evliliğin devamında eş, aile ve toplum açısından hiçbir fayda kalmamasına rağmen, bu tür evliliklerin devam etmesine izin vermesi, saydığımız tüm olumsuz durumların önüne geçilmesini zorlaştırmıştır. Esasen, Kanunun açık hükmüne rağmen, sırf davacının kusurunun davalıdan daha fazla olması nedeniyle kökünden sarsılmış evliliğin sona ermesinin engellenmesi, kanun koyucunun iradesi ile uyumlu gözükmediği gibi, teoride kanun koyucunun vazgeçtiği bu tür evliliklerin ayakta tutulmasına dönük düşüncenin, uygulamada halen devam etmekte olduğunu göstermektedir.

Eski Medeni Kanun'un yürürlüğü zamanında ise (3444 sayılı Kanun değişikliğinden önce), hakkın kötüye kullanılması ve bu kapsamda sayılabilecek durumlara ilişkin bir düzenleme Kanunda yer almamakta idi¹⁷⁹. Elbette, davalı eşin benzer saiklerle hareket ettiği haller ve yukarıda örneklerle açıkladığımız olaylar, eski MK döneminde de yaşanmıştır. Yargıtay'ın genel görüşü ise, daha az kusurlu eşin davaya itiraz etmesinin, hakkın kötüye kullanılması şeklinde değerlendirilmemesi gerektiği yönünde şekillenmekte idi. Yargıtay bir HGK kararında, "*bu durumda davalının savunma hakkını kötüye kullandığı ileri sürülerek davacıya aslında sahip olmadığı bir dava hakkının tanınamayacağı ve Medeni Kanununun 134. maddesinde öngörülen dava hakkına ilişkin şartların, Türk hukukunda hâkim tarafından kendiliğinden göz önünde tutulacağı belirtilmiştir*"¹⁸⁰. Belirtmek gerekir ki, eski MK

¹⁷⁷ Doktrinde, kendisi açısından da evlilik birliğinin devamında fayda olmamasına rağmen davalının aralarında geçimsizlik bulunmadığını ispatlamaya ve davanın reddedilmesini sağlamaya yönelik davranışlarının söz konusu olabileceği ve hâkimin böyle durumlarda takdir hakkını kullanırken, özellikle duygusal, toplumsal ve ahlaki açılardan olabildiğince "*tarafaların ruhuna nüfuz etmek ve bir tarafın intikam duygularını tatmine alet olmama*"sı gerektiğine dikkat çekilmiştir (bkz., **Velidedeolu**, s. 184). Ayrıca bkz., **Saymen/Elbir**, s. 258.

¹⁷⁸ **Öztaş**, s. 415. Belirtmek gerekir ki, 3444 sayılı Kanun hazırlanırken, 1984 tarihli Ön tasarıda, "*evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmaması halinde*" ifadesinden önce gelen "*özellikle*" deyiminin çıkarılması isabetli olmamıştır.

¹⁷⁹ Ancak, eski MK zamanında itirazın, def'i olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürenlerin aynı sonuca vardığını söylemek mümkündür. Keza bu husus ilgili hükümde açıkça yer almasa dahi, TMK m. 2 kapsamında varılabilecek bir sonuçtur. Belirtmek gerekir ki, doktrinde, Eski Kanun zamanında, bazı hallerde davalının davacıdan intikam almak amacıyla aralarında geçimsizlik olmadığını ya da daha fazla kusurlu olduğuna yönelik iddiasını ispatlamaya çalıştığı ve boşanma davasını yıllarca sürdürdüğü belirtilmiş ve evliliğin devamında toplumsal bir yarar da olmayan bu hallerde bir tarafın intikam hissini tatmin edilmesine adalet organlarının vasıta edilerek, diğer tarafın evliliğe zorlandığı ve burada hâkimin hakkın kötüye kullanılmasına izin vermemesi gerektiği ifade edilmiştir (bkz., **Veldet**, s. 267).

¹⁸⁰ Yargıtay HGK., T. 19.1.1963, E. 2-17, K. 53 (**Yalçınkaya/Kaleli**, s. 1192 ve ayrıca bkz., **Tekinay**, s. 191 dn. 38, 39). Aynı şekilde 2. HD. tarafından verilen bir kararda da kullanılmayan haklarda, hakkın kötüye kullanılmasından bahsedilemeyeceği ifadesi kullanılmıştır (Yargıtay 2. HD., T. 1. 3.

döneminde, hakkın kötüye kullanılması olgusunun Yargıtay tarafından kabul edilmesi halinde, hem davalının def'i hakkı olduğu, yani hâkimin davacının boşanmadaki kusuruna yönelik incelemeyi re'sen yapmaması gerektiği kabul edilmiş olacak, hem de bununla bağlantılı olarak, açılan dava, davacı kusurlu ya da daha kusurlu olmasına rağmen, boşanma kararı ile sonuçlanmış olacaktı. Bu nedenle, bu görüş kendi içinde tutarlı olsa da, genel olarak korunması gereken menfaatler bakımından görüşün isabetli olmadığı yönündeki düşüncemizi yineliyoruz.

Davalı eşin, davayı reddettirme hakkını kötüye kullanmasına ilişkin değerlendirmemizi, Yargıtay'ın konuya ilişkin kararlarında çoğunlukla kullanmayı tercih ettiği bir ifadeye dikkat çekerek noktalamak istiyoruz. İlgili kararda geçen ifadeler şu şekildedir:¹⁸¹: “[...] *Bir hakkın doğumu için kanunen iyi niyetin şart olduğu hallerde asıl olan iyi niyettir*” (MK.3). *O halde, olaylarda daha az kusurlu olan eş prensip olarak iyiniyetli kabul etmek gerekir. Davalıyı kötü niyete götüren doğruluk, güven gibi objektif ahlak ve hukuk kurallarına aykırı bir davranış ortaya konmadıkça onu kötü niyetli kabul etmek mümkün olmaz. Davalının çelişkili davranışlar içinde olduğu zaman kötü niyetli kabulü mümkün olabilir. Bir yandan kocanın mevcut olaylar sebebiyle cezalandırılmasını istemek, diğer yandan boşanmaya karşı çıkmak gibi bir durum bu davranışın tipik örneğidir. Evlilik kurumunun sosyal amacından saptırıldığını gösteren olgular veya sırf davacıyı zararlandırma veya hakkın karşı taraf zararına acımasızca kullanılması gibi hallerin gerçekleşmesi kötü niyeti gösterir [...]*”.

Görüldüğü üzere, Yargıtay, söz konusu kararda boşanmaya sebep olan olaylarda daha az kusurlu olan eşin, iyiniyetli olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Kanunumuzda iyiniyete ilişkin temel ilke, Türk Medeni Kanunu'nun 3. maddesinde yer almakta olup, ilgili düzenleme: “*Kanunun iyiniyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır. - Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz.*” şeklindedir. Söz konusu kararda ise, boşanmaya sebep olan olaylarda daha az kusurlu olan eşin iyiniyetli olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiş ve “*davalının çelişkili davranışlar içinde olduğu zaman kötü niyetli [sayılmasının] kabulü[mün] mümkün*” olabileceği ifade edilmiştir. Belirtmemiz gerekir ki, bir kimsenin iddiaları ile çelişkili davranışlar sergilemesi ve hiçbir menfaati olmadan bir hakkı kullanması, kötü niyetli olmasından ziyade, hakkını kötüye kullandığını gösteren (en tipik) olgulardır¹⁸². Ayrıca, kanunun, bu hususta iyiniyete doğrudan sonuç bağladığı bir hal de bulunmamaktadır. Keza, bir eşin evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olan olaylarda ya da evlilik birliğinin yüklediği görevlere aykırı davranma konusunda kusurlu olması ile bir kimsenin bir hakkın kazanılmasına, bir hukuki konumda olmasına ya da bir hukuki sonucun gerçekleşmesine engel olan bir hukuki durumu bilmemesi ya da bilebilecek olmaması durumu¹⁸³ da birbirinden farklı hususları işaret etmektedir. Ancak Yargıtay, konuya ilişkin kararlarında genellikle dürüstlük kuralı yerine, iyiniyet ilkesi ifadesini kullanmayı tercih etmiştir. Düşüncemize göre, bu tercihin sebebi, eski Medeni Kanunda hem

1971, E. 1081, K. 1366, s. 1193). Ayrıca bkz., Yargıtay 2. HD., T. 25. 4. 1966, E. 2396, K. 2429 (Yazıcı/Atasoy, s. 307).

¹⁸¹ Yargıtay 2. HD., T. 23. 10. 1992, E. 10153, K. 10218 (Kazanıcı).

¹⁸² Bkz., Oğuzman/Barlas, s. 274 vd.; Hatemi, s. 187; Dural/Sarı, s. 258, 259, 260; Serozan, s. 268, 269, 270; Ataay, s. 350; Tekinay, (Medeni), s. 151, 152. Bkz., dn.170'e ait paragraf.

¹⁸³ İyiniyet kavramı ile ilgili bkz., Oğuzman/Barlas, s. 250; Tekinay, (Medeni), s. 135; Hatemi, s. 179, 180; Dural/Sarı, s. 235; Serozan, s. 254, 255; Ataay, s. 337, 338; Mardini, s. 156.

dürüstlük kuralının hem de iyiniyetin, “hüsnüniyet” terimi ile ifade edilmiş olmasıdır¹⁸⁴. Her ne kadar, bir kimsenin çelişkili davranışlar sergilemesi, doğru, dürüst ve güvenilir karakter özellikleri taşımadığının göstergesi olsa da ve bu şekilde davranmayan bir kimsenin iyiniyetli olduğundan söz edilemeyeceği¹⁸⁵, söz konusu kararlarda iyiniyet kuralları ile ifade edilen asıl kavramın, dürüstlük kuralı olduğu düşüncesindeyiz (TMK m. 2). Nitekim, davalı eşin davayı reddettirmek için def’i ileri sürmek istemesinde, bir hakkın kazanılmasından çok, bir hakkın kullanılması ön planda olup, konuya ilişkin metinlerde iyiniyet yerine, dürüstlük kuralı ifadesinin tercih edilmesi isabetli olacaktır.

