

ORTAK HAYATIN KURULAMAMASI (FİİLİ AYRILIK) SEBEBİYLE BOŞANMA DAVASI

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Emin ÖZGÜL*

Öz

Ortak hayatın kurulamaması sebebiyle boşanma, Türk Medeni Kanunu'na 1988 yılında dahil edilmiş ve sonrasında yeni Medeni Kanun'da da korunmuş önemli bir düzenlemedir. Bu çalışma, düzenleme yürürlüğe girdikten itibaren bugüne kadar uygulamaya yönelik sorunların neler olduğunun tespiti ve Yargıtay kararları ile doktrinde tartışılan noktaların sistematik şekilde incelenmesi amacını taşımakta, ayrıca hükme işlerlik kazandırıcı önerilerin neler olabileceği sorusunu cevaplamaya çalışmaktadır. Modern boşanma hukuklarında özel boşanma sebeplerinden uzaklaşılması ve kusura dayalı boşanmanın zamanla terk edilmesi nedeniyle, hukukumuzda da ilerde fiili ayrılık sebebiyle boşanma daha fazla gündeme gelecek ve belki üzerinde küçük değişiklikler yapılarak anlaşmalı boşanmayla birlikte iki temel boşanma sebebinden biri olacaktır. Bu sebeple şimdiki haliyle ilgili sorunların tespiti, ayrılık süresinin ne zaman başlaması ne kadar olması gerektiği gibi önemli soruların cevaplanması gerekir. Çalışmada öncelikle fiili ayrılık sebebiyle boşanmaya ilişkin şartlar ve bu şartlara ilişkin sorunlar ve eleştiriler tespit edilmiş, ardından fiili ayrılık davasının görülmesine ilişkin dikkat edilecek hususlarla çalışma sona erdirilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Kusura Dayanmayan Boşanma Sebebi • Fiili Ayrılık • Genel Boşanma Sebepleri • Mutlak Boşanma Sebepleri • Ortak Hayatın Kurulamaması

* Dr. Öğr. Üyesi, Pamukkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, Denizli, Türkiye | Asst. Prof., Pamukkale University, Faculty of Law, Department of Civil Law, Denizli, Turkey.

✉ mozgul@pau.edu.tr • ORCID 0000-0002-8389-8164

✂ **Atıf Şekli** | Cite As: ÖZGÜL Mehmet Emin, "Ortak Hayatın Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebiyle Boşanma Davası", *SÜHFD.*, C. 29, S. 3, 2021, s. 2347-2385.

✂ **İntihal** | **Plagiarism**: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

DIVORCE ACTION DUE TO THE INABILITY TO ESTABLISH A COMMON LIFE (DE FACTO SEPERATION)

Abstract

Divorce due to the inability to establish a common life is an important regulation that was included in the Turkish Civil Code in 1988 and was later preserved in the new Civil Code. This study aims to determine the problems regarding implementation since the regulation came into force. In modern divorce laws, due to the abandonment of special reasons for divorce and the abandonment of divorce based on fault in time, divorce will be discussed more in our law in the future due to actual separation, and maybe it will be one of the two main reasons for divorce together with the agreed divorce. In the study, first of all, the conditions related to divorce due to de facto separation and the problems and criticisms related to these conditions were determined and then the study was terminated with the points to be considered regarding the actual separation case.

Key Words

Divorce Reason not Based on Fault • De Facto Seperation • General Reasons for Divorce • Absolute Divorce Reasons • Failure to Establish Common Life in Marriage

GİRİŞ

Boşanmanın genel sebepleri arasında yer alan ortak hayatın kurulamaması sebebiyle boşanma, fiili ayrılık ya da eylemli ayrılık¹ sebebiyle boşanma olarak da ifade edilir. Bu boşanma sebebi halihazırda 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 166/IV maddesinde düzenlenmiştir. Aslında fiili ayrılığın boşanma sebebi olarak düzenlenmesine ilişkin öneriler çok

¹ ÖZTAN, Bilge, "Türk Medeni Kanunu'na Göre Evliliği Sona Erdiren Sebepler, Özellikle Boşanma", Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 726; GENÇCAN, Ömer Uğur, Aile Mahkemesi Davaları-Açıklama-Dilekçe Örnekleri, Genişletilmiş 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 336; GENÇCAN, Ömer Uğur, Boşanma Hukuku, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 975; TUTUMLU, Mehmet Akif, Evliliğin Butlanı, Boşanma, Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2006, s. 239; TUTUMLU, Mehmet Akif, Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku, C: 2, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 1065; ÜNAL, Akın, "Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: II, S: 1-2, Kayseri, 2007, s. 291; OŞAR ŞAHİN, Aslı, Boşanma Sebeplerinde Kusur İlkesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2015, s. 40; BOZDAĞ, Cahide Işıl, "Türk Hukukunda Boşanma Sebepleri ve Kusurun Etkisi", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2019, s. 32.

öncelere dayanmakta, 1940'lı yıllarda dahi bu durumun Kanunla düzenlenmesine ilişkin görüşlerin doktrinde ileri sürüldüğü görülmektedir². O dönemde uzun yıllardır ayrı yaşayıp bir türlü boşanamayan eşlerin varlığı, böyle bir boşanma sebebinin düşünülmesinin yersiz olmayacağı görüşünü doğurmuştur³. Buna rağmen fiili ayrılığın bir kanun tasarısında yer alması çok sonraları olmuştur. Fiili ayrılığa ilişkin ilk düzenleme 1971 tarihli Medeni Kanun Ön Tasarısında yer almış ancak kanunlaşmamıştır⁴. Sonrasında yine kanunlaşmayan 1984 tarihli Medeni Kanun Ön Tasarısında fiili ayrılık düzenlemesi hiç yer almamasına rağmen, bundan dört yıl sonra, 1988 yılında, önceki Medeni Kanun'un 134. maddesinde 3444 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerle hukukumuzda dahil olmuştur⁵.

² VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, "Evllenme ve Boşanma Hukukunda Medeni ve Cezaî Bakımdan Ne Gibi Tadilatla İhtiyaç Vardır?", Türk Hukuk Kurumu Konferanslar Serisi No: 79, Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara, 1944, s. 26.

³ VELİDEDEOĞLU, s. 26.

⁴ ÖZTAN, Bilge, "3444 sayılı Kanun'la Getirilen Değişiklikten Sonra Medeni Kanun'un 134. Maddesi", Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan (1925-1988), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, 1990, s. 118,134.

⁵ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, "Medeni Kanun'un 3444 sayılı Kanunla Değiştirilmiş 134. Maddesinin 3. ve 4. Fıkraları Çerçevesinde Açılan Boşanma Davalarında Hakim Ayrılığa Hükmedebilir mi?", Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan, Bayrak Matbaacılık, İstanbul, 1990, s. 113; ÖZTAN (3444 S. Kanun), s. 116-117; YALÇINKAYA, Namık/KALELİ, Şakir, Boşanma Hukuku, C: 2, Türk Hava Kurumu Basımevi, Ankara, 1988, s. 2066; UYAR, Talih, "Yargıtay Kararlarında Evlilik Birliğinin Sarsılması veya Müşterek Hayatın Yeniden Kurulamaması Nedeniyle Boşanma", Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 1229; KILIÇOĞLU, Ahmet M., Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Genişletilmiş 5. Bası, Ankara, 2020, s. 114; İPEK, Ali İhsan, Türk Hukukunda Genel Boşanma Sebepleri, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 121; ÖZCAN ÇELİK, Berna, "Genel Boşanma Sebebi Olarak Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2015, s. 114; daha önce 1971 tarihli Medeni Kanun Ön tasarısında fiili ayrılık sebebiyle boşanma, şimdikinden farklı olarak, ilk davanın reddinden 5 yıllık bir süre geçmesi koşuluyla düzenlenmiştir. 1984 tarihli Ön Tasarıda bu madde yer almamış daha sonra 3444 sayılı Kanun yapılacağı zaman, Hükümet tarafından 1971'deki haliyle gönderilen Kanun Tasarısı, Adalet Komisyonunca, süre üç yıla indirilerek aynı şekilde kanunlaşmıştır. Bkz. ÖZTAN (3444 S. Kanun), s. 136; YALÇINKAYA/KALELİ, s. 2072; HATEMİ, Hüseyin, Aile Hukuku, Onikilevha Yayıncılık, 9. Baskı, İstanbul, 2021, s. 123; TUTUMLU, s. 239-240; TUTUMLU (Boşanma Yargılaması), s. 1065-1066; ÜNAL, s. 292; ÇAKIN, Akın, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma, Bilge Yayınevi, Ankara, 2007, s. 87; bu değişikliğin gerekçesinden, Kanun koyucu üzerinde kusur esasına göre açılmış ve reddedilmiş olan fazla

Hükmün konuluş amacı esasen eşlerin fiilen çözülmüş veya çökmüş olan evliliklerini sürdürmelerinin bir anlamının kalmayıdır⁶. Bu gerekçe, haksız bir gerekçe değildir. Zira evlilik birliğinde eşler, hiçbir mecburiyet olmadığı halde, birlikte yaşamak istemedikleri için fiilen ayrı yaşıyorlarsa, evliliğin anlam ve amacının kalmadığı, şekli anlamda var olan ancak eşlere ve topluma faydası olmayan bir evliliğin söz konusu olduğu görülür⁷. Uzun zaman eşlerin bir araya gelememesiyle, evlilik cüzdanında ve kayıtlarda kalmış, artık evlilik bağından bahsedilemeyecek haldeki bir evliliğin, eşlere de topluma da faydası kalmayacak⁸, bu durum eşleri evlilik dışı ilişkilere itebilecek, evlilik dışı doğan çocukların

sayıdaki boşanma davalarının baskı oluşturduğunun anlaşıldığına ilişkin bkz. OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, "Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı", MHB-Public and Private International Law Bulletin, C: 35, S: 1, s. 30, dn. 2; Fıli ayrılığa dayalı boşanma sebebinin İslamîyet'ten önceki Türk Hukukunda ve İslam hukukunda yer almadığına ilişkin bkz. VATANSEVER, Müge, "Eski Türk Hukukunda Boşanma ve Günümüz Hukukuyla Karşılaştırılması", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2011, s. 127.

6 ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, 6.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 700; ÖZTAN (Boşanma), s. 726; YALÇINKAYA/KALELİ, s. 2067; OĞUZMAN, Kemal/DURAL, Mustafa, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1998, s. 130; DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku, C: III, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 125; AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt, Yenilenmiş 21. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2019, s. 272; ÜNAL, s. 295; İPEK, s. 121-122; ÇAKIN, s. 73; ÖZCAN ÇELİK, s. 114; BOZDAĞ, s. 106; VATANSEVER, s. 126.

7 YALÇINKAYA/KALELİ, s. 2065-2066.

8 Montesquieu'nun ünlü eseri "İran Mektupları'nda Hristiyanlıkla bağlantılı olarak boşanmanın yasaklanmasına ilişkin, o dönemde yapılmış şu eleştiriler dikkat çekicidir: "Lâkin, Hristiyanlarda vaziyet aynı değildir; bu yüzden çekmekte oldukları ıstırapın, istikbal için hiçbir devası bulunmadığını düşünerek, yeisleri daha da artmaktadır. Onlar izdivacın keder ve galesinin sürüp gideceğinden titreşip dururlar. İşte bu yüzden de izdivaç hayatı müthiş bir tatsızlık, şiddetli geçimsizlik, karşılıklı tezyif ve hakaretlerle örülenmeye başlar ve gittikçe çoğalıp gelişerek doğacak nesli de kurutup harap ederler. Hatta izdivaçların üzerinden daha üç yıl geçmemişken, bu akıbetler meydana çıkar, izdivaç hayatının gayeleri tamamen ihmale uğrar; bundan sonra otuz sene mutlak bir soğukluk ve meyusiyet içinde ömür sürülür; aile birliğinin mahrem hayatında tam bir ayrılık ve uzaklık hüküm sürer. Aile birliği halinde geçen bu mahrem ayrılık ve uzaklık o derece tehlikeler ve şemetler doğurur ki, aşikâr ayrılık ve uzaklıklar bunun yanında hiç mesabesinde değildir. Her biri kendi başına, kendi köşesinde yaşamağa nefsinin hasreder. Ve işte bütün bu hallerin şemetleri müstakbel nesillerin üzerine yıkılıp kalır. Bu hicap verici ticarî münasebet cemiyet için pek bahtsızlık ve tehlikelerle doludur!" Bkz. MONTESQUIEU, İran Mektupları, Mektup 117, Çev. Dr. Av. Muhiddin Göklü, Hüsnütabiat Matbaası, İstanbul, 1963, s. 344-345.

artmasına neden olabilecek ve bu yolla da toplumun zarar görmesine yol açabilecektir⁹. Bu şekilde ruhen ve fiilen ayrılığın gerçekleştiği bir evliliğin zorla sürdürülmesini istemek, eşleri bekar ve yalnız yaşayışa itmekten farksız olabilir, başka yollarla da boşanamayan eşler için büyük sıkıntılar doğurabilir¹⁰. Montesquieu'nun deyimiyle evlilik aslında bu kadar serbest bir anlaşma olmasına, kalbin tamamen hür, endişesiz ve hiçbir tazyik altında ezilmemesi gerekmesine rağmen, boşanmaya ilişkin yasaklar bu özgürlüğü, sıkıntı ve üzüntü ve mecburiyetlerle gölgeleyip karartabilecektir¹¹. Nitekim bu değişiklik yapılmadan önce hukukumuzda boşanma konusundaki düzenlemelerin en çok eleştirildiği noktalardan biri, uzun süredir ayrı yaşamakta olan eşlerin boşanmasına imkân veren bir düzenlemenin olmayışıdır¹². Medyaya yansımış olan ve yıllardır bir türlü sonuçlanamayan boşanma davaları da bu hükmün konulmasında etkili olmuş¹³ ve böylece hukukumuz boşanmayı kolaylaştırıcı bir düzenlemeye kavuşmuştur¹⁴. Kanuna bu hükmün eklenmesinden sonra boşanma sayısında bir artma gözlemlenmiştir¹⁵. Ancak aynı dönemde resmi evliliklerin sayısının da arttığı gözlemlenmiştir¹⁶.

Boşanma hukukunda aslında tek bir boşanma sebebinin var olduğu, onun da evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebi olduğu doktrinde savunulan bir görüştür¹⁷. Günümüzde çağdaş hukuk sistemlerindeki düzenlemelerin de bu yönde olduğu, tarafların bir süre fiili olarak ayrı yaşamış olmaları ve/veya birlikte başvurmaları halinde ya da birinin açtığı boşanma davasını diğerinin kabul etmesi durumunda evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı karinesinin kabulü yoluna gidildiği dile

⁹ YALÇINKAYA/KALELİ, s. 2066; ÇAKIN, s. 73; VATANSEVER, s. 17.

¹⁰ TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, Yedinci Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990, s. 167-168.

¹¹ MONTESQUIEU, s.344.

¹² YALÇINKAYA/KALELİ, s. 2066-2067; ÇAKIN, s. 73.

¹³ ÇAKIN, s. 73.

¹⁴ ÖZTAN, Bilge, "Medeni Kanun'un Kabulününün 70. Yılında Aile Hukuku", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 44, S: 1, Ankara, 1995, s. 116.

¹⁵ ÖZTAN (70. Yıl), s. 117, dn. 76.

¹⁶ ÖZTAN (70. Yıl), s. 117.

¹⁷ BURCUOĞLU, Haluk, "Boşanmada Kusur ve Yoksulluk Nafakası ile İlgili Gözlemler", İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 4, S: 2, Y :2018, s. 1,3.

getirilmiştir¹⁸. Çalışmamızda inceleyeceğimiz üzere fiili ayrılık sebebiyle boşanma da bu kesin bir kararın kabulü ile gerçekleşmektedir.

