

TÜRK HUKUKUNDA ZİNA SEBEBİYLE BOŞANMA DAVASI AÇISINDAN AF FORGIVENESS CLAUSE IN TERMS DIVORCE DUE TO ADULTERY IN TURKISH LAW

Av. Beyza DİKİCİ ÇELİK¹
Prof. Dr. M. Fahrettin ÖNDER²

ÖZET

Zina sebebiyle boşanma, Türk Medeni Kanunu'nda tanımına yer verilmeyen özel boşanma sebeplerinden biridir. TMK m. 161 hükmünde hak zina sebebi ile boşanma için yalnızca affeden tarafın dava hakkı olmadığı ve hak düşürücü sürelerle yer verilmiştir. Madde düzenlenmesinin zina sebebiyle boşanma konusunda bazı önemli ve güncel sorulara cevap verememesi konuyu tartışmaya açık hale getirmiştir. Zina sebebiyle boşanmanın koşullarının irdelenmesi de uygulama ve araştırmacılar bakımından dikkat çekici bir hale gelmiştir.

Türk Medeni Kanunu'nda açıkça, affeden tarafın dava hakkı olmadığı düzenlenmiştir. Bu husus, dava açma hakkını ortadan kaldırdığı için zina sebebiyle boşanma konusunda dikkatle irdelenmeli, koşulları ve hukuki niteliği bakımından diğer davayı sonlandıran hallerden ayırt edilmelidir. Affin ne anlama geldiği, hukuki niteliği, şekli ve koşullarının bilinmesi, zina sebebiyle boşanma davası hususunda uygulayıcı ve araştırmacılar bakımından kolaylık arz edecektir. Dolayısıyla çalışmada, kısaca zina sebebi ile boşanma ve dava şartlarına değinilecek ve son bölümde dava şartı olarak af koşulu üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Zina, Zina Sebebiyle Boşanma, Zina Sebebiyle Boşanmanın Koşulları, Zinanın Affi.

Jel Kodları: K15, K36

ABSTRACT

Divorce because of adultery is one of the special reasons for divorce that is not defined in the Turkish Civil Code. Only the pardoning party does not have the right to sue for divorce because of adultery and there are periods of deprivation of rights in Article 161 of the TPC. The fact that the regulation of the article cannot answer some important and current questions about divorce because of adultery has caused that the issue was opened to discussion. The examination of the conditions of divorce because of adultery has become important for practitioners and researchers.

The Turkish Civil Code clearly states that the pardoning party does not have the right to sue. It must be carefully examined in terms of divorce because of adultery, and it must be distinguished from other cases that terminate the lawsuit in terms of its conditions and legal nature because this issue abolishes the right to file a lawsuit. Knowing what pardoning means, its legal nature, form and conditions will provide convenience for practitioners and researchers in divorce because of adultery. For this reason, the conditions of divorce and lawsuit because of

¹ Isparta Barosuna bağlı Avukat, Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi, ORCID No: 0000-0002-4158-1273, av.beyzadikici@gmail.com, sorumlu yazar

² Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, ORCID No: 0000-0002-1808-5378, fahrettinonder@sdu.edu.tr

adultery will be briefly mentioned in the study, and the condition of amnesty as a condition of lawsuit will be emphasized in the last section.

Keywords: Adultery, Divorce Because Of Adultery, Conditions Of Divorce Because Of Adultery, Forgiveness Of Adultery.

Jel Codes: K15, K36

GİRİŞ

Evlenme, hukuk sistemi tarafından sonuç bağlanan medeni hukuk sözleşmesidir (Tüzüner, 2013:132). Sözleşmenin kurulması ile birlikte taraflar belirli yükümlülükler altına girmektedirler. Bu yükümlülüklerin en önemlisi ise Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 185 hükmünde belirtilen tarafların birbirine sadık kalmaları zorunluluğudur. Hüküm eşlerin birlikte yaşamasını, birbirlerine sadık kalmalarını ve birbirlerine yardımcı olmaları hususlarını düzenlemiştir (Gümüş, 2008;12). Manevi bağlılığın devamlılığını zedeleyecek türden davranışlar, cinsel sadakate aykırılık teşkil edebilecek davranışları kapsadığı gibi ekonomik ve duygusal sadakati ihlal edebilecek davranışları da kapsar. Sadakat yükümlülüğü TMK’da düzenlenen dürüstlük kuralının medeni hukukun bir dalı olan aile hukukundaki görünümüdür (Dural vd., 2019;161; Öztan, 2015:199).

Sadakat yükümlülüğüne aykırı davranıldığı takdirde eş boşanma talep edebilir. Boşanma ancak dava yoluyla talep edilir (Hatemi ve Kalkan Oğuztürk, 2018;113). Zina sebebiyle boşanma TMK m. 161 hükmünde özel boşanma nedeni olarak düzenlenmiştir. Fakat kanun zinanın ne olduğuna ilişkin herhangi bir tanım yapmaktan kaçınmış adeta hüküm içi boşluk bırakmıştır (Dede, 2017;645). Bu boşluk zamanla Yargıtay kararları ve doktrin görüşleri ile giderilmeye çalışılmıştır.

Zina sebebiyle boşanma konusunda diğer boşanma nedenleri ile ilişkisi, ispat sorunu, tazminat sorumluluğunda farklı çalışmalar yapılmıştır fakat af koşulu özelinde bir çalışmaya yer verilmemiştir. Bahsi geçen çalışmaların bazılarında sadece kanunda affeden tarafın dava açma hakkının olmayacağı belirtilmesi hususuna kısaca yer verilmiştir. Çalışmada zina sebebiyle boşanmanın dava koşullarından olan af üzerinde durulması çalışmanın orijinalliyi ve mahkeme uygulayıcılarına taraflar bakımından affin hukuki niteliği, şekli, zamanı konusunda yol göstermesi önemini ortaya koymaktadır.

Çalışma üç ana bölüme ayrılmış olup ilk bölümde konunun daha iyi anlaşılabilmesi için zina tanımı ve boşanma sebebi olarak zina üzerinde durulmuş, ikinci bölümde zina sebebiyle boşanma davasının affetme dışındaki koşulları detaylarına inilmeden belirtilmiş ve son bölüm asıl konumuz olan af koşuluna ayrılmış ve bu bölümde alt başlıklar altında şekli, hukuki niteliği, feragat ve vazgeçmeden farkı üzerinde durulmuştur.

Kanun metninde affeden tarafın dava açma hakkı olmadığı düzenlenmiştir. Burada düzenlenen affetmenin feragat sayılıp sayılmayacağı, şekilde gösterilebileceği, hukuki niteliği vs konularda Yargıtay kararlarından da yararlanılarak açıklamalarda bulunulacaktır. Zina sebebiyle açılan boşanma davalarında zinanın ispatı zor olduğu gibi davalı tarafça bu boşanma özelinde en çok savunma dayanağı olarak davacının davalıyı affetmesi kullanılmaktadır. Af koşulu, her durumda titizlikle incelenmesi gereken, yoruma açık bir husustur.

