

BOŞANMA VE AYRILIK

Prof. Dr. Şakir BERKİ

- §. 1 — BOŞANMA : I - Boşanma zarureti. II - Boşanmanın kolaylaştırılıp kolaylaştırılmaması lüzumu. III - Boşanma sebepleri : A - Zina. B - Cana kasd. C - Terk. D - Haysiyetsiz hayat. E - Geçimsizlik.
- §. 2 — AYRILIK : I - Ayrılık müessesesinin mahiyeti ve gayesi. II - Zarurî olup olmadığı. III - Ayrılık müddetinin ne kadar olması gerektiği. IV - Ayrılık sebepleri. V - Ayrılığın hükmü. VI - Ayrılık sonunda ve ikinci bir ayrılık kararı verilemeyeceği.

§. 1 — BOŞANMA :

I — Boşanma zarureti :

Evlenme, cinsî münasebet mukavelesi olmayıp, erkek ve kadından müteşekkil sosyal bir müessesedir. Orada yalnız karı-kocanın hakkı yoktur; çocukların ve Devletin de hakkı vardır. Çocuklar ilk defa orada içtimâî hayata hazırlanırlar, cemiyet için en asgarî terbiye ve bilgiyi orada edinirler. Ailenin aynı zamanda devlete de âit olması sosyal veya sosyalist görüş icabı olmayıp, mantık gereğidir. Bunun içindir ki, bazı Anayasalarda ve 1961 Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında âilenin toplumun, yani millet ve devletin temeli olduğu ilân edilmiştir. Edilmemiş olsa idi bile sosyoloji ve mantık ilmi aynı şeyi tasvib ederdi. Âilenin Devletin temeli, toplumun temel taşı olmasının ilân edilmiş bulunması yukarıda kaydedilen sebebe mebnidir. Bir yurdda aileler ne kadar ahlâkî ve sosyal nizam ve disiplin ile besli olurlarsa o yurdun tamamı o nisbette aynı meziyetle mücehhez olur. İnsanların fitretinde âile halinde yaşamak insan hayatının başladığı tarihten itibaren gö-

rülmüştür. Binnetice âile hayatı tâbiî hayat olup, sun'î değildir. Devlet tabiî hukukun önüne geçemez. Ne kadar şiddet kullanılırsa kullanılsın tabiî hukukun yok edilmesi söz konusu olamaz belki muayyen bir müddet için sindirilmesi başarılabilir.

Âile hayatının karı kocaya, çocuklara ve Devlet ve millete faydalı olabilmesi için normal nizam içinde mevcudiyet göstermesi lâzımdır ki, bu nizamı medenî kanunlar prensipler halinde hükme bağlamışlardır. Karı kocanın karşılıklı vazifeleri, çocukların ana babaya karşı saygı ve sevgileri, ana babanın da bunları maddî ve manevî bakımdan yetiştirmeleri ilh. hep bu nizamın esaslarından ibarettir

Âile, kaydolunan nizam rayından çıktığı andan itibaren ne karı koca, ne çocuklar ve ne de Millet, toplum ve devlet için hayırlı, fayda sağlayıcı bir müessese olmak hüviyetini muhafaza edebilir. Bilâkis cemiyete muzir bir teşekkül halini alır ki, bu halde yıkılmasına mantıken ve hukuken cevaz vardır. Bu itibarla Medenî kanunlar bu hale gelmiş olan âilenin boşanma müessesesi ile yok edilmesini kabule mecbur kalmışlardır. Yani evlenmeyi olduğu gibi, boşanmayı da, âilenin yıkılmasını, kurulan bir ocağın sönmecisini de tasvib ve disipline etmişlerdir. Binnetice, âileyi kuran karı koca iradesi olduğu halde, söndürebilmek karı kocanın ferdî arzu ve iradesine terk olunmamıştır. Doğrusu da budur. Çünkü kaydedildiği üzere, âilede yalnız karı kocanın değil, çocukların ve Devletin de hakkı vardır. Binaenaleyh âilenin yıkılmasında ve boşanmada bu üç hak düşünülerek bir takım prensiplere ihtiyaç vardır.

Karı kocanın ve çocukların bilfiil bir arada bulunması âilenin hukukî bakımdan mevcudiyeti için şart değildir. Karı kocadan ve çocuklar ana babadan ayrı yaşadıkları halde âile hukukî bakımdan yine berdevam olur. Bunun Medenî Kanundan bir çok misâlleri verilebilir. Bir ikisine temas kâfidir: zaruret halinde karı kocanın ayrı meskenlerde yaşamasına mahkemece karar vermek¹; henüz reşid olmayan çocuğu hariçte çalışmaya ve ana babadan ayrı yaşamaya mezun kılmak² mümkündür.

II — Boşanmanın kolaylaştırılıp kolaylaştırılmaması meselesi :

Bu mesele son zamanlarda Türkiyede de sözkonusu olmaya başlamıştır. Üzerinde uzun boylu yazılabilecek olan bu mevzuda yalnız bazı kayıtlarda bulunmakla iktifa edeceğiz :

¹ Türk M. K. Md: 162/1; İsv. M. K. Md: 170/1

² Türk M. K. Md: 283; İsv. M. K. Md: 295

Hiç şüphe yok ki, evlilik hayatı evlenenlere bir çok vazifeler yükler ve bu itibarla evlenenler ferdi hayatlarındaki şahsî hürriyetlerinden bir hayli fedakârlık etmeye mecbur kalırlar. Âile, zevkleriyle ve acılarıyla, neş'eli günleri ve çileli anlarıyla âiledir. Yalnız zevki değil, çileleri de tadılacak ve paylaşılacaktır. Vâkıa ve hakikat budur; binnetice böyle bilinmeli ve ona göre yuva kurup kurmamak için karar vermelidir. Aksi hal hem evlileri, hem çocukları hem de millet ve devleti müteessir eden boşanma ile neticelenir; hattâ bazen boşanmaya kâfi sebep görülmediğinden karı koca ve çocuklar için tam bir çile hayatı uzar gider. Ciddi bir sebep olmadıkça ailenin yıkılmasını mantık reddettiği gibi toplumun müşterek iz'ânı da kabul etmez ve hoş görmez. Bu itibarla karşılıklı rıza ile boşanma kabul edilmez. Çünkü bu halde ocak söndürme karı kocanın iradesine terkedilmiş olur. Bu ise, daha evvel kaydedildiği gibi âilede çocukların ve Devletin de hakkı olduğu hakikatına aykırıdır. Evlenme akdi alâlade akitler gibi değildir. Neticeleri sosyal psikolojik malî ve iktisadî hayatla yakından alakalı olan bir akitir. Nafaka, miras bunun misalidir). Bu itibarla diğer akitler gibi, tarafların karşılıklı iradeyle bozulabilecek ba-sitlikde değildir.

Boşanmadaki kolaylık ancak, boşanma sebepleri üzerinde düşünülebilir. Keza ayrılık için kabul edilmiş olan müddetin uzunluk kısalığı ve terk müddetleri bakımından münakaşa olunabilir ki, ilerde bu hususlara bilvesiyle temas olunacaktır.

