

## <sup>H</sup>BOŞANMA SİSTEMİNİN YARGILAMADA DOĞURDUĞU TEMEL HAK İHLÂLLERİ VE İSPAT SORUNLARI

Arş. Gör. Pınar ÇİFTÇİ\*

### GİRİŞ

Bu çalışmada, medenî yargılama sisteminin önemli sayılabilecek sorunlarından biri olan boşanma davalarında hukuka aykırı delil sorunu, güncel hukukî gelişmeler ışığında ele alınacaktır. Boşanma davalarında başta özel hayatın ve diğer temel hakların korunması, esasında çift yönlü bir özelliğe sahiptir. Birincisi yargılama sürecinde kişilik haklarının korunması gereği<sup>1</sup>, medenî yargıda en fazla görülen dava türlerinden biri olan boşanma davaları açısından sorunlu bir konudur. Özellikle Türk hukuk uygulamasında kişiler boşanma davalarında iddialarını ispat edebilmek amacıyla, çoğu zaman karşı tarafın kişilik haklarını ve diğer temel haklarını ihlâl edecek birtakım ispat faaliyetlerine dâhil olabilmektedir. Temel haklara ve kişilik

---

H Hakem incelemesinden geçmiştir.

\* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı

<sup>1</sup> Yargılama sürecinde kişilik haklarının korunması, genellikle medenî yargılama hukuku ile Anayasa arasındaki ilişki kurulurken ilk unsur olarak akla gelmemektedir. Ancak teknolojik ve temel haklar konusunda yaşanan gelişmelerin etkisiyle kişilerin özel hayatının yani mahremiyetinin geniş yorumlanması eğilimini sadece maddî hukuk normlarında değil, aynı zamanda yargısal süreçte de gün geçtikçe kişilik haklarının korunmasının önemini arttırmaktadır (bu konuda bkz. Gilles (Çev. Pekcanitez), s. 9-11). Bu konu -medenî yargılamada kişilik haklarının korunması gereği-, temel hakların içinde olduğu gelişim çerçevesinde her geçen gün çok daha fazla önem kazanmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Fink, s. 4-10; Gilles (Çev. Pekcanitez), s. 9 vd.; Habscheid, s. 187 vd.; Habscheid, *Persönlichkeitsrecht*, s. 840 vd.; Peters, s. 145 vd.; Schwab, s. 421 vd.

haklarına yapılan müdahalelerin hukuka aykırılığı ise, konunun ikinci yönü olan hukuka aykırı yollardan elde edilen delil sorununu gündeme getirmektedir. Zira, kişilik haklarına ve diğer temel haklara yapılacak haksız müdahaleler, çoğunlukla yargısal prosedürde ve özellikle ispat sürecinde, hukuka aykırı delil sorunu ile sonuçlanabilecektir. Dolayısıyla bu çalışma bir yönüyle kişilik haklarının ve diğer temel hakların yargısal süreçte korunması gereğinden hareket ederken, diğer yönüyle temel haklara müdahale neticesinde oluşacak hukuka aykırı delil sorununu boşanma davaları yönünden ele almaktadır<sup>2</sup>.

Hukuka aykırı yollardan elde edilen delil denildiğinde, özellikle medenî yargıda akla gelen konuların başında boşanma davaları bulunur. Nitekim bu sebeple medenî yargıya ilişkin davalarda ve özel olarak boşanma davalarında hukuka aykırı delillerin kullanılması sorunu, uzun zamandır gerek yargı içtihatlarında gerek öğretide tartışılan bir konudur<sup>3</sup>. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda hukuka aykırı yollardan elde edilen bulguların delil olarak kullanılması yasağının ispat hakkının sınırı olarak kabul edilmesi (HMK m. 189/3) ise, konunun ispat hakkı açısından önemini somut bir şekilde ortaya koymaktadır. İspat hakkı, kişilerin yargılama prosedürü içerisinde herhangi bir engelle karşılaşmaksızın iddia ve savunmalarını yapabilmelerini, açıklamada bulunabilmelerini ve delil sunabilmelerini gerektirir<sup>4</sup>. Bu anlamda

<sup>2</sup> Özel olarak *boşanma davalarında* hukuka aykırı delil uygulamalarına ilişkin taleplerin gösterdiği artış, hukuka aykırı delil uygulamasının Anayasa'da düzenlenen temel hak ve özgürlükler ile içine girdiği çatışma, uygulamada yaşanan sorunlar için ayrıntılı bilgi için bkz. **Ateş**, s. 89 vd. Yine boşanma davalarında kişisel verilerin ve özel hayatın unsurlarının gün geçtikçe daha yoğun bir uygulama alanına sahip olduğu yönünde bir çalışma için bkz. **Sert**, s. 286 vd.

<sup>3</sup> Boşanma davalarında hukuka aykırı delil uygulamaları için bkz. **Ateş**, s. 89 vd. Hukuka aykırı elde edilen bulguların genel olarak medenî yargıdaki durumu hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 300-303; **Bolayır**, s. 69-75; **Karşlı**, s. 549-551; **Kılıçoğlu**, s. 36 vd.; **Pekcanitez**, s. 779 vd.; **Tanrıver**, s. 368 vd.; **Tutumlu**, s. 2155 vd.; **Yıldırım**, s. 861 vd. Yabancı hukukta konuya ilişkin tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için özellikle bkz. **Baumgärtel**, s. 477 vd.; **Fink**, s. 74 vd.; **Habscheid**, s. 187 vd.; **Habscheid**, *Persönlichkeitsrecht*, s. 840 vd.; **Kodek**, 1987, s. 22 vd.; **Kodek**, s. 523 vd.; **Peters**, s. 145 vd.; **Tresenreuter**, s. 45 vd.; **Zeiss**, s. 377 vd. İchtihat hukukunun bu konuda gösterdiği gelişim hakkında bkz. aşa. I, B.

<sup>4</sup> **Özekes**, s. 106-107; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 394; **Yıldırım**, s. 861-862.

ispat hakkının akla gelen ilk sınırlaması da, genellikle hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerdir. Zira şayet bir delil hukuka aykırı bir yoldan elde edilmiş ise, her ne kadar temelini Anayasa'nın 36. maddesindeki hak arama özgürlüğüne de dayandırsa ispat hakkı sınırlanır ve ispat faaliyetini yerine getirmek isteyen kişinin hukuka aykırı yolla elde etmiş olduğu delili kullanmasına izin verilmez. Bu anlamda özellikle Türk hukuk uygulamasında ispat hakkı ile özel hayatın korunması hakkının çatıştığı en temel dava türlerinden birisi boşanma davalarıdır. Bu durumda Anayasa'nın 36. maddesi (hak arama özgürlüğü) ile 20. maddesi (özel hayatın korunması hakkı) çatışmakta ve hukuka aykırı yollardan elde edilen delil, hakkın sınırlandırılmasında kural olarak makul, ölçülü bir müdahale teşkil etmediğinden özel hayatın korunması hakkına üstünlük tanınmaktadır<sup>5</sup>.

Ancak özel hayatın korunması hakkına üstünlük tanıyıp ispat hakkını temel hak çatışmasında ikinci plâna itmek her zaman adalet hissini tatmin eden bir çözüm olarak görünmemektedir. Nitekim kanaatimizce Yargıtay'ın da boşanma davalarında hukuka aykırı delillerin kullanılmasına ilişkin içtihatlarında zaman zaman birbirine tamamen zıt yönde kararlar vermesinin temelinde de bu durum yatmaktadır. Bazen bir yandan boşanmak isteyen tarafa, “zina”nın ispat edilmesi yükü yüklenmekte (TMK m. 161)<sup>6</sup> diğer yandan da “kişinin cinsel hayatı, özel hayatının en mahrem kısmıdır; bu alana bu şekilde müdahale edilmesi mümkün değildir; bu sebeple davada kullanılmak istenen hukuka aykırı yollarla elde edilen fotoğrafa/video kayda ve sair delile dayanılmaz” denilmektedir. Bazı durumlarda da kişilere, lehlerine tazminata hükmedilebilmesi için “karşı tarafın kusuru”nun ispat edilmesi

<sup>5</sup> Özel hayatın gizliliği, bütün modern demokratik sistemlerde benimsenmiş bir anayasa hukuku ilkesi ve aynı zamanda temel hak demetidir (*bu konuda bkz. Özbudun, s. 265*). Bu kavram genellikle, kişinin üstünün, özel kâğıt ve eşyasının aranmaması ve bunlara el konulamaması; konutuna girilememesi ve özel haberleşmelerinin gizliliğine dokunulamaması gibi üç çerçeve unsuru kapsar (*Özbudun, s. 265*).

<sup>6</sup> Zinanın ispatının güçlük arz etmesinin ve ileride üzerinde duracağımız üzere hâkimin bazı durumlarda zinanın gerçekleştiğine, karşı taraf kabul etse dahi hâkimin boşanmaya karar vermeyebilecek olması, kadınların zina ile karşılaştıklarında boşanma davası açmaktan kaçınmalarına sebebiyet verdiği tespit edilmiştir (Boşanma Sebepleri, Bilimsel Araştırma Projesi Uygulama Sonuçları (Nihaî Rapor), Proje Yürütücüsü: Ahmet Battal, T.C. Başbakanlık Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü/Akademik Dayanışma Araştırma ve Geliştirme Vakfı, Ankara 2008, s. 32).

yükü (TMK m. 174) yüklenmekte<sup>7</sup>, ancak diğer yandan “kişilerin gizlice izlenmesi, kayda alınması suç oluşturur; bu şekilde elde edilen bir delil yargılamada kullanılamaz” denilmektedir. O hâlde, örneğin eşinin kendisini aldattığını düşünen ve zina sebebiyle evliliğini sonlandırmak isteyen taraf, karşı tarafın özel hayatına müdahale etmeden bu iddialarını nasıl ispatlayabilecek, boşanmayı nasıl sağlayabilecek; bu iddiaları ispat etmek için hangi *hukuka uygun* bilgi kaynağına delil olarak dayanabilecektir? Bu sorular bizi, Türk Medenî Kanunu’ndaki boşanma sebeplerinin (TMK m. 161-166), yargılamada, özellikle ispat ve ona bağlı olarak yargısal temel haklar bakımından doğurduğu sorunlara götürmektedir. Keza, bu sorunları incelerken bu konuda karşılaştırmalı hukukta yaşanan gelişmelere dikkat çekmek gerekmektedir.

Şüphesiz, boşanma sebepleri, maddî hukuka ilişkin bir meseledir ve medenî hukuk öğretisinde çok geniş çerçevede inceleme konusu yapılmıştır, yapılmaktadır<sup>8</sup>. Ancak bizim bu konuyu ayrıca inceleme konusu yapmamızın sebebi, boşanma sebepleri gibi maddî hukuka ilişkin bir meselenin, yargılama hukukunda ispat hakkının kullanılması ve temel hakların yargılama prosedüründe korunması konusunda yarattığı güçlükler dikkat çekmektedir. Zira, yargılama prosedürlerinde yaşanan birtakım sorunların sebebi ve çözümü bazı durumlarda maddî hukuk kurallarına dayanır. Boşanma davalarında ispat hakkının kullanılmasının önünde yatan güçlükler de bu tarzdadır. Bu anlamda medenî hukuk öğretisinde yer verilen bazı eleştirilerin özellikle yargılama hukukunda da önemi ve etkisi bulunmaktadır. Biz de bu çalışmada, boşanma yargılamasındaki hukuka aykırı delil sorunu ve bu

<sup>7</sup> Türk Medenî Kanunu’nun 174. maddesi’ne göre, karşı tarafın kusurunu ispat ile tazminat talebinde bulunulabilmesi ve bu anlamda tazminatın miktar ve esaslarının belirlenmesinde kusurun sahip olduğu fonksiyon hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Başpınar**, s. 64-69, 96-101; **Petek**, s. 53-63; **Serin Of**, s. 33-53, 53-68.

<sup>8</sup> Boşanma sebepleri konusunda ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Cansel**, s. 79 vd.; **Feyzioğlu**, s. 243-331; **Gürsoy**, s. 1 vd.; **Hatemi**, s. 100-112; **Köprülü/Kaneti**, s. 149-178; **Oğuzman/Dural**, s. 111-132; **Öztaş**, s. 368-428; **Öztürk**, s. 8-120; **Tekinay**, s. 178-242; **Velidedeoğlu**, s. 177-231. Ayrıca boşanma sebepleri konusunda ayrıntılı bir araştırma için bkz. Boşanma Sebepleri, Bilimsel Araştırma Projesi Uygulama Sonuçları (Nihâî Rapor), Proje Yürütücüsü: Ahmet Battal, T.C. Başbakanlık Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü/Akademik Dayanışma Araştırma ve Geliştirme Vakfı, Ankara 2008, s. 29-40.

konudaki içtihatlar üzerinde duracak, ayrıca medenî hukuk bakımından boşanma sebepleri çerçevesinde kusur anlayışının yargılamada doğurduğu sonuçlara bu noktadan bakmaya çalışacağız. Ancak açıklamalarımızın bu kısmına geçmeden önce medenî yargı sistemimizde boşanma davalarında hukuka aykırı delil uygulamasını güncel içtihatların da ışığında incelemek isteriz.

## **I. BOŞANMA DAVALARINDA HUKUKA AYKIRI YOLLARDAN ELDE EDİLEN DELİL SORUNU**

### **A. Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Yargılamada Kullanılması Bakımından Kanunkoyucunun İradesi**

Hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin bir davada kullanılıp kullanılmayacağı meselesi sadece Türk hukukunda değil Kıta Avrupası'na dâhil olan hukuk sistemlerinden Ortak Hukuk'a dâhil olanlara kadar pek çok ülkede uzun zamandan bu yana tartışılmakta olan bir sorundur<sup>9</sup>. Uygulama, önemini öncelikle ceza davalarında göstermiş, zaman içerisinde medenî yargıya ilişkin davalarda da hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin kullanılıp kullanılmayacağı tartışması, yoğunluğunu artmıştır.

Hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin yargılama sürecinde kullanılmamasının pek çok hukukî dayanağı bulunur. Bu düzenlemelerin içerisinde başlıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin özel hayatın korunmasına ilişkin 8. maddesi, Anayasa'nın özel hayatın korunmasına ilişkin 20. maddesi, konut dokunulmazlığının korunmasına ilişkin 21. maddesi, haberleşme özgürlüğünün korunmasına ilişkin 22. maddesi<sup>10</sup>, yine özel hayatın

<sup>9</sup> Karşılaştırmalı medenî yargılama hukuku sistemlerinde hukuka aykırı delil uygulamaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Akil**, s. 1226-1239; **Kılıçoğlu**, s. 71-87; **Pekcanitez**, s. 793-799. Ayrıca bu konuda bkz. **Baumgärtel**, s. 477 vd.; **Fink**, s. 74 vd.; **Habscheid**, s. 187 vd.; **Habscheid**, *Persönlichkeitsrecht*, s. 840 vd.; **Kodek**, 1987, s. 22 vd.; **Kodek**, s. 523 vd.; **Peters**, s. 145 vd.; **Tresenreuter**, s. 45 vd.; **Zeiss**, s. 377 vd.

<sup>10</sup> Haberleşme hürriyeti Anayasa'da ayrı bir madde olarak düzenlenmiş olmasına rağmen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde *özel hayatın korunmasına* ilişkin 8. Madde'de hükme bağlanmıştır. Haberleşmenin gizliliği temek bir hak olması sebebiyle, bu hakka yapılacak müdahalelerin Anayasa'nın aradığı sınırlandırma sebeplerine uygun olması gerektiği tereddütsüz kabul edilmektedir (*bu konuda bkz. Özbudun*, s. 285-285; **Özdemir H.**, s. 285-287).

korunması hakkına ilişkin Türk Medenî Kanunu'nun 23 ve 24. maddesi, aynı zamanda konunun yargısal süreçteki yansıması olan silâhların eşitliği ilkesi ve âdil yargılanma hakkının temelini teşkil eden Anayasa'nın 36. maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi yer alır. Aynı zamanda özel hayatın, haberleşmenin gizliliğine ve konut dokunulmazlığına ilişkin Türk Ceza Kanunu m. 132-135 ile m. 116düzenlemeleri de, yine hukuka aykırı yollardan elde edilen bulguların yargılamada kullanılmamasını garanti altına alan hükümlerdir<sup>11</sup>.

Hukuka aykırı yollardan elde edilen deliller genellikle kişilerin özel hayatına, haberleşme özgürlüğüne, konut dokunulmazlığına yapılan müdahalelerle ele geçirilmektedir. Kişinin telefonuna gizlice casus program yerleştirerek konuşmaları kayda almak<sup>12</sup>, telefon mesajlarına gizlice erişmek<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Benzer paralellik içerisinde karşılaştırmalı hukukta da, hukuka aykırı delillerin kullanılmamasına yönelik gelişmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Pekcanitez**, s. 793-801.

<sup>12</sup> Türk Ceza Kanunu'nun 133. Maddesi'nde de, *kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması* suçü düzenlenmiştir. Suçla korunan hukukî değer, *özel hayatın gizliliği*dir (**Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 537; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 4091). Aynı zamanda suçun düşünce özgürlüğü ile de ilişkisi bulunur; zira, kişiler arasında gerçekleştirilen alenî olmayan konuşmaların dinlenmesi veya kayda alınması korkusu yaşayan kişiler düşüncelerini özgürce ifade edemezler (**Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 538). Bu suç bakımından cezalandırılan eylemler arasında, (i) kişiler arasındaki alenî olmayan konuşmaları, taraflardan herhangi birinin rızası olmaksızın bir aletle dinleme veya bunları ses alma cihazı ile kaydetme (TCK m. 133/1) (bu bkz. **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 540-542), (ii) kişiler arasındaki alenî olmayan konuşmaların kaydedilmesi suretiyle elde edilen verileri hukuka aykırı olarak ifşa etmek (TCK m. 133/3) de yer alır (bu konuda **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 542-543).

Türk Ceza Kanunu'nun 133. Maddesi'nde düzenlenen kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçü açısından, meşru savunmanın hukuka uygunluk sebebi oluşturması mümkündür (**Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 543). Bu duruma örnek olarak, tehdit edilen kişinin tehdit edenin sesini kaydetmesi durumu verilebilir (**Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 543). Nitekim kanaatimizce aynı durum boşanma davalarında da bir hukuka uygunluk sebebi oluşturarak kişinin karşı taraftan gizlice kayıt altına aldığı konuşma delil olarak kullanılabilir. Örneğin eşlerden biri diğerini aldatmış ve bunu telefonda itiraf etmiş; diğer tarafın bu konuşmayı kaydetmesi meşru savunma sınırları çerçevesinde değerlendirilebilir. Bu konu aşağıda ayrı bir başlık altında incelenecektir. Bkz. aşa. III, B.

haberleşme hürriyetine (Ay m. 22; AİHS m. 8; TCK m. 132-133)<sup>14</sup>; kişinin peşine dedektif takmak veya gizlice görüntü kaydını almak<sup>15</sup> özel hayatın

<sup>13</sup> Kişinin telefon mesajlarına gizlice erişmek, haberleşmenin gizliliğini ihlâl suçunu oluşturacaktır. “*Haberleşmenin gizliliğini ihlâl*” başlığını taşıyan Türk Ceza Kanunu’nun 132. Maddesi uyarınca, suçla korunan hukukî yarar, *haberleşme özgürlüğüdür* (Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 523; Soyaslan, s. 341; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 4078). Haberleşme özgürlüğü, hak sahibinin dilediği kimselerle dilediği biçimde haberleşmesinin engellenmemesi ve bu haberleşmenin ilgililerin izni olmadıkça üçüncü kişilerin algı ve müdahalesinden korunmasını ifade eder (Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 523). Türk Ceza Kanunu’nun 132. Maddesi’nde düzenlenen suçun maddî unsuru, kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğinin ihlâlidir (Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 524). Buradaki gizliliğin ihlâli, haberleşmenin içeriğinin üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesidir (Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 525). Aynı zamanda suçun oluşması için *kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi*, haberleşme içeriğinin yetkisiz üçüncü kişilere aktarılması, onların öğrenilmesinin sağlanması gerekir (Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 526-527; Soyaslan, s. 342). Haberleşme gizliliğinin ihlâlinin, haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle gerçekleştirilmesi nitelikli hâl olarak kabul edilmiştir (TCK m. 132/1, c.2). Bu anlamda kayıt konuşmanın bir ses kayıt cihazı ile belirlenmesi, mektubun bir kopyasının yapılması durumları nitelikli hâl kapsamında değerlendirilir (Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 531-532).

Türk Ceza Kanunu’nun 132. Maddesi’nde düzenlenen haberleşmenin gizliliğinin ihlâl suçunun hukuka aykırılık unsuru, kanun hükmünün yerine getirilmesi (TCK m. 24/1) olabilecektir (Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 528-529). Bu anlamda örneğin mahkemenin Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 135. Maddesi uyarınca iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması hukuka uygunluk sebebi olacaktır (Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 529). Ancak kanaatimizce medenî yargıya ilişkin uyuşmazlıklarda ve özellikle boşanma davalarında, CMK m. 135’in uygulanma imkânı bulunmayacağından, mahkemenin iletişimin tespiti kararı vermesi durumunda dahi, suçun oluşmasına engel olacak şekilde hukuka uygunluk sebebi (TCK m. 24/1) oluşmaz. Zira CMK m. 135 uyarınca iletişimin denetlenmesi tedbiri ancak belirli suç tiplerinin söz konusu olduğu durumlarda verilebilir (*bu konuda bkz. Centel/Zafer, s. 421-422; Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi, s. 461-462; Öztürk (Edt.), s. 536-537; Ünver/Hakeri, s. 437*).

<sup>14</sup> Bu konuda bkz. Ateş, s. 97-100; Pekcanitez, s. 844-848; Tanrıver, s. 373.

<sup>15</sup> Kişinin gizlice görüntü kaydının alınması, Türk Ceza Kanunu’nun 134. Maddesi’nde düzenlenen *özel hayatın gizliliğini ihlâl* suçunu oluşturacaktır. Bu suçla korunan hukukî değer, *özel hayat*; özel hayatın gizliliği ise, varlığımızın özgür olmasının görünüm-lerinden biridir (Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 545). Bu suçun konusu, özel hayat alanına giren tüm faaliyetlerdir. Ancak özel hayata ilişkin olan haberleşme ile

dokunulmazlığına (Ay m. 20; AİHS m. 8; TCK m. 134-135)<sup>16</sup>; kişinin ses ve görüntü kaydını elde etmek için gizlice diğer eşin konutuna girerek düzenek kurmak konut dokunulmazlığı (Ay m. 21; AİHS m. 8; TCK m. 116)<sup>17</sup> ile birlikte özel hayatının korunması hakkına (Ay m. 20; AİHS m. 8; TCK m. 134-135)<sup>18</sup>; kişinin bilgisayarından birtakım belge, bilgi, resim, malî kayıtlarına erişmek ve ayrıca delil olarak kullanmak üzere bunları kaydetmek<sup>19</sup> özel

kişiler arasındaki konuşmaların gizliliğine ve kişisel verilere yapılan müdahaleler hakkında ayrıca düzenlemeler bulunduğundan (TCK m. 132, 133, 135, 136, 138) bu düzenlemelerdeki suçlar oluşur; dolayısıyla TCK m. 134 kapsamında özel hayatın gizliliği haberleşme, konuşma ve kişisel veriler dışında kalan özel hayat alanına ilişkin faaliyetlerdir (**Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 546-547). Bu suç kapsamına, *genel hayat alanı içinde geçen süre içinde kişinin görüntülenmesi, fotoğrafının çekilmesi* de girdiğinden (**Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 547), verdiğimiz örnekte TCK m. 134 hükmünün unsurları gerçekleşecektir. Bu suçun konusunu, özel hayatın gizliliğinin ihlali (TCK m. 134/1) ve ayrıca kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin ifşası (TCK m. 134/2) oluşturmaktadır (bu konuda bkz. **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 548-551).

<sup>16</sup> **Pekcanitez**, s. 846-848; **Tanrıver**, s. 373.

<sup>17</sup> Bu yönde bkz. **Berkin**, s. 734-735. Şayet kişiler evli bile olsa, ayrı evlerde yaşıyorlarsa veya ayrılık kararı almışlarsa ve buna rağmen bir eş, diğerinin konutuna -*özellikle konumuz açısından delil elde etmek amacıyla*- izinsiz giriyorsa, Anayasa'nın 116. Maddesi'nde düzenlenen konut dokunulmazlığını ihlâl suçunun oluşabileceği belirtilmektedir (**Ateş**, s. 102). Buna karşılık karı ve kocanın, evlilik birliği devam ettiği ve hâkim tarafından ayrılık kararı verilmediği sürece birbirlerine karşı bu suçu işleyemeyecekleri yönünde içtihatlar ve öğretî görüşleri bulunur (*bu konuda bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya*, s. 349-350; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 403-404; **Yaşar/Gökçen/Artuç**, s. 3739, 3775-3776). Bu suç ile korunan hukukî değer, kişilerin konutlarında huzur ve güven içinde özgürce yaşayabilmeleridir (bu konuda bkz. **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 338-339; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 398; **Soyaslan**, s. 290).

<sup>18</sup> **Pekcanitez**, s. 847-848; **Tanrıver**, s. 373.

<sup>19</sup> Kişisel veri olarak nitelendirilebilecek bu veriler, Türk Ceza Kanunu'nun 135. Maddesi'nde düzenlenen *kişisel verilerin kaydedilmesi* suçunu oluşturabilecektir. Bu suçla korunan hukukî değer, *özel hayatın korunması*dır. Bu suç bakımından eylem, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak *kaydedilmesi*dir (**Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 554). Burada herhangi bir kanun hükmü kişilere boşanma davasında delil olarak kullanılmak üzere başkasına ait kişisel verileri alma ve kaydetme yetkisi tanımadığından, suç bakımından söz konusu olabilecek *kanun hükmünün yerine getirilmesi* gibi bir



hayatın dokunulmazlığına aykırılık teşkil eder<sup>20</sup>. Bütün bu şekillerde âdil olmayan bir yöntem ile âdeta âdil bir oyunun (*fair-play*) kurallarına aykırı şekilde delilleri elde edip bunu yargılama sürecinde kullanmak aynı zamanda yargılama prosedürü içerisinde silâhların eşitliği ilkesine ve âdil yargılanma hakkına (Ay m. 36; AİHS m. 6) aykırılık oluşturacaktır<sup>21</sup>.

Bu sebeplerle kanunkoyucu bu tarz hukuka aykırı uygulamalarla delil elde edilmesini sadece yargılama kuralları (HMK m. 189/3; CMK m. 206/2, 217/2) ile sınırlı tutmak istememiş; aynı zamanda kişinin güven içerisinde yaşamını sürdürebilmesi için bu gerekliliğe kamusal bir sonuç bağlamış ve Türk Ceza Kanunu'nda ayrı birer suç olarak düzenlemiştir. Dolayısıyla kanunkoyucunun iradesi, hukuka aykırı yoldan elde edilmesi durumunda o delillerin kullanılamayacağını sadece yargılama kurallarına inhisâr ettirmek yönünde şekillenmemiş; aynı zamanda kamu düzeninin bir parçası olarak Türk Ceza Kanunu'nda yukarıda örnek olarak sayılan fiilleri suç olarak kabul etmiştir. Bugün hukuka aykırı bulguların davada delil olarak kullanılmaması sadece birer yargılama hukuku kuralından ibaret değil, aynı zamanda bir hukuk politikasının sonucudur. Bu hukuk politikası ise, yirmi-birinci yüzyılın gereği olan *temel haklara saygılı hukuk devleti* olmanın zorunlu bir sonucudur.

---

hukuka uygunluk sebebi söz konusu olamayacaktır (Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 557).

<sup>20</sup> Ateş, s. 100-102; Pekcanitez, s. 843-848. Teknolojinin gelişmesi ile birlikte kişilerin özel hayatına yapılacak saldırılar akıl alamayacak şekilde genişlemektedir. “Elektronik gözetleme (electronic surveillance)” adı da verilen fiziksel gözetleme (“physical surveillance”), “optik veya akustik âletler kullanmak suretiyle, kişinin bulunduğu yerleri, davranışlarını ve konuşmalarını, onun bilgisi ve iradesi dışında gözetlemektir” (Özbudun, s. 271). Teknolojik gelişmeler, eskiden ancak duyu organlarıyla yapılabilen, dolayısıyla tespiti ve korunması pek zor olmayan fiziksel gözetlemeye, hemen hemen sınırsız yeni olanaklar tanımaktadır: Çeşitli telefon dinleme araçları, gizli mikrofon ve teypler, minyatür radyo verici ve alıcıları, yüzlerce metre uzaktan hattâ karanlıkta fotoğraf çekebilen fotoğraf makineleri, gizli televizyon alıcıları, bu âletlerin herkesçe bilinen en yaygın çeşitleridir (Özbudun, s. 271; Pekcanitez, s. 789-790). Teknolojinin gelişmesi ile paralel şekilde internet yoluyla elde edilen kişisel verilerin boşanma davalarındaki uygulama alanına ilişkin bkz. Sert, s. 286 vd.

<sup>21</sup> Bu konuda özellikle bkz. Baumgärtel, Waffengleichheit, s. 32-33.

Bu çerçevede temelini Anayasa'nın 20, 21, 22. maddeleri ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinden alan özel hayatın, konut dokunulmazlığının, haberleşmenin korunması kronolojik olarak ülkemizde önce ceza hukukuna ilişkin mevzuata (TCK m. 132-135, 116; CMK m. 206/2, 217/2) ithâl edilmiş<sup>22</sup>; bir anlamda 2011 yılı itibarıyla de, medenî yargıya ilişkin temel mevzuatımız olan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na dâhil edilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu, "*Hukuka aykırı yollardan elde edilen bulgular delil olarak kullanılamaz.*" şeklindeki düzenlemesini (HMK m. 189/3) "*İspat Hakkı*" başlığı altında, ispat hakkının bir sınırlaması olarak kabul etmiştir<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Ceza muhakemesinde de hukuka aykırı yollardan elde edilen bulguların yargılamada delil olarak kullanılması yasaklanmıştır. Bu yasağın tarihî gelişimi, mevcut durumu ve uygulama alanı hakkında bkz. **Akyürek**, s. 61 vd.; **Çınar**, s. 31 vd.; **Koca**, s. 105 vd.; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, *Ceza Muhakemesi*, s. 728-741; **Öztunç**, s. 159 vd.; **Öztürk (Edt.)**, s. 164; **Ünver/Hakeri**, s. 54-57; **Soyaslan**, *Hukuka Aykırı Deliller*, s. 9 vd.

<sup>23</sup> Kanunuyucunun özel olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin kullanılamayacağını düzenlemesi ile birlikte konu, medenî yargılama öğretisinde tartışma alanını genişletmiştir. Türk hukukundaki ağırlıklı görüş, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin kullanılmasının hukuk devletine, Anayasa'ya, dürüstlük kuralına ve nihâyetinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na aykırılık teşkil etmesi sebebiyle kullanılamayacağı yönündedir. Bu yönde bkz. **Akil**, s. 1247-1249; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 300-303; **Berkin**, s. 734-735; **Bolayır**, s. 69-72; **Karşlı**, s. 549-550; **Kılıçoğlu**, s. 36 vd.; **Pekcanitez**, s. 789 vd.; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 692 vd.; **Tanrıver**, s. 368 vd.; **Umar**, s. 538-539; **Üstündağ**, s. 788; **Yıldırım**, s. 861 vd.

Kanaatimizce, özel olarak boşanma davalarında da hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin yargılamada kullanılması mümkün olmamalıdır. Boşanma kararları, kişilerin Anayasa ve uluslararası sözleşmeler ile güvence altına alınan temel haklarına sınırsızca ve ölçüsüzce müdahale edilecek kadar kamusal menfaat barındıran kararlar değildir. Nitekim karşılaştırmalı boşanma modelleri de benzer görüş ile şekillenmektedir (bkz. aşa. II, D). Bu sebeple kanaatimizce hukuka aykırı delil uygulamalarının boşanma davalarından soyutlanması için biran önce kusura dayalı boşanma sistemi terk edilmelidir. Mevcut sistemde ise, aşağıda üzerinde duracağımız üzere çok sınırlı durumlarda ancak meşru savunmanın koşulları var ise, Anayasa'nın 13. Maddesi ve özellikle ölçülülük ilkesi uyarınca yapılacak bir değerlendirme sonucunda hukuka aykırı yollarla -*hazırlanan değil*- ele geçirilen bulgular delil olarak kullanılabilir (bkz. aşa. III, B). Ancak kanaatimizce bu durum da, ancak kadının şiddet görmesi ve bunun eş tarafından

Özet olarak, özellikle geçtiğimiz yaklaşık son yarım yüzyıldır temel haklar konusunda yaşanan evrensel gelişmeler; kişinin salt toplumsal yaşantının bir ferdi olmaktan çıkarılarak aynı zamanda *bireysel* olarak önemini artırmasıyla birlikte kişilerin özel hayatı, konut dokunulmazlığı, haberleşme özgürlüğü hassas bir gelişme içerisine girmiştir. Bu durum da, hukuka aykırı yollardan kişilerin özel hayatına, kişisel verilerine, iletişim araçlarına, konutuna müdahale edilememesinin önemini artırmış; bu durum yargılama sürecinde de kişilik haklarının ve özel hayatının korunması gereğini somut bir şekilde ortaya koymuştur. Bu gelişmelerin bir sonucu ve aynı zamanda bir parçası olarak, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin kullanılmasını yasaklamıştır (Ay m. 36/8, CMK m. 217/2, 206/2; HMK m. 189/3).

