

PAPER DETAILS

TITLE: İsviçre ve Türk Hukukunda Sıddetli Geçimsizlik Nedeniyle Bosanma

AUTHORS: P SCHWABZ

PAGES: 0-0

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/37439>

İSVİÇRE VE TÜRK HUKUKUNDA ŞİDD SEBEBİYLE BOŞANMA

I

İsviçre

Dr. Sai

Siyasal

İsviçre Medenî Kanununa dayanan Tür
yürürlüğe girmesinden bu yana otuz altı yıl
itibarla, toplumun temeli ile ilgili bir alanda
mevcut bulunan içtihatlar arasında bir karşı
vakit erken sayılamaz. Gerçekten, bir çok t
nuçlarıyla boşanma, mahkemelerce uygulan
yalnız dâvaya taraf olanları değil, fakat en g
bağlı olduğu bütün toplumu ilgilendirir. A
nin, geçmişleri, dinî inanışları ve örf ve âde
den temeldeki felsefeleri ile ilgili olarak

larına uyması ve onları takip etmesi halindedir olabilir. Oysa ki, bu durum, İsviçre'de, genel kuraldır. Zira, boşanma alanında, İsviçre'nin muhtelif sında mevcut bulunan çok değişik görüşler dolayısıyla mahkemeler birbirinden az veya çok farklı bir içtihatlar sergiler. Bu vakıa, Türkiye'deki anlamda bir «Türk içtihadı»na bakımından bahse konu olmayacağını göstermek için bir deyimle, Türkiye'de «Türk İçtihadı»nın kullanılması İsviçre'de bir «İsviçre İçtihadı»ndan bahsedilemez. Bu araştırmaya okunurken iki memleket içtihatlarının farklılığına dikkatli olan bu temelli fark, gözden uzak tutulmamalıdır.

I — Boşanmanın Genel Sebeplerinin Boşanma Kanunlarına Kıyasla Önemi :

1) T ü r k i y e ' d e :

Türk Medenî Kanunu, boşanma sebeplerini düzenleyen maddeleri arasında düzenlemiştir.

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

in	Geçimsizlik	Terk	Hastalık	Sair sebepler	Bilinmeyen Sebepler	Toplam
	2505	325	12	252	29	4027
	3515	506	16	377	101	6187
	4968	447	21	210	62	7873
	5582	899	23	186	57	8832
	5972	1042	33	192	75	9486
	6338	1096	21	219	96	9908
	6578	1221	25	139	131	10155
	6756	1316	23	218	99	10455
	7426	1172	25	229	110	11205
	7170	1155	37	238	71	10619
	7870	1367	33	248	43	11294

Yukarıdaki rakamlar gösteriyor ki, 134 üncü r düğü genel sebepler, her yıl, diğer bütün boşan toplamını aşan, hattâ birçok yıllar bu toplamın il len sayıda boşanmaya yer vermektedir. Ayrıca, « karlara bağlanmış olan boşanmaları da, genel sel isabetsiz sayılamaz. Zira, aslında, özel terk duru terk hâdisesinde bir geçimsizlik vardır. Eşler, 132 İsviçre Medenî Kanununun 140 ncı maddesine na kısa olan sürelerini (4) gözönünde bulundurarak konu olan şartların gerçekleşmesi halinde, bunun 1 den daha kolay bir boşanmaya götüreceğini d «terk» yolunu tercih ederler.