6. Görüşlerin değerlendirilmesi ve konuya ilişkin görüşümüz

Çalışma konumuzu oluşturan ve Türk Medeni Kanunu’nun 166. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenen bu boşanma sebebinin kusur prensibine değil, temelden sarsılma prensibine dayalı olduğu, açık ve tartışmasız bir gerçektir¹⁸⁶. Bu nedenle, hâkimin burada boşanma kararı verebilmesi için, ortak hayatın çekilmez hale geldiğine kanaat getirmesi gerekli ve yeterlidir. Bu boşanma sebebinde önemli olan, eşlerin kusur durumu olmayıp, kusur ya da kusur dışında başkaca sebeplerle eşlerin aile hukuku yükümlülüklerini ihlal etmesi ve bu durum nedeniyle ortak hayata devamın beklenemeyeceği geçimsizlikler yaşanması ya da eşler arasında böyle geçimsizlikler olmasa bile, yaşanan bu durumun ortak hayatı sürdürmeyi imkânsız hale getirmesi nedeniyle eşlerin evlilikten ve birbirlerinden geleceğe ve birlikteliğe dair beklentilerinin kalmaması, yani bütün bu durumlarda evlilik birliği temelinden sarsıldığı için eşlerin ortak hayata devam etmek istememeleridir. Görüldüğü üzere, “geçimsizlik şartı ile kusursuzluk şartı arasında mutlak bir bağlantı yoktur.”¹⁸⁷. Örneğin, eşlerden birinin, arkadan hızla gelen arabanın kendisine çarpması neticesinde, ömür boyu yürüyemeyecek ya da gözleri görmeyecek hale gelmesinin, diğer eş açısından ortak hayatı sürdürmeyi çekilmez hale getirebilecek bir sebep olabileceğini söyleyebiliriz. Bu tür bir olayda, kaza geçirmiş olan eş açısından dahi, kendi yaşadığı bu sancılı durumun diğer eşe yansımaları olan yıpranmadan ötürü ortak hayatı sürdürmek çekilmez hale gelmiş olabilir. Eşlerden hangisinin bu durum nedeniyle evlilik birliğini devam ettirmek istememesi hususundan bağımsız olarak, bu yaşanan durumda, hiçbir eşin kusuru bulunmamaktadır. Bu şekildeki bir durum ise, örnek olayda ek bir olgu yer almadığı sürece, evlilik birliğinin temelinden sarsılması dışında (TMK m. 166/1) başka hiçbir boşanma sebebine konu olama-

¹⁸⁴ Doktrinde, bu karışıklığı önlemek için, 2. maddede düzenlenen dürüstlük kuralı yerine “objektif hüsnüniyet” (*Treu und Glauben*), 3. maddede düzenlenen iyiniyet yerine ise, “sübjektif hüsnüniyet” kavramları kullanılmakta idi. Genel Gerekeçde bu husus: “İkinci ve Üçüncü maddelerde geçen ‘Hüsnüniyet’ terimi, karışıklığa yol açtığından farklı konulara ilişkin olmaları dikkate alınarak ‘Dürüstlük Kurallarına Uymak’ ve ‘İyiniyet’ terimlerine dönüştürülmüştür.” şeklinde açıklanmıştır. Ayrıca bkz., Hıfzı Veldet **Velidedeoğlu**, Türk Medeni Hukuku C: I, Cüz 1- İkinci Kitap (Haklar ve Borçlar), s. 325; **Oğuzman/Barlas**, s. 248; **Ataay**, s. 344; **Kavak**, s. 10, 27 vd.

¹⁸⁵ Bkz., **Oğuzman/Barlas**, s. 249, 250, 251. **Tekinay**’a göre ise, (Medeni, s. 146, 147’de), “sübjektif iyiniyet, hukuki bir sonucun meydana gelmesinde varlığı aranan bir durumun veya olayın sahiden mevcut sanılmasındaki yanılmadan ibarettir. Objektif iyi niyet ise, ‘doğru’ olan bir davranış tarzına uymayı ifade eder.”

¹⁸⁶ **Egger**, s. 182; **Schwarz**, s. 153; **Birsen**, s. 329; **Velidedeoğlu**, s. 162; **Akipek**, s. 60; **Öztan**, s. 413; **Anıl**, s. 34; **Veldet**, s. 265; **Toksöz**, s. 28, 52; **Okumuş**, s. 116, 117; **Gençcan**, s. 230; **Kara**, s. 72; **Ergün**, s. 60; **Avcı**, s. 8; **Yalçınkaya/Kaleli**, s. 1180, 1182; **Ateş**, s.743. Ayrıca bkz., Yargıtay 2. HD., T. 3. 10. 1995, E. 7117, K. 9764: “3444 Sayılı Yasa ile değişik Medeni Kanununun madde 134 ile [Yeni MK m. 166] kusur esası terk edilmiş, boşanmaya köklü sarsılma esası ön plana alınmıştır.” (**Tutumlu**, s. 262). Bkz., dn. 10 ve dn. 18’e ait metinler.

¹⁸⁷ **Feyzioğlu**, s. 30

yacak niteliktedir. Eklemek gerekir ki, evlilikte yaşanan bu tür bir olay, sadece kusurun bulunmadığı bir temelden sarsılma hali değil, aynı zamanda eşler arasında bir geçimsizlik olmadan da meydana gelebilecek bir temelden sarsılma haline örnek oluşturur. Evlilik birliğinin temelinden sarsılması çerçevesinde sayabileceğimiz sınırlı sayıda olmayan bütün durumlarda, eşlerden her ikisinin de bu sebebe dayalı olarak, boşanma kararının verilmesini istemesi mümkün olmalıdır. Öyle ki, sadece nikâhın gerçekleştiği ve daha önce bir araya gelmemiş eşler arasında bile, (ortak hayat henüz başlamamış bile olsa) bu genel boşanma sebeline dayalı olarak dava açılabilirdi, bu tür bir evlilikte bile çekilmezlik şartının gerçekleşmiş sayılabileceği (evlilik birliğinin temelinden sarsılmasının mümkün olduğu) örneklerle¹⁸⁸ rastlanılmaktadır. Böyle bir evlilikte, başkaca ek şartlar olmadığı sürece, elbette hiçbir eşin kusurlu davranışıyla çekilmezliğe sebep olduğundan bahsedilemeyecektir. Bu durum da, kusur prensibi ile temelden sarsılma prensibi arasındaki ilişkiyi ortaya koymaktadır. Temelden sarsılma, kusur olgusunu da içeren geniş bir kavram olsa da, bu prensip, tamamen kusur prensibinin şartlarına göre yorumlanamaz. Kusur prensibi, boşanma kavramına temelden sarsılma prensibine göre çok farklı bir perspektiften yaklaşmakta, ondan bağımsız bir mantık çerçevesinde şekillenmekte olup; kusur olgusu, evlilikteki düzeni bozacak yüzlerce sebepten sadece birini oluşturabilecektir¹⁸⁹.

Temelden sarsılma hali ile doğrudan ilişkilendiremediğimiz kusur prensibine bağlı boşanma sebeplerinde oldukça önem arz eden kusur kavramı ile ilgili belirtilmesi gereken bir diğer husus ise, hâkimin bu konuda nasıl bir belirleme yapacağına ilişkindir. Hemen belirtelim ki, bu konuda önceden kesin bir ölçü koymak ve buna göre tespit yapmak imkânsızdır¹⁹⁰. Yargıtay, eşlerden birinin sadakatsiz davranışının mı, diğerinin onuru kırıcı tepkilerinin mi daha ağır kusur teşkil edeceği meselesinin nasıl ve ne şekilde çözümlenmesi gerektiğine yönelik görüşünü, ilgili kararında¹⁹¹ oldukça isabetli noktalara temas ederek, şu şekilde açıklamıştır: “*Kusur, çoğu kez kişilerin sosyal ve kültürel yapılarına, değer yargılarına ve çevrelerine göre değişen bir ölçüde soyut, görelî bir kavramdır. O halde önceden şu ya da bu eylemin ya da davranışın daha ziyade kusur veya daha az kusur olarak kabulü ve bu konuda kesin, değişmez, nesnel bir ölçü konulması olanak dışıdır. Bu nedenle Türk Medeni Kanununun 134. maddesine dayanılarak açılan boşanma davalarında, taraflardan hangisinin tutum ve davranışının daha ziyade kusur sayılacağını, başka bir söyleyişle kusurun daha ziyade hangi tarafa ait olduğunu saptamak ve değerlendirmek hâkimin takdir*

¹⁸⁸ Bkz., **Kaçak**, s. 63; **Schwartz/Mimaroglu**, s. 339; **Öztürk**, s. 47, 48; **Tekinay**, s. 181, özellikle dn. 16; **Ergün**, s. 64; **Yalçinkaya/Kaleli**, s. 1165; **Avcı**, s. 28, 49. Bkz., Yargıtay 2. HD., T. 13. 12. 1964, E. 6106, K. 6147. (**Feyzioğlu**, s. 306). Aynı yönde bkz., Yargıtay 2. HD., T. 2. 10. 1953, E. 4716, K. 4369: “*karı koca arasında birlikte oturmadıkları hallerde de geçimsizlik olabilir.*” (**Atasoy/Yazıcı**, s. 329); aynı yönde bkz., Yargıtay 2. HD., T. 30. 3. 1965, E. 10051, K. 1699: “[...] *Taraflar bir araya gelmemiş olsalar dahi aralarında geçimsizlik zuhur edebileceği [...].*” (**Yazıcı/Atasoy**, s. 309); Yargıtay 2. HD., T. 30. 3.1987, E. 1909, K. 2765; Yargıtay 2. HD., T. 4. 2. 1986, E. 814, K. 1057; Yargıtay 2. HD., T. 16.12.1985, E. 9632, K. 10694 (**Yalçinkaya/Kaleli**, s. 1165).

¹⁸⁹ Aynı yönde bkz., **Çandarlı**, s. 21. Nitekim, bu hususa ilişkin doktrinde de: “*Halbuki kusur, evlilik birliğinin kökünden sarsıldığını tespit etmez; olsa olsa bu birliğin sarsılmasında diğer birçok sebepler gibi, bir sebep ve illet olabilir.*” şeklinde görüş belirtilmiştir (**Veldet**, s. 264).

¹⁹⁰ Öyle ki, bazen görünürde kusurlu olan eşin gerçekte kusursuz olması ve diğer eş daha kusurlu olmasına rağmen sırf kurnazlığı nedeniyle kendisini kusursuz olarak göstermiş olması dahi mümkün olabilmektedir (bkz., **Gönensay**, s. 82).