Ülkemizde bu gelişimin, istikrarlı bir şekilde içtihat hukukuna ve hukuk uygulamamıza sağlıklı bir şekilde yansıtılabildiğini ifade etmek güçtür. Zira aşağıda üzerinde durulacak Meclis Araştırma Komisyonu Raporu bu konudaki endişeleri somutlaştırmaktadır: Türkiye Büyük Millet Meclisi, yukarıdaki normatif koruma düzenlemelerinin (Ay m. 20, 21, 22, 36; AİHS m. 8, 6; TMK m. 23, 24; CMK m. 206/2, 217/2; HMK m. 189/3) ve hatta cezaî koruma hükümlerinin (TCK m. 116, 132-135) varlığına rağmen, Türkiye’de gizli dinlemelerin, kayda alınmaların geniş bir uygulama alanına sahip olmasından kaynaklanan rahatsızlıkların ve hukuka aykırılıkların önüne geçmek amacıyla özel olarak bir Araştırma Komisyonu kurulmasına karar vermiştir. Oluşturulan bu Komisyon’un yaptığı inceleme 2013 Haziran ayında “*Haberleşme Özgürlüğüne ve Özel Hayatın Gizliliğine Yönelik İhlallerin Tespiti ve Önlenmesine İlişkin Tedbirlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu*”<sup>24</sup> şeklinde Meclis’e getirilmiş, sorunlar ortaya konulmuş, hukukî öneriler değerlendirilmiştir. Konunun buraya kadar olan kısmı boşanma davalarında hukuka aykırı delillerin kullanımına engel olmak adına olumlu gelişmelerdir.

Komisyon Raporu’nda “*Hukukî Öneriler*” başlığı altında “*İzleme ve dinleme cihazlarının üretimi, ithali, bulundurulması, sevki ile ilgili olarak*

---

üçüncü kişilerden profesyonelce saklanması gibi boşanma kararının aynı zamanda toplum barışının da sağlanması gibi kamusal menfaate yönelebildiği hâllerde gerçekleşebilir. Bunun hâricinde ise, aşağıda da üzerinde duracağımız üzere, velâyet davalarının durumu farklılık arzedebilecektir (bkz. aşa. III, C).

<sup>24</sup> Haziran 2013, TBMM, Yasama Dönemi 24, Yasama Yılı 3, Sıra Sayısı 489, s. 239-241.

*İçişleri; Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme; Bilim, Sanayi ve Teknoloji ile Gümrük ve Ticaret Bakanlıklarının bu cihazların beyan edilen amaçlara uygun kullanılıp kullanılmadığı ile ilgili bir denetim mekanizması ya da duruma göre diğer bazı tedbirlerin yanında 'ruhsat' modeli ile ilgili tedbir ve önlemleri hayata geçirmeleri gerektiği*"ni belirtilmiş; ancak bunun devamında casus program, dinleme ve izleme cihazlarının **boşanma davaları** gibi bazı davalarda çok önemli bir fonksiyon taşıdığını, dolayısıyla bu tip cihazların kullanımını tamamen yasaklamanın doğru olmadığını ifade ederek boşanma davalarında hukuka aykırı delil kullanımını bazı durumlarda gerekli olduğunu ifade etmiştir. Komisyon Raporu'nda yer verilen bu talih-siz ifadeler aynı zamanda Yargıtay'ın -aşağıda hukuka aykırı bulduğumuz- bir kararı 'emsal nitelikte' gösterilerek örneklendirilmiş ve 'ihtiyaç'ın boşanma davaları üzerinde sahip olduğu önem ısrarla vurgulanmıştır:

"Bilindiği gibi ülkemizde dinleme ve izleme cihazları, piyasada rahat biçimde tedavül edebilmekte, üretimi, satılmaları, taşınmaları, bulundurulmaları yasal olarak herhangi bir izne ya da ruhsata tabi kılınmayan eşya görünümü arz etmektedir. Ayrıca, ülkemizde dinleme ve izleme cihazları ile ilgili ithalat rejimi denetiminin oldukça zayıf olduğu, üretim ve ithalat rejimlerinin kayıtsızlığı ve denetimsizliği yüzünden, bahsi geçen bu cihazların gerçek kullanım amacı dışında beyan edilen başka bir isimle ya da tamamen kaçak yollarla ülkemize sokuldukları izlenmektedir. Mevcut sorunun çözülebilmesi için gümrüklerde bu konuda görev üstlenecek yeterli uzman istihdamının sağlanması, dinleme ve izleme cihazlarının gerçek işlevlerinin ne olduğunun belirlenerek, ülkeye giriş sırasında belirli kıstasların ve denetimlerin geliştirilmesi gerektiği, üretilen veya ithal edilen bu türden elektronik cihazların uluslararası standartlara, kendi alt yapımıza, sistemlerimize uygunluğunun ve bu cihazların beyan edilen amaçlara uygun kullanılıp kullanılmadığı ile ilgili denetim mekanizması getirilmesi gerektiği, bu sayede kayıt dışı işlemlerin de kontrol altına alınabileceği düşünülmektedir.

Buna karşın kamuoyunda dinleme ve izleme cihazlarının yasa dışı amaçlarla kullanımının önüne geçebilme düşüncesinden hareketle, bunların üretim veya ithalinin tamamen yasaklanması hatta bu eylemlere karşılıklı hürriyeti bağlayıcı ceza ya da para cezalarının getirilmesi gerektiği yönünde fikirler bulunduğu görülse de, bazı durumlarda her yönüyle yasal nitelik arz eden kameralı, ses kaydı yapabilen cep telefonu ve benzeri

cihazların da suç işleme kast ve iradesi ile birleştiğinde, rahatlıkla haberleşme özgürlüğü ve özel hayatın gizliliğine yönelen ciddi bir tehdide dönüşebildiği, kaldı ki nasıl bir tabanca, tüfek gibi ateşli niteliği haiz insan hayatı gibi en önemli değer yönünden tehlikelilik arz eden silahların da tüm bu niteliklerine rağmen, meşru müdafaa ve diğer bazı hukuka uygunluk sebepleri ile kullanılabilirler gözetilerek üretim ve ithallerinin sıkı belli kurallar çerçevesinde gerçekleştirilebildikleri, bu anlayış ve çerçeveden bakıldığında pek tabidir ki dinleme ve izleme cihazlarının da her ne kadar bunca yasa dışı fonksiyonlarına rağmen, bazen de evlilik ve boşanma hukuku gibi alanlarda, başka türlü ortaya konması mümkün olmayan bazı olguların ispatı ile ilgili bu sefer de yasal fonksiyonlar üstlenemedikleri müşahede olunabilmektedir.

Nitekim Yargıtay uygulamalarında da, bazen şeklen hukuka aykırı gibi görünen dinleme ve izleme cihazları ile kaydedilen bazı ses ya da görüntü kayıtlarının, elde edilmiş yöntemlerine bakılmaksızın hukuka uygun olduklarına ilişkin oldukça isabetli kararlara yer verildiği, bu bağlamda Yargıtayın 2013 yılı içerisinde ulusal basına da konu olan bir boşanma davasının yerel ilk derece mahkemesinin davanın reddine dair verdiği kararın temyizi üzerine verdiği kararında, koca tarafından eşinin bilgisi dışında evine ses ve görüntü kayıt cihazı yerleştirerek kendisini aldattığına dair kayıtların bulunduğu CD'yi yasal delil olarak kabul etmeyen yerel mahkemenin kararını 'eşinin sadakatinden kuşkulanan tarafın, her ikisinin de ortak mekânı olan konutta, eşinin bilgisi dışında ses ve görüntü kayıt cihazı yerleştirerek, eşinin aleni olmayan konuşmalarını kaydetmesinde, özel hayatın gizliliğinin ihlali ile hukuka aykırılık bulunduğu kabul edilemeyeceği' gerekçesiyle bozularak, belli bazı hukuki şartlar çerçevesinde izleme ve dinleme cihazları ile 'yasal delil' elde etmeye cevaz verildiği gözlenmektedir.

Yine Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2013 yılı içerisinde verdiği bir kararında, şikâyetçi işadının irtikâp suçu işlendiğini kanıtlamak için mahkeme kararı olmadan dinleme ve izleme cihazıyla yaptığı ses ve görüntü kaydının, yasal olmayan delil niteliği taşıdığı gerekçesiyle Yargıtay 5. Ceza Dairesince sanıkla ilgili beraat kararı verilmesine rağmen, kararın Yargıtay Cumhuriyet Savcısı ve mağdur işadınınca temyizi sonrasında, söz konusu kayıtların yasal delil olduğuna hükmedilecek Yargıtay 5. Ceza Dairesinin beraat kararının bozulduğu ve cezalandırma kararı verilmesine hükmedildiği görülmektedir.

Aslında Yargıtayın yukarıda bahsi geçen uygulamalarında vurgulanan husus, genel hukuki kaideye işaretle, aniden ve fiili bir durum olarak gerçekleşen bazı hukuki olguların ispatına ilişkin delillerin, hukuk nezdinde şeklen yasaya aykırı gibi görünen yollarla elde edilseler de, elde edilmiş kast ve kullanım amaçları itibarıyla meşru bir amaç hedeflenmiş ise, yine eğer bu delilleri elde edenlerden o anda başka türlü delil elde etmeleri de akla, mantığa ters ise, delilin artık yasal olduğunun kabulü gerektiğidir.” Haberleşme Özgürlüğüne ve Özel Hayatın Gizliliğine Yönelik İhlallerin Tespiti ve Önlenmesine İlişkin Tedbirlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu<sup>25</sup>.

Komisyon Raporu’nda da esasen hukuka aykırı yoldan delil elde edilmesi eleştirilmekle birlikte, bazı durumlarda âdeta buna kapı aralayan ve sınırlı da olsa imkân tanıyan, yanlış anlaşılmaya ve uygulamaya yol açacak ifadelerin yer aldığı görülmektedir. Eğer bu ifadeler kastı aşan veya hukuka aykırı uygulamaları meşrulaştıran bir sonuca götürürse, bunun Anayasa’ya, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne, Türk Ceza Kanunu’na, Türk Medenî Kanunu’na, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na aykırı bir şekilde uygulamaya, boşanma davalarında hukuka aykırı delil *yaratma* konusunda cesaret verebilecek niteliktedir. Zira bizatihi Anayasa’da düzenlenen haberleşme özgürlüğünün, özel hayatın korunmasının bazı durumlarda yok sayılmasına cevaz verilmesi, bir hukuk devletinde kabul edilmesi mümkün olan bir durum olmadığı gibi, hukuka aykırı delil uygulamasında keyfiyete sebebiyet verebilecek; hukukî güvenlik zedelenecek ve en önemlisi kişiler güven içerisinde yaşamlarını sürdürebilme imkânına sahip olamayacaklardır<sup>26</sup>.

Nitekim Rapor’da verilen örnek aynı zamanda bir üst paragrafta geçen ifade ile de çelişmektedir. Zira Rapor’da “... bu tip tehlikeli silahların [ki

<sup>25</sup> Haziran 2013, TBMM, Yasama Dönemi 24, Yasama Yılı 3, Sıra Sayısı 489, s. 239-241.

<sup>26</sup> Ceza muhakemesinde hukuka aykırı delillerin kullanılıp kullanılmayacağı konusunda pek çok teori bulunmaktadır (*bu teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Koca*, s. 110-116). Bu teoriler içerisinde özellikle birtanesi kanaatimizce hukuka aykırı delillerin bir hukuk devletinde neden kullanılmaması gerektiği konusunda önemli tespitler içerir: Amerika Birleşik Devletleri’nde bir hâkim tarafından 1928 yılında ortaya atılan *yargının haysiyeti teorisine* (“*Judicial Integrity Theory*”) göre, hukuka aykırı olarak elde edilen delil, ilk olarak hukuka saygıyı sürdürmek için değerlendirme dışı tutulmalıdır; zira, eğer devlet bir kanun ihlâlcisi olursa, bu hukuku küçümsemeyi doğurur ve bu herkesi kendisi için bir kanun yaratmaya davet eder ki, bu anarşidir (*Koca*, s. 115).

burada ses ve görüntü kaydeden cihazlar ‘silah’, ‘tüfek’ gibi tehlikeli silahlara benzetilmiştir]” bile “meşru müdafaa ve diğer bazı hukuka uygunluk sebepleri ile kullanılabilirler” gözetilerek bu cihazların denetimli şekilde kullanılmasına imkân verilmesi gerektiği belirtilmiş; ancak örnek verilen Yargıtay kararında, bahsedildiği şekilde meşru savunma koşulları bulunmadığı gibi bilâkis kocanın eve ayrıntılı bir plânla düzenek kurması neticesinde elde edilen delilin hukuka aykırı delil kabul edilmemesini onaylamıştır. Karşı tarafı tuzağa düşürmek amacıyla eve izleme düzeneği kurmak gibi plânlı bir eylemin, meşru savunma sınırları içerisinde değerlendirilmesi oldukça güçtür.

Yukarıda belirttiğimiz şekilde bir hukuk devletinde bir yandan Anayasa, uluslararası sözleşmeler, kanunlar ile hukuka aykırı bir fiil yasaklanırken ve hâтта ceza kanunları ile cezaî müeyyideye tâbi tutulurken diğer yandan bazı durumlarda aynı zamanda suç teşkil eden hukuka aykırı fiillere ‘göz yummak’ hukukî güvenlik ve kişi güvenliği ile bağdaşmaz<sup>27</sup>. Bu anlamda şayet Türk medenî yargılama sisteminde Hukuk Muhakemeleri Kanunu 189. maddesinin amacına uygun uygulanması sağlanmak isteniyorsa, öncelikle Anayasa’nın 20. maddesini de ihlâl niteliği taşıyacak şekilde özel hayatın korunması hakkı bu yolla ihlâl edilmemelidir. Dolayısıyla genel olarak Türk medenî yargılama sisteminde ve özel olarak boşanma yargılamasında hukuka aykırı delil uygulaması ortadan kaldırılmak isteniyorsa, öncelikle kanunkoyucunun ve sonrasında yargı organlarının (özellikle Yargıtay’ın) aynı zamanda suç teşkil eden bir fiilin *-hukuka uygunluk sebepleri olmamasına rağmen-* “boşanma davası gibi bazı gerekli durumlarda” da olsa hukuka aykırı delil uygulamasına izin vermemesi gerekir. Ayrıca konuyla ilgili uygulamaya şekil verilirken, hukuka aykırı bulguların delil olarak kullanılması yasağının alelâde bir yargılama kuralı olmadığı; kişilerin güven içerisinde yaşayabilmeleri, hukukî güvenliğin sağlanması ve toplumsal barışın korunabilmesi için mahkemelerin bir delilin hukuka aykırı yollardan elde edilip edilmediğini kendiliğinden yargılama prosedüründe dikkate alması gerektiği<sup>28</sup> gerektiği göz ardı edilmemelidir.

<sup>27</sup> Benzer durumların hangi koşullar altında hukuka uygunluk sebebi oluşturacağı hakkında açıklamalarımız için bkz. aşa. III, B.

<sup>28</sup> Bu yönde bir karar için bkz. “Anılan düzenlemeye göre, hukuka aykırı olarak elde edildiği anlaşılan delillerin, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınma-

### B. Yargı İçtihatları Çerçevesinde Boşanma Davalarında Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilen Delil Uygulamaları

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, hukuka aykırı yoldan delil elde edilmesinin hukuka aykırılığı, bulguların delil olarak kabul edilmemesi, medenî yargılama hukuku sistemimize kanunî düzenleme olarak 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 189. maddesi ile ispat hakkının bir sınırlaması olarak girmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra Yargıtay'ın konu ile ilgili verdiği kararları-aşağıda üzerinde durulacağı üzere- birbirleri ile tutarlı değildir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce de gerek Yargıtay gerekse yerel mahkemeler, hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin kullanılmaması yönünde kararlar vermektedir; ancak bu konuda aykırı kararların da bulunduğu dikkate alınır, istikrarlı bir uygulamadan söz etmek mümkün değildir<sup>29</sup>.

Belirttiğimiz gibi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 189. maddesinde hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin kullanılmayacağı düzenlendikten sonra Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 17.9.2013 tarihinde vermiş olduğu bir kararında<sup>30</sup> erkek eşin, boşanma davasında kullanmak için casus program yüklü bir cep telefonunu eşine hediye etmesini ve bunun üzerine elde ettiği delili boşanma davasında kullanmasını hukuka uygun kabul etmiş; erkeğin sırf delil elde etme amacıyla ince bir plân çerçevesinde casus program yükleyerek eşine hediye ettiği cep telefonundan elde ettiği kayıtları hukuka aykırı delil olarak değerlendirmemiştir.

Buna karşılık kararın karşı oy gerekçesinde haklı olarak erkeğin, kadının cep telefonuna casus program yükleyerek hediye etmesinin ardından elde ettiği kayıtların kadının *özel hayatının korunması temel hakkına* hukuka

---

yacağı düzenlenmek suretiyle yargılama sırasında taraflarca sunulan delillerin elde edilmiş biçiminin mahkeme tarafından re'sen gözönüne alınması ve delilin her ne suretle olursa olsun hukuka aykırı olarak elde edildiğinin tesbiti halinde, diğer tarafça itiraz ileri sürülmesi dahi mahkemece caiz olmadığına karar verilerek, dosya kapsamında değerlendirilmemesi ilkesi benimsenmiştir." 3. HD, 21.3.2013, 2012-23195/698 (Ateş, Şerh, s. 1406-1407).

<sup>29</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi ve HMK öncesi yargı içtihatları hakkında bkz. **Pekcanitez**, s. 829-843. Ayrıca bkz. **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 692-710.

<sup>30</sup> 2. HD, 17.09.2013, 2012-21108/21067 (Ateş, Şerh, s. 1404-1405).



aykırı bir müdahale teşkil ettiği; hatta bu sebeple kadının, erkek hakkında haberleşmenin gizliliğini ihlâl suçu sebebiyle Cumhuriyet Savcılığı'na şikâ-yette bulunduğu, Savcılığın da erkek aleyhine kamu davası açtığı belirtilmişse de<sup>31</sup> çoğunluğun görüşü yukarıdaki şekilde casus programdan elde

<sup>31</sup> Üye Mustafa Ateş'in haklı ve Anayasa ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na uygun karşı oy gerekçesi şu şekildedir: "Taraflar arasında birleştirilerek görülmekte olan boşanma davasında, davacı-davalı (koca) tarafından mahkemeye delil olarak sunulan, davalı-davacıya (kadın) ait ses kayıtlarına ilişkin CD.'lerin, davalı-davacının 'özel hayatının gizliliği' ihlal edilmek suretiyle hukuka aykırı yolla elde edildiği, bu nedenle delil olarak kullanılamayacağı ileri sürülmüş; mahkeme ve sayın çoğunluk tarafından da bu şekilde elde edilen delilin değerlendirilebileceği kabul edilmiştir./ Sunulan delil, davalı-davacının, davalı-davacı eşine hediye ettiği bir cep telefonuna 'casus program' yükleyerek yaptığı konuşmaların onun rızası dışında kaydedilmesi suretiyle elde edilmiştir. Davacı-davalı tarafından bu şekilde elde edilen delil hukuka aykırı elde edilmiş delil niteliğindedir./ **Davalı-davacı, kayıt altına alınan konuşmaların kendisine ait olmadığına ilişkin bir iddia ileri sürmemekte, bu delilin özel hayatının gizliliği ihlal edilerek hukuka aykırı şekilde elde edildiğini belirterek karşı çıkmaktadır./** Davalının şikâyeti üzerine, Bakırköy Cumhuriyet Başsavcılığının 2010/5886 soruşturma sayılı evrakı üzerinden yapılan soruşturma sonucunda; davacının, davalı eşine hediye ettiği bir cep telefonuna 'casus program' yükleyip konuşmalarını kaydetmek suretiyle haberleşmenin gizliliğini ihlal ettiği gerekçesiyle 5237 sayılı TCK'nun 132/1-ilk cümle ve 53-1-a, b, c, d ve e bentleri gereğince davacı hakkında kamu davası açılmıştır./ 'Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamaz.' (HMK. mad. 189/2) 'Bir vakıanın ispatı için gösterilen delilin caiz olup olmadığına mahkemece karar verilir.' (HMK. md.189/4)/ **Bir delilin elde edilişi, kişilerin Anayasa ile tanınmış haklarının ihlali suretiyle gerçekleşmiş ise, onun hukuka aykırı olarak elde edildiğinin kabulü gerekir ve değerlendirilemez. Kaldı ki somut olayda ibraz edilen delil suç işlenerek elde edilmiştir. Delilin elde edilmesinde hukuka uygunluk nedenleri varsa, o zaman kanuna aykırılık ortadan kalkar. Ne var ki somut olayda bu anlamda bir hukuka uygunluk sebebi de bulunmamaktadır./** Anayasaya göre; herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. (Anayasa m.20/1)/ **Eşlerden birinin, özel yaşamı, evlilikle bir araya geldiği ve birlikte yaşadığı hayat arkadaşı olan diğer eşi de en az kendisinininki kadar yakından ilgilendirir. Ancak bu durum bile eşlerden her birinin birey olarak Anayasa tarafından koruma altına alınan temel haklarının diğer eş tarafından sınırlandırılması veya sınırlandırılabilmesi anlamına gelmez. Bireyin Anayasa tarafından koruma altına alınan temel hakları ailenin korunmasından önce gelir ve korunur. Bireyin temel haklarının diğer bireylere, eşine ve hatta devlete karşı korunması esastır. Bu nedenle evlilik birliğine ilişkin yasal**

edilen delilin hukuka aykırı olmadığı yönünde olmuştur. Karşı oy gerekçesinde belirtilen esaslar ise, Anayasa'nın koruduğu temel hak ve özgürlük anlayışı ile uyumludur. Yargıtay bu kararında da, diğer bazı kararlarında olduğu gibi normal şartlar altında birbirine evlilik bağı ile bağlanmamış iki kişi arasında gerçekleştirilecek ihlalleri (*telefona casus program yerleştirme, karşı tarafın elektronik posta veya cep telefonu mesajlarına erişerek görüntülü veya yazılı bilgi kaynağı ele geçirme gibi*), sırf tarafların eş olmaları sebebiyle hukuka aykırı görmemektedir. Oysa karşıoy gerekçesinde de haklı olarak belirtildiği üzere, kişinin özel hayatının korunması ve diğer temel hakları, diğer eşe karşı müdahaleye açık değildir. İki kişinin, belirli bir süre de olsa hayatlarını birleştirmiş olmaları, onların birbirlerine karşı temel haklarından feragat ettikleri, birbirlerinin hayatına her şekilde girebilecekleri ve birbirlerinin hayatlarında müdahaleye açık olmayan bir özel alanının bulunmayacağı anlamına gelmez<sup>32</sup>. Bu sebeple, biz Yargıtay'ın 2002 yılında

---

**yükümlülük alanlarında bile, eşlerin her birinin ayrı ayrı özel yaşam alanları vardır ve bu alanlar Anayasa tarafından koruma altına alınmıştır. Ailenin evliliğin yasal yükümlülükler alanı kapsamında ortak bir özel hayatı varsa da bu ortak alan ancak diğer eşin izin verdiği ölçüde vardır. Aile bireylerinden birisinin bu alandaki ortak alanı kabul etmemesi bir başka deyişle diğer eşe bu alanı kapatmasının yaptırımı, diğer eşe Anayasaya aykırı olarak bu ortak alana müdahale hakkı vermez. Bu durum ancak bir boşanma sebebi olarak değerlendirilebilir./** Sonuç olarak Hukuka aykırı şekilde elde edilen delilin değerlendirilmesi ve hükme esas alınması Anayasa ve HMK'nun 189/3. maddesine aykırılık oluşturur./ Bu sebeplerle davacı-davalı eşin hukuka aykırı şekilde elde ettiği delilin hükme esas alınmayacağı gerekçesiyle hükmün bozulması ve bozma sebebine göre diğer itiraz sebepleri incelenemeyeceğini düşündüğüm için sayın çoğunluğun görüşüne katılmıyorum.” (**Ateş, Şerh**, s. 1405).

Karardaki olayda olduğu gibi Anayasa'ya aykırı şekilde elde edilen delillerin yargılamada kullanılmayacağı; aksi durumun, Anayasal temel hak ve özgürlüklerin ihlali anlamına gelebileceği konusunda bkz. **Ateş**, s. 97-105.

<sup>32</sup> Aksi yönde bir başka Yargıtay kararı için bkz. aşa. dn. 169. Buna karşılık özel yaşam alanına ilişkin iki temel ilke ise, bağımsızlık ve gizlilik. *Bağımsızlık*, genel olarak kişinin yaşam biçimini, davranışlarını ve ilişkilerini tercih etme hakkını ifade eder. *Gizlilik* ise, üçüncü kişilerin merak alanı dışında kalabilmesi, bireyin kişisel, grupsal ve ailesel yaşam alanlarının dışarıdan gelecek müdahalelere karşı mahremiyetinin sağlanmasını ifade eder (**Yüksel**, s. 187). Özel yaşam alanının kişisel bir varlık veya değer olarak korunması sayesinde bireyler, başkalarının bakışlarından ve takiplerinden uzak, kendi

vermiş olduğu ve oldukça bilinen günlük kararının da bu yönden hukuka uygun olmadığı kanaatindeyiz<sup>33</sup>. Kaldı ki, eşlerin birbirlerinin özel hayatına girme ve müdahalede bulunma anlayışı bir nebze evlilik devam ederken düşünülse bile<sup>34</sup>, ayrılık sürecine giren, bu anlamda artık bir noktada ‘hâsım’ olan kişilerin birbirlerinin özel hayatına girerek ve bazı durumlarda birbirine tuzaklar kurarak boşanmada kusuru ispat etmek için delil elde etmeleri hukuk düzenince korunmamalıdır. Zira Yargıtay’ın kararlarına yansıttığı

---

isteklerine göre bir yaşam biçimine ve kişiliklerini geliştirebilmek olanaklarına sahip olurlar (Yüksel, s. 187). Günümüzde de, aynı geleneksel ve modern öncesi toplumlarda da görüldüğü şekilde, mahremiyet hakkına en büyük potansiyel tehlikelerin başında, evlilik birliği içerisinde olan kişilerin birbirini izlemesi, gözetlemesi, takip etmesi, özel hayatına müdahale etmesi gelir (Yüksel, s. 184-185). Bu konuda ayrıca bkz. Arslan Öncü, s. 181-183.

<sup>33</sup> Karar için bkz. HGK, 25.9.2002, 617/648 (Tutumlu, C. I, s. 635-639). Bu kararın değerlendirilmesi hakkında bkz. Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 301-302; Ateş, s. 101-102; Kılıçoğlu, s. 61-63; Yıldırım, s. 869-870.

<sup>34</sup> Kanaatimizce aralarında evlilik bağı dahi olsa hiç şüphesiz ki kişilerin kendilerine ait bir giz alanı ve bu alan üzerinde mahremiyet hakkı bulunur (aynı yönde bkz. Ateş, s. 100; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 705). Mahremiyet hakkı, bugün özel hayatın korunması ve diğer temel hakların modern toplumlarda tezahür şeklini temsil eder. Özel yaşam ya da mahremiyet, genel olarak kişilerin yalnız başına kalabildikleri, istedikleri gibi düşünüp davranabildikleri, başkalarıyla hangi yer, zaman ve koşullarda ne ölçüde ilişki ve iletişim kuracaklarına bizzat kendilerinin karar verebildikleri bir alan ve bu alan üzerinde sahip olunan hakkı ifade eder (Yüksel, s. 182).

Özel hayatın gizliliğinin korunması, bireye değer veren bütün siyasal sistemlerde, gerçek bir sosyal ve psikolojik ihtiyâcın sonucudur. Sosyologlara göre bireyin başkalarıyla olan ilişkileri, gizlilik veya açıklık dereceleri bakımından, içiçe geçmiş birtakım bölgelere, ya da çemberlere benzetilebilir. “Çekirdek benlik (core self)” denilebilecek olan en iç çember, kişinin normal durumlarda hiçbir kimseyle paylaşmadığı mutlak sırları, onun en gizli duygularını, düşüncelerini, ümitlerini, korkularını, dileklerini içine alır (Özbudun, s. 266). Bu çember, bireyin tam anlamıyla kendisiyle başbaşa kalacağı bir alan, onun kişiliğinin nihaî sığınağıdır (Özbudun, s. 266). İkinci çemberde, kişinin kural olarak ancak en yakınlarına açacağı nisbî sırlar vardır. Daha sonra, arkadaş ve dostlar çevresiyle paylaşılan duygu ve düşünceler çemberi gelir (Özbudun, s. 266). En dışta, kişinin herhangi bir kimseye açıklamaktan veya kamunun bilgisine sunmaktan çekinmediği konular bulunmaktadır (Özbudun, s. 266). Örneğin kanaatimizce kişinin günlük tutması, günlüğü eşiyle paylaştığı yatağının altında dahi olsa çekirdek benlik olarak ifade edilen en iç çemberde, giz dünyasında yer alan bir kişisel paylaşımıdır.

şekilde, eşler arasında özel hayatın korunması hakkının geçerli olmayacağı çift, artık ayrılık sürecine dâhil olmaları ile birlikte birbiri ile iyi geçinen, tasavvur edildiği gibi mutlu, sevgi ve saygı dolu değildir; özellikle Türk Medenî Kanunu'nun düzenlediği kusura dayalı boşanma sebepleri ve Türk hukuk uygulamasının da etkisiyle, birbirine kusur yüklemeye çalışan, bunun için kendilerine ispat araçları arayan ve belki birbirlerine karşı kin ve nefret dolu kişilerdir. Bu koşullar altında dahi, sırf aralarındaki evlilik bağının kalkmamış olması sebebiyle bir eşin, diğerinin özel hayatına ölçüsüzce saldırıda bulunması ve bunun hukuk düzenince 'evli' olmaları sebebiyle, birbirlerine karşı özel hayatlarının büyük ölçüde geçerli olmayacağı gerekçesiyle mâzur görünmesi, hukuk güvenliği ve barışı için son derece tehlikeli bir durumdur<sup>35</sup>.

Bunların yanı sıra yukarıda belirtilen Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin vardığı sonucun tam zıttı yönünde gerek Yargıtay Hukuk Daireleri gerekse Hukuk Genel Kurulu, bir delilin hukuka aykırı şekilde *yaratılması* ile hukuka aykırı şekilde *elde edilmesi* arasında bir ayırım gözetmekte ve hukuka aykırı şekilde *yaratılan* bir delilin kesinlikle delil olarak kullanılamayacağı görüşündedir<sup>36</sup>. Örneğin Yargıtay 3. Hukuk Dairesi bir kararında, kadının

<sup>35</sup> Bu durum esasında geleneksel düşünce yapısının bir ürünüdür. Zira modern öncesi veya geleneksel toplumlarda, bireyin tek başına bir varlığı tam anlamıyla yoktur; kendisini veya diğerleri onu, mensubu bulunduğu toplumsal gruba göre tanımlar ya da konumlandırır. Böyle bir yapıda birey ya birinin kardeşi, oğlu, kızı, annesi veya eşidir ya da falanca köyden veya filanca kabiledendir (Yüksel, s. 190). Bu anlayış modern dünya düzeni ve gereklilikleri karşısında önemli derecede evrim geçirmiştir ve bugün kişilerin mahremiyeti, yukarıda belirtilen sıfatlardan ve konumlamalardan önce gelir (bu konuda bkz. Yüksel, s. 189-191). Bu sebeple özellikle boşanma davalarında, modern toplum yapısı ile mahremiyet hakkının günümüzdeki anlamını ve fonksiyonunu gözardı ederek geleneksel toplumlardaki düşünce yapısına paralel şekilde çözümler üretmek, başta Anayasa'ya ve uluslararası sözleşmelere aykırılık oluşturmaktadır.

<sup>36</sup> "Bir delinin mahkemece kabul edilmesi için, gerek öğretilerde yer alan ağırlıklı görüş, gerekse de Hukuk Genel Kurulu Kararlarında ortaya konulan ölçüt; o delilin usulsüz olarak yaratılmamış olması ve hukuka aykırı biçimde elde edilmemesidir. Vurgulanmalıdır ki, bir delilin usulsüz olarak elde edilmesi ayrı, usulsüz olarak yaratılması ayrı bir olaydır. Usulsüz olarak elde edilen bir delil somut olayın özelliğine göre değerlendirilebilir de; usulsüz olarak yaratılan bir delilin hiç bir şekilde delil olarak kabulü olanaklı değildir." 3. HD, 21.3.2013, 2012-23195/698 (Ateş, Şerh, s. 1406-1407).

rızası dışında ‘facebook’tan alınan ve delil olarak dosyaya sunulan fotoğrafların yasal delil olarak değeri tartışılıp değerlendirilmeksizin hükme dayanak alınmasını doğru bulmayarak kararı bozmuştur<sup>37</sup>. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi benzer şekilde başka bir kararında, erkeğin haberi olmadan kendisinin facebook hesabından alınan yazışmalara dayanarak boşanma kararı verilmesini, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 189. maddesine aykırı bulmuştur<sup>38</sup>. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi de bir kararında, basın yayın organları tarafından yayımlanmış olsa da hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin mahkeme kararına temel yapılamayacağı yönünde görüş açıklamıştır<sup>39</sup>.

