

## İSVİÇRE VE TÜRK HUKUKUNDA ŞİDDETLİ GEÇİMSİZLİK SEBEBİYLE BOŞANMA (1)

**Dr. Paul SCHWARTZ**

İsviçre Federal Mahkemesi Üyesi

**Dr. Sait Kemal MİMAROĞLU**

Siyasal Bilgiler Fakültesinde Doçent

İsviçre Medenî Kanununa dayanan Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girmesinden bu yana otuz altı yıl geçmiş bulunuyor. Bu itibarla, toplumun temeli ile ilgili bir alanda, İsviçre ve Türkiye'de mevcut bulunan içtihatlar arasında bir karşılaştırma yapmak için vakit erken sayılamaz. Gerçekten, bir çok toplumsal ve ahlâkî sonuçlarıyla boşanma, mahkemelerce uygulanış tarzı bakımından, yalnız dâvaya taraf olanları değil, fakat en geniş manâda, bunların bağlı olduğu bütün toplumu ilgilendirir. Aynı kanun hükümlerinin, geçmişleri, dinî inanışları ve örf ve âdetleri itibariyle birbirinden tamamiyle farklı olan iki memlekette uygulanışı vakıası, boşanma ile ilgili içtihatların karşılaştırılmasını özellikle ilgi çekici bir hale sokmaktadır. Bu farklar, zorunlu olarak, aynı olan kanun hükümlerinin bu iki memlekette farklı bir tarzda yorumlanması sonucunu doğurmamış mıdır? Bu araştırma ile, bu hususu cevaplandırmayı denedik. «Denedik» diyoruz, zira, boşanma konusundaki dâvaların çok büyük bir çoğunluğu (% 70 - % 80) Türk Temyiz Mahkemesinden geçmesine rağmen, aynı yoldaki dâvâların ancak % 1 veya % 1½ unun İsviçre Federal Mahkemesinden geçmesi, her iki memleket içtihatlarının karşılaştırılmasını garip bir şekilde zorlaştırmaktadır. Bu sebeple, iki memleketin Yüksek Mahkeme İçtihatlarının karşılaştırılması, İsviçre bakımından ancak birinci ve ikinci derece kanton mahkemelerinin Federal Mahkeme içtihat-

---

(1) Bu makale, (Journal des Tribunaux) nun 15 sayılı ve 30 Eylül 1962 tarihli sayısında yayınlanan «Les Causes Indéterminées de Divorce en Suisse et en Turquie» adlı araştırmanın Türkçeye adapte edilmiş şeklidir.



larına uyması ve onları takip etmesi halindedir ki, sonuç verici olabilir. Oysa ki, bu durum, İsviçre'de, genel kural olmaktan uzaktır. Zira, boşanma alanında, İsviçre'nin muhtelif kantonları arasında mevcut bulunan çok değişik görüşler dolayısıyla, birçok mahkemeler birbirinden az veya çok farklı bir içtihadı sahiptirler. Bu vakiya, Türkiye'deki anlamda bir «Türk içtihadı»nın, İsviçre bakımından bahse konu olmayacağını göstermektedir. Başka bir deyimle, Türkiye'de «Türk İchtihadı»nın kullanıldığı manâda, İsviçre'de bir «İsviçre İchtihadı»ndan bahsedilemez. Bu itibarla, bu araştırmaya okunurken iki memleket içtihatlarının durumu ile ilgili olan bu temelli fark, gözden uzak tutulmamalıdır.

## I — Boşanmanın Genel Sebeplerinin Boşanmanın Özel Sebeplerine Kıyasla Önemi :

### 1) T ü r k i y e ' d e :

Türk Medenî Kanunu, boşanma sebeplerini 129 - 134 üncü maddeleri arasında düzenlemiştir.

Kanun, boşanma sebebi teşkil eden belirli olaylar yanında, bir de, çeşitli sebepleri kapsayan ve «imtizaçsızlık» başlığı altında düzenlediği bir maddeyi de ayrıca öngörmüştür. Kanunun bu tutumu dolayısıyla, Türk doktrini boşanma sebeplerini ikiye ayırmaktadır: Boşanmanın özel (belirli) sebepleri ve boşanmanın genel (belirsiz) sebepleri. Birinci grup sebepler, 129 - 133 maddeler arasında yer aldığı halde, ikinciler 134 üncü maddede düzenlenmiştir.

Bu makalede, biz, ancak boşanmanın genel sebeplerini inceleme konusu yapacağız.

134 üncü madde, yalnız genel bir kuralı hükme bağladığı için değil, fakat ayrıca boşanmayı istihsal etmek amacıyla kendisine en çok başvurulmuş bir madde olmak dolayısıyla Türk doktrininde genel bir hüküm olarak telâkki edilmektedir (2). İstatistikler de, 134 üncü maddenin boşanmanın diğer sebepleri karşısında taşıdığı özel önemi açık surette göstermektedir (3):

(2) Aynı yolda SAYMEN - ELBİR, Aile Hukuku, İstanbul, 1957 s. 241; VELİDE-DEOĞLU, İmtizaçsızlık sebebiyle boşanmada kusur meselesinin anlaşılabilir tarzında tatbikat ve nazariyat arasındaki farklar, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1943 S. 257.

(3) 1959 İstatistik Yıllığı, s. 101, No. 50.



Yıllar	Z İ N A		Geçimsizlik	Terk	Hastalık	Sair sebepler	Bilinmeyen Sebepler	Toplam
	Erkeğin	Kadının						
1940	223	681	2505	325	12	252	29	4027
1945	407	1263	3515	506	16	377	101	6187
1950	375	1490	4968	447	21	210	62	7873
1951	404	1681	5582	899	23	186	57	8832
1952	400	1772	5972	1042	33	192	75	9486
1953	364	1774	6338	1096	21	219	96	9908
1954	406	1655	6578	1221	25	139	131	10155
1955	428	1615	6756	1316	23	218	99	10455
1956	612	1573	7426	1172	25	229	110	11205
1957	538	1410	7170	1155	37	238	71	10619
1958	501	1232	7870	1367	33	248	43	11294
1959	449	1153	7895	1290	29	255	28	11099



Yukarıdaki rakamlar gösteriyor ki, 134 üncü maddenin öngördüğü genel sebepler, her yıl, diğer bütün boşanma sebeplerinin toplamını aşan, hattâ birçok yıllar bu toplamın iki katına yükselen sayıda boşanmaya yer vermektedir. Ayrıca, «terk» dolayısıyla karılara bağlanmış olan boşanmaları da, genel sebeplere eklemek isabetsiz sayılamaz. Zira, aslında, özel terk durumları hariç, her terk hâdisesinde bir geçimsizlik vardır. Eşler, 132 inci maddenin, İsviçre Medenî Kanununun 140 ncı maddesine nazaran çok daha kısa olan sürelerini (4) gözönünde bulundurarak hükümde bahse konu olan şartların gerçekleşmesi halinde, bunun 134 üncü maddeden daha kolay bir boşanmaya götüreceğini düşündüklerinden «terk» yolunu tercih ederler.

## 2) İsviçre'de :

Bütün İsviçre için, boşanmanın genel sebepleri ile özel sebepleri arasındaki oran, rakam itibarıyla karşılaştırıldığı takdirde, birinci guruba giren sebeplere ait rakamın ikinci guruba giren sebeplerin iki katından fazla olduğu görülür. Örneğin, 1959 yılında, hükme bağlanan 4683 boşanmanın 3319 u genel sebeplere aittir.