¹⁹¹ Yargıtay, 3. 7. 1978, 5/6 (bkz., **Aküntürk/Ateş Karaman**, s. 267, dn. 87; **Tekinay**, s. 184). Bu kararın, Yargıtay’ın İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulunun, içtihadın birleştirilmesine gerek bulunmadığı hususunda verdiği bir karar olması hakkında bkz., **Oğuzman/Dural**, s. 126.

yetkisine aittir. Elbette hâkim bu konudaki takdir yetkisini ve hakkını olayların kendi yapılarına ve oluşlarına özgü yönleri içinde kullanacaktır. Kuşkusuz önceden somut bir kural koymak, belli bir ölçü getirmek, hâkimin takdir yetkisini ve hakkını önleyici ve bağlayıcı nitelik taşıyacağından, sakıncalı bir uygulama sayılmak gerekir”.

Önemle belirtmek gerekir ki, bu hayatta eşlerin ortak hayatı sürdürmeye katlanamayacakları kadar evlilik birliğini derinden sarsan sayısız olgu ve durum gerçekleşebilir ve bu olgu ve durumların gerçekleşmesinde, eşlerin her ikisinin ya da sadece birisinin kusuru bulunabileceği gibi, her ikisinin de kusuru bulunmayabilir¹⁹². Şüphesiz ki, TMK m. 166 uyarınca, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasının eşlerden sadece biri için bile ortak hayatı sürdürmeyi olanaksız kılmasıyla, ortak hayat kendisi için çekilmez hale gelen eşin bu davayı açma hakkı doğacaktır. Evlilik birliğinin temelden sarsılmış olması için, eşlerin mutlaka kusurlu olmaları şartı gerekmediği gibi, davayı açacak eşin de boşanmaya sebep olan olaylarda (temelden sarsılma ya da evliliğin çekilmez hale gelmesinde) kusurlu olmaması şart değildir¹⁹³. Eş deyişle, dava açma hakkına sahip olan eşin, evlilik birliğinin temelden sarsılmasına sebep olan olay ve olgularda daha fazla kusurlu ya da tamamen kusurlu olması mümkündür¹⁹⁴. Eşlerin kusur durumunun ve kusur derecelerinin ise, boşanmanın kusura bağlı sonuçları açısından fark yaratacağı muhakkaktır. Ancak, bu durum, Kanuna göre, boşanma davası açma hakkının doğması açısından fark yaratmayacaktır. Çünkü davacının ortak hayatın çekilmez hale gelmesinde, diğer eşten daha kusurlu olması başka, evlilik birliğinin her iki eş bakımından da ortak hayatı sürdürmenin beklenelemeyeceği ölçüde derinden sarsılmış olması başka bir olgudur. Doktrinde, boşanma sebepleri ile ilgili olarak, Öztan, “eşin kişilik haklarının hiçe sayılması sonucunu verecek şekilde bir fedakârlık yapmasının gerektiği hallerde, evliliğin devamının kendisinden beklenebilir olması mümkün değildir”¹⁹⁵ görüşündedir. Ceylan’a göre de, “evlilik birliğinin devamının eşlerden beklenebilir bir husus olup olmamasında hukuk düzenince tanınan en yüksek değeri taşıyan ‘kişiliğe karşı saygı’ temel alınarak değerlendirilir”¹⁹⁶. Egger’in konuya ilişkin düşüncesine göre de, “hayat birliği hakikatte mevcut olmadığı veya külliye muhtel olduğu, eşlerin tamamlanmasına ve tekamülüne artık hizmet edemediği, vakfî nefis karşılıklı olmadığı, imkânsız veya çekilmez bir hal aldığı takdirde evlilik manasını kaybetmiş demektir. Bu takdirde hukuki bağ da çözülebilmelidir. Bu, şahsiyet hukuku (mad. 27, MK 23) icabatındandır”¹⁹⁷.

¹⁹² Doktrinde geçimsizliği de içine alacak şekilde aynı yönde bkz., Erdem, s. 129, 130, 131; Dural/Öğüz/Gümü, s. 121; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 103; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 266, 267; Feyzioğlu, s. 304; Tekinay, s. 182; Saymen/Elbir, s. 257, 258; Velidedeoğlu, s. 181; Arsebük, s. 750; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 103; Öztan, s. 405; Schwarz, s. 153; Öztan, s. 370; Anıl, s. 40; Schwartz/Mimaroglu, s. 345; Toksöz, s. 52; Okumuş, s.116, 117; Çelik, s. 60; İnal, s. 332; Özüğür, s. 187; Yalçınkaya/Kaleli, s. 1205 vd., 1180; Zevkililer/Acabey/Gökyayla, s. 998; Kara, s. 27, 72; İnal, (Cilt I), s. 893; Avcı, s. 55, 57; Ceylan, s. 324; Vatanserver, s. 120; Ergün, (Armağan), s. 447; Kaçak, s. 61; Erdem, (Sabri), s. 173; Anıl, s. 45; Egger, s. 182. Yargıtay 2. HD., T. 3. 10. 1995, E. 7117, K. 9764: “[...]Evlilik birliğinin temelinden sarsılması çeşitli sebeplerle oluşur. Eşlerden birinin kusuru ile veya her kişinin ortak kusuruyla oluşabileceği gibi eşlerin kusuru olmadan da oluşabilir [...]” (Tutumlu, s. 262).

¹⁹³ Velidedeoğlu, s. 185, 186; Saymen/Elbir, s. 258; Schwarz, s. 153, 155; Feyzioğlu, s. 307; Oğuzman/Dural, s.126; Gençcan, s.229; Yalçınkaya/Kaleli, s.1179 vd.; Köprülü/Kaneti, s. 176, 177; Zevkililer/Acabey/Gökyayla, s. 998, 1002; Öztan, (makale), s. 719, 721; Ergün, (Armağan), s. 447.

¹⁹⁴ Bu hususun, ilgili komisyon raporunda da açıkça vurgulandığını görmekteyiz (bkz., dn. 120, 121).

¹⁹⁵ Öztan, (makale), s. 720.

¹⁹⁶ Ceylan, (Boşanmanın Hukuki Sonuçları), s. 24.

¹⁹⁷ Egger, s. 144.

Nitekim, bize göre de, eşlerin bir sebeple artık ortak hayatı devam ettirmeleri beklenemiyorsa, hala boşanmaya karar vermemekte diretmek, evlilik hayatı çekilmez hale gelen ve bu sebeple boşanmak isteyen eşi, bir bakıma evli kalmaya mahkûm etmek, o eşin kişilik haklarına aykırılık teşkil edebilecektir. Çünkü bir eşin boşanma sebebinin gerçekleşmesinde daha kusurlu olması, onun açısından ya da diğer eş açısından ortak hayatta çekilmezliğin mevcut olmadığını göstermemektedir.

Açıktır ifade etmek gerekir ki, eski Medeni Kanun'un ifadesinden ilk bakışta şiddetli geçimsizlik sebebine dayalı dava açma hakkının (m. 134) sadece kusursuz eşe ait olduğu anlamını çıkarmak mümkün olduğu için, bu boşanma sebebi kusura bağlı bir sebepmiş gibi algılanmaktadır. Eski Medeni Kanun'un bu düzenlemesi gereği, şiddetli geçimsizlik, doktrinde bir kısım yazar ve Yargıtay tarafından da, kusura bağlı bir sebep olarak kabul edilmekte idi. Bu durum, hâkimin, şiddetli geçimsizliğe sebep olan olaylarda hangi eşin kusurlu ya da daha kusurlu olduğuna yönelik re'sen araştırma yapmasını gerekli kılmakta idi. Hâkimin temelden sarsılmanın mevcudiyetine rağmen, sırf kusurlu eşin dava açmış olması nedeniyle, boşanmayı reddetmesi ise, kusur prensibini ortaya çıkarmakta ve temelden sarsılma prensibini kenara itmekte idi. Ancak biz, Yargıtay ve doktrinde bir kısım yazar tarafından eski Medeni Kanunda ilgili hükmün (MK m. 134) sadece sözüne göre yorumlanmış olmasını isabetli bulmamaktayız. Kanunların, sadece sözüne göre değil, özüne göre de yorumlanarak somut olaya uygulanması (TMK m. 1) gerekir. Esasen, MK m. 134 hükmünde düzenlenen boşanma sebebi, kusur prensibine bağlı olmadığı için, eski Kanunun yürürlüğü döneminde de bu prensip ile birlikte değerlendirilmemesi gerekirdi. Böyle durumlarda kusur prensibi nedeniyle evliliğin boşanma ile sona ermesine izin verilmemiş olsa bile, eşlerin boşanma davası açacak kadar yaşadıkları tatsızlıklardan sonra, mutlu mesut evlerine dönecekleri ve hiçbir şey olmamış gibi hayatlarına kaldıkları yerden devam edeceklerini düşünmek, genellikle bir yanılgıdır. Hatta çoğunlukla boşanma aşamasına gelen eşlerin bundan sonra beraber yaşamaması veya beraber yaşamak zorunda kalsalar bile, belki eskisinden daha şiddetli kavgalar ve anlaşmazlıklarla dolu huzursuz bir yaşam sürdürmeleri söz konusu olacaktır. Bu durum, mevcut evlilikteki çocukların da psikolojik gelişimini olumsuz etkileyeceği için, uzun vadede toplumsal zararlar da ortaya çıkabilecektir. Bunun yanı sıra, davacının tam kusurlu ya da daha kusurlu olması nedeniyle davanın hâkim tarafından kendiliğinden reddedilmesinin, kusursuz olan ama gerçekten boşanmayı isteyen eşin aleyhine bir durum oluşturacağı söylenebilir. Örneğin, davacı eş, alkolik, kumarbaz ya da eşine devamlı kötü davranan, şiddet uygulayan biri olup, davalının -çoğunlukla kumarbaz, alkolik veya eşine şiddet uygulayan bir eşin açtığı dava, hâkim tarafından reddedildiği zaman, böyle bir evliliğin devam edecek olması neticesinde kusursuz olan eş korunmamış olduğu gibi, kusurlu olan eş de kusurlu olmanın sonuçlarına katlanmamış olmaktadır. Kusurlu olan eşin bunun sonucuna katlanması için, boşanmanın kabul edilmesi ve boşanmanın sonuçlarının (bkz., TMK m. 174, 175, 176) kusuru olan eşe yüklenmesi gerekmektedir. Bu nedenle, kusura ve

kusurun ağırlığına, evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebine dayalı açılan boşanma davalarında boşanmaya karar verip vermeme noktasında değil, boşanmanın sonuçlarında işlevsellik kazandırılırsa, mağdur ve kusursuz olan eşin korunması amacı sağlanmış olacaktır.