Dolayısıyla Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun yürürlüğe girip uygulanmaya başlamasından bu yana konuyla ilgili içtihat hukukuna bakıldığında, Yargıtay’ın ve hukuk uygulamasının istikrarlı ve mevzuat ile uyumlu

---

Benzer yönde bir karar için bkz.: “Bir delilin mahkemece kabul edilebilmesi için gerek öğretide yer alan ağırlıklı görüş, gerekse de H.G.K. Kararlarında ortaya konulan ölçüt; o delilin usulsüz olarak yaratılmamış olması ve hukuka aykırı biçimde elde edilmemesidir. Somut olaya gelince; mahkemece, hükme esas alınan ses kaydı davacının rızası dışında oluşturulmuş olup bu durum ceza mahkemesi kararı ile de belirlenmiştir. O halde bu şekilde oluşturulmakla usulsüz olarak yaratılmış bu delilin hükme esas alınması mümkün değildir.” 3. HD, 14.1.2013, 2012-22755/2 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bankası).

<sup>37</sup> 3. HD, 21.3.2013, 2012-23195/698 (Ateş, Şerh, s. 1406-1407).

<sup>38</sup> “Hükme esas alınan elektronik ortamdan elde edilen görüntülerdeki şahısların kocanın yakınları olduğu anlaşılmaktadır. ‘Facebook’ isimli sosyal paylaşım sitesi kullanılarak kocanın, dayısıyla görüşmelerine ilişkin iletişim kayıtlarının da; davacının, sosyal paylaşım sitesinde kendisini ‘kocanın dayısı’ yerine koymak suretiyle ‘dayısı ile koca’ yazıştırmış görüntüsü verilerek davacı tarafından oluşturulduğu, davacının da bunu kabul ettiği anlaşılmaktadır. Bu halde, sosyal paylaşım sitesi üzerinden yapılan görüşme kayıtları da vakıaların ispatında dikkate alınamaz (HMK md. 189/2).” 2. HD, 5.2.2014, 2013-19577/1926 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bankası).

<sup>39</sup> “... Dosya kapsamından davacının delil olarak CD çözümü ve yazılı basında yayınlanan haberleri gösterdiği ve bu delillerle davanın sabit olduğunu belirterek kabul edilmesine karar verilmesini istediği, ancak bu ses kaydının hukuka aykırı olarak kaydedildiği, ve bunun aksinin sabit olmadığı, bunun dışında davalının davacıya davaya konu edilen sözleri söylediğine ilişkin başkaca bir delil bulunmadığı anlaşılmaktadır. Şu durumda yukarıdaki usul hükümleri gözetildiğinde sadece yasa dışı elde edilen delile dayanılarak davalının sorumluluğuna hükmedilmesi doğru değildir. Bu nedenle davanın reddine karar verilmesi gerekirken kısmen kabulüne karar verilmesi, kararın bozulmasını gerektirmiştir.” 4. HD, 4.7.2012, 2011-4667/11619 (Ateş, Şerh, s. 1407-1408).

bir şekilde bir prensip edinemediğini belirtmek hatalı olmayacaktır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere hukuk uygulamamızın ve Yargıtay'ın bu konuda zaman zaman birbirine zıt kararlar vermesi çok olağanüstü bir sonuç değildir. Zira boşanma sebepleri ve kusurun ispatı konusunda Türk Medenî Kanunu'nun kendisi, tarafları, özel hayata müdahale zorunluluğu altında bırakmaktadır. Bu durumda makul bir sonucun ne şekilde gerçekleştirilebileceği konusu ise aşağıda incelenecektir.

## II. SORUNUN KAYNAĞI: BOŞANMA SİSTEMİ VE ÖZELLİKLE KUSURA DAYALI BOŞANMA ANLAYIŞI

### A. Genel Olarak

Boşanma davalarında boşanmak isteyen veya özellikle Türk Medenî Kanunu'nun 174. maddesi kapsamında lehine tazminat hüküm altına aldırarak isteyen *-veya aynı hüküm kapsamında karşı tarafın lehine tazminat hükmedilmesine engel olmayı amaçlayan-* taraf, davaya ilişkin iddialarını ispat edebilmek ve bu anlamda ispat hakkını kullanabilmek için karşı tarafa ait fotoğraflar<sup>40</sup>, günlükler<sup>41</sup>, elektronik postalar<sup>42</sup>, görüntü kayıtları<sup>43</sup>, ses kayıtları<sup>44</sup>, telefon kayıtları<sup>45</sup> veya dinlemeleri, malî bilgileri<sup>46</sup> gibi birtakım

<sup>40</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin bir kararına yansıyan boşanma davasında davalı erkeğin zinasının ispatı için eşi ile birliktelik yaşadığı iddia edilen kadın fotoğraflarının, davalı tarafa ait bilgisayar çıktılarının yargılamaya getirildiği bir davada mahkemenin bu deliller ile birlikte tanık beyanlarına da dayanarak davalı ile sevgili olduğu iddia edilen kadının birlikte yaşadığı "örtülü" olarak kabul edilmiştir. Bu karar için bkz. 2. HD, 27.3.2013, 2012-22511/8420 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Kılıçoğlu**, s. 361-386.

<sup>41</sup> Bkz. 2. HD, 26.10.2001, 13309/14747 (**Kılıçoğlu**, s. 68, dn. 300).

<sup>42</sup> 2. HD, 26.12.2205, 15965/18336 (**Kılıçoğlu**, s. 68, dn. 300). Ayrıca bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Kılıçoğlu**, s. 404-406.

<sup>43</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Kılıçoğlu**, s. 361-386.

<sup>44</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Kılıçoğlu**, s. 308-339. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 2008 yılında verdiği bir kararında tamamen hukuka aykırı yollarla elde edilmiş ses kaydını, eşinin sadakatsizliğini ispatlamak için kullanan davacı açısından hukuka aykırı bulmamıştır. Uyuşmazlık konusu olayda, davacı taraf eşinden şüphelendiğinden ortak konutlarına gizlice ses kayıt cihazı yerleştirmiştir. Kararda ise, kanaatimizce tamamen hukuka aykırı şekilde kadının özel hayatının korunması hakkı yok sayılarak ve temel

bilgi kaynaklarını yargılamaya getirmeye çabalar. Buna benzer durumlar çoğunlukla karşı tarafın özel hayatına müdahale oluşturur ve bu durumda, özellikle karşı tarafın bilgisi ve rızası olmaksızın yargılamaya getirilmek istenen bu bilgi kaynakları “*hukuka aykırı yollardan elde edilen delil*” olarak değerlendirilerek mahkeme tarafından dikkate alınmaması gerekir (HMK m. 189/3). Ancak hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin akıbeti her zaman bu şekilde belirlenmez ve mahkemeler vicdanî kanaatine göre söz

---

hakkı ihlâl edilerek eşler arasında özel hayatın korunması hakkının ileri sürülemeyeceği ifade edilmiştir. Kararın bu yönüyle de, başta Anayasa’ya, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne, Türk Ceza Kanunu’na ve diğer uluslararası sözleşmelere aykırılığı konusunda şüphe yoktur. Bu karar için bkz. 2. HD, 20.10.2008, 2007-17220/13614 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası). Bu karar hakkındaki eleştirimiz için bkz. aşağıda dn. 169. Ayrıca bu kararın değerlendirilmesi hakkında bkz. **Kılıçoğlu**, s. 315-319; **Pekcanitez/Atalay/Özkes**, s. 705-706; **Tutumlu**, s. 2155 vd.

<sup>45</sup> Başka bir davada, ‘haysiyetsiz hayat sürme’ boşanma sebebine (TMK. m.163) dayanan davacı erkek, **davalı kadının bir başka erkekle cep telefonu ile konuştuğu ve mesajlaştığını toplanan deliller ile ispatlamıştır**. Söz konusu uyuşmazlıkta bu delillerin hangi yol ile toplandığı konusunda bilgi yoktur. Ancak kadının haysiyetsiz yaşam sürdürdüğünü ispat edebilmek için kadının cep telefonu kayıtlarına erişilmesi ya bir mahkeme kararı ile gerçekleştirilecek ya da gizlice bu mesajların elde edilmesi yöntemi ile mümkün olabilecektir. Boşanma davalarında, uygulamanın aksine iletişimin denetlenmesi yoluna başvurulması hukukî olmayacağı gibi erkeğin gizlice kadının cep telefonundaki bu mesajlara erişerek davada delil olarak kullanması hukukî değildir. Bu davada mahkemenin cep telefonu mesajlarının hukuka aykırı yollarla elde edildiğinden bahisle bu mesajlara delil olarak dayanmaması gerekirken, boşanma ve hatta haysiyetsiz yaşam sürme iddiasını bu deliller üzerine inşa etmesi Anayasa’nın 20 ile 22. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. Maddeleri’ne aykırılık teşkil eder. Bu karar için bkz. 2. HD, 26.6.2012, 2011-22536/17686 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). Ayrıca aynı yönde başka bir karar için bkz. 2. HD, 28.12.2011, 1829/23825 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

Yine başka bir davada zina iddiasını kanıtlayabilmek için davacı taraf kadının telefon kayıtlarına ve mesajlarına dayanmış; bu sefer de mahkeme esasında hukuka aykırı yollarla elde edilen bu delili değerlendirmiş, ancak bu sefer kadın ile mesajlaşan erkeğin aynı işyerinde iş arkadaşı olmasını, zinaya delalet eden davranışlar için yeterli bulmamıştır. Bu karar için bkz. 2. HD, 1.2.2010, 2008-20278/1423 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>46</sup> Erkeğin aile düzenini bozacak derecede borçlanmasının, ortak hayatı temelden sarstığı ve birliğin devamına imkân vermeyecek bir geçimsizliğe yol açtığı konusunda bkz. 2. HD, 11.2.2008, 2007-4355/1294 (**Aras**, s. 208).

konusu delillerle boşanma sebebinin gerçekleştiğine ikna olursa (TMK m. 184), hukuka aykırı yollardan elde edilmiş olsa dahi, bu bilgi kaynakları delil olarak dikkate alınır<sup>47</sup>.

Özel hayatın korunması kapsamında kişilerin evlenmesi kadar bu evliliği sonlandırma özgürlüğünün bulunması da, özel hayatın korunması hakkına dahil temel bir hak olarak kabul edilir<sup>48</sup>. Boşanmak isteyen tarafın ise boşanabilmesi için hukuk sistemimizde Türk Medenî Kanunu'nun 161 ilâ 166. maddelerinde sayılan durumlardan birinin varlığını ispat etmesi şarttır. Bu anlamda boşanma temel hakkının kullanımının bir anlamda ispat hakkına bağlı olduğu boşanma davalarında, bu hakkın *-ispat hakkının-* ayrı bir öneminin bulunduğu yadsınamaz. Ancak şüphesiz ki nihâyetinde boşanma hakkı gibi temel bir hakka hizmet etse dahi, ispat hakkının kullanımının da bağlı olduğu birtakım temel ölçütler, evrensel ilkeler ve kurallar vardır.

Türk hukukunda boşanma sebeplerinin kusura dayanması ve hâkimin pek çok durumda taraf iradelerini aşacak şekilde boşanma kararı üzerinde etki sahibi olması, boşanmak isteyen tarafları boşanma davasında kullanmak üzere delil bulma arayışı içerisine itmektedir. Bu sebeple, boşanmak isteyen taraf boşanma sebebinin gerçekleştiğini ispat edebilmek için dava açmadan önce veya dava sırasında birtakım casusluk faaliyetlerine dahi başvurmaktadır. Nitekim ülkemizde boşanma davalarında kullanılmak üzere delil elde etmek için telefonlara takılan casus programlar, evlere kurulan gizli kamera sistemleri, özel dedektiflik şirketlerine başvuru uygulamalarına<sup>49</sup> sıklıkla rastlanabilmektedir. Hatta uygulamada hukuka aykırı şekilde eşler ve şüphelenilen üçüncü kişiler aleyhine iletişimin tespiti kararı veren mahkemeler dahi bulunmuştur<sup>50</sup>. Bu durum ise, buraya kadar üzerinde durduğumuz özel

<sup>47</sup> Bu konuda bkz. yuk. I, B.

<sup>48</sup> Arslan Öncü, s. 277-278.

<sup>49</sup> Boşanma davalarında dedektiflik uygulaması hakkında bkz. Kaygısız/Sever, s. 123-124; Kılıçoğlu, s. 371.

<sup>50</sup> Oysa ki, ilk olarak Ceza Muhakemesi Kanunu'nda iletişimin tespiti ve denetlenmesine ilişkin önlemlerin (CMK m. 135) medenî yargıda görülmekte olan boşanma davaları açısından uygulama alanını bulamaması gerekir. Buna karşılık özellikle boşanma davalarında eşlerden biri, diğer tarafın kendisini aldattığını düşünüyorsa mahkemelerden iletişimin denetlenmesini talep etmekte; mahkemeler bu yönde kararlar verebilmektedir (Ateş, s. 99). Hukuk uygulamamızda bir süre Turkcell ve Avea bu iletişimin denetlen-



hayatın korunması kapsamında özellikle de kişisel verilerin korunması hakkı, konut dokunulmazlığı hakkı, haberleşme özgürlüğü gibi temel haklara, uluslararası sözleşmelere, Anayasa'ya, Türk Medenî Kanunu'nun 23. Maddesi'ne ve diğer kanunî düzenlemelere mutlak şekilde aykırılık oluşturmaktadır.

Bu tip hukuka aykırı uygulama sorunlarının temel sebebi de, boşanma sebeplerinde ve boşanmanın malî sonuçlarında kusurun başrolde olmasıdır. Nitekim bu sorunlar sadece bizim ülkemizde yaşanmamaktadır. Kusura dayalı boşanma sistemini benimseyen tüm ülke modelleri, benzer sorunlarla karşı karşıya kalmıştır<sup>51</sup>. Birazdan değerlendirmelerimizde yansıtacağımız

---

mesi kararlarının gereğini yerine getirmiş; Telekom ve Vodofon ise, bu müzakerelerin gereğini yerine getirmekten kaçınmıştır (Ateş, s. 99). Dolayısıyla hukuk uygulamamızda, boşanma davalarında bu tip hukuka aykırı şekilde iletişimin tespitine yönelik kararlar verildiği ve bunların uygulandığı bilinmektedir. Hatta bu tip talepler sadece evli olan eş aleyhine gerçekleşmemekte; aynı zamanda şüphelenilen kişi aleyhine de yapılmakta ve bazı mahkemeler de üçüncü kişiler aleyhine iletişimin denetlenmesine karar verebilmektedir (Ateş, s. 100; bu konuda boşanma davasında yaşanan uygulama hakkında ayrıca bkz. Kılıçoğlu, s. 334-339). Oysa ki, telekomünikasyon şirketlerinin, müşterilerine ait bilgileri gizli tutma yükümlülüğü bulunur. Bu anlamda kanunî bir temeli olmaksızın, telekomünikasyon şirketlerinin müşterilerine ait bilgileri başkaları ile paylaşması hukukî sorumluluğunu gerektirir. Telekomünikasyon şirketlerinin özel hayatın korunması (Ay m. 20), haberleşme özgürlüğü (Ay m. 22) çerçevesinde müşterilerine karşı olan bu yükümlülükleri hakkında bkz. Kaya, s. 307 vd.; Özdemir H., s. 292-296. Ayrıca Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Bilgilerin İşlenmesi ve Gizliliğin Korunması Hakkında Yönetmelik'in 8. Maddesi'ne göre de, kanunların ve yargı kararlarının öngördüğü durumlar hâricinde, haberleşmeye taraf olanların tamamının izni olmaksızın, telekomünikasyonun üçüncü şahıs tarafından dinlenmesi, kaydedilmesi, saklanması, kesilmesi veya gözetimi yasaktır. Bununla birlikte öğretilerde boşanmadaki kusurun ispatında yaşanan güçlükler sebebiyle iletişimin tespitine ihtiyaç bulunduğu (Ateş, s. 104-105), hatta bu konuda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na, CMK'da olduğu gibi özel düzenleme konulması gerektiği (Şen, s. 125) belirtilmektedir. Ancak biz bu çözümün hukuk devleti ilkesi ile hiçbir şekilde bağdaşmadığı; boşanma kararlarının, temel hak ve özgürlüklere bu denli müdahale edilmesini gerektirecek kadar kamu menfaati barındırmadığı; bunun yerine temel haklara dayalı hukuk devletlerinde olduğu gibi kusura dayalı boşanma sisteminin kaldırılması gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim aşağıda üzerinde duracağımız üzere, Türk hukuku bugün için Avrupa ülkeleri içerisinde kusura dayalı boşanma sistemini hâlen uygulayan çok nâdir sistemlerden birisidir.

<sup>51</sup> Bu konuda bkz. aşa. II, D.

üzere Türk boşanma hukuku sistemi maalesef mevcut hâliyle, boşanmak isteyen tarafları bu yöntemlere başvurulmasına sevketmekte, âdetâ taraflar için bu yöntemi zorunlu bir yol hâline getirmektedir. Zira Türk boşanma hukukunda geçerli olan kusur esası, karşı tarafın özel hayatına, insan onuruna müdahale ederek savunma yapmak ve ispat faaliyetini gerçekleştirmek zaruretini doğurmaktadır.

Sorunun gerçek anlamda tahlil edilebilmesi için ilk olarak konuyu açıklığa kavuşturmak için Türk Medenî Kanunu'nun benimsemiş olduğu boşanma sebepleri üzerine durmak gerekir. Zira aşağıda yapacağımız tespitler gösterecektir ki, Türk hukuk uygulamasında boşanma sebeplerinin ispatı son derece güçtür. Boşanmak isteyen taraf için Kanun'da öngörülen bazı boşanma sebeplerinin aşılması son derece güç birtakım ispat güçlüklerine neden olduğu aşikârdır<sup>52</sup>. Bunun da ötesinde, aile hukukuna ilişkin uyumsuzluklarda hâkimin boşanma olgularına vicdanen kanaat getirmediğçe boşanmaya karar vermemesi konusundaki yetkisi (TMK m. 184)<sup>53</sup>, Türk hâkimini, kimi zaman boşanma davalarında boşanma sebebinin gerçekleştiği yönünde yüksek bir ispat ölçüsüne sürüklemekte<sup>54</sup> kimi zaman da duygusal yönü ağır

<sup>52</sup> Boşanma davalarındaki ispat güçlüklerinin, delil elde edilmesi konusunda zorluklar yaratması ve bu sebeple kişilerin hukuka aykırı delil elde etme yollarına başvurduğu konusunda bkz. **Kılıçoğlu**, s. 43.

<sup>53</sup> Anayasa'nın 136. Maddesi uyarınca Türk hâkimi zaten vicdanî kanaatine göre karar vermelidir. Anayasa'nın bu hükmüne rağmen Türk Medenî Kanunu'nda "*Hâkim, boşanma veya ayrılık davasının dayandığı olguların varlığına vicdanen kanaat getirmediğçe, bunları ispatlanmış sayamaz.*" (TMK m. 184, I, 1) şeklindeki ifade ile hâkimin vicdanî kanaatini vurgulaması, esasında farklı bir kanaat ölçüsü getirmemesine rağmen aşağıda örneklerle somutlaştırılacağı üzere kanaatimizce boşanma davalarında hâkimleri yüksek bir ispat ölçüsüne sürüklemektedir. Zira esasında bu hüküm, bütün hukuk davaları için geçerli bir kuraldır. İspatın konusunu "maddî olayların, vakıaların" oluşturduğu tüm hukuk davalarında hâkim bu olayların mevcudiyetlerine vicdanen kani olmadıkça onları sabit sayamaz. Kanunî delil ve özellikle senetle ispat hükümleri, konusunu "hukukî işlemler" in oluşturduğu davalarda uygulanacağına ve boşanma sebeplerinin tamamı "maddî vakılar" dan ibaret olduğuna göre, esasında TMK m. 184, I, 1 hükmü boşanma davalarına özgü istisnâî bir hükmü getirmemektedir (**Gürdoğan**, s. 213).

<sup>54</sup> Örneğin Türk Medenî Kanunu'nun 166. Maddesi'ndeki genel boşanma sebebine dayanarak hem kadının hem de erkeğin karşılıklı olarak birbirine açtığı boşanma davalarında, hâkimin taraf iradelerine ve tanık beyanlarına rağmen tanık beyanlarını yetersiz görmesi sebebiyle evlilik birliğinin devamı yönünde her iki boşanma davasını da reddederek

basan, dolaylı ispat yöntemleri ile ispatlandığını kabul ettiği olgular üzerinden boşanmaya karar vermesi sonucunu doğurmaktadır<sup>55</sup>. Genellikle de hâkimler, evlilik birliğinin sosyal önemine binaen eşleri evlilik birliğini sürdürmesine teşvik etmeyi amaçlarken boşanmak isteyen tarafın boşanma sebebinin gerçekleştiğini kendilerine inandırması için yüksek ölçüde ispat faaliyeti içerisine girmesine sebebiyet vermektedir<sup>56</sup>. Bir yandan boşanmak isteyen taraf boşanma sebebinin gerçekleştiğine dair yoğun bir ispat aracı

verdiği bir karar için bkz. 2. HD, 7.4.2008, 3940/4791 (Aras, s. 202-203). Benzer yönde başka bir karar için bkz. 2. HD, 7.7.2008, 2007-10949/10026 (Aras, s. 203).

Benzer şekilde tanık ifadelerine ve fiili ayrılığa rağmen mahkemenin, ortak hayatın çekilmez hâle gelmemesi sebebiyle evlilik birliğinin devamı yönünde verdiği bir karar için bkz. 2. HD, 5.5.2008, 2007-8675/6513 (Aras, s. 209).

<sup>55</sup> Yukarıdaki dipnotta belirtilen *- tarafların ortak isteklerine ve tanık ifadelerine rağmen evlilik birliğinin devamı yönünde verilen-* kararlara karşılık, eşine “ısınmadığını” ifade ederek boşanma davası açan erkek için ortak hayatın çekilmez hâle geldiği ve devamının mümkün olmadığına hükmedilen bir karar için bkz. 2. HD, 1.7.2008, 2007-15623/9748 (Aras, s. 215).

Benzer nitelikte başka bir karar için bkz. “Toplanan delillerden; davalı kadının kocası işe gittikten sonra, kocasının amcası R.’yi eve aldığı, bu kişinin sabah saat 08.30 - 09.00 gibi gelip, akşam saat 16.00-16.30’a kadar uzun süre evde kaldığı, bu durumun sık sık tekrarlandığı ve devam edegeldiği anlaşılmaktadır. Kadının gerçekleşen eylemi sadakatsizlik olup bu hal evlilik birliğini temelinden sarsar. Bu sebeple boşanma kararı verilmesi gerekirken, davanın reddi doğru görülmemiştir.” 2. HD, 8.12.2004, 13709/14684 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>56</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin uzun zamandır içtihatları, hâkimin boşanmaya karar vermesi için *tam bir vicdanî kanaate ulaşmasını* zorunlu görmektedir (Tutumlu, C. I, s. 150). Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin yukarıda belirttiğimiz (bkz. dn. 54) yeni tarihli içtihatlarının yanısıra, nispeten eski tarihli görüşlerinde de benzer esası güçlü bir şekilde uyguladığını gözlemlemek mümkündür. Örneğin Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, anlaşmalı boşanmaya ilişkin 16.2.1993 tarihinde verdiği bir kararda, *anlaşmalı boşanmaya ilişkin davada dahi* ispat ölçüsünü şu şekilde belirlemiştir: “Taraflar tek bir konuda anlaşmamış olsalar dahi, Medeni Kanunun 134/3 [TMK m. 166/3] maddesi uyarınca delil toplanmadan karar verilemez. Bu gibi hallerde tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde delilleri toplanıp, Medeni Kanunu’nun 134. Maddesinin 1, 2, 4 [TMK m. 166/1, 2, 4] fıkralarına göre değerlendirme yapılmalıdır. **Hâkim gösterilen olayların varlığına vicdanen inanmadıkça boşanmaya karar veremez.**” 2. HD, 16.2.1993, 768/1377 (Tutumlu, C. I, s. 151). “Boşanma veya ayrılığa karar verilebilmesi için geçimsizlik meydana getiren vakıaların kesinlikle ispatı ve bunların davalı taraftan meydana getirilmiş olduğunun kabulü gerekir.” 2. HD, 12.12.1967, 734/5340 (Tutumlu, C. I, s. 151).

bulma çabasına girmekte diğer yandan da çağdaş hukuk sistemlerinde pek geçerliliği kalmamış olan Türk Medenî Kanunu'ndaki kusura dayanan boşanma sebeplerinden birini ispatlamaya çalışmaktadır. Böyle bir süreçte hem hâkimin vicdanî kanaate ulaşması hem de boşanmak isteyen tarafın ispat hakkını kullanması oldukça güçleşmektedir. Bu sebeple karşılaştırmalı hukukta boşanma sebeplerinin ispat faaliyetine ve etkisi oranında yaşanan gelişmelere göz atmakta yarar vardır.

### B. Boşanma Sistemlerine Genel Bir Bakış

Tarihin çeşitli süreçlerinde hukuk sistemleri toplumu oluşturan bireylerin kültürleri, inançları, sosyolojik yapıları sonucunda boşanma konusunda farklı modeller benimsemişlerdir. Şüphesiz ki boşanma sistemlerine bakıldığında benimsenen kuralların zamana hâkim olan din, ahlâk, toplumsal değerler ve değerler üzerindeki değişimlerle çok yakın bir ilişki içerisinde olduğu rahatlıkla tespit edilebilir<sup>57</sup>. Zira egemen toplum değerlerinin aile kurumuna ve bireye yüklediği anlam değiştikçe, aile birliğini sona erdiren boşanma da farklı yaklaşımların konusunu oluşturmuştur<sup>58</sup>.

Boşanma sistemlerini etkileyen anlayışın başında bireylerin, toplum içerisindeki ve devlet karşısındaki konumları gelmektedir. Bu anlamda da boşanma sistemlerini etkileyen temel iki düşünce yapısı bulunur. Bunlar *ferdiyetçi teori* ve *toplumcu teoridir*. *Ferdiyetçi teoriye* göre, eşler iradeleriyle evlendikleri gibi iradeleriyle de boşanabilmelidirler. Yani evlilik bağının çözülebilmesi için tarafların karşılıklı irade ve beyanı yeterlidir. Bu teoride eşlerin evlenme kararının doğruluğu ya da yanlışlığı tartışma konusu yapılmaz<sup>59</sup>. *Ferdiyetçi teori*, aşağıda bahsedilecek olan serbest boşanma

<sup>57</sup> **Belgesay**, s. 215-218; **Cansel**, s. 67; **Cin**, s. 15-16; **Özdemir**, s. 3; **Tekinay**, s. 180. Türk toplumunun sosyolojik yapısının boşanma ve ayrılık kurumu üzerinde etkilerine ilişkin ayrıntı için bkz. **Aras**, Roma Hukuku, s. 66-67; **Topçuoğlu**, s. 51 vd.; **Tutumlu**, C. I, s. 27-36. Yine bu konuda bir araştırma için bkz. Boşanma Sebepleri, Bilimsel Araştırma Projesi Uygulama Sonuçları (Nihaî Rapor), Proje Yürütücüsü: Ahmet Battal, T.C. Başbakanlık Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü/Akademik Dayanışma Araştırma ve Geliştirme Vakfı, Ankara 2008.

<sup>58</sup> Bu konuda bkz. **Özdemir**, s. 3-4.

<sup>59</sup> Bu konudaki görüşlere ilişkin bkz. **Aras**, Roma Hukuku, s. 68; **Ersöy**, s. 4. Türk Medenî Kanunu'nun 166. Maddesi'nde eşlerin karşılıklı anlaşmalarıyla boşanmalarına imkân

sistemini beslemektedir. Zira serbest boşanma sistemi, genellikle eşitliğe ve bireyci düşünceye dayanan, eşlerden her ikisine de boşanma hakkı tanıyan ve karşılıklı rıza ile boşanmaya izin veren bir sistemdir<sup>60</sup>.

Buna karşılık *toplumcu teoriye* göre, evlilik kişilerin zevki için değil özellikle nesillerin yetişmesi için kurulduğundan evlilik birliğinin devamlı olması da esastır. Katolik kilise hukukunda benimsenen görüş bu doğrultudadır. Tanrı'nın birleştirdiğini kul ayıramaz, devamlı ve sabit olmayan bir evlilikte manevî huzur da kalmaz, çocukların gerektiği gibi büyütülmeleri de tehlikeye girer ve evliliğin borçlar hukukunun herhangi bir akdinden farkı kalmaz<sup>61</sup>. Bu görüşü savunanların bir kısmı evliliğin bozulmazlığı ilkesini kabul ederken, diğer kısmı yetkili mercilerin kararı üzerine ve belirli sebeplerin varlığı halinde boşanmayı kabul eder. Esasında tarihte özellikle boşanma süreci ile devletin yakından ilgili olmasının temeli, ailenin toplumun çekirdeği olması sebebiyle kurumsal anlamda yüklendiği sosyal sorumluluktur<sup>62</sup>.

Öğretide, her iki görüşün de sakıncaları olduğu belirtilmekte ve ancak ferdîyetçi teorinin eleştirisi olarak evliliğin sona ermesinde sadece eşlerin iradesine önem verilmesinin, evlilik birliğinin sağlam temellere oturtulmasına, eşler arasındaki saygı ve sevgi bağına, çocukların yetiştirilmesine olumsuz etkileri olabileceği belirtilmektedir<sup>63</sup>. Bu temel görüşler çerçevesinde hukuk sistemleri, boşanma konusunda farklı yaklaşımlar benimsemektedir. Bazı sistemler boşanmayı yasaklarken, bazı sistemler boşanmanın serbest olmasını kabul eder, bazıları ise boşanmayı belirli sebeplerin varlığına ve hâkim hükmü ile gerçekleştirebileceğini kabul eder.

---

tanıyan düzenleme, belirli koşullarda boşanma serbestisinin var olduğunu göstermekle birlikte, bu hüküm her iki eşin de istemesi hâlinde sadece boşanmayı kolaylaştırmaktadır. Zira hâkim, eşler istemiş ve başvurmuş olsalar bile, onların talebi ile bağlı olmayacağından bu durumda boşanmaya hükmedilmeyebilmektedir. Bu konuda ayrıca bkz. **Aras**, Roma Hukuku, s. 69.

<sup>60</sup> **Velidedeoğlu**, s. 179.

<sup>61</sup> Bu konudaki görüşlere ilişkin bkz. **Aras**, Roma Hukuku, s. 69-70; **Ersöy**, s. 4-5; **Feyzioğlu**, s. 243-244.

<sup>62</sup> **Cin**, s. 15-16; **Velidedeoğlu**, s. 177.

<sup>63</sup> Bu konudaki görüşlere ilişkin bkz. **Ersöy**, s. 5.

*Boşanma yasağı (evliliğin sonsuzluğu)*, boşanmanın en eski modellerinden biridir ve özellikle onuncu yüzyıldan itibaren Katolik kilisesi hukuku tarafından benimsenmiştir<sup>64</sup>. Zira bu yüzyıllarda geçerli olan Katolik hukukunda boşanma mümkün değildi, eşler ancak ayrılabilirlerdi<sup>65</sup>. Nitekim Türk-İsviçre Medenî Kanunlarında hâlen varlığını sürdüren ayrılık kurumunun temeli de, Katolik hukukundaki hukukî değil, fiilî boşanmaya dayanmaktadır<sup>66</sup>. Esasında kilise hukuku ilk yüzyıllarda boşanma imkânı tanımaktaydı, ancak onuncu yüzyıl itibariyle Avrupa’da boşanma imkânsız olarak kabul edilmişti<sup>67</sup>. Şüphesiz ki bu tarihî ve inanca dayalı düşünce yapısı, hem hayatın gerçekleri ile örtüşmemesi hem de eşleri evli kalmaya zorlamanın ahlâkî ve sosyal sakıncası zaman içerisinde bu kuralın anlamının gevşemesine sebebiyet vermiştir<sup>68</sup>. Evlilik birliğinin kutsal bir bağ olmaktan kutrarılarak eşlere boşanma imkânı tanınmasında Protestanlığın da büyük bir payı olmuştur<sup>69</sup>. Zaman içerisinde ferdîyetçi görüş etkisini artırmış ve onsekizinci yüzyıldan sonra Prusya Umumî Kanunu, Fransız Medenî Kanunu, Saksonya Medenî Kanunu gibi kanunlar boşanmayı kabul etmişler ve hatta kolaylaştırmışlardır. Fransız Medenî Kanunu kabul edilmeden önce henüz 1792 yılında kabul edilen ve ancak belirli bir süre yürürlükte kalabilen bir kanun

<sup>64</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Akyol**, s. 100; **Cansel**, s. 72; **Cin**, s. 16-18; **Ersoy**, s. 6; **Feyzioğlu**, s. 244; **Özdemir**, s. 4-5; **Tekinay**, s. 182.