Bununla beraber, bütün İsviçre'yi ilgilendiren rakamları değil, fakat bilhassa değişik İsviçre kantonlarına ait rakamları gözönünde bulundurmak yerinde olur. Gerçekten, böyle bir gözlem yapıldığı takdirde, öyle farklı durumlarla karşılaşılır ki, birinci ve ikinci gurup sebeplere ait rakamların tümü üzerinde, yapılan karşılaştırma her türlü ilgiden yoksun bir istatistik bilgisi olarak kalır. Örnek: 1959 yılında, Züriç kantonunda karara bağlanan 1301 boşanmanın 1190 nı, boşanmanın genel sebeplerine ve sadece 93 ü zinaya dayanırken, aynı yılda, Bâle-Ville kantonunda bu oran boşanmanın genel sebepleri bakımından 149, zina için 210; Soleure kantonunda aynı sebepler için boşanma sayısı 48 ve 62 ve nihayet Fribourg kantonunda bu rakam 16 ve 20 dir. Bu rakamlar, ahlâkî durumun kantondan kantona değişik olduğunu yahut eşler arasında cinsî sadakatin bazı kantonlarda diğerlerine nazaran daha çok saygı göndüğünü mü göstermektedir? Hayır... Zira istatistiğin

(4) Bilindiği gibi İMK. adigeçen bu maddesine göre ayrılığın en az iki yıl sürmüş ve devam etmekte bulunmuş olması zaruridir ve «dâvaya hakkı olan tarafın istemi ile hâkim diğer tarafa altı ay zarfında eve avdet...» etmesini ihtar edecektir.



açığa vurduğu bu başkalık, aslında tarafların tutumunu değil, fakat mahkemelerin genel olarak, birbirinden farklı hayat görüşlerini ve özellikle evliliğe verdikleri değişik manâyı ve farklı tutumlarını yansıtmaktadır. Bu konuda, bazı mahkemeler o kadar kadedercidirler ki, kanunun kusurdan bahsettiği halleri bile, tarafların sakınılmaz bir alinyazısı gibi görmeyi tercih ederler. Bu türlü anlayışın sonucudur ki, dâvâcı tarafından diğer tarafın zinasının, dâvâda açıklıkla ileri sürülen tek olay olduğu hallerde dahi, 142 nci madde uyarınca yani boşanmanın genel sebeplerine dayanılarak boşanmaya hükmedildiği görülmüştür. Bu hallerde, dâvalının, zina-dan önce de eşler arasında bir geçimsizlik bulunduğunu bildirmesi, buna karşılık, dâvâcının, zinanın, her iki tarafın kabul ettiği geçimsizlikten evvel veya sonra mevcut olduğunun isbatına hacet bulunmadığını söylemesi, genel sebepler çerçevesi içinde boşanmaya hükmetmek için yeter sayılmıştır. Bu içtihadın bir saflık, bir hafiflik ifade ettiğinde şüphe yoktur. Buna karşılık, diğer bazı kantonlarda, zina sebebiyle boşanmaların revaçta olduğu görülmektedir. Söylemek gerektir ki, bu yolda düşünen mahkemelerin, tutumu gerçeği daha çok yansıtan bir mahiyet taşır. Gerçekten, tecrübe, bir çok karı-kocanın hislerinin yahut hattâ yalnızca cinsel arzularının ailenin dışında bir başka yerde tatmin gördüğü ana kadar kötü bir ahengin hükmü sürdüğü aileleriyle dahi anlaşmaya gayret ettiklerini göstermektedir. Esasen, boşanmak isteyen karı-kocayı birbirleri için yapılmamış birer melek hüviyeti içinde göstermeye yönelik boşanma istemlerine bu sebeple, mahkemeler, itimat göstermemektedir. Bu hallerde, avukatlar, «hâkimlerini iyi tanıdıklarından», müşterilerine gerçeği söylemelerini telkin ederler. İşte bu durum, yukarıda Bâle-Ville, Soleure ve Fribourg kantonları için örnek olarak gösterdiğimiz rakamlarla karşılaşma sonucunu doğurur.

Bu izahlar göstermektedir ki, İsviçre Medenî Kanununun 142 inci maddesi, İsviçre'de büyük çapta kötü uygulanmaktadır. Ve istatistikler ancak maddeye fiilî bir önem veren bu uygulamanın sonuçlarını yansıtmaktadır.

**II — Türk Medenî Kanununun 134 üncü maddesi metni ile İsviçre Medenî Kanununun aynı hükmünün Fransızca, Almanca ve İtalyanca metinlerinin karşılaştırılması :**

Türk Medenî Kanununun 134 üncü maddesi, bunun İsviçre Medenî Kanununda karşılığı olan 142 nci maddeden tercüme edil-



miştir. Bu durum, bu iki madde metni arasında tam bir uygunluk olması gerektiği yolunda bir düşünceye sevk edebilir. Nitekim bazı Türk müellifleri (5) bu yolda düşünmektedir. Ancak gerçekte metinler arasındaki uygunluk tam değildir:

Herşeyden evvel, İsviçre Medenî Kanununun 142 nci maddesi «Causes indéterminées» (belirsiz - gayri muayyen - sebepler) başlığını taşıırken, Türk Medenî Kanununun 134 üncü maddesi «İmtizaçsızlık» başlığını taşımaktadır. Bu iki başlığın aynı mânâda olmadığı şüphe yoktur. 134 üncü maddenin bu başlığı aslına nazaran müphem olduğu halde, aynı maddenin metni, İsviçre aslından daha net, daha açık bir mânâ taşımaktadır. Ayrıca, Türk Medenî Kanununun 134 üncü maddesinin birinci fıkrası gözönünde tutulduğu zaman bunun da İsviçre aslından az da olsa farklı olduğu görülür: «Aralarında müşterek hayatın çekilmez bir hale gelmesini mucip olacak derecede şiddetli bir geçimsizlik başgösterdiği takdirde kârı kocadan her biri, boşanma dâvasında bulunabilir».

Buna karşılık, İsviçre Medenî Kanununun aynı maddesi Fransızca aslından dillimize, metne bağlı kalınarak, çevrildiği takdirde şu metinle karşılaşılır: «Aile bağının ortak hayatı çekilmez hale getirecek derecede zedelenmiş olması halinde eşlerden her biri boşanma isteminde bulunabilir».

Görülüyor ki, iki metin farklıdır: Türkçe metin, «...müşterek hayatın çekilmez bir hale gelmesini mucip olacak derecede **şiddetli bir geçimsizlik...**» ten bahsederken, Fransızca metin sadece «aile bağının ortak hayatı çekilmez hâle getirecek derecede zedelenmiş...» olmasından bahsetmekte, bu zedellenmeyi mutlak surette bir «şiddetli geçimsizliğe» bağlamamaktadır. Bu durumda, İsviçreli Fransızca metin uyarınca boşanmaya hükmedebilmek için, «aile bağının ortak hayatı çekilmez bir hâle getirecek derecede zedelenmiş...» olması yeter olduğu halde, Türkçe metne göre, boşanma, ancak, ortak «...hayatın çekilmez bir hale gelmesini mucip olacak derecede **şiddetli bir geçimsizlik...**» le zedelenmiş olması halinde mümkün olabilecektir. Türk Medenî Kanununun bu hükmüne göre, şiddetli geçimsizliğin varlığını ispat zorunlu görülmektedir. Şüphesiz kanunun bu tutumu, maddeye, aslına nazaran bir açıklık, bir netlik verdiği halde, uygulama alanını, İsviçre Medenî Kanununun 142 nci maddesine kıyasla, daraltır görünmektedir.

(5) VELİDEDEOĞLU, a.g.m. s. 258.



