

## ORTAK HAYATIN YENİDEN KURULAMAMASI (FİİLİ AYRILIK) SEBEBİ İLE BOŞANMAYI DÜZENLEYEN KURALIN İPTALİ ÜZERİNE DEĞERLENDİRMELER

Dr. Öğr. Üyesi Pınar Alkım BEKAR\*

### Öz

Ortak hayatın kurulamaması ile boşanma (diğer anlamı ile fiili ayrılık) 1988 yılında Türk Medeni Kanunumuza getirildiği günden itibaren yaklaşık otuz altı yıl uygulanmıştır ve 22.04.2024 tarihinde Anayasa Mahkemesi tarafından, Anayasa'nın 13. ve 20. maddelerine aykırılık teşkil etmesi sebebi ile iptal edilmiştir. Eşler arasında, daha önce açılmış bir boşanma davasının reddedilmesi ve ret kararının kesinleşmesinden itibaren üç yıl boyunca ortak hayat kurulamamış ise bu süre geçtikten sonra tekrar açılacak boşanma davasında, evlilik birliğinin temelden sarsılması karinesinin işlerlik kazanması ile boşanma kararı verilmesine, ortak hayatın kurulamaması ile boşanma denir. Sözü edilen kuralın Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi üzerine mevzuatımız da yeni düzenleme ihtiyacı doğmuştur.

\* Dr. Öğr. Üyesi.,Ankara Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, Ankara, Türkiye | Asst. Prof, Ankara Science University, Faculty of Law, Department of Private Law, Civil Law Department, Ankara, Türkiye.

✉ pinar.bekar@ankarabilim.edu.tr •ORCID 0000-0003-1302-9032.

✂ **Atıf Şekli** | Cite As: **BEKAR**, Pınar Alkım: "Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması(Fiili Ayrılık) Sebebi ile Boşanmayı Düzenleyen Kuralın İptali Üzerine Değerlendirmeler", SÜHFD, C. 32, S. 4, 2024, s. 2241-2264.

✂ **İntihal** | **Plagiarism**: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✂ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

## Anahtar Kelimeler

• Boşanma • Fiili Ayrılık • Süre • İptal • Yeni Düzenleme

# EVALUATIONS ON THE CANCELLATION OF THE RULE REGULATING DIVORCE ON THE GROUNDS OF FAILURE TO RE-ESTABLISH A COMMON LIFE (ACTUAL SEPARATION)

## Abstract

Divorce on the grounds of failure to re-establish a joint life (in the other words actual separation) has been applied for approximately thirty-six years since it was introduced to our Turkish Civil Code in 1988 and was cancelled by the Constitutional Court on 22.04.2024 due to its contradiction to Articles 13 and 20 of the Constitution. If a previously filed divorce case between the parties has been dismissed and a joint life has not been established for three years after the finalisation of the rejection decision, in the divorce case to be reopened after this period has elapsed, the decision to divorce with the activation of the presumption that the marriage union has been shaken from its foundations is called divorce by failure to re-establish a common life. As a result of the cancellation of the aforementioned rule by the Constitutional Court, the need for a new regulation has arisen.

## Keywords

• Divorce • Actual Separation • Duration • Cancellation • New Legislation

## GİRİŞ

Boşanmanın genel sebeplerinden olan ve 4721 sayılı kanunumuzun 166. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen ortak hayatın yeniden kurulamaması ile boşanma, Anayasa Mahkemesi'nin 22.02.2024 tarihli kararı ile iptal edilmiştir<sup>1</sup>. Kararda, Türk Medeni Kanunu m. 166/4'ün Anayasa'nın 13. ve 20. maddelerine aykırılık teşkil ettiği belirtilmiştir<sup>2</sup>. TMK m. 166/4, herhangi bir boşanma sebebi ile açılmış bulunan bir boşanma davasının reddedilmesi halinde, red kararının kesinleştiği tarihten başlayarak üç yıl içinde ortak hayat kurulamadığında, bu tarihten sonra açılan boşanma

<sup>1</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı, 2023/116 E., 2024/56 K., 22/2/2024 T. R.G. Tarih-Sayı : 19/4/2024-32522.Karar için bkz. chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2024-56-nrm.pdf. E.T. 05.08.2024. Söz konusu iptal kararı oyçokluğu ile alınmıştır. İptal kararının yürürlüğe girmesi, kararın Resmi Gazete yayımlanmasından itibaren dokuz ay sonra olacaktır.

<sup>2</sup> Anayasa m. 13 "temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasını" düzenlemekte, m.20 "özel hayatın gizliliğini" koruma altına almaktadır.

davasında evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı kabulü ile boşanma kararı verilmesini düzenleyen bir kuralı içermekteydi. Söz konusu karar ile ortak hayatın kurulamaması nedeni ile boşanmayı düzenleyen kural iptal edilmiş ancak iptal kararı henüz yürürlüğe girmemiştir. Yürürlük tarihine kadar iptal edilen kuralın yerine yasal düzenlemenin yapılacağı kanaatindeyiz. Anayasa Mahkemesi'nin kararına baktığımızda kısaca, “*aile hayatına ve özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkı ile aile kurumunu koruma amacı arasında makul dengenin sağlanamadığı ve söz konusu kuralın orantılılık alt ilkesi yönünden ölçülülük ilkesini ihlal ettiği*” sonucuna varılmıştır. Çalışmamızda, TMK m. 166/4 hükmünün getiriliş amacı, zamanı, kanun metni haline gelmesinden itibaren iptaline kadar giden süreçteki tartışmalar ve uygulama örneklerine yer verilmektedir. İlgili kurala ilişkin itiraz, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ve iptal kararından sonraki süreç değerlendirilerek yeni yapılması muhtemel düzenlemeye ilişkin görüş ve öneriler de sunulmaktadır.

## I. ORTAK HAYATIN KURULAMAMASI (FİİLİ AYRILIK) SEBEBİ İLE BOŞANMA

Ortak hayatın kurulamaması (fiili ayrılık)<sup>3</sup> sebebi ile boşanma hukukumuzda, Mülga Medeni Kanun'un 134. Maddesine, 1988 yılında 3444 sayılı kanun ile yapılan değişiklik sonucunda girmiş genel<sup>4</sup> boşanma sebeplerinden biridir.<sup>5</sup> İlgili maddenin genel gerekçesinde, “*eşlerin uzun süredir ayrı yaşamaları, tüm olay kapsamında değerlendirildiğinde evliliğin*

<sup>3</sup> DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan/ GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku C.III Aile Hukuku, 19. Baskı, Ankara, 2024, s. 128.

<sup>4</sup> Genel boşanma sebepleri arasında olduğu yönünde öğretilerde ağırlık görüşü mevcuttur. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 128. AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ Derya, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku C.2, 19. Baskı, İstanbul, 2016, s. 272. AKÇAAL, Mehmet Medeni Hukuk, Ankara, 2022, s. 144. BOR, Yusuf, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeni ile Boşanma, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 68. AYAN, Nurşen, “Terk Nedeniyle Boşanma”, SÜHKF, 15 (1), s.42. <https://doi.org/10.15337/SUHFD2017.153>. Karşı görüş özel bir boşanma sebebi olduğu hakkında bkz. HATEMİ, Hüseyin, Aile Hukuku, 10. Baskı, İstanbul, 2023, s. 123.

<sup>5</sup> 3444 sayılı kanunun 4. m. ile Mülga 743 sayılı Medeni Kanununun 134. m. ile değiştirilmiştir. Söz konusu madde ufak değişiklikler ile 4721 sayılı kanunumuzun 166. m. haline gelmiştir. 3444 sayılı kanun için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr>, E.T. 08.08.2024. ÖZTAN, Bilge, “Medeni Kanun'un Kabulününün 70'nci Yılında Aile Hukuku”, AÜHFD, 44, sy. 105.1995, s. 116-117. BURCUOĞLU, Haluk, “Boşanmada Kusura ve Yoksulluk Nafakası ile İlgili Gözlemler”. İAÜHFD, no.2, 12.2018, s. 4.