2) İ s v i ç r e ' d e :

Bütün İsviçre için, boşanmanın genel sebepler leri arasındaki oran, rakam itibarıyla karşılaştırıl rinci gruba giren sebeplere ait rakamın ikinci gr lerin iki katından fazla olduğu görülür. Örneğin, 1 me bağlanan 4683 boşanmanın 3319 u genel sebep

Bununla beraber, bütün İsviçre'yi ilgilendire ğil, fakat bilhassa değişik İsviçre kantonlarına ait nünde bulundurmamak yerinde olur. Gerçekten, böyl pıldığı takdirde, öyle farklı durumlarla karşılaş ikinci grup sebeplere ait rakamların tümü üzeri

açığa vurduğu bu başkalık, aslında tarafların kat mahkemelerin genel olarak, birbirlerinden rini ve özellikle evliliğe verdikleri değişik m larını yansıtmaktadır. Bu konuda, bazı ma dercidirler ki, kanunun kusurdan bahsettiği sakınılmaz bir alinyazısı gibi görmeyi tercih layışın sonucudur ki, dâvâcı tarafından diğ vâda açıklıkla ileri sürülen tek olay olduğu madde uyarınca yani boşanmanın genel sebe şanmaya hükmedildiği görülmüştür. Bu ha dan önce de eşler arasında bir geçimsizlik si, buna karşılık, dâvâcının, zinanın, her geçimsizlikten evvel veya sonra mevcut ol bulunmadığını söylemesi, genel sebepler çe ya hükmetmek için yeter sayılmıştır. Bu i hafiflik ifade ettiğinde şüphe yoktur. Bu kantonlarda, zina sebebiyle boşanmaların mektedir. Söylemek gerektir ki, bu yolda tutumu gerçeği daha çok yansıtan bir mal tecrübe, bir çok karı-kocanın hislerinin ya arzularının ailenin dışında bir başka yerde dar kötü bir ahengin hüküm sürdüğü ail gayret ettiklerini göstermektedir. Elasen, b kocayı birbirleri için yapılmamış birer me termeye yönelen boşanma istemlerine bu itimat göstermemektedir. Bu hallerde, avu tanıdıklarından», müşterilerine gerçeği sö

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

Herşeyden evvel, İsviçre Medenî Kanununun «Causes indéterminées» (belirsiz - gayri muayyen - ğını taşıırken, Türk Medenî Kanununun 134 üncü maddesindeki «geçimsizlik» başlığını taşımaktadır. Bu iki başlığın aynı ğında şüphe yoktur. 134 üncü maddenin bu başlığın müphem olduğu halde, aynı maddenin metni, İsviçre Medenî Kanununun 134 üncü maddesinin birinci fıkrası göz önüne alındığında şu zaman bunun da İsviçre aslından az da olsa farklı olduğu görülür: «Aralarında müşterek hayatın çekilmez bir hâle getirecek derecede şiddetli bir geçimsizlik bulunan bir çiftten her biri, boşanma dâvasında...

Buna karşılık, İsviçre Medenî Kanununun aynı maddesinin ikinci fıkrasında aslından dilimize, metne bağlı olarak, şu şekilde çevrilmiştir: «Aile bağının ortak hayatı çekilmez bir hâle getirecek derecede zedelenmiş olması halinde eşlerden biri boşanma dâvasında...

Görüldüğü gibi, iki metin farklıdır: Türkçe metinde «geçimsizlik» ifadesi kullanılırken, Fransızca metinde «aile bağının ortak hayatı çekilmez hâle getirecek derecede zedelenmiş» ifadesi kullanılır. Bu zedelenmiş...

Almanca ve İtalyanca metinlere gelince, bu «bu iki metnin hemien hemien aynı anlamda olan sebetinin kökünden sarsılması) mânâsına gelen bu mu objektif bir şekilde ve güzel ifade» ettiğini ler. Buna karşılık, İtalyanca metnin kanun koyucunun en iyi ifade ettiği üzerinde birçok müelliflerdir (7).

Maddenin ikinci fıkrasına gelince, bunun de yanlış bir yoruma yer verecek şekilde olduğunu ekir. Bu durum, özellikle, zahiren İsviçre aslında rünen türkçe metin için daha da çok bahse konu geçen türkçe metin şudur: «Eğer geçimsizlik, i daha ziyade kabili isnat ise boşanma dâvasını i diğer tarafa aittir.».