I. FİİLİ AYRILIK SEBEBİYLE BOŞANMANIN ŞARTLARI

A. Daha Önce Açılan Boşanma Davasının Reddedilerek Kesinleşmesi

Türk Medeni Kanunu 166/4 maddesinde düzenlendiği üzere, fiili ayrılık sebebiyle boşanmaya karar verilebilmesi için daha önce eşlerden biri tarafından, herhangi bir boşanma sebebine dayanılarak dava açılmış olmalı ve açılan bu dava mahkeme tarafından reddedilerek kesinleşmelidir¹⁹. Kanun koyucunun neden reddin kesinleşmesini aradığı hususuna, madde gerekçesinde yer verilmemiştir²⁰. Doktrinde burada olsa olsa hâkime üç yıllık sürenin tespitinde kolaylık sağlama amacı olabileceği dile getirilmektedir²¹. Fiili ayrılık sebebiyle açılacak boşanma davasına dayanak teşkil eden bu davanın reddine ilişkin kararın kesinleşmesi hem maddi anlamda hem de şekli anlamda kesin hükmün meydana gelmesini

¹⁸ BURCUOĞLU (Boşanmada Kusur), s. 4.

¹⁹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 119; HATEMİ, s. 124; ÖZTAN, s. 701; ÖZTAN (Boşanma), s. 726; KILIÇOĞLU, s. 115; YALÇINKAYA/KALELİ, s. 2072; ERGÜN, Zafer, Boşanma Davaları, 3. Basım, Adil Yayınevi, Ankara, 2004, s. 92; CEYLAN, Ebru, “İsviçre, Fransa, Belçika, İspanya ve İtalya Hukukundaki Boşanma Sebeplerinin Türk Hukukuyla Mukayesesi ve Değerlendirilmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S: 12, Y: 2018, s. 325; ÇAKIN, s. 82; ÜNAL, 299 vd.; İPEK, s. 128,130; SAMAT, Murat, “Evlilik Birliğinin Korunması”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010, s. 105; OŞAR ŞAHİN, s. 40; GÜNEŞLİOĞLU, Filiz, “Boşanma Ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009, s. 18-19; açılan boşanma davasının ayrılık kararı ile sonuçlanıp kesinleşmesi halinde fiili ayrılığa dayanarak boşanma davasının açılmayacağı, bu durumda zaten TMK 172/2’de özel bir düzenleme bulunduğu yönünde bkz. TUTUMLU (Boşanma Yargılaması), s. 1088; ayrılık kararının amaca uygun yorumlanarak boşanmanın reddi gibi değerlendirilmesinin yerinde olacağı görüşü için bkz. ÖZTAN, s. 704; ÖZCAN ÇELİK, s. 122, aynı yönde bkz. VATANSEVER; s. 126; TMK 170’te düzenlenen ayrılık süresi sonunda ortak yaşam hala kurulamamışsa hakimin boşama konusunda takdir yetkisi sahibi olması, ancak TMK 164/IV’te düzenlenen fiili ayrılık halinde takdir yetkisinin bulunmayıp, boşanma kararı verme zorunluluğunun bulunmasının bir çelişki doğurduğu, bu iki durum için aynı yönde, çelişki barındırmayan düzenleme yapılması gerektiği yönünde bkz. ÜNAL, s. 301.

²⁰ ÖZTAN (3444 S. Kanun), s. 116.

²¹ ÖZTAN (3444 S. Kanun), s. 116.

ifade eder²² ve usul hukuku bakımından gerçekleşmesi gereken prosedürlerle olur²³.

1- Önceki Açılan Dayanak Davaya İlişkin Genel Hususlar

Hangi sebeple açılırsa açılışın önceden açılmış bir boşanma davasının olması ve bu davanın reddedilmesi, fiili ayrılık sebebiyle boşanmanın, kanuni şartıdır. Bu dava fiili ayrılık sebebiyle boşanma davasına dayanaklık etmektedir. Bu dayanak davanın olmaması yani reddedilip kesinleşen önceki boşanma davasının bulunmaması halinde, eşlerin uzun süredir ayrı yaşıyor olmasının, bu boşanma sebebi açısından bir anlamı ve önemi yoktur²⁴. Dayanak olan önceki boşanma davasını hangi eşin açtığıının ve hangi boşanma sebebine dayalı olarak açtığı önem taşımaz²⁵. Ancak dayanılmakta olan önceki davanın bir boşanma davası olması şarttır²⁶. Dava gerçekte olmayan bir sebeple veya hiçbir boşanma sebebi olmadığı halde açılmış ve reddedilmişse yine bu şart yerine getirilmiş sayılır²⁷. Kural olarak davanın reddi yeterli olup, reddin gerekçesi ve nedenleri önemli değildir²⁸. Ancak davanın esastan reddi gerektiği için, yetkisizlik sebebiyle reddedilmişse, bu boşanma sebebi bakımından retle sonuçlanmış bir davadan bahsedilemez²⁹. Yargıtay da birçok kararında eğer boşanma davası yetkisizlik sebebiyle reddedilmişse, TMK'da aranan retle sonuçlanmış dava koşulunun sağlanmış olmayacağını kabul etmiştir³⁰. Aynı şekilde önceki açılan davada, dava dilekçesinin şekli bir nedenden

²² ERGÜN, s. 93.

²³ KILIÇOĞLU, s. 115.

²⁴ VATANSEVER, s. 126.

²⁵ ÖZTAN, s. 701; ÖZTAN (3444 S. Kanun), s. 135; OĞUZMAN/DURAL, s. 130; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 273; KILIÇOĞLU, s. 117; UYAR, s. 1239; TUTUMLU, s. 246; ÜNAL, s. 299; İPEK, s. 128; ÖZCAN ÇELİK, s. 116; VATANSEVER, s. 126.

²⁶ ERGÜN, s. 92.

²⁷ OĞUZMAN/DURAL, s. 130; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 125; ÜNAL, s. 300; İPEK, s. 128; ÖZCAN ÇELİK, s. 116; VATANSEVER, s. 126.

²⁸ ÖZTAN (Boşanma), s. 726; ERGÜN, s. 93.

²⁹ ÖZTAN, s. 701; UYAR, s. 1239; İPEK, s. 130; ERGÜN, s. 92.

³⁰ ERGÜN, s. 92; Yarg. 2. HD., 13.06.1995 T., 425 E., 6934 K. sayılı kararı için bkz. ÖZKAN, s. 561; diğer kararlar için bkz. TUTUMLU, s. 247,299; TUTUMLU (Boşanma Yargılaması), s. 1091.

reddi veya davanın açılmamış sayılması gibi bir karar, esası ilgilendiren bir karar olmadığı için, retle sonuçlanmış dava koşulunu sağlamaz³¹.

Reddedilen boşanma davası sayısının birden çok olması halinde, davacı olacak eş bunlardan herhangi birisine dayalı olarak davasını açabilir³². Önceki davada davacı veya davalı olmasının, önceki davanın daha fazla kusurlu olduğu için reddedilmiş olmasının, fiili ayrılık sebebine dayalı boşanma davası açabilmek bakımından bir önemi yoktur³³.

Yargıtay açılan butlan davasının reddedilmiş olması halinde üç yıllık sürenin uygulanmayacağı, hükmün dar yorumlanarak sadece boşanma davasının reddi ile sınırlı olarak uygulanması gerektiği görüşündedir³⁴. Doktrinde de evliliğin feshi ya da butlanı sebebiyle açılıp reddedilen davaların bu hükmün kapsamında olmadığı, verilen ret kararları üç yıllık sürenin başlangıcına esas olmayacağı görüşünde olanlar vardır³⁵. ÜNAL'a göre bu davalar boşanma davası değil, evliliğin kuruluşundaki eksiklikten kaynaklanan sebeplerle açılan davalardır ve evliliğin işleyişiyle ilgili ortaya çıkan sebeplerle açılabilmesi bakımından bu davaların amaçları ve hukuki sonuçları farklıdır³⁶. ÖZTAN, özellikle ayrılık kararı ile ilgili görüşünü belirtirken TMK 166/4 maddesinin dar yorumundan vazgeçerek, amaçsal yorum metodu ile yorumlanmasının isabetli

³¹ ÜNAL, s.301; Yarg. 2. HD.,25.09.1997 T., 8162 E., 9641 K. sayılı kararın için bkz. TUTUMLU (Boşanma Yargılaması), s. 1074,1096.

³² TUTUMLU, s. 246; TUTUMLU (Boşanma Yargılaması), s. 1071; ERGÜN, s. 94; GENÇCAN (Boşanma), s. 977; OŞAR ŞAHİN, s. 40; taraflar arasında birden fazla reddedilip kesinleşen boşanma davası varsa, ortak hayatın kurulamaması açısından sonuçlanan son davanın esas alınmasının şart olmadığı, ilk açılıp sonuçlanan davanın esas alınması gerektiği yönünde Yarg. 2. HD., 01.04.2004 T., 2944 E., 4139 K. sayılı kararı ve 2. HD., 11.05.2005 T., 2005/5633 E., 2005/7727 K. sayılı kararı için bkz. İPEK, s. 392.

³³ OĞUZMAN/DURAL, s. 132; ÖZTAN, s. 704; TUTUMLU, s. 246.

³⁴ "Hukuki sonuçları farklı olan evliliğin butlan ve feshi nedeniyle açılan ve reddedilen davalar bu madde ve fıkrada yer almadığından, önce açılan ve reddedilen evliliğin feshi davası bu davada üç yıllık fiili ayrılık süresinin başlangıcına esas alınmaz." Yarg. 2. HD., 29.12.1993 T., 12395 E., 12774 K. sayılı kararı için bkz. TUTUMLU, s 246-247,288.

³⁵ ERGÜN, s. 92; ÜNAL, s. 301-302; İPEK, s. 129-130; BOZDAĞ, s. 107; GENÇCAN (Boşanma), s. 979.

³⁶ ÜNAL, s. 301-302.

olacağını dile getirmiştir³⁷. Kanaatimizce de evliliğin feshi ve butlan hallerinde reddin geniş yorumlanarak, lafzi yorumdan öte amaca uygun yorum yapılması ve hükmün bu durumlarda da uygulanabilirliğinin sağlanması, eşlerin yaşayacağı mağduriyeti gidermeye yardımcı olabilecek, hakkaniyetli bir çözüm olarak görünmektedir.

Açılan boşanma davasında ret kararını veren bir yabancı mahkeme de olabilir³⁸. Yabancı mahkemeden alınan boşanmanın reddine ilişkin karar, tanınması koşuluyla, fiili ayrılık sebebiyle boşanma davasına dayanaklık edebilir³⁹. Bu durumda 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunda aranan şartlar yerine getirilmeli, yabancı mahkeme ilamının tanınmasına ilişkin Türk Mahkemesinin aldığı karar da kesinleşmiş olmalıdır⁴⁰. Üç yıllık süre, Türk Mahkemesinin almış olduğu tanıma kararının kesinleşmesinden itibaren işlemeye başlar⁴¹.

2- Önceki Açılan Dayanak Davadan Feragat Edilmesine İlişkin Hususlar

Önceki açılan boşanma davasından feragat edilmişse, ilk bakışta Kanunun lafzi yorumundan yola çıkılarak bunun bir ret anlamına gelmeyeceği sonucuna ulaşılabilir⁴². Feragat halinde boşanma isteminden vazgeçildiği ve zaten çoğu zaman boşanma sebebi ortadan kalkmış olacağı için, bunu ret kapsamında değerlendirmenin mümkün olmadığı, doktrinde savunulan bir görüştür⁴³. Ancak Yargıtay, feragatin hakkın esasını

³⁷ ÖZTAN (Boşanma), s. 727.

³⁸ AKINTÜRK/ATEŞ, s. 273; ÖZTAN (Boşanma), s. 726; ERGÜN, s. 92; İPEK, s. 130; OŞAR ŞAHİN, s. 40; ÖZCAN ÇELİK, s. 119; BOZDAĞ, s. 109; Yarg. 2. HD., 29.06.1992 T., 7126 E., 7477 K. sayılı kararı için bkz. ÖZKAN, s. 559; TUTUMLU, s. 247; UYAR, s. 1257.

³⁹ GENÇCAN (Boşanma), s. 984; “Boşanmaya ilişkin yabancı mahkeme ilamı Türk Mahkemelerince tenfiz ve tanınması yapılmadıkça hükmü ifade etmez...” Yarg. 2. HD., 16.11.2006 T., 8764 E., 15758 K. sayılı kararı için bkz. GENÇCAN (Boşanma), s. 984.

⁴⁰ AKINTÜRK/ATEŞ, s. 273; ERGÜN, s. 92,93; İPEK, s. 130; ÖZCAN ÇELİK, s. 119; BOZDAĞ, s. 109; Yarg. 2. HD., 29.06.1992 T., 7126 E., 7477 K. sayılı kararı için bkz. ÖZKAN, s. 559; 2. HD., 16.09.1991 T., 6557 E., 10749 K. sayılı karar için bkz. TUTUMLU (Boşanma Yargılaması), s. 1091.

⁴¹ ÜNAL, s. 303; İPEK, s. 130; ERGÜN, s. 93.

⁴² OĞUZMAN/DURAL, s. 130, dn. 225; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 126; ÜNAL, s. 300.

⁴³ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 126; ÜNAL, s. 300; aksi yönde bkz. İPEK, s. 129; ÖZCAN ÇELİK, s. 118.

ilgilendirdiği ve bu durumda ret kararının esasa ilişkin olması koşulunun sağlandığı görüşündedir⁴⁴. Yargıtay bu durumda feragatin kesin hükmün sonuçlarını doğuracağı gerekçesiyle feragat halinde de ret halinde olduğu gibi fiili ayrılık sebebiyle boşanmanın mümkün olduğunu kabul etmekte⁴⁵, hatta feragat edilen dava fiili ayrılığa dayansa da üç yıllık süre dolduktan sonra yine bu sebepten dava açılabilmesine karar vermektedir⁴⁶. Yargıtay'a göre Kanun koyucu bu düzenleme ile sadece kesinleşen ret kararını aramakta, bu ret kararının hukuki gerekçesi ve nedenleri ile ilgili başka bir unsur ve koşul aramamakta, bu durumda önceki ret kararının iddianın ispat edilememesine, feragat veya kanunun aradığı koşulların ve unsurların gerçekleşmemesine dayanması önem taşımamaktadır⁴⁷. Uygulamada sürenin bir an evvel başlamasını sağlamak adına göstermelik bir boşanma davası açılarak ilk celsede feragat işlemi gerçekleştirilmekte, bu durumda süre feragatin mahkemeye ulaşmasıyla başlamakta, şeklen kesinleşmesi beklenmemektedir⁴⁸. Şu hâlde feragatle sonuçlanan davalar bakımından, feragat tarihi itibarıyla üç yıllık süre de başlamış olmaktadır⁴⁹. Yargıtay da feragat üzerine verilen kararın şeklen kesinleşmesine gerek olmadığı yönünde kararlar vermektedir⁵⁰.

⁴⁴ ERGÜN, s. 93; Yarg. 2. HD., 25.09.1997 T., 1997/8162 E., 1997/9641 K. sayılı kararı için bkz. İPEK, s.3 87-388.

⁴⁵ BURCUOĞLU, Haluk, "Ayrılık Kurumunun Uygulanabilirliği Sorunu", Bülent Davran'a Armağan, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1998, s. 66; TUTUMLU, s. 247; Yargıtay'ın davadan feragatin kesin hükmün sonuçlarını doğuracağına ve bu şekildeki bir reddin fiili ayrılığa dayalı boşanma davasına dayanak oluşturacağına yönelik kararları için bkz. Yarg. 2. HD., 04.07.2011 T., 2010/10947 E., 2011/11385 K. sayılı kararı, GENÇCAN, s. 343; Yarg. 2. HD., 07.07.2003 T., 2003/9313 E., 2003/10213 K. sayılı kararı, ERGÜN, s. 202.