*devamında yarar görülmemesi dahilinde, boşanma davası açılmış ve hangi sebep ile reddedilmiş olursa, red kararının kesinleşmesinden itibaren beş sene sonra açılan boşanma davasında, davanın kabulüne karar verileceği” ifade edilmiştir<sup>6</sup>. İlgili madde yasalaşırken, gerekçede öngörülen beş yıllık fiili ayrı yaşama hali üç yıla indirilmiştir<sup>7</sup>.*

Mülga Medeni Kanununun 134. Maddesine, 3444 sayılı kanun ile yapılan değişiklik öncesinde, fiili ayrılık sebebine dayalı boşanma söz konusu olmadığı için, daha önce açılan boşanma davası reddedilen eşler, tekrar bir araya gelmediklerinde boşanma için yeterli sebep oluşmadığından ve önceki boşanma davasında ileri sürülen sebepler reddedildiğinden aynı olgulara dayanarak tekrar boşanma talep edemiyordu. Bu husus kesin hüküm nedeni ile davanın reddi anlamına gelmekteydi<sup>8</sup>. Ortak hayatın kurulamaması sebebi ile boşanmaya karar verilmesinin sebebi, fiilen sona ermiş olan evlilikleri hukuken zorla sürdürmenin bir anlamı olmayacağı, birbirleri ile anlaşamayan ve uzun süre ayrı yaşayan eşlerin boşanmalarına, fiilen çökmüş böylesine evliliklerin hukuki yönden de sona erdirilmesine olanak tanınmasıdır<sup>9</sup>.

Mülga Medeni Kanununun 134. maddesinin 4. fıkrası yasalaştığı dönemde de günümüzde olduğu gibi tartışmalara konu olmuştur. Hatta tartışmalar neticesinde ilgili fıkranın Anayasa’ya aykırılık iddiası ile iptali istenmiştir. Norm denetimi yolu ile itiraza konu olan Mülga Medeni Kanun m. 134/3-4, Anayasa’nın 41. maddesine aykırılık teşkil ettiği ileri sürülmüştür. Anayasa’nın 41. maddesi ailenin korunması başlığını taşımakta, ailenin Türk toplumunun temelini oluşturduğunu belirtmekte ve Devletin ailenin huzur ve refahını korumak için gerekli tedbirleri almasını düzenlemektedir<sup>10</sup>. Anayasa Mahkemesi yaptığı inceleme sonucunda, “*yasakoyucunun görevleri arasında, zaman içinde değişen toplumsal gereksinimleri karşılamak, kişi ve toplum yararının zorunlu kıldığı düzenlemeleri yapmak, toplumdaki değişikliklere koşut olarak bu yönde alınan önlemleri*

<sup>6</sup> www.tbmm.gov.tr/tutanaklar, E.T.08.08.2024.

<sup>7</sup> www.tbmm.gov.tr, E.T. 08.08.2024.

<sup>8</sup> ŞAHİN ŞENGÜL, Eda, Fiili Ayrılık Nedeni ile Boşanma, İstanbul, 2022, s. 108.

<sup>9</sup> AKINTÜRK/ATEŞ, s. 272. DURAL/ÖGÜZ/GÜMÜŞ, s. 129. KILIÇOĞLU, Ahmet, Aile Hukuku, 6. Baskı, Ankara, 2022, s. 114. Boşanmanın kolaylaştırılmaması hk. bkz. BERKİ, Şakir, “Boşanma ve Ayrılık”, AÜHFHD, 32, sy. 1.05.1975, s. 136-137.

<sup>10</sup> Maddenin tümü için bkz. Anayasa m. 41

*güçlendiren, geliştiren, etkilerini daha çok artıran ya da tam tersine bunları hafifleten veya tümüyle ortadan kaldıran işlemlerde bulunmak yetkisi olduğunu belirterek, aile hukukunda ileri sürülen yeni görüşlerin de etkisi ile eşlerin ayrı yaşamaları ve üç yıl boyunca bir araya gelmemelerinin evlilik birliğinin tekrar kurulamayacak ölçüde sarsıldığına kanaat teşkil ettiğini” ifade etmiştir.*

Hatta Anayasa Mahkemesi kararında, “bazı ülkelerin 1974 yılında itibaren medeni kanunlarında değişikliğe giderek ortak hayatın kurulamaması sebebi ile boşanma kararlarında bir ile on yıllık süreler öngördüğünü” belirtmiştir. Mahkeme kararında, “daha önce açılan boşanma davasının reddinin üzerinden üç yıl geçtikten sonra tekrar açılan davada ve tarafların bu sürede bir araya gelmemeleri nedeni ile boşanmaya karar verilmesinin, aile birliğinin korunması yönünden kişisel ve toplumsal bir zararın varlığından söz edilmeyeceğini bu sebepler ile de ilgili maddenin Anayasa’nın 41. maddesine aykırılık teşkil etmediğini” ifade ederek talebi reddetmiştir<sup>11</sup>.

2002 tarihli ve 4721 sayılı TMK yasalaşırken Mülga Medeni Kanunun 134. maddesi 3444 sayılı kanun ile değişik hali aynen alınmıştır. İlgili düzenlemenin, ilk Anayasa’ya aykırılık talebinin reddinden sonra, yaklaşık otuz altı yıl sonra ikinci kez, ancak bu sefer Anayasa’nın başka bir maddesine aykırılık teşkil etmesi nedeni ile iptali istenmiş ve bu kez iptal talebi kabul edilmiştir.

## **II. ORTAK HAYATIN KURULAMAMASI (FİİLİ AYRILIK) SEBEBİ İLE BOŞANMANIN ŞARTLARI VE KURALIN İPTALİNE YOL AÇAN TARTIŞMALAR**

### **A. Daha Önce Herhangi Bir Sebep ile Açılıp Reddedilen Bir Boşanma Davasının Varlığı**

Ortak hayatın kurulamaması nedeni ile açılan boşanma davasının kabulüne karar verilebilmesi için ilk kural, daha önce açılmış ancak herhangi bir sebeple reddedilmiş ve kesinleşmiş bir boşanma davasının varlığı gereklidir.

Davanın hangi eş tarafından açıldığı veya sebebi önemli değildir. Reddedilen dava özel ya da genel, nispi ya da mutlak sebebe

<sup>11</sup> Kararın tümü için bkz. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1997/43>. Anayasa Mahkemesi Kararı E. : 1996/47, K. : 1997/43, Karar Günü : 8.4.1997, R.G. Tarih Sayı:25.04.1998-23323. E.T. 08.08.2024.

dayanabilir<sup>12</sup>. Önemli olan TMK'da sayılan nedenler ile boşanma davası açılması ve davanın ret kararı ile sonuçlanmasıdır<sup>13</sup>. Bu kapsamda eşler kanunun öngördüğünden daha uzunca bir süre ayrı yaşamış olsalar dahi önceden açılıp reddedilen bir davanın var olmamasından kaynaklı, ortak hayatın kurulamaması sebebi ile (TMK 166/4. m. kapsamında) boşanma kararı söz konusu olmaz<sup>14</sup>. Ayrıca önceki boşanma davasının davacısı olan eşin, ortak hayatın kurulamaması sebebi ile açılan sonraki davada davacı olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu eş yerine, daha önceki boşanma davasında davalı olan eş sonraki davayı açabilir<sup>15</sup>. Burada ilk davanın hangi sebeple reddedildiğinin bir önemi olmadığı için, zaman içerisinde uygulama ile şekillenen ve tarafların sıklıkla başvurduğu bir yol ortaya çıkmıştır. Fiili uygulamada görüldüğü üzere, çekişmeli boşanma davalarının uzun sürmesi, davanın sonunda verilen karara itiraz edilmesi üzerine, kararın yüksek yargı incelemesine gitmesi, buralarda uzun süreli bekleyiş ve nihayetinde kararının kesinleşmesi üzerine tekrar üç yıllık fiili ayrılık döneminin insan ömründe çok uzun bir yer teşkil etmesi sebebiyle, ilk davanın açıldıktan hemen sonra feragat ile sonuçlanması kapsamında kısa sürede kesinleşmesi ve kesinleşme tarihinden itibaren üç yıl sonra dava açma ile bu sürelerin azaltılması yoluna gidilmiştir<sup>16</sup>.

*Dural/Öğüz/Gümüş'e göre, "2.HD'nin açılmış olan boşanma davasının feragat ile sonuçlanması halinde de, üç yıl içinde ortak hayatın kurulamaması durumunda da MK 166/4'e göre boşanma davasının açılabilceğini kabul etmesi yerinde değildir. Çünkü kanun açılmış olan boşanma davasının reddini aramaktadır, davadan feragat ise, davanın reddi değildir. Tam aksine, boşanma*

<sup>12</sup> ŞAHİN, s. 215.

<sup>13</sup> AKINTURK/ATEŞ, s.273. AKÇAAL, s. 144. BOR, s. 68. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 129. HATEMİ, s. 124. KILIÇOĞLU, s. 114. ŞAHİN ŞENGÜL, s. 214. HATEMİ, s. 124. ZEVKLİLER, Aydın/ CUMALIOĞLU, Emre/ ACABEY, Beşir, Medeni Hukuk III Aile Hukuku, Ankara, 2024, s. 285.

<sup>14</sup> BOR, s. 69. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 129. KILIÇOĞLU, s. 114. ÖZGÜL, Mehmet Emin, "Ortak Hayatın Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebiyle Boşanma Davası", SÜHFD., C. 29, S. 3, 2021, s.2353. Şengül, s. 214.