Belirtmek gerekir ki, İsviçre Medeni Kanunu'nda (ZGB), boşanmada kusur prensibi kural olarak terk edilmiş olup, Kanunda, eşlerden her birinin, ayrı yaşama sürelerinin (2 yılın) sona ermesinden önce, kendisine atfedilemeyen ciddi (zorlayıcı, haklı, ağır) nedenlerle evliliğin devam etmesinin beklenemez hale gelmesi (katlanamama, çekilmezlik unsuru) halinde boşanma talebinde bulunabileceğine ilişkin bir düzenleme (Art. 115/II) yer almaktadır¹⁹⁸. Görüldüğü üzere, hükümde sadece kendisine atfedilemeyen ya da kendisinden kaynaklanmayan ifadesi tercih edilmiş olup, kusur kavramından söz edilmemiştir. Esasen, çekilmezlik yaratacak ve bir eşe atfedilebilecek haklı ve zorlayıcı sebep ifadesinden, kusur dışında bir olgunun da söz konusu olabileceği (hastalık gibi) anlamını çıkarmak mümkündür.

Alman Medeni Kanun'unda (BGB) ise, boşanmada kusur esasına hiç yer verilmemiş, aile birliğinin (yaşam ortaklığının ya da ortak yaşamın) ortadan kalktığı ve birlikte yaşamın tekrar kurulmasının beklenemediği hallerde, evlilik birliğinin köklü sarsıntıya uğradığı ya da evlilik birliğinin başarısız olduğu (çöktüğü) (*Scheitern der Ehe*) ve bunun bir boşanma sebebi olduğu (BGB § 1565) hüküm altına almıştır¹⁹⁹. Görüldüğü üzere, burada da Türk Medeni Kanunu'nun 166. maddesindeki evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına eşdeğer bir durum düzenlenmiş ancak, eşlerin kusuru kavramından hiç söz edilmemiştir.

Konuya ilişkin üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise, davalının, davacının kusurunu ileri sürerek davayı reddettirmek için kullanabileceği, (Türk Medeni Kanunu'nun 166. maddesinin ikinci fıkrasının ifadesiyle) "itiraz hakkı" dır. TMK 166/II hükmünde açıkça davacının kusur durumunu ileri sürme ve buna itiraz etme hakkının davalıda olduğu belirtilmiş olup, davalı tarafından öne sürülmediği sürece, hâkim, kusura dayalı olmayan bu boşanma sebebinde, kendiliğinden eşler için kusur araştırması yaparak boşanma kararı verip vermeyeceğini tespit etmeyecektir²⁰⁰. Eş deyişle, boşanmaya sebep olan olaylarda eşlerin her ikisi de kusurlu olsa bile, ancak davalı bu durumu ileri sürerse, hâkimin somut olayda bu durumu inceleme ve kusurun ağırlığını takdir etme yetkisi söz konusu olacaktır²⁰¹. Kanun, davalı eşe, sadece davacı eşin kendisinden daha kusurlu ya da tamamen kusurlu olduğu somut uyuşmazlıklarda, davacının kusur durumunu öne sürerek, davayı reddettirme hakkı

¹⁹⁸ Bkz., <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19070042/index.html>. İsviçre Medeni Kanunu, 1 Ocak 2000 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikten sonra, 1 Ocak 2011 tarihinde de önemli değişikliklere uğramıştır. İsviçre boşanma hukukunun gelişimi hakkında geniş bilgi için bkz., **Gürsoy**, s. 26 vd.; **Helvacı**, s. 1151-1169; **Güven**, s. 35-56; **Ergün**, (Armağan), s. 431-457.

¹⁹⁹ Bkz., <https://dejure.org/gesetze/BGB/1565.html>. Alman hukukundaki ilgili düzenleme ile ilgili ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz., Haluk **Burcuoğlu**, "Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 48, Sayı:1-4, Ocak 1983, s. 113-140, (<https://dergipark.org.tr/tr/>); **Gürsoy**, s. 21-25; **Güven**, s. 35-56; **Ergün**, (Armağan), s. 431-457.

²⁰⁰ Aynı yönde bkz., **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 121; **Gençcan**, s. 230, 234. Ayrıca bkz., Akıntürk/**Ateş Karaman**, s. 266; **Öztan**, s. 414; **Erdem**, s. 132; **Velidedeoğlu**, s. 185; **Toksöz**, s. 54; **Korkmaz**, s. 98; **Oğuzman/Dural**, s. 126; **Köseoğlu/Kocaağa**, s. 51; **Çelik**, s. 66; **Öztan**, (makale), s. 721; **Ceylan**, s. 320; **Vatanserver**, s. 120; **Öztürk**, s.89; **İnal**, (Cilt I), s. 894; **Tutumlu**, s. 269; **Yalçınkaya/Kaleli**, s. 1186; **Kara**, s. 72; **Avcı**, s. 69; **İnal**, s. 332; **Yılmaz**, s. 158; **Okumuş**, s. 120, 176.

²⁰¹ Ayrıca bkz., **Schwarz**, s. 155, 156; **Egger**, s. 184, 185.

vermiştir²⁰². İşte, davacının kusurunun, davalının kusurundan fazla olduğu hallerde, davalının kendisine kanunun verdiği özel bir sebebe dayanarak davayı reddettirme hakkını kullanması nedeniyle, maddede yer alan itiraz ifadesi, bize göre de düzeltici yorum ile “def’i” olarak anlaşılmalıdır²⁰³. Aile hukukuna özgü olan bu def’i hakkının kullanılmasının sonucu olarak, karşı taraf ileri sürmediği sürece, hâkimin bu durumu re’sen araştırmaya mecbur olmadığı düşüncesindeyiz. Bu düşüncemiz, davacının hem tam kusurlu hem de davalıdan daha fazla kusurlu olduğu tüm haller için geçerlidir. Belirtmek gerekir ki, hükümde davalıya tanınmış olan davayı reddettirme hakkının (TMK m. 166/II) def’i olarak kabulü ile, tamamen kusurlu olarak kabul edilen eşin dava açma hakkı doğru elinden alınmış olacağı için, kanunun ruhuna ve söz konusu boşanma sebebine yön veren temelden sarsılma prensibine de uygun bir yorum yapılmış olacaktır. Yargıtay’ın, kanunun açık hükmüne rağmen, henüz davalı ileri sürmeden re’sen araştırma ilkesinin sonucu olarak davacının tamamen kusurlu olduğunun tespit edildiği hallerde, davanın bu sebeple reddedilmesine ilişkin görüşünü ise açıkladığımız gerekçelerle isabetli bulmamaktayız. Bize göre, temelden sarsılma sebebine dayalı olarak açılan boşanma davalarında hâkimin ilk işi, kusura yönelik incelemeler yapmak olmamalıdır. Hâkim, önüne gelen uyumsuzlukta, öncelikle evlilik birliğinin derinden (temelinden) sarsılıp sarsılmadığını, bu sarsılmanın ortak hayatı çekilmez hale getirip getirmediğini araştırmalı ve evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına kanaat getirmemiş ise, boşanmaya karar vermemelidir. Hâkim, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına kanaat getirdikten sonra, davalı eş, davacının kusurlu olduğu hususunu öne sürerek davanın reddini talep etmemiş ise, hâkimin boşanmaya karar vermesi gerekmektedir. Yani kusursuz ya da daha az kusurlu olan davalı eş, davayı reddettirme hakkını kullanmayarak, boşanma kararının verilmesini bekleyebilir²⁰⁴. Kural olarak, davalı eş, davacının temelden sarsılmaya neden olan olaylarda tam ya da daha fazla kusurlu olduğu hususunu öne sürerek davanın reddini talep etme hakkına sahip olduğu için, davacının kusurunu öne sürerek davayı reddettirme hakkını kullanan davalı eşin temelinden sarsılan evliliği kurtarma düşüncesinde olduğu, çocukları ve kendisi için evliliğine bir şans daha tanınmasını arzuladığı, eş deyişle, bu hakkı dürüstlük kuralı çerçevesinde kullandığı tüm hallerde, boşanmaya engel olabileceğini söylemek mümkündür. Ancak, hâkim, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına kesin olarak kanaat getirdikten sonra, kusuru öne sürerek davanın reddini istemek, somut uyumsuzlukta artık bu evliliğin devamında eş ve varsa çocuklar açısından fayda kalmadığından bahisle, hakkın kötüye kullanılması sayılmakta ise, boşanma kararı verilmesinin uygun olacağını söylemek gerekir²⁰⁵. Bu nedenle, davalı eşin, boşanmak istemiyorsa, davacının kusurunu ileri sürmek yerine, evlilik birliğinin temelinden sarsılmadığını ispatlamaya çalışması daha isabetli olacaktır.

²⁰² Sadece davacının kusurunun daha fazla olduğu hallerde davalının itiraz etme hakkı olduğu, ilgili komisyon raporunda da açıkça belirtilmiştir (bkz., dn. 121’ e ait metin).

²⁰³ Bkz., dn. 159. Doktrinde, “*usul hukuku manasında def’i, bir yandan maddi hukukun teknik manada def’ilerini içine alırken, diğer yandan maddi hukukun itirazlarını da kapsar.*” şeklinde ifade edildiği üzere, medeni usul hukukunda def’iler, maddi hukuktaki anlamına göre daha geniş anlaşılmakta olup, davalının kendisine karşı iddia edilen taleplere karşı yönelttiği tüm olguları kapsamaktadır (bkz., Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, Cilt I, II, 7. Baskı, İstanbul 2000, s. 348).

²⁰⁴ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 121; **Velidedeoğlu**, s. 185, 186, 187; **Anıl**, s. 44, 45.

²⁰⁵ Öyle ki, eşlerden biri, diğerinin kusurlu olduğunu iddia etmişse, bu iddia kabul edilmeksizin de hâkim, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına kesin kanaat getirirse, yine de boşanmaya karar vermelidir (bkz., **Egger**, s. 182, 183; **Velidedeoğlu**, s. 185). Çünkü burada önemli olan, eşlerin kusuru değil, ortak hayatın her türlü çabaya rağmen sürdürülebilmesidir. Konu ile ilgili olarak ayrıca bkz., “5. Davalı eş açısından hakkın kötüye kullanılması yasağı” başlığı altında yaptığımız açıklamalar.

