

TERK NEDENİYLE BOŞANMA

Dr. Nursen AYAN*

ÖZET

Terk, eşlerden birinin evlilik birliğinin kendisine yüklediği yükümlülükleri yerine getirmemek amacıyla, isteyerek ve sürekli olarak ortak yaşamı terk etmesi ve haklı bir neden olmadan ortak yaşama dönmemesidir. Bu tanıma uygun bir terk eyleminin boşanma nedeni olabilmesi için yasanın aranan şartların gerçekleşmesi gerekir.

Bu şartlardan ilki ortak hayatı bırakıp gitme veya dönmemesidir. Bırakıp gitme veya dönmemenin “evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri yerine getirmemek maksadı ile” gerçekleşmesi gerekir. İkinci şart, ortak hayatı bırakıp gitmenin haksız olması gerektirir. Bu konuda ispat yükü davalının üzerindedir. Üçüncü şart ise terk eyleminin süreklilik arz etmesidir. Bu süre MK. m.164'e göre en az altı aydır. Bu sürenin fasılasız geçmesi gerekir.

Boşanma davası açılabilmesi için gereken son şart ise, terk eden eşe bir ihtarda bulunması ve bu ihtarın sonuçsuz kalmasıdır. İhtar, mahkeme aracılığı ile yapılır. Ayrıca ihtarın boşanma davası açmak için belirli sürenin dördüncü ayı bittikten sonra yapılması gerekir.

İhtar alan eş, iki aylık bir süre için ortak konuta dönerse boşanma davası açılmaz. İhtar sonuçsuz kalır ve terk eden eş eve dönmez ise artık boşanma davası açılabilir.

Terk nedeniyle boşanma davası belirli bir hak düşümü süresiyle sınırlı değildir. Terk devam ettiği sürece bu dava açılabilir.

ANAHTAR KELİMELEER: Terk, boşanma davası, ortak hayat, ihtar, yükümlülük.

ABSTRACT

Desertion (willful desertion) is, to leave common life voluntary and continuously with an intention to break through the obligations of marriage and not to turn back without just cause. The lawful requirements must be eventuated in order that such desertion being a divorce reason

The first of these requirements is to leave common life and to go away. This fooling of and nonattendance should be with an intention to break through

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

the obligations of marriage. As a second condition, the desertion should not stand good in law. On this head, burden of proof resides with the defendant. The third condition is that the desertion should be in continuance. This period is at least 6 months according to 164th clause of Turkish Civil Code. This period should pass without a break.

And the last condition that is necessary to be sued or divorce is, to warn the outgoing marital partner and failing in this warning. This warning is made by litigating family court. Also, the warning should be made after a lapse of four months of the six-month period of waiting.

If the respondent returns home in two months, divorce case could not be sued. If the warning fail and the marital partner does not return home, henceforth, the case can be opened.

The right to use divorce case by reason of desertion is not determined by a strict time limit. Case can be sued as long as desertion keeps on.

KEY WORDS: Desertion, divorce, common life, warn, obligation.

I- GİRİŞ

Medenî Kanuna göre, mevcut bir evlilik ya kendiliğinden sona erer, ya da mahkeme kararıyla sona erdirilir.

Evliliği kendiliğinden sona erdiren hâl, eşlerden birinin kişiliğini kaybetmesidir. Kişiliğin kaybına yol açan temel neden *ölümdür* (MK.m.28/I). *Ölüm karinesinde* de durum aynıdır (MK.m.31). *Gaiplikte* ise, evlilik, gaiplik kararıyla birlikte evliliğin de feshine karar verilmesi veya daha sonra açılacak bir dâvada fesih kararı alınmasıyla sona erer (MK.m.131). Medenî Kanunda açıkça düzenlenmemiş (MK.m.40) olmakla birlikte, evlilik devam ederken eşlerden birinin cinsiyetini değiştirmesi durumunda da evlilik birliğinin kendiliğinden sona ereceğini kabul etmek uygun olur¹.

Yukarıda sözü edilen hâller dışında mevcut bir evliliğin sona ermesi mahkeme tarafından bu yönde karar verilmesine bağlıdır. Bu açıdan *batıl evlenmeler* ile *geçerli bir şekilde kurulmuş evlenmeler* arasında fark yoktur. Zira, batıl bir evlilik de, butlan nedeni ister mutlak ister nisbî nitelik taşıyın, ancak hâkimin kararıyla sona erer (MK.m.156). Geçerli bir şekilde kurulmuş evliliği mahkeme kararıyla sona erdirmenin yolu ise *boşanmadır*. Kanunkoyucu, eşleri sağlıksız bir evliliği sürdürmeye zorlamamıştır. Zira, sağlıklı bir evlilik

¹ Bkz., Akıntürk, Turgut, Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2002, s.191

toplum hayatı için ne kadar faydalı ise, sağlıksız bir evlilik de o kadar zararlıdır. Bu nedenle, eşler, kanunun sınırlı şekilde öngördüğü sebeplerden birine dayanak boşanma yönünde karar vermesi için mahkemeye başvurabilirler. Böyle bir durumda, boşanma kararının kesinleşmesiyle birlikte evlilik ilişkisi ortadan kalkar.

743 sayılı eski Medenî Kanun gibi, 4721 sayılı yeni Medenî Kanun da boşanma sebeplerini sınırlı bir şekilde saymıştır. Yani, boşanmak isteyen eşler, taleplerini bu sebeplerden herhangi birine dayandırmak zorundadırlar. Bu konuda sınırlı sayı esas geçerli olduğu için, onlar, aralarında anlaşarak yeni bir boşanma sebebi yaratamazlar.

Medenî Kanunun öngördüğü boşanma sebepleri, öğretilerde, “*mutlak boşanma sebepleri – nisbî boşanma sebepleri*” ve “*özel boşanma sebepleri – genel boşanma sebebi*” şeklinde gruplandırılabilir.

