VOLUME • CİLT: 29 • ISSUE • SAYI: 1 JUNE • HAZİRAN 2023 ISSN: 2529-0142

MARMARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK ARAŞTIRMALARI DERGİSİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
6 Aylık Hakemli Akademik Dergi / Biannual Peer-Reviewed Academic Journal
Volume • Cilt: 29 / Issue • Sayı: 1 /JUNE / HAZİRAN • 2023
ISSN: 2529-0142

Marmara Üniversitesi Rektörlüğü Adına İmtiyaz Sahibi • Owner: Prof. Dr. MUSTAFA KURT (Rektör • Rector)

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına İmtiyaz Sahibi • Owner of the Journal
Prof. Dr. Mehmet AKMAN

Yayın Kurulu / Editorial Board
Prof. Dr. Ercüment ÖZKARACA (Baş Editör)
Dr. Öğr. Üyesi Zafer İÇER (Editör)
Dr. Öğr. Üyesi Canan ÜNAL (Editör)
Dr. Öğr. Üyesi Ebru ZEYBEK CEBECİ (Editör)
Arş. Gör. Can YÖNEY
Arş. Gör. Ümit Barış BAYINDIR
Arş. Gör. Nagihan TANDOĞAN ÖZBAYKAL
Arş. Gör. Burak YILMAZ

Dizgi • Typesetting
ELİF TUFAN KIRKIL, Burcu DİKER

Yönetim Yeri ve Yazışma Adresi /Address
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Göztepe Kampüsü B. Blok 118/2 34722 Kadıköy, İstanbul
Tel: 0216-777 2200 Fax: 0216-777 2223
E-Posta: hukukdergi@marmara.edu.tr

Marmara Üniversitesi Yayınevi / Marmara University Press
Adres: Göztepe Kampüsü 34722 Kadıköy, İstanbul
Tel/Faks: +90 216 777 1400
E-posta: yayinevi@marmara.edu.tr

Bu yayının tamamının veya bir bölümünün, Marmara Ünversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılması, dağıtılması, kayda alınması yasaktır. Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler, yazarlara aittir; bu hususta Fakülte, sorumluluk kabul etmez. Dergide çıkan herhangi bir yazıya atıf yaparken "MÜHF-HAD" kısalt-masının kullanılması önerilir. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, TÜBİTAK – ULAKBİM TR Hukuk Dizininde taranan ULUSAL HAKEMLİ bir dergidir.

Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Hâkimiyet Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğa Uygulanacak Hukuk ve Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi

The International Jurisdiction of Turkish Courts and Applicable Law to the Contractual Responsibility Arising from Domination Agreement within the Scope of the Turkish Commercial Code

Mustafa ERKAN, Şule ARSLAN **334**

01.01.2020 Tarihli İsviçre Zamanaşımı Hukuku Revizyonu Kapsamında İsviçre Borçlar Kanunu'nda Haksız Fiil ve Sözleşme Sorumluluğu Zamanaşımı (Özellikle Ölüm ve Bedensel Zararlarda Maddi ve Manevi Tazminat Talepleri) (İsviçre Borçlar Kanunu (OR) m. 60 ve OR m.128a)

Prescriptive Periods for Tort and Contract Liability under the Swiss Code of Obligations within the Scope of the Swiss Revision of the Law on Prescriptive Periods dated 01.01.2020 (Especially Claims for Damages or Satisfaction in Cases of Death and Injury) (Swiss Code of Obligations (OR) Art. 60 and OR Art. 128a)

Canan YILMAZ **362**

Boşanma Açısından Eşle Cinsel Birliktelik Yaşa(ya)mama ve Yargıtay'ın İlgili İçtihatlarının Mukayeseli Aile Hukuku Penceresinden Eleştirilmesi

Unwillingness or Inability to Have Sexual Intercourse with Spouse in terms of Divorce and Criticizing the Relevant Jurisprudence of the Court of Cassation from the Perspective of Comparative Family Law

Özlem TÜZÜNER **393**

Yargıtay'ın *"İpotek Hakkının Bölünmezliği"* Olarak İfade Ettiği İlkeye Eleştirel Bir Bakış: Birden Fazla Alacağı Güvence Altına Alan İpotek Hakkının Paraya Çevrilmesi İçin Yapılan İcra Takibinin Etkileri

A Critical Approach to the Supreme Court's "Indivisibility of Hypothec" Principle: The Effects of an Enforcement Proceeding for the Hypothecs Covering Multiple Claims

Evrim ERİŞİR, Halil Ahmet YÜCE **441**

Ticari İşlerde Faiz ve Sigorta Sözleşmelerine Yansıması

Interest in Commercial Business and Impacts on Insurance Contracts

Serdar DEMIRCI **495**

MÜHF-HAD Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi • Cilt 29, Sayı 1, Haziran 2023, ISSN: 2529-0142, ss. 393-440 • DOI:10.33433/maruhad.1267047

ARAŞTIRMA MAKALESİ
RESEARCH ARTICLE

Boşanma Açısından Eşle Cinsel Birliktelik Yaşa(ya)mama ve Yargıtay'ın İlgili İçtihatlarının Mukayeseli Aile Hukuku Penceresinden Eleştirilmesi

Unwillingness or Inability to Have Sexual Intercourse with Spouse in terms of Divorce and Criticizing the Relevant Jurisprudence of the Court of Cassation from the Perspective of Comparative Family Law

Özlem TÜZÜNER*

ÖZ

Eşle cinsel birliktelik yaşa(ya)mamanın evlilik ve boşanma süreçlerindeki hukukî yer ve niteliği belirlenebilir. *Debitum conjugale* (evlilik borcu) çerçevesinde *copula carnalis* (eşler arası cinsel ilişki) konusunun borç olarak dayatılması *Canonique* hukuka dayanmaktadır. Evliliğin eşleri mütekabil yükümlülüklerle donattığı bakış açısı artık terk edilebilir. Birlikte yaşama, sadakat, ortaklığın mutluluğunu gözetme gibi olumlu ve olumsuz davranışlar borçlar hukuku anlamında *yükümlülük* değil, aile hukuku kapsamında *hukukî görev veya ödev* şeklinde nitelenebilir. Tabii ki eşler arası cinsel birliktelik kanunda düzenlenmez; eşlerin görevleri hakkındaki mevcut hükümlerden yorum yoluyla da çıkarılamaz. Yargıtay, çekişmeli boşanma davalarında, eşleriyle cinsel birliktelik yaşa(ya)mayan davalılara çoğunlukla tam kusur atfetmektedir. Bir tarafın arzusuna aykırı vaziyette cinsel iletişimin hiç kurulamaması veya uzun soluklu kesilmesi elbette evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına delalettir. Fakat bu tespit boşanmada cinsellik meselesinin direkt kusur dağılımına konu edilebileceği anlamına gelmez. *Vajinismus* ya da *erektil disfonksiyon* gibi rahatsızlıklardan psikolojik ve/veya fiziksel acı çeken eşlerin boşanmada tam kusurla kınanması hem kusur tanımını ihlâl etmekte hem de evliliği cinsel alışverişe indirgemektedir. Diğer taraftan, eşlerden birinin diğerine karşı seksüel arzularının sona ermesi, kendi kişiliğine dâhil bizzat karar verme hakkını kullanmasıdır ve evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında kusur kavramını doldurmaz. Böylesine *cinsel rahatsızlıklar ve/veya kaçınmalar* söz konusu olduğunda *evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle iki eşin de kusuru olmaksızın boşanma* mümkün olabilir. Yalnız temelden sarsılma sebebine dayalı boşanma davalarında Yargıtay davalının az da olsa kusurlu addedilmesi kriterini araştırmaktadır. Yakın cinsel ilişkiler kuramamış ya da böylesine samimiyetleri sona ermiş eşlerin boşanmasında Yargıtay'ın bu kriteri sorun teşkil etmektedir. Kusur prensibi, Türk boşanma pratiğinde kanun koyucunun iradesi hilafına genişletilmemelidir. Eşlerin mahrem hayatlarının mahkemelerde yarıştırılması yekdiğerinin kişilik hakkına tecavüz teşkil edebilir. *Kusur merkezli ve çok sebepli boşanma sistemi* işlevsel değildir. Bunun için İsviçre ve Fransa'daki aile hukuku gelişmeleri örneksenerek *Türk boşanma hukukunda reform* yapılması önerilir.

Anahtar Kelimeler: *Debitum conjugale, copula carnalis*, yükümlülük, hukukî görev veya ödev, cinsel rahatsızlıklar ve/veya kaçınmalar, evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle iki eşin de kusuru olmaksızın boşanma, kusur merkezli ve çok sebepli boşanma sistemi, Türk boşanma hukukunda reform

* Doç. Dr., Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı, ORCID ID: 0000-0002-5575-3400.
Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Özlem TÜZÜNER
E-posta/E-mail: ozlemtuzuner@gmail.com
Geliş Tarihi/Received: 17.03.2023 **Kabul Tarihi/Accepted:** 21.06.2023

ABSTRACT

The legal role and nature of spouses' sexual dissatisfaction with each other in marriage and divorce can be determined. According to *debitum conjugale*, the imposition of *copula carnalis* or, in other words, sexual relations between spouses as an obligation is based on canon law. However, the view that marriage endows spouses with such reciprocal obligations shall now be abandoned. Positive and negative behaviors such as cohabitation, loyalty, and tending to the happiness of the marital union should be qualified as a *legal duty or task* (or assignment) in the sense of family law, not an *obligation* in the sense of law of obligations. Certainly, sexual intercourse between spouses is not explicitly regulated by law and obligation should not be deduced from the existing provisions on the duties of spouses through interpretation. The Turkish Court of Cassation (Yargıtay) largely attributes full fault to defendants who are unwilling or unable to have sexual intercourse with their spouses in contentious divorce cases. The fact that sexual interaction is not established at all or is interrupted for a long time, contrary to the wishes of one party, of course indicates that the foundation of the marriage union has broken down irremediably. Nevertheless, this indication does not mean that the issue of sexuality in divorce can be directly subject to the distribution of faults. The condemnation of spouses who suffer psychologically and physically from ailments such as vaginismus or erectile dysfunction with complete fault in divorce both violates the definition of fault and reduces marriage to a partnership of sexual trading. On the other hand, the termination of the sexual desire of one of the spouses towards the other and the avoidance of sharing a bedroom reflects the use of the freedom of decision, including the right of personality, and does not satisfy the concept of fault in the breakdown of the marital union. In the case of such *sexual disorders and/or avoidance, the ending of the marriage in divorce without the fault of either spouse* may be possible. However, in divorce cases based on the breakdown of the marital union, the Yargıtay investigates the criterion for the defendant to be deemed at least slightly faulty. This criterion of the Court of Cassation poses problems in the divorces of spouses who could not establish close sexual relationships or whose intimacy ended. In Turkish divorce practice, the principle of fault should not be extended by the *Yargıtay* against the will of the legislator. Creating competition among the private lives of spouses in case files and court hearings may constitute an infringement of the personal rights of the other. The *fault-centered and multi-cause divorce system* is not functional. For this reason, *reform in Turkish divorce law* can be organized by taking the family law developments in Switzerland and France as an example.