Bu vesile ile söyliyelim ki, fıkranın bu metnin tatbikatında şiddetle tartışılmakta ve farklı yorum edilmiş bulunmaktadır. Oysa ki, aynı metin, İsviçre'de geçirilen çok önemsiz tereddütler bir yana b ne doktrinde ne de tatbikatta herhangi bir tartışacak bir yoruma kavuşmuş bulunmaktadır. Biraz nu tekrar ele alınacaktır (Bkz.: IV, 1).

III — İsviçre ve Türk Medenî Kanununun Maddelerinin Birinci Fıkrasının Yorumu :

b) Bu geçimsizlik ortak hayatın devamına
lıdır.

Bunları sıra ile ele alalım :

a) *Geçimsizlik:*

Doktrin, geçimsizliği, bu madde uyarınca bo
şartı olarak görmektedir.

Eşler arasında, birbirlerine karşı, sevgi, sa
rın hattâ dostane duyguların devamlı süre için
halinde geçimsizlikten bahsedilir. Buna karşılık,
ve mevziî tartışmalar 134 cü madde anlamında
kabul edilemez. Demek oluyor ki, geçimsizliğin
nin kapsama alanına girebilmesi için, bunun der
arzetmesi ve özellikle, eşlerden biri ile diğerinin
da değil, bizzat eşler arasında mevcut olması ge
dir ki, haklı olarak, Temyiz Mahkemesi İkinci H
1950 tarih ve E 5721/K 5181 sayılı bir kararın
validesi arasındaki geçimsizliğin, Medenî Kanunu
si uyarınca bir boşanma nedeni olarak kabul e
rara bağlamıştır.

Diğer yandan, boşanmaya hak vermesi için,
sizliğin değil, fakat «şiddetli geçimsizliğin» me
dır. Bundan dolayıdır ki, bir hiddet esnasında
gösteren, şiddetli geçimsizliğin, boşanma nedeni

Geçimsizliği doğuran nedenlerin farklı Türk doktrin ve tatbikatı, 134 ncü maddede hak veren bu nedenleri üç grupta toplama

aa) **Fizik nedenler:** Zührevî hastalıklar, lıkları, bütün aileyi ve özellikle çocukları t talıklar ve nihayet alkolizm.

Bu vesile ile, kısırlığın bir boşanma s ığı sorulabilir. Medenî Kanunda bir boşanm edimemiş bulunan kısırlık, Temyiz Mahkem sebep teşkil etmemektedir. Nitekim Türk kararında bu yoldaki görüşünü şöyle ifade arasında şiddetli geçimsizlik isbat edilmedi sindaki yaş farkı ve kadının kısırlığı 134 ü boşanma nedeni olarak kabul edilemezler.

bb) **Manevî veya ruhî nedenler:** Karı - k ıkarşı duyduğu kayıtsızlık veya kin. (15) y da uzlaşması imkânsız bir görüş ve anlayış

cc) **Ekonomik nedenler:** Kötü bir ekon sebep teşkil edebilir, ancak bu, onu doğura neğin, ekonomik bir kriz veya piyasanın de ğişmesi sonucu olan aile servetinin tama boşanma istemine hak vermez. Buna karşı

rarında bu konuya dokunan Temyiz Mahkemesi tılmıştır. Gerçekten İkinci Hukuk Dairesinin E 1286/K 3196 sayılı kararına göre: kocanın karı bakımına yeterli olmamasından doğan geçimsizlik nedeni değildir. Birbirlerine karşı müzaheretle m bir muavenet müessesesine müracaatla, muzaya bilirler (18).