Mutlak boşanma sebepleri – nisbî boşanma sebepleri ayrımı, hâkimin, boşanmaya dayanak gösterilen olayların varlığına rağmen boşanma kararı verip vermeme konusundaki takdir yetkisinden hareket etmektedir. Buna göre, taraflar kanunun sınırlı şekilde öngördüğü olaylardan birinin varlığını ispatladıkları takdirde hâkim boşanmaya karar vermek zorunda ise, mutlak boşanma sebebi var demektir. Buna karşılık, hâkime, tarafların ileri sürdükleri olayların ispatlanmasına rağmen boşanmaya karar verip vermeme hususunda takdir yetkisi tanınmış ise, birinci ihtimaldekinden farklı olarak nisbî boşanma sebebi var demektir. Zina (MK.m.161), hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış (MK.m.162), suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme (MK.m.163) ve terk (MK.m.164) mutlak boşanma sebepleridir. Evlilik birliğinin sarsılması (MK.m.166/I, II) ise nisbî nitelik taşır. Zira, hâkim, iddia edilen olayların ispatlanmasına rağmen boşanmaya karar verip vermemekte özgürdür. Medenî Kanununun 166. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkrasında düzenlenmiş olan olayların hukukî niteliği tartışmalıdır.

Özel boşanma sebepleri – genel boşanma sebebi ayrımı, boşanma sebebi sayılacak olayın somut bir şekilde gösterilmiş olup olmamasından hareket eder. Gerçekten, boşanma sebeplerinin bir bölümünde, boşanmaya yol açabilecek olay somut bir şekilde gösterilmiştir. Söz konusu olayın bütün unsurlarıyla ispatlanması durumunda hâkim eşlerin boşanmalarına karar verir. Bu nedenle, sınırlı şekilde öngörülmüş bu tip sebepler özel boşanma sebepleri şeklinde isimlendirilir. Genel boşanma sebebinde ise, boşanmaya yol açabilecek olaylar somut bir şekilde gösterilmemiş, sadece evlilik birliğinin ortak hayatı

sürdüremeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılması gibi genel bir ilke konmuştur. Birinci ayırımında mutlak boşanma sebebi sayılan, zina (MK.m.161), hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış (MK.m.162), suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme (MK.m.163) ve terk (MK.m.164) özel boşanma sebeplerini oluşturur. Akıl hastalığı (MK.m.165) açısından da aynı esas geçerlidir. Buna karşılık, evlilik birliğinin sarsılması (MK.m.166) genel boşanma sebebidir.

Bu çalışmada, hem özel hem de mutlak nitelik taşıyan “*terk*” (MK.m.164) nedeniyle boşanma incelenecektir. İnceleme yapılırken, 743 sayılı eski Medenî Kanununun 132. maddesi ile 4721 sayılı yeni Medenî Kanununun 164. maddesi karşılaştırılacaktır.

II- KAVRAM VE HUKUKİ NİTELİĞİ

“Terk, eşlerden birinin, evlilik birliğinin kendisine yüklediği yükümlülükleri yerine getirmemek amacıyla, isteyerek ve sürekli olarak ortak yaşamı terk etmesi ve haklı bir neden olmadan ortak yaşama dönmemesidir”². Diğer bir ifadeyle, ortak hayatı istemediği için eşinden ayrı yaşayan kimse onu terk etmiş olur³. Evlilik, mahiyeti icabı eşlerin birlikte oturmalarını gerektirir. Buna rağmen eşlerden biri yükümlülüklerini yerine getirmemek maksadıyla ortak yaşam alanından uzaklaşırsa, diğer eş, kanunun öngördüğü şartları (MK.m.164) yerine getirmek suretiyle ona karşı boşanma dâvası açabilir⁴.

Özel boşanma nedenleri arasında yer alan terk, aynı zamanda mutlak bir boşanma nedeni olarak da değerlendirilir. Yani, dâvacı terkin şartlarının varlığını ispatlarsa, hâkim boşanmaya karar vermek zorundadır. Onun, terk eyleminin evlilik birliğini temelinden sarsmış olup olmadığını, diğer bir ifadeyle, terk eylemine rağmen eşlerin bir arada yaşama şanslarının bulunup

² Zevkliler, Aydın / Acabey, M. Beşir / Gökyayla, K. Emre, Medeni Hukuk, 6. Baskı, Ankara 1999, s.988; Zevkliler, Aydın / Havutçu, Ayşe, Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), 2. Baskı, Ankara 2003, s.278; Öztan, Bilge, Aile Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2004, s.392.

³ Tekinay, Selâhattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 1990, s.215.

⁴ Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, Türk Medenî Hukuku, C.2, Aile Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 1965, s.206.

bulunmadığını araştırma yetkisi yoktur⁵. Ayrıca, terk kusura dayalı bir boşanma nedeni olduğu⁶ için terk edenin kusurlu olması da şarttır.

Terk nedeniyle ihtar gönderip daha sonra boşanma dâvası açabilme bakımından eşlerin hukukî durumları aynıdır. Yani, şartları mevcut olmak kaydıyla koca karısı aleyhine böyle bir dâvayı açabileceği gibi, karı da kocası aleyhine açabilir⁷.

Terk nedeniyle boşanma MK.m.164'te düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre, *“Eşlerden biri, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek maksadıyla diğerini terk ettiği veya haklı bir sebep olmadan ortak konuta dönmediği takdirde ayrılık, en az altı ay sürmüş ve bu durum devam etmekte ve istem üzerine hâkim tarafından yapılan ihtar sonuçsuz kalmış ise; terk edilen eş, boşanma davası açabilir. Diğerini ortak konutu terk etmeye zorlayan veya haklı bir sebep olmaksızın ortak konuta dönmesini engelleyen eş de terk etmiş sayılır”* (f.1). *“Davaya hakkı olan eşin istemi üzerine hâkim, esasını incelemeden yapacağı ihtarda terk eden eşe iki ay içinde ortak konuta dönmesi gerektiği ve dönmemesi hâlinde doğacak sonuçlar hakkında uyarıda bulunur. Bu ihtar gerektiğinde ilân yoluyla yapılır. Ancak, boşanma davası açmak için belirli sürenin dördüncü ayı bitmedikçe ihtar isteminde bulunulamaz ve ihtardan sonra iki ay geçmedikçe dava açılmaz”* (f.2)⁸.