III — Boşanma sebepleri :

Burada yalnız Türk Medenî Kanunundaki boşanma sebepleri üzerinde durulacaktır. Medenî hukuk tarihimizdeki boşanma sebepleri nazara alınmayacaktır. Ancak mukayeseli hukuk bakımından kaydedilmeye değer ki, eski boşanma hukuku ile şimdiki arasında büyük farklar vardır. Ezcümle din ayrılığı en büyük farkı teşkil eder. Evlenirken din sahibi olup da evlilik devam ederken dini terketmek, veya kocanın islâm dininden başka dine geçmesi gibi hallerde evlilik ifsad edilir; ve diğer tarafın boşanma yoluyla evliliğe son vermeye hakkı olur. Islâm hukukunda boşanma yalnız erkeğe tanınmış bir hak değildir. Kadının da boşanma talebine hakkı vardır. Talâkı selâse denilen üç boşanma meselesi de bazen yanlış anlaşılmakta ve yanlış anlatılmaktadır. Talâkı selâse ile islâm dini ve ona istinad eden islâm hukuku evli kadının izze-

³ Kur'anı kerim geçimsizlik hallerinde sulhe başvurma.

tinefsini korumak istemiştir. Talâkı selâse şudur : Bir erkek karısını ancak üçüncü defa boşayabilir. Üçüncü boşamadan sonra artık o kadınla evlilik hayatı kurmak onun için çok güçtür. İslâm dini kocaların bu suretle manâlı manâsız boşanmalarla karılarının izzeti nefsi ile oynamalarına engel olmaktadır. Yoksa talâkı selâse erkeğe karı üzerinde zulüm vâsıtası olmak için verilmiş bir hak değildir. Boşanma hakkının takyidi ve son haddini gösteren bir müessesedir. Hem keza yanlış anlaşıldığı ve anlatıldığının aksine olarak islâmda kocanın karısına üç defa bir anda ve arka arkaya (boşun) demesi ile talâkı selâse olamaz. Üç ayrı zamanda talâk (boşanma) sebebi vâki olmalı ve koca bu suretle üçüncü defa boşamaya tevessül etmiş olmalıdır. Biz sebebsiz boşanma görüşünü savunan eski ve yeni müelliflere muhalifiz. Sebep olmaksızın boşama zulümdür.⁴ «Allah zâlimleri sevmez.» Ayeti kerimesi haksız ve sebebsiz boşanmanın kabule şâyan olamayacağını isbata kâfidir.

Bu çok kısa mukayeseden sonra, Medenî Kanunun boşanma sebeplerinin izahına geçelim; Medenî Kanunda iki çeşit boşanma sebebi vardır : 1 - Muayyen boşanma sebepleri. 2 - Gayrimuayyen boşanma sebepleri.

1 —Muayyen boşanma sebepleri :

A — Zina⁵ :

Zina isteyerek evli bir erkek veya kadının başka bir şahısla cinsî münasebetde bulunmasıdır. Binnetice, zorla vâki cinsî münasebet zina olamaz ve boşanma sebebi teşkil etmez. Kendisiyle cinsî münasebetde bulunulan üçüncü şahsın evli veya bekâr olması ehemmiyetli değildir.

Zina, karşılıklı sadakatsizliğin en tipik örneği olduğundan İsviçre ve Türk kanunlarında haklı olarak boşanmanın ilk sebebi sayılmıştır. Ancak İsviçre ile Türk Medenî kanunları arasında bu hususta fark vardır: İsviçre kanunu, zinaya izin verilmiş olduğu hallerde boşanma sebebinin mevcut olamayacağını kabul etmektedir⁶. Türk içtimaî hayatı buna müsait değildir. İsviçrede de böyle bir hüküm kabul edilmemeli idi. Zira yekdiğerine zina müsadese vermek anormaldir; kanunlar normal haller için yapılır. Böyle bir müsadese poligami ve poliandriyi fiilen de tensib manâsı-

⁴ Zulüm haksızlık yapmak demektir. Haksızlık yapan her hâkim, âmir ve memur ve fert zâlimdir. Zâlimliğin azgınlaşmasına işkence denir.

⁵ Türk M. K. Md: İsviçre M. K. Md. 129.

⁶ İsviçre M. K. Md: 137.

na gelirdi ki, tecviz olunamaz. Genel aklı selim ve ahlâkın buna müsait olamayacağı İsviçre Cemiyeti için de söylenebilir. Hem evleniyorsunuz ve her bakımdan sadakat beyanını kanuna göre yapıyorsunuz ve evlendirme memuru da bu sadakati alenen ilân ediyor, hem de karının kocasına veya kocanın karısına zina yapma müsadeseğine yer veren bir hükmü aynı kanunda kabul ediyorsunuz. Tezadın ne kadar bâriz olduğu aşikârdır.

Türk Medenî Kanunu ancak af ile af eden tarafın zina sebebi-ne dayanarak dâvâ açamayacağını kabul etmektedir. Bu hükmü tenkit gerekmez. Zira burada saymaya lüzum görülmeyen bazı önemli sebebler dolayısıyla diğer taraf zinayı af etmiş olabilir. Bu halde af ettiği zina sebebiyle artık boşanma dâvâsı açma hakkı kalmaz. Ehemmiyetli husus şudur: af, ancak af edilen zina fiili dolayısıyla boşanma dâvâsı açmaya mâni olur. Binnetice afdan sonra ikinci ve mütevali zinalar vâki olsa ve af olunmasa boşanma dâvâsı açılacaktır. Halbuki zinaya müsadede keyfiyet aksine olurdu.

Zina ceza kanunlarına göre erkek ve kadın hakkında ayrı mütalâa edilmiştir. Erkeğin dâimi surette bu fiili yapması, başkası ile karı koca gibi yaşamaması halinde zinanın mevcudiyeti görüşü galiptir⁷.

Kaydedelim ki, erkeğin gaybubeti halinde kadının başkasıyla cinsî münasebette bulunmuş olması da zinadır ve boşanma sebebi olur. Hattâ o kadar ki, erkek hakkında gâiplik kararı alınsa ve kadın ayrı olarak evliliğin feshi davasını açıp evliliğe son vermeden cinsî münasebette bulunsa hüküm aynıdır. Çünkü gâiplik kararı evliliğin zevalini doğurmaz; evlenmenin son bulması için feshî karar şarttı⁸.

Evlilerden birinin zinayı affetmesi, affedilenin affedenin zinasını af mecburiyeti doğurmaz. Binnetice bir erkek zina yapmış olan karısını affetse, sonra zinada bulunsa, karının onu affetmeyip boşanma davâsı açmaya hakkı olur⁹.

⁷ Zina evlilerden birinin üçüncü bir şahısla cinsî münasebetde bulunması olduğuna göre, kocanın da bir tek cinsî münasebetde bulunması karıya boşanma hakkı vermelidir. Zira Ceza Kanunundaki koca bakımından zinanın tarifi cezaî tâkibat bakımındandır; medenî netice doğurmaz.

⁸ Türk M. K. Md. 94; İsviçre M. K. Md. 102.