<sup>15</sup> KILIÇOĞLU, s. 114.

<sup>16</sup> Y. 2. HD, E. 2024/1355, K. 2024/1918, T. 19.3.2024, Y. 2. HD, E. 2023/2839, K. 2024/351, T. 17.1.2024. Y. 2.HD, 2013/14487 E., 2013/29371 K. 12.12.2013 T. <https://kazanci.com.tr>. E.T. 08.08.2024.

*davasında feragat çoğunlukla boşanma sebebinin ortadan kalktığını gösterir.*" Yargıtay'a göre; feragat tek taraflı bir irade açıklaması niteliğinde olup açıklandığı ve mahkemeye ulaştığı tarihte karşı tarafın kabulüne bağlı olmadan kendiliğinden kesin hükmün sonucunu doğurur. Feragat üzerine verilen kararların şeklen kesinleşmesinin beklenmesine gerek yoktur<sup>17</sup>. Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 307'e göre feragat, davacı tarafın talep sonucundan tamamen veya kısmen vazgeçmesidir. Hukukumuzda hiçbir birey kendi lehine olan bir davayı açmaya zorlanamayacağı gibi davacı da, açmış olduğu bir davayı sonuna kadar takip etmeye zorlanamaz. Bu kapsamda, davacı feragat ederek davayı sona erdirebilir. Davadan feragat tek taraflı, açık irade beyanı ile olur, kabule gerek yoktur. Uyuşmazlık, mahkeme kararı ile değil, davacının şahsi iradesi ile son bulur. Feragatin içeriği olan maddi hukuk işlemine karşı usul hukuku kurallarına göre kanun yoluna başvurulamaz. Feragat, maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder ve davanın feragat ile reddi sonucunu doğurur<sup>18</sup>.

Kanaatimizce, feragatin davayı sona erdiren işlemlerden olması, davanın reddi sonucunu doğurması ve maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmesi sebepleri ile daha önce açılmış ve reddedilmiş boşanma davasına dayanak oluşturması uygundur.

Uygulamaya bakıldığında, ağır kusurlu olan eş açtığı çekişmeli boşanma davasını kaybedeceğini bildiğinden, henüz yargılamanın başında davadan feragat etmektedir. Bu sayede kısa yoldan üç yıllık fiili ayrılık süresini başlatmaktadır. Açılan ikinci dava feragat ile sonuçlanan ilk davanın dayanak davasını teşkil etmektedir. Bu yöntem ikinci davanın açılma süresini kısaltsa da hakkın kötüye kullanılmasına sebebiyet vermektedir<sup>19</sup>.

Zira bu şekilde davranan davacı, kendi ağır kusuruna dayanarak bundan kendi lehine sonuç çıkarmama yönündeki temel hukuk kuralını

<sup>17</sup> Y.2.HD,2013/14487 E., 2013/29371 K. 12.12.2013 T. <https://karararama.yargitay.gov.tr>. E.T. 08.08.2024.

<sup>18</sup> **KURU**, Baki/**ASLAN**, Ramazan/ **YILMAZ**, Ejder, Medeni Usul Hukuku, 20. Baskı, Ankara, 2009, s. 545-548.

<sup>19</sup> Hatemi'ye göre, üç yıllık süre, boşanma davasının reddinden değil, başlangıcından itibaren aranmış olsa idi bu yönde kanuna karşı hile davranışlarına gerek kalmayabilirdi. Hatemi, s. 124.

dolanmakta ve üç yıllık fiili ayrılık süresini en erken şekilde başlatmaya çalışmaktadır. Anayasa Mahkemesi tarafından iptaline karar verilen hüküm bu yönden de tartışma konusu olmuştur<sup>20</sup>.

Daha önce açılmış ve reddine karar verilmiş (kesinleşmiş) bir boşanma davasının varlığı koşulu ile üç yıllık fiili ayrılıktan sonra boşanmaya karar verilmesinde, önce açılmış ve reddedilmiş davanın varlığı eleştirilere hedef olmuştur. Dayanak davanın varlığının gereksiz olduğu, tüm hukuk sistemlerinde belirli süre ayrı yaşama olgusunun evlilik birliğinin temelinden sarsıldığını gösteren karine olduğu ifade edilmiştir<sup>21</sup>.

### B. Boşanmanın Reddi Kararı Üzerinden Üç Yıl Geçmiş Olması

3444 sayılı kanun ile Mülga Medeni Kanunumuzun 134. maddesine yapılan değişiklik ile getirilen ortak hayatın kurulamaması sebebi ile boşanmaya karar verilmesi hususu, yasalaştığı dönemden hatta taslak aşamasından beri üzerinde tartışılan bir konu olmuştur.

İlgili fıkranın Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmesinin temelinde yer alan sebep, üç yıllık fiili ayrılık süresidir. 3444 sayılı kanun tasarısında<sup>22</sup> bu süre beş yıl olarak öngörülmüş ancak yasalaşırken üç yıla<sup>23</sup> düşürülmüştür. Ayrıca reddine karar verilen karar, Türk Mahkemelerinden alınmış bir karar olabileceği gibi yabancı bir mahkeme tarafından da verilmiş bir karar da olabilir. MÖHUK şartlarının yerine getirilmesi ile yabancı mahkeme ilamının tanınması yönündeki Türk Mahkemesi kararının kesinleşmesi üzerine üç yıllık fiili ayrılık süresinin başlaması kabul edilmiştir<sup>24</sup>.

Doktrinde söz konusu üç yıllık fiili ayrılık dönemine karşı eleştiriler mevcuttur. Kılıçoğlu'na göre; *Bu süre oldukça uzundur. Bu sürenin başlaması için önceden bir boşanma davasının açılması, karar bağlanması, kanun yollarından geçmesi ve kesinleşmesi en azından üç yılı alır, bu sürenin üzerine de üç*

<sup>20</sup> HATEMİ, s. 124. KILIÇOĞLU, s. 116.

<sup>21</sup> OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, "Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı", MHB, Y. 35, S. 1, 2015, s. 39.

<sup>22</sup> 743 Sayılı Kanunun Bazı Maddelerinin ve 818 Sayılı BK'nın 49. Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/392). www.tbmm.gov.tr, E.T. 08.08.2024.

<sup>23</sup> 743 Sayılı Kanunun Bazı Maddelerinin ve 818 Sayılı BK'nın 49. Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun. https://www5.tbmm.gov.tr, pdf.E.T. 15.08.2024.

<sup>24</sup> AKINTÜRK/ATEŞ, s. 273. BOR, s. 71. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 129.



yıllık bekleme süresini eklediğimizde altı yıllık süre anlamına gelir. İkinci açılan davanın da yargılaması üç yıl sürer ise toplamda dokuz yıllık bir sürenin geçeceği anlamına gelecektir. Temelinden sarsılmış bir evlilikte eşleri ve ailenin yakınlığını bu kadar uzun süre bir arada tutmaya çalışmak, kişilerin hayatlarından bu kadar uzun sürenin çalınacağı anlamına gelmektedir diyerek, bu sürenin en azından iki yıla indirilmesi yönünde çözümünü belirtmiştir<sup>25</sup>. Hatemi'ye göre, üç yıllık süre, boşanma davasının reddinden değil, başlangıcından itibaren aranabilir<sup>26</sup>.

Karşılaştırmalı hukukta yer alan düzenlemelere baktığımızda, fiilen ayrı yaşama olgusunun boşanmaya imkan veren düzenlemelerinde revizyona gidildiği görülmektedir. İsviçre Hukuku'nda ayrı yaşama durumunun dört yıl olması halinde evlilik birliğinin sarsılmış olacağı kabul edilmiş, 2004 yılında yapılan değişiklik ile bu süre iki yıla indirilmiştir (ZGB Art. 114)<sup>27</sup>. Alman Medeni Kanun'da tarafların üç yıl boyunca ortak hayatı kuramamaları, evlilik birliğinin sona erdiğini kesin biçimde gösterir (BGB, pr. 1566/II)<sup>28</sup>. Kaldı ki her iki ülke hukukunda önceden açılmış ve reddedilmiş bir boşanma davasının varlığı aranmamaktadır<sup>29</sup>. Fransız Hukukunda ise İsviçre Hukukuna benzer bir düzenleme söz konusudur. Buna göre eşler, bir yıl boyunca evlilik birliğini kurmak maksadı ile bir araya gelmemiş iseler bu sürenin sonunda evlilik bağının kesin olarak koptuğu ve taraflar arasındaki ortak hayatın (evlilik birliğinin) sona erdiği kabul edilmektedir (Code Civil Art. 238)<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> KILIÇOĞLU, s. 115-116. Aynı yönde bkz. HATEMİ, s. 124.

<sup>26</sup> HATEMİ, s. 124.