b) Geçimsizlik Ortak Hayatı Çekilmez Hâle Getirmelidir

Bu, 134 üncü maddenin uygulanması için gerekli Gerçekleşmesi asıl itibarıyla, her kişinin eğitimine, göreneklerine ve aile anlayışına bağlı olan bu s 134 ncü maddenin sübjektif koşulu olarak kabul itibarla, burada, problemin çözümü, her özel dur ta mahkemenin takdir yetkisi içindedir. Gerçek çevreleyen bütün şartları ve özellikle tarafların a hüküm süren âdetleri ve hayat anlayışını dikkat rumundadır. Bunu yaparken hâkim, ortak hay getirdiği ileri sürülen hususları, kendini dâvâcı yarak takdir etmelidir. Başka bir deyimle, buad dan incelenecek konu, ortak hayatın **her iki eş** mez hâle geldiğini değil, fakat mahkeme önüne se zaran, **dâvacıdan** ortak hayata devamın istenebil dir.

Hâkimin dikkate alması gereken bir diğer birliğin süresidir. Gerçekten henüz inkisaf etm

çözümü için yeterli değildir. Zira, genel olarak hiç bir suretle vukua gelmediği evlilikler, çoğu bugün kökü kurumakta olan eski gerçeklerinden Gerçekten, köy çevrelerinde ve kapalı muhitlerde, b ebeveyni tarafından yapılan zorunlu bir seçim karş onların seçtiği bir kızla ve aile zoruyla evleni yi ebeveyninin zoru ile kabul etmiş olan güveyin, kendisine zorla kabul ettirilen aday için hiç bir hattâ aynı çevrede başkasını sevmektedir. Bu sebe lenmede» hiç bir şekilde birleşmeyi tercih etmemi şor ki, burada birleşmeme aslında bir his bağını dan doğmaktadır. Bu itibarla, bizce, Temyizin pr künden incelemesi, gerçekten his bağının bulun meme fiilinin uzun yıllar sürdüğü hallerde, eşler a larının ve itimadın mevcut olmadığı gerekçesiyle de uyarınca boşanmaya karar verme yoluna gitme ile söyliyelim ki, birleşmenin vukua gelmediği bu de, Temyiz Mahkemesi, terk sebebiyle boşanma d ğını, haklı olarak, içtihat etmiştir. (21).

Kızlık alâmetinin mevcut olmaması Medenî şanma sebebi değildir. Fakat Türkiye'de hüküm is lerin buna bağladığı özel önemi gözönünde bul Mahkemesi, bekâret noksanını 134 ncü madde ç bir boşanma nedeni olarak kabul etmeye meyled dir. (22)

de edilmesine dahi imkân vermemektedir. Bu karşılaştırma konusu yaptığımız iki memleket ar- hattâ aynı memleketin muhtelif mahkemeleri başkalık bulunması sonucunu doğurabilir.

Fakat bütün bunlara ve Türkçe metnin İsviçre'nin 142 nci maddesinin birinci fıkrasına «şiddetli geçimsizlik» terimi ile ek bir eleman ilâve eder gibi görün- men, iki memlekette kaydedilen bu prensip bir- çekicidir ve hattâ hayret vericidir. Bu durum, kullanılan «geçimsizlik» teriminin İsviçre Mev- 142 nci maddesi birinci fıkrasında geçen «aile ba- si - ihlâli - (l'atteinte au lien conjugal) teriminde anlaşılmadığını gösterir.

Herşeyden evvel söyleyelim ki, Türk içtihadı anlamındaki «şiddetli geçimsizlik» in, «devamlı olması üzerinde ısrar ederken, İsviçre mahkemelerinin uygulanması için aile bağının kopmasının olmıyacak» (irrémediable) (23) bir özellik taşı- maktadır. Bu ilki tutumun aynı olduğunda şüphe başka, İsviçre'de de Türkiye'de olduğu gibi, geç- veya belirtisi olarak ileri sürülen olayların, boşan- mesi için, bunların ciddî bir mahiyet arzetmesi g- ğinin devamına son verebilecek mahiyette olan İsviçre içtihadı bu konuda da Türkiye'de uygulan- esaslı surette ayrılmamaktadır. Örneğin, genel ol- lığı özelliği taşıyan hastalıklar İsviçre'de boşan-

etmek istemiyen veya kusurunu itiraf ettiği takdirde, ruma düşecek olan eşlerden birinin bu kusurunu ödenen bir vasıtaadır.