⁹ Bu sebeplerin mutlak ve mutlak olmayan (nisbî) kelimeleri ile tavsif edilmesinin câiz olacağını hiç zannetmeyiz. Çünkü hiç bir boşanma sebebi mutlak değildir. Sebebin en şiddetlisi ve vahimi mevcut olsa bile dilerse diğer taraf boşanma davâsı açmaz. Savcı da evlenmenin mutlak but

B — Cana kasd¹⁰ :

Karı kocadan birinin diğerini öldürmek için canına kasdetmesi yani hayatını ifna eylemek istemesi halinde de canına kasdedilene boşanma davası açmaya hakkı vardır. Aşağıdaki iki halde boşanma davası açılmaz :

1) Cana kasd, isteyerek, yani kasden vâki olmamış ise. Koca yanlışlıkla karısını yaralasa, bu cana kasd teşkil etmez.

2) Cana kasd fiilî haklı olursa. Meselâ koca, karısını öldürmek için üzerine saldırmış, kadın meşrû müdafaa için kocasını öldürmek kasdiyle ateş etse ve onu yaralamış olsa, kocanın boşanma davası açmaya hakkı olmaz.

Cana kasd neticesinde, canına kasd edilenin ölmesi halinde evlilik esasen ölümle zeval bulacağından boşanma davası açmak düşünülemez. Davâ ikamesi için canına kasdedilmiş olanın ölmemiş olması gerekir.

Tatbikatta da cana kasd fiillerine tesadüf olunur. Evlilerden biri, başka biriyle evlenmek için karı veya kocasını öldürebilir veya mirasa konmak için bu harekette bulunabilir.

Cana kasd sebebiyle davâ açabilmek için fiilin mutlaka tam teşebbüs safhasına intikali icabetmez. Nakıs teşebbüs halinde de davâ açmak hakkı doğar. Meselâ bir kadın öldürmek için kocasının çorbasına veya içeceği bir şey'e zehir koysa, fakat kocası bunu içmese, bilâhare zehirli olduğunu öğrense davâ yine açılabilir.

Cana kasd fiilinin, taraflardan birinin direkt iradesiyle vukuu gerekir. Binnetice karı, kocasının zulmünden kurtulmak için intihar teşebbüsünde bulursa, bu hareketi cana kasd mefhumuna girmez.

Gerek zina, gerek cana kasd sebebiyle açılacak davalarda kanun müddet kabul etmiştir¹¹. Zina veya cana kasd fiileri öğrenildiği günden itibaren altı ay içinde davâ açılmalıdır. Kanun her iki fiil sebebiyle açılacak olan davâda 5 yıllık bir mürurzaman daha kabul etmiştir. Bu müddet zina ve cana kasd fiilinin vukuu tari-

lamında olduğu gibi re'sen boşanma veya evliliğin feshi dâvası açamaz (Muayyen ve gayrimuayyen) tâbirleri yerine boşanmada (Mutlak - Nisbî) kelimelerini kullanmanın doğru olabileceğini zannetmiyoruz.

¹⁰ Türk M. K. Md: 130; İsv. M. K. Md: 138.

¹¹ Türk M. K. Md: 129/2; İsv. M. K. Md: 137; Türk M. K. Md: 130/2; İsv. M. K. Md: 138/2.

rihinden itibaren ceryana başlar. Davâya hakkı olan taraf beş yılın bitmesine bilfarz bir hafta varken zina veya cana kasd fiilini öğrense, artık 6 aylık müddetden faydalanamaz. Keza fiile beş yılın bitmesine bir sene kalarak muttali olursa, davâ bir yıl içinde açılmaz, ilk altı ay içinde ikame olunmalıdır¹².

C — *Terk*¹³ :

Karı kocanın kaideten bir evde birlikde hayat sürmeleri aile hayatındaki mes'uliyetden kaçmamaları lâzımdır. Bu vazifelerden kaçmak için evden uzaklaşılır ve muhik sebep yok iken eve dönülmez ise, terk mevzuu bahisdir. Terk halinde terk olunan tarafın boşanma davâsı açabilmesi için kanun bazı müddet şartları koymuştur. Türk Medenî Kanunu bu müddetleri İsviçre kanununa nazaran kısa tutmuştur. Türk Kanununa göre terk en az iki ay devam edecektir. İki ay dolduğu takdirde terk olunanın ihtar davâsı açmaya hakkı olur. İhtardan sonra bir ay geçecek ve terk eden bu bir aylık müddet içinde de eve dönmezse, terk olunanın boşanma davâsı açmaya hakkı olacaktır.

Kanunun yazılış tarzı karışık gibi ise de, ayrılığın en az iki ay sürmesi ve iki ay sonunda açılacak bir ihtar davâsından sonra bir ay daha beklenmesi lâzımdır. Bu bir aylık müddet içinde terk eden eve oturmak kasdiyle gelip bir gün sonra tekrar evi terk etse, keza iki ay beklenecek ve ihtar davâsı açılarak bir ay içinde eve dönmesi beklenecektir. Bir aylık müddet içinde eve dönüşün birlikte oturmak kasdiyle vâki olmuş olduğunun ispatı lâzımdır. İspat külfeti terk edene âittir.

Terk serbest irade ile olacaktır. Binnetice baskı altında vukuu halinde boşanma sebebi olamaz. Kadının erkeğin zulmünden annesinin evine gitmesi terk olamaz. Keza aile için çalışıp nafaka temini için başka yere giderek oturması da terk değildir.

Terk sebebiyle boşanma davâsı açabilmek için mürurzaman yoktur. Bu şu demektir ki, terk edilen taraf terk devam ettikçe bu davâyı her zaman açabilir. Ancak terkden sonra işleyecek olan iki aylık müddet ve ihtar süresi bitmedikçe davâ ikamesi mümkün değildir¹⁴.

¹² Bu müddetlerin mürurzaman veya sukûtu hak müddetleri olup olmadığı münakaşalıdır.

¹³ Türk M. K. Md: 132; İsv. M. K. Md: 140.

¹⁴ Davanın her zaman açılabilmesi ihtar davasından sonra mümkündür. Usulüne göre açılan ihtar davasına rağmen bir ay içinde eve dönülme-

D — Akıl hastalığı¹⁵ :

Karı kocadan biri üç seneden beri sürekli olarak akıl hastalığına maruz kalır ve bu hastalığın şifa bulmazlığı raporla sâbit olursa, diğer tarafın boşanma davası açmaya hakkı olur. Mamefih akıl hastalığı diğer taraf için birlikte yaşamayı çekilmez hale getirici mahiyette olmalıdır.

Hastalığın sürekliliği üzerinde bazı kayıtlarda bulunmak lâzımdır : periodik akıl hastalıklarının boşanma sebebi olarak kabul edilmediği anlaşılıyor. Karı veya koca bir sene süren akıl hastalığına müptelâ olsa, hastalık bir sene sonra geçip, üç ay sonra tekrar başlasa ve yine geçip dört ay sonra beş aylık bir devre için tekrarlasa, diğer tarafın boşanma davası açmaya hakkı yoktur. Bu önemli meselede hukukçuların düşünmeleri ve hastalık süresi ile sürekliliği âile hayatını çekilmez hale koyup koyamayacağı hususunda yeni esaslara mahal olup olmadığını incelemelidir.

Şu mesele üzerinde durmak bizce münasiptir: Akıl hastalığında hastalığa maruz kalanın kabahati bulunduğu sâbit olursa müddet kısaltılmalıdır. Meselâ karı veya koca fazla işret ve benzeri sıhate muzir şeylere müptelâ olmakdan akıl hastalığına maruz kalmış ise, müddetin kısaltılması ve sürekliliğin nazara alınmaması gerekir. Aksi halde kaderin cilvesi olan akıl hastalıklarında üç senelik müddet ve süreklilik şartı makuldür. Zira hastalığa müptelâ olanda kusur yoktur. Evlilik acı ve tatlı günleriyle yürütülecek bir müessesedir.