⁵ Öztan, 393; Zevkliler / Havutçu, 279.

⁶ Dural, Mustafa / Ögüz, Tufan / Gümüş, Alper, Türk Özel Hukuku, C.3, Aile Hukuku, İstanbul 2005, s.111.

⁷ Köprülü / Kaneti, 164; Şener, Esat, Uygulamada ve Teoride Her Yönü İle Boşanma, Ankara 1994, s.96. 2.HD. 5.10.1990, 2822/9050 (Şener, 118-119); 2.HD. 11.4.1978, 2735/2940 (Şener, 131-132); 2.HD. 9.12.1985, 9436/10411 (Şener, 180); HGK. 6.3.1985, 2-102/156 (Şener, 189).

⁸ 743 sayılı EMK.m.132: *“Karı kocadan biri, evlenmenin kendisine tahmil ettiği vazifeleri ifâ etmemek maksadıyla diğerini terk ettiği veya muhik bir sebep olmaksızın evine dönmediği takdirde, ayrılık en az üç ay sürmüş ve devam etmekte bulunmuş ise diğeri boşanma dâvasında bulunabilir. Dâvaya hakkı olan tarafın talebi ile hâkim, diğeri tarafa bir ay içinde evine avdet etmesini ihtar eder. Bu ihtar icabında ilân tarihiyle yapılır. Şu kadar ki boşanma dâvasını ikame için muayyen müddetin ikinci ayı hitam bulmadıkça ihtar talebinde bulunulamaz ve ihtar vukuunda bir ay bitmeden dâva ikame olunamaz”*. 1971 ve 1984 tarihli Türk Medenî Kanunu Öntasarılarında önerilen hükümler farklı idi. 1971 tarihli Öntasarıda, ayrılık süresi altı aya çıkarılmış, ama, boşanmayı süratlendirmek amacıyla (bkz., Kuntalp, Erden, Mutlak Boşanma Nedenleri,

III- ŞARTLARI

Terk nedeniyle boşanmanın şartları, “*ortak hayatı bırakıp gitme, evlilik birliğinden kaynaklanan yükümlülükleri yerine getirmeme niyeti, ortak hayatı bırakıp gitmenin haksız olması, ayrılığın en az altı ay sürmüş olması, ihtarda bulunma ve ihtarın sonuçsuz kalması*” şeklinde sıralanabilir (MK.m.164). Öğretide, ilk dört şart “terk nedeniyle boşanmanın maddesel şartları”, son iki şart ise “usule ilişkin şartlar” başlığı altında toplanmaktadır⁹. MK.m.164 emredici nitelik taşıdığı için, eşlerin aralarında anlaşarak şartları hükümsüz bırakmaları veya değiştirmeleri mümkün değildir¹⁰.

A) ORTAK HAYATI BIRAKIP GİTME

MK.m.164 anlamında terkten söz edilebilmesi için, eşlerden birinin *ortak konutu (hayatı)* bırakıp gitmiş veya haklı bir nedeni bulunmadığı hâlde ortak konuta dönmemiş olması gerekir (MK.m.164/I,c.1)¹¹. Evlilik, mahiyeti gereği ortak bir yaşamı gerektirir. Eşler, evlenirken birlikte yaşam konusunda karşılıklı olarak söz vermişlerdir. Terk eden eş bu konuda verdiği sözü tutmamıştır.

743 sayılı eski Medenî Kanun, eşlerin birlikte yaşayacakları konutu seçme yetkisini kocaya vermişti. 4721 sayılı yeni Medenî Kanun, ortak konutu eşlerin birlikte seçmelerini öngörmüştür. MK.m.186/I'e göre, “*Eşler*

Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı (1925-1975), C.2, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara 1977, s.124) ihtar öngörülmemişti. 1984 tarihli Öntasarıda ise, ayrılık süresi altı aya çıkarılmış, hâkim tarafından yapılacak ihtarın semeresiz kalması aranmış, buna karşılık iki aylık bekleme süresi öngörülmemişti. 1971 tarihli Türk Medeni Kanunu Öntasarısı, m.132: “*Eşlerden biri evlilik ödevlerini yerine getirmemek amacıyla ötekini terkeder veya önemli bir sebep yokken evine dönmezse, bu terk üzerinden en az altı ay geçtikten sonra öteki eş, terk durumu devam ettiği sürece, boşanma dâvası açabilir*”. 1984 tarihli Türk Medenî Kanunu Öntasarısı, m.128: “*Eşlerden biri evlenmenin kendisine yüklediği ödevleri yerine getirmemek maksadı ile diğerini terk ettiği veya haklı bir sebep olmadan ortak hayata dönmediği takdirde, ayrılık en az altı ay sürmüş ve sürmekte bulunmuş ve istem üzerine hâkim tarafından yapılan ihtar etkisiz kalmış ise, terkedilen eş boşanma dâvası açabilir*”.

⁹ Köprülü, Bülent / Kaneti, Selim, Aile Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1989, s.157 vd..

¹⁰ Velidedeoğlu, 208.

¹¹ Öğretide, bu durum *terkin maddî unsuru* olarak nitelendirilmektedir. Bkz., Tekinay, 215; Öztan, 393.

oturacakları konutu birlikte seçerler”. Anlaşamazlarsa ortak konutu hâkim belirler (MK.m.195). Bu nedenle, 4721 sayılı yeni Medenî Kanun açısından ortak konutu terk kavramının öncelikli şartı eşlerin ortak konutlarını belirlemiş olmalarıdır. Henüz eşler tarafından birlikte ortak bir konut seçilmemiş ise, doğal olarak ortak konutu bırakıp gitmeden de söz edilemez. Kocanın tek başına seçtiği konuta gitmeyen kadın terk etmiş sayılmaz¹².

Aynı konut içinde yaşamayı sürdüren eşlerin dargınlıkları, uzun süre hiç konuşmamaları, ortak yatak odasında yatmamaları, cinsel ilişkide bulunmamaları, ortak konutun belli alanlarını sadece kendilerine hasretmeleri de terk anlamına gelmez¹³. Söz konusu hâller ileri sürülerek evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olması nedeniyle boşanma dâvası açılabilirse de, terk nedeniyle boşanma dâvası açılmaz.