Almanca ve İtalyanca metinlere gelince, bazı müellifler (6) «bu iki metnin hemen hemen aynı anlamda olan ve (evlilik münasebetinin kökünden sarsılması) mânâsına gelen başlıkların mefhumu objektif bir şekilde ve güzel ifade» ettiğini ileri sürmektedirler. Buna karşılık, İtalyanca metnin kanun koyucunun gerçek amacını en iyi ifade ettiği üzerinde birçok müellifler birlik halindedir (7).

Maddenin ikinci fıkrasına gelince, bunun her dört metinde de yanlış bir yoruma yer verecek şekilde olduğunu belirtmek gerekir. Bu durum, özellikle, zahiren İsviçre aslından ayrılır gibi görünen türkçe metin için daha da çok bahse konudur. Nitekim adı geçen türkçe metin şudur: «Eğer geçimsizlik, iki taraftan birine daha ziyade kabili isnat ise boşanma dâvasını ikame hakkı ancak diğer tarafa aittir.».

Bu vesile ile söyliyelim ki, fıkranın bu metni Türk doktrin ve tatbikatında şiddetle tartışılmakta ve farklı yorumlara konu teşkil etmiş bulunmaktadır. Oysa ki, aynı metin, İsviçre'de, başlangıçta geçirilen çok önemsiz tereddütler bir yana bırakılırsa, bugün, ne doktrinde ne de tatbikatta herhangi bir tartışmaya yer vermeyecek bir yoruma kavuşmuş bulunmaktadır. Biraz aşağıda bu konuyu tekrar ele alınacaktır (Bkz.: IV, 1).

### III — İsviçre ve Türk Medenî Kanununun 142 ve 134 üncü Maddelerinin Birinci Fıkrasının Yorumu :

#### 1) Genel Olarak:

#### A - T ü r k i y e ' d e :

Türk Medenî Kanununun 134 üncü maddesi uyarınca boşanmaya hükmedebilmesi için aşağıdaki iki şartın aynı zamanda gerçekleşmesi gerekir: (8)

a) Eşler arasında bir «İmtizaçsızlık» (geçimsizlik) hüküm sürmelidir.

(6) İDEM, s. 258.

(7) ROSSEL et MENTHA P. 407; VELİDEDEOĞLU, a.g.m. s. 258.

(8) Bkz.: SAYMEN-ELBİR, a.g.e. s. 254 vd. SCHWARZ, Aile Hukuku, İstanbul, 1946, s. 153 vd.; VELİDEDEOĞLU, a.g.m. s. 257 vd.



b) Bu geçimsizlik ortak hayatın devamına imkân bırakmamadır.

Bunları sıra ile ele alalım :

a) *Geçimsizlik:*

Doktrin, geçimsizliği, bu madde uyarınca boşanmanın objektif şartı olarak görmektedir.

Eşler arasında, birbirlerine karşı, sevgi, saygı ve hissî bağların hattâ dostane duyguların devamlı süre için ortadan kalkması halinde geçimsizlikten bahsedilir. Buna karşılık, anlık kızgınlıklar ve mevziî tartışmalar 134 cü madde anlamında geçimsizlik olarak kabul edilemez. Demek oluyor ki, geçimsizliğin 134 ncü maddenin kapsama alanına girebilmesi için, bunun devamlı bir karakter arzemesi ve özellikle, eşlerden biri ile diğerinin ebeveyni arasında değil, bizzat eşler arasında mevcut olması gerekir. Bunun içindir ki, haklı olarak, Temyiz Mahkemesi İkinci Hukuk Dairesi 4.11.1950 tarih ve E 5721/K 5181 sayılı bir kararında, karı ve kayın validesi arasındaki geçimsizliğin, Medenî Kanununun 134 ncü maddesi uyarınca bir boşanma nedeni olarak kabul edilemeyeceğini karara bağlamıştır.

Diğer yandan, boşanmaya hak vermesi için, alelâde bir geçimsizliğin değil, fakat «şiddetli geçimsizliğin» mevcut olması lâzımdır. Bundan dolayıdır ki, bir hiddet esnasında karşılıklı olarak söylenen sözler, anlık hayal kırgınlıkları yahut geçici dargınlıklar boşanmanın objektif koşulunun gerçekleşmesi için yeterli değildir. Buna karşılık, Temyiz Mahkemesinin yerleşik içtihadına göre, karı kocadan birinin diğerine hakarette bulunması, ağır sözler söylemesi (9); onu herhangi bir suç töhmeti altında bulundurması (suç isnadı) (10); başkaları yanında ona yaralayıcı ve küçük düşürücü sözlerle küfredmesi (11) yahut onu dövmesi (12) hallerinde boşanmanın objektif koşulu gerçekleşmiş sayılır.

(9) Bkz.: Hukuk Genel Kurulunun 2.1.1952 tarih ve E. 2-152 — 17/K 3 sayılı kararı.

(10) Not 8 de adı geçen karara bkz.

(11) Bkz.: İkinci Hukuk Dairesi, 9.4.1951 tarih ve E 90/K 2709 tarihli kararı.

(12) Bkz.: Hukuk Genel Kurulu 5.3.1952 tarih ve E 2-149/K-24 sayılı kararı.



Geçimsizliği doğuran nedenlerin farklı yapılarını dikkate alan Türk doktrin ve tatbikatı, 134 ncü madde uyarınca boşanmaya hak veren bu nedenleri üç grupta toplamaktadır: (13)

aa) **Fizik nedenler:** Zührevî hastalıklar, her türlü sinir hastalıkları, bütün aileyi ve özellikle çocukları tehdit eden bulaşıcı hastalıklar ve nihayet alkolizm.

Bu vesile ile, kısırlığın bir boşanma sebebi sayılıp sayılmadığı sorulabilir. Medenî Kanunda bir boşanma nedeni olarak kabul edilmemiş bulunan kısırlık, Temyiz Mahkemesince de boşanmaya sebep teşkil etmemektedir. Nitekim Türk Yüksek Mahkemesi bir kararında bu yoldaki görüşünü şöyle ifade etmektedir: Karı-koca arasında şiddetli geçimsizlik isbat edilmedikçe, yalnızca eşler arasındaki yaş farkı ve kadının kısırlığı 134 üncü madde anlamında boşanma nedeni olarak kabul edilemezler. (14)

bb) **Manevî veya ruhî nedenler:** Karı-kocadan birinin diğerine karşı duyduğu kayıtsızlık veya kin, (15) yahut karı-koca arasında uzlaşması imkânsız bir görüş ve anlayış (16)

cc) **Ekonomik nedenler:** Kötü bir ekonomik durum boşanmaya sebep teşkil edebilir, ancak bu, onu doğuran şartlara bağlıdır. Örneğin, ekonomik bir kriz veya piyasanın âni ve beklenmedik bir değişmesi sonucu olan aile servetinin tamamen veya kısmen kaybı boşanma istemine hak vermez. Buna karşılık, bu servetin kaybı, eşlerden birinin, ihmali, kayıtsızlığı veya hafifliğinden doğmuşsa, diğer eş, 134 ncü madde uyarınca boşanmayı isteyebilir. Halbuki ailenin fakir oluşu, daha doğrusu, kocanın fakirliği bir boşanma istemine hak vermez. Fakat kocanın tembelliği, kayıtsızlığı ve ihmâlinden doğan bir fakirlik, şiddetli geçimsizliğe yer vermişse, boşanma nedeni olarak ileri sürülebilir. Nihayet kocanın, karı ve çocuklarının bakımı görevini (T.M.K. mad. 152/II) ihmâli, 134 ncü maddeye giren bir geçimsizlik sebebi olarak kabul edilmiştir. (17). Bununla beraber, kocanın bu konuda kusurlu olmaması halinde, kazançlarının ailenin bakımına yetmemesinden doğan bir geçimsizlik 134 ncü maddenin uygulanmasını gerektiremez. Bir ka-

(13) Aynı yolda SCHWARZ, a.g.e. s. 153 vd.; SAYMEN-ELBİR, a.g.e. s. 255.