Diğer tarafın mutlaka boşanma davası açmak mecburiyeti olmadığı tabiidir. Lâkin üç seneyi geçen ve devamlılığı tabib raporu ile sâbit olan hastalığa maruz kalan taraf aleyhine davâ açılmadığı takdirde diğer taraf lehine evlilik hukuku ile kabili telif olmayan hiç bir hak doğmaz. Binnetice hasta olmayan taraf zina yapmaya haklı olmaz; başkasiyle karı koca imiş gibi hayat sürmeye de yetkili değildir. Aksi hareket zinadan dolayı hasta olan taraf lehine boşanma sebebi teşkil eder. Zira sürekli ve üç yıldan fazla sürmesine rağmen boşanılmamış ise, evlilik fiilen devam etmese bile hukuken berdevamdır. Diğer tarafın boşanma davası açarak arzusu veçhile yaşamak imkânına kavuşmasından başka çare olamaz. Bu mesele çok nazik içtimâf bir durumla karşı karşıya

diği, yani ihtarı tâkib eden ayın sonundan itibaren davâ her zaman açılabilir. Her zamanın başlayacağı tarih ihtardan sonra geçecek olan bir ayın bitmesi anıdır.

¹⁵ Türk M. K. Md: 133; İsviçre M. K. Md: 141.

koymaktadır. Bir yandan kaderin sevkiyle akıl hastalığına müptelâ bir kimse diğer tarafta keza kabahatsız ve bahtsız bir insan bulunmaktadır. Böyle bir halde hâkimin takdir hakkının çok geniş olmasını kabul etmemek elden gelmez.

Akıl hastalığı dolayısıyla boşanma davasında mürurzaman yoktur. Keyfiyeti 133 üncü madde»... o taraf her zaman boşanma davasında bulunabilir» demek suretiyle ifade ediyor.

Akıl hastalığının sürekliliği ve üç yıldan beri devamı sâbit olduktan itibaren diğer taraf her zaman davâ açabilir. Dilerse, üç yılın bitmesi akabinde, dilerse 15 yıl sonra boşanma davası açmak hakkına sahiptir.

Üç seneden sonra fakat davâ ikamesinden evvel hastalık ortadan kalksa davâ yine açılabilir midir?: Kanun üç sene sürekli olarak hastalığın devamı şartını koymuş olduğuna göre menfi hüküm imkânsızdır. Kanun değiştirilmeli ve aşağıdaki hükmü ihtiva etmelidir :

Dava ikame edilmeden veya edildiği andan evvel hastalığın bir daha avdet etmeyecek kesinlikle zâil olduğu sâbit olduğu takdirde boşanma dâvasının mesnedi olmaması gerekir. Bu mantikî olduğu gibi, hiç kabahati olmayan hasta tarafın nasafetle muamele görmesini de temin etmektedir. Mantikidir zira, akıl hastalığı sebebiyle davâ açmamış olan tarafın belki hastalığın geçeceğini ümit ederek beklemeyi münasib gördüğü mefruzdur. Şu halde teklif edilen hal suretinin mesnedi zaif addedilemez.

2 — Gayrimuayyen boşanma sebebi :

Umumiyetle geçimsizlik bu sebebi teşkil etmektedir. Fakat bizce yalnız geçimsizlik değil terzil edici cürüm ve haysiyetsiz hayat da gayrimuayyen sebepler arasında mütalâa edilmelidir. Zira gerek terzil edici cürüm, gerek haysiyetsiz hayat çeşitli olabilir; yani muayyen sebeble vâki olmaz. Bu itibarla bu başlık altında geçimsizlik ve terzil edici cürümle haysiyetsiz hayat tetkik edilecektir.

A — Geçimsizlik¹⁶ :

Nişanlılık devresinin bir gayesi de, tarafların yekdiğeri ile uzlaşıcı huyda ve yapılaşta olup olmadıklarını anlamalarıdır. Böyle olmakla beraber anlaşılmaş olabilirler. Diğer cihetden evlilik-

¹⁶ Türk M. K. Md: 134.

den sonra huylarında değişme olabilir. Binnetice âile hayatında bir geçimsizlik vâki olur. Geçimsiz, her gün yekdiğeriyle ağır münakaşalar cereyan eden, bağırısmalar, dargınlıklar vâki olan ana baba ocağında çocuklar iyi yetişemez; öyle bir hayat karı koca için de faydalı değildir. Bu itibarla Türk Medenî Kanunu zikredilen maddesinde «İmtizaçsızlık» matlabı altında geçimsizliği boşanma sebebi olarak bizzarur kabul etmiştir. Taraflara ve çocuklara ve binnetice Devlete faydalı olmayan bir ocağın tütmesine mantıkan da lüzum ve imkân yoktur. Ancak geçimsizliğin boşanma sebebi olabilmesi için iki şartın bulunması lâzımdır :

1) Geçimsizlik şiddetli olacaktır :

2)Âile hayatının geçimsizlik yüzünden çekilmez hale gelmesi lâzımdır.

Ufak tefek âile münakaşaları, dargınlıklar hattâ bazen bağırıp çağırılmalar şiddetli geçimsizlik addolunamaz. Hayatın yorgunluğu, sosyal ve iktisadî sıkıntılar kocanın da kararının da sinirlerine az çok tesir eder. Bu gibi ufak tefek huysuzluklar bu sebeble vâki olabilir. Her evde görülmesi mümkün olan bu gibi geçici anlaşmazlıklar ve aksaklıklar boşanma sebebi olamaz. Mahkemelerin bu ciheti nazara alarak hükmetmeleri «geçimsizliğin devamlı ve şiddetli olması» şartı icabıdır.

İnsan adedi kadar huy vardır ; bazı kimseler şen şatır, bazıları sükûtî yaratılmıştır. Binaenaleyh karı koca kendilerine hâs olan bu huyları da nazara alarak karşılıklı muamelede bulunmaya mecburdurlar. İnsanlar melekler gibi olsalardı dünyada evlenmemiş kimse kalmazdı ve hiç bir zaman boşanma vâki olmazdı. Hüner karı kocanın bu çeşitli yapılışlara rağmen yekdiğeri ni idare edebilen bir taktik ve olgunlukla ocağı yürütmeye bakmalarındadır. Terk dahi bazen geçimsizlik sebebiyle olur. Buna rağmen kanun terk edene ihtarı münasib görmüş, derhal boşanmaya tevessülü red eylemiştir.

2) Geçimsizlik müşterek hayatı çekilmez hale koyabilecek mahiyette olmalıdır.

Bazen geçimsizlik şiddetli olur, fakat müşterek hayatı tehlikeye koymaz. Öyle âileler vardır ki, aralarında sık sık şiddetli geçimsizlik olmasına rağmen hiç bir şey olmamış gibi karı koca hayatını sürdürebilirler.