Eşlerden herhangi birinin ortak konuttan ayrılarak kendi ailesinin yanında veya başka bir konutta yaşamaya başlaması bu anlamda terktir. Eşin, evlenme akdinin yapılmasından sonra, haklı bir nedeni bulunmadığı hâlde ortak konuta gelmeyi reddetmesi de terk sayılır. Bunlar, günlük hayatta terkin en çok görülen örnekleridir. Ancak, olayların bir bölümünde, eşlerden biri, diğer eş ortak konutu terk etmeye zorlar veya onun ortak konuta dönmesini engeller. Böyle bir durumda, ortak konuttan uzakta olan değil, ortak konutu kullanmaya devam eden eş terk etmiş sayılır (MK.m.164/I,c.2).

B) EVLİLİK BİRLİĞİNDEN KAYNAKLANAN YÜKÜMLÜLÜKLERİ YERİNE GETİRMEME NİYETİ

MK.m.164/I,c.1'e göre, terk nedeniyle boşanma dâvası açılabilmesi için, eşin ortak konutu bırakıp gitmesi veya dönmemesi tek başına yeterli sayılmaz. Bırakıp gitme veya dönmemenin “*evlilik birliğinden doğan*

¹² 2.HD. 5.5.2004, E.2004/4901 K.2004/5829, “... Türk Medeni Kanununun 164. maddesi gereğince, terk edilen eş boşanma davası açabilir. Terk eden eşin, bu sebebe dayanarak boşanma davası açma hakkı bulunmamaktadır. Diğerini, ortak konutu terk etmeye zorlayan veya haklı bir sebep olmaksızın ortak konuta dönmelerini engelleyen eş de terk etmiş sayılır. Toplanan delillerden, Adana'daki müşterek konutu kocanın terk ettiği anlaşılmaktadır. İhtarla kadının davet edildiği konutun Türk Medeni Kanununun 186/1. maddesinin koşulları gerçekleşmiştir. Davanın reddi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. ...” (YKD., C.31, S.11, 2005, s.1717).

¹³ Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, Aile Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1986, s.279; Akıntürk, 245; Köprülü / Kaneti, 158; Zevkliler / Acabey / Gökyayla, 988; Öztan, 393; Velidedeoğlu, 207.

yükümlülükleri yerine getirmemek maksadıyla” gerçekleştirilmesi gerekir¹⁴. Dolayısıyla, hastalık¹⁵, hapis, yurt dışında çalışma zorunluluğu, eğitim, askerlik veya esaret gibi bir neden yüzünden ortak konutta yaşama şansı bulamamış olan eş diğerini terk etmiş sayılamaz¹⁶. Ancak, ortak yaşamı haklı bir nedenle terk eden eş, ortada haklı bir neden kalmadığı halde ortak konuta dönmezse, artık terkin gerçekleştiği kabul edilir¹⁷.

Bu konuda önem taşıyan bir husus, eşlerin ayrı yerleşim yeri seçmiş olmasıdır. 743 sayılı eski Medenî Kanuna göre, kocanın yerleşim yeri kadının da yerleşim yeri sayılırdı. 4721 sayılı Kanun bu kuralı değiştirmiştir. Yeni Medenî Kanuna göre, eşler, isterlerse farklı yerleşim yeri edinebilirler. Böyle bir durumda, farklı bir yerleşim yeri seçmenin terk anlamına gelip gelmeyeceği ilgili eşin niyetine göre belirlenir. Farklı bir yerleşim yeri seçmenin nedeni meslekî zorunluluklar ise, artık terkten söz edilemez. Buna karşılık, eşin farklı bir yerleşim yeri seçmesindeki asıl niyeti ortak hayatı bırakıp gitmek ise veya başlangıçta böyle bir niyeti olmamakla birlikte sonradan ortaya çıkmış ise artık onun aleyhine boşanma dâvası açılabilir¹⁸.

C) ORTAK HAYATI BIRAKIP GİTMENİN HAKSIZ OLMASI

Terk eden eşin haklı bir sebebi bulunmamalıdır. Aksi takdirde, ortak konutu bırakıp gitmiş veya dönmemiş eş aleyhine boşanma dâvası açılmaz. Ortak hayatı bırakıp gitme düşüncesiyle uzaklaşan eşin davranışının içinde haksızlık unsurunu barındırdığı da söylenebilir.

Terkin haklı nedene dayandığı konusunda ispat yükü dâvalının üzerindedir¹⁹. Ancak, sonuçta terk eyleminin haklı sayılıp sayılmayacağı dürüstlük kuralı çerçevesinde hâkim tarafından belirlenir (MK.m.4)²⁰. Hâkim,

¹⁴ Öğretide bu durum *terkin manevî unsuru* olarak nitelendirilmektedir. Bkz., Tekinay, 216; Öztan, 393.

¹⁵ 2.HD. 14.3.1977 , 897/2133 (Şener, 153-154).

¹⁶ Velidedeoğlu, 207; Akıntürk, 246; Tekinay, 216; Köprülü / Kaneti, 158; Öztan, 394; Dural / Öğüz / Gümüş, 111.

¹⁷ Zevkliler / Acabey / Gökyayla, 988; Zevkliler ? Havutçu, 278.

¹⁸ Bkz., Dural / Öğüz / Gümüş, 111.

¹⁹ Köprülü / Kaneti, 159; Şener, 95. 2.HD. 24.6.1986, 6104/6333 (Şener, 167).

²⁰ Öztan, 394.

söz konusu belirmemeyi yaparken dürüstlük kuralını (MK.m.2) göz önünde tutar.

Eşlerin aralarında anlaşarak bir süre ayrı yaşamaları durumunda da terk yoktur²¹. Aynı şekilde, koca ortak konuta başka bir kadın getirdiği veya kendi ana ve babası ile yaşamaya zorladığı²² için ortak konutu terk eden eş de haklı sayılır. Ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü için ayrı yaşamaya karar vererek ortak konuttan ayrılan eş de haklıdır (MK.m.197/I). Hâkimin verdiği ayrılık kararına (MK.m.170-172) dayanarak ortak konuttan ayrılan eş açısından da terk söz konusu olmaz²³.