Keywords: *Debitum conjugale, copula carnalis*, legal duty or task, obligation, sexual disorders and/or avoidance, ending of the marriage in divorce without the fault of either spouse, fault-centered and multi-cause divorce system, reform in Turkish divorce law

GİRİŞ

Türk Medenî Kanunu[1] (TMK), evlenmeyle eşler arasında evlilik birliği kurulduğunu açıklamaktadır (TMK m. 185/2). "Hak ve yükümlülükler" başlığı altında ilk iki hükümde bu birliğin sosyal ve ekonomik idamesi düzenlenmektedir (TMK m. 185/2, 185/3, 186). Anılan maddelerde, kadın ve erkek eş açısından ayırım gözetilmeksizin düzenlenen konular şöyle sıralanabilir: birlikte yaşamak, yaşanılan konutu seçmek, birliği yönetmek, birliğin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak ve giderlerine katılmak, çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermek, birbirlerine sadık

1 Kanun Numarası 4721, Kabul Tarihi 22.11.2001, RG 8.12.2001/24607.

kalmak ve yardımcı olmak. Yalnız mülga Türk Kanunu Medenisi[2] (TKM) mükellefiyet yerine "Haklar ve Vazifeler" başlığını tercih etmişti (TKM m. 151). Öyleyse evliliğin iyi idamesi için eşlerden beklenen vazifelerin yükümlülüklere evirilmesi sorgulanabilir. Çünkü ödev ve yükümlülük terimleri farklı hukukî sonuçlar doğurmaktadır.

Evlilik birliğinden orijin bulan hak ve ödevlerin kanunî sıralamasında eşlerin birbirlerini cinsel yönden tatmin etmesi yer almamaktadır (TMK m. 185, 186). Boşanma sebeplerini sayan hükümler arasında da eşlerin birbirleriyle cinsellik yaşa(ya)maması anılmamaktadır (TMK m. 161-166). Oysa bazı Yargıtay kararlarında eşlerin birbirleriyle cinsellik yaşaması yükümlülük addedilmektedir. Dahası, bu yükümlülüğünü yerine getirmediği her nasılsa saptanan eşe boşanmada tam kusur atfedilmektedir[3].

Aslında rızaya dayalı yaşandığı sürece cinsel ilişki azalması veya yokluğunun sağlığa zararlı sonuçları bulunmamaktadır[4]. Cinselliksiz evlilikler (*des mariages sans sexe*) giderek artmaktadır. Bu çiftler on, yirmi, otuz yıl birlikte adeta cinsiyetsiz yaşayıp ayrılma niyeti gütmemektedir. Üstelik cinselliksiz evlilikler sadece yaşlılara özgü değildir[5]. Görüldüğü üzere, cinsellik her evlilikte farklı, eşlere özgü ve bu nedenle göreceli dir. Bu farkındalık düzeyinde akla şu sorular gelmektedir. Evlilikte cinsellik tek tarafın arzusu hilafına azaldığında veya sona erdiğinde, bu kaçınmanın boşanma açısından direkt kusur telakki edilmesi hukuken yerinde midir? Cinsel perhiz veya yetersizliğin Yargıtay tarafından boşanmada kusur sayılmasının gerçek sebebi nedir? İşte bu sorular yanıtlanırken, konuya dair Yargıtay içtihatlarına eleştirel yaklaşılmaktadır.

Mukayeseli hukukta, boşanmada kusur araştırması ya kaldırılmış ya da en aza indirgenmiştir. Olağan olan, evlilik içi cinselliğin boşanma davasının dışında tutulmasıdır. Bununla birlikte, Yargıtay'la aynı yönde eski tarihli yabancı mahkeme kararları bulunmaktadır. Bu çalışmada, mukayeseli hukuk ve yabancı mahkeme kararları ışığında, evlilik içinde seksi başlatma görevinin kocaya yıkılmasının ve kadın eşin gönüllü boyun eğme misyonuyla donatılmasının çağa uygun olup olmadığı tartışılmaktadır. Bu sayede, eşler arası cinsel iletişimin veya iletişimsizliğin boşanma davalarındaki yeri bakımından objektif önerilerde bulunmak umut edilmektedir.

Eşle cinsel birliktelik yaşayamamanın evlilik ve boşanma süreçlerindeki hukukî yer ve niteliği belirlenebilir. Ayrıca, kanun koyucunun eşlerden beklediği davranış skalasının ödev yerine

2 Kanun Numarası 743, Kabul Tarihi 17.2.1926, RG 4.4.1926/339.

3 Böylesine Yargıtay kararlarından örnekler verilebilir: Yargıtay 2. HD (Hukuk Dairesi), E (Esas) 1995/7717, K (Karar) 1995/9764, 3.10.1995 <www.turkhukuksitesi.com> Erişim Tarihi 18 Eylül 2022; Yargıtay HGK (Hukuk Genel Kurulu), E 2001/2-245, K 2001/247, 14.3.2001 <www.turkhukuksitesi.com> Erişim Tarihi 18 Eylül 2022; Yargıtay 2. HD, E 2008/12710, K 2009/16076, 28.9.2009 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 23 Ağustos 2022; Yargıtay HGK, E 2010/2-674, K 2010/650, 15.12.2010 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 23 Ağustos 2022; Yargıtay 2. HD, E 2013/22464, K 2014/5606, 13.3.2014 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 23 Ağustos 2022; Yargıtay 2. HD, E 2016/7810, K 2016/8548, 27.4.2016 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 23 Ağustos 2022.

4 Lorenza Bettoli Musy, 'Quels sont les effets d'un manque de rapports sexuels?' (*Tribune de Genève*, 24 Mart 2017) <https://www.tdg.ch/quels-sont-les-effets-dun-manque-de-rapports-sexuels-769.307.409387> Erişim Tarihi 18 Ekim 2022.

5 Amanda Castillo, 'L'abstinence sexuelle dans le couple: dernier tabou' (*L'illustré*, 8 Nisan 2022) <https://www.illustre.ch/magazine/labstinence-sexuelle-dans-le-couple-dernier-tabou> Erişim Tarihi 18 Ekim 2022.

yükümlülük terimiyle karşılanması ve bu yükümlülüklerin cinsel ilişki kurmayı kapsaması eleştirilebilir. Araştırma ve tartışma platformlarına adım atmadan önce, aşağıda, ilgili Yargıtay içtihatları sıralanmaktadır. Ardından konunun Türk aile hukukundaki ve mukayeseli hukuktaki gidişatı aktarılmaktadır. Daha sonra, genel değerlendirme ve önerilere yer verilmektedir. Nihayet elde edilen nitel verilerin özetini teşkil eden sonuç bölümüyle bu çalışma tamamlanmaktadır.

I. BOŞANMA YARGILAMASINDA YARGITAY'IN EVLİLİK İÇİ CİNSEL İLETİŞİME BAKIŞ AÇISI

Bazı Yargıtay kararlarında, eşler arasında cinselliğin vuku bulmamasının boşanmaya etkisi incelenmektedir. Aşağıda, konuya dair Yargıtay kararlarını tüketici tarzda anmak amaçlanmamaktır. Yalnız Yüksek Mahkeme'nin görüşüne işaret eden mihenk taşı içtihatlar kronolojik sırayla derlenmektedir. Bunların değerlendirilmesi ise sonraki bölümlere ötelenmektedir.

"*Karı kocayı bedensel ve ruhsal yönden bütünleştiren ana öğe uyumlu cinsel ilişkidir. Cinsel tatminsizlik daha önce var olan sevgi ve saygıyı nefrete veya en azından isteksizliğe dönüştürür. Bu hâl eşlerin ruhsal bütünlüğünü bozar ve evlilik birliği temelinden sarsılır*". Bu Yargıtay ilâmında muhalefet şerhi, cinsel uyumun yakalanamamasını elverişsizlik terimiyle kusur harici değerlendirmektedir. İktidarsızlık kaynaklı "*elverişsizlik aslında evliliğin temelinden sarsılması olayının bir öğesidir. Temelden sarsılma olayında iki tarafın da kusuru söz konusu değildir*"[6].

"*Evlenmenin sosyal amacı yanında, cinsel arzuları tatmin etme gayesi de vardır. Tarafların cinsel organları normal yapıda olmasına rağmen, psikolojik sebeple de olsa uzun evlilik süresi içinde cinsel ilişki kuramadıkları kızlık muayenesine dair rapordan anlaşılmaktadır. Bu hâl evlilik birliğini temelinden sarsar. Birlikte yaşanan uzun süre içinde cinsel ilişkinin başarılamamış olması karşısında, eşlerde birbirine karşı haklı nefretin, en azından isteksizliğin doğacağı şüphesizdir. Bu durumu davacı açısından kusur olarak kabul etmek mümkün değildir. Ne zaman gerçekleşeceği belli olmayan ve ondan sonra da devam edip etmeyeceği şüpheli bulunan cinsel yakınlaşmayı beklemek için davacıyı zorlamak açık haksızlıktır. Bu koşullar altında davacıdan evlilik birliğini devam ettirmesi beklenemez. Aile birliğinin temelinden sarsıldığı kabul edilerek boşanmaya karar verilmesi gerekirken davanın yetersiz gerekçeyle reddedilmesi usul ve kanuna aykırıdır*"[7].

6 Yargıtay 2. HD, E 1995/7717, K 1995/9764, 3.10.1995 <www.turkhukuksitesi.com> Erişim Tarihi 18 Eylül 2022. Bu kararda atıf yapılan eski içtihatların künyeleri şöyledir: Yargıtay HGK, S (Sayı) 362-627, 14.5.1975 ve Yargıtay 2. HD, S 4572-4689, 24.5.1983. 1975 ve 1983'teki künyesi anılan son iki kararda, Yargıtay'ın, biyolojik ya da psikolojik nedenlerle cinsel ilişki kuramayan evli çiftlerin ruhsal bütünlüğünün bozulduğunu kabul ettiği yönünde Rukiye Kia-Akkaya, 'Hukukun Kadına Bakışı: Ergin ve Eşit Olamama Hâli' (2009) 13(1-2) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 87, 94.

7 Yargıtay 2. HD, E 2000/6488, K 2000/6877, 24.5.2000; Yargıtay 2. HD, E 2002/1552, K 2003/2680, 20.3.2003 <www.turkhukuksitesi.com> Erişim Tarihi 18 Eylül 2022; Yargıtay 2. HD, E 2001/4956, K 2001/6274, 19.4.2001 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 23 Ağustos 2022; Yargıtay HGK, E 2001/2-245, K 2001/247, 14.3.2001 <www.turkhukuksitesi.com> Erişim Tarihi 18 Eylül 2022; Yargıtay 2. HD, E 2003/7228, K 2003/8048, 2.6.2003 [Bilâl Köseoğlu ve Köksal Kocaağa, *Aile Hukuku ve Uygulaması* (Türkiye Barolar Birliği 2009) 102].

"*Davacının cinsel ilişkiden kaçındığına ilişkin delil ortaya konulamamıştır. Boşanmaya neden olan olaylarda, fiziksel rahatsızlığı bulunmamasına rağmen, cinsel ilişkiyi gerçekleştiremeyen davalı koca tamamen kusurludur*"[8].

"*Tarafların 19.6.2007 tarihinde evlendikleri, boşanma davasının 17.9.2008 tarihinde açıldığı görülmektedir. Davalının yapılan jinekolojik muayenesinde, cinsel birleşmeye engel hâl görülmediği, halen bakire olduğu doktor raporunda bildirilmiş psikiyatri uzmanı da davalıda vajinismus düşünülmediğini ifade etmiştir. Toplanan delillerden, taraflar arasında cinsel ilişki kurulamadığı anlaşılmaktadır. Davalının cinsel ilişkiden ve tedaviden kaçındığına ilişkin delil getirilmemiştir. Dinlenen davacı tanıklarının beyanları, davalının kusurlu olduğunu kabule yeterli değildir. Bu itibarla davanın reddi gerekir*"[9].