Davalının, davacının daha fazla kusurlu olduğu durumlarda ileri sürebileceği davayı reddettirme hakkı, itiraz hakkı şeklinde ilgili komisyon raporunda yer alan gerekçede isabetli olarak açıkça belirtilmiş olsa da, bu durumun doğal sonucu olarak, davalının davacının daha fazla kusurlu olduğunu öne sürerek davayı reddettirebilme hakkını ifade etmek için “itiraz” teriminin kullanılması isabetli olmamıştır. Her ne kadar burada teknik anlamda bir itirazın kastedilmediği anlaşılmakta ise de, düşüncemize göre, hiç değilse Türk Medeni Kanunu’nun 166. maddesinin ikinci fıkrasının metninde bu ifadenin düzeltilmesi yerinde olacaktır. Böylece, kusurun re’sen dikkate alınması ve kusur durumunun hâkim tarafından öncelikle araştırılarak davanın reddedilmesi ile meydana gelebilecek sakıncalar bir ölçüde önlenabilir ve hükmün farklı yorumlanmasının beraberinde getirdiği tartışmalar da azalabilir.

Doktrinde bir kısım yazar tarafından da savunulan ve uygulamada istikrar kazanmış olan tamamen kusurlu eşin açtığı davanın reddedilmesi gerektiği yönündeki düşünce, kanaatimizce kanunun ne sözüne ne de özüne uygundur. Doktrinde ve Yargıtay kararlarında, bu görüşün gerekçesi olarak ileri sürülen, davacı eşin kendi kusuruna dayanarak hak iddia edemeyeceği ilkesinin ihlal edilmiş olduğu düşüncesine de katılamamaktayız. TMK m. 166/II hükmünde davalı eşe, açıkça davayı reddettirme hakkı verilmiş olup, bu durumun, davacı eşin kendi kusuruna dayanarak zaten hak iddia edemeyeceğinin bir göstergesi olduğunu söylemek mümkündür. Davalı eş, def’i ileri sürerek, davacının açtığı davaya engel olabilme hakkını elinde tutmaktadır. Bu durumda bir kimsenin kendi kusurlu davranışına dayanarak hak iddia etmesi karşısında, diğer tarafa da davacının temel hukuk ilkelerini bu sebeple ihlal etmesinin önüne geçme fırsatı verildiğini ifade edebiliriz.

Bu görüşümüze ilave etmek istediğimiz bir başka husus ise, eşler arasında yaşanan bir olumsuzluğun ya da geçimsizlik sebebinin aslında çok mahrem bir konu olması ve bu özel konunun da, eşler açısından evliliği sürdürmeyi imkânsız ve çekilmez hale getirebilecek olmasıdır. Eşlerden birinin, kendisiyle ilgili ya da diğer eşle ilgili olan bu konunun sadece kendilerinin bildiği ayrıntılarını belirtmeksizin, temelden sarsılma nedeniyle boşanmaya karar verilmesini istemesi halinde, hâkimin kendiliğinden kusur araştırması yaparak davayı açan eş kusurlu bulması ihtimalinde, eşlerin boşanmasına izin vermemesi söz konusu olursa, oluşacak bu durumun, somut evliliklerin devamı açısından daha büyük sorunlara yol açabileceği kuşkusuzdur. Bu nedenle de, söz konusu genel boşanma sebebinin davacı ve davalı eşlerin kusurundan bağımsız düşünülmesi ve davalının açılan davayı reddettirme yönünde bir isteği yok ise, kökünden sarsılan evliliğin hâkim kararıyla sona erdirilmesi gerekmektedir.

Eklelemek gerekir ki, TMK m. 166/IV uyarınca, davacının kusuru nedeniyle hâkim tarafından kendiliğinden reddedilen temelden sarsılma sebebine dayalı boşanma davasının üzerinden ortak hayatın tesis edilemediği 3 yıllık sürenin geçmesi üzerine, tarafların kusuru ya da başka bir şartın varlığı aranmadan eşlerden birinin istemi üzerine hâkim tarafından boşanmaya karar verilmesi gerekmekte olup, ilgili hükümde sayılan bu şartların gerçekleşmesi ile, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı varsayılmıştır²⁰⁶. Bu durumda, evlilik birliğinin temelinden sarsılması (ya da şiddetli geçimsizlik) sebebiyle açılan davalarda kusur durumunun hâkim tarafından re’sen araştırılarak davanın bu sebeple reddedilmiş olması şeklindeki uygulamanın ve bu durumun kabulünün, evliliklerin büyük bir kısmında sadece

²⁰⁶ TMK m. 166/IV: “Boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış bulunan davanın reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleştiği tarihten başlayarak üç yıl geçmesi hâlinde, her ne sebeple olursa olsun ortak hayat yeniden kurulamamışsa evlilik birliği temelden sarsılmış sayılır ve eşlerden birinin istemi üzerine boşanmaya karar verilir.”

boşanma sürecini uzattığını ve bunun usul ekonomisine de aykırı olduğunu ifade etmek gerekir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olan olaylarda her iki eş de kusursuz ise²⁰⁷ veyahut davacı eş daha az kusurlu ise, davalı eşin davacının kusurunu ileri sürerek davayı reddetme hakkı bulunmamaktadır ve bu tür durumlarda diğer şartlar da varsa, özellikle evliliğin devamında bir yarar kalmamışsa, boşanmaya karar verilmesi gerekmektedir. Keza, aynı esas, eşlerin, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olan olaylarda eşit kusurlu olmaları halinde de²⁰⁸ geçerlidir. Esasen, bu

²⁰⁷ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 121; **Kaçak**, s. 61; **Anıl**, s. 45; **Koç**, s. 38; **Kara**, s.72; **Avcı**, s. 63, 64. Her iki eşin kusursuz olduğu hallerde boşanma kararı verilebileceği yönünde bkz., Yargıtay HGK., T. 20. 1. 1965, E. 2/515, K. 40 (**İnal**, Cilt I, s. 893).

²⁰⁸ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 121; **Öztan**, s. 414; **Tekinay**, s. 183; **Kaçak**, s. 60, 61; **Anıl**, s. 46; **Özğür**, s. 389; **Avcı**, s. 63, 64; **Koç**, s. 38; **Kılıç**, s. 49, 50. Bkz., Yargıtay 2. HD., T. 11. 11. 2015, E. 17341, K. 21024: “[...] boşanmaya neden olan olaylarda tarafların eşit kusurlu olduğunun kabulü ve eşit kusur halinde de boşanmaya karar verilmesinin gerekeceği [...]” (Kazancı); Yargıtay HGK., T. 12. 02. 2014, E. 2013/2-623, K. 97: “[...] böylece evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında tarafların eşit kusurlu olduğu anlaşıldığından, boşanmaya davalı-davacı kocanın davasının da kabulü suretiyle karar verilmesi gerekeceği [...]” (Kazancı); Yargıtay 2. HD., T. 09. 12. 2015, E. 9283, K. 23695: “[...]Mahkemece davalı erkek kusurlu kabul edilerek boşanmaya karar verilmiş ise de; yapılan yargılamaya ve toplanan delillerden tarafların mahkemece kabul edilen kusurlu davranışları yanında, davacı kadınının güven sarsıcı davranışlarda bulunduğu, eşine "sen adam olamazsın, it köpek" şeklinde sözlerle hakaret ettiği anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu durum karşısında boşanmaya neden olan olaylarda; tarafların eşit derecede kusurlu olduklarının kabulü gerekir. Türk Medeni Kanunu'nun 166/1. maddesi koşulları gerçekleştiğine göre[...]” (Legalbank); Yargıtay 2. HD., T. 09. 12. 2015, E. 8865, K. 23653: “[...]Eşit kusurlu eşler veya daha az kusurlu eş boşanma davası açabilir [...]” (Kazancı); Yargıtay 2. HD., T. 08. 12.2 2015, E. 6947, K. 23559: “[...]Toplanan delillerden davacı-davalı erkeğin eşine cinsel yolla hastalık bulaştırdığı, çocuk sahibi olmaktan kaçındığı ve müşterek konutu terkettiği, buna karşılık, davalı-davacı kadının ise; herkesin içinde "doğurgan olduğunu, çocuk doğurmak istediğini, yoksa kendi başının çaresine bakacağını, boşanacağını" söylediği, eşine hakarete bulunduğu ve annesinin evliliğe müdahalesine sessiz kaldığı anlaşılmaktadır. Tarafların gerçekleşen kusurlu eylemleri dikkate alındığında, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı sabit olmuştur. Tarafların kusurlu eylemleri karşısında davalı-davacı kadının erkeğin açmış olduğu davada boşanmaya itirazı da hakkın kötüye kullanımı niteliğindedir. Gelişen bu olaylar karşısında, evliliğin devamında taraflar bakımından yarar kalmadığı ve Türk Medeni Kanununun 166/2. maddesindeki boşanma koşullarının gerçekleşmiş olduğunun kabulü ile tarafların boşanmalarına karar verilmesi gerekirken, davacı-davalı erkeğin davasının reddine karar verilmesi doğru olmamıştır [...]” (Kazancı); Yargıtay 2. HD., T. 02. 12. 2015, E. 5781, K. 22924; “[...]Erkeğin eşine fiziki ve ekonomik şiddet uyguladığı, hakaret ettiği, annesinin eşine hakaretlerine sessiz kaldığı; kadının ise, eşine hakaret ettiği ve ailesinin evlilik birliğine müdahalelerine sessiz kaldığı ve gerçekleşen bu hale göre, boşanmaya sebep olan olaylarda; her iki taraf da kusurlu olmakla birlikte, erkeğin eşine göre daha fazla kusurlu olduğunun; gelişen bu olaylar karşısında evlilik birliğinin devamında taraflar bakımından yarar kalmadığının ve erkeğin davası yönünden boşanma koşullarının gerçekleşmiş olduğunun kabulü gerekir[...]” (Kazancı); Yargıtay HGK., T. 27. 2. 2008, E. 2008/2-169, K. 2008/210: “[...] tarafların eşit kusurlu sayılmaları gerekir. Tarafların eşit kusuru nedeniyle de, ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcuttur. Eşleri birlikte yaşamaya zorlamak kanunen mümkün değildir [...]” (**Helvacı**, TMK, s.131); Yargıtay HGK., T. 26. 6. 2002, E. 2002/2-567, K. 2002/547: “[...] davacının davalıyı dövmesine karşın davalının da davacıya deyyus, pezevenk diye hakaret ettiği, bu durumda tarafların eşit kusurlu oldukları anlaşılmaktadır. Bu halde, taraflar arasında müşterek hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir [...] Bu şartlar altında eşleri birlikte yaşamaya zorlamanın artık kanunen mümkün görülmemesine göre, boşanmaya karar verilecek yerde [...]”(**Helvacı**, TMK, s.133); Yargıtay

durum dahi, bize eşlerin kusur durumu ile temelden sarsılma olgusunun örtüşmediğini göstermektedir.