Terki haklı kılan nedenin ortadan kalkması durumunda eşin ortak konuta dönmesi gerekir. Haklı nedenin etkisinin de makul bir süre boyunca

²¹ Velidedeoğlu, 208.

²² Feyzioğlu, 280; Zevkliler / Acabey / Gökyayla, 990. 2.HD. 16.7.2003, E.2003/9149 K.2003/10891, "... Olayda, tarafların kendilerinin seçtikleri bağımsız bir konut bulunmamaktadır. Davacı kadın, kayınvalidesi ve kayınbabasıyla birlikte oturdukları evi terk etmiştir. Bu durumda; bağımsız, ortak konut seçiminden kaçınarak, eşini, rızası hilafına kendi anne ve babasıyla oturmaya mecbur bırakan koca, eşini terk etmiş sayılır. Terk edilen kadındır. Bu halde terk sebebiyle boşanma davası açma hakkının kadına ait olduğu açık ve tartışmasızdır. ..." (YKD., C.30, S.1, 2004, s.40-42); 2.HD. 19.9.2005, E.2005/9764 K.2005/12222, "... Taraflar ortak konutu ayrı ayrı terk etmişler, davet edilen konut birlikte seçilmemiştir. Terk sebebine dayalı boşanma davasının kabul edilebilmesi için öncelikli şart davalı eşin haklı bir sebep olmadan en az dört aydan beri evlilik birliği dışında kalmasıdır. Tarafların birlikte seçtikleri (TMK. md. 186) veya Türk Medeni Kanunu'nun 188. maddesi şartlarının oluşması sebebiyle eşlerden birinin seçtiği, ya da hakim tarafından belirlenen (TMK. 195) hallerine uygun, oturmaya elverişli, bağımsız bir evleri yoksa, birlik dışında bulunan eşin bu davranışı haklı sebebe dayanır. Terk edilen eş (TMK. md. 164) diğerini yukarıda açıklanan kurallara uygun olarak ortak konuta çağırarak yükümlüdür. Çünkü ortak hayat bunu zorunlu kılar (TMK. md. 185/3). Bu itibarla kanunda gösterilen (TMK. md. 164) sürelerin başında tarafların kanuni koşullara uygun ortak konutunun olmadığı anlaşıldığından ihtar geçersiz olmakla, davanın reddi gerektiğinin düşünülmemesi doğru bulunmamıştır. ..." (YKD., C.32, S.3, 2006, s.374-375).

²³ Köprülü / Kaneti, 158-159; Şener, 90.

devam etmesi gerekir. Makul sürenin ne olacağı her somut olay için hâkim tarafından belirlenir (MK.m.2, 4)²⁴.

D) AYRILIĞIN EN AZ ALTI AY SÜRMÜŞ OLMASI

Kanunkoyucu, eşlerden birinin ortak konutu bırakıp gitmesi veya dönmesi gerekirken dönmemesi durumunda hemen dâva açılmasına imkân tanımamıştır. Dâva, diğer şartlar dışında, ancak belli bir süre geçtikten sonra açılabilir. Böyle bir süre öngörülmesinin sebebi, özellikle terk eden eşe düşünme ve değerlendirme süresi tanınmasıdır.

Medenî Kanununun 164. maddesinin birinci fıkrasına göre bu süre en az altı aydır. Yani, ayrılık *en az altı ay* sürmüş olmalıdır (MK.m.164/I,c.1). Altı ay asgarî süredir. Daha uzun bir süre bekledikten sonra da boşanma isteminde bulunulabilir. Buna karşılık, altı aylık süre dolmadığı sürece boşanma dâvası açılmaz. Altı aylık sürenin aralıksız (fasılasız) dolması gerekir²⁵. Eşlerden birinin aralıklı olarak ortak konutu terk etmesi ve bu terklerin toplam süresinin de altı ayı bulması terk nedeniyle boşanma dâvası açılmasına imkân vermez²⁶.

Ayrıca, dâvanın açıldığı dönemde ayrı yaşamının devam ediyor olması da gerekir. Bu nedenle, altı ay veya daha uzun süren bir ayrılığa rağmen eşler ortak hayatı sürdürmek maksadıyla²⁷ bir araya gelmişler ise, artık terk nedeniyle boşanma dâvası açılmaz. Eşlerin ortak konutta birleşmeleri o ana kadar işlemiş süreleri yok eder. Eş, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek maksadıyla ortak konuttan tekrar uzaklaşırsa, yeni bir altı aylık süre işler²⁸. Ancak, kendisine ihtar gönderilen eş süre kesmek için gelir ve daha sonra ortak konutu tekrar terk ederse ve bu birkaç defa tekrarlanırsa hakkını kötüye kullanmış (MK.m.2/II) sayılacağı için aleyhine boşanma dâvası açılabilir²⁹.

²⁴ Tekinay, 218-219.

²⁵ Köprülü / Kaneti, 159; Zevkliler / Acabey / Gökyayla, 989; Velidedeoğlu, 208.

²⁶ Feyzioğlu, 283.

²⁷ Zira, “ tarafların yeniden bir araya gelmeleri, aynı evde ortak hayatı kurmaları demektir. Bu da, rasgele buluşmalar, hattâ bir iki gün süren ziyaretlerle olmaz; hayat tecrübelerine göre ortak hayatın yeniden ve kararlı bir şekilde başladığı kabul edilemiyorsa, ayrılık sona ermiş değildir” (bkz., Tekinay, 220).

²⁸ Velidedeoğlu, 208; Akıntürk, 247; Zevkliler / Acabey / Gökyayla, 990; Öztan, 396; Dural / Ögüz / Gümüş, 112.

²⁹ Feyzioğlu, 283; Dural / Ögüz / Gümüş, 112.