"*Tarafların yedi ay birlikte yaşadıkları hâlde aralarında cinsel birleşmenin gerçekleşmediği, davacının halen bakire olduğu hususları dosya kapsamıyla sabittir. Taraflar hakkında düzenlenen hastane sağlık kurulu raporlarında, cinsel ilişki kurmaya engel oluşturacak fizikî, anatomik ve psikolojik durumun saptanamadığı belirtilmiştir. Davalının oturumdaki açıklamaları, tanık ifadeleri ve diğer kanıtlar birlikte değerlendirildiğinde, fizikî ve psikolojik herhangi sorunu bulunmadığı hâlde, cinsel birleşmeyi gerçekleştiremeyen davalının boşanmaya sebep olan olaylarda tamamen kusurlu olduğu anlaşılmaktadır. Toplanan delillerden evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olan olaylarda tazminat isteyen davacı kadının ağır ya da eşit kusurlu olmadığı, bu olayların kişilik haklarına saldırı teşkil ettiği anlaşılmaktadır. O hâlde mahkemece, tarafların sosyal ve ekonomik durumları, tazminata esas olan fiilin ağırlığı ile hakkaniyet kuralları dikkate alınarak davacı kadın yararına uygun miktarda maddî ve manevî tazminata hükmedilmesi gerekir*". Söz konusu Hukuk Genel Kurulu içtihadında karşı oy yazısı bulunmaktadır: "*Özel daire kararında belirtildiği gibi boşanma kesinleşmiş olup, bunun sonucu tarafların boşanmaya neden olan olaylarda eşit kusurlu olduğu hususu da boşanma ile birlikte kesinleşmiştir. Bundan sonra tarafların kusur durumu tazminat davası ile ilgili olarak yeniden araştırılamaz ve tartışılamaz. Bu duruma rağmen, özel dairenin kesinleşen hükmün aksine, olayda davalı kocanın tam kusurlu bulunduğunu belirtmesinin yasal dayanağı bulunmadığından, davacı kadının tazminat isteminin reddine dair yerel mahkeme kararı doğru olup, onanması gerekir*"[10].

"*Davacı kadının cinsel ilişkiden kaçındığı veya engellediği yönünde delil ve iddia yoktur. Tarafların fizikî ve anatomik anlamda cinsel ilişki kurmalarına engel hâllerinin bulunmadığı tespit edilmiştir. Gerçekleşen bu duruma göre, cinsel ilişkiyi sağlayamayan koca, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında tamamen kusurludur. Hâl böyle iken tarafların boşanmanın nedeni olaylarda eşit kusurlu olduklarının kabulü ve bu hatalı kusur belirlemesine göre davacı kadının maddî ve manevî tazminat isteklerinin reddi doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir*"[11].

8 Yargıtay 2. HD, E 2008/12710, K 2009/16076, 28.9.2009 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 23 Ağustos 2022.

9 Yargıtay 2. HD, E 2009/20005, K 2010/21269, 16.12.2010 <https://karararama.yargitay.gov.tr> Erişim Tarihi 20 Eylül 2022.

10 Yargıtay HGK, E 2010/2-674, K 2010/650, 15.12.2010 <www.kazanci.com.tr> ve <www.turkhukuksitesi.com> Erişim Tarihi 23 Ağustos 2022.

11 Yargıtay 2. HD, E 2013/22464, K 2014/5606, 13.3.2014 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 23 Ağustos 2022.

"*Tarafların evlilikleri süresince sağlıklı cinsel ilişki kuramadıkları yapılan soruşturma ve toplanan delillerden anlaşılmaktadır. Davacı-karşı davalı kadında, cinsel ilişkiye engel fizyolojik ve psikolojik rahatsızlık saptanmamıştır. Cinsel ilişkiden kaçınanın davacı-karşı davalı kadın olduğuna dair delil de mevcut değildir. Bu hâlde, sağlıklı cinsel ilişkinin gerçekleştirilememesinde davalı-karşı davacı erkeğin kusurlu olduğu kabul edilmelidir. Boşanmanın sebebi olaylarda davalı-karşı davacı erkeğin tam kusurlu olduğunun kabulü gerekir. Hâl böyleyken, delillerin takdirinde hataya düşülerek bu hatalı kusur belirlemesinin sonucu, davacı-karşı davalı kadının maddî ve manevî tazminat taleplerinin reddine karar verilmesi isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir*"[12].

Yargıtay'a gelen İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 38. Hukuk Dairesi'nin kararı çoğunlukla onanmıştır. Olayda, asıl ve karşı davanın dayanak noktası taraflar arasında cinsel ilişki kurulamamasıdır. Bu onamaya karşı çıkan iki muhalif üye kararın bozulması gerektiğini ayrı ayrı gerekçelendirmişlerdir. İlk muhalefet görüşü şöyledir: "*Davacı-karşı davalı kadın cinsel ilişkinin, davalı-karşı davacı erkeğin yaşadığı sertleşme sorunu nedeniyle gerçekleşemediğini; davalı-karşı davacı erkek ise kadının psikolojik rahatsızlığı ve vajinismus hastası olması ve cinsel ilişkiye yanaşmaması nedeniyle gerçekleştirilemediğini ileri sürmüştür*". TMK m. 6 ve HMK m. 187'den yola çıkarak ispat faaliyetine dair açıklamalardan sonra şu değerlendirmeler bulunmaktadır: "*Davacı-karşı davalı kadının, davalı-karşı davacı erkeğin fiziksel rahatsızlığının bulunduğunu ve sertleşme sorunu nedeniyle cinsel ilişkiyi gerçekleştiremediğini ispat etmesi zorunlu olup mevcut dosyada bu iddia hiçbir şekilde ispatlanamamıştır. Aksine ilk derece mahkemesince yargılama aşamasında tam teşekküllü hastaneye sevk olunan davalı-karşı davacı erkeğin cinsel ilişkiyi gerçekleştirmeye engel herhangi fiziksel ve cinsel rahatsızlığının bulunmadığı heyet raporu ile tevsik olunmuştur… Davacı-karşı davalı kadının ispat olunamayan davasının reddi gerekir. Buna karşılık evlilik birliği içinde çeşitli tarihlerde ve dosyada teşhis ve tedavi belgeleri mevcut doktor raporlarında davacı-karşı davalı kadının vajinismus hastası olduğu ayrıca kasılma, gerilme, depresif nöbet, uyku bozukluğu, intihar girişimi hikayelerinin yer aldığı ve psikolojik rahatsızlıklarının bulunduğu anlaşılmaktadır… Davalı kadının vajinismus hastalığının bulunduğu ve taraflar arasındaki cinsel ilişkinin gerçekleştirilememesinin mevcut bu rahatsızlığın sonucu olduğunun tevsik olunduğu anlaşılmaktadır… Davalı-karşı davacı erkeğin ispatlanan davasının; davacı-karşı davalı kadının tam kusurlu olduğu, davalı-karşı davacı erkeğin ise kusursuz olduğu belirtilerek kabulüne karar verilmesi gerekir… Davacı-karşı davalı kadının vajinismus hastalığı nedeni ile cinsel birleşmenin gerçekleşemediği anlaşıldığından erkeğin davasının da kabulü gerekir. Bu nedenle hükmün bozulması gerektiğinden sayın çoğunluğun onama kararına katılmıyorum*". İkinci karşı oya da yer verilmelidir: "*Davacı-karşı davalı kadın cinsel birleşmenin erkekten kaynaklandığını içeren sorun olduğunu, bu sorunun tedavisinden kaçtığını iddia etmesine karşın Uludağ Üniversitesi Tıp Fakültesinden alınan 23.1.2017 tarihli raporda erkekte herhangi rahatsızlık bulunmadığının saptandığı anlaşılmaktadır… Davacı-karşı davalı kadının vajinismus hastalığı nedeni ile cinsel birleşmenin gerçekleşemediği anlaşıldığından erkeğin davasının da kabulü gerekir. Bu nedenle hükmün bozulması gerektiğinden sayın çoğunluğun onama kararına katılmıyorum*"[13].

12 Yargıtay 2. HD, E 2016/7810, K 2016/8548, 27.4.2016 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 23 Ağustos 2022.

13 Yargıtay 2. HD, E 2019/4809, K 2019/12514, 18.12.2019 <https://www.milhukuk.com/blog-detay/bosanma-ve-nafaka-hukuku/cinsel-iliski-kuramama-bosanma-davasi> Erişim Tarihi 20 Eylül 2022.

" Tarafların evliliğinden çok kısa süre sonra, erkeğin yurt dışına çalışmaya gittiği, döndükten sonra ise tanık, beyanlarına göre üç gün birlikte kaldıkları ve erkeğin tekrar yurt dışına gittiği, gitmeden önce kadını ailesinin evine tekrar alacağını beyan ederek bıraktığı, sonrasında ise kadına – seni istemiyorum – diye telefon mesajları gönderdiği anlaşılmaktadır. Mahkemece kadından kaynaklanan sebeplerle cinsel ilişkinin gerçekleşmediği, bu sebeple kadının kusurlu olduğu kabul edilmiş ise de; kadın yönünden verilen 29.7.2013 tarihli Adlî Tıp Kurumu raporunda, – X'in yapılan muayenesinde vajinismus belirtilerin tespit edildiği, tespit edilen bulguların uygun süre ve nitelikte eşlerin her ikisinin de katılması gereken cinsel terapi ile düzelebileceği ancak söz konusu terapinin tarafların yeterli motivasyon ve katılımı olmadığından gerçekleşmediği, aile içi çatışmaların mevcut olduğu dolayısı ile X'in cinsel ilişkiye girmesini engelleyecek ruhsal ve anatomik patoloji saptanmadığının belirtildiği görülmüştür – denmektedir. Taraflar 29.8.2012 tarihinde evlenmiş dava ise 8.10.2012 tarihinde açılmıştır. Evliliğin fiilen yaklaşık on beş gün devam ettiği ve cinsel birleşmenin gerçekleşmesi için eşlerden beklenen makul sürenin geçmediği, erkeğin eşine bu konuda makul süre tanımadığı, kadının tedaviden kaçındığının ispatlanamadığı anlaşılmaktadır. Buna göre, kadının cinsel birliktelikten kaçınması ve buna yönelik tedaviye yanaşmaması vakıalarının kendisine kusur olarak yüklenmesi ve bu kusur belirlemesine göre erkeğin davasının kabulüne karar verilmesi doğru değildir. Boşanmaya sebep olan olaylarda eşini tekrar almak üzere ailesinin evine bırakan ancak geri almayarak birlikte yaşamaktan kaçınan ve eşine – seni istemiyorum – şeklinde telefon mesajları gönderen davalı-karşı davacı erkeğin tamamen kusurlu olduğunun kabulü gerekir. O hâlde, davacı-karşı davalı kadının boşanma davasının kabulüne, davalı-karşı davacı erkeğin boşanma davasının reddine karar verilmesi gerekirken mahkemece, delillerin takdirinde hataya düşülerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır"[14].