<sup>27</sup> ZGB, Art.114. [www.fedlex.admin.ch](http://www.fedlex.admin.ch), E.T. 15.08.2024.

<sup>28</sup> BGB, pr. 1566/II. <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>. E.T. 15.08.2024.

<sup>29</sup> ÖZDEMİR, s. 39. BURCUOĞLU, Haluk, "Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler", İÜHKM, C. 48, S. 1-4, İstanbul, 1983, s. 116.

<sup>30</sup> Code Civil Chapitre Ier : Des cas de divorce Article 238. <https://www.legifrance.gouv.fr/>. E.T. 18.11.2024.; CEYLAN, Ebru, "İsviçre, Fransa, Belçika, İspanya ve İtalya Hukukundaki Boşanma Sebeplerinin Türk Hukukuyla Mukayesesi ve Değerlendirilmesi", UMD, Yıl 6, Sayı 12, 2018, s.328. ALTINOK ORMANCI, Pınar, "Fransız Boşanma Hukuku Revizyonunun Getirdikleri: Türk Boşanma Hukukunda Olası Bir Revizyon İçin Değerlendirmeler", AÜHFD, 71, sy. 4, 2022, s. 1440. <https://doi.org/10.33629/auhfd.1198815>. E.T.06.10.2024.

Ortak hayatın kurulamaması nedeniyle boşanma davası açılabilmesi için önceki davanın reddi yeterli olmayıp ret kararının kesinleşmesi de gerekmektedir<sup>31</sup>. Ancak açılan ilk davanın feragat nedeni ile reddinde, üç yıllık sürenin işlemeye başlayacağı tarih, feragat kararının verildiği tarihtir. Yargıtay bir kararında, feragatin kesin hükmün sonuçlarını ortaya koyduğunu, feragat tarihinden itibaren üç yıl geçtikten sonra yeni davanın açılması noktasında süreye uygun davranıldığı yönünde hüküm kurmuştur<sup>32</sup>.

### C. Fiili Ayrılık Süresince Ortak Hayatın Yeniden Kurulamamış Olması

Üç yıllık fiili ayrılık süresince ortak hayat kurulamamış olmalıdır. Eşlerin söz konusu süre içerisinde çocukların özel günlerinde bir araya gelmeleri yahut çocukların okul veya gelecekleri ile ilgili konuları görüşmek için buluşmaları, doğum günleri veya önemli günlerde, bayram kutlamalarında bulunmaları, kaza, hastalık gibi olaylarda birlikte bulunmaları, aralarında ortak hayatın tekrar kurulmuş olduğu anlamına gelmez<sup>33</sup>. YHGK tarafından verilen kararda, “ortak hayatın yeniden kurulması; eşlerin, evlenmenin genel hükümlerinde tanınan hakları kullanmaları ve yükletilen görevleri yerine getirecek şekilde bir araya gelmeleri” olarak tanımlanmıştır. Kararın devamında, “eşlerin evlilik birliğini devam ettirme amacı taşımayan bir araya gelmelerinin, müşterek çocuklar için bir araya gelmelerinin yahut bir konuyu konuşmak için buluşmalarının, zorunluluktan dolayı veya herhangi başka sebeple bir araya gelmiş olmalarının ortak hayatın yeniden kurulması anlamına gelmediği” belirtilmiştir<sup>34</sup>. Ayrıca “eşlerden birinin yalnızca bu süreyi kesmek amacı ile kısa süreli ortak yaşama dönmesi, ortak hayatın yeniden kurulduğu

<sup>31</sup> AKINTÜRK/ATEŞ, s. 273. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 129. KILIÇOĞLU, s. 115. ŞENGÜL, S. 234. ZEVKLİLER/CUMALIOĞLU/ ACABEY, s. 285.

<sup>32</sup> Y. 2. HD. E. 2014/5794 K. 2014/16840 T. 9.9.2014. “...Davacı tarafından 15.07.2009 tarihinde boşanma davası açılmış, davacı açtığı bu davadan 11.11.2009 tarihinde feragat etmiş, dava feragat sebebiyle reddedilmiştir. Feragat kesin hükmün hukuki sonuçlarını hasıl eder (HUMK.md.95/1). Davacı, dava dilekçesinde açıkça feragatle sonuçlanan davaya dayanmış ve feragat tarihinden itibaren bu davaya kadar üç yıl geçmiştir... Bu husus nazara alınmadan feragatle sonuçlanan davadan sonra açılan davanın reddine ilişkin kararın kesinleşmesinden itibaren üç yıl geçmediği gerekçesiyle yazılı şekilde karar verilmesi doğru bulunmamıştır.” [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) E.T. 15.08.2024.

<sup>33</sup> AKINTÜRK/ATEŞ, s. 274. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 130. KILIÇOĞLU, s. 115.

<sup>34</sup> YHGK, 2021/2-825 E., 2023/136 K, 1.3.2023 T. <https://kazanci.com.tr>. E.T. 20.08.2024.

anlamına gelmemektedir”<sup>35</sup>. Yargıtay başka kararında, “eşlerin fiili ayrılık döneminde, karşı tarafın kalacak yeri olmadığı için zorunlu olarak evden ayrılamadığı, evin farklı odalarında yaşadıkları ancak tarafların hiçbir zaman bir araya gelmedikleri, eşlerin bu yaşam biçimlerinin ortak hayatı yeniden kurdukları anlamına gelmediğini” kaleme almıştır<sup>36</sup>. Diğer Yargıtay kararında, “önemli günlerde ortak çocuklarla birlikte tarafların bir araya gelmesinin, açıkça ortak hayatın yeniden tesis edildiğine dair bir anlama gelmediği gibi davalı tanıklarının beyanlarının soyut nitelikte olması sebebi ile ortak hayatın kurulduğunu kabullüne elverişli olmadığı sonucuna ulaşmıştır”<sup>37</sup>.

Ortak hayatın kurulması ile kastedilen, eşlerin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmek üzere, ortak amaç, iyiniyet ve hislerle tekrar bir araya gelerek evlilik birliğinin amacına uygun hareket etmeleridir<sup>38</sup>.

#### **D. Eşlerden Biri Tarafından Açılan ve Ortak Hayatın Yeniden Kurulamamasına Dayanan Boşanma Davasının Varlığı**

Ortak hayatın kurulamaması nedeni ile boşanma davasının açılmasının diğer koşulu, daha önce açılmış ve herhangi bir sebeple reddedilmiş ve kesinleşmiş boşanma davasının ardından, üç yıllık fiili ayrılık süresinin geçmesi ve bu sürenin sona ermesinden sonra taraflardan birinin TMK m. 166/4’e dayanarak dava açmasıdır. Söz konusu şartların gerçekleşmesi ve sürenin sonunda, TMK m. 166/4’e dayanılarak dava açılması halinde, hakim tarafından kendiliğinden boşanmaya karar verilemez. Eşlerden biri tarafından ortak hayatın kurulmaması sebebi ile boşanma davası açılması gerekir. Bu davayı hangi eşin açtığı önemi yoktur. Daha önce açılmış ve reddedilmiş boşanma davasının davacısı bu davayı açabileceği gibi o davanın davalısı da sonraki davayı açabilir<sup>39</sup>. Önce açılan boşanma davasında, ortak yaşamın kurulamamasında kusurlu eş dahi ardıl davayı açabilir<sup>40</sup>.

<sup>35</sup> ZEVKLİLER/CUMALIOĞLU/ACABEY, s. 285.

<sup>36</sup> Y.2.HD. 2005/4782 E., 2005/5442 K., 5.4.2005 T. <https://kazanci.com.tr/> E.T. 20.08.2024.

<sup>37</sup> Y. 2.HD. 2023/9174 E., 2024/38 K., 9.1.2024 T. <https://kazanci.com.tr/> E.T. 20.08.2024.

<sup>38</sup> DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 116. Kılıçoğlu, s. 115.

<sup>39</sup> DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 116. HATEMİ, s.124. ZEVKLİLER/CUMALIOĞLU/ACABEY, s. 286.

<sup>40</sup> AKÇAAL, s. 144. AKINTÜRK/ATEŞ, s. 274. BOR, s. 73.

### III. ANAYASA MAHKEMESİNİN TÜRK MEDENİ KANUNUNUN 166. MADDESİNİN 4. FIKRASININ İPTAL ETMESİ

#### A. İlgili Kuralın İptaline Giden Süreç

Ortak hayatın yeniden kurulamaması (fiili ayrılık) sebebi ile boşanmaya karar verilmesini düzenleyen TMK m. 166/4 (Mülga Medeni Kanun madde 134/4) yasalaştığı günden itibaren iptal edilene değin doktrinde tartışmalara sebep olmuştur. Hatta yukarıda belirtildiği üzere yasalaşmasından bir süre sonra Anayasa'ya aykırılık iddiası ile iptal talebine konu olmuştur.<sup>41</sup> Ortak hayatın yeniden kurulamaması ile boşanmanın Anayasa m. 41'e aykırılık teşkil ettiği ileri sürülmüştür. Ancak o dönem talep reddedilmiştir.