743 sayılı eski Medenî Kanunun terk için öngördüğü asgarî süre *üç ay* idi³⁰. 4721 sayılı yeni Medenî Kanun bu süreyi altı aya çıkarmıştır. 4721 sayılı Kanunun süreyi iki katına çıkararak ve terk eden eşe biraz daha uzun düşünme süresi sağlayan tercihi isabetlidir.

E) İHTARDA BULUNMA

Terk nedeniyle boşanma dâvası açılabilmesi için, ortak hayatı bırakıp giden eşin uyarılmasına ihtiyaç vardır. Bu amaçla, dâva açmayı düşünen eş diğer eşe ihtarda bulunacaktır. Usulüne uygun bir ihtar yapılmadan açılan boşanma dâvası reddedilir³¹.

İhtar mahkeme aracılığıyla yapılır. Zira, MK.m.1/I,c.1, “*hâkim tarafından yapılan ihtar*”dan söz etmektedir. Dolayısıyla, eşin bizzat veya noter aracılığıyla yapacağı bir ihtar yeterli olmaz. Ayrıca, “*boşanma dâvası açmak için belirli sürenin dördüncü ayı bitmedikçe ihtar isteminde bulunulamaz*” (MK.m.164/II,c.3). Dört aylık ayrı yaşama süresi kesintisiz olmalıdır³². Buna karşılık, dört aydan daha uzun bir süre beklenebilirse³³ de, ihtarın altı aylık süre dolduktan sonra çekileceğini düşünmek yanlış olur³⁴. Öğretiye göre, MK.m.164/II,c.3’te öngörölmüş bulunan dört aylık süre mutlak nitelik taşıdığı için her hâl ve şart altında işler. Tatil günleri de süreye dahil edilir³⁵.

Bu konuda herhangi bir yer³⁶ aile mahkemesine başvurulabilir. Yani, ihtar boşanma dâvası açılacak mahkeme aracılığıyla gönderme zorunluluğu yoktur. Ancak, mahkemeye verilen dilekçenin sadece ihtar istemini içermesi gerekir; aynı dilekçe ile hem ihtar hem de boşanma dâvası açılmaz³⁷.

İhtar göndermesi için başvuru hâkimin terk nedeniyle boşanmanın şartlarını inceleyip inceleyemeyeceği hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre,

³⁰ Öğreti, kanunkoyucunun İsviçre Medenî Kanununa göre süreleri kısaltmış olmasını haklı bulmaktaydı (bkz., Fezyioğlu, 283).

³¹ Fezyioğlu, 284.

³² 2.HD. 12.2.1985, 1000/1313 (Şener, 190).

³³ Ancak, böyle bir durumda da terk nedeniyle boşanma dâvası açılabilmesi için ihtardan itibaren iki ayın geçmesi gerekir (bkz., Dural / Ögüz / Gümüş, 113).

³⁴ 2.HD. 16.7.3003, E.2003/9149 K.2003/10891 (YKD., C.30, S.1, 2004, s.40-42).

³⁵ Akıntürk, 247; Köprülü / Kaneti, 160.

³⁶ Akıntürk, 248; Köprülü / Kaneti, 163; Zevkliler / Acabey / Gökyayla, 992.

³⁷ Fezyioğlu, 289.

hâkimin böyle bir inceleme yetkisi yoktur. Somut olayda terkin şartlarının gerçekleşmiş olup olmadığı boşanma dâvasına bakan hâkim tarafından araştırılacaktır³⁸. İkinci görüş, en azından ihtar talebinin süresinde yapılmış olup olmadığını tespit etmek için böyle bir incelemenin yapılacağı kanısındadır. Aksi takdirde, ihtar talebiyle karşılaşan hâkimin noterden farkı kalmayacaktır³⁹. “... *hâkim, esaslı incelemeden yapacağı ihtarında ...*” ifadesini kullanan MK.m.164/II,c.1’in birinci görüşü tercih ettiği söylenebilir.

İhtarda, “*terk eden eşe iki ay içinde ortak konuta dönmesi gerektiği ve dönmemesi hâlinde doğacak sonuçlar hakkında uyarıda*” bulunulacaktır. Söz konusu uyarıları içermeyen bir ihtar usulüne uygun olmayacağı için boşanma dâvasına dayanak oluşturamaz. İki aylık süre ihtarın çağrılan eşe tebliğ edildiği tarihten itibaren işlemeye başlar ve mehlin bittiği ayda o güne karşılık gelen günün iş saatinin sonunda biter⁴⁰. İhtar süresinin bitiş gününün tatile rastlaması uzamasını sağlamaz⁴¹. Süre kesin olduğu için hâkim tarafından değiştirilemez⁴².

Uygulamada, ihtar gönderilen eşin ortak konuta dönebilmesi için gerekli tedbirlerin alınması da aranmaktadır. Bu tip tedbirlere örnek olarak,

³⁸ Akıntürk, 248-249; Zevkliler / Acabey / Gökyayla, 992; Dural / Ögüz / Gümüş, 113. İBK. 27.3.1957, 10/1 (RG. 9641; YİBK., Hukuk Bölümü, C.5, s.3).

³⁹ Feyzioğlu, 285-286; Tekinay, 221-222. Ancak, yine Tekinay’a göre, terk talebine muhatap olan yargıç, yapacağı incelemeyi sadece ihbar isteminde bulunan eşin dilekçesindeki beyana hasredecek, dilekçede terkin iki ayı geçtiği iddia ediliyorsa, artık ihtara karar verecektir. Buna karşılık, dilekçede yer alan iki aylık (4721 sayılı yeni Medenî Kanun m.164’e göre dört aylık) sürenin gerçekten geçmiş olup olmadığını araştırmayacaktır (bkz., age., 223). Böylece, mahkemeden, üç gün önce evi terk edip giden eden kocasına eve dönmesi, aksi takdirde boşanma dâvası açılacağı yönde bir ihtar gönderilmesini isteyen kadının talebi reddedilecektir.