1. ZİNA NEDENİYLE BOŞANMA

1.1. Zina Kavramı

Zina TMK’da tanımlanmamıştır fakat doktrin, 13.03.1926 tarih 320 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmış 765 sayılı Ceza Kanunu ve mahkeme kararları ile tanımına dair açıklamalar yapılmıştır. Türk Dil Kurumu tanımı kısa ve yoruma açıktır. Türk Dil Kurumu tanımına göre zina, “*evlilik birliği içerisinde olmayan kişiler arasındaki cinsel ilişki*”yi ifade etmektedir. Doktrinde kabul gören bir tanıma göre de

zina, evlilik birliği içerisindeki taraflardan birinin, birliğin devamı esnasında karşı cinsten fakat eşi dışında biri ile cinsel birliktelik gerçekleştirmesidir (Belgesay, 1948:75; Köprülü ve Kaneti, 1985:157). Fakat bu tanım da bazı noksanlıklar içermektedir. Örneğin, aynı cinsten iki kişinin cinsel birlikteliği durumunun evlilik birliği içerisinde olan taraflar bakımından zina oluşturup oluşturmayacağı, cinsel birlikteliğin ne şekilde gerçekleştirilebileceği gibi hususlara cevap vermekten çok uzaktır. Diğer bir daha geniş tanıma göre zina; evli bir erkek ya da kadının, eşi olmayan karşı cinsten bir kimse ile bilerek ve isteyerek cinsel ilişkide bulunmasıdır (İnal, 1999:137).

Zinanın ne olduğunun madde düzenlemesinden tam olarak anlaşılabilmesi hususu belirli sıkıntılara neden olmaktadır. Örneğin aynı cinsiyetten iki kişinin cinsel ilişki kurması durumu cevapsız kalmaktadır. Aynı şekilde cinsel ilişkinin teşebbüs aşamasında kalması hususunun da zina sayılıp sayılmayacağı düzenlenmeden bir cevap bulamamaktadır. Bu hususa ilişkin farklı görüşler mevcuttur. Doktrinde bir görüş, zinanın dar yorumlanarak hazırlık aşamasının da zina sayılması gerektiği aksi halde boşanma sebebi olarak zinaya dayanmanın çok güç olduğu yönündedir (Gençcan, 2013:147). Diğer bir görüş de bir eylemin boşanma sebebi olarak zina sayılabilmesi, tam bir cinsel ilişki gerçekleşmesi durumunda olduğu yönündedir (Akıntürk ve Ateş, 2019:245; Schwarz; 1946:143; Ersöz, 2018:53). Yargıtay 2. Hukuk Dairesi de 23.9.1993 tarih 1993/7903 Esas 1993/7941 Karar sayılı kararında “*eylemin eksik kalkışma derecesinde kalması da zina sebebiyle boşanma için yeterlidir*” şeklinde vermiş olduğu karar ile teşebbüs halinde kalmış eylemin de zina sayılacağı yönünde görüş belirtmiştir (Sinerji, 2022). Yargıtay ve zinanın dar yorumlanması görüşünün daha uygun olduğunu belirtmekte fayda bulunmaktadır. Aksi halde zaten hâlihazırda zor olan zinanın ispatının ve TMK m. 161 hükmünün uygulama alanının daralacağı açıktır.

1.2. Boşanma Sebebi Olarak Zina

Boşanma, yasaların sonuç bağladığı ancak hukuk sistemi tarafından belirtildiği şekilde gerçekleştirilebilen ve evliliği sona erdiren durumlardan bir tanesidir. Türk hukukunda boşanma ancak mahkemeler aracılığı ile hakim kararıyla gerçekleşebilmektedir.

Boşanma, TMK’da evliliği sona erdiren sebeplerden biri olarak yer almış ve boşanma sebepleri de tek tek düzenlenmiştir. Doktrin, Kanun düzenlemesine genel ve özel boşanma sebepleri ayrımı ile yaklaşmaktadır. Genel boşanma sebebinde evlilik birliğinin temelinden sarsılması yeterli görülmektedir. Özel boşanma sebeplerinde ise davaya yahut boşanma sebebine ilişkin kanun tarafından belirli olguların varlığı aranmakta ve belli ispat şartları getirilmektedir (Ayan, 2007:41). Doktrin tarafından kabul gören ayrımı esas alarak boşanma sebeplerine kısaca değinmek gerekirse evlilik birliğinin temelden sarsılması, ortak hayatın kurulamaması ve anlaşmalı boşanma genel boşanma sebepleri iken; kanunda tek tek belirtilen ve özel şartlar gerektiren diğer sebepler yani zina, hayata kast, akıl hastalığı, suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme, pek kötü davranış, terk özel boşanma sebeplerindedir (Ergün Topçu, 2019:38).

Zina özel boşanma sebeplerindedir. Zinanın özel boşanma sebebi olması ise zina oluşturduğu iddia edilen eylemin, terditli olmaksızın, başkaca özel boşanma davası sebebine konu edilememesini ifade eder (Dede, 2017:645). Bu durumda zina olgusuna dayanarak boşanma davası açan tarafın zina olgusunu ispatlaması yeterlidir. Hakim ayrıca evlilik birliğinin çekilmez hale gelip gelmediğini araştırmakla yükümlü değildir. Boşanma sebebi olarak zina, TMK m. 161 hükmünde zina eylemi ile karşı karşıya kalan eşe dava açma hakkı vererek mevzuatımızda yerini almıştır. Diğer zina üzerine yapılan çalışmalarda da sıklıkla üzerinde durulduğu üzere TMK m. 161 hükmü bir tanım içermemektedir (Dural ve Sarı, 2022:839; Dede, 2017:647). Davaya açma hakkı tanınan tarafın dava açma süresi ve affeden tarafın dava açma hakkını kaybedeceği dışında bir husus da içermemektedir.

2. ZİNA SEBEBİYLE BOŞANMA DAVASININ ÖZELLİKLERİ

Zina boşanma sebebi, TMK genel hükümleri ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun (HMK)'da belirtilen usul kurallarına tabidir. Diğer davalar için gerekli olan şartlar zina sebebiyle boşanma davasında için de geçerlidir.

2.1. Davanın Tarafları

Bir davada davacı veya davalı olmak için taraf ehliyetine sahip olmak gerekir. HMK m. 50 hükmü medeni haklardan yararlanma ehliyeti olan herkesin taraf ehliyetine de sahip olduğu hususunu düzenlemiştir. Boşanma davasının tarafları evlilik birliği içerisinde olan ve boşanma talebinde bulunan kadın veya erkek davacı; kendisine karşı dava açılan taraf da davalıdır.

Zina sebebiyle boşanma davasında davacı, eşi kendisinden başka cinsel ilişkide bulunmuş ve bu sebeple boşanmak isteyen kadın veya erkektir. Davalı ise evlilik birliği içerisinde karşı cinsten fakat eşi dışında cinsel ilişkide bulunan olan eştir.

2.2. Davada Yetkili ve Görevli Mahkeme

Boşanma davalarında yetkili mahkeme TMK m. 168 hükmüne göre eşlerden birinin yerleşim yeri veya davadan önce son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesidir. TMK m. 168 hükmünde yer alan yetki kesin yetki olmayıp kamu düzenine ilişkin değildir. Yetkiye ilişkin itirazlar davalı tarafından ilk itiraz olarak ileri sürülmelidir. İlk itiraz olarak ileri sürülmediği takdirde mahkeme kendiliğinden yetkisiz olduğu kararını veremez.

Görev hususu bir uyuşmazlığın hangi mahkeme tarafından çözüme ulaştırılacağını ifade etmektedir. 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunu m. 4 hükmüne göre boşanma davalarında Aile Mahkemeleri görevlidir. Aile Mahkemelerinin bulunmadığı yerlerde asliye hukuk mahkemeleri, aile mahkemesi sıfatıyla boşanma davalarında uyuşmazlığın çözümünü sağlar. Görev kamu düzenine ilişkindir. Taraflar yargılamanın her aşamasında görev itirazında bulunabileceği gibi hakim de kendiliğinden görevsiz olduğuna ilişkin karar verebilir (Tanrıver, 2021:160).