Bazı âilelerin sosyal yapısı o şekildedir. Fakat keyfiyetin şahitlerle isbatı da şarttır. Hâkim, bir âilenin sosyal ve iktisadî ve

ahlâki durumunu re'sen nazara alarak, geçimsizliğin böyle bir âilede mütad olabileceğine ve binnetice davânın reddine hükmedemez.

Mahkemelerin bilhassa gençler arasındaki geçimsizlik iddiasıyla açılan davâlarda müteyakkız olmaları lâzımdır. Şu muhakak ki, yeni evlenenlerin iki üç ay sonra geçimsizlik sebebiyle boşanma davası açmaları böyle kısa müddetlerde dâimi geçimsizliklerin vukuuna imkân bulunamayacağı sebebiyle mahkemeleri temmüle ve geçimsizlik sâbit olsa bile ayrılığa hükme sevk etmelidir. Evliliğin ilk yıllarında genç karı kocalardan bazılarının huysuzluklar, hırçınlıklar yaptıkları bir vâkıdır. Evlilik hayatına, onun yüklediği mes'uliyete henüz intibak edememiş olmak bunun yegâne değilse bile başta gelen sebebidir.

Şu husus ehemmiyetlidir ki, mahkeme, vaktiyle geçimsizlik sebebiyle boşanmaya hükmedip de taraflar tekrar evlenmişler ve tekrar geçimsizlik sebebiyle davâ açmışlarsa, hâkim geçimsizlik kat'iyetle sâbit olsa bile boşanmaya değil, ayrılığa hükmetmelidir. Çünkü bu eşler hakkında tekrar boşanma kararı verilse, bilâhare tekrar bir araya gelmelerine kuvvetli karine mevcuttur. Hattâ bizce, geçimsizlik sebebiyle boşanıp da tekrar evlenmiş olanlara geçimsizlik yüzünden boşanma davası açmak hakkını tanımamak lâzımdır. Bu gibi hükümlere yer verilmediği takdirde mahkemelerin bu kabil fuzulî ve mükerrer boşanma davaları ile uğraşmalarına cevaz verilmiş ve binnetice, devletin adlî mekanizmasını beyhude işgâl söz konusu olur.

Geçimsizliğe sebep olan taraf davâ açamaz. Fakat bazen geçimsizlik her iki tarafın kusuru ile vâkidir. Bu halde kusuru daha ağır olan, yani geçimsizliğe en çok meydan veren tarafın açacağı davâ reddedilmek lâzımdır. Bu hususu 134 üncü maddenin ikinci fıkrası «eğer geçimsizlik iki taraftan birine daha ziyade kabili isnat ise, boşanma davasını ikame hakkı ancak diğer tarafa âittir.» tarzında ifade etmektedir.

Geçimsizlik sebebiyle açılacak olan davâda mürurzaman yoktur. Geçimsizlik devam ettiği her zaman davâ ikamesi mümkündür. Fakat şahitler karı kocanın zaman zaman şiddetli ve hatta sürekli geçimsizlikten sonra barıştıklarını ispat ederse, mahkemenin boşanmaya hükmetmemesi biraz evvel kaydolunan gerekçe sebebiyle münasib olur. Ayrılığa hüküm düşünülmelidir. Hattâ zannımızca öyle bir halde ayrılığa bile hükmetmek yersizdir. Boşanma davasının reddinde isabet olur.

B — Cürüm ve haysiyetsiz hayat¹⁷ :

Terzil edici cürüm muayyen değildir; çeşitli olabilir: taraflardan birinin ırza geçmekten mahkûmiyeti, ahlâk ve edebe aykırı bir fiilden dolayı cezaya çarpılması ilh. terzil edici cürüm zümresindedir. Diğer taraf boşanma davâsı açabilmek için kaideten bu hususta mahkeme ilâmına istinat etmeye mecburdur¹⁸. Mahkûmiyet genel afla ortadan kalksa bizce boşanma davâsı açma hakkı sakıt olmaz. Çünkü bu af fiilin ceza sahasındaki neticelerini kaldırır.

Haysiyetsiz hayata gelince: bunda mahkeme ilâmına lüzum yoktur¹⁹. Boşanma davâsı açanın müddeialehyin böyle bir hayat sürdüğünü ispat etmesi lâzımdır. Haysiyetsiz hayat da gayrimuayyen vakıalarla sâbit olabileceğinden bunu da gayrimuayyen boşanma sebepleri arasında saymak lâzımdır; Hâkim âilenin sosyal durumunu ve haysiyet kırıcı halleri nazara alarak her ayrı vâkıada takdir hakkını kullanarak hükmeder.

Boşanma davâsında usul, boşanma ve ayrılıkta aynı olduğundan bu bahse ayrılık müessesesini anlattıktan sonra yer verilmiştir.

Ş. 2 — AYRILIK²⁰ :**I — Ayrılık müessesesinin gayesi ve mahiyeti :****1. Ayrılığın gayesi :**

Mahkeme, tarafların boşanma sebebi olduğu halde boşanmaya hükmedildiği zaman tekrar evlilik hayatına dönmeleri ihtimalini delillerden ve onların hallerinden istihraç edebilir. Böyle bir halde boşanmaya karar vermek mantıkla bağdaşmayacağı gibi, tarafların menfaatine de uygun düşmez. Bu itibarla İsviçre Kanunu ve onu tâkib eden Medenî Kanun ayrılık müessesesine yer vermiştir. Bazı kimseler Medenî Kanunda ayrılık müessesesinin kabul edilmiş olmasını Katolik hukuku eseri olduğu gerekçesiyle tenkit etmek isterler. Fakat doğru değildir; çünkü ayrılık müessesesi ile birlikte boşanma müessesesi de kabul edilmiştir. Ayrılık evliliğin devamına imkân vermediği takdirde tarafla-

¹⁷ Türk M. K. Md: 131; İsv. M. K. Md: 139.

¹⁸ Mamafih, henüz âmme davâsı derdest değil ise, boşanma davâsı sade dinde cürüm ve haysiyetsiz hayata mesnet olan vâkıaların ispatı da mümkündür. Yani mutlaka ceza ilâmına istinat etmek gerekmez.

¹⁹ Çünkü her haysiyetsiz hayat mutlaka cezâî tâkibatı gerektirmez.

²⁰ Türk M. K. Md: 138; 139; 140; İsviçre M. K. Md: 148, 141, 142.

rın boşanma hakkı vardır. Yani boşanma hakkı kaldırılmış değildir. Katolik dininde ise boşanma müessesesi memnûdur. Tafsilde fayda vardır : İslâm dini evlenmeyi de, mühim sebep olduğu zaman boşanmayı da hak olarak tanımıştır. Ancak fevrî boşanmalar haksız olacağından bu hakkın kullanılması için iyi düşünmek lâzımgeldiğini de nazara almıştır. Hattâ o kadar ki, Hazreti Peygamber, «boşanma cereyan ederken gökler titrer» demek suretiyle boşanmanın ne kadar önemli ve çok düşündükten sonra tevessül edilebilecek olan bir müesseseye olduğuna işaret buyurmuştur. Hakikaten fevrî ve haksız boşanmalarda gökler sarsılır; zira böyle boşanma ile nahak yere karı kocanın, çocukların ve Devletin evlilik hayatındaki hakkı yok edilir. Ayrılık bizim kanaatimize göre tarafların bir müddet sonra barışıp yuvayı devam ettirmeleri için kabul edilmiş bir müessesedir, yoksa taraflara çile çektirmek için ihdas olunmamıştır. Tâbiri câiz ise ayrılık müessesesi boşanmak isteyen karı kocanın uzunca bir müddet sulh için teemmül safhasıdır denilebilir. İslâm dininde sulhun ne kadar mühim ilâhi bir tavsiye olduğu âyetlerle sâbittir. Sulh zaruretine boşanma meselesinde de âyetlerle temas olunmaktadır : Bu hususta «sulhde hayır vardır» denilmektedir²¹. Karı kocanın geçinmemeleri halinde âilenin büyüğüne giderek sulhe yanaşmaları Cenabı Allahın buyruğudur. Nihayet, gerek Kur'anı Kerimde, gerek hadislerde ayrılık müessesesinin reddine dâir zımnî bir işaret bile yoktur. Binnetice ayrılığı İslâm dinine aykırı bulmak ve Medenî Kanunda kabul edilmesini dinî bakımdan isabetsiz addetmek kanaatimizce doğru değildir.