7. Sonuç

Evlilik birliği, TMK m. 185 uyarınca evlenmeyle kendiliğinden oluşan yasal bir birliktir. Eşlerin, değişik sebeplerle yaşamı beraber paylaşma amacı ve arzusunun kalmaması, evlilikte önemli fikir ve duygu ayrılıkları yaşanması gibi durumlar, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığını göstermektedir. Türk Medeni Kanunu'nun 166. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenen evlilik birliğinin temelinden sarsılması, genel, nisbi ve kusura dayanmayan bir boşanma sebebidir. Konuyu düzenleyen eski MK m. 134'ün başlığı, "İmtizaçsızlık" şeklinde olup, bu boşanma sebebinin objektif şartı, doktrinde, "düzen bozukluğu" olarak da ifade edilen "geçimsizlik" idi. Ancak, eşler arasındaki bu geçimsizliklerin de boşanma sebebi oluşturabilmesi için, şiddetli geçimsizlik olması şart idi. Kanunun konuyu düzenleyen Türk Medeni Kanunu'nun 166. maddesinde, eskiden olduğu gibi "şiddetli geçimsizlik" ifadesi kullanılmamış, bunun yerine objektif şartı işaret etmek için geçimsizliği de içine alan "temelden sarsılma" ifadesi kullanılmıştır. Kanunda evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olacak olay ve olgular açısından, sınırlı sayıda olma ve belirlilik ilkeleri geçerli olmadığı için, pek çok olgunun buraya dahil edilmesi mümkündür. TMK m. 166/I, çok uzun süredir diğer boşanma sebeplerine nazaran her zaman eşler tarafından en çok başvurulan hüküm olmuştur. Eski Medeni Kanun'un yürürlüğü döneminde, bu boşanma sebebinin ilk şartı "geçimsizlik" iken, ikinci şartı, buna bağlı olarak gerçekleşen "çekilmezlik" oluşturuyordu. Türk Medeni Kanunu'nun 166/I hükmünde ise, bu boşanma sebebinin gerçekleşmesi için, geçimsizlik ya da başka bir sebeple ortak hayatı sürdürmeleri eşlerden beklenemeyecek derecede evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olması aranmaktadır. Eski Medeni Kanun'un (m. 134) ifadesinden şiddetli geçimsizlik sebebine dayalı dava açma hakkının, sadece kusursuz eşe ait olduğu anlamı çıkarılmakta olup, bu boşanma sebebi, kusura bağlı bir sebep olarak kabul edilmekte idi. Bu durum, hâkimin, şiddetli geçimsizliğe sebep olan olaylarda hangi eşin kusurlu ya da daha kusurlu olduğuna yönelik re'sen araştırma yapmasını gerekli kılmakta ve kusurlu eşin açtığı boşanma davası kabul edilmemekte idi. Yargıtay ve doktrin tarafından eski Medeni Kanunda bu boşanma sebebinin düzenleyen hükmün (MK m. 134) sadece sözüne göre yorumlanması ile varılan bu sonuçları isabetli bulmamaktayız. Kanunların, sadece sözüne göre değil, özüne göre de yorumlanarak uygulanması (TMK m. 1) gerekir. Bu durumda kanunun amacının, kusursuz olanı korumak olmasından hareket edilerek, evlilik birliği eşlerin ortak hayatı sürdüremeyecekleri derecede temelinden sarsılmış ve hâkim buna kanaat getirmişse, boşanma sonucuna ulaşmanın önünün, kusur kavramı ile kapatılmaması gerekir. Bu tür bir uygulama, kusur prensibini ortaya çıkarmakta ve temelden sarsılma prensibini kenara itmektir. Oysa, bu boşanma davasında eşleri, kökünden sarsılmasına rağmen ve eşler boşanmayı istemesine rağmen, bu evliliğe mahkûm etmek,

2. HD., T. 26. 9. 2006, E. 5915, K. 12484: "[...] boşanmaya sebep olan olaylarda tarafların ikisi de kusurludur. Birinin kusurunu diğerinden baskın kabul etmek mümkün değildir[...]." (Anıl, s. 210); Yargıtay 2. HD., T. 11. 05. 2009, E. 6889, K. 9142: "[...] Yapılan soruşturma, toplanan delillerle davalının güven sarsıcı davranışlarda bulunduğu, davacının da şiddet uygulayarak karısını evden kovduğu, bu suretle eşit kusurlu buldukları anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkân vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir. Olayların akışı karşısında davacı dava açmakta haklıdır. Bu şartlar altında eşleri birlikte yaşamaya zorlamanın artık kanunen mümkün görülmemesine göre, boşanmaya (TMK. md. 166/1) karar verilecek yerde, yetersiz gerekçe ile davanın reddi doğru bulunmamıştır [...]." (Legalbank).

boşanmalarına izin vermemek, kişilik hakları ihlali açısından da önemli sonuçları gündeme getirebilecektir. Bu nedenle, 1988 yılında, eski Kanunun 134. maddesinde yapılan değişikliğin isabetli olduğu düşüncesindeyiz. Nitekim bu değişiklik kapsamındaki düzenleme, yeni Türk Medeni Kanunu'nda da aynen korunmuştur. Bu noktada artık eski düzenleme uyarınca kanunun özüne göre yaptığımız yorum, sözü ile de çelişmemektedir. Çünkü Kanunda, daha fazla ve tamamen kusurlu olan eşin de dava hakkı olduğu açıkça kabul edilmiştir. Türk Medeni Kanunu'nun 166/1 hükmünde düzenlenen bu boşanma sebebinin kusur prensibine değil, temelden sarsılma prensibine dayalı olduğu açık ve tartışmasız bir gerçektir. Evlilik birliğinin temelden sarsılmış olması için, eşlerin mutlaka kusurlu olmaları şartı gerekmediği gibi, davayı açacak eşin de boşanmaya sebep olan olaylarda kusurlu olmaması şart değildir. Davacının ortak hayatın çekilmez hale gelmesinde, diğer eşten daha kusurlu olması başka, evlilik birliğinin her iki eş bakımından da ortak hayatı sürdürmenin beklenemeyeceği ölçüde derinden sarsılmış olması başka bir olgudur. Bu boşanma sebebinde önemli olan, eşlerin kusur durumu olmayıp, eşlerin kusuru ile ya da kusurları haricinde başka sebeplerin gerçekleşmesi nedeniyle aile hukuku yükümlülüklerini ihlal etmesi ve bu durum nedeniyle ortak hayata devam etmelerinin beklenemeyeceği geçimsizlikler yaşaması ya da eşler arasında bu türden geçimsizlikler yaşanmış olmasa bile, yaşanan bu durumun ortak hayatı sürdürmeyi imkânsız hale getirmesidir. Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olan olaylarda, her iki eş kusurlu olabileceği gibi, eşlerin her ikisinin kusursuz olması da mümkündür. Belirttiğimiz sebepler çerçevesinde, eşlerden sadece birinin ortak hayatı devam ettiremeyecek durumda olması ise, bu boşanma sebebinin oluşması için yeterlidir. Her somut olayda çekilmezlik şartının gerçekleşip gerçekleşmediğini saptamak, boşanma davasına bakan hâkimin takdirindedir. Hâkim, geçimsizlik ya da objektif olarak ortak hayatı çekilmez kılacak başka bir olgunun varlığının, somut olaydaki eşler açısından ortak hayatı çekilmez kılmaya elverişli olup olmadığına, somut olayın özelliklerini dikkate alarak karar vereceği için, 166. maddede, bir hüküm içi boşluğun varlığından söz etmek mümkündür. 166. maddede davacının daha kusurlu olması halinde davaya engel olmak, açıkça davalının iradesine bırakılmıştır. Davacının kusurunun, davalının kusurundan fazla olduğu her halde, davalının kendisine kanunun verdiği özel bir sebebe dayanarak davayı reddettirme hakkını kullanabilmesi mümkün olup, bu hakkı ifade etmek için maddede yer alan itiraz ifadesinin, “def’i” olarak anlaşılması gerekir. Aile hukukuna özgü bu def’i hakkının kullanılmasına sonucu olarak, karşı taraf ileri sürmediği sürece, hâkimin bu durumu re’sen araştırmaya mecbur olmadığı düşüncesindeyiz. Bu düşüncemiz, davacının hem tam kusurlu hem de davalıdan daha fazla kusurlu olduğu tüm haller için geçerlidir. Kusursuz ya da daha az kusurlu olan davalı eş, davayı reddettirme hakkını kullanmayarak, boşanma kararının verilmesini de bekleyebilir. Bu kararın, kural olarak kusursuz eşin iradesine bırakılmış olması, kusursuz eşin, kanun tarafından korunması amacını da sağlamış olması açısından oldukça isabetlidir. Belirtmek gerekir ki, tüm hakların kullanılmasında olduğu gibi, davalı eşin def’i hakkını kullanırken de, dürüstlük kuralına uygun davranması önem arz etmekte olup, özellikle evliliğin devamında eşler, aile ve toplum açısından bir menfaat kalmamışsa, kusursuz eşin davaya engel olmasına, hakkın kötüye kullanılmasına izin vermemek gerekmektedir. Yargıtay’ın, konuya ilişkin bazı kararlarında boşanmaya sebep olan olaylarda daha az kusurlu olan eşin, iyiniyetli olarak kabul edilmesi şeklindeki açıklamalarında ifade edilmek istenen ise, iyiniyet (TMK m. 3) ilkesi değil, dürüstlük kuralı (TMK m. 2) olduğu düşüncesindeyiz. Zira davalı eşin davayı reddettirmek için def’i ileri sürmek istemesinde, bir hakkın kazanılmasından çok, bir hakkın kullanılması ön planda olup, kanunda bu konu hakkında özel olarak iyiniyete hukuki sonuç bağlanan bir hüküm de bulunmamaktadır. Özellikle, Yargıtay tarafından eski Kanunun yürürlüğü zamanından günümüze kadar ve Kanunda yapılan değişikliğe rağmen, halen istikrarlı bir şekilde ileri sürülmekte olan, kusurlu eşin