⁴⁶ ÖZTAN, s.701; BURCUOĞLU (Ayrılık Kurumu), s. 66-67; Yarg. 2. HD., 27.04.2015 T., 2014/17832 E., 2015/8437 K. sayılı kararı için bkz. GENÇCAN, s. 341; feragatin kesin hükmün hukuki sonuçlarını doğuracağına ve ayrıca kararın tebliğine gerek olmadığına ilişkin bkz. TUTUMLU, s. 248; Yarg. 2. HD., 06.02.2006 T., 2006/99 E., 2006/1293 K. sayılı kararı için bkz. İPEK, s. 379.

⁴⁷ Yarg. 2. HD., 19.09.1991 T., 1991/8004 E., 1991/11148 K. sayılı kararı için bkz. İPEK, s. 376.

⁴⁸ HATEMİ, s. 124; ÖZCAN ÇELİK, s. 117.

⁴⁹ ERGÜN, s. 93; İPEK, s. 129; Yarg. 2 HD., 13.11.1996 T., 1996/10707 E., 1996/11712 K. sayılı kararı için bkz. İPEK, s. 386.

⁵⁰ Yarg. HGK., 12.04.1995 T., 1995/2-138 E., 1995/384 K sayılı kararı için bkz. İPEK, s. 392-393; Yarg. 2. HD., 22.03.2007 T., 2006/16345 E., 2007/4627 K. sayılı kararı için bkz.

Feragat halinde ret ile sağlanan sonuçların doğacağını kabul etmenin, kanuna karşı hile teşkil edecek şekilde, kanunun amacı ile uyumlu olmayan bazı sonuçlar doğurabileceği dikkate alınmalıdır⁵¹. Zira hâkimin TMK 170 çerçevesinde ayrılık kararı vereceğini anlayan ya da ayrılık kararı verildikten sonra henüz kesinleşmeden feragat eden davacı, fiili ayrılıkla tanınan imkanlardan yararlanabilecek, hükmün kesinleşmesi feragat anında başlayacağı için beklemeyecek ve bu yolla istediği sonuca ulaşabilecektir⁵². Üç yıllık süreyi bir an evvel başlatmak için bu şekilde dava açıp feragat eden kimse, kısa sürede sonuca ulaşırken, haklılığına inanıp boşanma davası açan ve yürüten kimse, boşanma hükmü elde etmek için yıllarca uğraşabilecek, sonrasında belki dört beş yıl sonra reddedilip kesinleşen davasından sonra üç yıl daha bekleyecek yani sonuca ulaşması yedi sekiz yılı bulabilecektir⁵³. Doktrinde TEKİNAY, tarafların ciddi delillerle boşanma nedenlerini ve haklılıklarını ispat etmek yerine, açtıkları davanın bir an evvel reddini sağlayarak, üç yıl sonra boşanmayı garantilemeye çalışmalarına ilişkin genel sakıncayı dile getirmekte, bu durumun mahkemelerin gereksiz yere işgal edilmesine ve adalet hizmetlerinin aksamasına yol açacağından ve kamu düzenine de zıt düşeceğinden bahsetmektedir⁵⁴. HATEMİ ise bu durumda İsviçre’de olduğu gibi bir araya gelmeme şartının davanın reddedilip kesinleşmesinden itibaren değil de başlangıcından itibaren aranması halinde, kanuna karşı hile davranışının önüne geçilebileceğini dile getirmektedir⁵⁵. Kanaatimizce mevcut durumda HATEMİ’nin önerisi bir çözüm olarak değerlendirilebilir ancak dayanak davanın aranmasından tamamen vazgeçilmesi bu sorunu da ortadan kaldıracak daha kökten bir çözüm olarak görünmektedir.

İPEK, s. 385; Yarg. 2. HD., 06.05.2009 T. 6462 E., 8832 K. Bkz. ÖZCAN ÇELİK, s. 117 dn. 468.

⁵¹ YALÇINKAYA/KALELİ, s.2071; BURCUOĞLU (ayrılık kurumu), s. 66; ÜNAL, s. 301.

⁵² YALÇINKAYA/KALELİ, s.2071; BURCUOĞLU (ayrılık kurumu), s. 66; ÜNAL, s. 301.

⁵³ YALÇINKAYA/KALELİ, s. 2071; ÇAKIN, s. 83 TEKİNAY, s. 197.

⁵⁴ TEKİNAY, s. 197.

⁵⁵ HATEMİ, s. 124.

3. Önceki Açılan Dayanak Davanın Aranmasına Yönelik Eleştiriler

İsviçre Medeni Kanun'u 2000 yılında boşanmayla ilgili kurallar bakımından köklü bir değişime uğramış, kusur esasına dayanan boşanma sistemi tamamen terk edilmiş⁵⁶, evlilik birliğinin temelinden sarsılması esasına dayanan, anlaşma veya ayrı yaşamaya dayalı boşanma sistemi kabul edilmiştir⁵⁷. Alman hukukunda da aynı şekilde artık kusur üzerinde durulmamakta, boşanma için evliliğin başarısız olup olmadığına yani işlemez hale gelip gelmediğine bakılmaktadır⁵⁸. İsviçre ve Alman hukuklarında fiili ayrılığa dayanan boşanma davası açılabilmesi için, öncesinde bir boşanma davası açılıp reddedilmiş olması şartı da aranmamaktadır⁵⁹. Hukukumuzda eşler ne kadar uzun süredir ayrı yaşıyor olurlarsa olsunlar, eğer bir boşanma davası açılıp reddedilmemişse yani dayanak dava yoksa bu boşanma sebebine başvurulamayacağı, Kanunun lafzından da açıkça anlaşılacakla birlikte⁶⁰, doktrinde Kanundaki bu düzenlemenin mantıklı ve tutarlı sayılmasının güç olduğu ifade edilmektedir⁶¹. Doktrinde diğer bazı yazarlar da bu durumu beraberinde farklı adaletsizlikleri getirebilecek olması sebebiyle eleştirmekte, boşanma davası açılmadan on yıl belki daha uzun süre fiilen ayrı yaşayan kimselere boşanma hakkı vermezken, dava açıp reddedildi diye üç yılda boşanmaya

⁵⁶ HELVACI, Serap, "İsviçre ve Türk Hukuklarında Boşanma Sebepleri", Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, 2. Cilt, İstanbul, 2002, s. 1151 vd.; ÖZCAN ÇELİK, s. 30 vd.; kusura dayalı sistemin sakıncaları için bkz. OKTAY ÖZDEMİR, s. 33 vd.

⁵⁷ OKTAY ÖZDEMİR, s. 31; ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZCAN ÇELİK, s. 30 vd.; CEYLAN, s. 325-326.

⁵⁸ TEKİNAY, s. 170.

⁵⁹ BURCUOĞLU, Haluk, "Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: 48, S: 1-4, İstanbul, 1983, s. 115; OKTAY ÖZDEMİR, s. 35-36, dn. 15; ÜNAL, s. 294; ÖZCAN ÇELİK, s.34 vd.; Alman Hukukundaki ilgili düzenlemeler BGB§ 1564 vd. çevirisi için bkz. ODENDAHL, Hanswerner/USLU, Burcu (Çevirenler), "Alman Boşanma ve Nafaka Hukuku Mevzuatı", Prof. Dr. Fırat ÖZTAN'a Armağan, Turhan Kitabevi, II. Cilt., Ankara, 2010, s. 1499; HELVACI, s. 1155.

⁶⁰ OĞUZMAN/DURAL, s. 131; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 126; UYAR, s. 1239; ÇAKIN, s. 82; İPEK, s. 129.

⁶¹ OĞUZMAN/DURAL, s. 131.

hükmedilmesinin, adalet duygularını ve eşitliği zedeleyebileceği dile getirilmektedir⁶². Doktrinde OKTAY ÖZDEMİR, fiili ayrılığın söz konusu olduğu takdirde ek bir şart aranmaksızın evlilik birliğinin temelden sarıldığı sonucuna ulaşılması gerektiğini, önceden açılıp reddedilmiş bir boşanma davasını aramanın, fiili ayrılık sebebiyle dava açabilmek adına sebepsiz boşanma davası açmaya neden olabilecek, kötüye kullanımı mümkün olan bir düzenleme olduğunu dile getirmektedir⁶³. Aynı yönde kötü niyetli eşin sadece süreyi başlatmak için, âdet yerini bulsun diye dayanaksız dava açabileceğini belirten YALÇINKAYA/KALELİ, önceden açılmış dava aranması ile Kanun'un çağdaş çizgiden ayrıldığını, bunun beraberinde adaletsizlikleri de getirecek açıklanması zor bir düşünce biçimi olduğunu dile getirmektedirler⁶⁴. Yazarlar, fiili ayrılık halinde bu şekilde önceden açılıp reddedilmiş bir boşanma davasının aranmasının, bu boşanma sebebinin amacıyla çeliştiği, Kanun koyucunun bu konuda istisnar edilebilecek durumlar konusunda özel düzenleme yapabilecekken, kolay yolu seçerek, *"eşe önce bir dava açarak kuşkuya yer vermeyecek şekilde iradesini göstermesi gerekliliği ve diğer eşe de buna göre kendi taorını alması"* yolunu seçtiğini ifade etmektedir⁶⁵. Yargıtay ise dayanak dava olmaksızın, fiili ayrılığı tek başına bir boşanma sebebi saymamakta, evlilik birliğinin temelinden sarsılması gerekçesiyle TMK 166/1'e göre açılan davalarda fiili ayrılığın tek başına boşanma nedeni olmayacağı yönünde karar vermektedir⁶⁶. Bu konuda doktrinde dile getirilen eleştirilere uygun bir düzenleme yapılarak dayanak dava şartının tamamen kaldırılmasıyla kötü niyetli yaklaşımların önüne geçecek hakkaniyetli bir çözüme ulaşılabilirliği kanaatindeyiz.

⁶² YALÇINKAYA/KALELİ, s. 2071; ÇAKIN, s. 82-83.

⁶³ OKTAY ÖZDEMİR, s. 39; aynı yönde bkz. YALÇINKAYA/KALELİ, s. 2072.

⁶⁴ YALÇINKAYA/KALELİ, s. 2071.

⁶⁵ YALÇINKAYA/KALELİ, s. 2071; Aynı yönde bkz. ÇAKIN, s. 83.

⁶⁶ Yarg. 2. HD., 01.07.2003 T., 2003/5357 E., 2003/9978 K. sayılı kararı için bkz. ERGÜN, s. 149-150.

4. Üç Yıllık Sürenin Geçmesi ve Bu Süre İçinde Ortak Hayatın Kurulamaması

a. Üç Yıllık Süre Koşulu

Ortak hayatın kurulamadığına ilişkin kanaat oluşturacak süre Kanun koyucu tarafından üç yıl olarak belirlenmiştir. Bu süre maddi hukukun belirlediği bir süredir, hâkim tarafından sürede değişiklik yapılamaz, artırılması veya azaltılması söz konusu olamaz⁶⁷. Ancak TMK 166/4'te yer alan diğer koşullar gerçekleşmediyse, üç yıllık süreli bir fiili ayrılığın varlığı tek başına boşanma kararı vermek için yeterli olmaz⁶⁸. Bir önceki koşulla birlikte değerlendirdiğimizde fiili ayrılık sebebiyle boşanma davası açabilmek için öncelikle daha önce açılıp reddedilen bir boşanma davası olmalı, önceki açılan boşanma davasının reddinden sonra üç yıllık süre dolmuş olmalıdır. Kanunda düzenlendiği üzere, üç yıllık süre, ret kararının kesinleştiği tarihten itibaren başlayacaktır. Kesinleşme, maddi ve şekli anlamda kesin hüküm haline gelme anlamına gelmekle; hükme karşı tüm itiraz ve kanun yollarına başvurma imkânı ortadan kalkmış olur ve talep konusu çözüme kavuşturulmuş olur⁶⁹. Bu sürenin başlangıcının tatil gününe isabet etmesi, işlemesine engel olmaz, tatil günleri süreye dahildir⁷⁰. Sürenin başlangıç ve bitişinin belirlenmesine ilişkin Kanunda bir hüküm bulunmadığı için Borçlar Kanunu'nun 151 ve 92/3 hükümleri ile ve İcra İflas Kanununun 19/2 hükmü kıyasen uygulanmaktadır⁷¹. Davanın reddi üç yıl önce hangi gün kesinleşti ise aynı gün süre dolmuş sayılmakta ve bir sonraki gün dava açılabilmektedir⁷².

⁶⁷ ÖZTAN (Boşanma), s. 727; ERGÜN, s. 94.

⁶⁸ Yarg. 2. HD., 05.07.2011 T., 2010/10846 E., 2011/11477 K. sayılı kararı için bkz. GENÇCAN, s. 344.

⁶⁹ ÖZTAN, s.702; ÜNAL, s. 302.

⁷⁰ ÖZTAN (Boşanma), s.726; ÇAKIN, s.84; OŞAR ŞAHİN, s. 41; Yarg. 2. HD., 20.09.1994 T., 7760 E., 8364 K. sayılı kararı için bkz TUTUMLU (Boşanma Yargılaması), s. 1092-1093, ÇAKIN, s. 84.

⁷¹ ÖZTAN, s. 702; ÇAKIN, s. 85; BOZDAĞ, s. 109; ERGÜN, s. 94; Yarg. 2. HD., 05.10.1990 T., 6227 E., 9023 K. sayılı kararı, TUTUMLU (Boşanma Yargılaması), s. 1093; üç yıllık sürenin başlangıcı ve hesabına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Yarg. 2. HD., 05.10.1990 T., 6227 E., 9023 K. sayılı kararı, TUTUMLU, s. 301-302.

⁷² ÖZTAN, s. 703; ÜNAL, s. 303; BOZDAĞ, s. 109; sürenin hesabında ilk gün hesaba katılmaz. bkz. ÇAKIN, s. 83; İPEK, s. 130-131; BOZDAĞ, s. 109; Yarg. 2. HD., 13.06.1995 T., 5770 E., 6944 K. sayılı kararı için bkz. UYAR, s. 1247.

Üç yıllık sürenin kesintisiz yani ara verilmeksizin devam etmesi aranır⁷³. Bu süre işlediği zamanda askerlik görevini yapma, herhangi bir sebeple yurt dışında bulunma, hastane ya da hapisane gibi bir kurumda bulunma gibi durumlar ve benzeri irade dışı ayrılık halleri, sürenin işlemesine mâni değildir⁷⁴. Düzenlemedeki “her ne sebeple olursa olsun ortak hayat yeniden kurulamamışsa” ifadesi de bu durumu açıkça göstermektedir⁷⁵. Ortak hayatın neden kurulamadığı ise, bu boşanma sebebi bakımından önem taşımaz⁷⁶.

Üç yıllık süre maddi hukuka ait bir dava şartıdır, hâkim tarafından resen dikkate alınır ve eğer bu koşul gerçekleşmemişse dava reddedilir⁷⁷. Üç yıllık süre gerçekleşmediği için verilen ret kararı, üç yılın dolmasıyla birlikte aynı sebeple yeniden dava açılmasına engel değildir⁷⁸. Boşanma davası açıldığında üç yıllık fiili ayrılığın gerçekleşmiş olması ve ortak hayatın halen kurulamamış olması gerekir⁷⁹. Ortak hayat bir kez kurulduktan sonra yeniden başlayacak fiili ayrılık süresi ne olursa olsun, fiili ayrılık sebebiyle boşanma kararı verilmesine engel olacaktır⁸⁰. Bu halde

⁷³ ÖZTAN, s. 703; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 126; ERGÜN, s. 94; GENÇCAN (boşanma), s. 1009; İPEK, s. 132; ÇAKIN, s. 86; ÜNAL, s. 304; OŞAR ŞAHİN, s. 41; Yarg. 2. HD., 12.02.1990 T., 1989/10488 E., 1990/1783 K. sayılı kararı için bkz. İPEK, s.379; ÖZKAN, s. 557; Yarg. 2. HD., 27.09.1990 T., 3050 E., 8636 K. sayılı kararı, TUTUMLU (Boşanma Yargılaması), s. 1093.