Birçok müelliflerin tenkidine rağmen (25) özellikle, boşanmanın fer'î sonuçları bakımından aile hukukuna ve hattâ aklı-selime aykırı neticelere yol açan bu tip taktiklerde, cezayı gerektirici hiç bir sebep yoktur. Buna karşılık, diğer mahkemeler, karşılıklı hakaret ve sadakatsızlık şeklinde belirtilen hâdiselerden daha acı ve daha ciddî ihtilâflar olabileceğini ihmâl eder görünmektedirler. Bununla beraber, yalnız zevklerden ibaret olan bir anlaşmazlığın dahi boşanma gösterebileceği prensibi, hiç kimsenin ciddî surette göremeyeceği bir prensip olmakta devam etmektedir.

Ekonomik nedenlere gelince, burada da İsviçre prensipleri Türkiye'de uygulananların aynıdır. Eşlerden birinin fakirlik ve fakirliğe düşmesi, tek başına bir vak'a olarak boşanma isteminde bulunması için yeterli değildir. Karşılıklı olarak, «birbirine... müzaheret...» zorunluluğu (mad. 159 = T.M.K. mad. 151), eşlerden birinin, diğerini yetersizliğini ileri sürerek boşanma isteminde bulunmasıdır. Tabii olarak, eşlerden birinin ve özellikle kocanın veya kötü niyetle ailenin ihtiyaçlarını karşılamadığı veya imkânlara sahip bulunmasına rağmen, ailenin ihtiyaçlarını da hiç bir endişe duymaksızın, bunların tamamını kendisinin kısmını yalnız şahsı için kullandığı takdirde durum

sına dayanak olmak üzere üçüncü kişinin tanıklık hâkim şu problem ile karşı karşıyadır: Hâkim karar verebilmesi için tanıklık neyi kapsamalıdır? Tanıklığın, tanıklığının şiddetli geçimsizliği isbat edebilmeleri söylemelidir, tanıklığı ne yolda olmalıdır?

Bu problem Türk Temyiz Mahkemesince ele alınırken görüşü şu yoldadır: «Dinlenen şahitlerin beyanları olan hususata tayin ve tasrih etmemesine ve tanıklığın geçimsizliği mucip sebep ve hâdiseler beyan ve mücerret geçimsizliğin vukuuna şahadet boşanma kararına yet eylememesine göre...» (28)

Temyiz Mahkemesinin bu yoldaki tutumunu tartışma konusu olmuştur. Velidedeoğlu'na göre yönüyle isabetli, diğer bir yönüyle de isabetsizdir.

a) Doğru yön şudur: Mücerret geçimsizliğin boşanma hükmünün verilmesi için yeterli değil. Boşanma dâvasında tarafların tanıklarının, «bunlar evli değiller; evlilik birliği kökünden sarsılmıştır; bu de az çok kusuru vardır veya yoktur» yolundaki beyanların boşanmaya karar vermesi için yeter bir ifade değildir. Zira böyle bir ifade karşısında boşanmaya hükme geçilebilir. Zira böyle bir durum boşanmayı bir «muvazaa işi» haline getirir.

b) Gene aynı müellife göre, bu kararda isabetli ise, tanıktan «taraflar arasındaki geçimsizliği mucip hâdiselerin beyanının yapılması» istenmelidir.

sorabilir. Fakat şahitler bunları bilmiyorsa ne olacak evlilik birliğinin kökünden sarsıldığını gösteren bu delilleri öğrendikten ve müşterek hayatın taraflar için çirkinleştiği ile gelmiş olduğuna kanaat getirdikten sonra, sırf ilâhi mucip sebeplerini şahit beyan etmedi diye dâvayı reddetmezdir? Mademki şiddetli geçimsizlik vardır; evlilik bittir ve bütün bu hâdiseler bunu göstermektedir, artı diğer doğuran ruhî veya maddî sebepler ne olursa olsun karar vermek gerektir. (Bu itibarla), Temyiz Mahkemesi'nin maksadı (geçimsizliği mucip sebep ve hâdiselerden ibaret) değil, (geçimsizliği gösteren hâdiselerin beyanı) olacaktır. Şerhiyyet'teki (mucip sebep) tâbirinin hâkimler için da'vada mucip olacağı da âşikârdır.»