dava açma hakkının olmamasına ve bu durumun hâkim tarafından re'sen dikkate alınması gerektiğine yönelik görüşleri isabetli bulmuyoruz. Evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebine dayalı olarak açılan boşanma davalarında hâkimin ilk işi, kusura yönelik incelemeler yapmak değil, evlilik birliğinin ortak hayatı çekilmez hale getirecek kadar temelinden sarsılıp sarsılmadığını araştırmaktır. Bunun sonucunda hâkim, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına kanaat getirmemiş ise, boşanmaya karar vermemeli, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına kanaat getirdikten sonra ise, davalı eş, davacının kusurlu olduğu hususunu öne sürerek davanın reddini talep etmemiş ise, hâkimin boşanmaya karar vermesi gerekmektedir. Ancak, davalı eş, boşanmak istemediği ve evliliğin devamında fayda gördüğü için davayı reddettirme isteğini ileri sürmüş ise, somut ilişkide davayı reddettirme hakkını dürüstlük kuralı çerçevesinde kullanmakta ise, boşanma kararı verilmemelidir. Ancak, davalının kusuru öne sürerek davanın reddini istemesi, somut uyuşmazlıkta artık bu evliliğin devamında fayda kalmadığından bahisle, hakkın kötüye kullanılması sayılmakta ise, boşanma kararı verilmelidir. Bu nedenle, boşanmak istemeyen davalı eşin, davacının kusurunu ileri sürmek yerine, evlilik birliğinin temelinden sarsılmadığını ispatlamaya çalışması daha isabetli olacaktır. Çünkü bu boşanma sebebinde önemli olan, eşlerin kusuru değil, ortak hayatın her türlü çabaya rağmen çekilmez hale gelmesi olup, hâkimin bu konuda geniş takdir yetkisi vardır. Yargıtay'ın kanun değişikliğinden önce verdiği kararlar, sadece kanunun sözüne göre yorumlanması ile varılacak sonuçlara ilişkin olup, kanunun özüne göre yorum yapılması, özellikle aile hukuku alanında korunması gereken menfaatler dengesi açısından oldukça önem taşımaktadır. Böyle durumlarda kusur prensibi nedeniyle evliliğin boşanma ile sona ermesine izin verilmemiş olsa bile, eşlerin boşanma davası açacak kadar tatsızlık yaşamalarından sonra, barışıp evlerine dönecekleri ve hiçbir şey olmamış gibi hayatlarına devam edecekleri düşünülmemelidir. Özellikle, kusurlu eşin kusurlu davranışlarına devam edecek olmasıyla, kusursuz olan ve himayeye muhtaç durumda olan eş, bu evliliği sürdürmeye ve belki de evlilikte maruz kaldığı kötü muameleye ve şiddete hâkim kararıyla mahkûm edilmiş olabilecektir. Yargıtay'ın kanun değişikliğine rağmen, 166. maddede kusur prensibine göre yorumlanması ise, artık kanun metninin hem özüne hem de sözüne aykırı nitelikte kararların ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. Bu durumun kanun koyucunun iradesi esas alınarak düzeltilmesi, yukarıda söylediğimiz gerekçeler ve oluşabilecek sakıncalar nedeniyle zorunludur. Kusursuz ya da daha az kusuru bulunan davalının davayı reddettirme hakkının her durumda mevcut olduğu, kanunun açık ifadesinden anlaşılmakta iken ve kusur derecelerine göre bir ayırım yapılmamış iken, uygulamada böyle bir ayırma gidilerek karar verilmesi ise, hukuki temelden yoksundur. Bu noktada, davacının kusuru nedeniyle reddedilen boşanma davasında kararın kesinleşmesi üzerine eşlerin 3 yıl ortak hayatı tesis etmemeleri halinde, istem halinde fiili ayrılık sebebiyle boşanmalarının hiçbir ek şarta bağlanmadığını ve burada evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı faraziyesinin bulunduğunu da eklemek gerekir. Gerekçe olarak ileri sürülen, kimse kendi kusuruna dayanarak menfaat elde edemez prensibinin ise, somut olayın bünyesine uygun düşüyorsa uygulanması gerektiğini, TMK m. 166/II'de zaten davalıya tanınan del'i hakkı ile, davacının kendi kusuruna dayalı olarak ve karşı tarafın aleyhine menfaat elde etmesinin önüne geçildiğini belirtmek gerekir. Eski Kanunda, kusur durumunun re'sen araştırılması yönündeki görüşe katılmadığımız için, eski düzenleme uyarınca bu ilkenin ihlal edilmiş olduğu düşüncesine de katılmamaktayız. Bu ilkenin, aile hukukunda uygulaması olmadığı yönündeki düşünceye ise, kusurun, boşanmanın mali sonuçları bakımından oldukça önemli bir uygulama alanı olması nedeniyle katılmamaktayız. Esasen, kusurlu olan eşin bunun sonucuna katlanması için, boşanmayı kabul etmek ve boşanmanın sonuçlarını kusuru olan eşe yüklemek gerekir. Nitekim, boşanmaya sebep olan olaylarda tamamen kusurlu ya da daha kusurlu olan eşin elinden boşanma davası açma hakkının alınması ile, evlilik birliğinin

temelinden sarsılmış olduğu gerçeğini değiştirmiş olmamakla beraber, bu sürecin uzatılması hem aile, hem toplum, hem de usul ekonomisi açısından sağlıklı ve isabetli gözükmemektedir.

KISALTMALAR

Art.	: Artikel
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
bkz.	: Bakınız
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
K.	: Karar
MK	: 743 sayılı eski Medeni Kanun
No.	: Numara
RG	: Resmî Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı
SBArD	: Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi
T.	: Tarih
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı (ve devamında)
ZGB	: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu)

KAYNAKÇA

1. Kitaplar ve Süreli Yayınlar

- ADAL** Erhan, Hukukun Temel İlkeleri, Genişletilmiş 11. Bası, İstanbul 2011.
- AKGÜN** Zerrin, Boşanma Hukuku, İstanbul 1949.
- AKINTÜRK** Turgut/**KARAMAN** Derya Ateş, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, İkinci Cilt, 13. Bası, İstanbul 2011.
- AKİPEK** İlhan, Mukayeseli Hukuk Bakımından Boşanma Sebepleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1952.
- ANIL** Yaşar Şahin, Boşanma Sebebi Olarak Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, Geçimsizlik, İstanbul 2008.
- ARSEBÜK** Esat, Medeni Hukuk, Cilt II, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Neşriyatı, Seri: II, Sayı: 18, Ankara 1940.
- ATAAY** Aytekin, Medeni Hukukun Genel Teorisi, Temel Bilgiler- Genel Kavramlar, İkinci Bası, İstanbul 1971.
- ATEŞ** Turan, Medeni Kanunda Boşanma, Legal Hukuk Dergisi, Yıl: 2006, Cilt:4, Sayı: 39.

AVCI Goncağül, Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma (TMK md. 166 f. I- II), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2004, (yüksek lisans tezi).

AYİTER Nuşin, “Geçimsizlik Sebebine Dayalı Yargıtay Uygulaması”, Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, 1925- 1975, Cilt: II, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara 1977, s. 165- 175, (<http://dergiler.ankara.edu.tr/>).

BİRSEN Kemaleddin, Medeni Hukuk Dersleri, Genel İlkeler- Şahsın Hukuku- Aile Hukuku, Altıncı Bası, İstanbul 1966.

BURCUOĞLU Haluk, “Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:48, Sayı:1-4, Ocak 1983, s. 113-140, (<https://dergipark.org.tr/tr/>).

BURCUOĞLU Haluk, “Boşanmada Kusur ve Yoksulluk Nafakası ile İlgili Gözlemler” İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:4, Sayı: 2, Yıl: 2018, s. 1-12, (<https://dergipark.org.tr/tr/>), (atıf şekli: Gözlemler).

CANSEL Erol, “Boşanmanın Dayandığı Esaslar”, Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, 1925-1975, Cilt: II, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara 1977, s. 63-113, (<http://dergiler.ankara.edu.tr/>).

CEYLAN Ebru, “İsviçre, Fransa, Belçika, İspanya ve İtalya Hukukundaki Boşanma Sebeplerinin Türk Hukukuyla Mukayesesi ve Değerlendirilmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl:6, Sayı:12, Aralık 2018, (<https://dergipark.org.tr/tr/>).

CEYLAN Ebru, Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Ocak 2006, (doktora tezi), (atıf şekli: Boşanmanın Hukuki Sonuçları).

ÇAKIN Akın, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma, Ankara 1999.

ÇANDARLI Zahit, “Boşanma Hukuka Ait Prensipler”, Ankara Barosu Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 63, Yıl: 1949, s. 20-26.

ÇELİK Berna Özcan, Genel Boşanma Sebebi Olarak Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2015, (yüksek lisans tezi), (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>).

DEMİR Sevgi, Aile Hukuku Alanında 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yenilikler, Ankara 2004.

DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan/GÜMÜŞ Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2020.

DURAL Mustafa/SARI Suat, Türk Özel Hukuku, Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2018.

EGGER, A, İsviçre Medeni Kanunu Şerhi II. Cilt, Aile Hukuku, Birinci Kısım: Evlenme Hukuku, İstanbul 1943 (Çev.: Tahir Çağa).

ERDEM Mehmet, Aile Hukuku, 2. Bası, Ankara 2019.

ERDEM Sabri, Aile Hukuku (Evllenme- Boşanma- Nafaka), Ankara 1966, (atıf şekli: Sabri).

EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara 2019.

ERGÜN Ömer, “TMK’nın 166’ncı Maddesinde Düzenlenen Boşanma Nedenleri” Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi (SBArD), Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, Yıl: III, Sayı:6, s. 431-457, Diyarbakır, Eylül 2005, (atıf şekli: Armağan).