"*Davalı-karşı davacı erkeğin cinsel yönden yetersiz olduğu vakıasının usulüne uygun şekilde ispatlanamadığının ve bu nedenle davalı-karşı davacı erkeğe kusur olarak yüklenemeyeceğinin yine de boşanmaya sebep olan olaylarda davalı-karşı davacı erkeğin tam kusurlu olduğunun anlaşılmasına göre, yerinde bulunmayan temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun hükmün onanmasına, karar vermek gerekmiştir*"[15].

Yukarıda anılan Yargıtay kararlarındaki temel hukukî mesele şöyle tarif edilebilir: eşle cinsel birlikteliğe yanaşmama veya bu konuda başarısız olma kusur kavramıyla etiketlenebilir mi ve dolayısıyla cinselliği yaşa(ya)mayan eşin tazminata mahkûm edilmesine zemin hazırlayabilir mi? Yan hukukî meselelerden ilki, evliliğin eşlere yükümlülük mü yüklediği yoksa hukukî görev mi atfettiğidir. İkincisi, Yargıtay'ın *vajinismus*[16] veya *erektil disfonksiyon*[17] gibi rahatsızlıklardan

14 Yargıtay 2. HD, E 2018/5437, K 2019/2300, 6.3.2019 <https://www.milhukuk.com/blog-detay/bosanma-ve-nafaka-hukuku/cinsel-iliski-kuramama-bosanma-davasi> Erişim Tarihi 20 Eylül 2022.

15 Yargıtay 2. HD, E 2021/40, K 2021/1310, 15.2.2021 <https://kararara.ma.yargitay.gov.tr> Erişim Tarihi 20 Eylül 2022.

16 *Vajinismus*, pelvik kasların istemsizce kasılması sonucu cinsel birlikteliğin olanaksızlaşmasına verilen tıbbî isimdir. Bu rahatsızlıkta, bilinçaltına yerleşmiş bazı korkular ve cinsellik hakkında yanlış bilgiler nedeniyle vajinal kanalın dış kısmındaki kaslar, kadının istemi ve kontrolü dışında kasılmaktadır ['Vajinismus' (*Vikipedi*, 7 Ocak 2023) <https://tr.wikipedia.org/wiki/Vajinismus> Erişim Tarihi 30 Ocak 2023].

17 *Erektil disfonksiyon*, erkek cinsel organının hiç veya yeterli süre sertleşmemesi üzerine cinsel birleşmenin olanaksızlaşmasına verilen tıbbî isimdir. Bu rahatsızlık, psikolojik ya da fizyolojik nedenlerle ortaya çıkabilir; ruhsal sebepler haricinde, ilaç etkileşimlerine veya dolaşım sistemi sorunlarına dayanabilir ['Sertleşme Bozukluğu' (*Vikipedi*, 21 Kasım 2022) <https://tr.wikipedia.org/wiki/Sertleşme_bozukluğu> Erişim Tarihi 30 Ocak 2023].

mustarip evli kişilerde bulduğu kusurun hukukî gerekçesidir. Yan meselelerden sonuncusu, Türk Medenî Kanunu'na göre, seksüel iletişimsizlik durumunda eşlerin her ikisi de kusursuzken veya eşit kusurluyken boşanmalarının mümkün olup olmadığıdır.

II. EVLİLİK İÇİ CİNSEL İLETİŞİM HAKKINDA HUKUKÎ GELİŞMELER

Evlilik içi cinsel iletişimin boşanmaya yansıtılması hakkında öğretideki gelişmelere geçmeden önce konunun hukuk tarihindeki temelleri ortaya konulabilir. Gerçekten hukuk tarihinde, eşler arası cinsel iletişim yoksunluğu evliliğin sona erdirilmesine mesnet edilmiştir.

İslâm aile hukukunda zevcenin boşanma hakkı tartışmalıdır. Yine de koca kaynaklı iktidarsızlık gibi cinsi münasebete engel hastalık ve/veya yetersizlik bulunduğunda evliliğin iptalini hâkimden talep etme imkânı zevceye tanınmaktadır. Evli kadının haklı talebi üzerine evliliğin hâkim kararıyla sona erdirilmesine ve eşlerin birbirlerinden ayırılmasına tefrik denir. Dahası, kadın eşin cinsel ilişkiye yanaşmaması ve cinsel soğukluğu da erkek açısından talâk sebebidir[18].

Roma aile hukukunda, *Iustinianus* döneminde, eşlerden birinin taraflara kusur yüklenmesi mümkün olmayan sair sebepten ötürü evlilik birliğini sona erdirmesine *divortium bona grita* denirdi[19]. Eşlerden birinin fiziksel yetersizliği nedeniyle çocuk sahibi olamaması *bona grita* boşanmasına örnek sebepler arasındaydı[20]. Roma'da bilinen ilk boşanma milattan önce 234'te kadın eşin kısırlığına dayanmıştır. Zira antik Roma'da, cinsel yönden karının doğurgan ve kocanın aktif olmasına önem atfedilmiştir[21]. Katolik yaklaşımda ise boşanma yasaklandığından ancak cinsel ilişki gerçekleşmediyse dinî görevlinin kararıyla evlilik akdi sona erdirilebiliyordu[22]. Aslında Roma aile hukukunda, copula carnalis (eşler

18 Esma Simav Oruç ve Abdurrahman Kurt, 'Erzurum ve Bursa Müftülüklerine 2005-2008 Yıllarında Gelen Sorular Işığında Kadınların Boşanma Talebinin Nedenleri' (2009) 18(2) Uludağ Üniversitesi İlâhiyat Fakültesi Dergisi 299, 319, 320; Ahmet Yaman, *İslâm Aile Hukuku* (Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı 2008) 86, 87; Cem Baygın, 'Tanzimat'tan Günümüze Aile Hukukunun Gelişim Sürecine Kısa Bir Bakış' (2016) 22(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 456; ayrıca Argun Köteli, *Evliliğin Hukukî Niteliği ve Evlilik Dışı Beraberlikler* (Kazancı 1991) 27-29; yakın tarihte, cinsel birliktelik yaşanmadığı hâlde tıbbî yardımla bir veya iki çocuk edinen ve yıllardır eşiyle aile hayatı yaşayamayan kadınların müftülüğe başvurması hakkında Oruç ve Kurt (n 18) 319, 320.

19 Fulya İlçin Gönenç, 'Roma Hukukunda Boşanma (*Divortium*)' (2003) 7(1-2) Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 645, 653; Nurten İnce, 'Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velâyet' (2018) 9(34) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 193.

20 Gönenç (n 19) 645, 653.

21 Fulya Kocakuşak, 'Antik Roma'da Aile Kurumu' (Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi 2011) 40, 51, 85.

22 Kemâl Tahir Gürsoy, 'Boşanma Hukukunun Tarihî Gelişimine Genel Bakış ve Boşanma Sebeplerinde En Yeni Eğilimler' iç *Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı Cilt II Boşanma Hukuku Haftası* (Ankara Üniversitesi 1977) 2, 3; Oğuz Ersöz, *Türk Hukukunda Zina Sebebiyle Boşanma* (On İki Levha 2018) 8; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medenî Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt* (Beta 2021) 236; mülga Türk Kanunu Medenisi döneminde Bülent Köprülü ve Selim Kaneti, *Aile Hukuku* (Özdem Kardeşler 1986) 149, 150; İlhan Akipek, *Mukayeseli Hukuk Bakımından Boşanma Sebepleri* (Güney 1952), 4-7; Köteli (n 18) 24, 25; aynı yönde Denis Oswald, *L'opposition au divorce-Application er réforme de l'article 142, alinéa 2 du Code Civil Suisse* (Paul Attinger 1977) 11, 12; Patrick Courbe, *Le divorce* (Dalloz 1996) 1, 2; Franz Werro, *Concubinage, mariage et démariage* (Staempfli 2000) 101; *Canonique* hukukta cinsellik gerçekleşmediyse evliliğin *matrimonium non consummatum* ile sona erdirilebilmesi yönünde W Scherrer, 'Wandlungen in der Auffassung über die rechtlichen Voraussetzungen zum Abschluss einer Ehe' (1944) 11(6-8) Der Schweizer Familienforscher = Le généalogiste suisse 77 <https://www.e-periodica.ch/cntmng?pid=fsj-002%3A1944%3A11%3A%3A214> Erişim Tarihi 24 Şubat 2023.

arası cinsel ilişki), evlilik birliğinin oluşması yani kurulması için gerekli görülmezdi. Kilise hukukunda ise *debitum conjugale* (evlilik borcu) kapsamında mütalaa edilmekteydi. Kilise kurallarına göre, *copula carnalis* her şeyden önce evliliğin mükemmelleşmesinin koşuluydu. Kilise, evlilik açısından cinsellik ve kutsallığı eş güdümlü algılamaktaydı[23]. Karı koca arasında cinselliğin copula carnalis terimiyle borç olarak dayatılması Canonique bakış açısıyla sınırlıydı. Bunun Bizanslılarda yansıması bulunmuyordu. Öyle ki Batılı din adamlarına göre karı ve koca birbirlerinin istekleri üzerine cinsel ilişkiye girmeye mecburdu. Batı'nın aksine Bizans'ta, eşler arasında cinsel boyun eğme tanımlayan sabit dilsel terminolojiye veya karmaşık kurallara rastlanmıyordu[24].

Hukuk tarihi şunu göstermektedir: Eşle cinsel birliktelik yaşayamama sebebiyle evliliğin sona erdirilmesi doğaldır; fakat buna dayanarak sözde mesul tutulan eşe kusur yüklenmesi ve onun tazminat ödemeye mahkûm edilmesi evliliğin nihayet bulmasını aşmaktadır ve bunun yegâne kaynağı Batılı din adamları tarafından yaratılan kilise hukukudur.

A. TÜRK ÖĞRETİSİNDE EŞLE CİNSEL BİRLİKTELİK YAŞAYAMAMA

Eşlerin cinselliğe katılımının evlilik ve boşanmaya tesiri hem hukuk uygulamacılarını hem de teorisyenleri meşgul etmiştir. Öğretiden alıntılanan görüşler arasında, sadece hukukçulara değil, konuyla yakın ilinti kurulabildiği ölçüde sosyologlara ve adlî tıp uzmanlarına da yer verilmektedir. Aşağıda, görüşler, sınırlayıcı amaç güdülmeksizin kronolojik sıralanmaktadır.

Mukayeseli boşanma hukuku hakkında mülga Türk Kanunu Medenisi döneminde 1952'de yazılan monografi, evlilik içi cinsel sorunların zinayı boşanma sebebi sayılmaktan çıkarmadığını belirtmiştir: "*Kendi eşi ile cinsî münasebette bulunmanın imkânsız olması, eşin cinsî soğukluğu, kadının rahmi olmaması yahut erkeğin iktidarsızlığı zinayı hiçbir zaman haklı göstermez*"[25].