2.3. Davanın Koşulları

2.3.1. Hukuken Geçerli Bir Evliliğin Olması

TMK m. 185 hükmüne göre evlenme ile eşler arasında evlilik birliği oluşur. Zina sebebiyle boşanma davası açılabilmesi için hukuken geçerli bir evlilik olmalıdır (Gençcan, 2013:116). Örneğin nişanlılık döneminde üçüncü kişi ile cinsel ilişki kurulması ya da evlilik birliği olmadan bir arada yaşanan ilişkilerde zina sebebiyle boşanma davası açılmayacaktır. Yine evliliğin yokluğu halinde de ortada geçerli bir evlilik olmadığından zina sebebiyle boşanma davası hatta herhangi bir nedenle boşanma davası açılmaz (Keskin, 2017:16). Evliliğin butlanla batıl olması halinde ise evlilik hakim kararı ile son bulacağından hakimin kararına kadar geçen süre içinde zina sebebiyle boşanma davası açılacaktır (Dural ve diğerleri, 2019:107) . Yargıtay da 07.11.1994 tarih 1994/10166 Esas 1994/10677 (Sinerji, 2022) Karar sayılı kararında benzer yönde hüküm vermiş, özetle evliliğin iptali ve zina sebebiyle boşanma davasının kademeli olarak birlikte açılmasında bir sakınca bulunmadığını belirtmiştir.

2.3.2. Evliliğin Devamı Sırasında Üçüncü Bir Kişi İle Cinsel İlişki Kurulması

Zina sebebiyle boşanma davası açılabilmesinin diğer bir şartı eşin evliliğin devamı esnasında üçüncü bir kişi ile cinsel ilişkide bulunmasıdır. Üçüncü kişinin cinsiyeti kanunda belirtilmemiştir. Bu hususta doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Doktrinde zinadan bahsedilebilmesi için cinsiyetlerin farklı olması gerektiği görüşü bazı yazarlar tarafından savunulmuştur (Helvacı ve Erlüle, 2021:170; Velidedeoğlu, 1965:168). Bu görüşe göre, eşlerden biri kendi cinsi ile cinsel ilişkiye girdiği takdirde haysiyetsiz hayat sürme, evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebepleri ile boşanma davası açılacaktır (Öztaş, 2015:647; Dural ve diğerleri, 2019:106). Yargıtay eski tarihli kararlarında

homoseksüel ilişkinin haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle boşanma kararına konu oluşturacağı yönünde hüküm kurmaktadır. Her ne kadar çoğunluk görüşü ve Yargıtay görüşü haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle dava açılacağı şeklinde olsa da bu görüşe katılmak günümüz şartlarına karşılık vermeyecektir. Kanunda açıkça düzenleme yapılmadığından burada zinanın geniş yorumlanması gerektiği, aynı cinsle cinsel ilişkinin de zina sebebiyle boşanma davasına konu edilebileceği, menfaat tartımı yapıldığı takdirde aile hayatı ve eşlerin birbirine karşı olan sadakat yükümlülüğünün korunmasının önemli olduğu hususunun göz ardı edilmemesi gerekmektedir (Gençcan, 2013:149; Doğu, 2019:88). Yargıtay da görüş değişikliğine gitmiş ve 2. Hukuk Dairesi 17.01.2017 tarih 2016/6730 Esas 2017/565 Karar sayılı vermiş olduğu kararında davalı erkeğin başka bir erkekle cinsel ilişkisi hususunda zina sebebiyle boşanma kararı veren İzmir 16. Aile Mahkemesi'nin 17/12/2015 tarih 2014/495 Esas 2015/844 Karar sayılı kararını onamış ve homoseksüel ilişkinin zina sebebiyle boşanma davasının konusu olacağı yönünde karar vermiştir (Sinerji, 2022) .

2.3.3. Üçüncü Kişi İle Cinsel İlişkiye Giren Eş Kusurlu Olmalı

Zina eyleminde bulunan eş, eylemini üçüncü kişi ile bilerek ve isteyerek gerçekleştirmelidir. Eylemi gerçekleştirirken ayırt etme gücü bulunmalıdır (Velidedoğlu, 1965:170; Helvacı ve Erlüle, 2021:170). Eş ayırt etme gücünü kendi isteyerek de kaybetmemiş olmalıdır. Örneğin kendi isteği ile alkol veya uyuşturucu madde alma sonrasında üçüncü bir kişi ile cinsel ilişkiye giren eşin kusurunun olmadığından bahsedilemeyecektir. Psikotrop madde (sinir sisteminde etkisini gösteren ve beynin işlevlerini değiştirerek algıda, ruh hâlinde, bilinçlilikte ve davranışta geçici değişikliklere neden olan kimyasal maddeler) ile bilincinin kaybedilmesi durumunda bu maddede kullanımı öncesi hareketlere, bu maddenin kullanıldığı ortama bakmak gerekir (Erdem ve Makaracı Başak, 2022:102). Fakat eşin habersiz alkol veya uyuşturucu madde alması, cinsel saldırıya uğraması, şiddet görmesi durumunda artık eşin iradi hareket ettiğinden bahsedilemeyecek ve kendisine kusur yüklenemeyecektir (Akıntürk ve Ateş, 2022:199).

2.3.4. Zina Sebebiyle Boşanma Davası Açma Hakkı Sona Ermemiş Olmalı

TMK m. 161 hükmüne göre zina sebebiyle boşanma davasını açmaya hakkı olan eş, sebebi öğrenmeden itibaren altı ay ve her hâlükârda beş yıl içinde bu davayı açmalıdır. Bu süreler hak düşürücü sürelerdir. Taraflar, hak düşürücü süre hususunu öne sürmemiş olsa dahi hakim, süreyi kendiliğinden dikkate alacaktır. Sürelerin kesilmesi veya durması da söz konusu değildir.

Zina eylemi birden fazla kez gerçekleşmişse düzenlemede geçen altı aylık süre her eylemden sonra başlayacaktır. Hüküm düzenlenmesinde yer alan süre şüphe duyulan tarihten değil eylemin tam ve kesin olarak öğrenildiği tarihten itibaren başlayacaktır. Bahsi geçen beş yıllık süre ise zina fiilinin gerçekleşmesinden itibaren başlayacaktır. Fakat kanunda belirtilen bu süreler, zina eylemin sebep gösterilerek başkaca bir sebepten boşanma davası açılmasına engel teşkil etmeyecektir. Süreler dolduktan sonra zina eylemi sebep gösterilerek evlilik birliğin temelinden sarsılması hususu ile dava açılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır (Tekinay, 1971:203).

Kanun düzenlenmesinde son olarak affeden tarafın dava açamayacağı yer almıştır. Çalışma konusunun temelini oluşturduğundan af koşulu ayrı bir bölüm olarak ele alınacaktır.

3. ZİNA SEBEBİYLE BOŞANMADA AF KOŞULU

Af, zina düzenlemesi olan TMK m. 161 hükmü 3. fıkrasında dava açma hakkını ortadan kaldıran bir koşul, bir kurum olarak düzenlenmiştir. Fakat bu maddenin düzenleniş şeklinde ne şekilde ortaya konulacağı, geçerlilik koşulları gibi hususlara yer verilmemiştir.