(14) Bkz.: İkinci Hukuk Dairesi 11.12.1952 tarih ve E 7177/K 6047 sayılı kararı.

(15) Bkz.: İkinci Hukuk Dairesi, 25.6.1951 tarih ve E 3974/K 4791 sayılı kararı.

(16) Bkz.: İkinci Hukuk Dairesi, 20.2.1951 tarih ve E 388/K 1352 sayılı kararı.

(17) SCHWARZ, a.g.e. s. 154.



rarında bu konuya dokunan Temyiz Mahkemesi de bu görüşe katılmıştır. Gerçekten İkinci Hukuk Dairesinin 9/2/1940 tarih ve E 1286/K 3196 sayılı kararına göre: kocanın kazançlarının ailenin bakımına yeterli olmamasından doğan geçimsizlik, bir boşanma nedeni değildir. Birbirlerine karşı müzaheretle mükellef olan eşler, bir muavenet müessesesine müracaatla, muzayakalarını izale edebilirler (18).

*b) Geçimsizlik Ortak Hayatı Çekilmez Hâle Getirmelidir:*

Bu, 134 üncü maddenin uygulanması için gereken ikinci koşuldur. Gerçekleşmesi asıl itibariyle, her kişinin eğitimine, âdetlerine, sosyal göreneklerine ve aile anlayışına bağlı olan bu şart, haklı olarak, 134 ncü maddenin sübjektif koşulu olarak kabul edilmektedir. Bu itibarla, burada, problemin çözümü, her özel durumda büyük çapta mahkemenin takdir yetkisi içindedir. Gerçekten hâkim, dâvayı çevreleyen bütün şartları ve özellikle tarafların ait olduğu çevrede hüküm süren âdetleri ve hayat anlayışını dikkat nazara almak durumundadır. Bunu yaparken hâkim, ortak hayatı çekilmez hâle getirdiği ileri sürülen hususları, kendini dâvâcı tarafın yerine koyarak takdir etmelidir. Başka bir deyimle, burada, hâkim tarafından incelenecek konu, ortak hayatın **her iki eş** bakımından çekilmez hâle geldiğini değil, fakat mahkeme önüne serilen delillere nazaran, **dâvacıdan** ortak hayata devamın istenebilip istenemeyeceğidir.

Hâkimin dikkate alması gereken bir diğer husus da, evlilik birliğinin süresidir. Gerçekten, henüz inkişaf etmek ve ortak hayata uymak için gerekli zaman unsurunu geçirmemiş olan çok yeni evliliklerde hâkim, boşanmaya hükmetmemeli (19) veya, kanaatimizce, bu konuda çok müşkülpesent davranmalı, ancak boşanmanın kaçınılmaz bir hal aldığı özel durumlarda boşanmaya karar vermelidir.

Birleşmenin hiç bir şekilde vukua gelmediği evliliklerde, 134 ncü madde uyarınca boşanmaya hükmedilip edilemeyeceği sorulabilir. Temyiz Mahkemesi bu konuda verdiği bir kararda, eşlerin arasında birleşmenin hiç bir suretle vukua gelmediği evliliklerde, 134 ncü madde anlamında bir geçimsizliğin bahse konu olmadığını bildirmektedir (20). Bize kalırsa, bu düşünce tarzı problemin

(18) Karar için Bkz.: SAYMEN-ERMAN-ELBİR, Külliyyat, C. 1, No. 28.

(19) SCHWARZ, s. 154.

(20) 1927 tarihli bu karar için Bkz.: SAYMEN-ELBİR, a.g.e. s. 256.



çözümü için yeterli değildir. Zira, genel olarak, birleşmenin hiç hiç bir suretle vukua gelmediği evlilikler, çoğu kere, Türkiye'nin bugün kökü kurumakta olan eski gerçeklerinden birine dayanır. Gerçekten, köy çevrelerinde ve kapalı muhitlerde, bazan, genç güvey, ebeveyni tarafından yapılan zorunlu bir seçim karşısında bırakılarak, onların seçtiği bir kızla ve aile zoruyla evlendirilir. Evlenmeyi ebeveyninin zoru ile kabul etmiş olan güveyin, birçok hallerde, kendisine zorla kabul ettirilen aday için hiç bir his bağı yoktur, hattâ aynı çevrede başkasını sevmektedir. Bu sebeple, bu «zor evlenmede» hiç bir şekilde birleşmeyi tercih etmemektedir. Görülüyor ki, burada birleşmeme aslında bir his bağının bulunmamasından doğmaktadır. Bu itibarla, bizce, Temyizin problemi daha kökünden incelemesi, gerçekten his bağının bulunmadığı ve birleşmeme fiilinin uzun yıllar sürdüğü hallerde, eşler arasında his bağlarının ve itimadın mevcut olmadığı gerekçesiyle ve 134 ncü madde uyarınca boşanmaya karar verme yoluna gitmelidir. Bu vesile ile söyliyelim ki, birleşmenin vukua gelmediği bu tip evlenmelerde, Temyiz Mahkemesi, terk sebebiyle boşanma dâvası açılabileceğini, haklı olarak, içtihat etmiştir. (21).

Kızlık alâmetinin mevcut olmaması Medenî Kanunda bir boşanma sebebi değildir. Fakat Türkiye'de hüküm süren islâmî törelerin buna bağladığı özel önemi gözönünde bulunduran Temyiz Mahkemesi, bekâret noksanını 134 ncü madde çerçevesine giren bir boşanma nedeni olarak kabul etmeye meyyleder görünmektedir. (22)

### B. İ s v i ç r e ' d e :

Boşanmanın genel nedenleri konusunda İsviçre doktrin ve tatabikatının tutumu, asıl itibariyle, Türkiye'deki tutumdan farklı değildir. Bununla beraber, bu prensipler, özel hallere uygulandığı takdirde aynı benzerliğin mevcut olduğunu söylemek mümkün değildir. Hattâ hâkiminin önüne gelen problemlerin çok çeşitli oluşu, bunlara aynı çözümü vermek için yeter açıklıkta bir formülün ifa-

(21) Gerçekten 31/3/1944 tarih ve K. 5601-1541 sayılı kararında 2. Hukuk Dairesi, evlenme akdi icra edildikten sonra karı-kocanın birleşmemiş bulunmaları terke müsteniden boşanma dâvası açılmasına mâni olmadığını karara bağlamıştır. Bkz.: OĞUZOĞLU, H. C., Medenî Hukuk, Şahsın Hukuku - Aile Hukuku, 4. Basım, C. 2, s. 101).

(22) Bkz.: Beşinci Hukuk Dairesi 6.12.1950 tarih ve E 786/K 1600 sayılı karar.



de edilmesine dahi imkân vermemektedir. Bu durum, yalnız karşılaştırma konusu yaptığımız iki memleket arasında değil, fakat hattâ aynı memleketin muhtelif mahkemeleri arasında dahi bir başkalık bulunması sonucunu doğurabilir.