Velidedeoğlu'nun bu ihtihada yönelttiği teni Gerçekten, Mahkeme, tanıktan geçimsizliğe delil hâdiseleri anlatmasını isteyebilir; ancak bunların g köklerini bilmesini ondan isteyemez. Bu itibarla, mesinin, tanıktan «... taraflar arasındaki geçimsizlik ve hâdiselerin beyanının...» istenmesi şeklindeki iç «... taraflar arasındaki geçimsizliği mucip hâdiseler şeklinde değiştirmesi temenni edilir.

B. İsviçre'de :

Herşeyden evvel işaret edelim ki, Türk Temyiz İctihadı'nın aksine olarak ne İsvicre İctihadı ne

sına dayanak olmak üzere üçüncü kişinin tarâf hâkim şu problem ile karşı karşıyadır: Hâkim karar verebilmesi için tanıklık neyi kapsamalıdır? Tanıklığın, tanıklığının şiddetli geçimsizliği isbat edebilmek için, tanıklığın ne yolda olmalıdır.

Bu problem Türk Temyiz Mahkemesince ele alınırken, mahkemenin görüşü şu yoldadır: «Dinlenen şahitlerin beyanları, hususatı tayin ve tasrih etmemesine ve tahrirî geçimsizliği mucip sebep ve hâdiseler beyan ve mücerret geçimsizliğin vukuuna şahadet boşanma hükmüne yet eylememesine göre...» (28)

Temyiz Mahkemesinin bu yoldaki tutumunu tartışma konusu olmuştur. Velidedeoğlu'na göre mahkemenin yönüyle isabetli, diğer bir yönüyle de isabetsizdir.

a) Doğru yön şudur: Mücerret geçimsizliğin boşanma hükmünün verilmesi için yeterli değil. Boşanma dâvasında tarafların tanıklarının, «bunlar birbirini sevmiyorlar; evlilik birliği kökünden sarsılmıştır; boşanma de az çok kusuru vardır veya yoktur» yolundaki beyanların boşanmaya karar vermesi için yeter bir ifade değildir. Zira böyle bir durumda boşanmaya hüküm verilemez. Zira böyle bir durum boşanmayı bir «muvazirane» işi haline getirir.

b) Gene aynı müellife göre, bu kararda isabetsizlik, tanıktan «taraflar arasındaki geçimsizliği mucip sebeplerin beyanının» istenmesidir. Varsayalım ki, tarafların geçinememeleri için bir sebep gösterilsin.

sorabilir. Fakat şahitler bunları bilmiyorsa ne ol-
 evlilik birliğinin kökünden sarsıldığını gösteren b-
 leri öğrendikten ve müşterek hayatın taraflar için
 le gelmiş olduğuna kanaat getirdikten sonra, sırf
 mucip sebeplerini şahit beyan etmedi diye dâvay-
 tir? Mademki şiddetli geçimsizlik vardır; evlilik
 tır ve bütün bu hâdiseler bunu göstermektedir, a-
 ri doğuran ruhî veya maddî sebepler ne olursa o-
 karar vermek gerektir. (Bu itibarla), Temyiz Ma-
 dan maksadı (geçimsizliği mucip sebep ve hâdis-
 ğil, (geçimsizliği gösteren hâdiselerin beyanı) ola-
 tihattaki (mucip sebep) tâbirinin hâkimler için d-
 mucip olacağı da âşikârdır.»