⁷⁴ ÖZTAN (3444 S. Kanun), s. 136; ÇAKIN, s. 89; ÜNAL, s. 304; İPEK, s. 132.

⁷⁵ İPEK, s. 132; ÖZTAN (3444 S. Kanun), s.136.

⁷⁶ KILIÇOĞLU, s. 115; ERGÜN, s. 95; “İlk davanın ret nedeni önemli olmadığı gibi ortak hayatın yeniden kurulamamasının nedeninin de bir önemi yoktur.” Yarg. 2. HD., 27.11.2006 T., 2006/9680 E., 2006/16417 K. sayılı kararı için bkz. İPEK, s. 389.

⁷⁷ ÖZTAN, s. 702; ÖZTAN (Boşanma), s.727; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 126; TUTUMLU, s. 249; ÜNAL, s. 302; ERGÜN, s. 94; İPEK, s. 135; SAMAT, s. 105 dn. 383; ÖZCAN ÇELİK, s. 120; BOZDAĞ, s. 109; GÜNEŞLİOĞLU, s. 19; Yarg. 2. HD., 06.07.2011 T., 2010/10639 E., 2011/11578 K. sayılı kararı için bkz. GENÇCAN, s. 343; Yarg. 2. HD., 13.06.1995 T., 5770 E., 6944 K. sayılı kararı için bkz. ÇAKIN, s. 85, İPEK, s. 385.

⁷⁸ Yarg. 2. HD., 15.12.2014 T., 2014/14818 E., 2014/25711 K. sayılı kararı için bkz. GENÇCAN (Boşanma), s. 984-985.

⁷⁹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 127.

⁸⁰ ÖZTAN, s. 703; ERGÜN, s. 94; İPEK, s. 133; Yarg. 2. HD., 27.09.1990 T., 3050 E., 8636 K. sayılı kararı için bkz. ÖZKAN, s. 558; TUTUMLU, s. 300-301; Yarg. 2. HD., 27.09.1990 T., 3050 E., 8636 K. Sayılı kararı, TUTUMLU (Boşanma Yargılaması), s.

sürenin baştan başlaması diğer bir ifadeyle sıfırlanması gibi bir durum söz konusu olmayacak, halihazırda eşlerin bu sebebe dayalı olarak dava açma hakları ortadan kalkacaktır. Eşlerin ret kararı kesinleşmeden önce ortak hayatı kurup, ret kararı kesinleşince ayrı yaşamaları ve üç yıllık süre dolduğunda dava açmaları, Yargıtay tarafından hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmekte ve bu halde dava açamayacakları kabul edilmektedir⁸¹. Eşler üç yıllık süre içinde ortak hayatı kuramadıkları halde, üç yıl geçtikten sonra kurmuşlarsa yine bu sebebe dayanarak boşanma davası açılmaz⁸². Şu hâlde dava üç yıllık süreden çok daha sonra açılrsa da evlilik birliğinin fiilen çözülmesi ve ortak hayatın kurulamaması, üç yıllık süre dolduktan sonraki süreçte devam ediyor olmalıdır⁸³.

Boşanma davası açılmış ancak sonrasında ortak hayat kurulmuş ise, bu durum mahkemenin boşanma kararı vermesine engel olmaz⁸⁴. Bu halde ancak dava açan eşin feragat etmesi halinde boşanma kararı verilemeyecektir⁸⁵. Reddedilen boşanma davasından sonra ikinci bir boşanma davası açılmışsa, ilk davanın kesinleşmesinden itibaren başlayan süreyi etkilemez ve bu ilk davanın fiili ayrılık sebebiyle açılan boşanma davasına esas alınmasına engel olmaz⁸⁶. Zira bir Yargıtay kararında da ifade edildiği üzere, fiili ayrılığa dayanan boşanma kararı verilmesi için reddedilen boşanma davasının, taraflar arasındaki en son boşanma davası olması şart değildir⁸⁷.

1093; Yarg. HGK., 08.03.2000 T., 2000/2-129 E., 2000/169 K sayılı kararı için bkz. İPEK, s. 396.

⁸¹ ÖZTAN, s. 703; Yarg. 2. HD., 12.04.1996 T., 3014 E., 4080 K. sayılı kararı için bkz. İPEK, s. 386-387.

⁸² ÖZTAN, s. 703; OĞUZMAN/DURAL, s. 131; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 126-127; HELVACI, s. 1167; İPEK, s. 133.

⁸³ OĞUZMAN/DURAL, s. 131; İPEK, s. 133.

⁸⁴ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 127; İPEK, s. 133.

⁸⁵ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 127.

⁸⁶ ERGÜN, s. 92; İPEK, s. 129; Yarg. 2. HD., 23.01.2012 T., 2011/2627 E., 2012/866 K. sayılı kararı için bkz. GENÇCAN, s. 342-343.

⁸⁷ ERGÜN, s. 94; Yarg. 2.HD., 20.04.2004 T., 2004/2016 E., 2004/5035 K. sayılı kararı için bkz. İPEK, s. 382.

b. Üç Yıllık Süreye Yönelik Eleştiriler

Fiili ayrılığa ilişkin hükümlerde dikkat çeken noktalardan biri, sürenin ne kadar olması gerektiğine, eşlerin ne kadar ayrı kalmaları halinde boşanmaya karar verilebileceğine ilişkin düzenlemedir⁸⁸. Fiili ayrılığa dayalı boşanma sisteminin doğru ve sağlıklı işlemesi ve toplum menfaatine sonuçlar doğurması için ayrılık süresi özenle belirlenmelidir⁸⁹. Bu sürenin uzun olması yeni bir hayata başlamayı geciktirdiği için eşler açısından eziyet verici, usandırıcı olabileceği gibi, kısa olması da eşler için ayrılığa özendirici, adeta tek taraflı boşanmanın gerçekleştirilmesini sağlayıcı sonuçlar doğurabilir⁹⁰. Fiili ayrılık süresi Belçika'da bir yıl⁹¹, İsviçre ve Fransa'da iki yıl, Almanya'da⁹² ve İtalya'da⁹³ ise üç yıl olarak belirlenmiştir⁹⁴. Sürelerin başlaması için dayanak dava açılması gerekmediği düşünüldüğünde fiili ayrılık sebebiyle boşanmanın Hukukumuz bakımından çok daha fazla zaman aldığı görülecektir. Doktrinde de Hukukumuzdaki üç yıllık süre uzun olduğu gerekçesiyle eleştirilmekte, İsviçre Medeni Kanun'unda düzenlenen sürenin daha kısa olduğu da dile getirilerek⁹⁵, sürenin kısaltılması önerisinde bulunmaktadır⁹⁶. Doktrinde bu konuda farklı görüşler olmakla birlikte, çoğunluk, sürenin uzun olduğu ve kısaltılması gerektiği, bir ya da iki yıla indirilmesinin uygun olacağı görüşündedir⁹⁷. KILIÇOĞLU, bu sürenin oldukça uzun olduğunu, düzenlemenin

⁸⁸ VATANSEVER, s. 17.

⁸⁹ YALÇINKAYA/KALELİ, s. 2072.

⁹⁰ YALÇINKAYA/KALELİ, s. 2073; VATANSEVER, s. 17; CEYLAN, s. 322.

⁹¹ CEYLAN, s. 329.

⁹² Alman Hukukunda boşanma sebeplerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. BURCUOĞLU (Alman Hukuku), s. 114 vd.; ÖZCAN ÇELİK, s. 39 vd.; Alman hukukunda temel boşanma sebebi evlilik birliğinin başarısızlığa uğramasıdır. Üç yıldır ayrı yaşama, evlilik birliğinin başarısız olduğuna ilişkin kesin karinedir. Bkz. BGB § 1656-1566 çevirisi için ODENDAHL/USLU (Çeviren), s. 1499; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 113.

⁹³ İtalyan hukukundaki durum için bkz. CEYLAN, s. 330.

⁹⁴ BURCUOĞLU (Alman Hukuku), s. 115; KILIÇOĞLU, s. 115, dn. 175; CEYLAN, s. 326,328; ÜNAL, s. 294; ÖZCAN ÇELİK, s. 34,42.

⁹⁵ BOZDAĞ, s. 111.

⁹⁶ BOZDAĞ, s. 111.

⁹⁷ Doktrinde VELİDEDEOĞLU, henüz bu konuda hiçbir hukuki düzenlemenin hatta tasarının olmadığı 1943 yılında vermiş olduğu bir konferansta, beş seneden fazla bir süre fiilen ayrı yaşayan ve barışmalarına imkân olmayan karı kocanın boşanabilmesi

bu şekliyle davaların sonuçlanmasının bazen dokuz yılı bile bulabileceğini, temelinden sarsılmış ve çekilmez hale gelmiş bir aileyi bir arada tutup, yeni yuva kurlarının önüne geçmenin, hayatlarının en güzel yıllarından bu kadar uzun bir sürenin çalınması anlamına geleceğini dile getirmektedir⁹⁸. Yazar, İsviçre’de bu sürenin önceden 4 yıl iken 01.01.2000 tarihinden itibaren iki yıla indirildiğini bizde de üç yıllık ayrılık süresinin bir yıla ya da hiç olmazsa iki yıla indirilmesinin gerektiğini ifade etmektedir⁹⁹. YALÇINKAYA/KALELİ, üç yıllık sürenin fazla olduğunu, ülke gerçekleri açısından iki yıllık süre konusundaki düşüncenin isabetli olduğunu, sürenin bir yıldan az ve iki yıldan fazla olmayacak şekilde belirlenmesinin hukuki, toplumsal ve siyasal açıdan daha faydalı olabileceğini ifade etmektedirler¹⁰⁰. ÜNAL’a göre, ilk boşanma davası, bir ön şart olmasıyla birlikte, bu dava taraflara itiraz hakkı ve hâkime takdir yetkisi imkânı tanıdığına göre, süreyi kısa tutmanın bir sakıncası olmayacağından, süre 2 yıldan fazla olmamalıdır¹⁰¹. ÇAKIN ise halihazırdaki üç yıllık sürenin uzun olduğu, süre ne kadar uzun olursa yaşama sevincini, hayata yeniden yön verme ve başlama ümidini kaldırabilmesi ve evlilik dışı ilişkilere yol açma tehlikesi bulunması gerekçeleriyle kısaltılarak bir yıla indirilmesinin uygun olacağını dile getirmektedir¹⁰². Yazar, sürenin bir yıla indirilmesi halinde, bu boşanma sebebinin düzenlenmesi ile hedeflenen amacın, toplum açısından daha kolay gerçekleşeceğini ileri sürmektedir¹⁰³. HATEMİ ise sürenin davanın açılması ile başlaması ve iki yıla indirilmesinin yerinde olacağı görüşündedir¹⁰⁴. Sürenin iki yıl olması yönündeki görüşe katılmakla birlikte, sürenin başlaması için öncelikle açılmış boşanma davasının reddinin kesinleşmesi yani dayanak bir dava açılmasının aranmasının gerekmediği görüşündeyiz. Bu durumda hem OKTAY

için böyle bir sebebin düşünülmesinin yersiz olmadığını ifade etmiştir. Bkz VELİDE-DEOĞLU, s. 26.

⁹⁸ KILIÇOĞLU, s. 116.

⁹⁹ KILIÇOĞLU, s. 116.

¹⁰⁰ YALÇINKAYA/KALELİ, s. 2073.

¹⁰¹ ÜNAL, s. 310.

¹⁰² ÇAKIN, s. 87.

¹⁰³ ÇAKIN, s. 87.

¹⁰⁴ HATEMİ, s. 124; Aynı yönde görüş için bkz. YALÇINKAYA/KALELİ, s. 2073 dn. 4048.

ÖZDEMİR¹⁰⁵ ve YALÇINKAYA/KALELİ'nin¹⁰⁶ ifade ettikleri gibi sebep-siz ya da dayanaksız boşanma davası açmaya neden olabilecek, kötüye kullanımı mümkün olan bir düzenlemenin önüne geçilerek, modern bir düzenleme yapılmış olacak hem de daha önce “Önceki Açılan Dayanak Davadan Feragat Edilmesine İlişkin Hususlar” başlığı altında değindiğimiz, davadan feragat yoluyla elde edilmeye çalışılan istenmeyen durumların önüne geçilebilecektir.

c. Ortak Hayatın Kurulamaması Koşulu

Ortak hayatın kurulmasından ne anlaşılması gerektiği, fiili ayrılık sebebiyle boşanma açısından oldukça önem arz eder ve açılan davada bu durumun tespiti için kriterlerin ne olduğunun açıkça ortaya konulması gerekir¹⁰⁷. Ortak yaşamın kurulmasını dar yorumlamak, hükmü uygulamayı imkânsız hale getirebilir¹⁰⁸.

Ortak hayatın kurulması ile kastedilen eşlerin evlilik birliğindeki¹⁰⁹ ortak yaşamlarını yeniden kurmak ve sürdürmek için bir araya gelmeleri¹¹⁰, aynı evde karı koca olarak birlikte yaşamaları¹¹¹ ve buna ilişkin niyetlerinin anlaşılabilir olmasıdır¹¹². Ortak hayatın kurulması için eşler,

¹⁰⁵ OKTAY ÖZDEMİR, s. 39; Aynı yönde bkz. YALÇINKAYA/KALELİ, s. 2072.

¹⁰⁶ YALÇINKAYA/KALELİ, s. 2071.

¹⁰⁷ ERGÜN, s. 95.

¹⁰⁸ ERGÜN, s. 95; TEKİNAY'ın hükmün genel eleştirisini yaparken değindiği ve eleştirdiği bir noktaya bu açıdan dikkat etmek gerekir. Yazar, boşanma davasının reddinden sonra ortak hayatın kurulmasının zorlaşmasına bizzat bu hükmün neden olabileceğinden bahsetmektedir. Yazar'a göre üç senelik devrede geçici bir süre için olsun eşyle birleşirse fiili ayrılık sebebiyle boşanma hakkını kaybeden eş, barışmamayı tercih edecektir. Hukuk düzeni ailenin korunmasını teşvik etmek yerine dağılmasına yol açabilecek bir duruma neden olmamalıdır. Bu çerçevede hükmün geniş yorumu yoluyla bu sakıncanın giderilmesi sağlanabilir. Bkz. TEKİNAY, s. 197.

¹⁰⁹ “Evlilik birliği, eşler arasında kurulan, eşlere çeşitli haklar vermekle birlikte, yükümlülükler de yükleyen, tüzel kişiliği olmayan hem Anayasa'da hem de Medeni Kanun tarafından özel olarak korunan bir birliktir.” Bkz. AYAN, Serkan, Evlilik Birliğinin Korunması, TBB Yayınları, Ankara, 2004, s. 14.

¹¹⁰ TUTUMLU, s. 250.

¹¹¹ OĞUZMAN/DURAL, s. 131.