Fakat bütün bunlara ve Türkçe metnin İsviçre Medenî Kanununun 142 nci maddesinin birinci fıkrasına «şiddetli geçimsizlik» terimi ile ek bir eleman ilâve eder gibi görünen tutumuna rağmen, iki memlekette kaydedilen bu prensip birliği, gerçekten ilgi çekicidir ve hattâ hayret vericidir. Bu durum, Türk hukukunda kullanılan «geçimsizlik» teriminin İsviçre Medenî Kanununun 142 nci maddesi birinci fıkrasında geçen «aile bağının zedelenmesi - ihlâli - (l'atteinte au lien conjugal) teriminden farklı mânâda anlaşılmadığını gösterir.

Herşeyden evvel söyleyelim ki, Türk içtihadı 134 ncü madde anlamındaki «şiddetli geçimsizlik» in, «devamlı bir geçimsizlik» olması üzerinde ısrar ederken, İsviçre mahkemeleri 142 nci maddenin uygulanması için aile bağının kopmasının «tamiri mümkün olmayacak» (irrémediable) (23) bir özellik taşımasını şart koşturmaktadır. Bu iki tutumun aynı olduğunda şüphe yoktur. Bundan başka, İsviçre'de de Türkiye'de olduğu gibi, geçimsizliğin nedeni veya belirtisi olarak ileri sürülen olayların, boşanmaya hak verebilmesi için, bunların ciddî bir mahiyet arzemesi gerekir. Aile birliğinin devamına son verebilecek mahiyette olan olaylara gelince, İsviçre içtihadı bu konuda da Türkiye'de uygulanan içtihaddan esaslı surette ayrılmamaktadır. Örneğin, genel olarak sinir hastalığı özelliği taşımayan hastalıklar İsviçre'de boşanmaya hak vermemekte iken, Türk içtihadının incelenmesi sırasında bahse konu ettiğimiz hastalıklar, İsviçre'de de 142 nci maddenin uygulanmasını gerektirmektedir. Kısırlık konusunda da durum aynıdır. Gerçekten, yalnız kısırlığın tek başına bir İsviçre mahkemesini boşanma kararı vermeğe götürdüğü görülmemiştir. (24).

Manevî bir özellik taşıyan nedenler arasında, «karakter uyumsuzluğu» (Incompatibilité d'humeur) adı altında toplanan ihtilâflar, İsviçre'nin bazı mahkemelerinin içtihatlarında birinci derecede bir rol oynamaktadır. Aslında bunlar, çoğu kere, kusurunu itiraf

(23) HINDERLING, Das Schweizerische Ehescheidungsrecht, İkinci basım, s. 9 vd.

(24) İDEM, s. 30.



etmek istemiyen veya kusurunu itiraf ettiği takdirde müşkül duruma düşecek olan eşlerden birinin bu kusurunu örtmek için kullanılan bir vasıtaadır.

Birçok müelliflerin tenkidine rağmen (25) çoğu hâkimler, özellikle, boşanmanın fer'î sonuçları bakımından adalet ve nısfet kaidelerine ve hattâ aklı-selime aykırı neticelere götürebilecek olan bu tip taktiklerde, cezayı gerektirici hiç bir husus görmemektedirler. Buna karşılık, diğer mahkemeler, eşler arasında, karşılıklı hakaret ve sadakatsızlık şeklinde belirtisi görünen bu hâdiselerden daha acı ve daha ciddî ihtilâflar olabileceğini kasten ihmâl eder görünmektedirler. Bununla beraber, yalnız kanaat ve zevklerden ibaret olan bir anlaşmazlığın dahi boşanmayı haklı gösterebileceği prensibi, hiç kimsenin ciddî surette şüphelenemeyeceği bir prensip olmakta devam etmektedir.

Ekonomik nedenlere gelince, burada da İsviçre'de uygulanan prensipler Türkiye'de uygulananların aynıdır. Eşlerden birinin sefalet ve fakirliğe düşmesi, tek başına bir vak'a olarak, diğer eşin boşanma isteminde bulunması için yeterli değildir. Karı - kocanın karşılıklı olarak, «birbirine... müzaheret...» zorunluluğu İ.M.K. mad. 159 = T.M.K. mad. 151), eşlerden birinin, diğerinin kazanç yetersizliğini ileri sürerek boşanma isteminde bulunmasına engeldir. Tabii olarak, eşlerden birinin ve özellikle kocanın ihmali ile veya kötü niyetle ailenin ihtiyaçlarını karşılamadığı yahut yeter imkânlarla sahip bulunmasına rağmen, ailenin ihtiyaçları konusunda hiç bir endişe duymaksızın, bunların tamamını veya büyük bir kısmını yalnız şahsı için kullandığı takdirde durum farklıdır. Böyle bir tutum, İsviçre içtihadında eşlerden birinin yapabileceği kusurlar arasında en ciddîlerinden biri (26) ve gayet tabii bir boşanma sebebi olarak telâkki edilmektedir. (27).

## 2) Boşanmanın Genel (belirsiz) nedenleri uyarınca açılmış bir dâvada tanıkların tanıklığının mahiyeti:

### A. T ü r k i y e ' d e :

134 no'lu madde uyarınca dâva açmış olan eşlerden biri, dâva-

(25) Bkz.: Özellikle, STREBEL, Geschiedene Ehen (Fransızca tercümenin ismi: Boşanmış Eşler).

(26) RO 79 II s. 342 = JT 1954 I 260.

(27) GMÜR, Familienrecht, ikinci basım, s. 187, No. 18/b.



sına dayanak olmak üzere üçüncü kişinin tanıklığına başvurursa hâkim şu problem ile karşı karşıyadır: Hâkimin boşanmaya karar verebilmesi için tanıklık neyi kapsamalıdır? Başka bir deyişle, tanıklığının şiddetli geçimsizliği isbat edebilmesi için, tanıkların söylemelidir, tanıklığı ne yolda olmalıdır?

Bu problem Türk Temyiz Mahkemesince ele alınmıştır. Mahkemenin görüşü şu yoldadır: «Dinlenen şahitler geçimsizliğe esas olan hususatı tayin ve tasrih etmemesine ve taraflar arasındaki geçimsizliği mucip sebep ve hâdiseler beyan ve tesbit edilmeksizin mücerret geçimsizliğin vukuuna şahadet boşanma hükmüne kfiyet eylememesine göre...» (28)

Temyiz Mahkemesinin bu yoldaki tutumu Türk doktrininde tartışma konusu olmuştur. Velidedeoğlu'na göre, bu içtihat bir yönüyle isabetli, diğer bir yönüyle de isabetsizdir (29) :

a) Doğru yön şudur: Mücerret geçimsizliğin varlığına tanıklık boşanma hükmünün verilmesi için yeterli değildir. Örneğin, boşanma dâvasında tarafların tanıklarının, «bunlar kat'iyen geçinmiyorlar; evlilik birliği kökünden sarsılmıştır; bunda her ikisinin de az çok kusuru vardır veya yoktur» yolundaki tanıklığı, hâkimin boşanmaya karar vermesi için yeter bir ifade sayılamaz. Hâkimin böyle bir ifade karşısında boşanmaya hükmetmesi usulsüzdür. Zira böyle bir durum boşanmayı bir «muvazaa ve yalancı şahit» işi haline getirir.

b) Gene aynı müellife göre, bu kararda isabetli olmayan yön ise, tanıktan «taraflar arasındaki geçimsizliği mucip sebep ve hâdiselerin beyanının» istenmesidir. Varsayalım ki, «şahitler, tarafların geçinemediklerini, sık sık kavga eylediklerini, çok uzun zaman dargın durduklarını, birbirleriyle alâkalı görünmediklerini hattâ her birinin kendine göre ayrı bir hayat sürdüğünü mahkeme huzurunda söyliyerek geçimsizliği gösteren hâdiseleri beyan etseler, fakat bu geçimsizliği, mucip sebepleri bilmediklerini ifade eyleseler boşanmaya karar verilemeyecek midir? Böyle hallerde mucip sebep bir tarafın hafifliği kıskançlığı, intizamsızlığı veya müsnifliği veya taraflar arasındaki derin karakter farkları gibi çeşitli mahiyet arzedebilir. Hâkim isterse bu sebepleri, yâni kavgaların, dargın durumlarının, ayrı yaşamaların mucip sebeplerini şahitten elbette

(28) Bkz.: Hukuk Genel Kurulu, 17.4.1935 tarih ve 2-74/19-14 sayılı karar.