Velidedeoğlu'nun bu içtihada yönelttiği ter-
 Gerçekten, Mahkeme, tanıktan geçimsizliğe delil
 hâdiseleri anlatmasını isteyebilir; ancak bunların
 köklerini bilmesini ondan isteyemez. Bu itibarla,
 mesinin, tanıktan «...taraflar arasındaki geçimsiz-
 ve hâdiselerin beyanının...» istenmesi şeklindeki i-
 «...taraflar arasındaki geçimsizliği mucip hâdis-
 şeklinde değiştirmesi temenni edilir.

B. İ s v i ç r e ' d e :

Herşeyden evvel işaret edelim ki, Türk Temyiz

(30) tarihli bir kararında, boşanmaya, asıl itibar müşkülpesent, dikkatli, çabuk kızan ve kıskanç yen tanık ifadelerine dayanarak hükmeden kanton kararını tasvip etmemektedir. Federal Mahkeme, bu karakter zayıflıklarının «bunları isbat eden açık hak delillere dayanmadıkça» boşanmaya karar vermek madıklarına hükmetmiştir. Buna sebep olarak Mahkemesi bizzat karakter zaafının boşanma nedeni bunların bir boşanma istemine dayanak olarak ileri için gerçekten ortak hayatı çekilmez hâle getirecek hür... etmeleri gerektiğini...» karar altına almıştır. makla, Federal Mahkeme dolaylı da olsa, bu hallerde tanıklık yükünün mahiyetini tesbit etmiş olmaktadır. gerekir ki, Federal Mahkemenin bu yoldaki tutumu **varlığı** konusunda Türk Temyiz Mahkemesinin tanık kabul ettiği prensibin aynıdır.

IV — İsviçre ve Türk Medenî Kanunlarının 14 Maddelerinin İkinci Fıkralarının Yorumu :

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

Türk Medenî Kanununun 134 ncü maddesinin şudur: «Eğer geçimsizlik, iki taraftan birine daha zı nlat ise boşanma dâvasını ilkame hakkı ancak diğer

Temyiz Mahkemesinin bu yoldaki yerleşik içtihadı «...Boşanma sebeplerinden dolayı geçimsizliğin taraf sine daha ziyade kabili isnat ise boşanma dâvasını ikâme edecek diğer tarafa ait olacağı cihetle bu nokta nazara alınarak evvelemirde boşanma dâvasını ikâmeye selâh olmadığına tâyini lâzım ve dairei hususiyenin bu noktada karar verit iken ısrar edilmesi kanuna muhalif hükmün bozulmasına karar verildi» (33).

Bu içtihada göre, Temyiz Mahkemesi, herşeyden önce re'sen dâvacının kusurlu olup olmadığının araştırılmasını, kusurlu ise dâvayı derhal red etmesi gerektiğini söylemektedir. «dâvacının dâva hakkının tahakkukunda bir şart görmektedir.

Temyiz Mahkemesinin bu içtihadı Türk doktrini tarafından tenkit edilmiş ve tartışmalara yol açmıştır. Gerçekten bir'e göre, 134 ncü madde uyarınca boşanma istemi üzerine dayandırılan bir içtihat, kanunun ruh ve anlamıdır. (35). Zira:

a) Geçimsizlik, eşlerden ikisinin dahi kusursuz olmasına rağmen mevcut olabilir. Geçimsizlik, onların karakter ve davranışlarından kaynaklanabilir. Bu takdirde, evlilik bağının temelini oluşturan güven ve saygıya dayanarak kurulmuş olmasına rağmen kusurlu eşin bulunmaması dolayısıyla boşanma kararı verilmelidir?

b. Temyiz Mahkemesinin bu görüşüne göre kusur kavramını ortadan kaldıran bir sebeptir. Bu duruma göre, saygı ve iyi niyetle hareket eden eş, acılan boşanma kararıyla karşılaşmaz ve kötü maksatlarla hareket eden eş, acılan boşanma kararıyla karşılaşır.