¹¹² YALÇINKAYA/KALELİ, s. 2070; ÜNAL, s. 304; ÇAKIN, s. 88-89; 3444 sayılı kanunun Hükümet Tasarısı Gerekçesinde bu duruma ilişkin olarak şu ifadeler yer almaktadır: “Bu fıkradaki ortak hayatın yeniden kurulmasından maksat karı- kocaya evlenmenin umumi hükümlerinde tanınan hakların kullanılması, yükletilen vazifelerin yerine getirilmesini

evlilik birliğine ilişkin hak ve yükümlüklerin yerine getirilmesi amacıyla bir arada yaşmalıdır¹¹³. Evlilik birliğine ilişkin hak ve yükümlülükler genel olarak, ailenin birlik ve mutluluğunu sağlayacak özeni gösterme ve uygun davranış içinde olma, sadakat yükümlüğüne uygun davranma, evlilik birliğini beraberce yönetme, birliğin giderlerine güçleri oranında katılma, birbirlerine yardımcı olma, ailenin sürekli ihtiyaçları için birliği temsil etme vb. şeklinde sayılabilir¹¹⁴. Bir arada yaşamının evlilik birliğinin yeniden kurulmasına yönelik olduğunun kabulü için eşin ya da eşlerin başkalarıyla olan karı koca hayatı niteliğindeki yaşamlarına ve birlik-teliklerine son vererek sadakat yükümlülüğünün gereğini yerine getirmeleri gerekir¹¹⁵. Bu nedenle üç yıllık süre içerisinde eşlerin arada bir buluşmaları ve görüşmeleri, ortak hayatın kurulduğu anlamına gelmez¹¹⁶. Ortak hayatı kurup kurmama konusundaki görüşmeler de ortak hayatın kurulduğu sonucuna götürmez¹¹⁷. Bu konuya ilişkin bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı, tarafların dört gün süreyle bir otelde evlilik birliğinin kurulup kurulmayacağı konusunda müzakerelerde bulunmak amacıyla buluşmasının, evlilik birliğinin yeniden kurulduğunu göstermeyeceği

üstlenecek şekilde eşlerin bir araya gelmesidir. Fiilen ayrı yaşayan eşlerin zaruri sebeplerle, çocuklar yüzünden veya bazı münferit nedenlere dayalı olarak bir araya gelmesinin ortak hayatın yeniden kurulması anlamına gelmeyeceği açıktır.” Bkz. <https://www.e-uyar.com>; Aynı yönde Yarg. 2. HD., 19.06.1991 T., 6070 E., 9558 K. sayılı kararı için bkz. TUTUMLU (boşanma yargılaması), s. 1088-1089.

¹¹³ YALÇINKAYA/KALELİ, s. 2070; ÖZTAN (Boşanma), s. 727; ERGÜN, s. 96; KILIÇOĞLU, s. 115; ÜNAL, s. 296; ÇAKIN, s. 87; İPEK, s. 131; Yarg. 2. HD., 2007/3770 E., 2007/17648 K. sayılı kararı için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr>.

¹¹⁴ ÜNAL, s. 296; ERGÜN, s. 95-96; SAMAT, s. 33 vd.

¹¹⁵ İPEK, s. 132.

¹¹⁶ ÖZTAN, s. 703; ÖZTAN (Boşanma), s. 727; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 126; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 274; YALÇINKAYA/KALELİ, s. 2070; GENÇCAN (Boşanma), s. 992 vd.; İPEK, s. 133; VATANSEVER, s. 127; Yarg. 2. HD., 24.02.2003 T., 2003/1273 E., 2003/2268 K. sayılı kararı için bkz. İPEK, s. 390; yalnızca cinsel birleşme amaçlı bir araya gelmenin süreyi keseceğini kabul etmek gerektiği yönünde bkz. ÜNAL, s. 304-305; eşlerin ortak yaşamı sürdürmek amaç ve niyeti olmaksızın zaman zaman özel birliktelikler yaşamalarının ortak hayatın kurulduğu şeklinde yorumlanmaması gerektiği yönünde bkz. KILIÇOĞLU, s. 115; fiili ayrılık süresinin uzun bir süre olup, bu süre içinde eşlerin birbiri ile cinsel ilişki kurmasına olumsuz bakan anlayışı insani bulmanın zor olduğu yönünde bkz. ERGÜN, s. 97.

¹¹⁷ TUTUMLU, s. 1080; ERGÜN, s. 97.

yönündedir¹¹⁸. Yargıtay kararlarında “kocanın zaman zaman kısa süreli olarak davalının evine gitmesinin, evlilik birliğinin yeniden kurulduğu biçiminde yorumlanamayacağını¹¹⁹”, erkeğin kısa sürelerle davalı kadının yanına gelip, çocukların ihtiyacını karşılamasının, çocukları ziyaret amaçlı olarak zaman zaman eve gelmesinin¹²⁰, ortak hayatın yeniden kurulması anlamına gelmeyeceğini ifade etmiştir¹²¹. Zira eşlerin zaruri sebeplerle, çocukların eğitimi vb. ile ilgili olarak, aralarındaki mali konuların çözüme kavuşturulması için ya da kaza, hastalık gibi sebeplerle bir araya gelmeleri, süreyi kesen sebepler olarak görülmez¹²². Aynı şekilde eşlerin medeni ilişkiler çerçevesinde¹²³ doğum, bayram¹²⁴, kariyerde yükselme, ödül töreni vb. durumlarda dostça görüşmeleri, ortak hayatın kurulduğu anlamına gelmez¹²⁵. Konuyla ilgili bir başka kararında Yargıtay,

¹¹⁸ Yargı HGK., 30.04.1997 T., 1997/2-110 E., 1997/369 K. sayılı kararı için bkz. İPEK, s.394; bir haftalık bir süre ile bir arada kalmanın, evlilik birliğinin yeniden kurulduğunun kabulü için yeterli bir süreç olarak değerlendirilmeyeceği, yeniden evlilik birliğinin kurulması amacı ile bir araya gelindiğinin açık olması ve kanıtlanması gerektiği yönünde Yarg. 2. HD., 15.03.2001 T.2001/1986 E., 2001/3194 K. sayılı kararı için bkz. ERGÜN, s. 507.

¹¹⁹ Yarg. 2. HD., 14.04.2003 T., 1795 E., 5401 K. sayılı kararı için bkz. ÖZKAN, s. 581.

¹²⁰ “Toplanan delillere göre davacının zaman zaman davalının evine gitmesinin evlilik birliğini yeniden kurmaya yönelik olmayıp çocuklarını ziyaret amacı taşıdığı anlaşılmaktadır. TMK 166/son maddesi koşulları gerçekleşmiştir. Davanın kabulü gerekirken...” Yarg. 2. HD., 28.12.2006 T., 2006/19707 E., 2006/18593 K. sayılı kararı için bkz. İPEK, s. 388-389.

¹²¹ Yarg. 2. HD., 30.06.2015 T., 2015/93 E., 2015/14013 K. sayılı kararı için bkz. GENÇCAN, s. 342; Yargıtay konuyla bir diğer kararında, aynı binanın farklı katlarında oturmanın, ortak hayatın yeniden kurulması anlamına gelmeyeceği yönünde karar vermiştir. Yarg. 2. HD., 24.10.2011 T., 2011/12970 E., 2011/16861 K. sayılı kararı için bkz. GENÇCAN, s. 345.

¹²² ÖZTAN, s. 703; ÖZTAN (3444 S. Kanun), s. 136; YALÇINKAYA/KALELİ, s. 2070; GENÇCAN (Boşanma), s. 992 vd.; KILIÇOĞLU, s. 115; İPEK, s.131; ÇAKIN, s. 87.

¹²³ “Üç yıllık süre hem tam kusurlu hem de kusursuz eşin cezalandırılması için düşünülmüş bir süre değildir. Bu süre içinde eşler birbiri ile çekinmeden görüşebilmeli, oturup sorunlarını konuşabilmeli, ortak yaşamı kurmaya yönelik olarak pek de uzun sayılmayacak bir süre birlikte olabilmeli, eğer karşılıklı olarak istiyorlarsa neslin devamını temine yönelik olmamak koşuluyla birbirleriyle cinsel ilişki kurabilmelidir.” Bkz. ERGÜN, s. 97.

¹²⁴ “...Tanık beyanlarından da açıkça anlaşıldığı üzere taraflar he ne kadar bir araya gelmiş işler de görüşmeleri sonucu evlilik birliği kurulamamıştır. Aksi düşünce ayrı yaşayan eşlerin bayram veya diğer günlerde çocuklarının evlerinde dahi bir araya gelmemeleri sonucunu doğurur...” Yarg. HGK.,02.11.1994 T., 1994/2-406 E., 1994/685 K. sayılı kararı için bkz. İPEK, s. 396-397; UYAR, s. 1249.

¹²⁵ KILIÇOĞLU, s. 115; GENÇCAN (Boşanma), s. 994 vd.

çocuklarını görmek amaçlı onlarla tatile çıkan eşin, ortak hayatı kurup devam ettirme iradesinin olduğunu kabul etmek için, bu durumun yeterli olmadığını ifade etmiştir¹²⁶. Eşler aynı evde karı koca olarak yaşamak için bir araya geldiyse, bu durum kısa süre için bile olsa, fiili ayrılık sebebiyle boşanma davası açılmaz¹²⁷. Bu hal evlilik birliğinin devam etmesi ihtimalinin hala mevcut olduğunu gösterir¹²⁸ ve bir fiili karine teşkil eder. Nitekim Yargıtay, evlilik birliğini kurmak amacıyla bir ay süreli bir beraberliğin, davanın reddini gerektireceğine karar vermiştir¹²⁹. Aynı konutta oturmalarına rağmen, evlilik birliğine ilişkin yükümlülüklerden kaçınan, ayrı odalarda kalan, birliği devam ettirme arzu ve hevesi bulunmayan eşler, fiilen ayrı yaşıyor gibi kabul edilir¹³⁰. Eşlerin aynı gecekondunun ayrı yerlerinde oturduğu, giriş kapılarının ayrı olduğu, kocanın kendi bölümünü bir başka kadınla paylaştığı bir olayda Yargıtay, bu durumda eşlerin evlilik birliğini yeniden kurdukları anlamı çıkarılamayacağına karar vermiştir¹³¹. Aynı konutun içinde ayrı yaşam kurulduğunun ispatının, hâkimin eşlerin gizlilik alanına girmesini kaçınılmaz hale getirebilecek bir husus olduğuna dikkat edilmelidir¹³².

¹²⁶ Yarg. 2. HD., 10.10.2010 T., 2010/14252 E., 2011/15321 K. sayılı kararı için bkz. GENÇCAN, s. 346.

¹²⁷ OĞUZMAN/DURAL, s. 131; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 126; İPEK, s. 133; AKINTÜRK/ATEŞ'e göre yeniden kurulma ancak eşlerin bir araya gelip evlilik birliğini fiilen ve sürekli olarak sürdürmeleri halinde gerçekleşmiş sayılır, aksi durumda yeniden kurulmadan söz edilemez. Bkz. AKINTÜRK/ATEŞ, s. 274; Yarg. 2. HD., 23.06.2011 T., 2011/10029 E., 2011/11231 K. sayılı kararı için bkz. GENÇCAN, s. 345.

¹²⁸ OĞUZMAN/DURAL, s. 131; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 126.

¹²⁹ Yarg. 2. HD., 05.02.2003 T., 52 E., 1658 K. sayılı kararı için bkz. ÖZKAN, s.575; aynı yönde iki ay 5 gün süreyle birlikte yaşayan eşler açısından davanın reddi gerekeceğine ilişkin Yarg. 2.HD. 06.02.2003 T., 2003/292 E., 2003/1749 K. sayılı kararı için bkz. ERGÜN, s. 266; ilk davadan sonra 5-6 ay süreyle evlilik birliğini sürdürmek amacıyla birlikte yaşamamanın fiili ayrılık sebebiyle boşanmaya engel olacağı yönünde bkz. Yarg. 2. HD., 30.06.2003 T., 2003/8823 E., 2003/9868 K. sayılı kararı için bkz. ERGÜN, s. 151

¹³⁰ YALÇINKAYA/KALELİ, s. 2070; İPEK, s. 132.

¹³¹ Yarg. 2. HD., 05.02.2003 T., 475 E., 1671 K. sayılı kararı için bkz. ÖZKAN, s. 574-575; kadın olan eşin gidecek yeri olmadığı için evden ayrılmadığı, aynı evin farklı odalarında bir araya gelmeksizin 3 yıllık süreyi doldurdukları bir olayda boşanma kararı verilebileceğine ilişkin Yarg. 2. HD, 05.04.2005 T., 4782 E., 5442 K. sayılı kararı için bkz. TUTUMLU, s. 278.

¹³² BURCUOĞLU (Alman Hukuku), s. 122.

Fiili ayrılık süresi içinde eşlerin birbirlerine karşı nafaka, ecri misil, alacak, şahsi ilişki tesisi, çocuk teslimine muhalefet vb farklı davalar açmış olmaları, fiili ayrılığa ilişkin boşanma davasında dikkate alınmaz. Ancak bu tür davalar taraflar arasında ortak hayatın kurulmadığına ilişkin bir ispat vasıtası olarak değerlendirilebilir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında bu davalar devam ederken, eşlerin bir araya gelmelerinin kabulünü, hayatın olağan akışına aykırı bulmuş ve eşlerin bir araya gelmedikleri yönünde değerlendirmede dikkate almıştır¹³³.

İlk açılan boşanma davasının reddi ile kesinleşmesi arasındaki sürede eşlerin bir araya gelmesi, Kanun hükmünün lafzından anlaşılacağı üzere boşanmaya engel olmaz¹³⁴. Ancak Yargıtay, ret ile kesinleşme arasında geçen iki buçuk yıl civarındaki sürede eşlerin barışıp bir araya geldikleri bir olayda, kocanın ret kararının kesinleşmesinden sonra fiili ayrılığa dayanarak dava açmasını, hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirmiş ve davanın reddedilmesi gerektiğine hükmetmiştir¹³⁵.

Fiili ayrılık döneminde eşlerden birinin sunduğu barışma önerisine rağmen diğer taraf bu öneriyi kabul etmemiş ve ortak hayat kurulamamışsa, bu barışma önerisini TMK 166/1 maddesi kapsamında görülen dava bakımından bir af olarak nitelendirmek mümkün olmaz, somut olay bakımından bu durumun bir af niteliği taşıdığı iddia ediliyorsa diğer eş tarafından ileri sürülmeli ve ispat edilmelidir. Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir¹³⁶.

¹³³ Yarg. HGK.,03.11.1999 T., 2-831 E., 1999/898 K. sayılı kararı için bkz. TUTUMLU (Boşanma Yargılaması), s. 1089-1090; İPEK, s. 395.

¹³⁴ OĞUZMAN/DURAL, s. 131.

¹³⁵ Yarg. 2. HD., 12.04.1996 T., 3014 E., 4080 K. sayılı kararı, TUTUMLU (Boşanma Yargılaması), s. 1094; İPEK, s. 378.

¹³⁶ "...kadın eşin ilk davanın kesinleşmesinden sonraki fiili ayrılık süresi içinde evlilik birliğini kurtarmak amacıyla sunmuş olduğu barışma önerisi, ortak hayatın yeniden kurulması için iyi niyetli bir girişim olup, erkek eş tarafından kabul edilmemiştir. Kadın eşin iyi niyetli teklifi sonrasında taraflar arasında barışma gerçekleşerek ortak hayat yeniden kurulmadığı gibi erkek eş tarafından böyle bir iddianın ileri sürülmemiş olduğu gözetildiğinde kadın eşin bu eyleminin "af" olarak nitelendirilmesi somut olayın özelliğine uygun düşmemektedir. Eş anlatımla barışma girişimi kabul ile sonuçlanmadığından, bir aften söz etme olanağı bulunmamaktadır. Nitekim aynı ilkeler HGK'nın 27.11.2015 tarihli ve 2014/2-5871 E., 2015/2704 K. ve 03.06.2020 tarihli ve 2017/2-2651 E., 2020/333 K. sayılı kararları ile de benimsenmiştir..."