<sup>65</sup> **Gürsoy**, s. 2; **Özdemir**, s. 4; **Tekinay**, s. 182; **Velidedeoğlu**, s. 178.

<sup>66</sup> **Özdemir**, s. 4.

<sup>67</sup> **Cin**, s. 16-17; **Özdemir**, s. 4-5; **Velidedeoğlu**, s. 178. Hıristiyanlığın ilk zamanlarında, Hıristiyanlık dini evlenme hakkında yeni kurallar getirmişti. Daha sonra, kilise, evlenmeye ilişkin hususları düzenleme yetkisini de üzerine aldı. Başlangıçta kilisenin bu husustaki yetkisi, sadece bir düzene koymadan ibaret olduğu hâlde, daha sonra, kendisini bu hususta kanun yapıcı olarak kabul ederek aile kurumunu tümü ile kendi kontrolü altına aldı. Onuncu yüzyılda aile hukuku, tamamen kilisenin altına girmişti. Bu durum, 600 yıl kadar devam etti (**Gürsoy**, s. 2; **Tutumlu**, C. I, s. 31). Kilise bu anlayışı ile, boşanmaya karşı çıktı ve evliliğin ebedî ve kutsal bir birlik olduğunu iddia etti. Onaltıncı yüzyıl itibariyle ise, Protestanlık, evliliğin kutsal bir bağ olduğunu red ile evliliğe mahkeme kararıyla son verilebileceğini kabul etti (**Cansel**, s. 73; **Gürsoy**, s. 3). Protestanlık da, ancak belli sebeplerin varlığı hâlinde boşanmayı kabul ediyordu; bunlar zina, kötü niyetle evi terk, evli olmanın gerekli kıldığı ödevleri yapmaktan kaçınma gibi sebeplerdi (**Gürsoy**, s. 3; **Feyzioğlu**, s. 246).

<sup>68</sup> **Özdemir**, s. 4-5; **Velidedeoğlu**, s. 178-179.

<sup>69</sup> **Cin**, s. 17-18; **Gürsoy**, s. 2-3; **Özdemir**, s. 4-5; **Tekinay**, s. 182; **Tutumlu**, C. I, s. 31.

ile karşılıklı anlaşma ile ve hatta bazı durumlarda bir tarafın arzusu ile boşanmaya dahi imkân tanınmıştı<sup>70</sup>. Temelde Katolik kilisesinin etkisi altında olan boşanma yasağı çok uzun yıllarca değişik şekillerde değişik hukuk sistemlerinde hükmünü sürmüştür<sup>71</sup>. Örneğin İtalya’da boşanmanın yasak olması 1970 yılında kabul edilen değişikliğe kadar devam etti. İtalya’da 1 Aralık 1970 tarihinde kabul edilen 898 sayılı Kanun ile eşlere bazı sebepler için boşanma hakkı tanınmıştır. Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren İtalya’da beş ay içinde beş milyon kişinin boşanmak üzere mahkemeye başvurması da dikkat çekici bir detay olarak tarihe geçmiştir<sup>72</sup>.

*Boşanma serbestisi*, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere ferdîyetçi düşünce yapısının ürünü olarak hukuk sistemlerinin boşanma modellerinde etkili olmuştur<sup>73</sup>. Boşanma serbestisine dayanan modellerde, tarafların serbest iradeleri ile evlenmeleri ne kadar doğal görünüyorsa, boşanmanın da serbest iradelerle gerçekleşmesi kabul edilmiş ve dolayısıyla bireyin iradesine üstünlük tanınmıştır<sup>74</sup>. Serbest boşanma modeli eski hukuk sistemlerinde genellikle erkeğin, kadını tek taraflı irade ile boşaması şeklinde görülmekteydi<sup>75</sup>. Babil, İbranî, Roma, Cermen, İslâm hukuklarında tek taraflı ve bazı durumlarda da eşlerin anlaşması ile boşanması mümkündür<sup>76</sup>. Örneğin Roma İmparatorluğu’nun resmî din olarak Hristiyanlığı seçmesine kadar, bu toplumda serbest boşanma sistemi geçerliydi<sup>77</sup>. Bu konuda Romalıların düşünce yapısı son derece basitti: “Uzlaşma evlenmeyi, uzlaşmamazlık boşanmayı doğurur.”; ayrıca madem evlilik taraf iradeleri ile meydana gelmekte, o zaman yine taraf iradeleri ile son bulmalıdır, düşüncesi hâkimdi<sup>78</sup>.

<sup>70</sup> **Cin**, s. 17-18; **Velidedeoğlu**, s. 180.

<sup>71</sup> Bu konuda bkz. **Cansel**, s. 72.

<sup>72</sup> Bu konuda bkz. **Cansel**, s. 72; **Feyzioğlu**, s. 244-246.

<sup>73</sup> **Cin**, s. 18.

<sup>74</sup> **Akyol**, s. 101; **Cansel**, s. 72; **Cin**, s. 18; **Ersoy**, s. 7; **Gürsoy**, s. 1; **Özdemir**, s. 4-5.

<sup>75</sup> **Cin**, s. 18; **Gürsoy**, s. 1; **Özdemir**, s. 5.

<sup>76</sup> **Cin**, s. 15-16; **Frier/Mc Ginn**, s. 160; **Gürsoy**, s. 1; **Özdemir**, s. 5.

<sup>77</sup> **Köprülü/Kaneti**, s. 149; **Tutumlu**, C. I, s. 30; **Velidedeoğlu**, s. 179. Ancak Hristiyanlığın kabulünden sonra da hiçbir zaman Katolik hukukunda olduğu gibi boşanma tamamen yasaklanmamıştı (**Velidedeoğlu**, s. 179-180).

<sup>78</sup> **Velidedeoğlu**, s. 179. Roma İmparatorluğu’nda onuncu yüzyıla kadar geçerliliğini sürdüren serbest boşanma sisteminde devletin boşanma hukukuna ilk müdahalesi

Daha çok tarihin eski çağlarında görünen, daha sonra Katolik inancın etkisine giren toplumlarda kaybolan bu sistem onsekizinci yüzyılda doğal hukuk anlayışının etkisiyle tekrar canlanma göstermiştir<sup>79</sup>. Zira doğal hukuk anlayışına göre tamamen eşlerin iradeleri ile kurulan bir sözleşme olan evlilik, yine eşlerin iradeleri ile ortadan kaldırılmıyordu<sup>80</sup>.

### C. Türk Medenî Kanunu'nda Boşanma Sebepleri

Türk Medenî Kanunu'ndaki boşanma sebeplerine geçmeden önce son olarak kısaca Türk aile hukukunun ve boşanma sisteminin tarihî temelleri üzerinde durmak isteriz<sup>81</sup>. 22 Kasım 2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu ve ondan önce uygulanmakta olan 17 Şubat 1926 tarihli ve 743 sayılı Medenî Kanun'dan önce, yani Cumhuriyet'in ilânından önceki devirde, evlilik ve boşanma kurumu, temelini dinden almış olmakla birlikte, uygulama yönünden devletin kontrolünden uzak, tamamen özel bir kurum idi<sup>82</sup>. Bu çerçevede nikâh işlemi ile iki kişinin evlilik sözleşmesi kurması, diğer sözleşme türlerinden çok da farklı bir özellik arz etmemekteydi<sup>83</sup>. Boşanmanın sadece erkeğin tasarrufunda bulunan bir kurum olması<sup>84</sup> ve bu

Diocletien zamanında çıkarılan bir emirname ile şerefsizlik nedeniyle boşanma durumunda, çocukların hangi tarafta kalacağına hâkimin karar vermesi gerektiği düzenlenmesiyle gerçekleşmiştir (Aras, Roma Hukuku, s. 59; Velidedeoğlu, s. 179-180). Ayrıca Roma hukukunda boşanma konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Aras, Roma Hukuku, s. 51-57, 62-65; Frier/Mc Ginn, s. 160-169.

<sup>79</sup> Özdemir, s. 5. Nitekim Fransız İhtilâli'nden sonra Fransa'da, devrimden sonra ise Sovyet Rusya'da, eşlerin mahkemeye gitmeksizin sadece nüfus memuruna yapacakları bir beyanla boşanmaları mümkün kılındı (Özdemir, s. 5).

<sup>80</sup> Özdemir, s. 5.

<sup>81</sup> İslâmiyetten önce ve sonra Türklerde boşanma modelleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akgündüz, s. 487 vd.; Cin, s. 27 vd.

<sup>82</sup> Cin, s. 36; Velidedeoğlu, s. 8, 177-178; Tutumlu, C. I, s. 31.

<sup>83</sup> Velidedeoğlu, s. 8. Nitekim evlenmenin diğer sözleşmelerden bir farkı bulunmadığı konusundaki görüşler ve karşı görüşler hakkında bkz. Akgündüz, s. 495; Aydın, s. 264-265; Cin/Akıymaz, s. 370.

<sup>84</sup> Kilise hukukunun benimsediği boşanma yasağına karşın, İslâm hukukunda erkeğe tanınan serbest boşanma ilkesi geçerliydi. Erkeğin tek taraflı iradesi ile boşanmayı mümkün kılan bu kurum *talak* olarak ifade edilirdi. Kadına ise boşanma hakkı ancak evlenme sözleşmesi yapılırken “*tefviz'i talâk*” şartının konması kaydıyla veriliyordu. Bu şart konmamışsa nikâhın son bulması için erkeğin “boşol” demesi yeterliydi. Her iki



anlamda kadınları son derece savunmasız bir durumda bırakması bir yana<sup>85</sup>, 743 sayılı Medenî Kanun'dan önce, boşanmak nisbeten oldukça kolaydı<sup>86</sup>. Cumhuriyet'in ilânından sonra ise, yeni bir medenî kanun hazırlama ihtiyacı doğmuş ve üzerinde geleneksel Katolik evlilik anlayışının hüküm sürdüğü İsviçre Medenî Kanunu, Türk medenî hukukuna adapte edilirken bu sistemdeki boşanmaya ilişkin hükümler de benzer şekilde esas alınmıştır. Bu sistem 1926 yılından 2001 yılına kadar, 743 sayılı Medenî Kanun içerisinde; 2001 yılından itibaren ise, bazı küçük değişikliklerle birlikte 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu bünyesinde uygulanmaya devam etmiştir. Ancak bu süreç içerisinde 1988 yılında yapılan kanun değişikliği ile anlaşmalı boşanma kısmen de olsa, hukuk sistemimize dâhil edilmiştir<sup>87</sup>.

Günümüzde Türk boşanma hukuku sistemine göre evliliği sona erdiren çeşitli sebepler bulunmaktadır. Bunlar genel olarak ölüm, gaiplik, cinsiyet değişikliği, hükümsüzlük sebepleri (TMK m. 145-160) ve boşanmadır (TMK m. 161-184). Türk Medenî Kanunu'nun boşanmaya ilişkin hükümlerinde ise, birden çok boşanma sebebinin varlığını görmek mümkündür<sup>88</sup>. Öğretide

---

boşanma durumunda da, söz konusu sonucu elde etmek için mahkeme hükmüne ihtiyâc yoktu. Bu konuda bkz. **Akgündüz**, s. 520-521; **Aydın**, s. 286 vd.; **Cansel**, s. 72-73; **Cin**, s. 36-40; **Cin/Akyılmaz**, s. 418-419; **Demirhan**, s. 8-9; **Feyzioğlu**, s. 246-247; **Köprülü/Kaneti**, s. 149-150; **Tekinay**, s. 181; **Tutumlu**, C. I, s. 31. Bunun yanı sıra İslâm huku-kunda boşanmanın mahkeme kararı ile gerçekleşmesi de mümkündür ve bu tür boşanma *tefrik* olarak ifade edilirdi (**Akgündüz**, s. 529; **Aydın**, s. 291; **Cin/Akyılmaz**, s. 419). Bu tür boşanmada evlilik, hâkimin boşanma kararına kadar bütün hükümleriyle devam etmekteydi ve hâkim ancak boşanma sebeplerinin varlığı durumunda boşanmaya hükmedebilmekteydi. Boşanma sebepleri konusu mezhepler arasında tartışmalı olmakla birlikte temelde iki boşanma sebebinin bulunduğu kabul edilmektedir (**Akgündüz**, s. 529-534; **Aydın**, s. 291; **Cin/Akyılmaz**, s. 435-436). Bunlar hastalık (cinsî hastalıklar, akıl hastalığı, cüzam, baras) ve kusurdur (**Aydın**, s. 291-292; **Cin/Akyılmaz**, s. 439-443).

<sup>85</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Velidedeoğlu**, s. 8, 12-13.

<sup>86</sup> İslâm hukukunda boşanma sebepleri için bkz. **Aydın**, s. 291-292; **Demirhan**, s. 25-47.

<sup>87</sup> Karşılıklı rıza ile mahkemeye başvurma, Medenî Kanun'un 134. Maddesi'ne 3444 sayılı ve 4.5.1988 tarihli Kanun ile (RG 12.5.1988, S. 19812) eklenmiştir.

<sup>88</sup> Bu boşanma sebepleri *özel boşanma sebepleri* ve *genel boşanma sebepleri* şeklinde tasnif edilmektedir (bu konuda bkz. **Öztaş**, *Boşanma*, s. 716-717). Bu çerçevede özel boşanma sebepleri arasında zina; hayata kast veya onur kırıcı davranış; suç işleme ve haysiyetsizce hayat sürme; terk hâli ve akıl hastalığı kabul edilmektedir. Genel boşanma

gerek Türk hukukunda gerekse yabancı hukuk sistemlerinde boşanma sebeplerinin belirli ilkelere dayandırıldığı kabul edilmektedir. Bunlar (i) kusur ilkesi, (ii) evlilik birliğinin temelden sarsılması ilkesi, (iii) irade ilkesi, (iv) elverişsizlik ilkesi ve (v) fiilî ayrılık ilkesidir<sup>89</sup>. Aşağıda üzerinde duracağımız üzere gerçekten de hukuk sistemleri bu belirttiğimiz tasnif çerçevesinde boşanma sistemlerini şekillendirmektedirler. Bazı hukuk sistemlerinin tercihi yukarıda belirtmiş olduğumuz hukukî sebeplerden bir veya ikisini kabul etmekten, Türk boşanma hukuku sisteminde yukarıda belirttiğimiz boşanma temellerinin tamamı kabul edilmektedir<sup>90</sup>.

- (i) *Kusur ilkesine* göre, boşanma ancak eşlerden birinin kusurlu olarak evlilik bağına zedelemesi hâlinde söz konusu olur, zira boşanmaya neden olan olaylar kusura dayanmalıdır<sup>91</sup>. Bu ilkeye göre, ancak kusursuz olan eş, kusurlu eşe karşı boşanma davası açabilir, dolayısıyla kusurlu eşe dava açma hakkı tanınmamıştır<sup>92</sup>. Kusur ilkesi, Türk Medenî Kanunu sisteminde hem boşanma sebepleri hem de boşanmanın sonuçları açısından kabul görmektedir<sup>93</sup>. Aşağıda üzerinde duracağımız üzere günümüzde kusura

sebebi ise, evlilik birliğinin temelden sarsılması sebebidir. Bunun yanı sıra yukarıda belirtilen boşanma sebepleri konusunda yapılan bir diğer tasnif de, boşanma kararının verilmesinde *sadece vakıaların varlığının ispatını yeterli kabul eden görüş* (zina, hayata kast, pek kötü ve onur kırıcı davranış) ve *vakıalar ispatlanmış olsa dahi, bunu yeterli bulmayıp ayrıca müşterek hayata katlanmayı eşlerden en az birinden beklenemez hâle getirmiş olma olgusunu da arayan*(haysiyetsizce hayat sürme, akıl hastalığı ve evlilik birliğinin sarsılması) *görüş* şeklindedir (bu konuda bkz. **Öztañ, Boşanma**, s. 717). Bu tasnif boşanma sebeplerini *mutlak boşanma sebepleri* ve *nisbî boşanma sebepleri* şeklinde ifade etmektedir.

<sup>89</sup> Bu konuda bkz. **Aras**, s. 12 vd.; **Arslandoğan Kurşuncu**, s. 3 vd.; **Cansel**, s. 82 vd.; **Cin**, s. 22 vd.; **Ersöy**, s. 9 vd.; **Köprülü/Kaneti**, s. 151 vd.; **Özdemir**, s. 6 vd.; **Öztañ**, s. 369 vd.; **Öztañ, Boşanma**, s. 716-717.

<sup>90</sup> **Öztañ, Boşanma**, s. 716-717.

<sup>91</sup> **Cansel**, s. 82-83; **Cin**, s. 22-23; **Ersöy**, s. 9-10; **Köprülü/Kaneti**, s. 151; **Özdemir**, s. 6; **Öztañ**, s. 369.

<sup>92</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Aras**, s. 12-15; **Arslandoğan Kurşuncu**, s. 3-4; **Köprülü/Kaneti**, s. 151; **Özdemir**, s. 6-7.

<sup>93</sup> **Feyzioğlu**, s. 251-253; **Özdemir**, s. 7. Kusur ilkesine kanunkoyucu nezdinde büyük önem verilmesinin yanı sıra, aynı zamanda özellikle yargı içtihatlarının etkisiyle uygulamamızda kusurun boşanma yargılamasında belirleyici faktör oynadığı belirtilmektedir

dayalı boşanma sistemini hâlen uygulayan ülke sayısı ciddi oranda azalmıştır.

- (ii) *Evlilik birliğinin temelden sarsılması ilkesi*, boşanmanın gerçekleşmesi için taraflardan birinin kusurlu olmasını aramaz. Zira şayet evlilikteki düzen bozulmuşsa ve ortak hayat çekilmez hâle gelmişse, evlilik birliğinin devamında bir fayda kalmamış demektir ve evlilikte meydana gelen düzen bozukluğu, evliliğin amaç ve işlevini yok etmekte, devamını toplumsal açıdan gereksiz kılmaktadır<sup>94</sup>. Türk Medenî Kanunu 166. Maddesi ile bu ilkeyi farklı ölçüler çerçevesinde kabul etmiştir. Günümüzde hemen tüm çağdaş hukuklardaki temel boşanma nedeni evlilik birliğinin sarsılmasıdır<sup>95</sup>.
- (iii) *İrade ilkesine* göre, tarafların serbest iradeleriyle kurulan evlilik birliği gene ancak tarafların serbest iradeleri ile sona erdirilebilmelidir. Bu ilke genellikle boşanma sistemlerinde [*boşanma her iki eşin ortak iradeleri ile gerçekleşiyorsa*] anlaşmalı boşanma veya [*boşanma eşlerden yalnızca birinin iradesi ile gerçekleşebiliyorsa*]serbest boşanma ile ifade edilir<sup>96</sup>. Boşanmaya karar verilebilmesi için taraf iradelerinin bu yönde olmasının gerekliliği (bkz. TMK m. 166/3), Türk boşanma hukuku sisteminde irade ilkesine kısmen de olsa yer verildiğinin göstergesidir<sup>97</sup>.

---

(**Odendahl**, s. 648). Bu duruma örnek olarak Yargıtay'ın özellikle 60'lı, 70'li yıllarda eşlerin birbirine ilgi ve sevgisinin kalmaması durumunun boşanma için yeterli olduğu, ancak sonraki kararların kusura dayalı olmayan neredeyse hiçbir boşanma davasının bulunmadığı yönündeki içtihatlar verilmektedir (bu konuda bkz. **Odendahl**, s. 648). Öyle ki, 2001 yılında kabul edilen 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu ile getirilen yeni düzenlemeye (TMK m. 181/2) göre, mirasçılarının, ölen davacının yerine boşanma davasını "kusuru tespit etmek amacıyla" devam ettirmesi, kusur ilkesinin hukuk sistemimizde önemli derecede güçlendiği şeklinde yorumlanmaktadır (**Odendahl**, s. 649).

<sup>94</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Aras**, s. 15-17; **Arslandoğan Kurşuncu**, s. 4-5; **Ersöy**, s. 12-13; **Köprülü/Kaneti**, s. 152; **Özdemir**, s. 7; **Öztaş**, s. 370.

<sup>95</sup> **Özdemir**, s. 7.

<sup>96</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Aras**, s. 17-18; **Arslandoğan Kurşuncu**, s. 5-6; **Cin**, s. 23-24; **Ersöy**, s. 11; **Köprülü/Kaneti**, s. 151; **Özdemir**, s. 8; **Öztaş**, s. 371.

<sup>97</sup> Ancak bu hüküm ile tam anlamıyla anlaşmalı boşanma kurumu kabul edilmemiş, sadece tarafların anlaşması hâlinde boşanma kolaylaştırılmıştır. Zira taraflar boşanmayı istemiş

- (iv) *Elverişsizlik ilkesine* göre, eşlerden biri bedensel veya ruhsal bozukluklarından dolayı evlilik hayatından doğan yükümlülüklerini yerine getirememekte ise, boşanmaya hükmedilebilir (örneğin bkz. TMK m. 165). Boşanma davası açılabilmesi için eşlerden birindeki özür, yani elverişsizliğin (örneğin akıl hastalığı, cinsel sapıklık, gelecek soylar için tehlikeli hastalıklar, iktidarsızlık, kısırlık ve bulaşıcı hastalıklar gibi) evlilik birliğini diğer eş için çekilmez hâle getirmiş olması gerekir. Dolayısıyla bu boşanma sebebine dayanılabilmesi için özrün diğer eş için evliliği çekilmez bir hâle getirmesi aranmaktadır<sup>98</sup>.
- (v) *Füilî ayrılık ilkesine* göre, birlikte yaşam sürdürmeyi gerektiren evlilik birliğinde eşlerde böyle bir niyetin ve isteğin kalmadığı anlaşılırsa, evlilik birliğinin sarsılmış olduğunun kabulü gerekir (bkz. TMK m. 164). Bu ilkeye göre, boşanmaya hükmedilebilmesi için eşlerin belirli bir süre boyunca biraraya gelmemiş olmaları gerekli ve yeterlidir; ayrıca eşlerin kusurlu olması da aranmaz<sup>99</sup>.

Türk Medenî Kanunu'nun boşanmaya ilişkin hükümleri yukarıdaki ilkeler ışığında değerlendirildiğinde, boşanma sebeplerinde kusurun oldukça önemli bir rol oynadığı tespit edilebilmektedir<sup>100</sup>. Bu düzenlemelerin yanı sıra her ne sebebe dayanırsa dayansın boşanmada maddî ve manevî tazminatı

---

ve bunun için mahkemeye başvurmuş olsalar dahi, hâkim onların talebiyle hukuken bağlı değildir; onları bizzat dinleyip kararını verecektir (Aras, s. 9-10; ayrıca bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Arslandoğan Kurşuncu, s. 6). Şüphesiz ki böyle bir görüş, esasında toplumun en küçük birimi olan aileyi korumayı amaçlarken toplumu oluşturan bireylerin, reşit dahi olsa boşanma konusunda kendi başlarına karar verebilecek kadar bireyleri yeterli görmemektedir, bunun için bir üst otoritenin denetimini gerekli bulmaktadır. Şüphesiz ki bir hukuk politikası olan boşanma sistemleri, toplumun sosyolojik yapısı temel alınarak belirlenecektir, ancak içinde yaşadığımız yüzyıl itibarıyla bu görüşün çağdaş hukuk sistemlerinde çok fazla kabul görmediğini belirtmek gerekir.

<sup>98</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Aras, s. 19; Arslandoğan Kurşuncu, s. 6; Ersoy, s. 14; Köprülü/Kaneti, s. 152; Özdemir, s. 7; Öztan, s. 371.

<sup>99</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Arslandoğan Kurşuncu, s. 6-7; Özdemir, s. 8.

<sup>100</sup> Türk boşanma hukuku sisteminin kusur ilkesi üzerine kurulu olduğu ve hem boşanma sebepleri hem de boşanmanın sonuçları üzerinde kusurun güçlü etkisinin bulunduğu konusunda bkz. Aras, s. 12-15.

düzenleyen Türk Medenî Kanunu'nun 174. maddesinde de kusurun temel koşul olması, boşanma davalarında (hem hukukî sebep bakımından hem de talep sonucu bakımından) *tarafın kusuruna* belirleyici rol yüklemektedir<sup>101</sup>. Bu durumda boşanmak isteyen taraf, ister istemez karşı tarafın kusurunu

<sup>101</sup> **Akyol**, s. 120-124; **Başpınar**, s. 64-69, 96-101; **Güneşlioğlu**, s. 48-51, 60; **Petek**, s. 53 vd.; **Serin Of**, s. 33-35, 53-55; **Tunç Türkol**, s. 43-45; **Tutumlu**, C. II, s. 1236-1284. Boşanma davalarında kusurun tespiti başlı başına bir sorundur. Yargıtay içtihatları son derece çarpıcı şekilde sorunu ortaya koymaktadır. Örneğin Yargıtay bir kararında çiftler arasında yaşanan ortak konutu terk, hakaret, fiziksel şiddet, psikolojik şiddet, cinsel sorunlar bulunmasına ve konuyla ilgili tanık ifadeleri ile kadının davalı ile davalının annesi tarafından dövüldüğüne ilişkin rapor bulunmasına rağmen, hangi tarafın daha fazla kusurlu olduğunu saptayamadığı için cinsel birlikteliğin neden başarlamadığının tespiti için bilirkişi raporu alınmasına karar vermiştir (HGK, 2.4.2008, 2-283/286; **Tutumlu**, C. II, s. 993-994). Kusurun tespiti için eşlerin birbirlerine ağır hakaret içeren sözlerinin yargılama ve ispat konusu yapıldığı; ağır kişilik hakkı ihlali içeren yargılama örneklerinin bazıları için bkz. HGK, 28.6.2006, 2-450/493 (**Tutumlu**, C. II, s. 999-1000); HGK, 13.12.2006, 2-787/805 (**Tutumlu**, C. II, s. 1000-1002); HGK 21.2.2001, 2-177/195 (**Tutumlu**, C. II, s. 1023-1024); HGK, 21.2.2001, 2-130/182 (**Tutumlu**, C. II, s. 1024-1025); HGK, 20.4.1988, 2-160/343 (**Tutumlu**, C. II, s. 1027-1028); 2. HD, 4.5.1992, 4790/5050 (**Tutumlu**, C. II, s. 1028).

Bunların yanı sıra gerek maddî gerekse manevî tazminat talep edebilmek için kusursuz olma şartı aranmaması; daha az kusurlu eşin de tazminat talebinde bulunabilmesi, hâkimi kusurun tespiti konusunda boşanma davalarında daha da fazla zorlamaktadır (*bu konuda bkz. Akyol*, s. 122). Yargıtay, her iki eşin de kusurlu olması hâlinde tazminata hükmedebilmek için pek çok konuda araştırma yapmakta, taraflardan ispatı son derece güç ve çoğusu yargılamada kişilik haklarının zedelenmesine sebebiyet verecek şekilde bazı vakıaların ispatını aramaktadır: Yargıtay konuya ilişkin bazı kararlarında, bir eşin ağır hakaretlerine karşılık, diğer eşin onu dövmesi; bir eşin intihara teşebbüs etmesine karşılık, diğer eşin bu durumla ilgilenmemesi; her iki eşin de başkasıyla karı koca hayatı yaşaması; bir eşin bir başkasıyla karı koca hayatı yaşamasına karşılık, diğer eşin bir başkasıyla nişanlanması; bir eşin güven sarsıcı davranışlarda bulunmasına karşın, diğer eşin şiddet uygulaması; her iki eşin birbirine karşı şiddet uygulaması; bir eşin üvey çocuğunu istememesine karşılık, diğer eşin kendisini istemediğini ve beğenmediğini söylemesi; bir eşin sürekli alkol kullanarak evlilik birliğine ilişkin görevlerini yerine getirmemesine karşılık, diğer eşin kocasına ve kayınvalidesine hakaret etmesi; bir eşin diğerini dövmesine karşılık, diğer eşin kayınvalidesine hakaret etmesi ve şiddet uygulaması; bir eşin sürekli alkol kullanarak evlilik birliğine ilişkin görevlerini yerine getirmemesine karşılık, diğer eşin güven sarsıcı davranışlarda bulunması hâllerinde eşlerin eşit kusurlu olduğuna karar vermiştir (bu kararlar için bkz. **Akyol**, s. 122-124).

araştırmak durumunda kalacak, bunun için de elindeki mevcut deliller yeterli olmadığında, bazen de karşı tarafın kusurunu ispat edebilmek için hukuka aykırı yollarla temin edebileceği ispat araçlarına başvurabilecektir. Özellikle günümüzde teknik imkânların gelişmesi ve sosyal ortamın değişmesi bu yöndeki eğilimleri artırmakta, neredeyse teşvik etmektedir. Bunun sonucu olarak bu uygulama ister istemez karşı tarafın temel haklarına, özel hayatına müdahale teşkil edecektir. Örneğin, zina sebebiyle boşanmaya dayanan tarafın (TMK m. 161) iddiasını ispat edebilmek için, çoğu kez diğer tarafın özel hayatına müdahale etmesi neredeyse kaçınılmazdır<sup>102</sup>. Hatta öğretide ifade edilen şekilde boşanma davalarında ikrar hâkimi bağlamadığından, kişi zinada bulunduğunu açıkça kabul etse dahi, hâkim bu ikrara dayanarak karar veremeyecek<sup>103</sup>; mahkeme böyle bir durumda, fiili suçüstü ispat edecek deliller aramasa dahi *-zira zinanın suçüstü tespitinin ispat güçlüğüne sebebiyet verebileceği takdir edilmektedir-* yine de fiilin gerçekleştiğine dair ikna edici delillerin taraflarca getirilmesini bekleyecektir<sup>104</sup>. Çoğu zaman özel

<sup>102</sup> Uygulamada zinanın, çoğunluğu ancak hukuka aykırı yollardan elde edilebilecek delillerle ispatlanabileceği kabul edilmektedir: zührevi hastalığa yakalanmak, çıplak fotoğraf ya da birlikteliği ispat eder nitelikte fotoğrafın varlığı, iletişim araçları ile yapılan tespit, elektronik postalar, tanık anlatımı, hamile kalmak, düğün yapmak, birlikte olduğu kişinin itirafı ya da buna benzer bir olgunun ortaya çıkması hâlleri zina eyleminin varlığına karine olarak kabul edilmektedir (bu konuda bkz. **Tunç Türköl**, s. 61).

<sup>103</sup> Bu yönde bkz. **Oğuzman/Dural**, s. 115; **Öztaş**, s. 378.

<sup>104</sup> Bu konuda bkz. **Helvacı**, s. 1158; **Öztaş**, s. 378.

Ancak Yargıtay'ın bazı kararlarında zina fiilinin ispatlanması için ispat ölçüsünü çok düşürdüğü ve hatta bazen delil niteliği olmayan bilgi kaynaklarını dahi, zinanın ispatı için yeterli gördüğü kararları bulunmaktadır. Bu kararların özellikle zinanın suç olarak kabul edildiği, sosyolojik yapının bu konuda son derece hassas olduğu dönemlerde daha yoğun bir şekilde verildiğini belirtmek isteriz.

Örneğin Hukuk Genel Kurulu 1984 yılında verdiği bir kararda, dedikoduyu zinanın ispatı için yeterli bulmuştur: "(Aksine inandırıcı deliller bulunmadıkça asıl olan tanıkların doğruyu söylemiş olmalarıdır. (HUMK.254). Dosyada tanıkların olmamış olması gibi gösterdiklerinin kabulü için yeterli delil mevcut değildir. Kocanın Almanya'da bulunduğu zamana rastlayan olaylara ilişkin tanık sözlerinin gerçek dışı sayılması isabetsizdir. **Kaldı ki, olay gerçek olmasa bile kocadan çıkmayan zina dedikodusu dahi boşanma sebebidir.** O halde davalının bu tutumu karşısında davanın kabulüyle boşanmaya karar verilmesi gerekirken değerlendirmede ki yanılğı sonucu davanın reddedilmesi usul ve kanuna aykırıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle

hayata bu müdahale, karşı tarafın cinsel hayatına hukuka aykırı şekilde müdahale şeklinde somutlaşacaktır<sup>105</sup>. Cinsel hayat ise, özel hayatın korunması hakkı kapsamında diğer bazı alt temel haklardan da üstün tutulan bir temel haktır. Zira cinsel hayat, kişinin hayatının en mahrem kısmını teşkil eder ve bu alana müdahale çok katı bir şekilde kabul görmemektedir<sup>106</sup>. Bu

---

yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir. ... Tarafların karşılıklı iddia ve savunmaları dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.” HGK, 8.6.1984, 2-160/692 (**Tutumlu**, C. II, s. 889). Benzer yaklaşım 1985 yılında 2. Hukuk Dairesi tarafından da gösterilmiştir: “Davalı kadının, kocasının yurt dışında bulunduğu bir dönemde, bir asteğmenle ilişki kurduğu, bu kişinin, değişik zamanlarda yalnız bulunan davalının evine geldiği, kapıyı kapatıp bir süre içeride kaldıktan sonra ayrılıp gittiği, görgü tanıklarının sözlerinden anlaşılmaktadır. ... Davalı, tanıklarla arasında onların kasıtlı konuşuklarını ispatlayacak nitelikte bir husumet de ileri sürememiş, sadece iftira olduğunu beyan etmiştir. **Dosyadaki deliller karşısında davalı kadının zinası açık ve seçiktir.**” (2. HD, 5.2.1985, 855/1046; **Tutumlu**, C. II, s. 889). İspat faaliyetinin ve özellikle boşanma davalarında ispat ölçüsünün, toplumsal yapıyla bağlantısını göstermek için Yargıtay 4. Ceza Dairesi’nin 1951 yılında vermiş olduğu bir kararı daha örnek olarak belirtmek isteriz: “... Aralarında hiçbir yakın akrabalığı olmayan bir erkekle kocasından ayrı yaşayan bir genç kadının bir arada kalmalarının ve bilhassa oda kapısının içeriden kapatmaları **zinanın en açık delilidir.**” denilmiştir (4. HD, 15.5.1951, 1623; **Tutumlu**, C. II, s. 889).