bir evlilik birliği kendinden beklenen gayeleri g
artık uzaklaşmış bulunursa ona boşanma ile nih
rilmelidir. Mademki bu evlilik eşlerin kusuru il
olarak gayesine hizmet edemiyecek derecede bo
muştır; o halde eşler mânen ve maddeten bu birli
şahsiyetlerini ve ferdî hürriyetlerini fiilen iktisap
Artık bunları hukukan bağlı tutmanın hikmet ve t
tır. İşte böyle bir halde taraflara boşanmayı tale
tır» (40). Demek oluyor ki, bu prensip uyarınca
ma kararı, eşlerden her birinin tutumunu sübjekt
yâni onların kusurlu olup olmamaları bakımında
lilik birliğinin objektif yönünü dikkat nazara alm
deyimle, sosyal prensibin kabul edildiği kanunlara
kaynağı ne olursa olsun, aile birliğinin kökünden
olmadığının incelenmesi asıldır. Eğer aile birliği
vama imkân vermiyecek derecede kökünden sarsı
sarsılmanın nedeni ve kaynağı ne olursa olsun, boş
mek gerekir. Bu izahlar da gösteriyor ki, Medeni
ettiği bu sistem bakımından da, 134 ncü madden
nı Temyiz Mahkemesinin anladığı gibi yorumlan
tur.

Temyiz Mahkemesinin bu konudaki içtihadı
vel işareti edelim ki, mahkeme muhtelif vesilelerle
aynı derecede kusurlu olduğu yahut taraflardan
çok kusurlu olduğunun tayin edilemediği hallerde
hükmedilmesi gerektiğini karara bağlamıştır (41)

de, belirsiz (genel) nedenlere dayanan bir boşanma lunabilmek için mutlaka dâvalının kusurlu olmasına madığını kabul etmektedirler (42).

Ayrıca, İsviçre içtihadı 142 inci maddenin ilk metni itibariyle müsait olmadığı, fakat aynı fıkranın tamamen uygun düşen bir adım daha atmıştır: Bu az kusurlu olan veya hiç bir suretle kusurlu olmayışının bahse konu olduğu fikrinden hareket eden tarafından da desteklenen İsviçre içtihadı, 142 inci maddenin fıkрасının daha ziyade kusurlu olan eşin istemi üzerine boşanmaya engel teşkil etmiyeceğini kabul etti. Ancak kusursuz veya daha az kusurlu eşin böyle bir boşanma vafakat etmesini (razı almasını) şart koştu (43).

Demek oluyor ki, İsviçre içtihadında kusurun bizzat ni ortadan kaldırması - Türk içtihadının tamamen bir yana, hattâ kusurlu eş, kusursuz veya daha az kusurlu vafakatiyle boşanmayı da istihsal edebilecektir.

Bu içtihadın hükmünün «ratio legis» ine cevap vermez. Yoktur. Esasen bu içtihat, kendisi de boşanmayı istemeyen amacı, fuzulî yere usul kaidelerini karıştırmak ve olan bir mukabil dâva açmak zahmetinden kurtarır. Diğer, aynı içtihat, kötü kullanışlara zemin teşkil edebilecek kullanışlar, yukarıda incelediğimiz Türk içtihadının kötü kullanışlardan farklı, fakat en az o derece ciddi

gel teşkil ettiğini karara bağlamak suretiyle
dı (44). Fakat, Zürich İstinaf Mahkemesinin t
kemeler tarafından takip edilmedi ve Mahkem
içtihadı terketti (45). Zira, mümkün olan bütün
rağmen, herkesçe tam bir birlik halinde tasv
eşler arasında artık bir uzlaştırma ümidinin
faydasız olduğu hallerde boşanmanın elde edi
Bundan dolayı, biz, İsviçre'nin bu konudaki
de aynı alanda yerleşik olan içtihadından dal
zannediyoruz.