²¹ İslâm dininde her ihtilâfda sulhe gitme lâzımdır. Zira sulhde hakikaten hayır vardır. Sulhen halledilen ihtilâflar, taraflar arasında muhasamanın ilelebet sürmesine mâni olur. Bundan başka sulh, tarafları bir takım mahkeme masraflarıyla avukatlık ücretinden kurtarır. Hangi bakımdan bakılırsa bakılsın sulhde hayır ve menfaat âşikârdır. Medenî Kanunda vaktiyle boşanmada sulh teşebbüsü vardı. Bilâhare kaldırıldı, ki isabetsizliğinde şüphe yoktur. Bilhassa evlendikten üç beş ay sonra muhtelif sebeplerle boşanmak için mahkemelere koşan tecrübesiz genç evlilerin bu hareketlerini sulh teşebbüsü ile dizginlemek zarurîdir. Henüz evlilik müessesesinin mes'uliyetlerini tatmamış ve bu bakımdan olgunlaşma yoluna girememiş genç evlilere âile hayatının kutsiyetini müdrük, hitabet kabiliyeti ve ikna kudreti kuvvetli hâkimlerin sulh teşebbüsünde yapacakları nasihatler müessir olabilir. Böyle evlenir evlenmez mahkemelere koşan gençlerden cüz'î bir kısmı mütenebbih olup âile yıkmaktan vazgeçseler bu da kendileri ve cemiyet için bir kazançtır. Hukukî müesseseleri faydaları yoktur veya azdır diye bir kenara itmek ve kaldırmak yanlıştır. Binde bir fayda olsa bile ilgası cihetine gidilmemek lâzımdır. Bu itibarla Türk Medenî hukukunda boşanmada sulh teşebbüsünün ihyası lâzım geldiği kanatindeyiz.

Şu cihet kaydedilmelidir : Boşanma sebebi ne olursa olsun, hâkim tarafların tekrar âileyi sürdürmelerini ihtimal dahilinde görürse, boşanma talep edilmiş olsa bile ayrılığa hükmeder. Bir misâl verelim : bir karı koca, karının veya kocasının vaktiyle yapmış olduğu zina sebebiyle boşansalar, fakat bilâhare yine evlenseler ve tekrar zina sâbit olup boşanma talebi ile mahkeme huzuruna gelseler hâkimin yapacağı şey, zina kat'iyetle sâbit olmuş olmasına rağmen boşanmaya değil ayrılığa karar vermektir ibarettir. Bunun sebebini daha evvel bilvesiyle kaydetmiştik.

2 — Ayrılığın hukukî mahiyeti :

Ayrılık kararı, boşanmaya aykırı olarak evlilik hayatına ve bundan doğan vecibelere son vermez. Evlenme hukuken berdevamdır. Ancak normal evlenmedekinden farkları şudur :

1) Normal evlilikde küçükler ana babalarının müşterek velâyetlerine tâbidirler. Ayrılıkta ise, bunlardan yalnız birinin velâyetine tâbi olur ve yalnız onunla otururlar. Bu müşterek ika-met velâyet hak ve vazifesinin iyi kullanılması ve görülmesi içindir. Böyle olmakla beraber, velâyet kendisine verilmemiş olan tarafın çocuğu muayyen zamanlarda görmesi de mümkündür²².

2) Mal rejimleri kâide olarak bakıldığında, fakat taraflardan biri dilediği takdirde, mahkeme mal rejimini mal ayrılığına çevirmeye mecburdur. Taraflardan biri bu hususda talebde bulunmadığı takdirde, mahkeme ayrılık süresini ve tarafların vaziyetini nazara alarak mevcut mal rejiminin devamına karar verebilir²³.

3) Ayrılık devam ederken taraflardan biri ölse, diğeri onun mirascısı olur. 146 ıncı madde ayrılık halinde cereyan edemez. Zira bu madde hükmü²⁴ münhasıran boşanma ile ilgilidir.

4) İştirâk nafakası : Çocuk kendisine tevdi edilmemiş tarafın çocuğa bakmak mükellefiyeti devam ettiği için, infak ve iâşe ile terbiye masraflarına iştirâki mecburîdir. Çocuk kendisine tev-

²² Bütün bu hususlar kanunda yer almış bulunmaktadır: Türk M. K. Md: 148; İsv. M. K. Md: 156.

²³ Türk M. K. Md: 147; İsviçre M. K. Md: 155.

²⁴ 146 ıncı maddeye göre, boşanan karı koca birbirinin kanunî mirascısı olmaz ve evlenme mukavelesi ile veya boşanmadan evvel yapılmış olan ölüme bağlı bir tasarruf ile termin olunan menfaatlerden faydalanamazlar 146/2. Bu hüküm, ayrılık, boşanma demek olmadığından ayrılığa kıyasen tatbik edilemez.

di edilmiş olan tarafın malî durumu çocuğa bakacak derecede müsait olsa bile diğer tarafın bu nafakayı vermesi şarttır.

5) Normal evlilikde, karı, kocanın meskeninde oturmaya kaideten²⁵ mecburdur. Ayrılıkta bu mecburiyet yoktur²⁶

II — Ayrılık müddeti²⁷ :

İsviçre ve Türk Medenî kanunları ayrılık müddetini en az bir en fazla üç yıl olarak kabul etmişlerdir. Bizce bu müddetler uzundur. Barışma imkânı mevcut olan karı koca daha kısa bir müddetde barışabilirler. Uzun müddet beklemek, barışmayı değil, zannımızca inat ve husumeti tahrik eder. En az müddetin 6 ay en uzun müddetin bir sene olması gayeyi hâsıl ederdi.

İsviçre Kanununda bir de süresiz ayrılık vardır. Bu kanunun ayrılık müddetinden bahseden 147 inci maddesinin 1 inci fıkrası: «la séparation de corps est prononcée.. ou pour un temps indéterminé.» Ayrılığa.. veya gayrimuayyen zaman için hükmedilidir.»

Türk kanun vâzı İsviçredeki bu hükmü kasden almamıştır. Yoksa tercümede zuhul yoktur. Makulü de budur. Aksini kabul etmek boşanma hakkını kaldırmak olurdu. Türk kanun vâzı gayrimuayyen zaman için ayrılık müessesesini kabul etmemiş olduğundan Medenî Kanununun ayrılık müessesesine yer vermiş olmasının tenkid edilemeyeceği görüşünü savunduk.