5. Eşlerden Birinin Boşanma Davası Açmış Olması

a. Davaya İlişkin Genel Hususlar

Fiili ayrılık sebebiyle boşanma davasını, eşlerden herhangi birinin açması mümkündür¹³⁷. Davacı konumundaki eşin önceki reddedilen boşanma davasında davacı veya davalı konumunda yer alması, dava açmasına engel olmaz¹³⁸. Önceki davada davalı konumunda olan eş, bu davada davacı konumunda olabilir¹³⁹. Davayı açacak olan eşin kusurlu ya da kursosuz olması da bu davayı açma bakımından önem taşımaz¹⁴⁰. Davayı açan eş, boşanmaya yol açan olayların sorumlusu olsa ve daha önce açtığı dava reddedilse dahi, şartlar gerçekleşmişse, hâkim boşama kararını vermek zorundadır¹⁴¹. Bu durumda hâkime takdir yetkisi tanınmamıştır¹⁴². Üç yıllık fiili ayrılık, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına ilişkin kesin karine teşkil eder¹⁴³. Eşlerin bunun aksini ispat etmeleri mümkün

Yarg. HGK. 2020/244 E., 2020/881 K. sayılı kararı için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 19.05.2021).

¹³⁷ HATEMİ, s. 124; ÖZTAN, s. 700; ÖZTAN (Boşanma), s. 727; KILIÇOĞLU, s. 115; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 127; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 274; HELVACI, s. 1168; ÜNAL, s. 307; İPEK, s. 136; SAMAT, s. 106; ayırt etme gücü olmayan eşin yasal temsilcisinin onun adına fiili ayrılığa dayanan boşanma davası açabileceği yönünde bkz. ÖZTAN, s. 727.

¹³⁸ HATEMİ, s. 124; KILIÇOĞLU, s. 115; TUTUMLU, s. 251; HELVACI, s. 1168; SAMAT, s. 106.

¹³⁹ KILIÇOĞLU, s. 115; HELVACI, s. 1168.

¹⁴⁰ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 127; ÖZTAN (3444 S. Kanun), s. 136; HELVACI, s. 1168; ÇAKIN, s. 89; ÜNAL, s. 307-308; OŞAR ŞAHİN, s. 24; Yarg. 2. HD., 08.01.1990 T., 1989/9499 E., 1990/25 K. sayılı kararı için bkz. İPEK, s. 381.

¹⁴¹ OĞUZMAN/DURAL, s. 132; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 127; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 274; HELVACI, s. 1168; UYAR, s. 1240; ÇAKIN, s. 89; İPEK, s. 126; ÜNAL, s. 308; ÖZCAN ÇELİK, s. 125; VATANSEVER, s. 127.

¹⁴² OĞUZMAN/DURAL, s. 132; ÖZTAN (Boşanma), s. 727; ; ÖZTAN (3444 S. Kanun) , s. 135; HELVACI, s. 1168; UYAR, s. 1240; TUTUMLU, s. 251; ÇAKIN, s. 89; ÜNAL, s. 308, İPEK, s. 127; BOZDAĞ, s. 111; GÜNEŞLİOĞLU, s. 19; VATANSEVER, s. 127; fiili ayrılığa ilişkin tüm şartlar yerine gelmiş olsa dahi hâkime takdir hakkı verilmesinin isabetli olacağı görüşü için bkz. İPEK, s. 127; fiili ayrılığa ilişkin tüm şartların varlığına rağmen sadece çok olağanüstü durumlarda takdir yetkisi verilmesinin isabetli olacağı böylece düzenlemeye esneklik getirilebileceği yönündeki görüş için bkz. ÖZTAN (3444 S. Kanun) , s. 137.

¹⁴³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 113; ÖZTAN (3444 S. Kanun), s. 136; KILIÇOĞLU, s. 114-116; TUTUMLU (Boşanma Yargılaması), s. 1088; GENÇCAN (Boşanma), s. 975-976; ÜNAL, s. 291; BURCUOĞLU (A0yırılık Kurumu), s. 68-69; İPEK, s. 126; ÖZCAN

değildir¹⁴⁴. Diğer şartlar da gerçekleşmişse hâkimin, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı yönündeki karineye dayanıp, boşanma kararı vermesi gerekir¹⁴⁵. Fiili ayrılık, mutlak bir boşanma sebebi olarak düzenlenmiştir¹⁴⁶. Fiili ayrılık sebebiyle boşanmaya karar verilmesi için evlilik birliğinin çekilmez hale gelmesi ve bunun ispatlanması gerekmez¹⁴⁷.

b. Davayı Kusurlu Eşin de Açabilmesine Yönelik Eleştiriler

Fiili ayrılık kusura dayanmayan bir boşanma sebebidir¹⁴⁸. Ret ile sonuçlanan önceki boşanma davasında daha az, daha fazla veya hiç kusursuz olma durumları, bu davayı açma bakımından önem taşımaz¹⁴⁹. Davayı açan eşin fiili ayrılık süresince, ortak hayatı kurmaktan kaçınan taraf olması da bu sonucu değiştirmez¹⁵⁰. Üç yıllık süre içinde başka kadın veya erkeklerle cinsel ilişki ve birliktelik yaşamak da bu davanın kabulüne engel olmaz¹⁵¹. Zira fiili ayrılık sebebiyle boşanmada, davacı tarafın daha kusurlu olduğunu ileri sürerek boşanma kararının verilmesi engellenemez¹⁵². Kaldı ki fiili ayrılık süresince ortak hayatı kurmaktan kaçınıyor olmak bu boşanma sebebi bakımından bir kusur olarak da görülemez. Hâkimin tarafları neden ortak hayatı kuramadıkları konusunda sorgulama yetkisi olmadığı gibi, fiili ayrılığa sebep olan durum da bu dava bakımından önem taşımaz¹⁵³. TMK 166/IV maddesinin en çok eleştirildiği nokta kusur konusundadır. Düzenleme özellikle daha fazla veya

ÇELİK, s. 114-115; BOZDAĞ, s. 111; GÜNEŞLİOĞLU, s. 19; Alman Hukukunda bu durumda evliliğin başarısızlığı bakımından aksi ispatlanamayan kesin bir karinenin olduğuna ilişkin bkz BURCUOĞLU (Alman Hukuku), s. 116.

¹⁴⁴ KILIÇOĞLU, s. 116.

¹⁴⁵ ÜNAL, s. 298; İPEK, s. 127; BOZDAĞ, s. 111.

¹⁴⁶ HATEMİ, s. 124; GENÇCAN (Boşanma), s. 975; ÜNAL, s. 298; İPEK, s. 124; BOZDAĞ, s. 105; VATANSEVER, s. 127, mutlak boşanma sebebi olarak düzenlenmiş olmanın kötü niyetli eşlerin korunmasına sebebiyet verebileceği yönünde bkz. İPEK, s. 127.

¹⁴⁷ HATEMİ, s. 124; KILIÇOĞLU, s. 116; BOZDAĞ, s. 105; İPEK, s. 125.

¹⁴⁸ ÜNAL, s. 299; GENÇCAN (Boşanma), s. 1014.

¹⁴⁹ TUTUMLU, s. 251; İPEK, s. 136; ÜNAL, s. 299; ÖZCAN ÇELİK, s. 115.

¹⁵⁰ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 127; Yarg. 2. HD., 19.06.1996 T., 4554 E., 6880 K. sayılı kararı için bkz. ÖZKAN, s. 564; TUTUMLU, s. 250.

¹⁵¹ TUTUMLU, s. 1080; ÖZCAN ÇELİK, s. 115; Yarg. 2. HD., 08.01.1990 T., 1989/9499 E., 1990/25 K. sayılı kararı için bkz. İPEK, s. 381.

¹⁵² DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 127; ÖZTAN, s. 700.

¹⁵³ TUTUMLU (Boşanma Yargılaması), s. 1086; Yarg. HGK. 14.10.1998 T., 2-713 E., 717 K., sayılı kararı için bkz. TUTUMLU (Boşanma Yargılaması), s. 1086-1087.

tamamen kusurlu eş tarafından boşanma hükmünün elde edilebilmesini sağlaması ve bunun “kişinin kendi kusurlu hareketiyle hak kazanamayacağı” ve “hakkin kötüye kullanılmasının hukuk düzenince korunmayacağı”¹⁵⁴ ilkelerinin ihlaline yol açabileceği gerekçesiyle eleştirilmektedir¹⁵⁵. Yargıtay, başka bir kadınla ilişkisi olan kusurlu eşin açtığı bir davada, bu durumun hakkın kötüye kullanılması şeklinde yorumlanamayacağına, kanunun açık hükmü nedeniyle boşanmaya karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir¹⁵⁶. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu TMK 164/IV te yer alan düzenlemenin “kimsenin kendi eylemine ve tamamen kendi kusuruna dayanarak bir hak elde edemeyeceğine” ilişkin ilkeye aykırılığına yönelik bir kararında: “...Kanunkoyucunun getirdiği özel hükmümlerle, boşanma davalarında güttüğü sosyal amaç ele alındığında genel hukuk kuralına başvurmak, yasanın iradesine ters düşeceği gibi, özel kuralın önceliği ilkesiyle de bağdaşmaya cağı açıktır...” ifadelerine yer vermiştir¹⁵⁷.

Doktrinde TEKİNAY, hükmün isabetine hiçbir şekilde inanmadığını ve ne kadar haksız ve kusurlu olursa olsun boşanmak isteyen tarafa sadece belli sürenin geçmesi ile mutlak boşanma imkanının sağlanmasının, keyfi boşanma yolunu açacağına ilişkin kaygısını dile getirmiştir¹⁵⁸. Yazar’a göre boşanmaya kendi haksız davranışı ile sebep olan bir koca, karısını büyük bir kolaylıkla boşayabileceğinden, hukuk düzeni biraz da onun kaprislerine hizmet eder duruma gelebilecektir¹⁵⁹. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ de hükmün yerindeliğinin tartışılabilirliğini, bir ölçüde boşanmaya sebep olan eşe prim verildiğini, örneğin zina yapan eşin

¹⁵⁴ Bu durumda Kanunun tanıdığı bir hakkın kullanıldığı ve hakkın kötüye kullanılmasının söz konusu olmadığı, dürüstlük kuralına aykırılığın söz konusu olmayacağına ilişkin Yarg. 2. HD, 25.09.1997 T., 8162 E., 9641 k. sayılı kararı için bkz. TUTUMLU (Boşanma Yargılaması), s. 1071.

¹⁵⁵ TUTUMLU (Boşanma Yargılaması), s. 1067; ERGÜN, s. 91; İPEK, s. 127; “Kanunkoyucunun özellikle boşanma sebebini kendi kusuru ile yaratan eşin ve çok kere başka kadınla yaşayan kocaların hiçbir şekilde boşanma imkânı bulamamalarının bazı çevrelerde yarattığı huzursuzluğu önlemek amacıyla hükmü kabul ettiği anlaşılmaktadır.” Bkz. OĞUZMAN/DURAL, s. 132.

¹⁵⁶ Yarg. 2. HD., 08.01.1990 T., 1989/9499 E., 1990/25 K. sayılı kararı için bkz. İPEK, s. 381

¹⁵⁷ Yarg. HGK., 02.04.1997 T., 2-1 E, 264 K. sayılı kararı için bkz. TUTUMLU (Boşanma Yargılaması), s. 1070.

¹⁵⁸ TEKİNAY, s. 196.

¹⁵⁹ TEKİNAY, s. 196-197.

açtığı davanın daha kusurlu olması sebebiyle reddinden sonra, üç yıl bekleyip istediği sonuca ulaşabileceğini dile getirmektedir¹⁶⁰. OĞUZMAN/DURAL, hükmün isabetli olup olmadığının tartışılabileceği, kusurunun boşanmayı engellediği düşüncesiyle evlilik birliğini sürdürmeyi tercih edenlerin, kolayca boşanmalarına imkân tanınmasının, ailenin korunması fikriyle kolaylıkla bağdaşmayacağı görüşündedir¹⁶¹.

Aksi görüşte olan ÖZTAN'a göre tamamen kusurlu olan eşin davasının TMK 166/2 ye göre reddedildiği halde aynı eşin 3 yıl sonra fiili ayrılık sebebiyle boşanma davası açması, hakkın kötüye kullanılması anlamına gelmeyecektir¹⁶². Zira Kanun koyucu burada üç yıl boyunca ortak hayatı kuramamış kişilerin evliliği yürütemeyeceğini kabul etmiş, önceki boşanma davasının reddinin kesinleşmesini sadece sürenin tespiti amacıyla düzenlemiştir¹⁶³. TUTUMLU 'ya göre evlilik bu durumda aslında fiilen bitmiş, sadece kâğıt üzerinde görünen bir evlilik kalmıştır ve hâkime takdir hakkı tanınarak süreyi uzatmanın, eşlerin kaderini belirsiz bir geleceğe bırakmanın eşler, çocuklar ve toplumsal düzen açısından bir yararı yoktur¹⁶⁴. Kanun koyucu burada kusur esasını değil, evlilik birliğinin temelinden sarsılması esasını benimsemiştir¹⁶⁵. Kanun koyucunun amacı, kusurun araştırılıp sorgulanması değil, fiilen çözülmüş, sürdürülmesi eşler, çocuklar ve toplum yönünden faydasız evliliklerin hukuken sona erdirilmesini mümkün kılmaktır¹⁶⁶.

Kanundaki fiili ayrılık sebebiyle boşanmaya ilişkin hükmün uygulanması, hâkimi adeta bilirkişilik görevi yapmak, maddi olayı tespit etmekle yetinmek zorunda bıraktığı gerekçesiyle bir Yargıtay kararındaki

¹⁶⁰ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 127; 1971 Tarihli Medeni Kanun Ön Tasarısının gerekçesinde bu duruma ilişkin olarak *"Tasarıyla kusurlu eşe tanınmış bir olanakmış gibi görünen bu düzenlemede, tarafların menfaatleri arasında adil bir denge kurulması bakımından, kusursuz eşin tazminat ve nafaka talep hakları saklı tutulmuştur."* ifadeleri yer almaktadır. Bkz. TUTUMLU, s. 239.

¹⁶¹ OĞUZMAN/DURAL, s. 132.

¹⁶² ÖZTAN, s. 704-705; ÖZTAN (Boşanma), s. 728; aynı yönde bkz. İPEK, s. 136.

¹⁶³ ÖZTAN, s. 704-705 ÖZTAN (Boşanma), s. 728; karşılaştırınız ÖZTAN (3444 S. Kanun), s. 137.

¹⁶⁴ TUTUMLU, s. 252; Aynı yönde bkz. ÖZCAN ÇELİK, s. 127.

¹⁶⁵ TUTUMLU (Boşanma Yargılaması), s. 1068.

¹⁶⁶ TUTUMLU (Boşanma Yargılaması), s. 1068; ÜNAL, s. 295.

karşı oy yazısında eleştirilmiştir. Hâkimi hukuka ve vicdani kanaatlerine uygunluk denetimi yapma hakkından yoksun bıraktığı ayrıca evli kadını kocasına karşı korumasız bırakabileceği için hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu dile getirilmiştir¹⁶⁷. Ayrıca maddi hukuk bakımından bu hükmün TMK 184. maddesi (eski Medeni Kanun 150.md) ile çatıştığı, hâkimi hukukun ana ilkelerini uygulamaktan alıkoyduğu ifade edilmiştir¹⁶⁸. Fiili ayrılığa ilişkin kanun maddesinin Anayasa'nın 41. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal davası açılmış ancak 3 yıllık süreyi koymanın Kanun koyucunun takdirinde olduğu ve üç yıllık sürenin geçtiği halde eşlerin bir araya gelememesi ve evlilik birliğini sürdürememeleri durumunda, aile birliğinin korunması yönünden kişisel ve toplumsal bir zararın doğmayacağı gerekçesiyle oyçokluğu ile reddedilmiştir¹⁶⁹.

II. FİİLİ AYRILIK DAVASININ GÖRÜLMESİNE İLİŞKİN DİKKAT EDİLECEK HUSUSLAR

Fiili ayrılık sebebiyle boşanma kararı verilebilmesi için eşlerin kusur durumlarının mahkeme tarafından ayrıca araştırılmasına gerek yoktur¹⁷⁰. Kusur durumunun araştırılması ancak nafaka ve tazminat gibi boşanmaya ek taleplerin varlığı halinde söz konusu olur¹⁷¹. TMK 175.