<sup>105</sup> Bir davada yerel mahkeme erkeğin eve geç gelmesini, eşi ile ilgilenmemesini, eşini ailesiyle birlikte oturmaya zorlamasını erkeğin kusurlu davranışı olarak kabul ediyor. Buna karşılık davalı kadının ise kusurlu davranışı olarak kadının “*cinsellikten kaçınması*” olarak belirlemektedir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi ise yerel mahkemenin tarafların kusurlarını eşit şekilde takdir etmesini hukuka aykırı kabul ediyor ve erkeğin kusurunun daha ağır olduğunu belirtiyor. Bu davada erkeğin “*kadının cinsellikten kaçındığı*” iddiasını ispat etmek için hangi ispat araçlarına başvurduğu belirsizdir. Ancak her ne şekilde ispat edilmiş olursa olsun kişilerin cinsel hayatının, ispatın konusu hâline getirilmesi dahi Anayasa’nın 20. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. Maddeleri karşısında tartışmalıdır. Bu karar için bkz. 2. HD, 26.9.2013, 8256/22027 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>106</sup> Özel hayatın korunması çerçevesinde Yargıtay içtihatlarına göre de, kişinin özel hayatının bazı kısımları tamamen mahremdir ve bu alana hiçbir şekilde müdahale edilemez. Bu yaklaşım, temelini Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin içtihat hukukundan almaktadır. Bu yönde bir Yargıtay kararı için bkz. “... özel hayatın gizliliği dediğimiz ve sadece bireyi ilgilendiren alana hiçbir şekilde müdahale edilemez. Örneğin kişinin cinsel

açından bakıldığında zina sebebine dayalı boşanma (TMK m. 161), başlı başına ölçüsüz addedilebilecek bir temel hak müdahalesini bünyesinde barındırdığı gibi, aynı zamanda temel hak öğretisine aykırı olan bu müdahalenin ispat hakkının kullanılması için hukuk sistemlerince koşul vakıa olarak kabul edilmesi de ihlâli âdeta ikiye katlamaktadır. Kişilerin özel hayatı kapsamında cinsel hayatına ölçüsüzce müdahale edilen tek boşanma sebebi zina da değildir, evlilik birliğinin temelden sarsılmasına dayanan boşanma sebebinde de, buna benzer uygulamalar yapılmaktadır<sup>107</sup>.

yaşamı böyledir. Hayatın bu gizli alanı ihlal edilerek bir delil elde edilmiş ise, bunu kim, nasıl ve hangi amaçla elde etmiş olursa olsun söz konusu delil ceza mahkemesinde delil olarak kullanılamaz. Zira, hayatın gizli alanı bir delil elde etme yasağı teşkil eder.” 3. HD, 21.3.2013, 2012-23195/698 (*Ateş, Şerh*, s. 1406-1407).

Buna karşılık Hukuk Genel Kurulu'nun önüne giden bir olayda da, kadın, hangi sebeple olduğu karardan tam anlayamamakla birlikte, eşinin cinsel yönden yetersiz olduğunu düşünerek evi terk etmiştir. Bunun üzerine erkek eş, terke dayalı boşanma davası açmış; alınan bilirkişi raporu ile erkek eşin cinsel yönden yeterli olmasına rağmen, kadının ortak konuta dönüş davetine olumsuz yanıt vermesi sebebiyle mahkeme kadını kusurlu bularak boşanma talebini kabul etmiştir (HGK, 14.12.2011, 2-706/768; Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası). Bu karara konu yargılamanın özel hayatın korunması hakkına yaptığı müdahaleleri, yargılama sürecinde kişilik haklarının korunması bakımından modern hukuk yargılamalarında kabul edilmesi güç bir karar olduğu aşikârdır.

Benzer yönde, aynı zamanda insan onuruna ve kişilik haklarına ihlâl oluşturacak şekilde kadının kızlık zararının boşanma sebebi ve ispat faaliyetinin konusu olduğu yönünde kararlar için de bkz. 2. HD, 18.6.2003, 7774/9049 (*Tutumlu*, C. II, s. 1276); 2. HD, 2.6.2003, 7277/8127 (*Tutumlu*, C. II, s. 1019); 2. HD, 20.1.2003, 14849/660 (*Tutumlu*, C. II, s. 1020); 2. HD, 12.10.1998, 9154/10672 (*Tutumlu*, C. I, s. 656); 2. HD, 30.3.1987, 1905/2765 (*Tutumlu*, C. II, s. 1021-1022); 2. HD, 4.2.1986, 814/1057 (*Tutumlu*, C. II, s. 1022); 2. HD, 19.11.1985, 9308/9645 (*Tutumlu*, C. II, s. 1020-1021); 2. HD, 13.2.1984, 1073/1196 (*Tutumlu*, C. II, s. 1020-1021); HGK, 14.5.1975, 2-362/627 (*Tutumlu*, C. II, s. 1019-1020). Kadının evlilik ilişkisinin kurulmasının ardından hâlen bakire olmasının boşanma davası açısından kadının kusuru olup olmadığı konusunun tartışıldığı bir örnek için bkz. HGK, 16.3.2005, 2-171/159 (*Aras*, s. 202).

<sup>107</sup> Kadının boşanmak için erkeğin cinsel ilişkiden kaçtığını *tanık beyanları* ile ispat etmesi neticesinde lehine evlilik birliğinin temelden sarsıldığı ve artık çekilmez hâle gelmesi sebebiyle boşanma hükmünü elde ettiği bir örnek için bkz. 2. HD, 6.5.2008, 2007-13408/6544 (*Aras*, s. 208).

Yine erkeğin tüp bebek tedavisinden kaçınmasının, ortak hayatı temelden sarstığı ve birliğin devamına imkân vermediği yönünde örnek için bkz. 2. HD, 28.2.2008, 272/2443 (*Aras*, s. 209).



Boşanma sebeplerinin tamamına bakıldığında yine yargılama prosedüründe ve ispat faaliyetinin gerçekleştirilmesinde temel haklar açısından sorun yaratabilecek bir diğer boşanma sebebi, elverişsizlik ilkesidir. Zira elverişsizlik ilkesinin geçerli olduğu boşanma sistemlerinde boşanmak isteyen eş, diğer eşin bedensel veya ruhsal bozukluklarından dolayı evlilik hayatından doğan yükümlülüklerini yerine getiremediğini ispat etmekle yükümlüdür. Bu özür, cinsel bir hastalık olabileceği gibi ifşa edilmesi kişinin onurunu zedeleyebilecek herhangi bir hastalık da olabilir<sup>108</sup>. Hukuk sistem-

---

Başka bir davada davacı cinsel birleşmenin gerçekleşmediği iddiası ile boşanma davası açmış; davalı ise, gerçekleştiğini savunmuş; Yargıtay ise, “davanın kabul edilebilmesi için eşler arasında cinsel birleşmenin gerçekleşmediğinin sabit olması gerekir ve bu konuda ispat külfeti de davacıya düşer” şeklinde karar vererek boşanma davasının reddi gerekirken kabul edilmesini bozma sebebi yapmıştır (2. HD, 21.9.1993, 8040; **Tutumlu**, C. I, s. 572).

Davacı erkeğin, davalı kadının cinsel ilişkiyi güçleştiren rahatsızlığı bulunduğunu, tıbbî tedavinin mümkün olmadığını ileri sürerek geçimsizlik sebebine dayanarak açtığı davada Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin, kadının bu durumu hakkında ikinci kez rapor alınarak boşanma hakkında karar verilmesi gerektiği yönünde verdiği bir karar için bkz. 2. HD, 1.7.1985, 5894/6173 (**Tutumlu**, C. I, s. 655). Benzer başka bir olay ve Yargıtay kararı için bkz. 2. HD, 16.12.1986, 10665/11069 (**Tutumlu**, C. I, s. 655-656).

Örnek olarak üzerinde durduğumuz yukarıdaki yargı içtihatları, yirmibirinci yüzyılın temel haklar öğretisine, insan onuruna yakışır şekilde ve kişilik haklarına saygı çerçevesinde yargılama sürecinin yürütülmesine ciddi bir engel oluşturmaktadır. Bugün gelinen noktada taraflar buna benzer ispat faaliyetlerine ve yargılama süreçlerine dâhil olmadan boşanabilme hakkına sahip olabilmelidirler. Bu şekilde iktidarsızlığın kusurun ispatına ve boşanma davasına konu yapılmasının eleştirisi hakkında bkz. **Odendahl**, s. 649-651. Buna karşılık Türk hukukunda iktidarsızlık sadece Türk Medenî Kanunu zamanında değil, İslâm hukukunda da benzer şekilde kusura dayalı mutlak bir boşanma sebebi olarak kabul edilmekteydi (**Aydın**, s. 291).

<sup>108</sup> Örneğin bir davada davacı, davalıdaki hormon bozukluğu sonucu erkek gibi sakalı olduğunu iddia ederek boşanma davası açmış; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi de, yerel mahkemenin bilirkişiye başvurmasını bozma sebebi olarak görmüştür (2. HD, 4.11.1992, 10266/10751; **Tutumlu**, C. I, s.655). Kanaatimizce karar gerek kişilik haklarının yargılamada korunması gerekse tarafların evlilik kurumundan beklentisi ile hukuk düzeninin, toplumsal açıdan evlilik birliğine yüklediği anlamın örtüşüp örtüşmediği konularında oldukça tartışmalı bir niteliktedir. Ağız ve vücut kokusunun boşanmaya sebep olacak bir rahatsızlık olup olmadığının tartışıldığı bir Yargıtay kararı için bkz. HGK, 13.4.2005, 2-208/262 (**Tutumlu**, C. II, s. 1004-1005). Erkek eşin sürekli yatağı

lerinin, boşanabilmek için kişiyi, karşı tarafın tıbbî kayıtlarının hasta-hekim ayrıcalığı çerçevesinde korunan ve bu sebeple de boşanmak isteyen tarafın bu kayıtlara (*bilgi kaynağına, delile*) ya dava açmadan önce ancak *hukuka aykırı yollarla ulaşabileceği* veya dava açtıktan sonra bilirkişi incelemesi yolu ile karşı tarafın hastalıklarını *insan onuruna ve özel hayatın korunması hakkına* müdahale oluşturacak şekilde yargısal sürece dökülecek bir sistemin içerisine zorlaması kanaatimizce içinde bulunduğumuz yüzyılın hukuk anlayışı ile örtüşmemektedir. Zira kişi boşanmak istese ve eşiyle anlaşamasa dahi, boşanmak için belirli bir süre hayatını paylaştığı kişinin “*özünlü*”, “*rahatsızlığını*” iddia ve ispat yükü altında bırakılmamalıdır. Bu durum hem boşanmak isteyen kişinin onurlu bir şekilde boşanma hakkını kullanmasına hem de karşı tarafın tıbbî kayıtlarına, kişisel verilerine, özel hayatına ve onuruna aykırılık teşkil eder<sup>109</sup>. Benzer şekilde örneğin “pek kötü veya ağır derecede onur kırıcı davranış” sebebi ile boşanma davası açılması, yargı kararlarından tespit edilebileceği üzere özellikle kötü ve onur kırıcı davranışa mâzur kalan taraf için çok hırpalayıcı bir ispat faaliyetine ve boşanma yargılamasına gebedir<sup>110</sup>. Yine pek çok boşanma davasında, davacı tarafın

ıslatması ve bu rahatsızlığı için tedavi olmamasının boşanma sebebi kabul edildiği bir karar için bkz. 2. HD, 11.7.1985, 4575/6146 (**Tutumlu**, C. II, s. 1039).

<sup>109</sup> Boşanmak için eşinin sara hastası olduğunu *iddia ve ispat* etmek zorunda bırakılmasına rağmen, boşanmak isteyen kişinin iradesi dikkate alınmaksızın evlilik kurumunun devam etmesi gerektiği yönünde bir Yargıtay kararı için bkz. 2. HD, 15.6.2004, 4941/7899 (**Tutumlu**, C. II, s. 972-973). Zira bu davada eşlerden birisi, diğerinin sara hastası olması sebebiyle ona karşı boşanma davası açıyor; davalının sara hastası olduğunu ispat etmek için eşi hakkında davada rapor aldırıyor; mahkeme de bu kişi hakkında tıbbî incelemeyi hem sara hastalığı yönünden hem de evliliği yürütecek ruhsal sağlığa sahip olup olmadığı yönünde yaptırıyor ve *-esasinda evlilik birliğinde eşlerin birbirlerine olan yükümlülüklerini yerine getirmeyen, karşı tarafın insan onuruna, özel hayatına ölçüsüzce müdahale eden-* davacı eşin talebini kabul etmiyor; zira mahkeme, davalı eşin bu hastalığının evlilik birliğinin devamına engel oluşturacak bir ruh bozukluğunun bulunmadığına karar veriyor. Bu koşullar altında devam ettirilen bu evlilikte, kişilik haklarının tamamen yerle bir edildiği bir yargılama sürecinin sonunda çiftlerin, ilişkilerini saygı ve sevgi çerçevesinde hâlen toplumun aile kurumuna karşı beklentilerini karşılayabilecek şekilde sürdürebilir sürdüremedikleri kanaatimizce son derece şüphelidir.

<sup>110</sup> *Pek kötü davranış* sebebine dayanarak boşanmaya karar verilebilmesi için Yargıtay’ın da istikrarlı olarak *ispatını* aradığı unsurlar şu şekildedir: (i) bir davranışın bulunması, (ii) davranışın kasıtlı olması, (iii) davranışın eş tarafından gerçekleştirilmesi, (iv) davra-

lehine boşanma hükmü elde edebilmesi veya her iki tarafın da lehine tazminat hükmü elde edebilmesi kişilik haklarına saldırı niteliğini taşıyan şiddet olaylarını ispat edebilme şartına bağlıdır<sup>111</sup>. Nitekim evlilik birliğinin temelden sarsılması nedenine dayalı boşanma davalarında dahi, kusurun ispatı için taraflar birbirlerinin kişilik haklarını zedeleyici birtakım ispat faaliyetlerine girmek zorunda kalmaktadır<sup>112</sup>.

nışın eşe şahsına yönelik olması, (v) davranışın niteliği itibarıyla eşin beden ve ruh yapısı üzerinde tahrip edici, ona acı eziyet veren boyut ve yoğunlukta olması, (vi) devamlılık unsuru (*ayrıntı için bkz. Ersoy, s. 44-66*). Bu anlamda yargı kararlarında kabul edilen pek kötü davranışa acımasızca dövme, gıdasız bırakma, yaralama, sağlığı tehlikeye maruz bırakacak şekilde eşin elbiselerinin yakılarak veya ıslatılarak soğuk bir odada çıplak bırakmak, aç bırakmak, falakaya yatırmak, aşırı derecede cinsel ilişkide bulunmak, elektrik şoku uygulamak, özgürlüğünü kısıtlama, yatağa bağlayarak cinsel ilişki ile birlikte bıçaklama, gece sokağa atma, zincire bağlama, kamçılama, ellerini bağlamak, ayaklarını bağlamak, üçüncü kişilerle veya ailesiyle görüşmesini sürekli engellemek, kezzap veya kaynar su ile yıkamak, vücudunda sigara söndürmek, sağlıksız koşullarda yaşamaya mecbur bırakmak, sağlık hizmetlerinden yaralanmasına engel olmak, başkalarıyla cinsel ilişkiye zorlamak gibi davranışlar örnek olarak gösterilmektedir (*Ersoy, s. 44-45*). Aynı zamanda çoğusu işkence suçuna giren bu fiillere mâruz kalan tarafa, boşanma davası açarak, bir de bu fiilleri ispatlama yükümlülüğü getirilmesi kişilerin temel haklarına saygılı bir düşünce yapısının ürünü olmadığı gibi gerçekçi de değildir. Zaten işkence boyutunda karşı tarafça şiddete uğrayan mâğdurun, bir de bu fiilleri boşanma davasında ispat etmesini beklemek yargılama sürecinde insan onurunun korunması ilkesi ile de örtüşmemektedir. Taraflara salt kendi iradeleri ile boşanma imkânı tanınması, buna benzer düzenlemelerin kanundan kaldırılması, en azından tarafların insan onuruna ve temel haklarına saygılı bir şekilde ispat faaliyeti yürütme ve yargılanma haklarına hizmet edebilecektir.

<sup>111</sup> Boşanma davalarında tarafların fiziksel, psikolojik, ekonomik ve cinsel nitelikli şiddeti ispat etmesine yönelik ayrıntılı örnekler için bkz. **Özden**, s. 108-117.

<sup>112</sup> Evlilik birliğinin temelden sarsılmasına dayanan boşanma davalarında eşler birbirlerinin kusurlarını çeşitli vakıaların ispatı yoluyla gerçekleştirmektedir. Örneğin eşlerden birinin dövülmesi, dinî inançlarına saygı gösterilmemesi, yaptığı işin küçük görülmesi, kendisiyle alay edilmesi, kişiliğine saygısızlık gösterilmesi; eşin aksi ve kırıcı olması; eşe “muhabbetsiz” davranma; üçüncü kişiler önünde küçük düşürme; fizikî ve ruhsal yönden kaba davranma; aşırı kıskançlık; aile sırlarını ifşa etme; başka biri ile birlikte yaşama; eşlerden birinin uyuşturucu bağımlısı olması, evlilik birliğinin giderlerine katılmaması, çocukların bakım görevini ihmâl etmesi, evi terk etmesi gibi olguların evlilik birliğinin temelden sarsılması nedenine dayanan boşanma davalarında da ispatlanması gerekir. Bu konuda bkz. **Öztan**, *Boşanma*, s. 719-720.

Görüldüğü üzere boşanma davalarında kişilerin hayatlarının en mahrem yönleri acımasız bir şekilde dava konusu yapılabilmektedir. İşin mahiyeti gereği kin, nefret, intikam gibi duygulara gebe olan boşanma sürecinde hukuk kurallarının amacı âdetâ “ateşe körükle gitmek” olmamalı veya buna imkân verecek durumlardan kaçınılması sağlanmalıdır. Nitekim boşanma hukukunda kusur ilkesine veya karşı tarafın bazı eksiklik ya da evliliği yürütmesine engel olacak yönlerine ağırlık verilmesinin en sakıncalı sonuçlarından birisi, boşanmak isteyen eşin her türlü araca başvurarak karşı tarafı ithâm yoluna gidebilmesidir<sup>113</sup>. Hukuk düzeninin sadece evlilik ilişkisini sona erdirmeye konusundaki temel hakkını kullanmak isteyen kişiyi, böyle bir boşanma sürecine ve ispat faaliyetine sürüklemesi insan onuru ile de bağdaşmaz.

Temel hakların ve insan onurunun yargılama prosedüründe korunması bakımından sorunlu olan diğer boşanma sebeplerinin yanı sıra, Türk boşanma hukuku sisteminde kusurun önemli derecede rol oynaması, yıllardan bu yana boşanma rejiminde toplumsal anlamda tansiyonu çok yükseltmiş, bir sorunu çözerken hem sosyal ve psikolojik hem de hukukî birçok soruna yol açmıştır<sup>114</sup>. Maalesef bu olumsuz sonucun doğmasında kanundaki bu anlayış yanında, mevcut kuralları doğru uygulamayan veya yorumlamayan yargı makamlarının da önemli bir etkisi bulunmaktadır. Zira, artık mahkeme kararlarından anlaşıldığı üzere, mahkemeler çoğu durumda tarafların kusuru ispat etmesi noktasında tatmin eşliğini çok yükseltmiştir. İçtihatlara bakıldığında mahkemelerin dayak, hakaret, taciz, aldatma gibi çok olumsuz ve insan onuruna aykırı somutlaştırma faaliyetleri neticesinde ancak boşanmaya hükmedebildiğini ve hatta bazen bu durumda dahi boşanmaya hükmetmediğine rastlamak sıklıkla mümkündür<sup>115</sup>. Oysa, insan onuru Anayasa'nın Başlangıç

<sup>113</sup> **Aras**, s. 13.

<sup>114</sup> Bu yönde bir eleştiri yani kusura dayalı boşanma sebeplerinin hem eşler arasındaki kin ve nefreti artırdığı hem de kusurun ispatının yaşattığı güçlüklerin olumsuzlukları *Cin* tarafından henüz 1980'li yıllarda dahi yapılmıştır, ki 1980'li yıllardan bu yana temel haklar çok hızlı ve büyük bir gelişim kaydetmiştir. Bu konuda bkz. **Cin**, s. 22-23.

<sup>115</sup> Benzer bakış açısı için bkz. **Özdemir**, s. 23. Özellikle Yargıtay'ın bu tarz bir katı tutum içerisine girmesinin gerekçesi, 1926 yılında Medenî Kanun'un kabulü ile benimsenen çağdaş, tek eşliliğe dayalı, laik, kadın-erkek eşitliğini temel alan ilkelerin bir kenara bırakılarak eski hukuka dönüleceği kaygısı şeklinde yorumlanmaktadır (**Özdemir**, s.

kısımında yer verilen ve medenî yargılama hukukunda da özel bir yeri olan temel bir ilkedir. Kişilerin açıklama ve ispat hakkı çerçevesinde sahip olduğu hukukî dinlenilme hakkı, kişileri yargılamanın objesine dönüştürerek küçük düşürülmesini yasaklamış ve aksine yargılamanın objesi hâline getirilerek kişilere saygı duyulmasını, kişilerin kendisini özgürce ifade etmesi, hakkında yürütülen yargılamaya etki edebilmesi sağlanmıştır<sup>116</sup>. Bu anlamda kusura dayalı boşanma sebepleri, hem yargılamada kişileri âdeta objeleştirmekte hem de kendilerini veya karşındakileri küçük düşürücü birtakım ispat faaliyetleri içerisine dâhil etmeye zorlamaktadır.

Tarihî kökenlerine baktığımızda kusura dayalı bir boşanma sisteminden gelmeyen ve hatta bu noktada en geniş serbestiye dayanan serbest boşanma modelinden gelen toplumsal yapımıza rağmen, bugün Türk hukukunda kusur boşanma davalarında öyle güçlü rol oynayan bir uygulama alanına sahip olmuştur ki, bu uygulamaya Katolik inanç yapısının hâkim olduğu tarihî süreçlerde bile rastlanmamış olması mümkündür. Hatta bu fiilî durum öğretilerde, yaklaşık son doksan yılda, bir anlamda geçmişteki -erkeğe ve kısmen de kadına tanınan- serbest boşanma sisteminden, neredeyse boşanma yaşağını çağrıştıran bir uç sisteme geçildiği şeklinde yorumlanmaktadır<sup>117</sup>. Bugün tarihî kökeni ve en önemlisi dinî inançların yani bir anlamda dogmaların gereği olarak boşanmayı değil kolaylaştırması, zorlaştırması beklenen Hıristiyan/Katolik çoğunluklu toplumlarda dahi anlaşmalı boşanma gibi kişilerin serbest iradesine dayanan modeller kabul edilmektedir<sup>118</sup>. Türk

---

23). Nitekim evlilik birliğinin sona ermesi sonucunda genellikle kadının ve varsa çocuğun zarar göreceği endişesi, çözüm olarak evlilik birliğinin çözülmesini güçleştirerek kadının ve çocuğun korunabileceği düşüncesine dayanmaktadır. Nitekim Yargıtay'ın uzun yıllar boyunca kusuru bir defî değil itiraz sebebi olarak kabul etmesinin temelinde de, evlilik birliğini çözmek isteyen erkek eşe karşı kadını korumak idi (**Özdemir**, s. 23; bu konunun eleştirisi için ayrıca bkz. **Burcuoğlu**, s. 135-136. Ayrıca bu uygulamanın eleştirisi hakkında bkz. **Odendahl**, s. 653-654). Ancak günümüzdeki uygulamaya bakıldığında evlilik birliğinin çözümünü güçleştirerek kadının korunmadığı aşîkârdır. Kaldı ki içtihatlarda oluşan bu alışkanlık bugün boşanmak isteyen tarafların aşırı ispat güçlükleri altına sokmaktadır.

<sup>116</sup> Bu konuda bkz. **Özekes**, s. 43-44.

<sup>117</sup> **Özdemir**, s. 23.

<sup>118</sup> Bu konuda bkz. aşa. II, D.

hukukunun ise, hem sosyolojik açıdan geçmiş kökeni olan serbest boşanma sisteminden bu kadar uzaklaşması hem de sonradan bünyesine kattığı mehz hukukundaki ve gelişmiş hukuk sistemlerindeki yaşanan gelişmelerden kendini uzaklaştırması, bu anlamda hukuk uygulamamızı temel haklar perspektifinden oldukça sıkıntılı bir noktaya sürüklemektedir. Bu konuda yaşanan en büyük problem de, boşanma davalarında kişilerin insan onuruna ve temel haklara aykırı şekilde iddia ve savunma yapmak ile benzer şekilde ispat faaliyeti yürütmek zorunda bırakılmasıdır.

Kusura dayalı boşanma sebeplerinin yargılama prosedüründe temel hakların ve insan onurunun korunması ile ispat güçlükleri noktalarında yarattığı sorunlar bir yana, bu sistemin, hukukun diğer kuralları ve hukukun bütününde yaşanan gelişmeler ile de örtüşmediği rahatlıkla ifade edilebilir. Zira örneğin son yarım yüzyıldır hukuk sistemleri alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ve anlaşmazlıkların barışçıl yöntemlerle çözümlenmesine yönelmiştir. Türk hukuku da bu konuda yaşanan gelişmeleri yakından takip etmiş, etmektedir. Bu çerçevede mevzuatımızda değişiklikler de yapılmıştır. Bu kapsamda boşanma davasına bakan hâkime, tahkikat aşamasına geçmeden önce tarafları uzlaştırma görevi yüklenmiş; ancak ilginç bir sonuç ve tutarsızlık olarak tarafların uzlaşamaması hâlinde görülecek davanın tahkikat aşamasında, taraflara acımasızca karşı tarafın kusurunu ispat etme yükümlülüğü de korunmaktadır. Dolayısıyla kusura dayalı boşanma sistemi, anlaşmazlıkların barışçıl yöntemlerle çözümlenmesi yönündeki gelişmelerle de ters düşmektedir.

4787 sayılı ve 9 Ocak 2003 tarihli Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 7. Maddesi'ne göre, aile mahkemeleri, önlerine gelen dava ve işlerin özelliklerine göre, esasa girmeden önce, *aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması bakımından* eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek bunların sulh yoluyla çözümünü, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik eder (AMKGYUHK m. 7/1)<sup>119</sup>. Bu arabuluculuk faaliyeti *sadece* son yarım yüzyıldır alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin giderek önem kazanması sebebi ile hukuk sistemimize alınmamıştır; aile uyuşmazlıklarında arabuluculuğun önemi, aynı zamanda boşanma davalarındaki artış ve

<sup>119</sup> Bu konuda ayrıca bkz. **Arslandoğan Kurşuncu**, s. 95-106.

eşlerin sağlıklı bir şekilde ayrılabilmesi için tüm hukuk sistemlerinde benzer bir gelişme içerisinde. Nitekim Avrupa Konseyi'nde de, Bakanlar Komitesi tarafından hazırlanan Aile Arabuluculuğu Hakkında R (98) 1 Sayılı Tavsiye Kararı da özellikle boşanma ve ayrılık süreçlerinde çıkan aile uyuşmazlıklarını barışçıl yöntemlerle çözümlenmeyi hedef alan sistemleri düzenlemiştir<sup>120</sup>. Zira aile uyuşmazlıklarının olabildiğince dostane yöntemlerle çözümlenmesi toplumun en küçük birimini temsil eden bu kurumda sağlıklı ilişkilerin kurulması, sağlıklı bireylerin yetişmesi, kısacası sağlıklı bir toplum oluşturulabilmesi için zorunlu olarak görülmektedir<sup>121</sup>. Günümüzde geleneksel dava yolunun, aile uyuşmazlıklarındaki hassas ve duygusal sorunları çözmekte uygun olmadığı ve arabuluculuğun daha yapıcı bir yaklaşım sunduğu genel olarak kabul edilmektedir<sup>122</sup>. Bir yandan aile arabuluculuğu konusunda dünyada ve ülkemizde bu tarz gelişmeler yaşanırken diğer yandan arabuluculukta uzlaşmayan çiftleri boşanma sürecinde birbir-

<sup>120</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Özbek**, s. 77 vd. Tavsiye Kararı'nda kararın amacı şu şekilde ifade edilmektedir: Anlaşmaya dayalı bir yaklaşım geliştirmek ve bu yolla, bütün aile üyelerinin menfaati için anlaşmazlıkları azaltmak; özellikle çocukların velayeti ve çocuklarla kişisel ilişki kurulmasıyla ilgili uygun anlaşmaların yapılması yoluyla, çocukların menfaatlerini ve refahını en iyi şekilde korumak; aile hayatının sona ermesinin ve evlilik birliğinin dağılmasının zararlı sonuçlarını en aza indirmek; aile üyeleri ve özellikle aileler ile çocuklar arasındaki ilişkilerin sürekliliğini sağlamak; ayrılık ve boşanmanın, hem aileler, hem devlet için yol açtığı ekonomik ve sosyal maliyeti azaltmak (bkz. **Özbek**, s. 78)

<sup>121</sup> Bu konuda bkz. **Özbek**, s. 78 vd. Örneğin Yargıtay bir kararında eşler arasındaki her türlü anlaşmazlığa, şiddete rağmen -çocuklarının da 3 yaşında olmasını dikkate alarak- olayları münferit olaylar olarak nitelendirerek, evlilik birliğinin temelden sarsılmadığına karar vermiştir: "28.12.2000 günü gerçekleşen ve kadından kaynaklanan boşanmaya esas alınan hadiseler, davacının eşinin üzerine bıçakla yürüyüp tehdit içeren sözlerine karşı gösterdiği tepkinin sonucudur. Münferit olaydır. Kaldı ki bu tarihten sonra davacı (koca) eşine gönderdiği 4.1.2001, 17.1.2001, 24.3.2001 ve 13.5.2001 günü mesajlarında sevgi dolu sözler kullanmıştır. Bu mesajlar evlilik birliğinin temelinden sarsılmadığını göstermektedir." 2. HD, 17.6.2003, 6017/9017 (**Tutumlu**, C. I, s. 639). Nitekim karara ilişkin verilen karşı oyda, eşlerin birbirlerine hakaret edip, yaraladıkları ve sonrasında ayrı yaşamaya karar verdikleri; gönderilen mesajların ise, her ikisi de dış hekimisi olan tarafların sosyal durumları ile uyumlu şekilde birtakım ortak işler için birbirleri ile iletişim içinde olduklarını gösterdiği, evlilik birliğinin temelden sarsıldığı vakasının davacı tarafında ispat edilmiş olduğu belirtilmiştir (**Tutumlu**, C. I, s. 640).

<sup>122</sup> **Özbek**, s. 83.

lerinin kusurlarını acımasız bir şekilde ispat etme yükü altında bırakmak, tutarlı değildir. Hukuk kurallarının, sistemin bütünü içerisinde birbiri ile uyumlu olması beklenir. Bu anlamda kanaatimizce boşanma davalarındaki bu iki kurum -boşanmaya ilişkin anlaşmazlığın arabuluculukla çözümlenmesi ve boşanma sebepleri-, birbiri ile örtüşmemekte ve hatta zıt yöndeki hukuk politikalarının ürünü olarak çatışmaktadır.