Ayrılık müddeti içinde karı koca barışmamış iseler iki taraftan her biri boşanma talep edebilir. Ayrılık müddeti içinde geçici olarak bile olsa barışma sabit olunca boşanma davâsı mesmu olmaz.

III — Ayrılık sebepleri :

Ayrılık kararı için boşanma sebeplerinden ayrı sebep yoktur. Boşanma sebebi ne olursa olsun hüküm böyledir. Münhasıran geçimsizlik sebebiyle ayrılığa hükmedilemez. Diğer boşanma sebepleri sâbit olsa bile mahkeme re'sen ayrılığa karar verebileceği gibi, boşanma davâsı açmaya hakkı olan taraf da boşanma talep etmeyip, ayrılığa hükmedilmesini isteyebilir. Bu husus 138 inci maddede açıktır.

²⁵ İstisnâî hal: Türk M. K. Md: 162/1, İsv. M. K. Md: 170/1, 3.

²⁶ Türk M. K. Md. 162 İsv. M. K. Md: 170.

²⁷ Türk M. K. Md: 139; İsviçre M. K. Md: 147.

Şuna tekrar işaret edelim ki, mahkemenin ayrılığa karar verbilmesi için boşanma davasının mutlaka geçimsizlik sebebiyle ikame edilmiş olması icabetmez. Zina sebebiyle açılmış olan boşanma davasında da hâkim, zina sâbit olsa bile ayrılığa hükmedebilir. Bu hususta gerekli misâl verilmişti. Hatırlatalım : Karı kocadan biri vaktiyle zina sebebiyle davâ açıp boşanmış ve sonra tekrar evlenme akdetmiş olsalar hüküm böyledir. Keza cana kasd veya sair muayyen veya gayrimuayyen boşanma sebeplerinden biri ile vaktiyle ayrılıp da tekrar evlenmiş olan kadımla erkeğin aynı sebebden açacakları davâda hâkimin ayrılığa karar vermesi gerekir.

138 inci madde, boşanma davası açmaya hakkı olan tarafı muhayyer bırakmıştır: dilerse boşanma sebebine istinaden boşanma dilerse, hattâ zinaya istinat edilse bile ayrılık taleb edebilir. Bu ikinci halde mahkeme hiç bir mülâhaza ile boşanmaya hükmetmeye yetkili değildir.

Ayrılık davâsını davâcı, davâ ceryan ederken bizce boşanmaya çevirebilir. Zira hakkı hıyar onun lehinedir ve kanunda aksi içtihadı teyide yarar zımnî bir kayıt da yoktur. Nihayet gerek ayrılık sebeplerinin gerek boşanma ve ayrılık davâlarında usul birliğinin beyan edilen kanaati kuvvetlendiren sebepler olduğu da âşikârdır. Bu hal ıslah değildir. Zira ıslahda hatalı hareket sözkonusudur. Burada ise, boşanma davası açmaya hakkı olduğu halde hiç hatâ mevzuubahis olmaksızın ayrılık davâsı ikame etmek şıkkını ihtiyar eylemiş olan davâcının davâ konusunu tebdili mevzuubahistir.

Hâkimin boşanma davâsı açılmışken boşanma sebebinin sâbit olmasına rağmen takdireni ayrılığa hükmedebilmesinin şartı, tarafların ilerde barışmalarının kuvvetle ihtimal dahilinde olduğunu belirten delil ve emmarelerin mevcudiyetidir. Yoksa hâkim mücerret kendi şahsî ve indî düşüncesiyle boşanma yerine ayrılığa hükmetmek yetkisine sahip değildir. 138 inci maddenin 3 üncü fıkrası keyfiyeti şu suretle teyid ediyor : «Dâva boşanmaya dâir olup, karı kocanın **barışmaları** ihtimali bulunduğu takdirde, ayrılığa hükmedebilir.». Fıkradaki «**Barışmaları**» kelimesinden ayrılığa yalnız geçimsizlik sebebiyle açılan davâlarda hükmedebileceği çıkarılamaz. Kelime, karı kocanın tekrar bir araya gelerek âile halinde yaşaması ihtimalini belirtmek için kullanılmıştır.

IV — Ayrılığın hükmü :

Ayrılığın genel olarak hükümlerinden bahsedilmişti : evlenme hukuken baki olduğundan daha evvel sayılmış olan dört netice mahfuz kalmak üzere, boşanma bakımından hükmüne temas edi-

lecektir : Ayrılık müddetinde tarafların evlilik hayatını sürdürmek maksadiyle bir araya gelmedikleri sâbit olunca, taraflardan her biri müddetin bitmesi halinde boşanma davâsı açabilir. Aşağıdaki hallerde müddet bitmese bile tarafların davâ açmak, boşanma talep etmek hakkı vardır : Ayrılığa sebep olan vâkiyadan başka bir boşanma sebebi ayrılık esnasında vâki olursa, diğer taraf ayrılık müddetinin bitmesini beklemeksizin boşanma davâsı açabilir. Meselâ karı koca arasında cana kasidden dolayı boşanma davâsı açılmış ve mahkeme ayrılığa hükmetmişti. Veya diğer taraf, canına kasd edilmiş olmasına rağmen ayrılık davâsı açmış ve ayrılığa karar alınmıştı. Bu halde ayrılık devam ederken başka bir boşanma sebebi ve meselâ zina vâki olsa, ayrılık müddetini beklemeden davâ açmaya hakkı olanın boşanma davâsı açmaya hakkı olur.

Ayrılık müddeti sonunda bir araya gelme, yani barışma mümkün olmadığı gerekçesiyle taraflardan her biri boşanma davâsı açabilir. Açılan davânın mutlaka boşanma ile neticelenmesi beklemez. Diğer taraf ayrılık müddeti içinde davacı ile bir araya geldiğini ve karı koca gibi yaşadığını veya davâcının barışma için haber gönderdiğini şahitle veya yazılı şekilde isbat ederse davânın reddi icabeder. İkinci bir ayrılık kararı verilmez. Veya ayrılık müddetinin uzatılmasına dair hüküm isdar olunamaz. Her iki halde kanuna aykırı olur. Zira, daha evvel de kaydedilmiş olduğu üzere, İsviçre Kanununa muhalif olarak Türk Medenî Kanunu süresiz ayrılık müessesesine cevaz vermemiştir. Kaydedilen iki halde de ayrılık müddeti ya kanundaki azamî müddetten fazla uzatılmış olur veya süresiz hale gelmiş olurdu. Ayrılık asgarî müddet için karar altına alınmış idi ise, ikinci bir ayrılık kararı verilebilirmi?: Bizce cevap yine menfî olmalıdır; zira ayrılık müddeti içinde ayrılık kararından umulan maksad hâsıl olmamıştır. Artık ayrılığa tekrar karar vermek mümkün olmaz.