3.1. Zina Sebebiyle Boşanmada Af Kavramının Hukuki Niteliği

Af, niteliği itibariyle kişiye sıkı sıkıya bağlı, temsilci ile yerine getirilemeyen, tek taraflı irade açıklamasıyla sonuç doğuran bir kurumdur (Dündar, 1984:21). Doktrin kabulüne göre af; kabahat veya kusur içeren bir eylemden sonuç çıkarılmamasına ilişkin düşünce ve duyguların ortaya konulmasıdır (Saymen ve Elbir, 1960:245; Öztan, 2015:652). Hukuk düzeni istisnalar dışında kişilerin duygu ve düşünce açıklamalarına sonuç bağlamamaktadır (Kılıçoğlu, 2022:95). Af da esasında bir duygu açıklaması olmakla birlikte bu istisnalardan biri olmaktadır. Hukuk düzeni af duygu açıklamasına boşanma bakımından TMK m. 161 hükmü ile sonuç bağlamıştır (Antalya ve Topuz, 2017:176). Affin iki unsuru vardır ve ister sarıh ister zımni yapılsın affın kişinin ruhen çektiği acıyı yendiği ve bu evliliği devam ettirdiği anlaşılmalıdır (Öztan, 2015:226; Gençcan, 2013:168).

Hukuk düzeni affın saiki ile ilgilenmemektedir (Ateş, 2006:2735). Af duygusal bir sebeple örneğin zina davası açmaya hakkı olan tarafın eşini sevmesi, vazgeçememesi sebebiyle açıklanabilir. Mantıksal bir sebeple, örneğin dava hakkı olan tarafın küçük çocukları olması ve boşanma durumunda maddi zorluk çekeceğini anlaması sebebiyle yapılabilir. Dini bir sebeple de örneğin boşanmayı dinen günah olarak kabul ediyor olması sebebiyle yapılabilir. Hangi sebeple yapıldığı geçerliliğini etkilememektedir.

Zina eyleminde bulunan eş affedilmeyi kabul etmese dahi hukuk sistemi af irade açıklamasına sonuç bağlar ve irade açıklamasında bulunan tarafın dava açma hakkını düşer (Gençcan, 2013:150). Bununla birlikte zina sebebiyle boşanma davasında affetme zina sebebiyle boşanma davasını açmaya engel olmakla birlikte affeden tarafın evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebi ile dava açıp açamayacağı hususu akla gelmektedir. Dava açılıp açılmayacağı hususunda Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 10.10.2012 tarih, 2012/4651 Esas 2012/24156 Karar sayılı kararında, zina sebebiyle evi terk edip müşterek hayatın yeniden kurulduğu bir olaya ilişkin af beyanı da varsa her iki sebeple de açılan davanın reddedilmesi gerektiğine dair karar vermiştir (Sinerji, 2022). Bu kararda yeni olaylar meydana gelmediği durumda affedilen olayların taraflara kusur olarak yüklenemeyeceği hususunu özellikle vurgulamıştır. Bahsi geçen karar doğrultusunda zina eyleminin affedildiği süreçte aynı eylem için evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle de dava açılmayacağı hususu anlaşılmaktadır.

3.2. Zina Sebebiyle Boşanmada Af Koşulunun Şekli

Zina sebebiyle açılmış olan bir boşanma davasında davalı taraf eğer davacı tarafın kendisini affettiğini düşünüyor ise düşüncesine dayanarak savunma yapması ve af niteliğinde olan hususları dile getirmesi gerekmektedir. Ayrıca affedilme hususu bakımından ispat yükü yer değiştirecek ve davalı taraf affa ilişkin iddia ettiği hususları ispat yükümlülüğü altına girecektir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 02.10.2019 tarih, 2019/5322 Esas 2019/9539 Karar sayılı kararında evlilik birliği içerisindeki taraflardan birinin başkası ile mesajlaşması üzerine güven sarsıcı harekette bulunan tarafın pişman olması üzerine tarafların konuşmak için bir araya gelecekleri akşam davacı tarafın ailesinin evine gittiği olayda tarafların bir araya gelmesi için konuşmasının af olarak nitelendirilemeyeceğini, bu durumda affetme iddiasının ispatlanmadığı hususunda karar vermiştir (Sinerji, 2022).

Af, madde düzenlemesinde herhangi bir şekil şartına tabi tutulmamıştır. Hukuki sonuç doğurması bakımından sözlü ifade edilebileceği gibi yazılı da ifade edilebilir (Kılıçoğlu, 2022:95). Af, alenen diğer bir deyişle açık şekilde yapılabileceği gibi örtülü bir şekilde de yapılabilir. Yani evlilik birliğinin devamı sırasında eşlerden birinin zina gerçekleştirmesi durumunda diğer eşin bu durumu affettiğini açık ve yazılı bir şekilde beyan etmesi ile davranışları ile bunu ifade etmesi arasında hukuken bir fark bulunmamaktadır. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 28.12.2011 tarih, 2011/1886 Esas 2011/23841 Karar sayılı kararında eşin farklı tarihlerde diğer eşe attığı mesajların içeriği incelendiğinde eşin diğer eşini affettiği anlaşıldığından affeden tarafın dava hakkının bulunmayacağı hususunu belirterek affin mesajlaşmada eşini sevdiğini, özlediğini belirtmek gibi aşıkane konuşmalar şeklinde örtülü hareketlerle de ifade edilebileceği hususunu vurgulamıştır (Sinerji, 2022). Affin sarıh şekilde yapılmadığı durumlarda eşin affettiğine dair emareler yeterlidir (Oğuzman ve Öz, 2017:132). Mahkemelerde de esasen zımni anlatım sorun teşkil etmektedir. Zina sebebiyle boşanma davasında zina olgusuna dayanan eşin zina fiilini ispatlaması gerekirken, zina eyleminin varlığını kabul edip davacı eşin kendisini affettiğini ileri süren

davalı eş de davacının kendisini affettiğini ispatlaması gerekecektir. Affetme durumunu ispat için herhangi bir yasal sınırlama bulunmamaktadır. Her türlü delille ispat edilebilir. Ancak af sarıh şekilde değilse hakim dikkatli incelemesi ve çıkarımında bulunması gerekecektir.

Eşin kendini affettiği iddiasına dayanıp boşanma davası hakkı olmadığını ileri sürmesi hususunda müşterek hayata devam etmek, müşterek çocuklar sebebiyle aile konutunu terk etmemek gibi durumların mutlak surette af niteliği taşımadığı görüşü de doktrinde ifade edilmiştir (Dural ve diğerleri, 2018:109; Ersöz, 2018:90). Eşlerin aynı evde yaşaması yanında karı koca hayatı sürmeye devam etmesi, birlikte çekilen fotoğrafları sosyal medya aracılığı ile paylaşması, cinsel hayatlarının devamı, beraber seyahate çıkmaları gibi eşin affettiğine delalet eden emarelerin de bulunması gerekmektedir (Helvacı, 2021:1159). Doktrinde zina eyleminden haberdar olan ve buna sessiz kalan aynı sevgi ve ilgiyi barındıran eylemlere devam edilmesi durumunun af olarak nitelendirilebileceği hususlarına da yer verilmektedir (Öztañ, 2015:652; Ersöz, 2018:91).

Eşin bir daha zina eylemi gerçekleştirmemesi şartı ile diğer eş affetmesi durumunda beyanın af niteliğinde sayılması gerekip gerekmediği hususuna değinecek olursak af kayıtsız şartsız irade açıklaması içermelidir. Burada eşin şarta bağlı olarak af açıklamasında bulunduğu bu sebeple hükümsüz olduğu akla gelebilecekse de beyan açıklamasında bulunan taraf belirli hususun gerçekleştirilmesi şartıyla af beyanında bulunmamıştır. Esasında koşulsuz şartsız affetmiştir fakat bir daha gerçekleşmesi durumunda affetmeyeceği hususunu vurgulamıştır. Belirtilen husus dikkate alınacak olursa açıklaması sonuç doğuran ve af niteliğinde bir beyan olacaktır (Tekinay, 1971:204; Gençan, 2013:153).