#### D. Boşanma Sebepleri Konusunda Karşılaştırmalı Hukukta Yaşanan Gelişmeler

Boşanmaya ilişkin çağdaş hukuk sistemlerine bakıldığında, kusur ilkesinin boşanmanın dayandığı esaslar arasından çıkarılmakta olduğunu; gerek boşanma nedenleri, şartları gerekse boşanmanın sonuçları açısından kusur kavramından uzaklaşıldığını gözlemlemek mümkündür<sup>123</sup>. Türk Medenî Kanunu'nda ise kusur ilkesi, hâlen gerek boşanma sebepleri gerekse boşanmanın sonuçları bakımından varlığını güçlü bir şekilde sürdürmektedir<sup>124</sup>. Günümüzde hemen tüm çağdaş hukuklardaki temel boşanma nedeni evlilik birliğinin sarsılmasıdır<sup>125</sup>. Yine çağdaş boşanma hukuku sistemleri çoğun-

<sup>123</sup> **Hatemi**, s. 102; **Özdemir**, s. 7. **Hatemi**, s. 102; **Özdemir**, s. 7. Yukarıda da üzerinde durduğumuz üzere kusur ilkesinden vazgeçilmesi özellikle 17. ve 18. Yüzyıllar'da baskın olan doğal hukuk görüşüne dayanmaktadır (bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Gürsoy**, s. 4). Bu görüş, 18 ve 19. Yüzyıllar'da kabul edilen medenî kanunlarda itibar gördü ve özellikle 19. Yüzyıl'da kabul edilen medenî kanunlar boşanmayı bu esasa göre hükme bağladılar. Bunun diğer bir anlamı da, evlenmenin dinî olmaktan ziyade, bir dünya işi olduğu idi. Bu sebeple 19. Yüzyıl'da kabul edilen medenî kanunlar, boşanmayı daha kolaylaştırdılar; hatta, kusur olmadan tarafların anlaşmalarıyla boşanmayı da kabul ettiler (**Gürsoy**, s. 4). Bu gelişmelerin yaşanmasında evliliği sadece özel bir sözleşme olarak gören Fransız İhtilâli'nin de etkisi büyük olmuştur (bu konuda bkz. **Gürsoy**, s. 4).

<sup>124</sup> **Özdemir**, s. 7.

<sup>125</sup> **Odendahl**, s. 643 vd.; **Özdemir**, s. 7. Hatta *Odendahl*, 50'li ve 60'lı yıllarda Türkiye ve Almanya'da boşanma hususunda benzer düzenlemelerin geçerli olduğunu belirtmiştir (**Odendahl**, s. 647). Alman hukukunda boşanma rejiminde 1976 yılında, sistemi tamamen değiştiren reformun yapıldığı; Türkiye'de ise, o yıllardan bu yana -*anlaşmalı boşanmanın kısmen hukuk uygulamamıza ithâl edilmesinin yanında*- esaslı bir değişikliğin yapılmadığı göz önüne alındığında Türkiye'nin bu konuda Avrupa'da yaklaşık yarım asır önce uygulanmakta olan boşanma sistemini uygulamakta olduğunu ifade etmek, hatalı bir tespit olmayacaktır.



lukla eşlere, evlilik birliğini sürdürmeme iradesi ile ayrı yaşamaları (fiilî ayrılık) hâlinde, belirli bir sürenin dolmasıyla boşanma olanağı tanımaktadır<sup>126</sup>. Özetle pek çok hukuk sistemi Türk boşanma sisteminde kabul edilen boşanma sebeplerini terk etmektedir<sup>127</sup>. Bu yöndeki reformlar da, kendiliğinden boşanma yargılamalarındaki ispat hakkı güçlüklerini ve temel hak ihlâli sorunlarını önemli ölçüde bertaraf etmektedir<sup>128</sup>.

<sup>126</sup> **Özdemir**, s. 8. Yirminci yüzyılda yaşanan dünya savaşları ve ardından yaşanan gelişmeler özellikle batılı hukuk sistemlerinin boşanma rejimlerinde önemli değişiklikler yaşanmasına sebebiyet vermiştir (*bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Gürsoy*, s. 12). Bu konuda yaşanan ilk gelişme yukarıda da belirttiğimiz üzere boşanma sebeplerinde kusurun terkedilmesidir; ikinci önemli gelişme ise, tarafların iradelerine üstünlük tanıyan aile birliğinin temelinden sarsılmış olmasına dayalı boşanma sebebinde yaşanan gelişmelerdir. Zira evlilik birliğinin temelden sarsılmış olup olmadığının belirlenmesinde objektif bir yöntem yerine şekli bir kriter bulma eğilimidir. Önceden kanunlarca kabul edilmiş olan objektif ölçüye göre, evliliğe son verebilmek için (*TMK m. 166 hükmüne benzer şekilde*) onun “tekrar kurulamayacak derecede ağır bir surette temelinden” sarsılmış olması gereklidir. Bu ölçünün uygulanmasının zor oluşu ve hatta bazı durumlarda tamamen imkânsız olması, hukukçuları ailenin temelden sarsılıp sarsılmadığını tespit için daha basit ölçüler aramaya sevk etmiştir. Yeni görüşlere göre, kanun tarafından belli edilen bir süre kadar eşler fiilen birbirinden ayrı yaşamış ve buna rağmen birleşmemiş iseler, böyle bir evliliğin tekrar kurulamayacak surette temelden sarsılmış olduğu kabul edilmelidir (*TMK m. 166 hükmüne benzer şekilde*). Böyle bir durumun varlığı, evliliğin artık yürütülemez hâle gelmiş olduğunun kabulü için yeterlidir (**Gürsoy**, s. 12-13).

<sup>127</sup> Bu eleştiriler için bkz. **Helvacı**, s. 1169.

<sup>128</sup> Kusura dayalı boşanma davalarında, eşlerin birbirlerinin kusurunu ispatlaması ve boşanma davasında ispat aracı olarak kullanmak üzere evliliklerinin, evliliğe dahil cinsel hayat gibi giz alanlarını ifşa etmek zorunda olması, temel haklara dayalı hukuk sistemlerini oldukça rahatsız etmiş ve bazı ülkelerde kanunkoyucunun boşanma sistemini tamamen değiştirmesine etki etmiştir. Bu başlık altında da belirttiğimiz üzere Almanya’da 1977 yılında, İsviçre’de 2000 yılında sırf bu sebeple kusura dayalı boşanma sistemleri tamamen terkedilmiştir. Bu sebeple tarafımızca *boşanma davalarına* ilişkin olarak bu hukuk sistemlerinde, yapılan reformlardan sonra bizdeki şekilde hukuka aykırı delil uygulamasına ve içtihat tartışmasına aynı yoğunlukta rastlanılamamıştır. Zira *boşanma davalarında* hukuka aykırı delil sorununa ilişkin tartışmaların özellikle Almanya’da 1977 yılından itibaren, İsviçre’de de 2000 yılından itibaren oldukça azaldığını gözlemlemek mümkündür.

Bu anlamda Türk hukuk uygulamasının, diğer ülkelere nazaran oldukça geriden geldiğini ifade etmek yanlış olmayacaktır. Zira temel haklar öğretisinin en karanlık dönem-

Boşanma hukukunda özellikle Türk Medenî Kanunumuzun mehâzı olan İsviçre hukukunda yaşanan gelişmeler dikkat çekicidir. *Ziraİsviçre* aile hukukunda, 1 Ocak 2000 tarihinde yürürlüğe giren ve boşanma hukukunu

lerinde dahi, bu ülkelerde verilen bazı içtihatlardaki duyarlılığa, yirmibirinci yüzyıl temel haklar dünyasında ülkemizde rastlanamamaktadır. Örneğin Almanya'da 1955 yılında erkek eş, boşanma davasında kullanmak üzere eşinin sesini kayıt altına almış; boşanma davasında 72 cd'den oluşan bu bilgi kaynakları, hukuka aykırı olarak değerlendirilmeyerek boşanmaya esas alınmış; ancak ardından kadın, kişilik haklarının ihlâl edilmiş olması sebebiyle eski eşine karşı tazminat davası açmış ve bu tazminat davasında söz konusu yöntemle kadının kişilik haklarının zedelenmiş olduğu; ancak erkeğin kusura dayalı boşanma sebebini başka türlü ispat olanağı bulunmaması sebebiyle, söz konusu durumun hukuka uygunluk sebebi teşkil ettiğine karar verilmiştir (*karar için bkz. Üstündağ, s. 762, dn. 35; ayrıca bkz. Kılıçoğlu, s. 323-324*).

Alman Federal Mahkemesi'nin 1970 yılında boşanma davasında verdiği bir karara konu olayda, eşler bir süredir aynı konut içerisinde ayrı yaşam sürmektedirler ve sadece evin mutfağını ile diğer bazı alanlarını ortak olarak kullanmaktadırlar. Erkek eş, görülmekte olan boşanma davasında kadının kendisine hakaretlerini ispat edebilmek için müşterek konutun kadının kullanmadığı odalarından birisine, delikler açarak bazı akşamlar gizlice arkadaşı olan bir üçüncü kişiyi kadını gözetlemesi için yerleştirmiştir. Yerel mahkeme, gizlice dinleyen ve gözlemleyen bu kişinin boşanma davasında tanık olarak dinlenmesini kabul etmiş ve ifadeleri inandırıcı kabul edilerek boşanma kararına esas alınmıştır. Ancak Alman Federal Mahkemesi, davacı kocanın delil elde etmek amacıyla gerçekleştirdiği bu eylemi, davalı eşin kişilik hakkına müdahale olarak değerlendirmiştir. Kararda, kişiliğin gelişimi için her bireyin vazgeçilmez bir içsel kişisel hayat alanı bulunduğu; buna konut dokunulmazlığının da dahil olduğu ve bu alana bu şekilde herhangi bir müdahalenin yapılamayacağı belirtilmiştir. Bu anlamda konuta bir gözetleme cihazı yerleştirmekle dedektif yerleştirmek arasında bir fark olmayacağı, bu sebeple bu kişinin de tanık olarak dinlenemeyeceği belirtilmiştir (*karar için bkz. Kılıçoğlu, s. 346-347*). Öğretide bu kararı doğru bulmayan görüş genellikle, erkek eşin yaptığı müdahalenin kadının özel hayatının gizliliği hakkına müdahale teşkil ettiği, ancak boşanma davasında davacı erkeğin kusuru ispatlamak için başka bir çaresinin bulunmadığı, bunun da hukuka uygunluk sebebi teşkil edip etmediğinin değerlendirilmesi gerektiği yönünde olmuştur (*bu konudaki görüşlerin tamamı için bkz. Kılıçoğlu, s. 347-348*). Nitekim bu tartışmalar ve değerlendirmeler, Almanya'da bu kararın verilmesinden kısa bir süre sonra kusura dayalı boşanma sisteminin terkedilmesinde etkili olmuştur. Yine Almanya'da 1963 ve 1967 yıllarında hukuka aykırı yollarla elde edilen ve eşlerin aldatıldığını gösteren mektupların boşanma davasında delil olarak kullanılmak istenmesi üzerine, bu delillerin kullanılmayacağına ilişkin Alman Federal Mahkemesi ve Bonn Asliye Mahkemesi kararları için bkz. *Kılıçoğlu, s. 401*.

tamamen değiştiren kanun değişikliği ile büyük bir reform yapılmış ve kusurlu boşanma ilkesi *tamamen* terkedilmiştir<sup>129</sup>. Zira bu reforma kadar, Türk Medenî Kanunu'nun da temel aldığı 1907 tarihli İsviçre Medenî Kanunu, boşanma sebeplerinde kusur ilkesini benimsemişti ve evliliğin kişiler üstü bir kurum olarak görülmesi sebebiyle kusur aynı zamanda boşanmanın sonuçlarında da etkili bir unsur idi<sup>130</sup>. Buna göre İsviçre'de boşanma sebeplerini, özel boşanma sebepleri ve genel boşanma sebebi olmak üzere ikiye ayırma geleneği terkedilmiştir<sup>131</sup>. Ayrıca “boşanma sebepleri (*Scheidungsgründen*)” yerine “boşanma şartları (*Scheidungsvoraussetzungen*)” düzenlenmiş<sup>132</sup>; boşanma davasında eşin kusursuz olması veya diğer eşe nazaran daha az kusurlu olmasının sağladığı avantajlar da Kanun'dan çıkarılmıştır. Aynı şekilde boşanmanın malî sonuçları bakımından da kusur ilkesinden tamamen vazgeçilmiş<sup>133</sup>; böylece İsviçre'de kusur kavramı, boşanma hukukundan çıkarılmıştır<sup>134</sup>.

<sup>129</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Özdemir**, s. 33-77. Ayrıca bkz. **Serin Of**, s. 10-11.

<sup>130</sup> **Özdemir**, s. 3-35. İsviçre'de 1907 tarihli Medenî Kanunu, evlilik kurumunu “her şeyden önce, toplumun iyi davranışlı bir kadına sağladığı bir geçim kaynağı olarak düzenlediği, bu kurum evli kadının kendi kusurlu davranışı ile yıkılmadığı sürece, evli kadının bu statüsünün arzusu hilafına kaybedilmediği, sonuçta bir boşanma olması halinde de, bu boşanma ile sona eren evlilik nedeniyle geçim kaynaklarının yeni bir evlilik yapana kadar devam ettiği, evlilik kurumunun ona bu olanakları sağladığı” belirtilmektedir (bkz. **Schwenzer, I.**; Praxis Kommentar, Scheidungsrecht, Helbing & Lichtenhahn 2000, N. 4; naklen: **Özdemir**, s. 35).

<sup>131</sup> **Helvacı**, s. 1151, 1168; **Honsell/Vogt/Geiser**, s. 671 vd.; **Özdemir**, s. 37-38; **Petek**, s. 44, dn. 1.

<sup>132</sup> **Helvacı**, s. 1151; **Petek**, s. 44, dn. 1.

<sup>133</sup> Bu konuda bkz. **Özdemir**, s. 41-42; **Petek**, s. 44, dn. 1. ZGB § 125, boşanmanın sonucu olarak nafakanın şartlarını düzenlemiştir ve bu düzenlemesinde kusura hiç yer vermemiştir. Buna göre, boşanma sonucu yaşlılık yardım sandığının yaptığı uygun ödeme de dahil olarak geçimini uygun koşullarda sağlaması kendisinden haklı olarak beklenmeyen eşe, diğeri hakkaniyete uygun bir katkıda bulunmak zorundadır (ZGB § 125, 1). Böyle bir katkının gerekip gerekmediği, gerekiyorsa süresi ve tutarı konusunda hâkim şu unsurları dikkate alacaktır: (i) evlilikteki görev dağılımı, (ii) evlilik süresi, (iii) evlilik sırasındaki eşlerin yaşam standardı, (iv) eşlerin yaş ve sağlık durumu, (v) eşlerin gelir ve servet durumu, (vi) çocuklar için girilen yükümlülüklerin süresi ve durumu, (vii) meslekî formasyon ve kazanç perspektifleri, ayrıca nafakadan yararlanacak eşin meslekî kazancı için yapılması gereken harcamalar, (viii) yaşlılık sigortası ile sağ kalan eş lehine yapıl-

İsviçre’de yaşanan bu gelişmeler içerisinde bizim açımızdan önem taşıyan hiç şüphesiz ki, medenî yargılama sistemimizde pek çok yargısal temel hak ihlâline ve ispat güçlüklerine sebebiyet veren kusur ilkesinden hem boşanma sebepleri bakımından hem de boşanmanın malî sonuçları bakımından *tamamen* vazgeçilmiş olmasıdır. *Özdemir*, İsviçre hukukunda kusur ilkesinden vazgeçilmesinin nedenleri arasında genel olarak evliliğin çözülmesinde çoğu zaman hangi eşin kusurlu olduğu veya eşlerin ne oranda kusurlu olduklarının saptanmasının mümkün olmadığını; böyle bir araştırmada çoğu kez sonuca da varılamaması ve bir anlam da ifade etmemesi ile özetlemektedir. Zira eşlerin beraberliklerindeki çok az olay üçüncü kişiler tarafından belirlenebilir ve psikolojik açıdan yaşananları gösterebilir. Boşanma sonuçlarının da kusura dayalı olarak belirlenmesinin haksız sonuçlara götürebileceği ve özellikle ekonomik açıdan güçsüz eşlerin bundan zarar göreceği, ekonomik açıdan güçlü eşlerin ise kendi kusurlarının sonuçlarını evlilik sonrasında hiç yaşamayabileceği İsviçre hukukunda değişikliğin temelinde yatan düşünceler arasındadır. Yine değişikliğin gerekçesi olarak kusura belirli bir anlam yüklemenin ve kusur saptamasına girişmenin duygusal ilişkilerde, evliliğin çözülmesinde taraflara bir yarar sağlamayan, varolan tansiyonu faydasız şekilde yükselten ve özellikle çocuklar açısından olumsuz sonuçlar doğuran, boşanma kavgasının şiddetlenmesine neden olan bir olgu olduğu; kusur araştırmasının, çocuklar açısından da, boşanma son-

---

muş sigorta beklentileri ve meslekî veya başka bir özel ya da kamusal yardım sandığı ile birlikte muhtemel bir çıkış halinde çıkma ediminin paylaşılmasına ilişkin beklentiler (ZGB § 125, 2). Nafaka verilmesi talebi ise, nafaka verilmesi açıkça hakkaniyete aykırı görüldüğü takdirde ve özellikle nafaka alacaklısı tarafın (i) aile vazifelerini ağır şekilde ihmâli, (ii) kasıtlı olarak ihtiyaç içinde bulunma halini sürdürmesi, (iii) nafaka borçlusuna veya yakınlarına karşı ağır bir suç işlemesi hallerinde kısmen veya tamamen reddedilebilir (ZGB § 125, 3). Bu maddeler için bkz. *Özdemir*, s. 213-214.

Görüldüğü üzere kanunkoyucu nafaka yükümlüsünün belirlenmesinde veya nafakanın süresi, miktarı konusunda tarafların boşanmadaki kusurlarına hiç yer vermemiştir. Tarafların kusurları ancak nafaka miktarının azaltılmasında veya kaldırılmasında çok sınırlı şekilde kabul edilmiştir. Bu anlamda İsviçre boşanma hukukunda, hem boşanmanın sebepleri hem de boşanmanın sonuçları bakımından ‘kusur’ tamamen kurucu unsur olmaktan çıkarılmıştır.

<sup>134</sup> *Helvacı*, s. 1168.

rası ilişkilere yansdığından çocukların bundan zarar görmesinin kaçınılmaz olduğu gerçekleri etkili olmuştur<sup>135</sup>.

Nitekim İsviçre'deki reform gerekçesini özetleyen bu görüş ve değerlendirmeler, kusura dayalı boşanma sistemine ciddi bir eleştiri yöneltmekteydi ve konu çeşitli araştırmalara, sosyolojik incelemelere konu olduktan sonra çözüme kavuşturulmuştur. Bugün kusur ilkesinin boşanma hukukundan çıkarılması ile İsviçre hukukunda hâkim olan görüş, boşanmanın sadece eşleri ilgilendiren bir iş olduğu; boşanmanın sonuçlarına ilişkin olarak da, esas sorumluyu aramaktan çok, boşananların sosyal açıdan ayakta tutulmaları gerektiği yönündedir<sup>136</sup>.

Reform ile birlikte İsviçre Medenî Kanunu'nda boşanma hukukunun temeli, evliliğin sarsılması nedeni üzerine inşa edilmiş; ancak evliliğin temelden sarsılması olgusunun ispatı için de delil getirme şartı aranmamıştır<sup>137</sup>. Aynı zamanda eşlere, ortak dava dilekçesi vermek suretiyle veya tek taraflı talep ile boşanabilme imkânı sağlanmıştır<sup>138</sup>. İsviçre, Avrupa ülkeleri arasında aile ve boşanma hukukunu şekillendiren bu reform açısından oldukça yavaş davrandığı yönünden eleştirilmektedir<sup>139</sup>.

Yukarıda bahsedilen şekilde İsviçre'de yaşanan gelişmeler ve özellikle boşanma modelinde kusurun reddedilmesi diğer Avrupa ülkelerinde de yaşanan bir evrimsel sürecin parçasıdır. Örneğin, Almanya'da 1976 yılında kabul edilen ve 1 Temmuz 1977 tarihinde yürürlüğe giren Evlilik ve Aile Hukuku Reformu Hakkında Birinci Kanun (*Das erste Gesetz zur Reform des*

<sup>135</sup> **Özdemir**, s. 37. Bu amaçla da İsviçre kanunkoyucusu ZGB § 111 ve § 112 ile anlaşmalı boşanma çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilmiş (ZBG Art 116 ile de anlaşma sağlanamaması hâlinde çekişmesiz yargı işi olan anlaşmalı boşanmanın, boşanma davasına dönüşebilmesine imkân tanınmış); ZGB § 116 ile de, boşanma davasının uzlaşma sağlanması ile çekişmesiz yargı işine dönüşmesine imkân tanınmıştır (*bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Özdemir*, s. 39-40; **Petek**, s. 44, dn. 1).

<sup>136</sup> **Özdemir**, s. 37-38.

<sup>137</sup> **Özdemir**, s. 38. Ancak kanunkoyucu bazı durumları evlilik birliğinin sarsıldığına ilişkin kesin karine olarak kabul etmiştir. Örneğin eşlerin birlikte boşanma dilekçesi vermeleri veya uzun süren fiilî ayrılık bu şekildedir (*bu konuda bkz. Özdemir*, s. 38).

<sup>138</sup> **Aras**, s. 12. Ayrıca konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Hatemi**, s. 102; **Helvacı**, s. 1152-1155.

<sup>139</sup> **Özdemir**, s. 34.

*Ehe und Familienrechts*) ile Alman Medenî Kanunu (BGB) § 1564-1587 arasındaki boşanma düzenlemeleri ile birlikte önemli bir reform yapılmıştır<sup>140</sup>. Bu reform çalışması ile 1977 yılı itibariyle Almanya’da boşanma modelinde kusur ilkesi neredeyse tamamen kaldırılmış ve onun yerini evlilik birliğinin temelinden sarsılması ilkesi (*başarısızlık ilkesi*) almıştır<sup>141</sup>. Ayrıca boşanma sebepleri içerisinde özel boşanma sebepleri kaldırılmış; bunun yerine evliliğin yürütülememesi şeklinde tek ve genel bir boşanma sebebi kabul edilmiş (BGB §1565)<sup>142</sup>; ancak evliliğin yürütülememesi olgusunun

<sup>140</sup> Bu reform hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Burcuoğlu**, s. 113 vd. Ayrıca bkz. **Serin Of**, s. 9-10.

<sup>141</sup> **Burcuoğlu**, s. 113-114; **Hatemi**, s. 102; **Özdemir**, s. 77; **Tekinay**, s. 182.

Almanya’da İkinci Dünya Savaşı’nın ardından müteffik devletler tarafından kurulan hükümet tarafından ağırlıklı olarak *kusur ilkesine dayanan* bir boşanma sistemi getirilmişti (**Odendahl**, s. 644). Çeşitli sebeplere dayanan kusur dayalı boşanma temelinin yanında yine “evlilik birliğinin ortadan kaldırılması” şeklinde ifade edilen bir boşanma temeli daha kabul edilmişti. Evlilik birliğinin ortadan kaldırılması ile eşlerin üç sene ayrı kaldıktan sonra her eşin boşanmak için mahkemeye başvurabilmesi imkânı tanımaktaydı. Bu durumda *kusuru daha az olan tarafa* itiraz hakkı tanınmıyor; bu konuda da, hâkime geniş bir takdir yetkisi veriliyordu (**Odendahl**, s. 644). Ancak Federal Almanya’da hâkimler, kendilerine verilen bu yetkiyi çok “çekingen” kullanmışlar ve çoğu zaman da, itiraz eden tarafın itirazını geçerli saymışlardır. Bu gelişmelerin ardından Hristiyan Demokrat Parti’nin iktidar olduğu dönemde, hâkimlere tanınan bu yetki de kaldırılmış; boşanma talep etmeyen ve boşanmaya itiraz eden tarafın itirazı, ancak kendisinin açıkça çelişkili davranmaması hâline inhisâr ettirilmiş; böylece boşanma hukukunda kusur prensibi tamamen egemen olmuştu (**Odendahl**, s. 644-645). Ancak bu kanunî düzenlemelerin ortaya çıkardığı uygulama, boşanmak isteyen ancak boşanmanın son derece zorlaştırıldığı bir sistemde çiftlerin kağıt üzerinde evli kalmalarına; bir tarafın başka bir eşle yaşaması ve yeni çocuklar dünyaya getirmelerine rağmen, bu kişilerin evlenmemeleri neticesinde gayrisahih nesepli çocukların çoğalması sonucunu doğurmuş (**Odendahl**, s. 645). Bu sonuç da yoğun eleştirilerin yapılmasına sebebiyet verdiğinden, 1967’de reform için çalışmalar başlamış ve toplam 9 yıl süren çalışmalar neticesinde, 1976 yılında büyük bir reform yapılmıştır (**Odendahl**, s. 645). Bu reform Hristiyan kiliseler ve hatta üstü kapalı olarak Katolikler tarafından dahi, sol ve liberal görüşün de desteği ile hayata geçirildi ve genellikle evlilik birliğinin sonlandırılmasında kusurun ölçülüp biçilemeyeceği benimsendi (**Odendahl**, s. 645).

<sup>142</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Burcuoğlu**, s. 115-119.

“Evlilik Birliğinin Başarısızlığa Uğraması” başlığını taşıyan BGB § 1565 hükmüne göre; “(1) Evlilik birliğinin başarısızlığa uğraması durumunda boşanma kararı verile-

ispatı için de ispatı kolaylaştırıcı birtakım karineler kabul edilmiştir<sup>143</sup>. Kanunkoyucunun ispatı kolaylaştırıcı karineler getirmesinin sebebi, olabildiğince mahkemenin eşlerin evlilik hayatındaki gizli alanlara girmek istememesi, bu sebeple de ispatı kolaylaştırması olarak belirtilmektedir<sup>144</sup>. Nitekim bu Reform ile yapılan değişiklikle birlikte hâkimler de, kısa zaman içerisinde bu değişikliğe adapte olmuş; özellikle kanunkoyucunun getirmiş olduğu *-bir yıllık ayrı yaşama-* kanunî karinesine dayanarak genellikle geçimsizliğin ve onu yaratan olayların detaylarına gitmekten kaçınmışlar; özellikle eşlerin belirli bir süre *-bir yıl-* ayrı yaşadıklarının tespitinden sonra boşanmaları çok

bilir. Bu başarısızlığa uğrama durumu; ortak yaşamın devam etmesi veya devamının taraflardan beklenemeyecek olmasıdır. (2) Diğer tarafın şahsından kaynaklanan bir sebep, evliliğin devamını tahammül edilemez kılıyor ise, bu şartlar altında davacının talebi üzerine eşler henüz bir yıl ayrı yaşamış olmasalar dahi boşanma kararı verilebilir.” (Odendahl/Uslu, s. 1499). Bu hüküm sebebiyle boşanmada kusur ilkesinin, ancak ayrıldıktan sonraki ilk yıl için önemini sürdürdüğü ifade edilmektedir (Odendahl, s. 645). Hatta kanunun kabul edilmesinden bu yana, bu ayrılığın ilk bir yılında boşanmanın çok daha zorlaştığı; hâkimlerin genel olarak bir yıllık ayrılık sürecini, taraflara bir düşünme süresi olarak yorumladığı belirtilmektedir (Odendahl, s. 645). Bu bir yıl içerisinde ise, ancak karşı tarafın *-kamuoyunu da ilgilendiren bir cinayet işlemesi veya cana kastetmesi gibi-* açık ve ağır bir kusurunun bulunması hâlinde hâkimlerin boşanmaya hükmettiği tespiti de yapılmaktadır (Odendahl, s. 645).

<sup>143</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Burcuoğlu**, s. 114; **Hatemi**, s. 102; **Özdemir**, s. 77-79. Ayrıca bkz. **Palandt**, s. 1799-1801.

“Evlilik Birliğinin Başarısızlığa Uğraması Hakkında Karine” başlığını taşıyan BGB § 1566 hükmüne göre; “(1) Eşlerin bir yıldan beri ayrı yaşamaları ve taraflardan ikisinin de boşanmayı talep etmesi yahut davalının boşanmayı onaylaması durumu, evlilik birliğinin başarısızlığa uğraması hakkında karine teşkil eder. (2) Üç yıldır ayrı yaşama da evlilik birliğinin başarısızlığı hakkında kesin karine teşkil eder.” (Odendahl/Uslu, s. 1499). Bu karineler dışında Alman hukukunda hâkime boşanma konusunda takdir yetkisi geniş ölçüde kabul edilmemektedir. Özellikle karinelerin varlığı hâlinde, hâkim boşanma konusunda takdir yetkisi kullanmamakta; boşanmaya hükmetmektedir. Bu durumun istisnası “*Istisnai Haller*” başlığını taşıyan BGB § 1568’de düzenlenmiştir: “Evlilik birliğinin başarısızlığa uğramasına rağmen, evlilik birliği içinde mevcut çocukların evlilik birliğinin korunmasına özel sebeplerden doğan istisnai menfaatleri zaruri ise veya boşanmaya itiraz eden davalı için boşanma alışılmışın dışındaki sebeplerden dolayı büyük bir güçlük yaratıyorsa, davacının menfaatleri de gözönüne alınarak, istisnai olarak evlilik korunabilir.” (Odendahl/Uslu, s. 1500).

<sup>144</sup> **Burcuoğlu**, s. 114.

kolaylaştırılmıştır<sup>145</sup>. Bunun yanı sıra bu reform ile anlaşmalı boşanma da mümkün kılındığı gibi<sup>146</sup>, boşanmanın sonuçları açısından da kusur belirleyici rol olmaktan çıkarılmıştır<sup>147</sup>. Gilles tarafından reformun gerekçesi kusura dayalı boşanma sisteminin, boşanma davalarında “kirli çamaşırların ortaya çıkarılmasının ve mahkemenin eşlerin cinsel hayatları ile ilgili konuları araştırmak zorunda bırakılması” şeklinde belirtilmektedir<sup>148</sup>. Nitekim *Burcuoğluda*, 1983 yılında kaleme aldığı çalışmasında Almanya’da 1977’de gerçekleştirilen bu reformun başlıca önemini kusur ilkesinin kaldırılması olarak belirtmekte; konunun bağlantısını özellikle boşanma yargılamasında kişilik haklarının korunması ve ispat faaliyeti noktasından kurmakta<sup>149</sup>; en önemlisi Türk hukukunda da benzer bir reform ile kusur ilkesinin Almanya’da olduğu gibi boşanmanın sebepleri ve sonuçları bakımından kaldırılmasının gerekliliğini, kusura dayalı boşanmanın yarattığı boşanma gücünün -1980’li yıllarda dahi- toplumun kanayan bir yarası olduğunu<sup>150</sup>

<sup>145</sup> **Odendahl**, s. 646. *Odendahl* aile hâkimlerinin boşanmayı bu kadar kolaylaştırılmasına yönelik içtihatlarının temelinde yatan sebeplerin araştırılmamış olduğunu belirtmekle birlikte, bu düşünce yapısının temelinde usûl ekonomisi ilkesi ile yapılan anketlerde eşlerin birbirlerinin kusurunu araştırması ve konunun ayrıntılara girmesinin, anlamsız ve hoş olmayan, tatsız bir iş olduğu yönündeki sonuçların etkili olduğunu belirtmektedir (*Odendahl*, s. 647).

<sup>146</sup> **Özdemir**, s. 78.

<sup>147</sup> İstisnâî durumlar dışında nafakanın, kusurdan bağımsız isteneceği konusunda bkz. **Odendahl**, s. 646. Nitekim Alman hukukunda da, İsviçre’de olduğu gibi uzun süren evliliklerde nafakanın amacının, evlilikte var olan yaşam seviyesinin boşandıktan sonra da her iki eş açısından mümkün olduğunca devam ettirmek olduğu kabul edilmekte; çocuk bakımı, yaş ve sağlık durumu dikkate alınarak her eşin boşanmadan sonra çalışabileceği öngörülmekte ve nafakanın buna göre hesaplanması gerektiği benimsenmektedir (**Odendahl**, s. 646).

<sup>148</sup> **Gilles** (Çev.: *Pekcanitez*), s. 15.

<sup>149</sup> “... Alman hukukunda, kusurun kanıtlanması gerekmediği içindir ki, boşanma usulünde artık yanlarını birbirine zıt, düşman ve gizlilik alanlarını olduğu gibi açıklamak zorunda kalacak olan iki kişinin oluşturduğu klasik anlamda bir ‘boşanma davası’ söz konusu olmayacaktır. Yine kusur ilkesi kaldırıldığı içindir ki, muhtaç duruma düşen eşin, evlilik süresince içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik düzeyi sürdürmesi mümkün olur. Nihayet, kendi kusuru ile evliliği temelinden sarsmış olan kimse dahi boşanma hakkına sahiptir.” (**Burcuoğlu**, s. 135).