Söz konusu dönemde ortak hayatın kurulamaması sebebi ile boşanmayı düzenleyen kural ile anlaşmalı boşanmayı düzenleyen kuralın da iptali talep edilmiştir. Değerlendirme yapıldığında, yasalaşan kurallar ile boşanmanın kolaylaşacağı ve hatta boşanmanın teşvik edileceği kanısına kapılarak, aile birliğinin bozulacağı düşünülmüştür. Ancak Anayasa Mahkemesi kararında, *“dünyada aile hukukunda yeni gelişmeler olduğunu hatta bunların 1970’li yıllara dayandığını, yasa koyucunun görevlerinden birinin zaman içinde değişen toplumsal gereksinimleri karşılamak olduğu, toplumdaki değişikliklere koşut olarak bu yönde alınan önlemleri güçlendiren, geliştiren, etkilerini daha çok artıran ya da tam tersine bunları hafifleten veya tümüyle ortadan kaldıran işlemlerde bulunmak yetkisi olduğu, ortak hayatın yeniden kurulamaması nedeni ile boşanmanın, aile birliğinin korunması yönünden kişisel ve toplumsal bir zarara yol açmadığı”* yargısına ulaşmıştır<sup>42</sup>. Günümüze dönecek olursak, söz konusu kural başlangıçta eleştiri aldığı, boşanmayı kolaylaştırma noktasından bir hayli uzaklaşarak, tam tersine zorlaştırdığı yönünde tartışmalara hedef olmuştur. Bunun da sebebinin zaman içerisinde değişen toplumsal ve bireysel gereksinimler olduğu ortadadır.

TMK m. 166'nın 4. fıkrasına yapılan eleştirilere baktığımızda, önceden açılmış ve reddedilmiş, (ayrıca ret kararının kesinleştiği) bir boşanma

<sup>41</sup> bkz. s. 298

<sup>42</sup> Kararın tümü için bkz. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1997/43>. Anayasa Mahkemesi Kararı E. : 1996/47, K. : 1997/43, Karar Günü : 8.4.1997, R.G. Tarih Sayı:25.04.1998-23323. E.T. 20.08.2024.

davasının varlığının aranması hususu karşımıza çıkmaktadır<sup>43</sup>. İsviçre hukukunda tarafların, ortak hayatın kurulamaması sebebi ile boşanması için önceden açılmış ve reddedilmiş bir davanın varlığı aranmamaktadır. Eşlerin boşanma davası açılmadan önce fiili olarak iki yıl bir araya gelmemesi yeterli görülürken bu husus aynı zamanda evlilik birliğinin ortadan kalktığına yönelik karine teşkil etmektedir<sup>44</sup>. Türk Hukukunda, ortak hayatın kurulamaması sebebi ile boşanmaya karar verilmesi için önceden açılmış ve reddedilmiş bir davanın varlığının aranması, boşanmak isteyen eşi kanuna karşı hile davranışına yöneltmekte bu husus da normun koruma amacına ters düşmektedir. Ayrıca fiili ayrılık süresinin uzun olması diğer eleştirilen husus olup bu sürenin iki yıla indirilmesi önerilmektedir<sup>45</sup>.

#### **B. Türk Medeni Kanununun 166. Maddesinin 4. Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı İddiası ile İptali Talebi**

Ankara 18. Aile Mahkemesi tarafından yapılan başvuruda, TMK'nın 166. maddesinin son fıkrasının Anayasa'nın m. 5, 12, 14, 17. ve 41'e aykırılığı ileri sürülerek iptali talep edilmiştir. İlgili talebe baktığımızda<sup>46</sup>, taraflar arasında daha önce açılan ve reddedilen bir boşanma davasının varlığı söz konusudur. Eşler arasında, Ankara 9. Aile Mahkemesinin 2016/1794 E. ve 2019/440 K. sayılı kararı ile daha önce görülen boşanma davasının yapılan yargılaması neticesinde, reddine karar verilmiş ve bu hüküm 21.10.2019 tarihinde kesinleşmiştir. Ret kararının kesinleşmesinden itibaren üç yıl geçtikten sonra 24.10.2022 tarihinde Ankara 18. Aile Mahkemesinde ortak hayatın yeniden kurulamaması TMK m.166/4 sebebine dayanılarak boşanma davası açılmıştır. İlk derece mahkemesi tarafından, ilgili kuralın, Anayasa m. 5'te düzenlenen Devletin Temel Amaç ve Görevlerine aykırı olduğu ileri sürülerek iptal talebinde bulunulmuştur.

İlk derece mahkemesinin iptal talebinde; Devletin en önemli görevlerinin, sosyal hukuk devletinin sağlanması ve adalet ilkesi ile

<sup>43</sup> HATEMİ, s. 124. KILIÇOĞLU, s. 116.

<sup>44</sup> ZGB, Art.114. www.fedlex.admin.ch, E.T. 20.08.2024.

<sup>45</sup> HATEMİ, s. 124. KILIÇOĞLU, s. 116.

<sup>46</sup> Ankara 18. Aile Mahkemesinde yargılaması yapılan boşanma davası E. 2023/116, K. 2024/56. bkz. www.anayasa.gov.tr, E.T. 8.10.2024.

bağdaşmayan engellerin kaldırılması olduğu vurgulanarak ortak hayatın yeniden kurulamaması nedeni ile boşanmada (TMK m. 166/4), dayanak davanın açılarak reddedilmesinin üzerinden üç yıllık süre geçmesinden sonra tekrar dava açılmasındaki üç yıllık sürenin tespitinin hangi nedene dayandığının anlaşılmadığı belirtilmiştir. Devamında, ilgili kuralın, kişilerin kendi kabahati nedeni ile dava açıp bu nedenle boşanmayı kolaylaştırılmasının engellenmek istendiğinin bilinmekte olduğu, ilk açılan boşanma davasında kusur durumu değerlendirilip, boşanmanın fer'i haklarına ulaşmada hak ihlali olmadığı belirtilerek üç yıllık sürenin Anayasa'nın özüne aykırılık teşkil ettiği belirtilmiştir.

İlk derece mahkemesi ilgili kuralın Anayasa m. 12'ye aykırılık teşkil ettiğini ileri sürmüştür. TMK m. 166/4'ün kabul ettiği üç yıllık sürenin temel hak ve hürriyetlere aykırılık teşkil ettiği belirtilmiştir. Yargılama sürelerinin uzunluğu göz önüne alındığında ilk davanın reddinden itibaren üç yıllık süre beklenerek tekrar yeni davanın açılması ve yeni yargılama yapılmasının neredeyse on iki yıllık bir süreyi geçirmek anlamına geldiği bunun da insan ömründe hayli uzun zaman kapladığı vurgusu yapılmıştır<sup>47</sup>.

Söz konusu iptal talebinde, aynı kuralın Anayasa'nın 14/2, 17/1 ve 41/2 fıkralarına da aykırılık teşkil ettiği ileri sürülmüştür. Belirtilen maddelerde yer alan düzenlemeler sırası ile anayasal hakların korunmasını, herkesin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına sahip olmasını ve Devletin, ailenin huzur ve refahının korunması için gerekli tedbirleri almasını, bu yönde teşkilatını kurmasını içermektedir. TMK m. 166/4'ün kişilerin maddi ve manevi varlıklarının geliştirmelerine aykırılık içerdiği, özellikle üç yıllık bekleme süresinin ve her iki dava ile kaybedilen zamanın insan ömründe azımsanmayacak bir süreyi içerdiği bu hususun da Anayasal haklardan olan maddi ve manevi varlığın geliştirilmesine engel teşkil ettiği belirtilmiştir. Ayrıca bu uzun süre içerisinde boşanamama sebebi ile kişilerin gayri resmi ilişkilere itildiği, bunun sonucu olarak da evlilik dışı çocuklar sebebi soybağını tespit amaçlı davaların açılma sayısının arttığı öne sürülen diğer konular arasındadır.

<sup>47</sup> Aynı yönde eleştiri için bkz. KILIÇOĞLU, s. 115.

İlk derece mahkemesi, devletin boşanmanın önündeki engelleri kolaylaştırması gerektiğini, tarafların uzun süre boyunca boşanamamalarının toplumu da olumsuz yönde etkilediğini, ailenin ayakta tutulmasının yasaklayıcı hükümlerle değil de, olumlu desteklerle sağlanmasının yerinde olacağını belirtmiştir. Sonuç olarak, yukarıda tüm sayılanlar ile birlikte, TMK m. 166/4'ün, bireylerin ve toplumun maddi ve manevi varlıklarının geliştirilmesine zarar verdiği ve Anayasa'ya aykırılık teşkil etmesi sebebi ile itiraz yolu ile iptali istenmiştir.