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 15.12.2010 tarih, 2009/19942 Esas 2010/21140 Karar sayılı kararında, kocanın evde yokken eşinin eve yabancı bir erkeği aldığını bilmesi ve buna rağmen evlilik birliğini karı koca hayatı şeklinde devam ettirmesi üzerine bu hareketin affetme olarak nitelendirilebileceğini belirtmiştir (Sinerji, 2022). Affeden tarafın dava hakkı da olmaması sebebiyle zina sebebiyle boşanma davasının reddedilmesi gerektiği yönünde görüş bildirmiştir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 25.04.2013 tarih, 2012/26115 Esas 2013/11574 Karar sayılı kararında zina eyleminde bulunan eşin evden ayrıldıktan sonra aldatılan eşin, zina eyleminde bulunan eş ile görüşmeye ve eve dönmesi için konuşmak istemesi durumunda eşin sırf görüşmek için gitmesinin af niteliğinde sayılmadığını ifade etmiştir (Sinerji, 2022). Bahsi geçen olayda zina sebebiyle boşanma kararının kabulü gerektiğine ilişkin hüküm kurmuştur.

Zina eylemini öğrenen fakat eşini affettiğini bildirmeden dava açmayacağını bildiren eşin bu beyanın af niteliğinde olup olmadığı hususunda beyanın af sayılmadığını belirtmek gerekir. Sıklıkla üzerinde durulduğu üzere af eğer açık şekilde beyan edilmiyor ise yoruma muhtaçtır ve detaylı incelenmelidir. Eş, çocuklarının geleceği, maddi geçimsizlik sebebiyle hatta ve hatta aldatma eylemine katılan üçüncü şahsa karşı kişisel kin ve öç alma duyguları ile boşanma davası açmayacağını bildirmiş olabilir. Dava hakkı olan eşin beyanından sonra ortak hayatın tekrar kurulup kurulmadığı, karı koca hayatı yaşanıp yaşanmadığı hususları incelenmelidir. Dava açmayacağına ilişkin beyan açıklamasında bulunan aldatılan eşin, dava açmadan önce feragat hakkını kullandığı bu sebeple söz konusu beyanın geçersiz olduğu görüşü de öğretilde mevcuttur (Berki, 1974:93).

3.3. Zina Sebebiyle Boşanmada Affin Geçerlilik Koşulları

Af, özgür bir iradeyle tamamlanmış bir eyleme karşı yapılmalıdır. Yani af açıklamasında iradeyi sakatlayan hallerden (aldatma, hata, hile, korkutma vs.) biri mevcutsa hukuken geçerli bir af olduğu kabul edilemez. Örneğin aldatma eyleminde bulunan eşin böyle bir durum olmasa dahi kendisine ayırt etme gücünden yoksun bırakacak şekilde ilaç verildiği gibi gerçeğe aykırı beyanlarda bulunarak iradesini sakatladığı eşinin af irade açıklaması bu durumun daha sonra anlaşılması ve ispatlanması durumunda geçerli değildir. Aynı şekilde aldatılan eşin tehdit yoluyla iradesinin sakatlanarak af açıklamasında bulunmasının sağlandığı durumda da affa yönelik irade beyanı geçersiz sayılmalıdır (Oğuzman; 2001:132).

Af, gerçekleşmiş, tamamlanmış ve sonradan öğrenilmiş bir zina eylemine karşı yapılmalıdır. Farklı bir anlatımla af beyanı geleceğe dönük rıza açıklaması şeklinde olamaz. Zinaya muvafakatin geçerli olup olmadığı da tartışma konusu olup ayrıca bir araştırmanın konusunu oluşturabilecek niteliktedir (Ersöz, 2018:91). Doktrinde eşin zinaya teşvik edildiği durumda boşanma davasının açılmayacağı görüşü mevcuttur (Velidedeoğlu, 1965:198). Fakat Yargıtay kararları ve genel kabule göre zinaya önceden muvafakat ahlaka aykırı bir durum olacağından geçersizdir (Çırak, 2020:23).

Af açıklaması, gerçekleşmiş bir eyleme yönelik yapıldığından bu açıklamadan sonra gerçekleşecek eyleme karşı tarafların dava açma hakkı mevcuttur. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi de 07.07.2014 tarih, 2014/14988 Esas 2014/15758 Karar sayılı kararında zina sebebiyle açılan boşanma davasında aldatılan eşin af beyanı bulunması ve bu beyandan sonra tekrar bir zina eylemi gerçekleştiğinin ispatlanamaması hükmü ile bu görüşte olduğunu vurgulamıştır(Sinerji, 2022) .

Şekil şartında üzerinde durulduğu gibi af zımni ya da sarih şekilde olabileceği gibi eşe yönelik açıklanması ile üçüncü şahıslara açıklanması arasında da sonuç doğurması bakımından bir fark bulunmamaktadır (Gençcan, 2013:150). Fakat aldatılan eş, bu hususla ilgili bir kararsızlık yaşıyorsa ve affetme durumunu üçüncü şahıslara fikir almak amacıyla açıklamışsa burada irade açıklanması tamamlanmadığından açıklamanın af niteliğinde olduğu söylenemeyecektir.

3.4. Af Açıklaması, Feragat ve Vazgeçme İlişkisi

Davadan feragat, HMK m. 307 hükmünde tanımlama suretiyle yer almıştır. İlgili hükme göre davadan feragat, davacının açmış olduğu davanın talep sonucundan tamamen veya kısmen vazgeçmesi olarak tanımlanmıştır (Mevzuat, 2022). Feragat kanun düzenlemesine göre yazılı veya yargılama esnasında sözlü olarak yapılabilir. Feragat hüküm kesinleşinceye kadar her aşamada da yapılabilir. Feragat dava açıldıktan sonra gerçekleştirilen bir talep sonucundan vazgeçme olup karşı tarafın kabulüne de bağlı değildir.

Davadan vazgeçme diye belirttiğimiz davanın geri alınması ise HMK m. 123 hükmünde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre hüküm kesinleşinceye kadar dava geri alınabilir fakat karşı tarafın açık rızası gerekmektedir (Mevzuat, 2022). Affetme ise TMK m. 161 hükmünde zina sebebiyle boşanmada affeden kişinin dava açma hakkının olmadığı şeklinde düzenlenmiştir.

Affetme, feragat ve davadan vazgeçme temelinde aynı husus gibi görünse de düzenlenme şekilleri, sonuçları, irade açıklama şekilleri olarak farklılıklar barındırmaktadır (Eren ve Gonca, 2022:30). Şöyle ki; affetme, davadan feragat gibi algılansa da aslında feragat sonucu doğuran bir irade açıklamasıdır. Feragat açılmış bir davanın talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçme iken af açıklaması dava açma hakkına engel olan bir durumdur. Feragat açılmamış bir davadan önce yapılamaz. Kazanılmamış bir haktan vazgeçilemeyeceği evrensel bir ilke olarak kabul görmekte ve bu sebeple bir davayı açmadan feragat açıklamasının geçersiz olduğu üzerinde görüş birliği bulunmaktadır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 14.10.1997 tarih, 1997/4264 Esas 1997/7002 Karar sayılı kararında da bir haktan daha doğmadan vazgeçilmeyeceği evrensel ilkesine vurgu yapmış, bir alacak davası ile ilgili davalının daha önce miktara itiraz etmeyeceği, dava açmayacağı beyanlarının feragat sayılması şeklinde kurulan hükmün bozulmasına karar vermiştir (Sinerji, 2022). Aynı şekilde Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 11.10.2004 tarih, 2004/6611 Esas 2004/14120 Karar sayılı kararında da doğmamış haktan feragat edilemeyeceği hususunu vurgulamıştır (Sinerji, 2022).