<sup>150</sup> “Kanımca, kusur ilkesini bütün şiddetiyle uygulatan, Medeni Yasanın 134/II. Maddesinin sakıncaları yararları ile karşılaştırıldığında daha ağır basacaktır.” (**Burcuoğlu**, s.



ifade etmektedir. Yazar, boşanma davalarında yaşanan ispat zorlukları ve ispat faaliyeti esnasındaki kişilik hakkı ihlallerini tüm gerçekliği ile ortaya koymaktadır:

“... Boşanmak istemeyen davalı eş, davacının kendisinden daha fazla kusurlu olduğunu kanıtlayacaktır. Bu yükümün yerine getirilmesi için tüm ‘kirli çamaşırlar’ ortaya dökülecektir. Karşılıklı ağır suçlamalar dizisi başlayacaktır. Örneğin, davalı kadın kocasının kendisini dövdüğünü, ihmal ettiğini, kendisine hakaret ettiğini, alkole veya kumara tutkun olduğunu, başka kadınlarla ilişkisi olduğunu kanıtlayacak ve daha sonra ‘ben boşanmak istemiyorum’, yani ‘kocamdan memnunum’ diyecektir. Şiddetli geçimsizliğin oluşmasında bir eşin hiç kusursuz olması güçlkle düşünülebileceğinden, davalıya bir kusur isnat edildiğinde, davalı boşanma davasını reddettirebilmek için, davacı aleyhine daha ağır bir kusurun gerçekleştiğini iddia ve ispat edecektir. ... Bu denli ahlaksız bir adamla evliliğin devamına karar verilmesi acaba hangi sosyal ya da ekonomik sığınma formülü ile doğrulanabilir? Burada korunmak istenen kadın aslında mahkum edilmiş değil midir?...”<sup>151</sup>

Bu tespitlerin ve önerilerin yapılmasının ardından tam otuz yıl geçmiş olmasına; Almanya’da, bu konudaki reformun üzerinden neredeyse yarım yüzyıl geçmiş olmasına; bu konuda Avrupa’da en geç kalan ülkelerden İsviçre’de ise reformun üzerinden neredeyse onbeş yıl geçmiş olmasına rağmen maalesef Türkiye’de kusura dayalı boşanma sisteminin değil terk edilmesine, yumuşatılmasına dair dahi pek bir gelişme gözlemlenememiştir. Bilâkis boşanma hukukunda “kusur” kavramı, Yargıtay içtihatları ile gücüne güç katmaktadır. Hatta Yargıtay’ın boşanma davalarında, çoğunlukla hukuka aykırı yollardan elde edilen bulguları delil olarak kabul etmesi, maalesef kusura dayalı boşanma sisteminin sakıncalarını daha da artırmaktadır.

---

136). Yazar, devamında boşanmayı zorlaştırmanın özellikle kadını korumak amacıyla büyük bir ısrarla benimsendiğini; ancak bunun hayatın gerçekleri ile uyumlu olmadığını hukukî ve yerinde gerekçeleri ile ayrıntılı olarak açıklamaktadır. Bu konuda bkz. **Burcuoğlu**, s. 136-137, 139-140. Benzer yönde eşlerin sırf kusuru ispatlamak için evliliklerinin tüm gizli yanlarını ortaya saçmaları yerine kusur ilkesinin hem boşanma sebepleri hem de boşanmanın malî sonuçları bakımından kaldırılması gerektiği görüşü için bkz. **Serin Of**, s. 10.

<sup>151</sup> **Burcuoğlu**, s. 137-138.

Bunun yanı sıra örneğin İskandinav ülkelerinde de uzun zamandan bu yana kusur, boşanma modellerinde kurucu unsur olmamış; temel olarak anlaşmalı boşanma ve evlilik birliğinin sarsılması sebepleri, bu ülkelere de belirleyici rol olmuştur<sup>152</sup>. Ayrıca belirtmek gerekir ki gerek Alman gerekse İsviçre boşanma hukukunda boşanma davalarında tazminata hükmedilmesi yerine, boşanmanın malî sonuçları eşlerin evlilik süresince sahip oldukları ekonomik seviyenin boşanmadan sonra da devam etmesine imkân verecek şekilde düzenlenmektedir<sup>153</sup>. Böylece ülkemizde zaman zaman görülebildiği gibi, kadının boşanma ile haksız zenginleşme elde etmesi mümkün kılınmaktadır<sup>154</sup>.

### III. MEVCUT SİSTEM İÇERİSİNDE ÇATIŞAN TEMEL HAKLAR ARASINDA DENGİNİN SAĞLANMASI

#### A. Boşanma Davasında Çatışan Temel Haklar

Yirmibirinci yüzyıl itibarıyla kişilerin mahremiyeti, özel hayatı temel haklar çerçevesinde katı bir şekilde koruma altına alınmaktadır ve bu temel haklara yapılabilecek müdahaleler de sınırlı bir şekilde evrensel ilkeler ve kurallar çerçevesinde belirlenmiştir. Bu durumda bir başkasının temel hak ve özgürlüğünün -*bu kapsamda özellikle ispat hakkının*- temin edilmesi ve korunması için kişilerin özel hayatına ve konut dokunulmazlığı, haberleşme özgürlüğü gibi diğer temel haklarına müdahale edilmesinin gerekli ve ölçülü olup olmadığı değerlendirilmelidir.

Özel hayatın korunması kapsamında kişilerin evlenmesi kadar bu evliliği sonlandırma özgürlüğünün bulunması da temel bir haktır<sup>155</sup>.

<sup>152</sup> Bu konuda bkz. *Cin*, s. 23-24.

<sup>153</sup> Bkz. yuk. dn. 133.

<sup>154</sup> Bkz. yuk. dn. 130.

<sup>155</sup> Evlenme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 12. Maddesi'nde açıkça düzenlenmekle birlikte madde metnine boşanma hakkı alınmamıştır (boşanmanın temel bir hak olduğu konusunda bkz. *Arslan Öncü*, s. 277-278). Oysa Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin esas aldığı Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi'nin 16. Maddesi, evlenme temel hakkının yanı sıra boşanmayı da madde düzenlemesine dâhil etmiştir. Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi'ne göre, "*Evlilik yaşındaki erkekler ve kadınlar, ırk, uyruklu ya da din bakımından herhangi bir sınırlama olmaksızın, evlenme ve bir aile kurma hak-*

Boşanma da aynı evlenme gibi özel hayatın korunması kapsamında temel bir hak olarak kabul edilmektedir. Boşanmak isteyen tarafın ise boşanabilmesi için hukuk sistemimizde yukarıda belirtilen şekilde Türk Medenî Kanunu'nun 161 ilâ 166. maddelerinde sayılan durumlardan birinin varlığını ispat etmesi şarttır. Bu çerçeveden bakıldığında kişinin *boşanma* temel hak ve özgürlüğünü kullanabilmesi, boşanma davasının hukukî temelini oluşturacak boşanma sebebini (TMK m. 161-166) kanıtlayabilmesine bağlıdır. Bu anlamda da kişinin boşanma davasında kullanacağı ispat hakkı, o kişinin yine başka bir temel hakka kavuşmasını sağlayacaktır. Bu durumda ispat hakkına yapılacak müdahale, o kişinin başka bir temel hakkı olan *boşanma hakkını* kullanamaması ile de sonuçlanabilecektir. Bu çerçeveden bakıldığında boşanma davalarında, özellikle boşanmak isteyen tarafın ispat hakkını kullanabilmesi, özel bir öneme ve hassasiyete sahiptir. Bu sebeple boşanma davalarında kişilerin ispat hakkını kullanabilmesi hem ilk tahlilde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin gereği olarak açıklama hakkı kapsamında hem de ikinci tahlilde Sözleşme'nin 8. maddesinin gereği olarak özel hayatın korunması çerçevesinde sosyalleşme hakkı<sup>156</sup> kapsamında

---

*kına sahiptir. Evlilik yaşındaki erkekler ve kadınlar, evlenmede, evlilik sürecinde ve evliliğin sona ermesinde eşit haklara sahiptirler.*" (EİHB m. 16, 1). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 12. Maddesi'nde düzenleme getirmemesi sebebiyle boşanmanın Sözleşme'nin 8. Maddesi çerçevesinde özel hayatın korunması hakkı kapsamına dâhil olduğu kabul edilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Arslan Öncü**, s. 277.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi evli çiftlerin ayrı yaşama hakkını yani ayrılma hakkını Sözleşme'nin 8. Maddesi çerçevesinde değerlendirmiştir. Zira Mahkeme *Airey v. İrlanda* davasında (*Airey v. Ireland* [9.10.1979], 6289/73, (hudoc) para. 31-33), özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkının evli çiftlerin ayrı yaşama hakkını da içerdiğine karar vermiştir (bu karar için ayrıca bkz. **Arslan Öncü**, s. 278).

<sup>156</sup> Özel yaşamın korunması hakkının sadece mahremiyet hakkından ibaret olmaması ve uygulama alanını kapalı kapıların ardı ile sınırlanmaması için kişilerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi kapsamında sosyalleşme hakkının bulunduğu kabul edilmektedir (sosyalleşme hakkının kapsamı ve bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Arslan Öncü**, s. 276-314). Sosyalleşme hakkı kapsamında kabul edilen alt temel haklar *evlenme ve boşanma hakkı, üreme hakkı, evlat edinme hakkı, aile yaşamı, iş çevresi, insanlarla evcil hayvanlar arasındaki ilişkiler* çerçevesinde şekillenmektedir (**Arslan Öncü**, s. 276-314).

boşanma hakkını kullanabilmesi için gerekli ve hatta zorunludur. Zira boşanma davasında karşı tarafın yine özel hayatının korunması pahasına diğer tarafın getirdiği delillerin kabul edilmemesi hem iddiasını ispat etmek isteyen tarafın ispat hakkına hem de boşanma hakkına müdahale oluşturmaktadır.

Dolayısıyla özellikle başka bir temel hakkın kullanımının bir anlamda ispat hakkına bağlı olduğu boşanma davalarında, bu hakkın *-ispat hakkının-* ayrı bir öneminin bulunduğu yadsınamaz. Ancak şüphesiz ki nihâyetinde boşanma hakkı gibi temel bir hakka hizmet etse dahi, ispat hakkının kullanımının da bağlı olduğu birtakım temel ölçütler, evrensel ilkeler ve kurallar vardır. Bunlar içerisinde de başlıca olanı, ispat hakkının kullanılabilmesi için başka kişilerin özel hayatlarına, konut dokunulmazlıklarına, haberleşme özgürlüklerine hukuka aykırı yollarla ve ölçülülük ilkesinin gerekliliklerini aşar şekilde müdahalelerde bulunulmasıdır. Bu sorunun çözümü için genel, soyut ve uyuşmazlık öncesinde *-apriori olarak-* bir temel belirlemek mümkün değildir. Zira çatışan haklar, *temel haklar* olduğundan ve hiçbir temel hakkın bir diğerine üstünlüğü bulunmadığından, böyle bir belirlemenin genel bir ilke olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bu sebeple ispat hakkının tesisi için müdahale edilen her bir hakkın anayasal sınırlandırma koşullarının ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Örneğin kişinin konut dokunulmazlığına bir müdahale söz konusu ise, Anayasa'nın 21. maddesinin koşullarının oluşup oluşmadığına bakılması gerekir. Benzer şekilde kişinin gizlice bilgisayarına erişilerek delil elde edilmişse, özel hayatın korunmasına ilişkin Anayasa'nın 20. maddesindeki sınırlama sebeplerinin mevcut olup olmadığına bakılması gerekir. Bunların yanısıra Anayasa'nın 13. maddesi çerçevesinde ve özellikle ölçülülük ilkesi bakımından yapılacak bir değerlendirme, hukuka aykırı delillerin kullanımı konusunda kritik öneme sahiptir.

Bununla birlikte özellikle boşanma davalarında karşılaşılabilecek iki durum üzerinde taşıdığı özellikler sebebiyle ayrıca durmak isteriz. Bunlardan ilki, bir hukuka uygunluk sebebi olarak meşru savunma için delil elde edilmesi; ikincisi de, boşanmanın talî sonuçları arasında da sayılabilecek velâyet davalarıdır.

### B. İspat Hakkının ve Delillerin Hak Sahibince Bizzat Korunması

Bir kişi, yargılamada iddia ettiği vakıanın ispatında kullanmak istediği ispat aracının tehlike altında olması hâlinde yani delilin bozulma, kaybolma, tahrip olma ihtimâli varsa; şayet bu delil bir tanık beyanı ve tanık da ağır hasta ise, mahkemeye başvurarak ispat hakkının korunması amacıyla delil tespiti yoluna başvurabilir. Ancak kişinin her zaman ispat hakkının konusunu oluşturan ispat aracını koruyabilmek, onu güvence altına alabilmek için mahkemelere başvurarak hukukî koruma, delil tespiti istemek için zamanı olmayabilir. İşte bu durumda istisnaî olarak kişiye, ispat hakkının konusunu oluşturan delili kendi kendine koruyabilme hakkı tanınmalı ve kişinin bu sebeple karşı tarafın hâkimiyet alanına yapabileceği müdahaleler meşru sayılabilmelidir<sup>157</sup>.

Kişinin hakkını kendi gücüyle koruması, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir sebeptir ve bu tür bir fiile hukukun sonuç bağlayabileceği hemen her hukuk alanında (*ceza hukuku, tazminat hukuku vb.*) geçerli bir şekilde kabul görmektedir<sup>158</sup>. Kişinin kendi hakkını kendi gücüyle koruyabilmesi için (i) ispat hakkının korunması söz konusu olmalı, yani korumanın kişinin ileride uyuşmazlık konusu olacak vakıa iddiasını ispatlamak istediği ispat araçlarını konu alması gerekir; (ii) yetkili organların zamanında müdahalesi mümkün olamamalı, yani kişinin böyle bir durumda delil tespiti yaptırmak için mahkemeye başvurup ispat hakkının korunabilmesi için müdahale talep etmesi mümkün olmamalı; (iii) hakkın korunması için başka imkân olmamalıdır, yani hakkınbizzat haksahibince korunması için önlem alınmaması hâlinde yargılama sürecinde bu fiilin ispatlanması aşırı derecede zorlaşacak ve hatta imkânsız hâle gelecek olmalı ve (iv) güç kullanma uygun ve dengeli olmalı, yani karşı tarafın temel hakkına yapılacak müdahale -örneğin telefon görüşmesini kayda alma- ölçülülük ilkesi ile uyumlu olmalıdır<sup>159</sup>.

Bütün bu belirttiğimiz unsurların gerçekleşmesi durumunda kişinin kendi kendine ispat hakkını koruması için karşı tarafın özel hayatına veya diğer temel haklarına müdahale etmesi, hukuken korunabilecektir. Başka bir

<sup>157</sup> Bu konuda bkz. **Kılıçoğlu**, s. 187-291.

<sup>158</sup> Bkz. Türk Borçlar Kanunu m. 64.

<sup>159</sup> Bu unsurlar için bkz. **Eren**, s. 611-613.

ifade ile normal şartlarda hukuka aykırılığı söz konusu olabilecek bu müdahâle, kişinin kendi hakkını kendisinin koruyabilmesinin unsurları gerçekleştiğinde hukuka aykırı delil olarak nitelendirilemeyecek ve yargılama sürecinde delil olarak kullanılabilir. Nitekim yukarıda belirtilen bu dört unsurun gerçekleşmesi hâlinde yapılan müdahalenin hukuka uygun olacağı kabul edilmektedir<sup>160</sup>. Bu kapsamda özellikle karşı tarafa tuzak kurarak, hukuka aykırı delil yaratma yönteminin hiçbir şekilde meşru savunma kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olamayacağını belirtmek isteriz.

### C. Velâyet Davalarının Özel Durumu

Yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere özellikle gelişmiş hukuk sistemlerinde bugün boşanma modelleri ferdîyetçi teorinin etkisi ile sadece bireyleri ilgilendiren bir karar olarak algılanmaktadır. Bireyler özgür iradeleri ile nasıl evlenmeye karar verebiliyorlarsa, ayrılığa da karar verebilirler. Ancak boşanmanın sonuçları arasında yer alan çocukların velâyetine ilişkin kararlar, bu şekilde salt tarafların iradeleri ile çözümlenebilecek bir mesele değildir<sup>161</sup>. Her şeyden önce devletin, çocukları gerekiyorsa ebeveynlerine karşı dahi koruma ve menfaatlerini gözetme yükümlülüğü bulunur; zira çocukların, aile ortamında bulunup bulunmadıklarına bakılmaksızın her hâlde bedenî, ruhî, ahlâkî bakımlardan gelişmelerinin temini, her türlü olumsuz koşullardan uzak şekilde yaşamalarının sağlanması için gerekli tedbirlerin alınması Devlet'in en önemli görevleri arasında yer alır<sup>162</sup> (Ay m. 41/2,

<sup>160</sup> Eren, s. 612. Aynı yönde bir Ceza Genel Kurulu kararı için bkz. CGK, 21.6.2011, 2010-5-187/131 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası). Söz konusu Ceza Genel Kurulu kararına atıf yaparak benzer esasları medenî yargı açısından da kabul eden bir Yargıtay 4. Hukuk Dairesi kararı için bkz.: "...Kişinin kendisine karşı işlenmekte olan bir suçla ilgili olarak bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmadığı ve yetkili makamlara başvurma imkanının olmadığı ani gelişen durumlarda karşı tarafla yaptığı konuşmaları kayda alması halinin hukuka uygun olduğunun kabulü zorunludur..." 4. HD, 20.6.2012, 2011-4664/10806 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası).

<sup>161</sup> Yargıtay kararlarında da bu hususa özellikle vurgu yapılmaktadır. Örneğin; "... Velayet hakkı ve çocuk ile ilgili olarak alınacak kararlar kamu düzeni ile ilgilidir. Hakim tarafların iddia ve savunmaları ile bağlı değildir. Hakimlerin çocuklar için yararlı ve iyi olanı yapmaları gerekir." 2. HD, 25.1.2000, 13346/581 (Tutumlu, C. II, s. 1353). Bu konuda ayrıca bkz. Baygın, s. 259.

<sup>162</sup> Tutumlu, C. I, s. 45.

4<sup>163</sup>). Bu durum aynı zamanda Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin de bir gereğidir<sup>164</sup>.

Kanaatimizce bir boşanma davasında *hukuka aykırı yollardan elde edilmiş olan bir delilin*, velâyet davasında delil olarak kullanılması bazı durumlarda mümkün olabilecektir. Örneğin, eşlerden birinin diğerini aldattığına dair cinsel hayatının ve giz alanının ayrıntılarını ortaya koyan bir görüntü kaydı, bir boşanma davasında kanaatimizce kullanılamamalıdır. Zira bu durum Anayasa'nın 20. maddesine aykırılık teşkil etmektedir ve bu madde karşısında kişinin özel hayatına müdahalede bulunabilmek için ölçülülük ilkesi uyarınca gerekli bir durum söz konusu olmayabilir. Buna karşılık anne veya babanın haysiyetsiz yaşadığına ilişkin böyle bir görüntü kaydı, velâyet davasında delil olarak kullanılabilir<sup>165</sup>. Zira devletin çocuğun menfaatinin, ruhsal ve fiziksel gelişimini koruma ve tesis etme yükümlülüğü karşısında, bu kamusal menfaat uğruna kişinin özel hayatına müdahalede bulunulabilir<sup>166</sup>. Kısaca boşanma davasındaki hukukî menfaat ile velâyet

<sup>163</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Serozan**, s. 35-36. Ayrıca bkz. **Baygın**, s. 259 vd.

<sup>164</sup> Çocuğun, Çocuk Hakları Sözleşmesi karşısında da gözetilme ve korunma yükümlülüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Serozan**, s. 49-54.

<sup>165</sup> Ancak bu durumda dahi delilin hukuka aykırı yollardan elde edilmiş olması, bu delilin yargılamada kullanılıp kullanılmayacağı konusunda tereddütler uyandırmaktadır. Türk hukukunda *Serozan*, soybağına ilişkin davalarda da, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin hiçbir şekilde kullanılmaması gerektiğini; örneğin DNA analizi için erkekten *gizlice* saç veya sıvı örneği alınmasının, kişilik haklarına ihlâl niteliği taşıyacağını ve dolayısıyla bu şekilde gizlice elde delillerin soybağına ilişkin davalarda kullanılmasının mümkün olamayacağını belirtmektedir. Nitekim Yazar'ın görüşünü belirttiği tarihte hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin yargılamada kullanılmayacağına ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 189. Maddesi hükmü mevcut olmamasına rağmen, bu yasak hukukun temel ilkelerinden çıkarılarak benimsenmiştir. Bu konuda bkz. **Serozan**, *Soybağı*, s. 760-761.

<sup>166</sup> Zira velâyet, ebeveynin temel bir hakkı değil, çocuğun sağlıklı bir ortamda büyüüp, sağlıklı bir erişkin olabilmesi için çocuğa tanınan bir temel haktır. Bu anlamda velâyet, önemli kamusal nitelikleri barındıran bir hukukî kurumdur (*bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan*, s. 250-254). Kanaatimizce velâyet davasını, boşanma davasından ayıran temel özellik de çocuğun korunmasına yönelik kamusal menfaat ve devletin pozitif yükümlülüğüdür.

Nitekim Zürih Yüksek Mahkemesi de, 1983 yılında verdiği bir kararında, kamusal menfaatler ile ispat hakkı arasındaki ilişkiyi kurarak velâyet davasında babanın çocuğu

davasındaki hukukî menfaat aynı değildir ve böyle bir durumda hâkim, çatışan menfaatleri dengeleyerek ispat hakkının kullanılması ile kişilik haklarının korunması arasındaki dengeyi sağlamak zorundadır. Ancak önemle vurgulamak isteriz ki, soybağının tespiti davalarında, velâyet davalarında hukuka aykırı yollarla elde edilen bulguların delil olarak kullanılıp kullanılmayacağı meselesi, özellikle yabancı hukuk sistemlerinde oldukça tartışmalıdır. Bu tartışmalar, bu çalışma konusu dışında kaldığından üzerinde durmuyoruz<sup>167</sup>. Burada sadece boşanma davaları ile soybağının tespiti ve velâyet davalarında korunan hukukî menfaatlerin çok daha farklı olduğunu vurgulamak ve bazı durumlarda, ölçülülük ilkesinin izin verdiği ölçüde özellikle velâyet davaları açısından durumun farklılık arzedebileceğini belirtmek istiyoruz.

## SONUÇ

*1. Günümüzde sırf boşanma davalarında karşı tarafın kusurunun ispatı için tamamen Anayasa'ya aykırı biçimde kişilerin özel hayatlarına müdahale edilmekte; kişilerin özel bilgilerine izinsiz şekilde erişilmekte; kişiler takip ettirilerek ses ve görüntü kaydı elde edilmeye çalışılmakta; eşler, diğer eş için iletişimin tespiti talebinde buluna-bilmekte ve bazı mahkemeler bu taleplere olumlu cevap vermekte; hatta kıskanç eşler sadece kendi eşleri için değil, aynı zamanda şüphelenilen üçüncü kişiler için de haberleşmenin tespiti kararı talep edebilmekte ve bazı mahkemeler bu talepleri de kabul edebilmekte<sup>168</sup>; eşler arasında özel hayatın geçerli olmayacağına ilişkin<sup>169</sup>*

ile arasında geçen konuşma kaydını, hukuka aykırı bir delil olarak nitelemesine rağmen delil olarak kullanılmasını hukuka uygun bulmuştur. Bu karar için bkz. **Kılıçoğlu**, s. 225, dn. 710.

<sup>167</sup> Bu çerçevede özellikle soybağının tespiti davalarında hukuka aykırı yollardan elde edilen bulguların delil olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Kılıçoğlu**, *Babalık Testleri*, s. 279 vd.; **Reichenbach**, s. 598 vd.

<sup>168</sup> Bütün bu tespitler için bkz. **Ateş**, s. 97-104. Ayrıca bu yöndeki açıklamalarımız için bkz. yuk. I, B ve II, C.

<sup>169</sup> "...Kuşkusuz Anayasaya göre; herkes özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. (Anayasa m.20/1) Ancak, evlilik birliğinde eşlerin, evliliğin devamı süresince birbirlerine sadık kalmaları da yasal bir zorunluluktur. (TMK.m.185/3) Eşlerden birinin, bu



veya Anayasal temel hak ve ilkelere aykırı yargı içtihatları verilmekte<sup>170</sup>; zaman zaman yetkili merciiler, boşanma sürecindeki eşlerin boşanma sebebinin varlığını ispat edebilmek için hukuka aykırı yollarla delil elde edilmesi konusunda kişilere cesaret verici açıklamalarda bulunabilmektedir<sup>171</sup>. Bütün bu gelişmeler yaşanırken diğer yandan ülkemizde temel hakların, kişisel verilerin, özel hayatın korunması konusunda hem uluslararası arenada önemli adımlar atılmakta hem iç hukuk politikası olarak konuya ilişkin cezaî yaptırımlar (TCK m. 116, 132-135), yargılama kuralları (CMK m. 206/2, 217/2; HMK m. 189/3) getirilerek<sup>172</sup> Türk hukuk sisteminin *temel haklara dayalı bir hukuk devleti* olması için büyük çabalar sarf edilmektedir.

2. Türk hukukunda geçerli olan kusura dayalı boşanma sebepleri dikkate alındığında, bu eski geleneksel anlayışın temel haklar konusunda yaşanan gelişmeler karşısında pek çok hukukî sorun yarattığı aşikârdır. Tarihî açıdan bakıldığında da, Türk hukukunda 1926 tarihli Medenî Kanun'dan önce boşanma çok daha kolaydı ve temel olarak kusur ilkesine dayanmaktaydı. O zamanlar üzerinde geleneksel Katolik evlilik anlayışının hüküm sürdüğü İsviçre Medenî Kanunu, Türk medenî hukukuna adapte edilirken bu sistemdeki boşanmaya ilişkin hükümler de benzer şekilde esas alınmış ve bu sistem 1926 yılı itibariyle ülkemizde uygulanmaya başlanmıştı. Bundan

---

alana ilişkin özel yaşamı, evlilikle biraraya geldiği ve birlikte yaşadığı hayat arkadaşı olan diğer eşi de en az kendisinininki kadar yakından ilgilendirir. **O nedenle, evlilikte, evlilik birliğine ilişkin yasal yükümlülükler alanı, eşlerin her birinin özel yaşam alanı olmayıp, aile yaşamı alanıdır. Bu alanla ilgili de eşlerin tek tek özel yaşamlarının değil bütün olarak aile yaşamının gizliliği ve dokunulmazlığı önem ve öncelik taşır. Bu bakımdan evliliğin yasal yükümlülükler alanı, diğer eş için dokunulmaz değildir.** Bu nedenle, eşinin sadakatinden kuşkulanan davacı-davalının, birlikte yaşadıkları her ikisinin de ortak mekanı olan konutta, eşinin bilgisi dışında ses kayıt cihazı yerleştirerek, eşinin aleni olmayan konuşmalarını kaydetmesinde bu suretle sadakat yükümlülüğü ile bağdaşmayan davranışlarını tesbit etmesinde özel hayatın gizliliğinin ihlalden söz edilemez ve hukuka aykırılık bulunduğu kabul olunamaz...” 2. HD, 20.10.2008, 2007-17220/13614 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası). Kararın eleştirisi için ayrıca bkz. **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 705-706; **Tutumlu**, s. 2155 vd.

<sup>170</sup> Bkz. yuk. I, B.

<sup>171</sup> Bkz. yuk. I, A.

<sup>172</sup> Bkz. yuk. I, A.

sadece yarım yüzyıl öncesine kadar boşanmayı yasaklayacak kadar muhafazakâr bir yapıya sahip olan Katolik evlilik anlayışının hüküm sürdüğü toplumlardaki boşanma sistemlerinde dahi, günümüzde kusurlu boşanma sisteminden vazgeçilmekte ve boşanmada özellikle irade ilkesine üstünlük tanınmaktadır. Bu gelişmeler karşısında Türk boşanma hukukunda kusur ilkesine hâlen son derece önemli bir değer atfedilmesi, ispat hukuku alanında ve birebir ispat hakkının kullanılmasında, aşılması son derece güç hukukî sorunlara sebebiyet vermektedir. Bu durum maddî hukuk kurallarının, şeklî hukuk kuralları ile arasında çözülmesi mümkün olmayan bağı gözler önüne sermekte ve bu anlamda maddî hukukun yarattığı sorunların, şeklî hukukta aşılmasının güçlüğüne ortaya koymaktadır.

3. Nitekim me haz İsviçre Kanunu'nda da gerçekleştirilen reform ile mevcut modelin zıttı yönünde olan boşanmada kusur ilkesinden *tamamen* vazgeçilerek eşler arasında işbirliği ve anlaşmanın sağlanması, İsviçre kanunkoyucusunun temel tercihi olmuştur. İsviçre kanunkoyucusunu bu noktaya getiren ana etken ise, İsviçre'de 2000 yılında yapılan reformdan önce özellikle son çeyrekte boşanma davalarının, kusur ilkesi sebebiyle çok fazla çatışma ile dolması gösterilmektedir<sup>173</sup>. Zira aile uyumsuzlukları ve özellikle boşanma davaları zaten her zaman, duyguların mevcut anlaşmazlıkları abartabildiği hissi ve kişisel ilişkiler içerir veya anlaşmazlıkların gerçek niteliğini gizlerken<sup>174</sup>, bir de eşlere karşı tarafın kusurunu ispat yükümlülüğü getirilmesi hem boşanma davalarında tansiyonu çok yükseltmekte hem de belki gerçekte olmayan veya abartıldığı kadar olmayan vakıaları ispat etme konusunda güçlükler yaratmaktadır. Dolayısıyla İsviçre'de kusura dayalı boşanma sisteminin terkedilmesinde, kusurun eşler arasında ispatının son derece güç olması; boşanma sebeplerinde kusura yer verilmesinin, boşanma davasında eşler arasındaki tansiyonu yükseltmek ve varsa çocuklara zarar vermek dışında gerçek bir fonksiyonunun kalmamış olması; evliliği sona erdirme iradesinde bulunan kişiler için artık kimin kusurlu olduğunun bir öneminin kalmaması, önemli olanın boşanma hükmü ile mahkemenin zayıf konumda bulunan eşin zarar görmemesinin sağlanması

<sup>173</sup> Özdemir, s. 39.

<sup>174</sup> Bu konuda bkz. Özbek, s. 82.

gerektiği sayılmaktadır<sup>175</sup>. Kusur ilkesinin terkedilişi, Almanya’da da benzer kadere sahip olmuştur.

4. Boşanma davalarında kusurun temel şart yapılması, maddî hukuk alanında da, evliliğin sevgi temeli üzerine inşa edilmesi gerçeği ile örtüşmemesi yönünden de eleştirilmektedir. Nitekim Yargıtay içtihatlarında da, eşlerin birbirini sevmemesi bir boşanma sebebi olarak kabul görmemekte; eşler, birbirine sevgisiz kaldığını tanık ifadeleri ile ispat etseler dahi, mahkemeler boşanmaya hükmetmemektedirler<sup>176</sup>. Bu durum ise, toplumun temel çekirdeği olan ailenin sevgi ve saygı esası üzerine kurulu olması gereği özelliğini de toplumsal açıdan dejenere edebilecek niteliktedir.

5. Konunun maddî hukuk boyutundaki tartışmalar da bir yana, kusura dayalı boşanma sisteminin hukuk yargılamasında yarattığı ihlâl ve güçlükler bu kadarla da sınırlı değildir. Özellikle son yarım yüzyıldır temel haklar konusunda yaşanan gelişmelerden medenî yargılama hukuku da nasibini almış ve bugün hem temel hakların hem de yargısal temel hakların yargısal prosedürde uygulanması konusunda herhangi bir tereddüt yaşanmamaktadır. Temel haklara saygı sadece hukuk sisteminde yargılamanın veya uyuşmazlığın taraflarını etkileyen bir unsur değildir. Temel haklara saygı, topyekünde hukuk sisteminde hukukî güvenliğin sağlanması, hukukî barışın tesisi için gerekli olan altyapıyı kurar. Bu anlamda bir taraftan ceza kanunları ile özel hayata müdahaleyi *-hukuk politikasının bir sonucu olarak-* suç addetmek; ancak boşanma davalarında, bu müdahaleye ölçüsüzce izin vermek, bu anlamda hukukî güvenliği de zedeler.

6. Yargısal temel haklar perspektifinden bakıldığında da, kişilere kusura dayalı boşanma sebebini ispat etme yükümlülüğünün temel haklar konusunda yaşanan gelişmelere rağmen hâlen hukuk sisteminde korunması kanaatimizce doğru değildir. Kusura dayanan boşanma sebebini ispatının güçlüğü ve imkânsızlığı bir yana; kişilerin insan onuruna yakışan bir şekilde iddia, somutlaştırma ve ispat faaliyeti yapma hakkı bulunur. *Gilles* tarafından haklı olarak dikkat çekildiği üzere, bugün medenî yargılama hukuku

<sup>175</sup> Bu konuda bkz. **Özdemir**, s. 37-38.