¹⁶⁷ Hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu yönünde görüşü ve gerekçeleri için bkz. TEKİNAY, s. 197.

¹⁶⁸ Söz konusu karşı oy yazısı ve ilgili Yarg. 2. HD., 18.12.1996 T., 11110 E., 13467 K. sayılı karar için bkz. ÖZKAN, s. 564-571.

¹⁶⁹ Anayasa Mahkemesi 08.04.1997 T., 1996/47 E., 1997/43 K. sayılı kararı bkz. 25.04.1998 T., 23323 sayılı RG, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/23323.pdf> (Erişim Tarihi: 19.05.2021); Ayrıca bkz. TUTUMLU, s. 240 vd.; ERGÜN, s. 91-92; ÜNAL, s. 293; ÇAKIN, s. 74 vd.

¹⁷⁰ ÖZTAN, s. 705; TUTUMLU, s. 246,251; GENÇCAN (Boşanma), s. 1014; ÖZCAN ÇELİK, s. 114; BOZDAĞ, s. 112; GÜNEŞLİOĞLU, s. 19; Yarg. 2. HD., 29.01.1991 T., 10926 E., 13771 K. sayılı karar için bkz. TUTUMLU, s. 283-284.

¹⁷¹ HATEMİ, s. 124; TUTUMLU, s.251; GENÇCAN (Boşanma), s. 1014 vd.; ÜNAL, s. 299; İPEK, s. 123; ÖZCAN ÇELİK, s. 115; Yarg. 2. HD., 13.03.2017 T., 2015/23557 E., 2017/2629 K. sayılı kararı için bkz. GENÇCAN, s. 340-341; fiili ayrılık sebebiyle açılan boşanma davasını, davaya esas olan ve reddedilmiş olan ilk boşanma davasında kusurlu olan eş açmışsa, şartları bulunduğu takdirde maddi ve manevi tazminat istemek mümkündür. Bkz. DURAL/ÖÇÜZ/GÜMÜŞ, s. 151; manevi tazminat istenebileceğine ilişkin Yarg. HGK. 31.10.1990 T., 366 E., 556 K. sayılı kararı için bkz. <https://www.e-uyar.com> (Erişim Tarihi: 19.05.2021); fiili ayrılığa dayalı olarak açılmış davada daha

maddesi gereğince kusuru daha ağır olmayan yani daha az kusurlu veya eşit kusurlu olan ve boşanma neticesinde yoksulluğa düşecek olan eş, boşanma kararının kesinleştiği tarihten itibaren ödenmek üzere, diğer eşten mali gücü oranında yoksulluk nafakası isteyebilir¹⁷². Kanun gereğince kusuru daha fazla olan eş yoksulluk nafakası isteyemez¹⁷³. Tedbir nafakası bakımından eşlerin kusurunun bir önemi olmadığı için, gerekli görülen durumda hâkim kendiliğinden ekonomik yönden kötü durumdaki eş için davanın açılmasından kararın kesinleşmesi aşamasına kadar, tedbir nafakası ödenmesine karar verilebilir¹⁷⁴. Kanunda fiili ayrılığa ilişkin düzenlemenin eleştirildiği noktalardan biri de kadının ve çocukların durumuna ilişkin özel bir düzenleme içermemesi, TMK 166/3'te olan düzenlemeye benzer bir hükmün bu fıkra da yer almamasıdır¹⁷⁵.

Yargıtay bir kararında fiili ayrılık sebebiyle açılmış bir boşanma davasında, tarafların kusur durumları belirlenirken, daha önce görülüp kesinleşen boşanma davasındaki kusur durumlarının yanında, fiili ayrılık süresindeki kusurlu davranışlarının da dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir¹⁷⁶. Söz konusu kararda davacı erkeğin ayrılık süresi içinde sadakatsiz olduğu kanıtlandığı için bu durumun da kusurun belirlenmesinde dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir. Ancak Yargıtay'ın bir başka kararında ifade ettiği üzere, fiili ayrılık davasına dayanak olan davada yani önceki reddedilip kesinleşen boşanma davasında, ileri sürülmemiş veya ileri sürüldüğü halde kanıtlanamamış olaylar, kusurun belirlenmesinde kullanılmayacaktır¹⁷⁷. Doktrinde BURCUOĞLU, günümüzde çekişmeli boşanma davalarının büyük şehirlerdeki süresinin 4 ile 5 yıl arasında değiştiğini, uygulamada davanın açılmasından ve ön inceleme aşamasından sonra öğrenilen sadakatsizliğin ayrı bir boşanma davasına

fazla kusurlu olmayan eşin maddi tazminat isteyebileceğine ilişkin Yarg. 2. HD., 14.07.2003 T., 2003/8626 E., 2003/10736 K. sayılı kararı için bkz. ERGÜN, s. 147-148.

¹⁷² ÖZCAN ÇELİK, s. 115-116.

¹⁷³ ÖZCAN ÇELİK, s. 115-116.

¹⁷⁴ ÖZCAN ÇELİK, s. 115-116.

¹⁷⁵ ÇAKIN, s. 74.

¹⁷⁶ Yarg. 2. HD., 13.04.2017 T., 2015/25951 E., 2017/4210 K. sayılı kararı için bkz. GENÇCAN, s. 340; GENÇCAN (Boşanma), s. 1020.

¹⁷⁷ Yarg. 2. HD., 05.07.2011 T., 2010/10833 E., 2011/11467 K. sayılı kararı için bkz. GENÇCAN, s. 343-344.

konu olacağı ve önceki dava ile birleştirileceği yönündeki görüşe de katılmadığını ifade etmiş, zaten sarsılmış olan evlilik birliğine sonradan yapılan bu sadakatsizliğin etkisinin olmayacağını, aralarında nedensellik bağı kurulamayacağını, bu görüşün bu sürede insanları Katolik rahibi veya rahibesi gibi yaşamak zorunda bırakacağını dile getirmiştir¹⁷⁸. Anılan gerekçelerle Yazar'ın görüşüne katılıyoruz.

Açılıp reddedilen ilk boşanma davasından sonra ortak hayat kurulmamış olsa dahi, eşlerin evliliğe ilişkin yükümlülükleri devam etmekte ve bu yükümlülüklerin ihlalden kaynaklı, şartları oluşmuşsa diğer boşanma sebeplerine dayalı dava açma imkânı da bulunmaktadır¹⁷⁹.

Açılan boşanma davasında hâkim, tarafların hukuki nitelendirmelerine bakmaksızın, başka sebeplere dayanan bir boşanma davası açılmış olsa dahi eğer fiili ayrılığa ilişkin bütün şartlar gerçekleşmişse, bu sebepten boşanma kararı verebilecektir¹⁸⁰. Davada ispat yükü davacı eşte olup, bu boşanma sebebine ilişkin koşulların gerçekleştiğini kanıtlamakla yükümlüdür¹⁸¹. Davacı her tür delille, fiili ayrılığın şartlarının vaki olduğunu ispatlayabilir¹⁸². Ancak eşlerin bir araya geldikleri yolundaki delillerin hükme esas alınabilmesi için bu konuda kanaat oluşturabilecek nitelikte olması gerekir. Hâkim boşanma davasının dayandığı olguların varlığına vicdanen kanaat getirmedikçe, bunları ispatlanmış sayamaz¹⁸³. Örneğin tanıkların duyumlarına ve soyut nitelikteki anlatımlarına dayanan ifadeleri hükme esas alınamaz¹⁸⁴. Tanık olan akrabaların ifadelerinin dikkate alınması mümkündür ancak duygusal yaklaşımları olabileceği

¹⁷⁸ BURCUOĞLU (Boşanmada Kusur), s. 5-6.

¹⁷⁹ ÜNAL, s. 305.

¹⁸⁰ Yarg. 2. HD., 09.09.2015 T., 2015/1136 E., 2015/15259 K. sayılı kararı için bkz. GENÇCAN, s. 341-342.

¹⁸¹ TUTUMLU, s. 251; ÖZTAN (Boşanma), s. 726; ÖZTAN (3444 S. Kanun), s. 135; ÜNAL, s. 306; İPEK, s. 133; ÖZCAN ÇELİK, s. 122; Yarg. 2. HD., 20.05.2004 T., 2004/5494 E., 2004/6508 K. sayılı kararı için bkz. İPEK, s. 383,391-392; Yarg. 2. HD., 23.06.2011 T., 2011/10841 E., 2011/11274 K. sayılı kararı için bkz. GENÇCAN, s. 344.

¹⁸² ÇAKIN, s. 88; İPEK, s. 134.

¹⁸³ Yarg. 2. HD., 20.05.2004 T., 2004/5494 E., 2004/6508 K. sayılı kararı için bkz. İPEK, s. 383, 391-392.

¹⁸⁴ İPEK, s. 134; GENÇCAN (Boşanma), s.1000; Yarg. 2. HD., 21.06.2011 T., 2010/7689 E., 2011/11052 K. sayılı kararı için bkz. GENÇCAN, s. 343.

dikkate alınmalıdır¹⁸⁵. Düzenli olarak nafaka alan bir eş varsa, bu durum, ortak hayatın kurulmadığına ilişkin tanık beyanlarını dikkate almayı önleyebilecek, kuvvetli bir karine oluşturur¹⁸⁶. Yargıtay da bir kararında aralıksız tahsil edilen nafakanın, eşlerin bir araya gelmediklerine ilişkin tanık beyanlarını desteklediğini, bu nedenle boşanmaya karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁸⁷. Bir diğer kararında Yargıtay, taraflardan birinin açtığı tedbir nafakası ve nafakanın artırılması davalarının varlığının, bir araya gelmeme hususundaki kanaatin oluşması açısından, dikkate alınması gerektiği hususuna yer vermiştir¹⁸⁸. Yargıtay'ın tarafların evlilik birliğini yeniden kurmak için bir araya gelmediklerine, açılan tedbir nafakası davasını, kanıt kabul ettiği de görülmektedir¹⁸⁹. Zira hem nafaka alınıp ya da verilip hem de ortak hayatın sürdüğü iddiasında bulunmak, hayatın olağan akışına aykırıdır¹⁹⁰. Ayrıca Yargıtay'ın tarafların bir araya gelmedikleri konusunda, ekonomik durumlarının araştırılmasına ilişkin zabıta raporunu, delil olarak kabul ettiği bir kararı da vardır¹⁹¹.

Davalının, davacı eşin iddialarını kabul etmiş olması, davacı eşin delil gösterme ve ispat külfetini ortadan kaldırmaz, hâkim davada tarafların ikrarı ile bağlı olmaz¹⁹². Davalı eşin bu durumda üç yıllık süre içinde

¹⁸⁵ İPEK, s. 140.

¹⁸⁶ Bu durumda tanık beyanlarının bu karinenin aksini ispatlayabilecek nitelikteyse dikkate alınabileceği görüşü için bkz. İPEK, s. 135.

¹⁸⁷ Yarg. 2. HD., 19.04.2004 T., 2004/3608 E., 2004/4972 K. sayılı kararı için bkz. İPEK, s. 373-374.

¹⁸⁸ Yarg. 2. HD., 08.04.2003 T., 2003/1913 E., 2003/5108 K. sayılı kararı için bkz. İPEK, s. 384.

¹⁸⁹ Yarg. 2. HD., 19.04.2007 T., 2006/17773 E., 2007/6604 K. sayılı kararı için bkz. İPEK, s. 389.

¹⁹⁰ İPEK, s. 135; ÖZCAN ÇELİK, s. 123; Yarg. HGK., 03.11.1999 T., 2-831 E., 1999/898 K. sayılı kararı için bkz. TUTUMLU (Boşanma Yargılaması), s. 1089-1090; İPEK, s. 395.

¹⁹¹ Yarg. 2. HD., 21.02.2005 T., 2005/567 E., 2005/2418 K. sayılı kararı için bkz. İPEK, s. 400.

¹⁹² ÖZTAN, s. 734; ÖZTAN (Boşanma), s. 726; TUTUMLU, s. 251; ERGÜN, s. 94-95; İPEK, s. 134; Yarg. 2. HD., 23.09.1993 T., 7098 E., 8174 K. sayılı kararı için bkz. TUTUMLU (Boşanma Yargılaması), s. 1080-1081; Yarg. 2. HD., 20.05.2004 T., 2004/5494 E., 2004/6508 K. sayılı kararı için bkz. İPEK, s. 383; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi ile Hukuk Genel Kurulu bu konuda farklı sonuçlara varmıştır. Hukuk Genel Kurulu'nun ikrarı esas aldığı kararına yönelik TUTUMLU, ikrara sonuç bağlanmamasının, hâkim tarafından hiçbir şekilde nazara alınıp değerlendirilmeyeceği anlamına gelmeyeceğini, ortak yaşamın kurulmadığını eşlerin her ikisinin kabul etmesine rağmen davacıyı delil ile ispata zorlamanın TMK 184/3 maddesinin şekli ve katı bir yorumu

ortak yaşamın kurulduğunu, evlilik birliğini sürdürmek amacı ile kısa süreli bile olsa birlikte bir hayat kurulduğunu ispat ederek davaya karşı koyması mümkündür¹⁹³.

Ortak hayatı kurmaktan kaçınan eşe karşı, üç yıllık sürenin dolmasını beklemeden, terkin bütün şartlarını gerçekleştirerek, terk sebebine dayalı boşanma davası açabilir¹⁹⁴. Üç yıllık süre dolduktan sonra hem terk hem de fiili ayrılık sebebine dayanarak boşanma davası da açılabilir¹⁹⁵. Bu durumda mahkeme her iki boşanma sebebinin de değerlendirilerek, kararında her iki boşanma sebebi hakkında da olumlu ya da olumsuz hükmünü gerekçeli olarak belirtmelidir¹⁹⁶. Aynı şekilde evlilik birliğinin temelinden sarsılması ile fiili ayrılığa ilişkin boşanma davası aynı anda, aynı dava dilekçesi ile açılabilir ancak bu durumda da her iki boşanma sebebi bakımından ayrı ve gerekçeli hüküm tesis edilmelidir¹⁹⁷. TMK 164/4'e dayanılarak dava açılması ve kabulü halinde, TMK 167 hükmünden yola çıkarak boşanma yerine ayrılık kararı istenmesi ve mahkeme

anlamına geleceğini, TMK 166/IV hükmünün amacına da pek uygun olmayacağını ifade etmiştir. TUTUMLU, s. 1085; Yarg. HGK. 11.10.1995 T., 2-605 E., 795 K. sayılı kararı için bkz. TUTUMLU (Boşanma Yargılaması), s. 1083 vd.

¹⁹³ İPEK, s. 133; ÖZTAN (3444 S. Kanun), s. 135.

¹⁹⁴ ÖZTAN, s. 706; OĞUZMAN/DURAL, s. 132; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 127; ÜNAL, s. 305; eşlerin uzun süre ayrı kalmaları sonucunda doğan olumsuz sonuçları kaldırmak için terk sebebiyle boşanma davası açma imkanının yeterli olduğu, fiili ayrılığa ilişkin boşanma sebebinin gereksiz bir düzenleme olduğu yönünde bkz. İPEK, s.123,dn.3; terk halinin fiili ayrılıktan farklı olduğuna, terk halinde boşanma davası açma hakkının her iki eşe değil, haklı sebep olmaksızın kusuru ile ortak hayata son veren eşin terk sebebiyle boşanmaya başvuramayacağına ilişkin bkz. KOCAYUSUF-PAŞAOĞLU, s. 120.