İktidarsızlığın esas itibariyle boşanmayı gerektirmediği 1977'de savunulmuştur. Ancak evlenme sırasında bu durumun diğer eşten gizlenmesi ağır haksızlıktır. Bu takdirde haksızlık iktidarsız olmak değil, bu kadar önemli durumun diğer eşten saklanmasıdır[26]. Aynı yılda, elverişsizlik ve ruhî

23 Daniel Borrillo, *Le droit des sexualités* (Presses Universitaires de France 2009) 156; Patrice Hilt, *Le couple et la convention européenne des droits de l'homme* (Presses Universitaires d'Aix-Marseille) 185-230 (paragraphe 429) <https://books.openedition.org/puam/1212> Erişim Tarihi 23 Şubat 2022; Martine Charageat, *La délinquance matrimoniale* (Sorbonne 2011) 85-123 (paragraphe 12, 25) <https://books.openedition.org/psorbonne/10061> Erişim Tarihi 23 Şubat 2022; Köteli (n 18) 24, 75; Scherrer (n 22) 67, 77; Gürsoy (n 22) 2, 3; klasik Roma aile hukukunda bedenlerin birleşmesinin evliliğin başlangıcında veya mükemmelleşmesinde hiçbir öneminin bulunmadığı yönünde Kudret, Ayiter, *Roma Hukuku Dersleri Aile Hukuku* (Ankara Üniversitesi 1963) 6.

24 Maroula Perisanidi, 'Was There a Marital Debt in Byzantium?' (2017) 68(3) The Journal of Ecclesiastical History, 510, 511-528. *Germanique* hukukta, kaçıran ile kaçırılan kişi arasındaki *copula carnalis* ile evlilik mükemmel hâle geliyordu. Bu andan itibaren onlar arasında aile hukuku bağı doğuyordu ve karı ömür boyu sürecek evlilik sadakatini erkeğe borçlanıyordu. Kısacası evliliğin kendine özgü etkileri eşler arasında *copula carnalis*'in yaşanmasıyla ortaya çıkıyordu. Muhtemelen *Germen* muhafazakârlarının bu görüşünü dikkate alarak, Orta Çağ'ın çok sayıda ilahiyatçısı ve fıkıh bilgini tarafından *copula carnalis* evliliğin gerekli anı şeklinde vurgulanmıştır [Scherrer (n 22) 73, 75].

25 Akipek (n 22) 38.

26 Gürsoy (n 22) 7; Kemâl Tahir Gürsoy, 'Eşlerin Anlaşması Suretiyle Boşanma' iç *Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı Cilt II Boşanma Hukuku Haftası* (Ankara Üniversitesi 1977) 153.

uyumsuzluk başlıkları altında, iktidarsızlığın kusurdan bağımsız boşanma sebebi sayılması dile gelmiştir[27]. İlerleyen yıllarda da cinsel sorunların evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına zemin hazırladığı kabul edilmiştir[28].

Mülga Türk Kanunu Medenisi dönemine denk gelen değerli bir monografide, eşlerin birbirlerinin vücutlarını kullanarak haz alışverişinde bulunmalarının külfet şeklinde algılanmaması gerektiği savunulmuştur. Çünkü evlenme, eşlerin kişiliğinde daralma veya sınırlama getirmez. Kişinin eşiyle bile olsa cinsel ilişkiye katılıp katılmaması onun kendi bedeni üzerindeki özgür tasarrufudur. Aslında nişanlılar evlenme iradelerini açıkladıklarındaki müstakbel eşleriyle cinselliğe de onay vermektedir. Fakat bir kere evlilik birliği kurulduktan cinsel iletişimin sürekliliği hukuku değil ahlâkı ilgilendirir[29].

Mülga kanun zamanındaki makalelerden birinde hem erkek hem de kadın kaynaklı cinsel işlev bozukluklarının boşanmaya sebep sayılmasının çağdaş hukuk yaklaşımına uyduğu yazılmıştır. 2000'de, hazırlıkları son aşamaya ulaşmış Türk Medenî Kanunu'nda bu konuya yer verilmesinin ümit edildiği açıklanmıştır[30].

Kadının evlilik içinde cinsel birleşmeyi reddetme hakkından 2009'da bahsedilmiştir. Bu hakkı soyutlandığında evli kadının cinsel varlığı, sosyal dokudan güç bulan hukukî düzenlemelere kurban edilebilir. Kadın bedeni, hukuk tarafından terbiye edilmemeli ve eril dünyanın ahlâk standartlarına uydurulmamalıdır[31].

Yargıtay'ın boşanma hukukunu ilgilendiren cinsel içerikli içtihatlarındaki dili 2010'da tenkit edilmiştir. Öyle ki "kız çıkmadığı" şeklindeki ifadenin hukuk metninde nasıl kullanılabildiğinin sorgulanması gerektiği savunulmuştur[32].

27 Erol Cansel, 'Boşanmanın Dayandığı Hukukî Esaslar' iç *Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı Cilt II Boşanma Hukuku Haftası* (Ankara Üniversitesi 1977) 79; Nuşin Ayiter, 'MK Hükümlerine Göre Boşanmanın Genel Sebebi İmtizaçsızlık ve Yargıtay Uygulaması' iç *Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı Cilt II Boşanma Hukuku Haftası* (Ankara Üniversitesi 1977) 171; Esat Şener, 'Medenî Kanun'un Aile ve Nesep Bölümlerinde Çatışan Eğilimler' iç *Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı Cilt II Boşanma Hukuku Haftası* (Ankara Üniversitesi 1977) 225, 226.

28 Mülga Türk Kanunu Medenisi döneminde Köprülü ve Kaneti (n 22) 174; Mustafa Kemâl Oğuzman ve Mustafa Dural, *Aile Hukuku* (Filiz 1998) 125; Türk Medenî Kanunu yürürlükteyken aynı yönde Mustafa Dural, Tufan Öğüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (Filiz 2022) 120; Ayşe Şafak-Aydın, 'Yargıtay Kararları Işığında Türk Aile Hukukunda Kadın Bedeninin Ele Alınışının Feminist Bir Perspektifle İncelenmesi' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2013) 126, 130; Akıntürk ve Ateş (n 22) 264; Özlem Tüzüner, 'Boşanma ve Boşanmanın Genel Sebepleri' iç Metin İkizler ve Özlem Tüzüner (edr) *Medenî Hukuk-II Aile Hukuku* (Adalet 2023) 148.

29 Köteli (n 18) 90.

30 Nurhas Safran ve Nevzat Alkan, 'Kadın Cinsel İşlev Bozukluklarının Adlî Tıbbî Yönden Değerlendirilmesi' (2000) 5(3) Adlî Tıp Bülteni 173, 178.

31 Kia-Akkaya (n 6) 101.

32 Filiz Kerestecioğlu, 'Medenî Hukukta Kadının Cinsel ve Ekonomik Kimliği: Yargıtay Kararları Eşliğinde Bir Değerlendirme' iç Hülya Durudoğan, Fatoş Gökşen ve Bertil Emrah Oder (edr) *Türkiye'de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları: Eşitsizlikler, Mücadeleler, Kazanımlar* (Koç Üniversitesi 2010) 231, 255.

Boşanma hukukunda reform beklentisiyle 2011'de Alman aile hukukuyla mukayeseli yazılan makaleye göre, "*eşlerin birindeki fiziksel eksiklik ve cinsel uyuşmazlık evlilik birliğini sarsıntıya uğratabilir. Bu örneklerde kusurdan söz etmeye gerek yoktur*"[33].

Cinsel ilişkinin kurulamaması sebebiyle 1983-2013 yılları arasında açılan boşanma davaları 2013'te yazılan tezde incelenmiştir. Yazara göre, boşanma yargılamasına konu edilen cinsel ilişki yokluğu, çoğu zaman evliliğin başında fark edilmekte ve hukuk muhakemesine taşınmaktadır. Cinselliğin evliliğin devamında sonradan kesilmesinin davaya yansıması sayıca daha az olasılıktır. "*Aile hukuku eşlere negatif cinsel yükümlülük (üçüncü kişilerle cinsel ilişki yaşamama) yüklediğine göre, pozitif cinsel yükümlülük (eşiyle cinsel ilişki yaşama) yüklemesi kaçınılmaz olup sorun bu noktada toplanmamaktadır… Sorun, eşlere cinsel ilişki pozitif yükümlülüğü yükleyen aile hukuku sisteminden ziyade, bu yükümlülüğün yorumlanışında yapılan cins ayrımındadır*"[34].

Mukayeseli aile hukukundaki reformların gerisinde kalması gerekçesiyle Türk aile hukuku politikasına değinen makale 2016'da yazılmıştır. Buna göre, aile yaşamında zorla güzellik olmaz. Aile hukukundaki kuralların ekseriyeti minimalist ve yumuşak karakteri haizdir. Eşlere atfedilen görevlerin çoğu (evlilik devam ederken) dava edilemez veya yerine getirilmeleri zorla sağlanamaz[35].

Konunun usul hukuku boyutu hakkında 2016'da kaleme alınan makalede, evlilik içi cinsel iletişimde ispat zorluğuna eleştirel dille değinilmiştir. Burada, eşlerin cinsel iletişimini Yargıtay'ın hangi delillerle değerlendirdiği merak konusudur. Herhangi eşin cinsel ilişkiden kaçındığına dair tanık delillerinden bahsedilmesi; daha doğrusu, kişilerin seksüel hayatlarının ispat faaliyetine konu edilmesi hayret uyandırıcı bulunmuştur[36].

Adlî tıp yönünden boşanmaları değerlendiren 2017'deki tezde, şizofreni yahut *bipolar* benzeri psikiyatrik rahatsızlıklar yanı sıra *vajinismus* veya *erektil disfonksiyon* gibi cinsel işlevsel bozuklukların boşanma vakıalarında ön planda tutulduğu; bununla birlikte, kalp yetmezliği, kanser, hipertansiyon veya astım gibi fiziksel kronik rahatsızlıkların ise cinsellik ve psikolojik durum arkasında yancı sebep olarak anıldığı tespit edilmiştir. Öyle ki boşanmalarda, cinsel soğukluk, *vajinismus*, iktidarsızlık gibi kronik ve psikiyatrik hastalıklar iddia edilen oranlardan daha fazla rol oynamaktadır[37].

33 Halûk Burcuoğlu, 'Almanya'da Yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler', (2011) 48(1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 136.

34 Şafak-Aydın (n 28) 126, 130.

35 Rona Serozan, Başak Başoğlu ve Berk Kapancı, 'Aile Hukukunun Özellikleri, İlkeleri ve Gelişimi' (2016) 15(2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 532, 533; ayrıca borçlar hukukunun bilinen kalıp ve kavramlarının aile hukukunda yetersiz veya yabancı kaldığı; meselâ yüküm teriminin aile hukukunda ya hiç kullanılmaması ya da değiştirilmeksizin kullanılmaması gerektiği yönünde Cengiz Koçhisarlıoğlu, 'Aile Hukuku Kavramlarının Farklılığı' (2004) 53(39) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 26, 27 [Catherine Riou-Labrusse, *L'égalité des époux en droit allemand* (LGDJ, 1965) 63, 244].

36 Pınar Çiftçi, 'Boşanma Sisteminin Yargılamada Doğurduğu Temel Hak İhlâlleri ve İspat Sorunları' (2016) (16) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan) 1741, 1779, 1780.

37 Murat Kamalak, 'Boşanmaların Adlî Tıp Yönünden Değerlendirilmesi' (Adlî Tıp Uzmanlık Tezi, Necmettin Erbakan Üniversitesi 2017) 65, 66; Kasım Tatlılıoğlu ve Nuri Demirel, 'Sosyal Bir Gerçeklik Olarak Boşanma Olgusu: Sosyal Psikolojik Bir Değerlendirme' (2016) 22(4) Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi 65, 66; 2018'de İzmir çapında gerçekleşen araştırmada cinsel uyumsuzluğun boşanma sebeplerinin %14 civarını karşıladığı yönünde Özgül Aktaş

Boşanma sebeplerini istatistik boyutuyla 2018'de değerlendiren makaleye göre, cinsel uyumsuzluklar boşanma sebeplerinin aşağı yukarı dörtte birine tekabül eder; boşanmaya yeltenen kadınları tetikleyen husus eşleriyle cinsel ilişkilerinin kötü olmasıdır. Ayrıca, boşanmış kadınlar eski eşleriyle seksüel iletişimlerinin bozukluğundan boşanmış erkeklere oranla daha fazla yakınmaktadır[38].