Feragat yazılı veya dava esnasında sözlü şekilde gerçekleştirilebiliyorken af açıklaması için herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Af açıklamasının yargılama esnasında olmasına gerek olmadığı gibi sarih bir şekilde yapılmasına dahi gerek yoktur. Eşe veya üçüncü kişiye bildirilebileceği gibi aldatılan eşin davranışlarından da anlaşılabilir.

Zina sebebiyle boşanmada affetme hususu feragatten farklı olduğu gibi davanın geri alınmasından da farklıdır. Davadan vazgeçmenin geçerlilik şartı dava esnasında davacının vazgeçmesi ve bunun karşı tarafa açıkça kabul edilmesidir. Fakat muvafakat veren kişi daha sonra aynı dava ile karşılaşabilecektir.

Affetme durumunda karşı tarafın kabul etmesi geçerlilik şartı değildir, tek taraflı irade açıklaması yeterlidir. Daha önce üzerinde durulduğu üzere affetme dava açılmadan önce gerçekleşmiş yani dava açma hakkını elinden alan ya da dava esnasında açıklanabilecek bir duygu açıklamasıyken vazgeçme açılmış bir davanın sonuçlarından vazgeçme şeklindedir.

Affetme koşulları incelendiğinde, dava hakkını düşüren bir durumken dava açıldıktan sonra da gerçekleşebilen bir durumdur. Dava açıldıktan sonra aldatılan eşin affedilmesinin davadan feragat niteliğinde olduğu söylenebilir. Zira her iki durum da karşı tarafın kabulüne bağlı olmayıp talep sonucundan vazgeçmektir. Fakat feragat kısmi feragat şeklinde olabileceken affetme kısmi şekilde gerçekleşmemektedir.

Affetme durumunda buna dair olguların mevcut olması ve bunu iddia eden tarafın bunu delillerle ispatlaması gerektiği hususunu belirtmiştik. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 11.10.2017 tarih, 2016/13152 Esas 2017/10906 Karar sayılı kararında yerel mahkemenin davacı tarafın affetme yani barışma iradesinden sonra açılan boşanma davasını reddettiği bir olayda, “*Affin kabul edilebilmesi için affi gösterir fiili bir tutum ve davranışın gerçekleşmiş olması gerekmekte olup ayrıca af olgusunu iddia edenin bunu somut delillerle kanıtlaması gerekir*” görüşüyle tarafların çocukları için bir araya gelmesinin aldatan tarafın affedildiğine dair kanaat oluşturmayacağını vurgulamıştır (Sinerji, 2022) . Diğer taraftan davadan vazgeçme veya feragat durumunda davalı tarafın herhangi bir ispat faaliyetinde bulunmasına gerek yoktur.

Affetme durumunda aldatılan eşin zımni ya da sarih açıklama veya davranışlarına dayanılarak genelde davalı tarafça savunma oluşturulur ve ispat faaliyetlerinde bulunulurken; feragat ve vazgeçme durumunda davalı tarafın ispat veya savunma faaliyetinde bulunması gibi fiili bir durumu bulunmamaktadır. Zira feragat ve vazgeçme durumunda, açılmış davadan davacı tarafın tam veya kısmi talep sonucunu istememesi söz konusudur.

Davadan feragat tam veya kısmi şekilde gerçekleşebilirken affetme durumu kısmi şekilde gerçekleşemez. Zina sebebiyle boşanma davasında affedilen durum eşin zinası yani davaya temel olan olgu ve olaylardır (Ersöz; 2018:91). Affetme durumunda ve feragatte bu beyanda bulunan taraf yeni olaylar meydana gelmeden aynı sebeple dava açamazken vazgeçme durumunda davalı taraf aynı dava ile yeniden karşılaşabilmektedir.

3.5. Karşılıklı Zina Durumunun Af Sayılıp Sayılmayacağı Hususu

Eşlerden birinin zina eyleminde diğer eşin zina sebebiyle boşanma davası açma hakkı vardır. Fakat bir eş zinada bulundu diye bu durum diğer eşe de zina yapma hakkı tanımaz. Yani zinalar takas edilemez (Akıntürk ve Ateş, 2022:247; Gençcan, 2013:139). Her eşin diğer eşin zinasından dolayı zina sebebiyle boşanma davası açma hakkı mevcuttur. Her ikisi bakımından affetme ayrı ayrı sonuç doğuracaktır fakat af açıklamasının her durum özelinde değerlendirilmesi gerektiğinden, eşin eve getirmek için görüşmeye gitmesinin affetme olarak kabul edilemeyeceğini, daha sonraki durumların da incelenmesi gerektiğini hükme bağlanır. Her iki eşin de zinada bulunmasından sonra karşılıklı açılan davalarda bir tarafın affettiğini beyan etmesi buna karşılık diğer tarafın davasına devam etmesi durumunda her iki taraf bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapılacaksa da af irade açıklamasından sonra ortak hayat kurulamayacağından af olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hakimnin takdirindedir. Bu durumda bir tarafın davasından feragat ettiği de düşünülebilir. Birinin zinası karşı taraf için yönlendirme, tahrik gibi düşünülmez. Zira zinanın herhangi bir sebebi olamaz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi de 25.03.1976 tarih, 1976/2401 Esas 1976/2611 Karar sayılı kararında “eşlerin her ikisinin de zina yapmış olmasına rağmen boşanma imkanı verilmesinin iki tarafın da eşit kusurlu olması sebebiyle olduğunu” vurgulamıştır (Sinerji, 2022). Dolayısıyla bir tarafın zinası diğer eşe zina yapma hakkı vermediği gibi bir tarafın zinasına karşı zinada bulunanın hareketi de affettiği anlamı taşımamaktadır. Fakat eğer bu duruma karşı her iki taraf da dava açıyor ve karı koca hayatına devam ediyorsa olay bazında değerlendirme yapılarak tarafların affettiği anlamı çıkarılabilecektir. Aksi durum hakkın kötüye kullanılmasına yol açabilecektir.