§. 3 — BOŞANMA VE AYRILIK DAVÂSINDA USUL²⁸

Boşanma ve ayrılık sebepleri aynı olduğu gibi usul de aynıdır ki, bu husustaki kanun hükümlerini kısa olarak kayıtla iktifa edeceğiz :

I — 135 inci madde, boşanma davâsında usulde evvelâ boşanma davâsı konusunda muhayyerliği kaydediyor : Boşanma sebebinin en ağırı olsa bile, boşanma davâsını açmaya hakkı olan ta-

²⁸ Türk M. K. Md: 135-136, 137; 150.

raf mutlaka boşanma davası açmaya mecbur değildir. Dilerse ayrılık talep eder. Diğer taraf, ortada boşanma sebebinin mevcut olmasını ileri sürerek bu hakka mâni olamaz. Meselâ kadın zina yapsa, erkek dilerse boşanma yerine ayrılık talebiyle davâ açar ve kadın zinanın kat'iyetle sâbit olduğundan bahisle ayrılığa değil, boşanmaya hükmedilmesi lüzumundan bahsedemez. Diğer boşanma sebeplerinin mevcudiyeti halinde de hüküm başka türlü değildir.

Hâkim, ayrılık talebi ile bağlıdır; boşanma sebepleri kat'iyetle sübut bulsa bile boşanmaya değil, talep veçhile ayrılığa karar verebilir. Ayrılık talep etmiş olan taraf hâkimin vereceği ayrılık müddetinde de hakkı hıyara sahip değildir; yani ayrılık müddetinin tâyininde söz sahibi olamaz. Müddeti hâkim barışma ihtimalinin kuvvetli olmasına, güçlük veya kolaylığına bakarak bizzat tâyin eder.

II — 136 ıncı madde selâhiyetli mahkemenin davâcının ikametgâhı mahkemesi olduğuna işaret ediyor.

Madde yalnız yetkili mahkemeyi gösteriyor²⁹.

Evlilik devam ederken karının ikametgâhı kocanın ikametgâhı olduğundan, kadın boşanma davasını aynı zamanda kendi ikametgâhı olan kocasının ikametgâhı asliye mahkemesinde açmaya kaideten mecburdur. Kaideten denilmiş olmasının sebebi, bazı hallerde karının da ayrı ikametgâha sahip olabileceğidir³⁰.

²⁹ Ayrılık talebinden cayılıp boşanma da istenemez. Bu şıklardan birinin davâ açılmadan evvel düşünülüb seçimin ona göre yapılması gerekir. Ancak ayrılık davası devam ederken müddeialehy başka bir boşanma sebebi ihdas etmiş ise bizce, bu sebebe istinad edilerek davânın boşanmaya tebdili mümkündür.

³⁰ Türk M. K. Md: 21/2; İsv. M. K. Md: 25/2. Bu maddelere göre, kocası belli bir ikametgâha sahip olmayan veya kocasından ayrı yaşamaya mezun olan kadın ayrı bir ikametgâh seçebilir. Kadın kocasından Türk M. Kanununun 162 inci, İsviçre Medenî Kanununun 170 nci maddeleri hükmüne göre ayrı yaşamaya da mezun olabilir. Mezkûr maddeler, karının kocasından ayrı meskende oturabileceğini derpiş ediyor. Mesken, ikametgâh değildir. Binaenaleyh mücerret ayrı meskende oturma kararı, kadının ikametgâhının değişmesi manâsına gelmez. Bu karar üzerine kadının iradesiyle ayrı bir ikametgâh ihdas etmesi lâzımdır. Zira ayrı ikamete müsaade halinde, evlilik devam ettiğinden karı, yine kocasının ikametgâhına tâbidir. Netice itibariyle ayrı meskende oturmaya mezun karı, kocası aleyhine boşanma davası açmak istese, yine kocasının ikametgâhında açmaya mecbur olur.

III — Boşanma ve binnetice ayrılığa karar verebilmek için boşanma sebeplerinin vesika veya şâhitle tahakkuk etmesi ve hâkime kanaat vermesi lâzımdır. Bu, boşanma ve ayrılık davalarında ikrara itibar edilemeyeceği esasının neticesidir. Binnetice müddeialehyin yazdığı bir mektubunda meselâ zina yaptığını ikrar etmesi boşanma kararı vermek için yeterli olamaz. Böyle bir ikrarın sair delillerle de teyid edilmesi gerekir.

Hâkim boşanma sebebi hakkında taraflara yemin de teklif edemez. Binnetice, müddeialehyte zina yapıp yapmadığı hakkında yemin teklif edilse, o da zina fiilini işlemediğine dâir yemin etse, hâkim bu yemine istinadla davâyı red edemez. Yahut zina vukuuna dâir yemin edilse, buna istinat ederek boşanmaya hükmedemez.

Bu hususlar 150 inci maddenin 2 ve 3 üncü bendlerinde prensibler halinde derpiş olunmaktadır.

IV — Boşanma ve ayrılığın hükümleri kanunîdir. Binnetice taraflar, gerek boşanmadan evvel, gerek boşanma esnasında bu hususlarda mukavele yapsalar, bu mukavele hâkimin tasdikine iktiran etmedikçe müteber olmaz. (Md. 150/5). Meselâ, 146 ncı maddedeki iki tarafın yekdiğerine yaptığı ölüme bağlı tasarrufların müteberliği hususunda anlaşma olsa, bu anlaşmayı hâkim tasdik edecektir.

Çocuğun velâyetinin kime verileceği hakkında mukavele yapılamaz. Zira bu husus âmme intizamındandır. Binnetice mahkemenin kararı ile mümkündür. Buna mukabil iştirâk nafakası mükellefiyetini kaldıran bir mukavele hâkimin tasdiki şartıyla müteber olur. Zira çocuk kendisine tevdi olunan tarafın mali durumu çok müsait, diğcr tarafınkı müsait olmayabilir.

Boşanma ve ayrılığın hükümlerine ayrı bir paragrafta uzun boylu teması zarurî bulmadık. Esasen ayrılığa âit hükümlere yeteri kadar temas da etmiştik. Burada yalnız boşanmayla ilgili olup, taraflardan kabahatli olanın bir müddet evlenememesi cezasına temas edeceğiz.

Boşanmada kabahatli tarafa bir de fer'î medenî ceza olmak üzere bir müddet evlenememe cezası yüklemek doğru olmazdı. Zira, kabahatli taraf aleyhine boşanma hükmü alınmış olmak ve boşanmanın Medenî hukuk bakımından vecibelerini yüklemek yeterli bir müeyyidedir. Diğcr cihetten insanların evlenme hakkını muayyen bir müddet için de olsa kaldırmak fitrete uygun değildir. Onları gayrimeşrû cinsî münasebetlere sürükler. Bu itibarla Türk

ve İsviçre Medenî kanunlarında böyle bir cezanın yer almış olmasını şahsen yadırgamaktayız. Kaldırılması tavsiye edilir³¹. Mafih 142 inci maddenin ikinci fıkrası ayrılık müddetinin ceza müddetinden mahsub olunacağı şeklinde bir hüküm ihtiva etmekle bu cezayı tahfif eder görünüyor. Lâkin bazen boşanma ayrılık kararı verilmeden de sâbit olacağından bu hükümden her boşanan faydalanamaz.

³¹ Mezkûr Ceza Türk Anayasasının 11 inci maddesindeki «bir hakkın özüne dokunulamaz» tarzındaki hükme de aykırıdır. Boşanan bekârdır. Bir bekârdan makul ve normal evlenme mânileri müstesna, cezai müddetle evlenme hakkını kaldırmak hakkın özünü yok etmektir.