Konunun Yargıtay uygulamasındaki pratik sonuçlarını hukukî yönden açıklığa kavuşturan kısa makaleler 2021'de yayınlanmıştır. Öyle ki Yüksek Mahkeme nezdinde, bir ay kadar kısa sürmesine rağmen evlilik içinde hâlâ cinsel birliktelik yaşanmamışsa, "*kadınlık görevini yapmama*" boşanma sebebidir. Cinsel ilişkiden kaçınmanın ispatı, son derece zordur; mesajlaşma ve konuşmalar ispatı karşılayabilir. "*Erkeklik görevinin yerine getirilmemesi*" nedenli boşanma yargılamasında da cinsel yetersizliğe dayanılabilir. "*Aile birliği içerisinde cinsel hayat önemlidir. Cinsel ilişkinin gerçekleşmemesi ya da doyumun olmaması … karşısında hem ruhsal hem de bedensel tedavi görmek gerekir. Erkeğin tedaviden kaçması boşanma sebebidir ancak kadının bunu kanıtlaması gerekir. Bu durum evlilik birliğinin temelinden sarsılması ve erkeğin kusurlu olması şeklinde kabul edilir*"[39]. Nihayet, 2022'de, eşlerin cinsel ilişkide bulunmamalarının terk sebebine delalet etmediği, ancak evlilik birliğinin temelinden sarsılması gerekçesiyle boşanmaya zemin hazırladığı tespit edilmiştir[40].

B. MUKAYESELİ AİLE HUKUKUNDA EŞLER ARASI CİNSEL İLETİŞİM

Mukayeseli hukukta, Fransa ve İsviçre çerçevesinde, eşler arasındaki cinsel iletişimin boşanmaya konu edilmesi hakkında farklı yargı kararları ve fikirler aşağıda yine tarih sırasına göre derlenmektedir. Burada elde edilen veriler sonraki bölümde topyekûn analiz edilmektedir.

1. Fransız Hukuku

Fransa başlığında, konuyu ilgilendiren medenî kanun maddelerinden sonra mahkeme kararlarına, ardından öğretideki görüşlere yer verilmektedir. İlkin Fransız aile hukuku tarihinde *copula carnalis*'in gelişimine kısaca değinilebilir.

Fransa'da eski hukuk döneminde, kilise nazarında, evlilik, üremeye hizmet eden cinsel tüketim üzerine kuruluydu. Evli kişilerin üremek adına cinsel ilişkiye girme yükümlülüğü kabul edilmekteydi. Evliliğin cinsel ilişki kurarak tüketilmesine izin verilmiyorsa bu durum boşanmadan ziyade evliliğin iptali sebebiydi. Klasik çağda, erkeğin cinsel ilişkiye hazır olmaması evliliğin iptali için yeterliydi. İktidarsız koca, erkekliğini kanıtlamak için mahkemeye gitmeliydi ve böylesine yargılama esnasında

Akoğlu ve Hadiye Küçükkaragöz, 'Boşanma Nedenleri ve Boşanma Sonrasında Karşılaşılan Güçlüklere İlişkin Bir Araştırma: İzmir İli Örneği' (2018) 29(1) Toplum ve Sosyal Hizmet 158-160.

38 Murat Binay, 'Türkiye'de Boşanma Nedenlerinin Analizi ve Alternatif Uyuşmazlık Yöntemleri' (2018) 5(9) Ombudsman Akademik 237, 238, 240.

39 Mehmet Helvacı, 'Kadınlık Görevinin Yerine Getirilmemesi' (*Helvacı Hukuk*, 8 Ekim 2021) <https://mehmetalihelvaci.av.tr/kadinlik-gorevinin-yerine-getirilmemesi.html> Erişim Tarihi 20 Eylül 2022; Mehmet Helvacı, 'Erkeklik Görevini Yerine Getirmeme Nedeniyle Boşanma' (*Helvacı Hukuk*, 9 Ekim 2021) <https://mehmetalihelvaci.av.tr/erkeklik-gorevini-yerine-getirmeme-nedeniyle-bosanma.html> Erişim Tarihi 6 Ekim 2022.

40 Diren Yeğin, 'Türk Hukukunda Boşanma Sebeplerinin İncelenmesi' (2022) (161) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 237.

taraflar, cinsel organlarının analiz edilmesine izin vermeliydi. 1804'te yürürlüğe giren *Napoléon* Kodu özgürlükçü vizyondadır. *Napoléon* Kodu'ndan sonra Fransız aile hukukunda, evlilik içinde veya dışında gelişen her türlü cinselliğin rızaya dayanması daima vurgulanmaktadır[41].

a. Fransız Medenî Kanunu'nun İlgili Maddeleri

Avrupa'da pek çok ülkede kusura dayalı boşanma sistemi ya terk edilmiş ya da istisnai hâllere indirgenmiştir. Fransa da böylesine boşanma reformlarından nasibini almıştır. Böylece, anlaşmalı ve çekişmeli boşanma ayırımı devam etmektedir. Yalnız Fransa'da sınırlı alanda noter marifetiyle anlaşmalı boşanma imkân dâhilindedir[42]. Öncelikle, evlilik birliğinin eşlere yüklediği ödevlere ardından boşanmaya değinilebilir.

Fransız Medenî Kanunu[43] (C Civ), eşlerin görevleri ve hakları (*des devoirs et des droits respectifs des époux*) başlıklı bölümde, eşlerin ödevlerini (*devoirs des époux*) iki maddede düzenlemektedir: "Eşler birbirlerine karşılıklı, saygı, sadakat, kurtarma ve yardım borçludur" (C Civ art. 212); eşler karşılıklı olarak birlikte yaşamaya mecburdur (C Civ art. 215/al.1). Diğer taraftan, "Evliliğin görev ve yükümlülüklerinin ciddî veya mükerrer ihlâl edilmesini oluşturan olgular, eşe atfedilebilir ve ortak yaşamın sürdürülmesini çekilmez kılarsa, eşlerden biri boşanma talebinde bulunabilir" (C Civ art. 242). Bu maddede, evliliğin ödevleri ve yükümlülükleri (*des devoirs et obligations du mariage*) terimi dikkat çekicidir (C Civ art. 242). Ayrıca boşanma yargılamasında son anılan hükümle birlikte sıklıkla yararlanılan maddî hukuktaki ispat kuralına yer verilmelidir. "Fiilî karineyle ispat (*la preuve par présomption judiciaire*)" başlıklı madde, yasal karine (*présomption légale*) ihtimalinin aksini düzenlemektedir: "*Kanunla tesis edilmeyen karinelerin kabul edilmesi, ancak ciddî, kesin ve uyumluysa ve ancak kanunun herhangi şekilde/yolla ispata izin verdiği durumlarda hâkimin takdirine bırakılır*" (C Civ art. 1382).

41 Stéphanie Richard, 'Le couple, entre faits et droit: la nullité du mariage de René II de Lorraine et Jeanne d'Harcourt' (2016) 123(3-4) Moyen Age 567, 588, 590, 606, 607; Valérie Marchand ve Aline Beilin, 'Faut-il abolir le devoir conjugal? L'évolution du droit à travers l'évolution du droit en matière de devoir conjugal' (*Académie de Versailles*, 2022) <https://dgemc.ac-versailles.fr/IMG/pdf/seq-devoir_conjugal-seq2022.pdf> Erişim Tarihi 11 Ekim 2022; Timour Aggiouri, 'La liberté sexuelle à l'épreuve du devoir conjugal' (*Merci pour L'Info*, 1 Nisan 2021) <https://www.mercipourlinfo.fr/actualites/famille/le-devoir-conjugal-a-lepreuve-de-la-liberte-sexuelle-880249> Erişim Tarihi 11 Ekim 2022; Alfred Dufour, 'Les origines intellectuelles et les caractéristiques institutionnelles et axiologiques du droit matrimonial occidental moderne' (1991) 22(4) Revue générale de droit 774, 775. Bu esere göre, Avrupa'da 15 ila 18. yüzyıllarda evliliğin kutsallaştırılmasına karşı çıkan filozoflar bulunmaktaydı. Evliliğin kutsiyetten arınması, demokratik ve laik 20. yüzyıl düşünsel paradigmasından ziyade Batı toplumunun uzun soluklu *sécularisation* (dinden bağımsızlaşma/yalıtılma) sürecine dayanmaktadır. Akdî, eşitlikçi ve *eudémoniste* (ahlâk felsefesinin hayatın anlamını mutlulukta bulan tarafı) evlilik reformunun temeli, skolastik felsefenin, doğal hukuk doktrininin ve modern Canonique hukukun dayatmasıyla sivil makamlar tarafından evlilik üzerinde münhasır yargı yetkisinin onaylanmasıdır (ibid 765, 771, 772, 791, 792).

42 Ayrıntılı bilgilere şu eserlerden ulaşılabilir: Pınar Ormancı-Altınok, 'Fransız Boşanma Hukuku Revizyonunun Getirdikleri: Türk Boşanma Hukukunda Olası Bir Revizyon İçin Değerlendirmeler' (2022) 71(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1431-1458; Merve Ürem Çetinel ve Biset Sena Güneş, 'Mahkeme Dışı Boşanma Kurumu ve Türk Hukukunun Bu Kuruma Yaklaşımı' (2020) 5(1) Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 324-326; ayrıca İnce (n 19) 193; Halûk Burcuoğlu, 'Boşanmada Kusur ve Yoksulluk Nafakası ile İlgili Gözlemler' (2018) 4/2(1-12) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3, 4.

43 *Code Civil*, Adoption entre 1803 et 1804, Entrée en vigueur 21 mars 1804, Version en vigueur 6 février 2023.

Fransa'da, boşanma dört alt başlıkta düzenlenmektedir (C Civ art. 229-1 à 246): "karşılıklı rızaya dayalı boşanma (*du divorce par consentement mutuel*)", karşı tarafça "kabul edilen boşanma (*du divorce accepté*)", "evlilik bağının kesin olarak değiştirilmesi sebepli boşanma (*du divorce pour altération définitive du lien conjugal*)", "kusurlu boşanma (*du divorce pour faute*)". Üçüncü anılan başlıkta, evlilik bağının kalıcı vaziyette değişmesi üzerine eşlerden biri boşanma talep edebilir (C Civ art. 237). Böylece, boşanma başvurusu sırasında en az bir yıldır ayrı yaşayan eşler arasındaki yaşam birlikteliği kesin mertebede sona erdirilir. Boşanma davası gerekçesiz ikame edilmişse, evlilik bağının kesin statüde değiştirilmesini karakterize eden bir yıllık süre, boşanmanın ileri sürülmesiyle birlikte takdir edilir (C Civ art. 238). Sonuncu boşanma sebebinde ise, evliliğin gerektirdiği görev ve sorumlulukların ağır ve ciddî ihlâlinden bahsedilmektedir; zina, hayata kast veya kötü muamele gibi özel boşanma sebepleri tek tek sayılmamaktadır (C Civ art. 242 à 246).

b. Önemli Mahkeme Kararları

Eşlerin birbirleriyle cinsel ilişkiye girmeyi reddetmesinin evliliğin sona erdirilmesinde kusurlu davranış sayılmasına dair bazı popüler mahkeme kararlarına değinilebilir. *Montpellier*, Aix-*en-Provence*, Paris ve *Versailles* istinaf mahkemelerinin kararları sırayla 1996, 2011, 2012 ve 2020'de Temyiz Mahkemesi'nin ilgili dairelerinin içtihatlarına konu olmuştur. Hemen belirtilmelidir ki Fransız Temyiz Mahkemesi, öncekilerden ziyade asıl 2020'deki içtihadında, konuya ilişkin görüşünü daha net açıklamaktadır.