¹⁹⁵ OĞUZMAN/DURAL, s. 132; ÜNAL, s. 296; Yarg. 2. HD., 08.02.2018 T., 2016/10343 E., 2018/1656 K. Sayılı kararı için bkz. GENÇCAN, s. 340; boşanma davalarından birinin terk diğerinin fiili ayrılığa dayanması durumunda derdestlik itirazının kabul edilme-yeceğine ilişkin bkz. Yarg. 2HD., 12.02.1990 T., 1990/10473 E., 1990/1730 K. sayılı karar için bkz. İPEK; s. 381.

¹⁹⁶ Yarg. 2. HD., 08.02.2018 T., 2016/10343 E., 2018/1656 K. sayılı kararı için bkz. GENÇCAN, s. 340.

¹⁹⁷ ERGÜN, s. 93-94; İPEK, s. 124; ÖZCAN ÇELİK, s. 116; Yarg. 2. HD., 27.03.2003 T., 2003/3279 E., 2003/ 4387 K. sayılı kararı için bkz. İPEK, s. 390-391; aynı dava dilekçesinde geçimsizlik, fiili ayrılık ve pek fena muamele sebeplerine dayanabileceğine ilişkin Yarg. HGK., 27.03.1991 T., 2-34 E., 146 K. sayılı kararı için bkz. UYAR, s. 1259.

tarafından ayrılık kararına hükmedilmesi söz konusu olmaz¹⁹⁸. Bu nedenle ayrılık süresi sonunda açılan fiili ayrılığa dayalı bir boşanma davası söz konusu ise, hâkim bu durumda boşanma kararı vermek zorundadır, ayrılık kararı vermesi mümkün değildir¹⁹⁹. Zira bu halde evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı, eşlerin artık bir araya gelme ve barışma ihtimallerinin kalmadığı kabul edilir²⁰⁰. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, bu duruma ilişkin gerekçeleri ayrıntılı olarak tartışarak, hükmün emredici olması sebebiyle hâkimin boşanmaya karar vermek zorunda olup, bu konuda takdir yetkisi olmadığı için ayrılık kararı verilemeyeceğini, tek başına yeterli bir gerekçe kabul etmemektedir²⁰¹. Bu konuda ikinci bir gerekçenin bu hükme göre açılan boşanma davasının uygulaması düşünüldüğünde, fiili ayrılığın dört beş yıldır sürebildiği, bir de üstüne hâkime bu ayrılık süresinin bir ile üç yıl kadar daha uzatma yetkisi tanınmanın Kanun hükmünün amacına yani korunmaya değer olmaktan çıkmış evliliklerin tasfiyesi hedefine ters düşüleceği görüşündedir²⁰².

Ayrıca belirtmek gerekir ki hâkimin uygun gördüğü hallerde başvuracak olduğu sulh teşebbüsü yani tarafları uzlaştırma girişimi fiili ayrılık sebebiyle açılan boşanma davalarında söz konusu olmaz²⁰³. Bu boşanma sebebinin niteliği sulh teşebbüsüne engel olur²⁰⁴.

Akıl hastalığının varlığı veya fiili ayrılığın eşlerden birinin akıl hastalığı sebebiyle gerçekleşmiş olması, fiili ayrılık sebebiyle dava açılmasını engellemez²⁰⁵. Doktrinde farklı görüşler olmakla birlikte, bu durumda akıl hastası eşin yasal temsilcisinin fiili ayrılığa dayanan boşanma davası

¹⁹⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 119; ÖZTAN, s.708; HATEMİ, s. 131; OĞUZMAN/DURAL, s. 137; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 128, 135-136; BURCUOĞLU (Ayrılık Kurumu), s. 68-69; GENÇCAN (Boşanma), s. 1017; AYAN, s. 285; ÜNAL, s. 307.

¹⁹⁹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 119; ÖZTAN, s. 708; HATEMİ, s. 131; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 135-136; YALÇINKAYA/KALELİ, s.2082; GENÇCAN (Boşanma), s. 1017; AYAN, s. 285, 287, dn. 301.

²⁰⁰ ÖZTAN, s. 708.

²⁰¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 119.

²⁰² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 120; Yazarın bu konuya ilişkin diğer gerekçeleri için bkz. s. 120-121.

²⁰³ ÖZTAN, s. 719; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 132.

²⁰⁴ ÖZTAN, s. 719; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 132.

²⁰⁵ GENÇCAN (Boşanma), s. 990; İPEK, s. 135.

açmasına bir engel olmadığı yönündeki görüşe katılmaktayız²⁰⁶. Tarafların kusuru ya da kusursuzluğu bu dava bakımından önem taşımamakta, üç yıllık sürenin akıl hastası olarak geçirilmesi, süreyi kesmemektedir²⁰⁷. Nitekim Yargıtay da bir kararında Kanun koyucunun bu konuda düzenleme yaparken “her ne sebeple olursa olsun” ifadesini kullanmakla, ortak hayatın kurulamaması olgusunu yeterli saydığından, bunun sebebinin sonuca etkili olmadığından, bu durumun akıl hastalığından kaynaklanmasının sonucu değiştirmeyeceğinden bahsetmekte ve bu durumda da boşanmaya karar verilmesi gerektiğini dile getirmektedir²⁰⁸.

SONUÇ

Türk Medeni Kanunu’nda 166/4 maddesinde yer alan ortak yaşamın kurulamaması sebebiyle boşanma genel, kusura dayanmayan ve mutlak bir boşanma sebebidir. Kusura dayanmamasının da etkisiyle modern boşanma hukuklarında fiili ayrılığın ve anlaşmalı boşanmanın tercih edilen boşanma sebepleri olduğu, ayrıca özel boşanma sebepleri düzenleme yaklaşımından gittikçe uzaklaşıldığı görülmektedir. Değişen dünya düzeniyle birlikte hukukumuzda da ilerde yapılacak düzenlemelerin, kusur esasından uzak boşanma sebepleri olacağı öngörülebilir. Bu nedenle halihazırda var olan fiili ayrılık sebebiyle boşanma sebebi ve onun yıllar içindeki uygulaması önem taşımaktadır. Hem yürürlüğe girmeden önce hem de 1988 yılında 3444 Sayılı Kanun’la yürürlüğe girdikten sonra, fiili ayrılık sebebiyle boşanmaya ilişkin tartışmalar sürmüştür. Özellikle yürürlüğe girdiği dönemde çok fazla eleştiri konusu olmuş, Anayasaya

²⁰⁶ TMK 166/4’te boşanma için fiili bir durumun arandığı, kişinin hislerini yakından ilgilendiren bir durum olmadığı için yasal temsilcinin dava açabileceği yönünde bkz. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.131; benzer görüş için bkz. YAĞCIOĞLU, Burcu, “Akıl Hastalığının Evlilikteki Etkilerine Genel Bir Bakış”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 29, S: 2, 2021, s. 985-986; farklı görüşler ve ayrıntılı bilgi için bkz. YAĞCIOĞLU, s. 983 vd.; doktrinde ÜNAL bu halde fiili durum arandığından dolayı yasal temsilcinin dava açabileceği görüşüne katılmamakta, her durumda değil, ayırt etme gücüne sahip olmayan eşin menfaati gerektiriyorsa, yasal temsilcinin dava açabileceği yönünde görüş beyan etmektedir. Bkz. ÜNAL, s. 307-308.

²⁰⁷ İPEK, s. 135.

²⁰⁸ Yargıtay 2. HD., 22.11.1990 T., 1990/11365 E., 1990/11324 K. sayılı kararı için bkz. İPEK, s. 374.

aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesine dahi başvurulmuş ancak bu başvuru reddedilmiştir.

Fiili ayrılık sebebiyle boşanmaya karar verilebilmesi için boşanma sebeplerinden herhangi birine dayanarak açılmış ve reddedilmiş bir dayanak davanın varlığı aranmaktadır. Kanuna göre bu davanın reddedilerek kesinleşmesinin ardından üç yıllık süre içinde eşler ortak hayatı kuramadıysa artık evlilik birliğinin temelden sarsıldığı kabul edilir. Bu kanuni ve kesin bir karinedir. Artık eşlerden biri, kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın, fiili ayrılığa dayanan boşanma davasını açabilir. Davanın açılması için öncesinde bir dayanak davanın aranmasının süreci uzatması, kusurlu eşin bu davayı açabiliyor olmasının hakkın kötüye kullanılmasına yol açabilecek olması, düzenlemenin eleştirilen yönlerindedir. İsviçre ve Alman boşanma hukukunda bu şekilde bir dayanak dava aranmamaktadır. Ayrıca üç yıllık sürenin, tüm prosedür düşünüldüğünde ve boşanmanın çok daha uzun yıllarda gerçekleşebileceği göz önüne alındığında, uzun bir süre olduğu görülür. Bu nedenle doktrinde genel eğilim sürenin kısaltılması, bir ya da iki yıl olması yönündedir. Ayrıca sürenin dayanak davanın reddedilmesinden değil, açılmasından itibaren başlatılarak yedi sekiz yıl sürebilecek olan boşanma sürecinin kısaltılmasının mümkün olabileceği de dile getirilmektedir. Bu şekilde uygulamada göstermelik dava açıp feragat ederek davayı kesinleştiren ve istediği sonuca ulaşmaya çalışanlarla, uzun dava süreci yaşayanlar arasındaki hakkaniyete aykırı olabilecek durum da giderilmiş olabilecektir.

Etkili bir çözüm olarak boşanma hukukumuzda yapılacak kökten ve yeni düzenlemelerle artık kusura dayalı boşanma sebeplerinden uzaklaşılması, fiili ayrılıkla ilgili düzenlemenin yeniden yapılarak, aranılan dayanak davanın tamamen kaldırılması, ortak hayatın kurulamaması için aranan sürenin de iki yıla indirilmesi düşünülebilir. Kusura dayalı boşanmadan uzaklaşılması, eşlerin özel hayatlarının ortaya dökülmesine, mahremiyetlerinin zedelenmesine yol açan ve yıllar süren boşanma davalarının da azalmasını sağlayabilir. Boşanma sebeplerine ilişkin yapılacak bu şekilde köklü bir değişimde, fiili ayrılık sebebiyle boşanma mutlaka yer almalı ancak şimdiki haline ilişkin çalışmamızda belirtilen sorunlar da dikkate alınarak, ilerde doğabilecek sakıncaların önüne geçilmelidir.

KAYNAKLAR

- AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt, Yenilenmiş 21. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2019.
- AYAN, Serkan, Evlilik Birliğinin Korunması, TBB Yayınları, Ankara, 2004.
- BOZDAĞ, Cahide Işıl, "Türk Hukukunda Boşanma Sebepleri ve Kusurun Etkisi", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2019.
- BURCUOĞLU, Haluk, "Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: 48, S: 1-4, İstanbul, 1983, s. 113-140 (Alman Hukuku).
- BURCUOĞLU, Haluk, "Ayrılık Kurumunun Uygulanabilirliği Sorunu", Bülent Davran'a Armağan, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1998, s. 59-74 (Ayrılık Kurumu).
- BURCUOĞLU, Haluk, "Boşanmada Kusur ve Yoksulluk Nafakası ile İlgili Gözlemler", İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 4, S: 2, 2018, s. 1-12 (Boşanmada Kusur).
- CEYLAN, Ebru, "İsviçre, Fransa, Belçika, İspanya ve İtalya Hukukundaki Boşanma Sebeplerinin Türk Hukukuyla Mukayesesi ve Değerlendirilmesi", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S: 12, Y: 2018, s. 315-334.
- ÇAKIN, Akın, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma, Bilge Yayınevi, Ankara, 2007.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, C: III, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.
- ERGÜN, Zafer, Boşanma Davaları, 3. Basım, Adil Yayınevi, Ankara, 2004.
- GENÇCAN, Ömer Uğur, Aile Mahkemesi Davaları-Açıklama-Dilekçe Örnekleri, Genişletilmiş 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- GENÇCAN, Ömer Uğur, Boşanma Hukuku, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021 (Boşanma).
- GÜNEŞLİOĞLU, Filiz, "Boşanma ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009.

İPEK, Ali İhsan, Türk Hukukunda Genel Boşanma Sebepleri, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008.

HATEMİ, Hüseyin, Aile Hukuku, Onikilevha Yayıncılık, 9. Baskı, İstanbul, 2021.

HELVACI, Serap, "İsviçre ve Türk Hukuklarında Boşanma Sebepleri", Prof.Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, 2. Cilt, İstanbul, 2002, s. 1151-1169.

KILIÇOĞLU, Ahmet M., Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Genişletilmiş 5. Bası, Ankara, 2020.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, "Medeni Kanun'un 3444 Sayılı Kanun'la Değiştirilmiş 134. Maddesinin 3. ve 4. Fıkraları Çerçevesinde Açılan Boşanma Davalarında Hakim Ayrılığa Hükmeyebilir mi?", Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan, Bayrak Matbaacılık, İstanbul, 1990, s. 113-121.

MONTESQUIEU, İnan Mektupları, Çev. Dr. Av. Muhiddin Göklü, Hüsniyat Matbaası, İstanbul, 1963.

ODENDAHL, Hanswerner/USLU, Burcu (Çevirenler), "Alman Boşanma ve Nafaka Hukuku Mevzuatı", Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, Turhan Kitabevi, II. Cilt., Ankara, 2010, s. 1499-1515.

OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, "Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı", MHB-Public and Private International Law Bulletin, Cilt: 35, Sayı: 1, s. 29-46.

OĞUZMAN, Kemal/DURAL, Mustafa: Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1998.

OŞAR ŞAHİN, Aslı, "Boşanma Sebeplerinde Kusur İlkesi", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2015.

ÖZCAN ÇELİK, Berna, "Genel Boşanma Sebebi Olarak Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2015.

ÖZKAN, Hasan, Açıklamalı- İçtihatlı Aile Hukuku Davaları ve Tatbikatı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2004.

ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, 6.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.

- ÖZTAN, Bilge, “Medeni Kanun’un Kabulününün 70. Yılında Aile Hukuku”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 44, S:1, Ankara, 1995, s. 79-125 (70. Yıl).
- ÖZTAN, Bilge, “Türk Medeni Kanunu’na Göre Evliliği Sona Erdiren Sebepler, Özellikle Boşanma”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 713-728 (Boşanma).
- ÖZTAN, Bilge, “3444 Sayılı Kanun’la Getirilen Değişiklikten Sonra Medeni Kanun’un 134. Maddesi”, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan (1925-1988), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, 1990, s. 111-137 (3444 S. Kanun).
- SAMAT, Murat, “Evlilik Birliğinin Korunması”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, Yedinci Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990.
- TUTUMLU, Mehmet Akif, Evliliğin Butlanı, Boşanma, Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2006.
- TUTUMLU, Mehmet Akif, Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku, C: 2, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005 (Boşanma Yargılaması).
- UYAR, Talih, “Yargıtay Kararlarında Evlilik Birliğinin Sarsılması veya Müşterek Hayatın Yeniden Kurulamaması Nedeniyle Boşanma”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 1229-1281.
- ÜNAL, Akın, “Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: II, S: 1-2, Kayseri, 2007, s. 291-311.
- VATANSEVER, Müge, “Eski Türk Hukukunda Boşanma ve Günümüz Hukukuyla Karşılaştırılması”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2011.
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, “Evlenme ve Boşanma Hukukunda Medeni ve Cezai Bakımdan Ne Gibi Tadilata İhtiyaç Vardır?”, Türk

Hukuk Kurumu Konferanslar Serisi No: 79, Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara, 1944.

YAĞCIOĞLU, Burcu, "Akıl Hastalığının Evlilikteki Etkilerine Genel Bir Bakış", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 29, S: 2, 2021, s. 933-998.

YALÇINKAYA, Namık/ KALELİ, Şakir, Boşanma Hukuku, C: 1-2, Türk Hava Kurumu Basımevi, Ankara, 1988.

İnternet Kaynakları

<https://www.e-uyar.com>

<https://karararama.yargitay.gov.tr>

<https://www.resmigazete.gov.tr>