### **C. Anayasa Mahkemesinin İlgili İptal Talebini Değerlendirmesi ve Ulaştığı Sonuç**

Anayasa Mahkemesi, iptal talebini usul yönünden değerlendirmiş, daha sonra esas incelemesine geçmiştir. Yüksek mahkeme, iptal talebine konu edilen TMK m. 166/4'ü öncelikle, Anayasa m. 20 kapsamında özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi çerçevesinde ele almıştır.

Söz konusu iptal talebine yönelik karar incelendiğinde, evlilik birliğinin kurulmasında olduğu gibi sona erdirilmesinde de, bu durumun özel hayat içinde değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. TMK m. 166/4'ün Anayasa m.20'de düzenlenen özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkını ihlal ettiği tespit edilmiştir.

Ayrıca Anayasa m. 13 kapsamında; *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”* hükmü karşısında değerlendirme yapılmış ve TMK m. 166/4'ün kanunilik şartını sağladığı sonucuna ulaşılmıştır. Ancak Anayasa m. 13, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında sadece kanunilik şartını aramamakta aynı zamanda ölçülülük ilkesi kapsamında, orantılılık, elverişlilik ve gereklilik alt ilkelerini de içermektedir. Yüksek Mahkeme, TMK m. 166/4'ün aile kurumunu mümkün olduğu ölçüde ayakta tutma noktasında, *“özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına getirilen sınırlamanın aileyi koruma amacına ulaşma bakımından elverişli”* olduğunu belirtmiştir. Elverişlilik ilkesi açısından bir ihlalin söz konusu olmadığı hüküm altına alınmıştır.

Anayasa Mahkemesi, daha sonra TMK m. 166/4'ü gereklilik ilkesi kapsamında değerlendirmiştir. Yüksek Mahkeme yapmış olduğu inceleme ile boşanmada kanun koyucunun takdir yetkisi olduğunu belirtmiştir. TMK m. 166/4'ün şartlarının belirlenmesinin takdir yetkisi sınırları içerisinde kaldığı ifade edilmiştir. Bu durumun özel hayatın korunmasına yönelik sınırlamanın meşru amacına uygunluk bakımından gereklilik ilkesini ihlal etmediği sonucuna varılmıştır.

İlgili kuralın ölçülülük alt ilkesi orantılılık yönünden incelenmesinde, söz konusu kuralın boşanma kararı verilebilmesini önemli oranda güçleştirmesi ve yeniden bir evlilik birliği kurmak istemeyen tarafları, makul olmayan süre boyunca evlilik birliğini devam ettirmek zorunda bırakması yönünden orantılılık ilkesini ihlal ettiği sonucuna ulaşılmıştır.

Doktrindeki eleştiriler<sup>48</sup>, Anayasa Mahkemesi tarafından da gerekçeli iptal kararında yer bulmuştur. Hukukumuzda yazılı yargılamanın esas olması sebebi ile yargılama sürelerinin uzunluğu da göz önünde tutulduğunda, ilk açılan boşanma davasının kısa sayılamayacak sürede sonuçlandırıldığı ortadadır. Sadece İlk Derece Mahkemesinin boşanma davası hakkında ret kararı vermesi yeterli olmayıp, bu ret kararının da kesinleşmiş olması gerekir. Bu da söz konusu süreyi uzatır. Çünkü İlk Derece Mahkemesinin ret kararı kesin karar olmayıp, taraflardan herhangi birinin itirazı üzerine üst yargı incelemesine açık yani hakkında kanun yoluna başvurulması mümkün bir karardır<sup>49</sup>. Ortak hayatın yeniden kurulamaması sebebi ile evlilik birliğinin temelinden sarsılmış sayılmasına ilişkin karinenin işlerlik kazanabilmesi için de ret kararından itibaren üç yıllık sürenin geçmiş olması hesaba katılınca sürenin hayli uzadığı görülmektedir.

Yüksek mahkeme tarafından, ortak hayatın yeniden kurulamaması nedeni ile evlilik birliğinin temelinden sarsılmış sayılmasına ilişkin kuralda öngörülen sürecin bir bütün olarak değerlendirilmesi yapıldığında, söz konusu sürenin makul süreyi aştığı, ortak hayatı yeniden kuramayan taraflara katlanılamayacak külfet yüklediği sonucuna ulaşılmıştır.

<sup>48</sup> KILIÇOĞLU, s. 114. HATEMİ, s. 124.

<sup>49</sup> KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 634. ERCAN, İbrahim, "Boşanma Davalarında Geçerli Olan Yargılama İlkeleri", SDHFD, 4/2, s. 253-254.



Anayasa m.20’de düzenlenen özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkının, TMK m.166/4 tarafından ihlal edildiği yönünde karar verilmiştir. Anayasa’da düzenlenen temel hak ve özgürlükler ancak özlerine dokunulmaksızın ve Anayasa m. 13’te sayılan diğer sebepler ile ölçülülük ilkesi kapsamında sınırlandırılabilir. TMK m. 166/4’te yer alan üç yıllık bekleme süresinin ölçülülük alt ilkesi olan orantılılık ilkesini ihlal ettiği tespit edilmiştir<sup>50</sup>.

Sonuç itibari ile TMK m. 166/4’ün Anayasa m. 13. ve m. 20’ye aykırılık teşkil ettiği yönünde oyçokluğu ile karar alınmıştır<sup>51</sup>. Söz konusu kural Anayasa m. 13 ve m. 20’ye aykırılık teşkil ettiği için iptal edilmesi itibari ile ayrıca Anayasa m. 5, 12, 14, 17, ve 41 değerlendirmeye alınmamıştır.

#### IV. TÜRK MEDENİ KANUNU MADDE 166/4’ÜN İPTAL EDİLMESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Açılan ve herhangi bir sebep ile reddedilen boşanma davasının kesinleşmesinden itibaren üç yıl boyunca evlilik birliğinin kurulamamasının, yani ortak hayatın yeniden kurulamaması halinin, evlilik birliğinin temelden sarsılmış olduğuna yönelik karine teşkil etmesi nedeni ile açılan ikinci boşanma davasında boşanma kararı verilmesi (TMK m. 166/4), 1988 tarihinde Mülga Medeni Kanunumuza getirilmiş bir düzenleme idi. Bu kuralın getiriliş amacı, o dönemde de uzun süren ve tarafları bir hayli yoran boşanma süreçlerine nihai bir sonuç getirmek ve bir anlamda boşanmayan çiftlerin en sonunda boşanmalarına yönelik kararın alınmasını sağlamaktı. Ancak söz konusu kural getiriliş amacına hizmet etmekten uzak kalmış, yine taraflar arasında uzun ve yıpratıcı süreçlerin, yıllara yayılan belirsizliklerin yaşanmasını engelleyememiştir. Anılan kuralın getiriliş amacı ile günümüzde geldiği anlam ironik biçimde birbirinin tersine

<sup>50</sup> Bkz. Anayasa Mahkemesi Kararı, E. : 2023/116 K. : 2024/56 Karar Tarihi : 22/2/2024 R.G. Tarih-Sayı : 19/4/2024-32522. Karar için bkz. Chrome extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/ <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2024-56-nrm.pdf>. E.T. 20.08.2024.

<sup>51</sup> Karara dört üye katılmamış ve karşı oy vermişlerdir. Karşı oy gerekçeleri için bkz. Anayasa Mahkemesi Kararı, E. : 2023/116 K. : 2024/56 Karar Tarihi : 22/2/2024 R.G. Tarih-Sayı : 19/4/2024-32522. E.T. 06.10.2024.

dönümüştür. Bu da aslında kanunun yaşayan bir kurum olmasından kaynaklanır. Kaldı ki toplumlar da öyledir<sup>52</sup>.

Bir kanun hükmü konulduğunda artık konulduğu zamandaki gibi kalmamakta, hayatın değişen ihtiyaçlarına göre dönüşmektedir. TMK m.166/4 (mülga kanun m.134/4) ilk yasalaştığında boşanamayan çiftlere boşanma imkanı getirmiş olsa da günümüze kadar devam eden süreçte boşanmayı güçleştirmesi nedeni ile hak kayıplarına sebep olmuştur.