1996'da *Montpellier* İstinaf Mahkemesi'nden Temyiz Mahkemesi'nin 2. Hukuk Dairesi'ne yansıyan vakıada, koca, *Jéhovah* şahitlerine katılan karısının evlilikten doğan görevlerini yerine getirmediği, aile yaşamına ciddî zararlar verdiği ve çocukların eğitimini zedelediği gerekçeleriyle boşanma talep etmiştir. Yüksek Mahkeme, uzun yıllardır çocukların doğum günleri gibi sair aile kutlamaları yanı sıra Noel partilerine de düzenli olarak katılmayan kadın eşi kusurlu bulmuştur. Öyle ki evliliğin devamını çekilmez kılan böylesine kaçınma davranışları, eşlerin görev ve yükümlülüklerinin yenilenmiş ihlâlidir. Her ne kadar inanç özgürlüğü Fransız hukukunun temel yapısında yer alsa da evliliğin görev ve yükümlülüklerinin ciddî veya mükerrer ihlâl edilmesini oluşturan olgular boşanmayı gerektirir[44].

Başka davada, 1986'dan bu yana evliliklerini sürdüren eşler arasında cinsel uyumsuzluk sonradan baş göstermiştir. 2009'da kadın eş, cinsel ilişki yokluğu dolayısıyla eşine karşı çekişmeli boşanma davası ikame etmiştir. Davalı, birkaç yıl boyunca cinsel ilişki yaşanmamasını, sağlık sorunlarıyla çalışma programlarının yoğunluğuna bağlamıştır. Davacı ise kronik yorgunluk iddiasıyla zamanla sıklığı azalan cinsel ilişkilerin büsbütün kesilmesine itiraz etmiştir. İlk derece mahkemesi, ara sıra yeniden başlasa da birkaç yıl boyunca cinsel ilişkilerin fiilen yokluğunun, eşler arasındaki ilişkinin bozulmasına katkıda bulunduğunu belirlemiştir. Aslında, eşler arasındaki cinsel ilişkiler, evlilikten doğan görevlerin sürekliliğinin parçasıdır. 2011'de Aix-*en-Provence* İstinaf Mahkemesi'nin 6. Dairesi, eşler arası sevginin cinsellikle ifade bulduğu; davacının beklentisinin meşru olduğu; davalının eşiyle

44 Cour de Cassation Chambre 2ème civile du 9 octobre 1996 N° de pourvoi 95-10.461 (Cour d'appel de Montpellier du 7 novembre 1994) <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000.007.036111> Erişim Tarihi 11 Ekim 2022.

cinsel ilişki kurmasını engelleyen sağlık sorunlarının ispatlanamadığı gerekçeleriyle davalı kocayı boşanmada tam kusurlu saymış ve tazminata mahkûm etmiştir[45].

2012'deki Temyiz Mahkemesi içtihadına konu olaylarda, eşler 12 Temmuz 1996'da evlenmiştir. 12 Ağustos 1996'da kocasını bilinçli darbelerle yaralayan kadın eş, kasten adam öldürme suçundan tutuklanmıştır. Kadın eşin kocasının mirasını almak ve özellikle kendisinin ve oğlunun geleceğini garanti altına almak için kocasıyla evlendiği tespit edilmiştir. Evlilikle ilgisi olmayan amaçlarla gerçekleşen evliliğin iptal edilmesi talebinin rahmetli koca tarafından ölümcül darbeleri almadan önceki günlerde dile getirildiği belirtilmiştir. Ayrıca kadın eş kocasının sadece düğün günü kendisiyle cinsel birliktelik yaşamasına izin vermiştir. Bu geceden sonra bir daha asla cinselliğe yanaşmamıştır. Kocanın cinsel ilişkiye sadece evlilik gününde rıza gösteren karısının evliliğe yönelik samimiyetinden şüphelenmekte haklı olduğu açıklığa kavuşturulmuştur. Bu sebeplerle, *"Rıza yoksa evlilik yoktur"* maddesine başvurulmuştur (C Civ art. 146). Böylece, evlilik birliğinden doğan tüm yükümlülüklere boyun eğmek niyetinde olmadığını gösteren kadın eşin evlenmeye yönelik iradesinden şüphe eden Paris İstinaf Mahkemesi bu evliliği iptal etmiştir. Buna karşılık, temyiz makamına göre, istinaf mertebesindeki iptal kararı hem Medenî Kanun hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ile çatışmaktadır. Temyiz Mahkemesi, Paris İstinaf Mahkemesi'nin anılan kararında rızaya dayalı evlilik kuralını ve evlenme özgürlüğünü yanlış değerlendirdiğini belirtmiştir (C Civ art. 146; AİHS m. 12). Öyle ki istinaf yargılamasında, karının yalnızca kocanın mirasına el koymaya çalıştığının göz önünde bulundurulması evlenme özgürlüğünü tanımamaktır[46].

Yirmi yedi yıldır ortak hayatı paylaşan eşler her nasılsa boşanma sürecine adım atmıştır. Kadın eş yargılama esnasında, kocasının şiddeti, kendi yorgunluğu ve sağlık durumu nedeniyle dava tarihi itibariyle sekiz yıldır eşiyle cinsel ilişkiye girmeyi bıraktığını ikrar etmiştir. 2018'de *Versailles* ilk derece mahkemesi, cinsel ilişkiye girmemekte meşru gerekçeleri bulunması sebebiyle kocanın karısı aleyhine cinsellik temelli iddialarını kabul etmemiştir. Oysa 2019'da *Versailles* İstinaf Mahkemesi boşanmayı kadın eşin tek başına kusuruna dayandırmıştır. İstinaf Mahkeme'sine göre, "*tıbbî gerekçeler, 2004'ten beri karının kocasıyla yakın ilişkiler kurmasını ve bu kadar uzun süre boyunca sürekli onu reddetmesini mazur gösteremez. Bu ret, evliliğin ödev ve yükümlülüklerin ciddî ve yenilenmiş ihlâli teşkil eder ve ortak yaşama devam edilmesini imkânsız kılar*". Fransız Yüksek Mahkemesi, *Versailles* İstinaf Mahkemesi'nin kararını 2020'de bozmuştur. Temyiz yargılamasındaki bozma gerekçesi çalışmayı direkt ilgilendirmektedir. *"Evlilik görev ve yükümlülüklerinin ciddî veya yenilenmiş ihlâli teşkil eden olgular eşe atfedilebilirse ve ortak yaşamın sürdürülmesini çekilmez hâle getirirse, eşlerden biri tarafından boşanma talep edilebilir. Bireysel özgürlük ilkesinden ve fiziksel bütünlük hakkından*

45 Cour d'Appel d'Aix En Provence 6e Chambre du 3 mai 2011 N° 2011/292 Rôle N° 09/05752 <https://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/SEPTEMBRE_2011/arret_devoir_conjugal.txt.pdf> Erişim Tarihi 11 Ekim 2022 [Marchand ve Beilin (n 41); Jean-Yves Nau, 'Dix mille euros pour ne pas honorer sa femme' (2012) (323) Revue Médicale Suisse (du 11 janvier 2012) 78, 79, <https://www.revmed.ch/view/496472/4097860/RMS_idPAS_D_ISBN_pu2012-01s_sa22_art22.pdf> Erişim Tarihi 17 Ekim 2022].

46 Cour de cassation 1re Chambre civile du 19 décembre 2012 N° de pourvoi 09-15.606 (Cour d'appel de Paris du 25 septembre 2008) <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000.026.814939/> Erişim Tarihi 11 Ekim 2022 [Amandine Stehlin, 'Le mariage: un contrat ou une institution?' (Mémoire de fin de Master 2 Droit Notarial 2017) 50, 51 (*Dumas Hal*, 8 Temmuz 2019) <https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-02176290/document> Erişim Tarihi 13 Ekim 2022].

hareketle, yakın ilişkilerin yokluğu kendi başına böylesine ihlâl oluşturan gerçeği karakterize etmez. Karının 2004'ten beri kocasıyla yakın ilişkiler kurmayı reddetmesinin devam ederek birlikte yaşamın sürdürülmesini dayanılmaz kılan evliliğin görev ve yükümlülüklerinin ciddî ve yenilenmiş ihlâli olduğunu teyit eden İstinaf Mahkemesi, hem Medenî Kanun'un 242. hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 4 ve müteakip maddelerini birlikte ihlâl etmiştir"[47].

c. Öğretideki Görüşler

Fransız aile hukuku doktrininde eşlerin görevlerine biçilen yaptırım 1967'de sorgulanmıştır. Evlilik devam ederken veya sona erdikten sonra eşlerin görevleri hukukî yaptırıma bağlanabilir mi? Tabii bunların davaya konu edilmesinin maddî müeyyide göstergesi olduğu ifade edilmiştir. Yalnız soru net yanıtlanmamıştır[48]. Aile hukukuna dair sistematik eser, 1993'te, eşlerin görevlerini, bazen ödev bazen de yükümlülük terimleriyle anmıştır. Birlikte yaşama ödevine sıra geldiğinde cinselliğe değinmemiştir[49].

Kişiler ve şeyler arasında hukuk düzeni tarafından üretilen yapay formları inceleyen monografi 1996'da yayımlanmıştır. Bu eserdeki hukukî niteleme çabalarından biri tüzel kişiliği haiz olmayan evlilik birliğine yöneliktir. Yazarın fikirleri şöyledir: İnsanın görünürde nesneleştiği formlardan biri de evliliktir. Evlilik eşin vücuduna yönelik hak verir mi? Evlilik "başkasına ait olmayı" yasal mertebede meşrulaştıran karşılıklılıktan ibarettir. Buradaki yabancılaşma karşılıklılık ilkesiyle meşrulaştırılmaktadır. Evliliğin arkasında ahlâk olmasaydı hukuk evlilikteki yabancılaşmayı tek başına açıklayamazdı[50].