⁴⁰ 2.HD. 28.4.1986, 2461/4419 (Şener, 171). Sürenin altmış gün olarak belirlenip belirlenemeyeceği tartışmaya açık ise de, altmış gün olarak öngörülmüş ise tebliğ günü sayılmadan hesaplanacağı ifade edilmektedir. Bkz., Öztan, 395. EMK.m.132’de yazılı bir aylık sürenin otuz gün olarak değiştirilemeyeceği hususunda bkz., 2.HD. 21.4.1993, 3387/4968 (Şener, 98); 2.HD. 11.2.1985, 799/1168 (Şener, 191); 2.HD. 20.9.1976, 5233/6363 (Şener, 202).

⁴¹ 2.HD. 11.6.1985, 5592/5765 (Şener, 184).

⁴² Köprülü / Kaneti, 162; Zevkliler / Acabey / Gökyayla, 991. 2.HD. 6.6.1989, 4103/5549 (Şener, 106); 2.HD. 11.2.1985, 799/1168 (Şener, 157); 2.HD. 15.5.1986, 4916/5148 (Şener, 169).

somut olayın özelliklerine göre, ulaşım masraflarının karşılanması, ortak konutun terk eden eşin dönmesine elverişli bir hâlde ve açık tutulması gösterilebilir⁴³.

İhtarın kendisinden beklenen sonucu yaratabilmesi için samimî olması da şarttır. Kötüniyetle (formalite icabı) yapılmış bir ihtar uymayan eş aleyhine boşanma dâvası açılmaz⁴⁴. İhtara uyararak ortak konuta dönen eşin kabul edilmemesi de ihtarı geçersiz kılar⁴⁵.

İhtar, kural olarak ortak konutu bırakıp giden eşin adresine yapılır⁴⁶. Ancak, adresi tespit edilemeyen bir eşe gönderilecek ihtarın ilân yoluyla yapılması da mümkündür (MK.m.164/II,c.2)⁴⁷.

Mahkemenin ihtar gönderme işlemi, uyuşmazlığın esastan görüşülüp karara bağlandığı nihaî nitelikte bir işlem değildir; yargısal açıdan bağımsız bir sonuç doğurmaz⁴⁸. Bu nedenle tek başına temyiz edilemez⁴⁹. Boşanma dâvası sonucunda verilen kararlar birlikte temyiz edilmesi ise mümkündür⁵⁰.

⁴³ Feyzioğlu, 288; Tekinay, 223-224; Köprülü / Kaneti, 163; Zevkliler / Acabey / Gökyayla, 992; Şener, 92-93. 2.HD. 11.11.1992, 10180/11089 (Şener, 99); 2.HD. 3.2.1993, 13280/778 (Şener, 102); 2.HD. 30.6.1992, 6254/7527 (Şener, 103).

⁴⁴ Dural / Ögüz / Gümüş, 113; Şener, 92. Örnekler için bkz., Köprülü / Kaneti, 161. 2.HD. 2.7.1993, 6184/6892 (Şener, 96); 2.HD. 11.5.1993, 850/4931 (Şener, 96-97); 2.HD. 31.3.1986, 3033/3344 (Şener, 149); 2.HD. 30.10.1986, 9079/9544 (Şener, 162); 2.HD. 10.4.1986, 3577/3836 (Şener, 172-173).

⁴⁵ 2.HD. 9.12.1991, 12828/15327 (Şener, 107-108); 2.HD. 1.10.1991, 9379/11880 (Şener, 109); 2.HD. 24.6.1986, 6104/6333 (Şener, 147); 2.HD. 24.6.1986, 6104/6333 (Şener, 167); 2.HD. 18.1.1986, 373/703 (Şener, 179).

⁴⁶ İhtar kararı, kural olarak terk eden eşe, yoksa kendisiyle birlikte oturan aile fertlerinden birine veya hizmetçisine yapılabilir (Tebliğat Kanunu, m.16). Bu yön tebliğin geçerlik şartı olduğu için, dâvalıyla birlikte oturmayan kıza yapılan tebliğat geçersiz olur. Bkz., 2.HD. 26.6.1986, 6269/6464 (Şener, 124). Aynı şekilde, köy imamına da tebliğat yapılamaz. Bkz., 2.HD. 31.3.1986, 3201/3343 (Şener, 126).

⁴⁷ İhtarın gerektiğinde ilân yoluyla yapılabileceğini öngören bu hüküm 743 sayılı eski Medenî Kanun m.132'de de mevcuttu ve öğreti 7201 sayılı Tebliğat Kanununun 28. maddesi varken bunun gereksiz olduğunu ifade etmekteydi (bkz., Tekinay, 225).

⁴⁸ Velidedeoğlu, , 210; Öztan, 395.

E) İHTARIN SONUÇSUZ KALMASI

İhtar alan eş, MK.m.164/II,c.3'te öngörölmüş iki aylık süre içinde ortak konuta dönerse artık boşanma dâvası açılmaz. Onun, ortak konuta dönmemesini haklı kılan bir nedenin bulunduğu hâllerde de durum aynıdır. Bu konuda ispat yükü kendisine ihtar gönderilmiş eşe aittir⁵¹. Ancak, öğretide⁵² ve uygulamada⁵³, haklı nedene dayalı terkte ayrı yaşamamanın makul bir süre için söz konusu olabileceği, yoksa hayat boyu ayrı yaşama hakkının kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir.

Mahkeme aracılığıyla gönderilen ihtar sonuçsuz kalabilir. Yani, ihtarın üzerinden en az iki ay geçmiş, ama buna rağmen uyarılan eş ortak konuta dönmemiştir (MK.m.164/II,c.3). Sadece ihtar semeresiz bırakmak suretiyle boşanma dâvasının açılmasını engellemek⁵⁴ veya çocuklarını görmek için gelip kısa bir süre sonra ortak konuttan ayrılan eş de ihtar üzerine dönmüş sayılmaz⁵⁵. Böyle bir durumda, ihtar gönderen eş terk nedeniyle boşanma dâvası açma hakkını elde etmiş olur⁵⁶. Şüphesiz, terk nedeniyle boşanma dâvası açma hakkının şartları oluşturulmaya çalışılırken başka bir boşanma nedeni yaratılmış, meselâ terk eden eşin zina yaptığı tespit edilmiş ise, buna dayanılarak da dâva açılabilir⁵⁷. Buna karşılık, hem öğreti hem de uygulamaya göre, eve dön ihtarından önceki olaylara dayanılarak terk dışındaki bir nedenle boşanma dâvasının açılması mümkün değildir. Zira, eve dön ihtarının gönderilmesi terkten önce gerçekleşmiş olayların boşanma nedeni olarak

⁴⁹ Tekinay, 223; Akıntürk, 249; Köprölü / Kaneti, 160. İBK. 27.3.1957, 10/1 (RG. 9641; YİBK., Hukuk Bölümü, C.5, s.3).