ERGÜN Zafer, Boşanma, 2. Basım, Ankara 2004.

ERSÖZ Oğuz, Türk Hukukunda Zina Sebebiyle Boşanma, İstanbul 2018 (yüksek lisans tezi).

FEYZİOĞLU Necmeddin Feyzi/**ÖZAKMAN** Cumhur/ **SARIAL** Enis, Aile Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1986, (atıf şekli: Feyzioğlu).

GENÇCAN Ömer Uğur, Boşanma Hukuku, Ankara 2006.

GÖNENSAY A. Samim, Medeni Hukuk, Cilt 2, Kısım 1, İstanbul Üniversitesi Yayın No: 63, Hukuk Fakültesi Seri: A, No: 6, İstanbul 1937.

GÜNEŞLİOĞLU Filiz, Boşanma ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2009, (yüksek lisans tezi), (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>).

GÜRSOY, Kemal T, “Boşanma Hukukunun Tarihî Gelişimine Bir Bakış ve Boşanma Sebeplerinde En Yeni Gelişmeler”, Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, 1925- 1975, Cilt: II, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara 1977, s. 1-47, (<http://dergiler.ankara.edu.tr/>).

GÜVEN Kudret, “Türk-İsviçre ve Alman Hukukunda Boşanma Sebepleri ve Esasları Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:1, Sayı:2, Temmuz 2015, s. 35-56.

HATEMİ Hüseyin, Medeni Hukuka Giriş, 4. Bası, İstanbul 2010.

HATEMİ Hüseyin/**OĞUZTÜRK** Burcu Kalkan, Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2013.

HELVACI İlhan, Gerekeçeli- Karşılaştırmalı- İçtihatlı- Notlu Türk Medeni Kanunu, Cilt II Aile Hukuku, İstanbul 2013 (atıf şekli: TMK).

HELVACI Serap, “İsviçre ve Türk Hukuklarında Boşanma Sebepleri”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a Armağan, Cilt II, İstanbul 2002, s.1151-1169.

İNAL Nihat, Uygulamada Örnek Kararlarla Açıklamalı Türk Medeni Kanunu, Cilt I, Ankara 1997 (atıf şekli: Cilt I).

İNAL Nihat, Açıklamalı Nişanlanma, Evlenme, Mal Rejimi, Boşanma, Velayet, Nafaka ve Eşya Davaları, Anlara 2003.

KAÇAK Nazif, Açıklamalı ve İçtihatlı Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma Davaları, Ankara 2007.

KARA Nazmiye, Boşanma Sebeplerinde Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Kavramı, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2004, (yüksek lisans tezi).

KAVAK Yalçın, Medeni Hukukta Dürüstlük Kuralı ve İyiniyetin Korunması, İstanbul 2019.

KILIÇ Denis, “Boşanma Hukukunda Kusur İlkesi”, Leges Hukuk Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 82, 83, 84, Yıl: 2016, s. 37-69, (<https://www.legesdergi.com/dergi/110>).

KILIÇOĞLU Ahmet, Aile Hukuku, Ankara 2015.

KOÇ Yasemin Okan, Hayata Kast, Pek Kötü veya Onur Kırıcı Davranış Sebebi ile Boşanma, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Haziran 2019, (yüksek lisans tezi), (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>).

KORKMAZ Çınar Yıldırım, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2014, (yüksek lisans tezi), (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>).

KÖPRÜLÜ Bülent/**KANETİ** Selim, Aile Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayın No: 3388, Hukuk Fakültesi Yayın No:696, İstanbul 1985-1986.

KÖSEÖĞLU Bilal, “Boşanma Hukukunda Kusur İlkesinin Önemi”, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı:1, Cilt:1, (s. 7-14), Eylül 2006.

KÖSEÖĞLU Bilal/**KOCAĞA** Köksal, Aile Hukuku ve Uygulaması, Bursa 2011.

KURU Baki/**ARSLAN** Ramazan/**YILMAZ** Ejder, Medeni Usul Hukuku, 24. Baskı, Ankara 2013.

KURU Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2018.

MARDİNİ Ebül’ula Zade, Hukuku Medeniye Dersleri, Birinci Tabı, Cilt I, İstanbul 1928.

OĞUZMAN Kemal/**BARLAS** Nami, Medeni Hukuk, 22. Bası, İstanbul 2016.

OĞUZMAN Kemal/**DURAL** Mustafa, Aile Hukuku, İstanbul 1998.

OKUMUŞ Tuba, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzincan 2011, (yüksek lisans tezi), (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>).

ÖZDEMİR Saibe Oktay, “Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl:35, Sayı: 1, 2015, s. 29-46 (<https://dergipark.org.tr/tr/>).

ÖZKAN Hasan, Açıklamalı- İctihatlı- Örneklİ Türk Medeni Yasası ve Uygulaması, Aile Hukuku-I, 2. Cilt, İstanbul 2017.

ÖZTAN Bilge, Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara 2004.

ÖZTAN Bilge, “Türk Medeni Kanunu’na Göre Evliliği Sona Erdiren Sebepler, Özellikle Boşanma”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara 2003, s. 713-728, (atıf şekli: makale).

ÖZUĞUR Ali İhsan, Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları, 3. Baskı, Ankara 2008.

ÖZTÜRK Özge, Genel Boşanma Sebepleri, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2010, (yüksek lisans tezi), (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>).

SAYMEN Ferit Hakkı /**ELBİR** Halid K., Türk Medeni Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İkinci Baskı, İstanbul 1960.

SCHWARZ Andreas, Aile Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 176, Hukuk Fakültesi No: 38, İkinci Bası, İstanbul 1946.

SCHWARTZ Paul/**MİMAROĞLU** Kemal Sait, “İsviçre ve Türk Hukukunda Şiddetli Geçimsizlik Sebebiyle Boşanma” Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: XVII, No: 3-4, 1962, s. 329-350, (<http://kitaplar.ankara.edu.tr>).

SEROZAN Rona, Medeni Hukuk Genel Bölüm, Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 2008.

TEKBEN Tuğçe, Def’i Kavramı ve Def’i Kavramının Maddi Hukuk ile Usul Hukuku Bakımından Sonuçları, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2010, (yayınlanmamış yüksek lisans mezuniyet projesi).

TEKİNAY Selahattin Sulhi, Medeni Hukuka Giriş Dersleri, Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 1973, (atıf şekli: Medeni).

TEKİNAY Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 1990.

TOKSÖZ Derya Uçar, “Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2019, (yüksek lisans tezi), (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>).

TOPÇU, Melike Ergün, Pek Kötü Davranış Sebebiyle Boşanma, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019, (yüksek lisans tezi), (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>).

TUTUMLU Mehmet Akif, Evliliğin Butlanı, Boşanma, Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Ankara 2002.

UMAR Bilge, “İmtizaçsızlık Sebebiyle Boşanmada Kusurun Rolü”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 1, Sayı:1, Ocak 1967, s. 122-129, (<http://www.dergipark.org.tr>).

USLU Azmi, Yeni Hukuk Lugatı ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, İstanbul 1964.

UYAR Talih, Türk Medeni Kanunu, Cilt I, Aile Hukuku (MK 118-449), Ankara.

ÜSTÜNDAĞ Saim, Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I, II, 7. Baskı, İstanbul 2000.

VATANSEVER Müge, Eski Türk Hukukunda Boşanma ve Günümüz Hukukuyla Karşılaştırılması, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2011, (yüksek lisans tezi), (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>).

VELDET Hıfzı, “İmtizaçsızlık Sebebiyle Boşanmada Kusur Meselesinin Anlaşılış Tarzında Tatbikat ve Nazariyat Arasındaki Farklar” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:9, Sayı:1-2, Ocak 1943, s. 257-273, (<http://dergipark.org.tr>).

VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku Cilt II, Aile Hukuku, Cüz I, Dördüncü Bası, İstanbul 1960.

YALÇINKAYA Namık/**KALELİ** Şakir, Boşanma Hukuku, İkinci Cilt, Ankara 1987.

YAZICI Hilmi/**ATASOY** Hasan, Şahıs, Aile ve Miras Hukuku ile İlgili Yargıtay Tatbikatı 1952- 1970.

YILMAZ Çiğdem, “Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Sebebiyle Boşanmada Tarafların Kusuruna İlişkin Yargıtay Karar Kararı İncelemesi” İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 2, Sayı: 2, Aralık 2016, s.149-169, (<http://dergipark.org.tr>).

ZEVKLİLER Aydın/**ACABEY** Beşir/**GÖKYAYLA** Emre, Medeni Hukuk, 6. Bası, Ankara 1999.

II. Elektronik Kaynaklar

-<http://mevzuat.gov.tr>. (Erişim Tarihi: Ocak 2020).

-<http://www.resmigazete.gov.tr>. (Erişim Tarihi: Ocak-Şubat -Mart 2020).

-<http://www.kazanci.com>. (Atıf şekli: *Kazancı*). (Erişim Tarihi: Ocak 2020).

-<http://legalbank.net>. (Atıf şekli: *Legalbank*). (Erişim Tarihi: Ocak 2020).

-<http://www.hukukturk.com>. (Atıf şekli: *Hukukturk*). (Erişim Tarihi: Ocak 2020).

-<http://karamercanhukuk.com>. (Erişim Tarihi: Ocak 2020).

-<https://karararama.yargitay.gov.tr/>. (Atıf şekli: *Karararama*). (Erişim Tarihi: Ocak 2020).

-<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>. (Erişim Tarihi: Ocak-Şubat 2020).

-<http://dergiler.ankara.edu.tr/>. (Erişim Tarihi: Ocak-Şubat 2020).

-<http://kitaplar.ankara.edu.tr>. (Erişim Tarihi: Ocak-Şubat 2020).

-<https://dergipark.org.tr/tr/>. (Erişim Tarihi: Ocak-Şubat 2020).

-<https://www.legesdergi.com/dergi/110>. (Erişim Tarihi: Mart 2020).

-<https://www.luggat.com/isnad/1/1>. (Erişim Tarihi: Şubat 2020).

-<https://osmanlica.ihya.org/imtizac-nedir-ne-demek.html>. (Erişim Tarihi: Mart 2020).

-<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19070042/index.html>. (Erişim Tarihi: Mart 2020).

-<https://dejure.org/gesetze/BGB/1565.html>. (Erişim Tarihi: Mart 2020).

-<http://www.e-uyar.com/> (Erişim Tarihi: Mart 2020).