<sup>176</sup> **Odendahl**, s. 651.

ile Anayasa arasında ilişki kurulurken sadece doğal hâkim güvencesi, hak arama özgürlüğü gibi kavramlar akla gelmemekte; aynı zamanda yargılama prosedürlerinde insan onurunun korunması da aranmaktadır<sup>177</sup>. Hayatlarının belirli bir döneminde aynı yastığa başkoymuş eşler, evlilik birliğini sonlandırmak veya boşanma neticesinde lehine tazminat hükmedilebilmesi için karşı tarafın kusurlarını ispat yükümlülüğü altında bırakılmamalıdır. Zira genel bir ifade ile ispat hakkı, yargılamanın taraflarına sadece hukuka uygun bir şekilde yargılama sürecinde açıklamada bulunma imkânı tanımaz; aynı zamanda insan onuruna yakışır bir şekilde iddia, savunma ve ispat faaliyetini gerçekleştirme imkânı tanır. Nitekim karşılaştırmalı hukuklarda da, belirli yargısal işlemlerin ileri sürülmesi ve araştırılması, kişilik hakkı veya özel hayatı aşırı derecede ihlâl edebileceğinden veya tehlikeye düşürebileceğinden, kanunlar bazı maddî hukuka ilişkin talepleri önceden reddetmiştir<sup>178</sup>.

7. Birçok bilimsel araştırmanın gösterdiği olgu, boşanma sürecinde eşler arasındaki işbirliğinin, uyuşmazlığın en akılcı biçimde çözülmesinde ve en az travma ile atlatılabilmesinde en önemli unsur olduğu yönündedir<sup>179</sup>. Zira ancak bu şekilde gerçekleştirilmiş bir boşanma süreci çocukların gelişimini olumlu anlamda sağlayabilecek; böylece çocukların sağlıklı iletişim kuran ebeveynler tarafından korunması, sağlıklı ve sınırları çizilmiş ilişkiler içerisinde büyümeleri sağlanabilecektir. Bu nedenle de boşanma hukukunun görevinin, “uyuşmazlıkları çekmek değil, tersine tarafların ve çocukların mümkün olduğunca iyi bir şekilde yeni bir yaşama geçmelerinin sağlanması”

<sup>177</sup> Gilles (Çev. Pekcanitez), s. 10.

<sup>178</sup> Gilles (Çev. Pekcanitez), s. 15-16. Örneğin Almanya’da aile hukuku alanında eşlerin karşılıklı yükümlülükleri hakkında eşlerin ortak yaşamın tanzimini dava etmeleri, sadakatsizlik nedeniyle diğer eşin ikaz edilmesi, yükümlülüğün hatırlatılması veya buna uygun olarak verilen kararın cibrî icra yoluyla talebi yasaklanmıştır (bu konuda bkz. Gilles (Çev. Pekcanitez), s. 16).

<sup>179</sup> Özbek, s. 78-79; Özdemir, s. 39. Ayrılık ve boşanma davalarıyla zarar gören ailelerdeki anlaşmazlıkların azaltılmasının ve iletişimin iyileştirilmesinin, sosyal ve psikolojik masrafların azaltılmasında, fiziksel ve zihinsel sağlığın iyileştirilmesinde ve çalışma ve okul hayatındaki başarının artırılmasında çok faydalı olduğu, genel olarak kabul edilmektedir. Buna karşılık, çözülemeyen uyuşmazlıklar şiddetli strese ve bu durum da, ayrılmış ailelerin, gençlerin, yeniden yapılan evliliklerin ve aile hayatının huzurunun bozulmasına veya tehdit edilmesine yol açabilir (Özbek, s. 79).

olması gerektiği belirtilmektedir<sup>180</sup>. Bu anlamda Türk hukukunda özellikle aile mahkemelerinde bir yandan hâkime, tarafları barışçıl yöntemler çerçevesinde ayrılmamaları konusunda uzlaşma sağlama yükümlülüğü yüklemek<sup>181</sup> ancak diğer yandan da anlaşamayan çiftlere boşanma sürecinde birbirlerinin kusurlarını acımasızca ispat etme yükü getirmek birbiri ile örtüşmeyen ve hatta zıt düşen iki olgudur. Zira bugün geçerli olan kusura dayalı boşanma modelimiz, boşanma davasında bir eşin diğer eşin kusurunu ispat ettiği oranda lehine hak çıkardığı bir süreci ifade eder. Bu durumda ispat ve tahkikat aşamasında, taraflardan acımasızca karşı tarafın kusurunu ispat etmesini istemek; ancak bu süreçten hemen önce de, eşleri medenî ve uzlaşmacı bir şekilde anlaşmazlıklarını çözmeye davet etmek, kanaatimizce kendi içerisinde tutarlı değildir. Nitekim Anayasa'nın Başlangıç hükümlerine göre de yargılamayla ilgili herkesin “medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hakkı” bulunur. Hukuk kurallarının ise, hukuk sisteminin bütünü içerisinde tutarlı olması; bütün hukukî kuralların sistemi kuran diğer kurallar ile ahenk içerisinde olması beklenir. Ancak görülmektedir ki, bugün kusura dayalı boşanma sisteminin ürünü olan boşanma yargılamaları, anlaşmazlıkların barışçıl yöntemler çerçevesinde çözülmesinden, ispat güçlükleri ve temel hak ihlallerine kadar pek çok noktada medenî yargılama sistemimizin sınırlarını zorlamaktadır.

8. Geleneksel ve muhafazakâr bir hukuk politikasının ürünü olarak boşanma davalarında mahkemenin olağanüstü kontrol ve sonuç hakkında taraf iradelerini aşan şekilde yetki sahibi olması, bugün hukuk uygulamamızda mahkemeleri toplumun en küçük birimi olan aileyi korumak adına boşanmaya karar vermek konusunda son derece muhafazakâr hâle getirdiğini ifade etmek yanlış olmayacaktır<sup>182</sup>. Esasında bu düşünce yapısı ve özellikle

<sup>180</sup> Özdemir, s. 39.

<sup>181</sup> Bkz. 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun m. 7/1.

<sup>182</sup> Boşanma davalarının bu durumu, boşanma davalarının mutlak şekilde kamu düzenine ilişkin olduğu konusundaki geleneksel anlayışın ürünüdür (bu konuda bkz. Tutumlu, C. I, s. 154). Bununla birlikte bu geleneksel anlayış çerçevesinde ailenin devletçe korunması gereğinin sosyolojik ve bireysel haklı nedenleri konusunda bkz. Belgesay, s. 217-218.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin, boşanma davalarında hâkimin konumunu "Boşanma davaları kamu düzenini ilgilendirdiğinden Hakime geniş takdir hakkı tanınmıştır. Tarafların bu dava üzerinde serbestçe hareket etme imkanı yoktur. Hakim evlenme sözleşmesiyle oluşan hukuki durumu mümkün olduğu ölçüde korumakla yükümlüdür." (2. HD, 7.4.2003, 3845/5047; Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası) şeklinde ifade etmesi, Türk hukukunda boşanma konusundaki geleneksel anlayışı yansıtmaktadır.

Bu konuda Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin görüşü, çalışmamızda da ele aldığımız üzere boşanma davalarında hâkimin yüksek bir kanaat ölçüsünün edinmesi, bu anlamda hâkime geniş bir takdir yetkisinin tanındığı yönündedir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin bu yöndeki içtihadı kökleşmiştir. Örnek olarak bkz. 2. HD, 26.12.2007, 3671/17833; 2. HD, 3.2.2003, 160/1427; 2. HD, 26.9.2002, 9815/10724; 2. HD, 16.9.2002, 9063/10085; 2. HD, 2.4.2001, 3563/4976; 2. HD, 24.9.1999, 7415/9614; 2. HD, 25.6.1996, 5183/7153 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası).

Başka bir örnek bir karar için bkz. "Boşanma davaları kamu düzenini ilgilendirdiğinden hakime geniş takdir hakkı tanınmıştır. Tarafların bu dava üzerinde serbestçe hareket etme imkanı yoktur. Hakim evlenme sözleşmesiyle oluşan hukuki durumu mümkün olduğu ölçüde korumakla yükümlüdür. Toplumun en küçük birimini oluşturan ailenin korunması ön planda tutulur. Ancak evliliğin devamı toplumun düzenini zedeler hale gelmiş, toplum için sorun oluşturmaya başlamış ve evlilik, sosyal ve ahlaki yönden çökmüş ise, bu durumda evliliğin korunmasında gerek karı koca ve gerekse çocuklar yönünden bir yarar kalmamış demektir. Hakimin böyle bir evliliği sona erdirmesi en uygun çözüm olacaktır./Hakim belirtilen ilkeleri irdelemek bunlar hakkında yeterli bilgi toplamak evlilik birliğinin gerçekten onarılmaz şekilde kökünden sarsılıp sarsılmadığı hakkında bilgi ve kanaat sahibi olmak zorundadır. Sağlıklı bir sonuca ulaşılması olayların yeri, zamanı, ne şekilde olduğu, kimin davranışının öncelikli olduğu, karşı tarafın söz ve davranışlarının art niyetsiz bir tepki, bir öfke sonucu olup olmadığının bilinmesine bağlıdır./O halde tanıklardan olaylar hakkında ne şekilde bilgi sahibi olduklarını, taraflarla olan ilişkilerinin derecesini, olayın geçtiği yer ve zamanını, olayların ne şekilde ve nasıl başladığını, bu olaylardan sonra tarafların bir birbirlerine karşı olan tutum ve davranışlarının ne şekilde geliştiğini, somut olayın karı koca arasında alışkanlık haline gelmiş bir davranışın veya sözün gereği mi, yoksa belirli bir amaca yönelmiş olarak mı söylendiği veya oluştuğu ve benzer konular etraflıca sorulmalıdır." 2. HD, 15.10.2001, 12731/13868 (Tutumlu, C. I, s. 155-156). Ancak sonradan Hukuk Genel Kurulu'na direnme yolu ile giden bu davada Hukuk Genel Kurulu "Özel Daire bozma kararında yer alan 'boşanma davaları kamu düzenini ilgilendirdiğinden hakime geniş takdir hakkı tanınmıştır' ifadesi karar metninden çıkarılmak suretiyle Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır." şeklinde görüş bildirerek, boşanma davalarında mahkemenin geniş takdir yetkisi olması gerektiği konusundaki Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin görüşünü hukuka aykırı bulmuştur. Bu karar için bkz. HGK, 9.7.2003, 2-246/482 (Tutumlu, C. I, s. 155-156).

bu yetkilerle kadının boşanma sürecinde korunması düşüncesi, mehz İsviçre hukukuna da hâkim olan bir ilke idi. Ancak bugün gerek kadının hukuk düzenince bu şekilde gerçek anlamda korunamadığı gerçeği karşısında gerekse ferdîyetçi görüşün hukuk sistemlerine hâkimiyetini kurmuş olması, karşı tarafın rızası veya kusuru olmaksızın da çiftlerin boşanmalarına imkân tanımaktadır. Ayrıca boşanmayı zorlaştırmak ve özellikle kusura dayalı boşanma sebeplerinin ispatında kanaat ölçüsünü yükseltmek, ayrılmayı aklına koyan çiftleri, anlaşmalı boşanma yoluna başvurmaya ve bu yolda da bu sefer yalancı tanıklar bulmaya sevk etmektedir. Zira bugün anlaşmalı boşanma hukukî sebebinde de, eşler ayrılma konusunda uzlaşsalar dahi, hâkimin çiftlerin arasında geçimsizlik olduğu konusunda kanaat edinmesi ve dolayısıyla hâkimin ikna edilmesi gerekir<sup>183</sup>. Bu durum ise, yine tarafları insan onuruna aykırı şekilde, yalancı tanıklar ‘ayarlamak’ suretiyle ispat faaliyetini sürdürmek zorunda bırakmaktadır.

**9.** Yine boşanma modelinde kusurun ispatının aranması, yargılama ekonomisi anlamında da adalet mekanizmasına ciddi bir zarar verebilecek niteliktedir. Taraflardan kusurun ispatı için delil sunmalarını beklemek, bu ispat faaliyeti için yüksek ikna ölçüsü belirlemek tarafları çok masrafsız ve basit usûlle ayrılma imkânları varken, çoğu zaman ispatı son derece güç, bazı durumlarda da imkânsız olan vakıaları ispatlama konusunda çaresiz bir çaba içerisine sokmaktadır. Bunun için çok defa tanıklar dinlenmekte, bazı durumlarda *-örneğin karşı tarafın hasta olduğunun, cinsel açıdan iktidarsız olduğunun, çocuk sahibi olamayacak olduğunun tespiti için-* bilirkişilere başvurulmakta, defalarca duruşma yapılmaktadır. Bu anlamda bu durumun usûl ekonomisi açısından yarattığı sorunlar, ayrı bir problemdir.

**10.** Boşanma davalarında kusura ilişkin ispat faaliyetinin konusu olan bilgi kaynakları ile ispat araçlarını boşanma yargılamasının hâricinde düşün-

---

<sup>183</sup> Oysa anlaşmalı boşanmanın, eşler uzlaştıkları için bir çekişmesiz yargı işi olduğu öğretilde kabul edilmektedir (*bu konuda bkz. Budak, s. 282; Özdemir, s. 117; Tutumlu, C. II, s. 1066. Aksi yönde görüş ve bu konudaki tartışmaların değerlendirilmesi konusunda bkz. Kadioğlu, s. 90-91*). Bu durumda taraflar arasında anlaşmazlık çıkıp boşanma talebi çekişmeli yargı işine dönüşmedikçe, hâkimin anlaşmalı boşanmaya sebebiyet veren geçimsizliğin boşanmaya yol açıp açmayacağını denetleyememesi gerektiği kanaatindeyiz.

düğümüzde, bütün bunların esasında kişilerin kişiliğine sıkı sıkıya bağlı unsurlar olduğu göz ardı edilmemelidir. Boşanma davasının hâricinde kişileri takip etmek için dedektif tutmak; ne yaptığını belgelemek adına ses veya görüntü kaydını almak; kişilerin özel mektuplarını, günlüklerini, bilgisayar kayıtlarını veya cep telefonu mesajlarını ele geçirmek; başlarına gelen rahatsızlıkları belgelemek adına rapor alınmasını istemek gibi olgular, mutlak olarak kişilerin özel hayatına ve Anayasa'da korunan pek çok temel hakkına haksız müdahale teşkil eder. Boşanma yargılamalarında alenîyetin kaldırılması da bu anlamda çözüm için yeterli değildir. Zira burada önemli olan sadece bu özel bilgilerin, mahkeme huzuruna ve üçüncü kişilerin de dâhil olduğu bir alana saçılması değil; tarafların, insan onuruna aykırı veya Anayasa'nın temel haklarını ihlâl edecek şekilde ispat faaliyeti yapma yükümlülüğü altında bırakılmasıdır. Bugün gelişmiş hukuk sistemlerindeki temel düşünce yapısı, evliliği sonlandırma olgusunun, bu kadar temel hakkın ihlâline göz yumacak kadar kamusal bir menfaat barındırmadığı; boşanmanın tüm sonuçları açısından tam anlamıyla olmasa da, ayrılığın sadece eşleri ilgilendiren bir karar olması yönündedir. Bu noktada önemle bir parantez açarak belirtmek isteriz ki-açıklamalarımızda da yer verdiğimiz üzere-, özellikle velâyet davaları bu gerekliliğin istisnası olarak değerlendirilebilir; zira devlet, boşanma davalarında tarafsız bir şekilde çocuğun haklarının korunmasından ve güvence altına alınmasından sorumlu olduğundan (Ay m. 41), bu ilkeler aynı hassasiyet ile velâyet davalarında uygulanmayabilecektir. Bu anlamda boşanma davalarında insan onuruna aykırı olabilecek ve ispatı için elde edilecek bulguların hukuka aykırı delil olarak nitelendirilmesi mümkün olsa da, bu deliller ölçülülük ilkesinin izin verdiği ölçüde velâyet davalarında delil olarak kullanılabilir. Örneğin kadının veya erkeğin çocuğun gelişimini olumsuz etkileyecek şekilde, haysiyetsiz hayat sürdüğünün ispat edilmesi ile bunun için örneğin tanık ifadelerine başvurulması, barındırdığı kamusal menfaat sebebiyle temel haklara müdahale olarak değerlendirilemeyecektir.

Bütün bu belirttiğimiz gerekçeler çerçevesinde medenî hukuk öğretisinde ifade edildiği üzere, -temel haklara dayalı hukuk devletlerinde yaşanan gelişmelere paralel şekilde- Türk hukuk sisteminde de kusura dayalı boşanma sisteminin tekrar gözden geçirilmesi ve hatta tamamen sistemin dışına çıkarılması, medenî yargılama hukuku esasları çerçevesinden de zorunludur.



Kişilerin temel haklara uygun ve insan onuruna yakışır şekilde ispat faaliyetini gerçekleştirebilmesi için ve aynı zamanda karşı tarafın boşanmada kusurunu ispat etmek gibi son derece güç bir ispat faaliyeti içerisine sürüklenmemesi için, bugün boşanma sebeplerinin özellikle ispat hukuku karşısında tekrar gözden geçirilmesi; bu yapılırken de özellikle mehzaz İsviçre hukuku başta olmak üzere karşılaştırmalı hukukta boşanma davası yargılamasının temel prensip ve kurallarının dikkate alınması gerekir<sup>184</sup>.

---

<sup>184</sup> Son olarak belirtmek isteriz ki, Türk boşanma yargılamasının karşılaştırmalı hukukta ve Avrupa Birliği hukukunda yaşanan gelişmeler çerçevesinde gözden geçirilmesi başka noktalardan da önem arz eder. Özellikle Avrupa Birliği'nde serbest dolaşım hakkının Avrupa Birliği vatandaşlarına tanınmasıyla birlikte evliliklerin de uluslararası yönü büyük bir artış göstermiş; bu sebeple aile hukukunun -ve bu arada boşanma ile ayrılık rejiminin- hukuk sistemleri arasında yeknesaklaştırılması ayrı bir önem kazanmıştır (**Baarsma**, s. 2-3; **Yılmaz**, s. 85 vd.). Küreselleşmenin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihat hukukunun birleştirici etkisi de eklendiğinde günümüzde konunun uluslararası ve karşılaştırmalı hukuk sistemleri ile uyum sağlaması ayrı bir öneme sahip olmuştur (**Baarsma**, s. 245, 263 vd.).

Ayrıca Avrupa'da bu konuda somut gelişmeler de kaydedilmektedir ve bu gelişmeler içerisinde 2004 yılında hazırlanmış olan "Boşanma ve Eski Eşler Arasındaki Nafakaya İlişkin Avrupa Aile Hukuku İlkeleri" önemlidir. Bu İlkeler içerisinde de, kusura boşanma sistemi içerisinde hiç yer verilmemiş; boşanma sebepleri olarak da sadece (i) karşılıklı anlaşma ile boşanma ve (ii) eşlerden birinin rızası olmaksızın boşanma imkânlarına yer verilmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Yılmaz**, s. 91 vd.

### Kaynakça

- Akgündüz, A.;** Türk Hukuk Tarihi, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul 2011.
- Akil, C.;** *Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Hukuka Aykırı Biçimde Elde Edilmiş Delillerin Değerlendirilip Değerlendirilmeyeceği Meselesi*, AÜHFD [2012], C. 61, S. 4, s. 1223-1270.
- Akyol, F.;** Boşanmada Manevi Tazminat (Yayımlanmamış YL Tezi, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), Erzincan 2013.
- Akyürek, G.;** *Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu*, TBB Dergisi [2012], S. 101, s. 61-82.
- Alangoya, Y./Yıldırım, K./Deren-Yıldırım, N.;** Medenî Usul Hukuku Esasları, 7. Bası, Beta 2009.
- Aras, B.;** Boşanma Davalarında Yargılama Usûlü ve Aile Mahkemeleri, Adalet Yayınevi 2011.
- Aras, B.;** Roma Hukukundan Günümüze Boşanma Davalarında Yargılama Usûlü (Yayımlanmamış YL Tezi), Ankara 2005. (*Roma Hukuku*)
- Arslan Öncü, G.;** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı, Beta Yayınları 2011.
- Arslandoğan Kurşuncu, B.;** Boşanma Davalarında Yargılama Usûlü (Yayımlanmamış YL Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul 2007.
- Artuk, M. E./Gökçen, A./Yenidünya, A. C.;** Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2014.
- Ateş, M.;** HMK Yargıtay İlke Kararları, 2. Bası, Cilt II, Yetkin Yayınları 2014. (*Şerh*)
- Ateş, M.;** *Hukuk Yargılamasında ve Özellikle Boşanma Davalarında Hukuka Aykırı Deliller*, Terazi Hukuk Dergisi [Şubat 2008], S. 18, s. 89-105.
- Aydın, Â.;** Türk Hukuk Tarihi, Beta 2010.

- Baarsma, N. A.;** The Europeanisation of International Family Law, Springer 2011.
- Başpınar, M.;** Boşanmanın Mali Sonuçları ve Özellikle Maddi ve Manevi Tazminat (Yayımlanmamış YL Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul 2008.
- Baumgärtel, G.;** *Ausprägung der prozessualen Grundprinzipien der Waffengleichheit und der fairen Prozeßführung im zivilprozessualen Beweisrecht*, in: Festschrift Franz Matscher zum 65. Geburtstag, Verfahrensgarantien im nationalen und internationalen Prozessrecht, Wien 1993, s. 29-39. (*Waffengleichheit*)
- Baumgärtel, G.;** *Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess*, Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag, Band II, Dr. Peter Deubner Verlag 1983, s. 477-492.
- Baygın, C.;** Soybağı Hukuku, Oniki Levha 2010.
- Berkin, N.;** Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul 1980.
- Belgesay, M. R.;** *Aile Hayatı ve Boşanma ve Kaziyeli Muhkemeye İtiraz*, Ahmet Esat Arsebük'ün Aziz Hâtrısına Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayımı 1958, s. 215-270.
- Bolayır, N.;** Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü, Vedat Kitapçılık 2014.
- Budak, A. C.;** *Prof. Dr. Baki Kuru'nun "Nizasız Kaza" İsimli Eserinden Beri Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Başlıca Değişiklikler*, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 273-303.
- Burcuoğlu, H.;** *Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (1982-1983), C. 48, S. 1-4, s. 113-140.
- Cansel, E.;** *Boşanmanın Dayandığı Esaslar*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı 1925-1977, Cilt II, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 407, 1977, s. 67-112.

- Centel, N./Zafer, H.;** Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Bası, Beta 2014.
- Cin, H.;** Eski Hukukumuzda Boşanma, 2. Baskı, Konya 1988.
- Cin, H./Akyılmaz, G.;** Türk Hukuk Tarihi, Konya 2011.
- Çınar, A. R.;** *Hukuka Aykırı Kanıtlar*, TBBD, 2004/55, s. 31-64.
- Demirhan, B.;** İslam ve Türk Hukukunda Kazâî Boşanma Sebepleri (Yayımlanmamış YL Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul 2013.
- Eren, F.;** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2008.
- Ersoy, A.;** Aile Hukukumuzda Boşanma Sebebi Olarak Pek Kötü veya Ağır Derecede Onur Kırıcı Davranış (Yayımlanmamış YL Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul 2010.
- Feyzioğlu, F. N.;** Aile Hukuku, 3. Baskı, Filiz Kitabevi 1986.
- Fink, A.;** Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess, 1994 Köln.
- Frier, B. W./McGinn, T. A. J.;** A Casebook on Roman Family Law, Oxford University Press 2004.
- Gilles, P. [Çev.: Pekcanitez, H.];** *Yargı Faaliyetinde Kişiliğin ve Kişilik Alanının Korunması*, İzmir Barosu Dergisi, Ocak 1996, Y. 61, s. 9-28.
- Güneşlioğlu, F.;** Boşanma ve Boşanmanın Hukukî Sonuçları, (Yayımlanmamış YL Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul 2009.
- Gürdoğan, B.;** *Boşanma Davalarına İlişkin Usûl Hükümleri*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı 1925-1977, Cilt II, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 407, 1977, s. 205-218.
- Gürsoy, K. T.;** *Boşanma Hukukunun Tarihi Gelişimine Genel Bir Bakış ve Boşanma Sebeplerinde En Yeni Eğilimler*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı 1925-1977, Cilt II, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 407, 1977, s. 1-45.

- Habscheid, J. W.;** *Das Persönlichkeitsrecht als Schranke der Wahrheitsfindung im Prozessrecht*, Gedächtnisschrift für Hans Peters, Springer Verlag 1967, s. 840-874. (*Persönlichkeitsrecht*)
- Habscheid, J. W.;** *Beweisverbot bei illegal, insbes. Unter Verletzung des Persönlichkeitsrechts, erlangten Beweismitteln*, Gedächtnisschrift für Peter Arens, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung München 1993, s. 187-200.
- Hatemi, H.;** Aile Hukuku I, Evlilik Hukuku, Vedat Kitapçılık 2005.
- Helvacı, S.;** *İsviçre ve Türk Hukukunda Boşanma Sebepleri*, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, 2. Cilt, İstanbul 2002, s. 1151-1169.
- Honsell, H./Vogt, N. P./Geiser, T. (Hrsg.);** Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, Basler Kommentar, 2. Auflage, Helbing & Lichtenhahn 2002.
- Kadioğlu, N.;** Aile Mahkemelerinde Yargılama Usûlü (Yayımlanmamış YL Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul 2007.
- Karlı, A.;** Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2012.
- Kaya, M.;** *Telekomunikasyon Alanında Kişilik Haklarının Korunması*, Ankara Barosu Dergisi 2010/4, Y. 68, s. 279-334.
- Kaygısız, M./Sever, H.;** *Dünyada Türkiyede Uygulamada Dedektif Sizsiniz*, Seçkin 2014.
- Kılıçoğlu, E.;** Medeni Yargılamada Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Delillerin Kullanılması (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2011.
- Kılıçoğlu, E.;** *Gizli Babalık Testlerinin Soybağının Reddi Davasına Etkileri ve Bu Bağlamda Alman Hukukunda Hukuki Babanın Biyolojik Babalığının Açıklığa Kavuşturulması Talebinin Tanınması -Yargılama Hukuku Perspektifinden Bir Bakış-*, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 16 S. 3-4, 2010, s. 279-307. (*Babalık testleri*)
- Koca, M.;** *Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı*, AÜHFD (2000), C. IV, S. 1-2, s. 105-146.
- Kodek, G. E.;** *Even if you steal it, it would be admissible - Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Zivilprozess*, in: *Recht ohne Grenzen*,

Festschrift für Athanassios Kaissis zum 65. Geburtstag, Sellier European Law Publishers 2012, s. 523-549.

**Kodek, G. E.;** Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Zivilprozess, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 1987. (1987)

**Köprülü, B./Kaneti, S.;** Aile Hukuku, İstanbul 1985/1986.

**Odendahl, H.;** *Boşanma ve Boşanmada Kusur Meselesi Üzerine Düşünceler*, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s. 643-657.

**Odendahl, H./Uslu, B.;** *Alman Boşanma ve Nafaka Hukuku Mevzuatı*, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, Ankara 2010, C. II, s. 1499-1512.

**Oğuzman, K./Dural, M.;** Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1998.

**Özbek, M.;** *Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Aile Arabuluculuğu Konulu Tavsiye Kararı*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 2, s. 71-102.

**Özbek, V. Ö./Kanbur, N./Doğan, K./Bacaksız, P./Tepe, İ.;** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Seçkin 2014.

**Özbek, V. Ö./Kanbur, N./Doğan, K./Bacaksız, P./Tepe, İ.;** Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Seçkin 2014. (*Ceza Muhakemesi*)

**Özbudun, E.;** *Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı 1925-1975, C. I, Ankara 1977, s. 265-295.

**Özdemir, H.;** *Haberleşmenin Gizliliği ve Kişisel Veriler*, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2009, C. XIII, S. 1-2, s. 285-303. (*Özdemir, H.*)

**Özdemir, N.;** Türk-İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, Beta 2003.

**Özden, S.;** Boşanma Sebepleri Bakımından Aile İçi Şiddet (Yayımlanmamış YL Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul 2010.

**Özekes, M.;** Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Yetkin Yayınları 2003.

**Öztan, B.;** Aile Hukuku, 5. Bası, Turhan Kitabevi 2004.

- Öztan, B.;** *Türk Medenî Kanunu'na Göre Evliliği Sona Erdiren Sebepler, Özellikle Boşanma*, Prof. Dr. Turgut Kaplısüz'e Armağan, Ankara 2003, s. 713-728. (*Boşanma*)
- Öztunç, Ö.;** *Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller (Yayımlanmamış Doktora Tezi)*, İstanbul 2010.
- Öztürk, B. (Edt.);** *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Baskı, Seçkin 2014.
- Öztürk, Ö.;** *Genel Boşanma Sebepleri (Yayımlanmamış YL Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü)*, İstanbul 2010.
- Palandt,** *Bürgerliches Gesetzbuch*, 70. Auflage, Verlag C.H. Beck München 2011.
- Pekcanitez, H.;** *Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi*, Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. 2, Ankara 2009, s. 789-850.
- Pekcanitez, H./Atalay, O./Özekes, M.;** *Medenî Usûl Hukuku*, 14. Bası, Ankara 2013.
- Petek, H.;** *Terke Dayalı Boşanmada Manevî Tazminat*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010, C. 12, S. 2, s. 43-78.
- Peters, E.;** *Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise und Beweismittel im Zivilprozess*, ZZP 76 (1963), s. 145-188.
- Reichenbach, S. B.;** *Zivilprozessuale Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Informationen am Beispiel heimlicher Vaterschaftstests*, AcP 206 (2006), s. 598-623.
- Schwab, K. H.;** *Unzulässigkeit von Beweismitteln bei Verletzung des Persönlichkeitsrechts*, Festschrift für Heinrich Hubmann zum 70. Geburtstag, Beiträge zum Schutz der Persönlichkeit und ihrer schöpferischen Leistungen, Frankfurt am Main 1985, s. 421-434.
- Serin Of, E.;** *Boşanmanın Malî Sonuçları (Yayımlanmamış YL Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü)*, Konya 2008.
- Serozan, R.;** *Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler*, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s. 759-777. (*Soybağı*)
- Serozan, R.;** *Çocuk Hukuku*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık 2005.

- Sert, S.;** *İnternet Yoluyla Elde Edilen Kişisel Verilerin Genel Boşanma Sebepleri Arasında Değerlendirilmesi Meselesi*, TBBD 2015, S. 116, s. 275-292.
- Soyaslan, D.;** Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2014.
- Soyaslan, D.;** *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller*, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII, S. 3-4, Erzincan 2003, Cumhuriyetin Sekseninci Kuruluş Yılına Armağan, s. 9-22.
- Şen, E.;** Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller, İstanbul 1998.
- Tanrıver, S.;** *Türk Medeni Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Durumunun İrdelenmesi*, TBBD 2006, S. 65, s. 368-377.
- Tekinay, S. S.;** Türk Aile Hukuku, 4. Bası, İstanbul 1982.
- Topçuoğlu, H.;** *Çeşitli Toplum ve Kültür Tipleri ve Boşanma Nedenleri*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı 1925-1977, Cilt II, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 407, 1977, s. 47-66.
- Tresenreuter, P.;** Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess, Verlag Dr. Kovac 2006.
- Tunç Türköl, D.;** Boşanma Davalarında Manevi Tazminat (Yayımlanmamış YL Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), Ankara 2013.
- Tutumlu, M. A.;** Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku, C. I, 2. Baskı, Seçkin 2009. (Cilt I)
- Tutumlu, M. A.;** Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku, C. II, 2. Baskı, Seçkin 2009. (Cilt II)
- Tutumlu, M. A.;** *Hukuk Davasında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin İspat Değeri*, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. II, Ankara 2010, s. 2155-2162.
- Umar, B.;** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları 2011.
- Ünver, Y./Hakeri, H.;** Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet 2014.
- Üstündağ, S.;** Medenî Yargılama Hukuku, C. I-II, İstanbul 2000.



**Velidedeoğlu, H. V.;** Türk Medenî Kanunu, Aile Hukuku, Cilt II, 5. Bası, İstanbul 1965.

**Yaşar, O./Gökcan H. T./Artuç, M.;** Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. III, Madde 86-146, Adalet Yayınevi 2010.

**Yıldırım, M. K.;** *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Yasakları ve Özellikle Taraflarca Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Deliller*, Erdoğan Teziç'e Armağan, İstanbul 2007, s. 861-869.

**Yılmaz, C.;** *Avrupa Birliği'nde Aile Hukuku'nun Uyumlaştırılması*, MÜHF - HAD, C. 14, S. 1-2, s. 85-113.

**Yüksel, M.;** *Mahremiyet Hakkı ve Sosyo-Tarihsel Gelişimi*, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, S. 58, C. 1, s. 181-213.

**Zeiss, W.;** *Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel*, ZZP 89 (1976), s. 377-399.

[http://w3.gazi.edu.tr/~battal/kitaplar/bosanma\\_sebepleri.pdf](http://w3.gazi.edu.tr/~battal/kitaplar/bosanma_sebepleri.pdf); Boşanma Sebepleri, Bilimsel Araştırma Projesi Uygulama Sonuçları (Nihâî Rapor), Proje Yürütücüsü: Ahmet Battal, T.C. Başbakanlık Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü/Akademik Dayanışma Araştırma ve Geliştirme Vakfı, Ankara 2008.