⁵⁰ Zevkililer / Acabey / Gökyayla, 992.

⁵¹ 2.HD. 12.5.1986, 4684/4894 (Şener, 170); 2.HD. 6.5.1986, 4512/4670 (Şener, 170).

⁵² Akıntürk, 249.

⁵³ 2.HD. 7.5.1992, 4923 /5323 (Şener, 103).

⁵⁴ 2.HD. 17.2.1986, 11181/1553 (Şener, 178).

⁵⁵ Zevkililer / Acabey / Gökyayla, 993; Öztan, 395-396.

⁵⁶ 2.HD. 4.7.1986, 5666/6820 (Şener, 165).

⁵⁷ Akıntürk, 249.

değerlendirilmediğini, söz konusu olaylara rağmen birlikte yaşama arzusunun devam ettiğini gösterir⁵⁸.

Kanunkoyucu, altı aylık sürenin dolmasından ve vaktinde gönderilen ihtarın semeresiz kalmasından sonra boşanma dâvasının açılabilceğini kabul etmiş, ama dâvanın hangi süre içinde açılacağı konusunda herhangi bir hüküm öngörmemiştir. Öğreti, terk eyleminin devam ediyor olması kaydıyla, terk nedenine dayanan boşanma dâvasının her zaman açılabilceğini ifade etmektedir⁵⁹. Şartlar bir kere gerçekleştikten sonra terk eden eşin ortak konuta dönmesi ya da dönme isteminde bulunması ihtar gönderen eşin boşanma dâvası açmasını engellemez⁶⁰. Dürüstlük kuralından (MK.m.2) kaynaklanabilecek istisnalar saklıdır.

IV- HÜKMÜ

Terk nedeniyle boşanma dâvası, eşlerden birinin yerleşim yeri veya dâvadan önce son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesinde açılır (MK.m.168). Görevli mahkeme aile mahkemesidir.

Boşanma dâvasına bakan hâkim, terk için aranan bütün şartların mevcut olup olmadığını kendiliğinden araştırmak zorundadır. İncelemesi sonucunda MK.m.164'ün aradığı şartların tümünün mevcut olmadığını görürse boşanma dâvasını reddeder; mevcut olduğunu tespit ederse boşanmaya karar verir. Onun, bu yüzden ortak hayatın temelinden sarsılmış olup olmadığını araştırma yetkisi yoktur. Zira, terk, daha önce de işaret edildiği üzere mutlak boşanma sebeplerindedir⁶¹.

V- SONUÇ

4721 sayılı yeni Medenî Kanunun terk nedeniyle boşanma dâvası açılabilmesi için geçmesi gereken asgarî süreyi üç aydan altı aya çıkarması isabetli olmuştur. Ancak, eşlerin düşünceleri ve barışma şanslarını artırmak için altı aylık sürenin de yeterli olmadığı, sürenin bir yıla çıkarılmasının uygun olacağı savunulabilir. Böylece, MK.m.166/III,c.1'deki bir yıllık süreyle de

⁵⁸ Bkz., Köprülü / Kaneti, 164-165; Şener, 94. 2.HD. 17.11.1986, 9105/10076 (Şener, 161-162); 2.HD. 3.6.1985, 5160/5393 (Şener, 184).

⁵⁹ Velidedeoğlu, 211; Feyzioğlu, 283; Zevkliler / Acabey / Gökyayla, 993; Dural / Ögüz / Gümüş, 112.

⁶⁰ Dural / Ögüz / Gümüş, 114. 2.HD. 2.7.1985, 4862/6242 (Şener, 183).

⁶¹ Tekinay, 228; Zevkliler / Acabey / Gökyayla, 993; Dural / Ögüz / Gümüş, 112. 2.HD. 10.3.1986, 2026/2487 (Şener, 175).

paralellik kurulmuş olur. Öğretide, 743 sayılı eski Medenî Kanun m.134'ün, 4.5.1988 tarih ve 3444 sayılı Kanunla değiştirilmesinden önce, terk nedeniyle boşanmanın anlaşmalı boşanmaya yol açabileceği ifade edilirdi⁶². MK.m.166/II,c.1, anlaşmaya dayalı boşanma için evliliğin en az bir yıl sürmüş olmasını şart koştuğu için, bir yıl beklemek istemeyen, ama başka bir boşanma nedeni de ortaya koyamayan eşlerin 4721 sayılı yeni Medenî Kanun döneminde de aynı yolu seçmeleri mümkündür. Asgarî ayrı yaşama süresinin en az bir yıla çıkarılması bu sakıncayı da ortadan kaldıracaktır.

KAYNAKÇA

Akıntürk, Turgut, Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2002.

Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, Aile Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1986.

Köprülü, Bülent / Kaneti, Selim, Aile Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1989.

Kuntalp, Erden, Mutlak Boşanma Nedenleri, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı (1925-1975), C.2, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara 1977, s.113-125.

Öztan, Bilge, Aile Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2004.

Şener, Esat, Uygulamada ve Teoride Her Yönü İle Boşanma, Ankara 1994.

Tekinay, Selâhattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 1990.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, Türk Medenî Hukuku, C.2, Aile Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 1965.

Zevkliler, Aydın / Acabey, M. Beşir / Gökyayala, K. Emre, Medeni Hukuk, 6. Baskı, Ankara 1999.

Zevkliler, Aydın / Havutçu, Ayşe, Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), 2. Baskı, Ankara 2003.

⁶² Bkz., Velidedeoğlu, 211; Feyzioğlu, 279.