(29) A.g.m. s. 259.



sorabilir. Fakat şahitler bunları bilmiyorsa ne olacaktır? Hâkim evlilik birliğinin kökünden sarsıldığını gösteren bütün bu hâdiseleri öğrendikten ve müşterek hayatın taraflar için çekilmez bir hâle gelmiş olduğuna kanaat getirdikten sonra, sırf bu hâdiselerin mucip sebeplerini şahit beyan etmedi diye dâvayı red mi edecektir? Mademki şiddetli geçimsizlik vardır; evlilik birliği sarsılmıştır ve bütün bu hâdiseler bunu göstermektedir, artık bu hâdiseleri doğuran ruhî veya maddî sebepler ne olursa olsun boşanmaya karar vermek gerektir. (Bu itibarla), Temyiz Mahkemesinin bundan maksadı (geçimsizliği mucip sebep ve hâdiselerin beyanı değil, (geçimsizliği gösteren hâdiselerin beyanı) olacaktır. Fakat içtihatteki (mucip sebep) tâbirinin hâkimler için daima tereddüdü mucip olacağı da âşikârdır.»

Velidedeoğlu'nun bu içtihadı yönelttiği tenkit yerindedir. Gerçekten, Mahkeme, tanıktan geçimsizliğe delil olan müşahhas hâdiseleri anlatmasını isteyebilir; ancak bunların gerçek neden ve köklerini bilmesini ondan isteyemez. Bu itibarla, Temyiz Mahkemesinin, tanıktan «...taraflar arasındaki geçimsizliği mucip sebep ve hâdiselerin beyanının...» istenmesi şeklindeki içtihadını sadece «...taraflar arasındaki geçimsizliği mucip hâdiselerin beyanı...» şeklinde değiştirmesi temenni edilir.

## B. İsviçre'de :

Herşeyden evvel işaret edelim ki, Türk Temyiz Mahkemesinin içtihadının aksine olarak, ne İsviçre içtihadı ne de doktrini, hiç bir zaman tanığın tanıklığının, aile bağının kopmasına neden teşkil eden hususları kapsamaması lâzım geldiğini düşünmemişlerdir. Bununla beraber, aile bağının kopmuş olduğunun isbatı konusunda, İsviçre içtihadı, dâvalının boşanmaya muhalefet ettiği hallerde, genel olarak, Türk Temyiz Mahkemesi kadar müşkülpesent davranmaktadır. Ancak, tarafların boşanma konusunda birlik olduğu hallerde, özellikle ilk derece mahkemelerinin çok müphem tanıklıklarla da yetindiği görülmektedir. Fakat, bazı kanton mahkemelerinin dâvalı tarafın itirazına rağmen, onun kötüllük, itimatsızlık, gurur vs. gibi karakter zayıflıklarına duçar olduğunu ileri süren tanıklıklara dayanarak boşanmaya karar verdiği rastlanan hallerdendir. Federal Mahkeme, dolaylı yoldan olsa bile, bu neviden tanıklıkların değeri üzerinde bir çok defa fikrini söylemek imkânını bulmuştur. Gerçekten, Federal Mahkeme, 14 Ekim 1945



sına dayanak olmak üzere üçüncü kişinin tanıklığına başvurursa hâkim şu problem ile karşı karşıyadır: Hâkimin boşanmaya karar verebilmesi için tanıklık neyi kapsamalıdır? Başka bir deyimle, tanıklığının şiddetli geçimsizliği isbat edebilmesi için, tanıkların söylemelidir, tanıklığı ne yolda olmalıdır?

Bu problem Türk Temyiz Mahkemesince ele alınmıştır. Mahkemenin görüşü şu yoldadır: «Dinlenen şahitler geçimsizliğe esas olan hususatı tayin ve tasrih etmemesine ve taraflar arasındaki geçimsizliği mucip sebep ve hâdiseler beyan ve tesbit edilmeksizin mücerret geçimsizliğin vukuuna şahadet boşanma hükmüne kifayet eylememesine göre...» (28)

Temyiz Mahkemesinin bu yoldaki tutumu Türk doktrininde tartışma konusu olmuştur. Velidedeoğlu'na göre, bu içtihat bir yönüyle isabetli, diğer bir yönüyle de isabetsizdir (29) :

a) Doğru yön şudur: Mücerret geçimsizliğin varlığına tanıklık boşanma hükmünün verilmesi için yeterli değildir. Örneğin, boşanma dâvasında tarafların tanıklarının, «bunlar kat'iyen geçinemiyorlar; evlilik birliği kökünden sarsılmıştır; bunda her ikisinin de az çok kusuru vardır veya yoktur» yolundaki tanıklığı, hâkimin boşanmaya karar vermesi için yeter bir ifade sayılamaz. Hâkimin böyle bir ifade karşısında boşanmaya hükmetmesi usulsüzdür. Zira böyle bir durum boşanmayı bir «muvazaa ve yalancı şahit» işi haline getirir.

b) Gene aynı müellife göre, bu kararda isabetli olmayan yön ise, tanıktan «taraflar arasındaki geçimsizliği mucip sebep ve hâdiselerin beyanının» istenmesidir. Varsayalım ki, «şahitler, tarafların geçinemediklerini, sık sık kavga eylediklerini, çok uzun zaman dargın durduklarını, birbiriyle alâkalı görünmediklerini hattâ her birinin kendine göre ayrı bir hayat sürdüğünü mahkeme huzurunda söyliyerek geçimsizliği gösteren hâdiseleri beyan etseler, fakat bu geçimsizliği, mucip sebepleri bilmediklerini ifade eyleseler boşanmaya karar verilemeyecek midir? Böyle hallerde mucip sebep bir tarafın hafifliği kıskançlığı, intizamsızlığı veya müsnifliği veya taraflar arasındaki derin karakter farkları gibi çeşitli mahiyet arzedebilir. Hâkim isterse bu sebepleri, yâni kavgaların, dargın durumların, ayrı yaşamaların mucip sebeplerini şahitten elbette

(28) Bkz.: Hukuk Genel Kurulu, 17.4.1935 tarih ve 2-74/19-14 sayılı karar.

(29) A.g.m. s. 259.



sorabilir. Fakat şahitler bunları bilmiyorsa ne olacaktır? Hâkim evlilik birliğinin kökünden sarsıldığını gösteren bütün bu hâdiseleri öğrendikten ve müşterek hayatın taraflar için çekilmez bir hâle gelmiş olduğuna kanaat getirdikten sonra, sırf bu hâdiselerin mucip sebeplerini şahit beyan etmedi diye dâvayı red mi edecektir? Mademki şiddetli geçimsizlik vardır; evlilik birliği sarsılmıştır ve bütün bu hâdiseler bunu göstermektedir, artık bu hâdiseleri doğuran ruhî veya maddî sebepler ne olursa olsun boşanmaya karar vermek gerektir. (Bu itibarla), Temyiz Mahkemesinin bundan maksadı (geçimsizliği mucip sebep ve hâdiselerin beyanı değil, (geçimsizliği gösteren hâdiselerin beyanı) olacaktır. Fakat içtihatteki (mucip sebep) tâbirinin hâkimler için daima tereddüdü mucip olacağı da âşikârdır.»