3.6. Affin Manevi Tazminat İstemine Etkisi

Aldatılan eşin boşanma davası açmayacağını karşı tarafa bildirmesi ve boşanma davası açmadan manevi tazminat isteminde bulunup bulunamayacağı hususu da açıklığa kavuşturulması gereken hususlardan biridir. Boşanma durumunda zarara uğradığını ileri süren taraf TMK m. 174 hükmü uyarınca karşı taraftan bunun giderilmesini isteyebilir. İlgili hükmün ilk fıkrası maddi tazminat istemine ikinci fıkrası da manevi tazminat istemine ilişkin düzenlemeleri içermektedir. İkinci fıkraya göre “*Boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevi tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir* (Mevzuat, 2022).” Madde 174 hükmü herhangi bir boşanma sebebine atıf yapmadığından zina sebebiyle boşanmada da bu hüküm uyarınca tazminat talep edilebilecektir. Fakat af duygu açıklamasında bulunan tarafın iradesinin boşanmanın mali sonuçlarından olan manevi tazminat hükmünü de kapsayıp kapsamayacağı hususunda muğlaklık bulunmaktadır. Doktrinde bazı yazarlar hüküm lafzında boşanmaya sebep olan olaylar vurgusu yer aldığından boşanmanın gerçekleşmesi gerektiğini belirtmektedir (Kılıçoğlu, 2022:131; Ceylan, 2022:61). Bu görüşe göre affetme boşanmanın tüm sonuçlarını da kapsadığından affeden tarafın manevi tazminat isteme hakkı da bulunmamaktadır. Bununla birlikte öğretide manevi tazminat istemi için boşanmanın gerçekleşmesinin gerekmediği bu sebeple de affeden tarafın da manevi tazminat isteminde bulunabileceğine dair görüş mevcuttur (Çetiner, 2016:516). Kanunun düzenleme sistematigi dikkate alındığında TMK m. 174 hükmünün boşanma sonucu olarak düzenlendiği görüşüne katılmak gerekecektir. Bu görüşe göre eşini affeden taraf TMK m. 174 hükmü uyarınca manevi tazminat isteminde bulunamayacaksa da teorik olarak TBK m. 58 hükmü kapsamında tazminat istemesinin önünde hukuken bir engel bulunmamaktadır. Bu durumda manevi tazminat isteminde bulunan taraf TMK m. 161 3. fıkra düzenlenmiş affetme durumuna takılmayacaktır. Fakat af açıklamasından sonra manevi tazminat istenmesi durumunun hakkın kötüye kullanılması olarak yorumlanabileceği de doktrinde Serozan (2016:453) tarafından ileri sürülmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 24.09.2008 tarih 2008/571 Esas 2008/561 Karar sayılı kararında açıkça affedilen olaylar bakımından manevi tazminata hükmedilmeyeceği ile ilgili görüşünü belirtmiştir. Yargıtay ve doktrin görüşleri belirtilen şekilde olmakla birlikte af irade açıklaması zina eylemine yöneliktir. Feragat olarak kabul edilemeyecektir. Boşanma davasına sebep zina eylemi iken manevi tazminat istemine sebep de zina eylemdir. Bir davayı açmayı engelleyen irade açıklamasının diğer davayı da etkileyeceği aşikardır. Bu halde manevi tazminat isteminde bulunulmasının hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edildiği görüşün daha doğru olduğunu belirtmek gerekir.

3.7. Zina Sebebiyle Boşanma Davası ve Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Davasının Birlikte Açılması Durumunda Af

Eşlerden biri zina ederse diğer eş münhasıran zina sebebiyle boşanma davası açabileceği gibi evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle veya her iki davayı birlikte açabilir (Gençcan, 2013:178). Her iki dava birlikte açıldığı takdirde aile mahkemesi her iki sebep hakkında ayrı ayrı hüküm kurmalıdır. Fakat davacı tarafından sebepler terditli olarak ileri sürüldüğü takdirde asli talep için hakim esastan ret vermedikçe feri taleple ilgili hüküm kuramaz (Gençcan, 2013:184). İki davanın birlikte ikame edildiği durumda zina eylemine ilişkin af beyanı varsa aynı sebepten evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle boşanma hükmü kurulup kurulamayacağı hususunun açıklanmasında fayda vardır. Esasında manevi tazminatın zina eylemi affedildikten sonra talep edilmesi ile ilgili görüşler burada da geçerli olacaktır. Sadece zina eylemine dayanılarak her iki davanın birlikte açıldığı durumda hüküm kurmaya sebep başkaca olaylar mevcut değilse zina eylemine dayanılarak zina sebebiyle boşanma davası reddedilip evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle boşanmaya hükmedilemeyecektir (Kılıçoğlu, 2022:131). Boşanmaya sebep başka olaylar mevcut ve dava terditli açılmamışsa af iddiasında bulunan taraf hangi olayların affedildiğini ispat yükümlülüğü altındadır. Zina eylemi affedilmiş ve bu ispatlanmışsa zina sebebiyle boşanma talebi reddedilecek diğer olaylar özelinde boşanma hususunda hüküm kurulabilecektir.

Davanın terditli açılması durumunda asli sebep evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebi ise asli sebep esastan reddedilmedikçe zina sebebiyle boşanma talebine geçilemeyecektir (Ceylan, 2016:61; Gençcan 2013:250; Öztan, 2015:262). Fakat TMK m. 161 hükmünde düzenlenmiş olan af dürüstlük kuralının bir görünümü olduğundan boşanma talebine esas olaylar aynı olduğu sürece talepler terditli de olsa affedilen olaylar sebebiyle boşanma talep edilemeyecektir. Aksi durum hakkın kötüye kullanımı olacaktır.

SONUÇ

Zina sebebiyle boşanma TMK m. 161 hükmünde zinanın tanımına veya af ve hak düşürücü süre dışında dava koşullarına yer verilmemiştir. Genel bir düzenleme olup uygulama aşamasında da birçok soruna cevap verememektedir. Örnek verecek olursak hüküm üçüncü kişi ile zina eylemine karışan eşin cinsiyetinin aynı olması durumu ve düzenleme halinde tazminat kıstasları gibi hususlara cevap verememektedir. Kanun koyucu bu hususlarda boşluk bırakmakla birlikte özel önem atfedip affetme hususuna düzenlemede yer vermiştir. Bu husus dürüstlük kuralı ile de doğrudan bağlantılıdır. Düzenlemenin getirdiği önem de göz önüne alınırsa af hususunun detaylıca incelenmesi, koşulları ve affin şekli üzerinde durulması ve feragatten farkının açıklanması gerekmektedir. Zina sebebiyle boşanmanın farklı noksanlıkları üzerinde çalışmalar yapılmışsa da af koşulu üzerine bir çalışma literatürde mevcut bulunmamaktadır. Bu sebeple çalışmada genel olarak zina sebebiyle boşanmadan bahsettikten sonra zina sebebiyle boşanmanın af koşulu üzerinde detaylıca durulmuştur.

Türk Medeni Kanunu'nun evlilik birliği içerisindeki taraflara yüklediği yükümlülüklerden bir tanesi ve en önemlisi de cinsel sadakattir. Kanun koyucu da cinsel sadakate verdiği önem itibarıyla boşanma sebepleri açısından özel bir düzenlemeye yer vermiş ve TMK m. 161 hükmünde zina sebebiyle boşanmayı düzenlemiştir.

Sadakat yükümlülüğü evlilik birliğinin hukuken kurulmasından boşanma kesinleşinceye kadar hem erkek hem kadına eşit derece yüklenen bir sorumluluktur ve emredici niteliktedir. Bu hükme aykırılık durumunda ceza hukukunda herhangi bir müeyyideye yer verilmese de medeni hukuk kapsamında gerek boşanma gerekse tazminat gibi yaptırımlarla kişiler karşılaşmaktadır. Zina eski hukuklarda dahi boşanma sebebi olarak görülmektedir. Karşılaştırmalı hukukta örneğin Alman Hukuku, İngiliz Hukuku, Fransız Hukukunda zina evlilik birliğinin çekilmezliği olarak boşanma sebebi olarak görülmektedir.

Af; kabahat veya kusur içeren bir eylemden sonuç çıkarılamamasına ilişkin düşünce ve duyguların ortaya konulmasıdır. Zina sebebiyle boşanma davası aldatılan eşin zinayı affetmesi, davadan vazgeçmesi veya yine kanunda belirtilen sürelerin geçmesi durumlarında ortadan kalkmaktadır. Af ortaya çıkış şekli bakımından açık veya zımni olarak yapılabildiği gibi yazılı veya sözlü hatta affeden eşin davranışlarından anlam çıkarma şeklinde de olabilir. Bu durum af koşulunun incelenmesinin önemini vurgulamaktadır. Çünkü af, her olay özelinde titizlikle incelenmesi gereken bir kurumdur. Mahkemelerin doğru karar vermesi kişilerin adalete ve hukuk sistemine olan güveni de tesis edecektir.