Bu durumu bir örnekle somutlaştırdığımızda;

*Davacı tarafından 27.11.2012 tarihinde davalı aleyhine Mersin 3. Aile Mahkemesi'nin 2012/856 esasına kayıtlı boşanma davası açılmıştır. Yapılan yargılama neticesinde, davanın ispat edilemediği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir. Red kararı 25.04.2014 tarihinde kesinleşmiştir. İlk davanın davacısı 2018 yılında, taraflar arasında ortak hayatın yeniden kurulamaması gerekçesi ile TMK madde 166/4'e dayanarak ikinci boşanma davasını açmıştır. İkinci boşanma davasına bakan İlk Derece Mahkemesi, davacının dayanmış olduğu ortak hayatın yeniden kurulamamış olması karinesinin davalı tarafından çürütüldüğünü, taraflar arasında ortak yaşamın devam ettiği ve davacının iddiasını ispat edemediğini gerekçeleri ile birlikte kararında belirterek davayı reddetmiştir. Davacı, 12.06.2018 tarihli ve 2017/417 Esas, 2018/311 K. sayılı red kararına karşı istinaf yoluna başvurmuştur. Bölge Adliye Mahkemesi, 07.07.2020 tarihli ve 2018/2542 E., 2020/920 K. sayılı kararı ile İlk Derece Mahkemesince davanın esası ilgili hükme etki edecek tüm delillerin toplandığı, kanunun olaya uygulanmasında ve gerekçede hata edilmediği, inceleme konusu kararın usul ve esas yönünden hukuka uygun olduğu anlaşıldığından istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir. Davacı, Bölge Adliye Mahkemesi'nin belirtilen kararına karşı davanın reddi yönünden temyiz isteminde bulunmuştur. Yargıtay 2. H.D., 13.01.2021 tarihli, 2020/5050 E., 2021/103 K. sayılı kararı ile 4721 Sayılı TMK'nın 166/son maddesi koşullarının gerçekleştiği, boşanmaya karar verilmesi gerekirken, yasal olmayan gerekçelerle davanın reddi doğru bulunmuş ve karar bozmuştur. Devamında, İlk Derece Mahkemesi'nin 18.05.2021 tarihli, 2021/134 Esas, 2021/273 Karar sayılı kararıyla; önceki gerekçelerle Yargıtay bozma*

<sup>52</sup> Toplumsal değişme süreci ile ilgili olarak bkz. AYDIN, Okan/ BARAN, Gülen "Toplumsal Değişme Sürecinde Evlenme ve Boşanma", Toplum ve Sosyal Hizmet, 21(2), 117-126. BAYGIN, Cem, "Tanzimattan Günümüze Aile Hukukunun Gelişim Sürecine Kısa Bir Bakış", 2016, C. 22 S. 3, S. 453- 462.

kararına direnilmesine, boşanma davasının reddine karar verilmiştir. Direnme kararının, davacı tarafından temyiz edilmesi üzerine, Dairenin 20.09.2021 tarih, 2021/5434 Esas, 2021/6231 Karar sayılı kararı ile; Mahkemece verilen direnme kararının yerinde olmadığı anlaşıldığından, temyiz incelemesinin yapılmak üzere dosyanın YHGK'na gönderilmesine karar verilmiştir. YHGK'nun 01.03.2023 tarih, 2021/825 Esas, 2023/136 Karar sayılı kararı ile; İlk Derece Mahkemesi ile Bölge Adliye Mahkemesince, davanın reddinin hatalı olduğu gerekçesiyle davacı vekilinin temyiz itirazının kabulüyle direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı bozulmasına karar verilmiştir. Devamında İlk Derece Mahkemesi bozma kararına uymuştur. Davalı taraf bozma kararına uyulmasını temyiz ederek Yargıtay incelemesine göndermiştir. Nihayetinde Yargıtay tarafından, bozma kararına uyulmasında usul ve esas yönünden bir aykırılık olmaması sebebi ile temyiz itirazlarının reddine karar 09.01.2024 tarihinde karar verilmiştir<sup>53</sup>.

Somut örnek üzerinde değerlendirme yaptığımızda, ilk boşanma davası 2012 yılında açılmış, Yargıtay tarafından son karar (boşanma kararının onanması kararı) 2024 yılında verilmiş, taraflar arasındaki boşanma süreci on iki yıl boyunca sürmüştür. Tarafların ortak hayatları olmamasına rağmen bu kadar uzun süre evli kalması, kişilerin yeni sorumluluk alıp yeni hayatlar kuramamalarına ayrıca aralarındaki husumetin çok uzun yıllar canlı tutulmasına sebep olmaktadır. Kaldı ki çok uzun yıllara yayılan bu sürecin taraf psikolojilerini etkilemediğini söylemek olanaksızdır. Varsa müşterek çocuklar ve diğer aile bireyleri de bu durumdan olumsuz etkilenmektedir. Örnekte görüldüğü üzere, TMK m. 166/4'ün somut tezahürü mezkur hükmün konuluş amacına terstir.

Artık diğeri ile evli kalmak istemeyen bir kişiyi uzun yıllar boyunca buna zorlamak, Anayasal hak olan özel hayata saygının ihlalidir. Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi'nin TMK m. 166/4'ü iptal etmesini ve bunun gerekçelerini yerinde bulmaktayız.

## V. İPTAL EDİLEN TMK MADDE 166/4 YERİNE YAPILMASI MUHTEMEL YENİ DÜZENLEME İÇİN ÖNERİLER

Anayasa Mahkemesi iptal kararında, "TMK m. 166/4'ün ilk boşanma davasının açıldığı, reddedildiği ve reddin kesinleştiği, üzerinden üç yıl

<sup>53</sup> Y. 2. H.D. 2023/9174 E.,2024/38 K., 09.01.2024 T., www.kazanci.com. E.T. 20.08.2024.

*geçmesinin beklendiği sürecin bir bütün olarak değerlendirildiğinde, ortak hayatın yeniden kurulamadığı hallerde makul olmayan bir süre boyunca ilgililerin boşanma kararı elde etmelerine imkan tanınmadığı başka bir ifadeyle, ortak hayatın yeniden kurulamadığı hallerde evlilik birliğini uzun bir süre boyunca sona erdiremeyen ilgililere katlanamayacakları bir külfet yüklediğini” ifade etmiştir. Bu itibarla “özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı ile aile kurumunu koruma amacı arasında makul bir denge sağlamayan kuralın orantılılık alt ilkesi yönünden ölçülülük ilkesini ihlal ettiği” sonucuna ulaşmıştır.*

Bu kapsamda, iptal amacının ortak hayatın yeniden kurulamaması nedeni ile boşanma kararı verilmesi yönündeki kuralın tamamen kaldırılması değil, uygulamada karşılaşılan sorunları ortadan kaldıracı, Anayasa’ya uygun ve zamana uygun yeni bir düzenlemenin yapılması ihtiyacından kaynaklandığını düşünmekteyiz.

İptal edilen kuralın yerine çözüm önerileri düşünüldüğünde, mehz kanun olan İsviçre Medeni Kanunu’ndan yararlanabiliriz. İMK’da yer alan düzenlemeye göre, çekişmeli boşanma davalarında, eşlerin en az iki yıl boyunca ortak hayatı kurmama amaçlı ayrı yaşamaları halinde, eşlerden her birinin boşanmaya karar verilmesini talep hakkının olduğu kabul edilmiştir. Yine Almanya ve Fransa’daki uygulamalar da benzer yöndedir<sup>54</sup>.

Doktrindeki önerilere baktığımızda iptal edilen kuralda yer alan üç yıllık sürenin ilk boşanma davası açılıp reddin kesinleşmesinden sonra başlaması değil, tarafların üç yıl boyunca bir araya gelmemesi ve ortak hayatın kurulamaması durumunda, (yani dayanak davanın gerekli olması) açacakları boşanma davasında, boşanma yönünde karar verilebilmesinin yerinde olacağı ifade edilmiştir. Bu sürenin iki yıla indirilmesi de mümkündür<sup>55</sup>. Bir diğer öneri ise iptal edilen TMK m. 166/4’teki sürenin iki yıl yahut bir yıla indirilmesidir<sup>56</sup>.

Kanaatimizce, dayanak davanın varlığı aranmadan, eşler iki yıldır kesintisiz ayrı yaşıyorlarsa ve bu birlikte yaşamama hali bir zorunluluktan değil (askerlik, tayin, yüksek lisans, geçici görevlendirme vb.) ortak

<sup>54</sup> bkz. II/B.

<sup>55</sup> HATEMİ, s.124.