Velidedeoğlu'nun bu içtihadı yönelttiği tenkit yerindedir. Gerçekten, Mahkeme, tanıktan geçimsizliğe delil olan müşahhas hâdiseleri anlatmasını isteyebilir; ancak bunların gerçek neden ve köklerini bilmesini ondan isteyemez. Bu itibarla, Temyiz Mahkemesinin, tanıktan «...taraflar arasındaki geçimsizliği mucip sebep ve hâdiselerin beyanının...» istenmesi şeklindeki içtihadını sadece «...taraflar arasındaki geçimsizliği mucip hâdiselerin beyanı...» şeklinde değiştirmesi temenni edilir.

## B. İsviçre 'de :

Herşeyden evvel işaret edelim ki, Türk Temyiz Mahkemesinin içtihadının aksine olarak, ne İsviçre içtihadı ne de doktrini, hiç bir zaman tanığın tanıklığının, aile bağının kopmasına neden teşkil eden hususları kapsamaması lâzım geldiğini düşünmemişlerdir. Bununla beraber, aile bağının kopmuş olduğunun isbatı konusunda, İsviçre içtihadı, dâvalarının boşanmaya muhalefet ettiği hallerde, genel olarak, Türk Temyiz Mahkemesi kadar müşkülpesent davranmaktadır. Ancak, tarafların boşanma konusunda birlik olduğu hallerde, özellikle ilk derece mahkemelerinin çok müphem tanıklıklarla da yetindiği görülmektedir. Fakat, bazı kanton mahkemelerinin dâvalı tarafın itirazına rağmen, onun kötülük, itimat-sızlık, gurur vs. gibi karakter zayıflıklarına duçar olduğunu ileri süren tanıklıklara dayanarak boşanmaya karar verdiği rastlanan hallerdendir. Federal Mahkeme, dolaylı yoldan olsa bile, bu neviden tanıklıkların değeri üzerinde bir çok defa fikrini söylemek imkânını bulmuştur. Gerçekten, Federal Mahkeme, 14 Ekim 1945



(30) tarihli bir kararında, boşanmaya, asıl itibariyle dâvalının müşkülpesent, dikkafalı, çabuk kızan ve kıskanç olduğunu söyleyen tanık ifadelerine dayanarak kanton mahkemesi kararını tasvip etmemektedir. Federal Mahkeme, bu hallerde, bu tip karakter zayıflıklarının «bunları isbat eden açık hâdise ve müşahedelere dayanmadıkça» boşanmaya karar vermek için yeterli olmadıklarına hükmetmiştir. Buna sebep olarak İsviçre Yüksek Mahkemesi bizzat karakter zaafının boşanma nedeni olmadığını, bunların bir boşanma istemine dayanak olarak ileri sürülebilmesi için gerçekten ortak hayatı çekilmez hâle getirecek tarzda tezahür... etmeleri gerektiğini...» karar altına almıştır. Bu şartı koymakla, Federal Mahkeme dolaylı da olsa, bu hallerde tanığa düşen tanıklık yükünün mahiyetini tesbit etmiş olmaktadır. Söylemek gerekir ki, Federal Mahkemenin bu yoldaki tutumu, geçimsizliğin varlığı konusunda Türk Temyiz Mahkemesinin tanıklık hususunda kabul ettiği prensibin aynıdır.

#### IV — İsviçre ve Türk Medenî Kanunlarının 142 ve 134 üncü Maddelerinin İkinci Fıkralarının Yorumu :

##### 1) Türk Medenî Kanunu Mad. 134, Fıkra 2 :

Türk Medenî Kanununun 134 ncü maddesinin ikinci fıkrası şudur: «Eğer geçimsizlik, iki taraftan birine daha ziyade kabili isnat ise boşanma dâvasını ikame hakı ancak diğer tarafa aittir.»

Yukarıda da işaret ettiğimiz gibi, bu fıkraya verilmesi gereken anlam, 134 ncü maddenin yorumunda rastlanan büyük güçlüklerden biridir ve bu itibarla da, fıkra, Türk içtihat ve doktrininde farklı bir şekilde anlaşılmakta ve tartışmalara yer vermektedir. Esasen hüküm yalnız metniyle ele alındığı zaman yanlış bir yorum pek müsaittir (31). Bunun en açık delili tamamen metne bağlı kalarak bir yorum yapan Temyiz Mahkemesinin hem bizzat maddenin ruhu hem de kanunun kabul ettiği genel prensibe aykırı bir yorumla gitmiş olmasıdır. (32). Temyiz Mahkemesinin bu tutumu Türk doktrininde haklı tenkitlere yol açmıştır.

(30) RO 80 II s. 279 = JT 1955 I 484.

(31) Aynı görüşte VELİDEDEOĞLU, a.g.m. s. 260.

(32) Bkz.: SAYMEN - ELBİR, a.g.e. s. 275; VELİDEDEOĞLU a.g.m. s. 264.



Temyiz Mahkemesinin bu yoldaki yerleşik içtihadı şudur: «...Boşanma sebeplerinden dolayı geçimsizliğin taraflardan hangisine daha ziyade kabili isnat ise boşanma dâvasını ikame hakkı ancak diğer tarafa ait olacağı cihetle bu nokta nazara alınarak müddeinin evveleminde boşanma dâvasını ikâmeye selâhiyeti olup olmadığının tâyini lâzım ve dâirei hususiyenin bu noktaya matuf bozma kararı varit iken ısrar edilmesi kanuna muhalif olduğundan... hükmün bozulmasına karar verildi» (33).

Bu içtihada göre, Temyiz Mahkemesi, herşeyden evvel, hâkimin re'sen dâvacının kusurlu olup olmadığını araştırmasını, kusurlu ise dâvayı derhal red etmesi gerektiğini söylemekte ve kusuru «dâvacının dâva hakkının tahakkukunda bir şart olarak» (34) görmektedir.

Temyiz Mahkemesinin bu içtihadı Türk doktrininde şiddetle tenkit edilmiş ve tartışmalara yol açmıştır. Gerçekten Saymen - Elbir'e göre, 134 ncü madde uyarınca boşanma istemini eşlerin kusuruna dayandıran bir içtihat, kanunun ruh ve amacına aykırıdır. (35). Zira:

a) Geçimsizlik, eşlerden ikisinin dahi kusursuz bulunmasına rağmen mevcut olabilir. Geçimsizlik, onların karakter farklarının sonucu olabilir. Bu takdirde, evlilik bağının temelinden sarsılmış olmasına rağmen kusurlu eşin bulunmaması dolayısıyla dâva red mi edilmelidir?

b. Temyiz Mahkemesinin bu görüşüne göre kusur dâva hakkını ortadan kaldıran bir sebeptir. Bu duruma göre, suiniyetli olan ve kötü maksatlarla hareket eden eş, açılan boşanma dâvasında diğer eşten memnun olduğunu, aralarında geçimsizlik mevcut olmadığını ve kendisinin şikâyetçi bulunmadığını ileni sürerek dâvayı alkım bırakabilir. Bu suretle, bu içtihat, adliye organlarını kötü niyetli eşlerin gayelerini temin eden bir vasıta haline getirmiş olmaktadır. Buna engel olmak için fıkrayı doktrin anladığı tarzda yorumlamak ve geçimsizlikte kusur aranılmıyacağını kabul etmek gerekir.