Af, feragat ve davanın geri alınması durumları ile karıştırılmaktadır. Dava esnasında davacı eşin zina eyleminde bulunan eşi affetmesi, davadan feragat niteliği gösterse de affetme dava açmadan da gerçekleşebilecek bir durumken; feragat kazanılmamış haktan vazgeçilemez ilkesi gereği dava açmadan gerçekleşmeyecektir. Feragat yargılama esnasında sözlü ve yazılı yapılabilecek iken af beyanının yargılama esnasında yapılması gerektiği gibi sözlü veya yazılı olarak yapılmasına da gerek yoktur. İlgili bölümde de üzerinde durulduğu üzere af ve feragatin ortak özellikleri olmakla birlikte farklılıkları da mevcuttur.

Davanın geri alınması da HMK'da düzenlenmiş genel bir durum olup af ve feragatten farklıdır. Vazgeçme durumu dava açıldıktan sonra karşı tarafın kabulü ile sonuç doğururken feragat ve affetmenin hukuki sonuç doğurması kabule bağlı değildir.

Affetme davacının dava hakkını elinden aldığından ve zina sebebiyle boşanma maddesinde (TMK m. 161) açıkça ve özel olarak düzenlendiğinden feragat ve davanın geri alınması ile aynı durum olmadığı bilinmeli, geçerlilik koşulları ve hukuki sonuçları bakımından ayrımlarının farkına varılmalıdır. Ayrıca genel geçer kural koymak yerine her olay özelinde dikkat ve titizlikle incelenmelidir.

Sonuç olarak bu çalışma ışığında zina sebebiyle boşanma sebebiyle dava açılması durumunda kanun düzenlemesine göre affeden tarafın dava hakkı olmadığı göz önünde tutulmalıdır. Af, sarıh veya zımni şekilde ortaya koyulabileceğinden davranış ve dayanak olayların dikkatle irdelenmesi, feragat ve vazgeçmeden farklı olduğu, koşulları şekli ve hukuki niteliği hakkında bilgi sahip olunması adalete olan güvenin sarsılmaması bakımından gereklidir. Her olay özelinde titizlikle inceleme yapılmalı ve tarafların hakkın kötüye kullanımı olarak algılanabilecek şekilde dava açmaları, mahkemeleri gereksiz meşgul etmemeleri ve çıkarları doğrultusunda kullanılmaları için affetme durumu olay özelinde muhakkak dikkate alınmalı ve bu doğrultuda yorumlanmalıdır.

KAYNAKÇA

- Anonim, (2022), <https://www.sinerjimevzuat.com.tr> Adresinden 10 Ekim 2022 tarihinde erişilmiştir.
- Anonim, (2022), <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.4721.pdf> Adresinden 08 Aralık 2022 tarihinde erişilmiştir.
- Ayan, N., (2007), “Terk Nedeniyle Boşanma”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15(1), 39-54.
- Antalya, O. G. ve Topuz, M. (2017). Medeni Hukuk, İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Akıntürk, T. ve Ateş, D. (2022) Türk Medeni Hukuku, İkinci Cilt, Aile Hukuku, Yenilenmiş 23. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Ateş, T., (2006), “Zina”, Legal Hukuk Dergisi, 4(45), 2735-2742.
- Badur, E. ve Ertem, B., (2006), “Kadına Yönelik Evlilik İçi Şiddetin Hukuki Boyutları- Ceza Kanunu, Medeni Kanun ve Ailenin Korunmasına Dair Kanun Kapsamında Bir İnceleme”, TBB Dergisi, 65, 89-118.
- Berki, Ş., (1974), “Türk Medenî Kanununda Miras Hukukunun Esasları”, AÜHF, 31(1).
- Ceylan, Z. Ş., (2022) “Yargıtay Kararları Işığında Zina Sebebiyle Boşanmada Manevi Tazminat İstemi”, ERÜHF, 17(1), 49-95.
- Çetiner, B., (2016) “Aldatılan Eş Manevî Tazminat Talep Edebilir mi?”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. M. İlhan Ulusan’a Armağan Cilt-1, 2016, 15(2), 513-528.
- Dede, İ., (2017) “Türk Boşanma Hukukuna Farklı Bir Yaklaşım: Zina ve Haysiyetsiz Hayat Sürme Arasındaki Keskin Sınır”, MÜHF - HAD, Prof. Dr. Bülent TAHİROĞLU'na Armağan, 23(3) 643-663.
- Demircioğlu, R., (2016) “Aldatılan Eş Tarafından Üçüncü Kişiye Yöneltilen Manevî Tazminat Taleplerinde Hukuka Aykırılık Unsuru”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65(3), 687-721.
- Doğu, H. M., (2019), “Eşin Aynı Cinsten Biriyle Yaşadığı Cinsel İlişkinin Bazı Boşanma Sebepleri Bakımından Değerlendirilmesi”, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4(1), 88-98.
- Dural, M. ve Ögüz, T., (2022), Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, İstanbul: Filiz Kitabevi.

- Dural, M., Ögüz, T., Gümüş, M. A., (2022), Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Dural, M. ve Sarı, S., (2022) Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Dündar, H., (1984) “Zina’nın Medeni Hukuk İle Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi”, Adalet Dergisi, 1, 116-139.
- Erdem, M. ve Makaracı Başak, A., (2022), Aile Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Erdem, M., (2019), Aile Hukuku, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Eren, A. E. ve Gonce G., (2022), Özel Boşanma Sebepleri, İstanbul: Platon Hukuk Yayınevi.
- Ersöz, O., (2018), Türk Hukukunda Zina Sebebiyle Boşanma, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Gençcan, Ö. U., (2019), Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku, Ankara: Yetkin Yayınevi.
- Gençcan, Ö. U., (2013), Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku, Ankara: Yetkin Yayınevi.
- Gümüş, A., (2008), Teoride ve Uygulamada Evlilik Birliğinin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185-281), İstanbul: Yetkin Yayınları.
- Hatemi, H. ve Kalkan Oğuztürk, B., (2018), Aile Hukuku, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Helvacı, S. ve Erlüle F., (2021), Medeni Hukuk, Ankara: Legal Yayınları.
- İnal, N., (1992), Uygulamada Boşanma Davaları, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Kılıçoğlu, A. M., (2022), Aile Hukuku, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Köprülü, B. ve Kaneti, S., (1985), Aile Hukuku, İstanbul: Özdem Kardeşler Matbaası.
- Oğuzman, M. K., ve Öz, T., (2017), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-2, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Oğuzman, K. ve Dural, M., (2001), Aile Hukuku, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Öztan, B., (2017), Medeni Hukukun Temel Kavramları, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Öztan, B., (2015), Aile Hukuku, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Pekcanitez, H., Atalay, O., Özkes, M., (2022), Medeni Usul Hukuku, İstanbul: On iki Levha Yayınları.
- Saymen, F. H. ve Elbir, H. K., (1960), Türk Medeni Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası.
- Serozan, R., (2017), Medenî Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Serozan, R., (2016), “Evlilik Birliğinde Sadakat Yükümüne Aykırılıktan Ötürü Tazminat Talebine Yer Olabilir Mi?”, İKÜHFD, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan Özel Sayısı, 15(1), 451-458.
- Tanrıver, S., (2021), Medeni Usul Hukuku, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Tekinay, S. S., (1971), Türk Aile Hukuku, İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- Tüzüner, Ö., (2013) “Türk ve İslam Hukuku Bakış Açısından Evlenmenin Hukuki Niteliği Hakkında Bir İnceleme”, Ankara Barosu Dergisi, 71(1).
- Velidedeoğlu, H. V., (1965), Türk Medenî Hukuku C. II, Aile Hukuku, İstanbul: Nurgök Matbaası.