<sup>56</sup> KILIÇOĞLU, s. 116. Benzer şekilde bkz. ÜNAL, Akın, “Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma”, EÜHFKD, C, II, S, 1-2, Kayseri, 2007, s. 310.

hayatı, aile birliğini kurmama amaçlı ise bu hususun evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına ilişkin karine teşkil ettiğini kabul etmek gereklidir. Böylece iki yıllık fiili ayrılık üzerine açılacak boşanma davasında boşanmaya direkt karar verilmesi yönünde düzenleme yapılması isabetli olur. Bu yönde bir düzenleme, tarafları uzun, zor ve yıpratıcı boşanma süreçlerinden kurtarmış olacağı gibi zamanın ihtiyaçlarını da karşılar nitelikte olacaktır. Aile kurumu, boşanma hakkını engelleyecek veya onu zorlaştıracak hükümler ile değil, karşılıklı sevgi, saygı, hoşgörü, anlayış, ortak hayaller, birlikte yaşama arzusu, aile birliğini sürdürme isteği ile sağlıklı bir şekilde ayakta kalabilir. Ayrıca dayanak davanın aranmaması, tarafların boşanabilmesi için geçirmeleri gereken süreyi kısaltarak, yıllara uzanan yargılamaları ortadan kaldırır. İsviçre, Almanya ve Fransa uygulamalarına bakıldığında dayanak dava şeklinde bir düzenleme olmadığı da görülmektedir.

## SONUÇ

Ortak hayatın yeniden kurulamaması sebebi ile boşanmayı düzenleyen TMK m. 166/4 Anayasa Mahkemesi tarafından, Anayasa'nın 13. ve 20. maddelerine aykırılık teşkil etmesi gerekçesi ile 22/2/2024 tarihinde, 2023/116 E. ve 2024/56 K. sayılı kararı ile iptal edilmiştir. İptal kararı Resmi Gazete'de 19.4.2024 tarihinde yayımlanmıştır<sup>57</sup>.

Anayasa Mahkemesi tarafından, 4721 sayılı kanunun m. 166/4. fıkrasının iptal edilmesi sebebi ile hukuksal boşluk doğacağı öngörülmüştür. Bu boşluğun kamu yararını ihlal edecek nitelikte olması nedeni ile iptal hükmünü içeren kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonra yürürlüğe girmesi uygun bulunmuştur.

Makalemizin yazımı tarihinde iptal edilen kuralın yürürlüğü devam etmektedir. Dolayısı ile söz konusu kural yerine yeni bir düzenleme yapılmamıştır. Makalemizde hem 4721 sayılı kanunun m.166/4'ün getiriliş amacı, yaklaşık otuz altı yıllık süreçte uygulanması, bu süreçteki doktrinsel tartışmalar, kuralın iptaline giden süreç ve iptal kararı anlatılmış hem de henüz yeni bir düzenleme yapılmadığı için gerekçeleri ile birlikte çözüm önerisi getirilmiştir.

<sup>57</sup> <https://www.resmigazete.gov.tr>, T. 2024-04-19. E.T. 05.10.2024.

Yüksek mahkeme söz konusu kuralı, “özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı” ile “aile kurumunu koruma amacı” arasında oluşa göre makul bir denge sağlamayan, kuralın orantılılık alt ilkesi yönünden ölçülülük ilkesini ihlal ettiği sebebi ile iptal etmiştir. Biz de anılan kuralın iptalini ve gerekçesini yerinde görmekteyiz. Uygulamaya bakıldığında, bir boşanma davasının açılması bu davanın reddi ve ret kararın kesinleşmesi, bu kesinleşen karardan itibaren en az üç yıl boyunca tarafların ortak hayatı kuramaması ve bu sürenin tamamlanmasından itibaren açılacak boşanma davasında evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı kabul edilerek boşanma kararının verilmesi, aile kurumunun korunması amacından uzaklaşarak tarafları uzun süren ve hayli yıpratıcı yargılama süresi ile baş başa bırakmaktadır. Ayrıca bu yönde bir kuralın varlığı yargılama makamı açısından da iş yükü yaratmaktadır. Bir davanın açılması, yargılamanın yapılması, herhangi bir sebep ile ret kararının verilmesi, ret kararına itiraz edildi ise yargılama yoluna başvurulması, yüksek yargı incelemesinde ret kararının bozulması, bozmaya yönelik direnme, sonunda kararın bir şekilde kesinleşmesi ve üç yıllık sürenin beklenmesi ve tekrar dava açılması gibi süreçler düşünüldüğünde, bu kuralın hem kişileri hem yargılamayı uzun süre meşgul ettiği görülmektedir. Ayrıca diğer ülke hukuklarına baktığımızda dayanak dava yönünde kriter olmadığı görülmektedir. İsviçre Medeni Kanunu’nda yer alan düzenlemeye göre, çekişmeli boşanma davalarında, eşlerin en az iki yıldan beri ortak hayatı kurmama amaçlı ayrı yaşamaları halinde, eşlerden her birinin boşanmaya karar verilmesini talep hakkının olduğu kabul edilmiştir. Yine Almanya ve Fransa’daki uygulamalar da buna benzer şekildedir.

Sonuç olarak, iptal edilen kural yerine yapılması muhtemel düzenleme için, dayanak davanın kaldırılması önerilmektedir. Eşlerin, kesintisiz iki yıldır ayrı yaşamaları halinde evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı kabul edilmelidir. Bu ayrı yaşama hali bir zorunluluktan (askerlik, tayin, yüksek lisans, geçici görevlendirme vb.) değil ortak hayatı ve aile birliğini kurmama amacı ile olmalıdır. Ortak hayatın bahsedilen şekilde kurulamamasının, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına karine teşkil etmesi kabul edilmelidir. Bu sayede, açılan boşanma davasında boşanmaya karar verilmesi ile taraflar arasındaki temelinden sarsılmış evlilik birliğini sona erdirilmelidir.

**KAYNAKÇA**

- AKÇAAL**, Mehmet: Medeni Hukuk, Ankara, 2022.
- AKINTÜRK**, Turgut/**ATEŞ**, Derya: Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku C.2, 19. Baskı, İstanbul, 2016.
- ALTINOK ORMANCI**, Pınar: “Fransız Boşanma Hukuku Revizyonunun Getirdikleri: Türk Boşanma Hukukunda Olası Bir Revizyon İçin Değerlendirmeler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 71, sy. 4 (Aralık 2022): s. 1431-58. <https://doi.org/10.33629/auhfd.1198815>.
- AYAN**, Nurşen: “Terk Nedeniyle Boşanma”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15 (1), s. 39-59.
- AYDIN**, Okan/**BARAN**, Gülen: “Toplumsal Değişme Sürecinde Evlenme ve Boşanma”, Toplum ve Sosyal Hizmet, 21(2), s. 117-126.
- BAYGIN**, Cem: “Tanzimattan Günümüze Aile Hukukunun Gelişim Sürecine Kısa Bir Bakış”, 2016, C. 22, S. 3, s. 453- 462.
- BERKİ**, Şakir: “Boşanma ve Ayrılık”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 32, sy. 1 5.1975, s. 135-54.
- BOR**, Yusuf: Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeni ile Boşanma, Ankara, 2023.
- BURCUOĞLU**, Haluk: “Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 48, S. 1-4, İstanbul, 1983, s. 113-140.
- BURCUOĞLU**, Haluk: “Boşanmada Kusur ve Yoksulluk Nafakası ile İlgili Gözlemler”. İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 4, no. 2 12. 2018, s. 1-12.
- CEYLAN**, Ebru: “İsviçre, Fransa, Belçika, İspanya ve İtalya Hukukundaki Boşanma Sebeplerinin Türk Hukukuyla Mukayesesi ve Değerlendirmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y. 6, S. 12, Aralık 2018, s. 315-334.
- DURAL**, Mustafa/**ÖĞÜZ**, Tufan/**GÜMÜŞ**, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku C.III Aile Hukuku, 19. Baskı, Ankara, 2024.
- ERCAN**, İbrahim: “Boşanma Davalarında Geçerli Olan Yargılama İlkeleleri”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4(2), s. 249-269.
- HATEMİ**, Hüseyin: Aile Hukuku, 10. Baskı, İstanbul, 2023.

**KILIÇOĞLU**, Ahmet: Aile Hukuku, 6. Baskı, Ankara, 2022.

**KURU**, Baki/ **ARSLAN**, Ramazan/ **YILMAZ**, Ejder: Medeni Usul Hukuku, 20. Baskı, Ankara, 2009.

**ÖZGÜL**, Mehmet Emin: "Ortak Hayatın Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebiyle Boşanma Davası", SÜHFD., C. 29, S. 3, 2021, s. 2347-2385.

**OKTAY ÖZDEMİR**, Saibe: "Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı", MHB, Y. 35, S. 1, 2015, s. 29-46.

**ŞAHİN ŞENGÜL**, Eda: Fiili Ayrılık Nedeni ile Boşanma, İstanbul, 2022.

**ÜNAL**, Akın: "Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: II, S: 1-2, Kayseri, 2007, s. 291-311

**ÖZTAN**, Bilge: "Medeni Kanun'un Kabulünün 70'nci Yılında Aile Hukuku", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 44, sy. 1, 1995, s.79-125.

**ZEVKLİLİLER**, Aydın/ **CUMALIOĞLU**, Emre/ **ACABEY**, Beşir: Medeni Hukuk III Aile Hukuku, Ankara, 2024.