(33) Bu yoldaki kararlar için Bkz.: Hukuk Genel Kurulu, 4.1.1933, No. 933/5; Hukuk Genel Kurulu, 31.12.1952, No. E 2-79 K. 138; İkinci Hukuk Dairesi, 6.6.1953, No. E 3213/K 2882; ve ayrıca OLGAÇ, S. Notlu Türk Medenî Kanunu, İstanbul, 1956 mad. 134; TEPECİ, K. Notlu ve İçtihatlı Türk Medenî Kanunu, Ankara, 1955 mad. 134.

(34) VELİDEDEOĞLU, a.g.m. s. 263.

(35) SAYMEN - ELBİR, a.g.e. s. 257 vd.



bir evlilik birliği kendinden beklenen gayeleri gerçekleştirmekten artık uzaklaşmış bulunursa ona boşanma ile nihayet verilir ve verilmelidir. Mademki bu evlilik eşlerin kusuru ile veya kusursuz olarak gayesine hizmet edemiyecek derecede bozulmuş ve sarsılmıştır; o halde eşler mânen ve maddeten bu birlikten ayrılmış tek şahsiyetlerini ve ferdî hürriyetlerini fiilen iktisap etmiş demektir. Artık bunları hukukan bağlı tutmanın hikmet ve mânası kalmamıştır. İşte böyle bir halde taraflara boşanmayı talep hakkı verilmiştir» (40). Demek oluyor ki, bu prensip uyarınca verilecek boşanma kararı, eşlerden her birinin tutumunu sübjektif yönü itibariyle yâni onların kusurlu olup olmamaları bakımından değil, fakat evlilik birliğinin objektif yönünü dikkat nazara almalıdır. Başka bir deyimle, sosyal prensibin kabul edildiği kanunlarda, boşanma için, kaynağı ne olursa olsun, aile birliğinin kökünden sarsılmış olup olmadığının incelenmesi asıldır. Eğer aile birliği ortak hayata devam imkân vermiyecek derecede kökünden sarsılmışsa, bu köklü sarsılmanın nedeni ve kaynağı ne olursa olsun, boşanmaya hükmetmek gerekir. Bu izahlar da gösteriyor ki, Medenî Kanununun kabul ettiği bu sistem bakımından da, 134 ncü maddenin ikinci fıkrasını Temyiz Mahkemesinin anladığı gibi yorumlamaya imkân yoktur.

Temyiz Mahkemesinin bu konudaki içtihadını bitirmeden evvel işaret edelim ki, mahkeme muhtelif vesilelerle, her iki tarafın aynı derecede kusurlu olduğu yahut taraflardan hangisinin daha çok kusurlu olduğunun tayin edilemediği hallerde de boşanmaya hükmedilmesi gerektiğini karara bağlamıştır (41).

## 2) İsviçre Medenî Kanunu mad. 142, fıkra 2 :

Türkiye'de, 134 ncü maddenin ikinci fıkrasının yorumu konusunda içtihat ve doktrin arasındaki görüş farkına rağmen, İsviçre'de bu konuda doktrin ve içtihat arasında tam bir birlik mevcuttur. Zira, İsviçre doktrin ve içtihadı birlik halinde 142 inci maddenin ikinci fıkrasında ancak dâvalının ileri sürüp sürmemekte serbest olduğu bir defa hakkının mevcut olduğunu mülâhaza ederler. Bundan başka, İsviçre içtihat ve doktrini gene de birlik halin-

(40) VELİDEDEOĞLU, a.g.m. s. 263.

(41) Bu konuda kararlar için Bkz. SAYMEN - ERMAN - ELBİR, Türk İctihatlar Külliyyatı, C. 7, No. 24 ve 27; C. 3, No. 57, 60, 61.



de, belirsiz (genel) nedenlere dayanan bir boşanma isteminde bulunabilmek için mutlaka dâvalının kusurlu olmasına lüzum bulunmadığını kabul etmektedirler (42).

Ayrıca, İsviçre içtihadı 142 inci maddenin ikinci fıkrasının metni itibariyle müsaait olmadığı, fakat aynı fıkranın gayesine tamamen uygun düşen bir adım daha atmıştır: Bu hükümle daha az kusurlu olan veya hiç bir suretle kusurlu olmayan eşin korunmasının bahse konu olduğu fikrinden hareket eden ve doktrin tarafından da desteklenen İsviçre içtihadı, 142 inci maddenin 2 nci fıkrasının daha ziyade kusurlu olan eşin istemi üzerine dahi boşanmaya engel teşkil etmiyeceğini kabul etti. Ancak bu halde, kusursuz veya daha az kusurlu eşin böyle bir boşanma istemine muvafakat etmesini (razı almasını) şart koştu (43).

Demek oluyor ki, İsviçre içtihadında kusurun boşanma istemini ortadan kaldırması - Türk içtihadının tamamen aksisine olarak - bir yana, hattâ kusurlu eş, kusursuz veya daha az kusurlu eşin muvafakatiyle boşanmayı da istihlal edebilecektir.

Bu içtihadın hükmün «ratio legis» ine cevap verdiğinde şüphe yoktur. Esasen bu içtihat, kendisi de boşanmayı isteyen dâvalıyı, amacı, fuzulî yere usul kaidelerini karıştırmak ve ağırlaştırmak olan bir mukabil dâva açmak zahmetinden kurtarır. Bununla beraber, aynı içtihat, kötü kullanışlara zemin teşkil edebilir. Bu kötü kullanışlar, yukarıda incelediğimiz Türk içtihadının yer verdiği kötü kullanışlardan farklı, fakat en az o derece ciddî ve tehlikelidirler. Gerçekten bahse konu içtihat, dâvacıya, baskı ve valed yoluyla karşı tarafın rıza ve muvafakatını elde etmek imkânını verir. Hattâ dâvacı bu muvafakatı, karşı tarafın açılan dâvayı başarıyla engelliyebileceği hallende dahi elde etmek imkânını bulabilir. İşte bu nedendir ki, Zürich Kantonu İstinaf Mahkemesi, 1943 tarihindeki bir kararıyla dâvalı tarafın verdiği muvafakat ve rızanın, boşanmayı isteyen kusurlu tarafın boşanmayı istihlal etmesine en-

(42) Şimdiye kadar zikredilmiş diğer müellifler dışında ayrıca Bkz.: GRİSEL, La violation des devoirs Conjugaux et les dispositions du Code Civil sur le Divorce (Journal des Tribunaux 1943 P. 290 vd., 322 vd.); HINDERLING, a.g.e. s. 4 ve 18 vd.; Marie-Noelle PYTHON, Le rôle de la faute dans le divorce s. vd.; LIENERT, Die Schuld bei der Ehescheidung nach Schweizerischem Recht s. 94.

(43) RO 76 II 262 = JT 1951 I 568 ve RO 84 II 337, = JT 1959 I 34.



gel teşkil ettiğini karara bağlamak suretiyle bu görüşten ayrıldı (44). Fakat, Zürich İstinaf Mahkemesinin bu görüşü diğer mahkemeler tarafından takip edilmedi ve Mahkeme isabetli olarak bu içtihadı terketti (45). Zira, mümkün olan bütün kötü kullanışlara rağmen, herkesçe tam bir birlik halinde tasvip edilen bu içtihat, eşler arasında artık bir uzlaştırma ümidinin açık surette boş ve faydasız olduğu hallerde boşanmanın elde edilmesini temin eder. Bundan dolayı, biz, İsviçre'nin bu konudaki içtihadının Türkiye'de aynı alanda yerleşik olan içtihadından daha isabetli olduğunu zannediyoruz.

---

(44) *Bleatter für Zürcherische Rechtssprechung*, 42 No. 138.

(45) *Bleatter für Zürcherische Rechtssprechung* 58 No. 171.