47 Cour de Cassation 1re Chambre Civile du 17 septembre 2020 N° de pourvoi 20-10.56 (Cour d'appel de Versailles 2e Chambre du 6 novembre 2019 N° 18/05762) <https://www.courdecassation.fr/decision/5fca352cd26a814644e9d809?search_api_fulltext=20-10.564&previousdecisionpage=&previousdecisionindex=&nextdecisionpage=&nextdecisionindex=> ve <https://www.doctrine.fr/d/CASS/2020/CASSP24E421DF5955E5AACB69> Erişim Tarihi 11 Ekim 2022. Böylece ulusal düzeyde kesinlik kazanan bu karar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önüne 2021'de gelmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu başvuruyu 2022'de kabul edilebilir bulmuştur [Marchand ve Beilin (n 41); Cliodhna Buckley, 'Condamnée Pour Avoir Refusé Des Relations Sexuelles à Son Époux' (*Human Rights Pulse*, 3 Mayıs 2021) <https://www.humanrightspulse.com/mastercontentblog/condamne-pour-avoir-refus-des-relations-sexuelles-a-son-epoux> Erişim Tarihi 23 Ekim 2022; *Versailles* Temyiz Mahkemesi kararından sonra direkt Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne gidilmişçesine kronolojinin yanlış aktarılması yönünde Renaud Michiels, 'Sanctionnée pour ne pas avoir accompli le devoir conjugal' (*Le Matin*, 18 Mart 2021) <https://www.lematin.ch/story/sanctionnee-pour-ne-pas-avoir-accompli-le-devoir-conjugal-239.865.943761> Erişim Tarihi 22 Ekim 2022]. Aslında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, evlilik görevi terimini yeknesak değerlendirmez. Kararlarından birinde şu cümlelere yer vermiştir: "*Evlilikten doğan hak ve ödevler, tıpkı kanunun toplumdaki ve değerlerdeki değişikliklere uyum sağlaması gibi, yıllar içinde evrimleşir. Modern zamanlarda evlilik, eşitler arasında ortaklık olarak görülmektedir*" (Cour Européen de Droit de l'Homme du 22 novembre 1995 C R contre Royaume Uni N° 20190/92 <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/decisions/cedh-22-novembre-1995-c-r-c-royaume-uni-affaire-numero-20190-92/> Erişim Tarihi 11 Ekim 2022).

48 Catherine Labrusse, 'Les actions en justice intentées par un époux contre son conjoint (Étude comparative de leur recevabilité et de leur fondement juridique' (1967) 19(2) Revue internationale de droit comparé 431, 437, 438.

49 Pierre Dupont Delestraint ve Philippe Bihr, *Droit civil* (Dalloz 1993) 73, 74.

50 Roberto Andorno, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréation* (LGDJ, 1996) 81, 82.

Fransa'da boşanma konusunda hukukî reform gerçekleşmeden önce 1996'da "evliliğin tüketilmemesi sadakat borcuna aykırılık teşkil eder (*la non-consommation du mariage constituent des manquements aux devoirs de fidélité*)" yorumu dile getirilmiştir[51].

Fransız Medenî Kanunu'ndaki kusura dayalı mülga boşanma sistemi, 2000'de kaleme alınan monografide incelenmiştir. Burada, eşler arasında tecavüz olasılığının tanınmasından yola çıkılarak, sonuçta evlilik görevinin yerine getirilmesi zorla engelleniyorsa, gönüllü cinsel ilişkinin istikrarlı reddinin kusur sayılması savunulmuştur. Eşlerden biri ihtiyarî ve ısrarlı vaziyette cinselliğe yanaşmadığında ve bu kayıtsızlık aşağılama teşkil ettiğinde kusurlu boşanma nedeni bulunmaktadır[52]. Aynı yılda yayımlanan başka sistematik esere göre, birlikte yaşama ödevi çatı (*toit*) kadar yatak birlikteliği (*communauté de lit*) de içerir. Kanun yatak birlikteliği hakkında açık düzenleme getirmese de yargı dünyası bunu tereddütsüz kabul etmektedir. Eğer eşlere başkalarıyla cinsellik yaşamama borcu yükleniyorsa, onlar bu konuyu birbirleriyle tatmin edebilmelidir[53].

Fransız evlilik algısını Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarıyla kıyaslayarak 2004'te eleştiren esere göre, karı kocanın karşılıklı görevlerini belirleyen yasa, farklı cinsten eşler arası iletişimi varsayar. Öyle ki eşler zorunlu olarak nefsi görev üstlenir. Çatı ortaklığına yatak birliği eklenir. Eşlerden her biri eşiyle cinsel ilişkisini sürdürmek zorundadır. Copula carnalis herhangi kanun veya anlaşma maddesiyle açıkça garanti edilmese de bunun varlığı kesindir; eşlerin birlikte yaşamasına dair kanun maddesinden kaynaklanır (C Civ art. 215/al.1). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin evlenme hakkı gerekçesiyle bu görevi içerdiği varsayılır (AİHS m. 12). Oysa Avrupa Birliği İnsan Hakları Mahkemesi'nin cinsiyetlerin kaynaşması anlamına gelen comixtio sexuum'u evliliği tamamlayan faktör boyutunda dikkate alması kabul edilemez. Koca tecavüzden suçlu bulunma pahasına karısına cinsellik dayatamaz. Sonuçta kişinin evliliğiyle beraber cinsel hayatı arzu ettiğinde yaşama hakkı bulunur[54].

Yasal görev (*devoir juridique*) ve kanundan doğan borç kavramlarına 2007'de odaklanılmıştır. Yasal görevde, görevli, kendi iradesine binaen görevi yerine getirmekte serbesttir. Dilerse, ödeve boyun eğmemeye karar verir. Görev, etik kavramlardan biridir. Bireysel veya toplu ahlâkın ifadesidir. Kabulü görevlinin özgür iradesine bağlıdır. Muhakkak benlik saygısını korumak adına kişi görevi saydığını yerine getirmelidir[55].

Aile hukuku ders kitabının 2009 baskısında, evlilik görevi kavramının yasal olup olmadığı tartışılmıştır. Bir yanda eşlere yükümlülük statüsünde evlilik görevi dayatmak, diğer yanda evlilikte herhangi zorlamaları bastırmak bir tür sıkıntı (yasal şizofreni) değil midir? Eşler arasındaki cinsel ilişkilerde gönüllülük prensiptir. Öyleyse cinsel ilişkiyi veya ilişkisizliği kınamak yasa koyucunun görevi değildir. "*Boşanmayı kusurlu olarak ilân etmek için evlilik yükümlülüklerinin ihlâlini ve*

51 Courbe (n 22) 32.

52 Jean-Michel Bruguière, *Le devoir conjugal: Philosophie du code et morale du juge* (Dalloz 2000) 5, 10-18.

53 Martine Le Bihan-Guénolé, *Droit civil-Droit de la famille* (Hachette 2000) 35.

54 Hilt (n 23) 119-178 (paragraphe 284, 294, 569), 185-230 (paragraphe 429, 430, 431).

55 Peter Bu, 'Le droit et le devoir' (2007) 41(3) Grand Orient de France-La chaîne d'union 84-85.

bu nedenle her bir eşin sorumluluklarını çözmek zorunda kalan yargıç, bu tür boşanmaların geri dönülemez nesnelleştirilmesi hareketinin yalnızca bir parçasıdır"56.

Cinsiyetle ilintili haklar hakkında monografi 2009'da yayımlanmıştır. Burada, eşlerin birbirleriyle cinsel ilişkiye girme yükümlülüğünden bahsedilmiştir. Öyle ki kanunda sayılanlara (C Civ art. 212, 215) ek olarak, eşler aralarında cinsel ilişkilerini düzenli sürdürmelidir. Evlilik içinde cinsel yaşamın düzenli paylaşılması evlilik görevidir. Çünkü "birlikte yaşama, çatı ve yatak birlikteliğini eş zamanlı ihtiva eder. Öyle ki seksüel yakınlık, düzenli ve ılımlı cinsel ilişkiye dönüşmelidir. *Böylece yargıçlar, fazlalık ve eksiklik arasındaki mutlu ortamda yer alan ve evlilik görevinin alacaklıları statüsünde iki eşin yükümlülüklerini yerine getirmek zorunda oldukları cinsel dengenin garantörü olmuştur*". Pozitif hukuk modelinde, evlilik borçları arasında evlilik içi cinsellik, iki boyutlu görev addedilir: Olumsuz boyutta, üçüncü kişilerle cinsel ilişkilerden kaçınma (sadakat); olumlu çerçevede, eşle cinsel ilişkileri sürdürme (evlilik görevi). Gerçekten, *"cinsel birliktelik yaşama yükümlülüğü kanunda açıkça belirtilmemişse de içtihat ve doktrin evlilik kurumunda cinsel ortodoksluk oluşturmuştur. Yasanın sessizliğinin yerini yargıçların ve muhafazakâr doktrinin yorumları almıştır"*[57].

Aix-en-Provence İstinaf Mahkemesi'nin yukarıda anılan içtihadının 2011'de kaleme alınan kritiğinde şu görüşlere yer verilmiştir. Ev dışında gerçekleşen zinanın ispatı ev içinde gerçekleşen cinsel perhizin ispatından daha kolaydır. Ayrıca evlilik görevi sayılan cinsel yakınlığı reddeden koca olsaydı, karının bunu ispat etmesi daha zor olurdu. Koca görevini üstlendiği yönünde savunma yapsaydı karının boşanma ve tazminat taleplerinin reddedilecek olması kuvvetle muhtemeldir. Üstelik aynı sebeple tazminata karar verilen farklı içtihatlarda, kadın ve erkek eş lehine binden on bin Euro tutarına kadar değişken tazminat miktarları tutarsızlık dolayısıyla eleştirilebilir[58].

Hukukçular tarafından kaleme alınan kısa internet makalelerinde, 2011, 2020 ve 2021 yıllarında, evli kişinin eşiyle cinsel ilişkiye girmeyi reddetmesinin, zarar gören eşe tazminat ödenmesine sebep olabildiği belirtilmiştir (C Civ art. 212, 215/al.1, 242, 1382). Cinsel ilişki kurma yükümlülüğü (*obligation d'avoir des relations sexuelles*) kanunda açıkça bulunmaz; fakat birlikte yaşama yükümlülüğüne dâhil kabul edilir (C Civ art. 215). Yaşam ortaklığı hem çatı hem de yatak açısından geçerlidir[59].

56 Marie Lamarche ve Jean-Jacques Lemouland, *Mariage (40 effets)* (Dalloz 2009) 13, 14; Borrillo (n 23) 155-157.

57 Borrillo (n 23) 155-157.

58 Marjorie Brusorio-Aillaud, 'Chronique de droit patrimonial du divorce – Octobre 2011' (*LexBase*, 31 Ekim 2011) <https://www.lexbase.fr/revues-juridiques/5509051-chronique-chronique-de-droit-patrimonial-du-divorce-octobre-2011> Erişim Tarihi 21 Ekim 2022; Cour d'Appel d'Aix En Provence 6e Chambre du 3 mai 2011 (n 45).

59 Esther Paolini, 'Mariage: le devoir conjugal est-il encore une obligation en France?' (*Police Justice*, 30 Mart 2021) <https://www.bfmtv.com/police-justice/mariage-le-devoir-conjugal-est-il-encore-une-obligation-en-france_AV-202.103.300459.html> Erişim Tarihi 11 Ekim 2022; Diane Brink, 'Mariage et abstinence sexuelle' (*brink-diane-avocat*, 23 Nisan 2020) <https://www.brink-diane-avocat.fr/categories/tout-sur-vos-droits-13246/articles/mariage-et-abstinence-sexuelle-606.htm> Erişim Tarihi 10 Ekim 2022; Christine Mateus, 'Devoir conjugal: sanctionnée pour avoir refusé de coucher avec son mari, elle saisit la justice européenne' (*LeParisien*, 18 Mart 2021) <https://www.leparisien.fr/sentinelles/devoir-conjugal-sanctionnee-pour-avoir-refuse-de-coucher-avec-son-mari-elle-en-appelle-a-la-justice-europeenne-18-03-2021-TSJSNBRCVNGLJLGNQGRYNCECGE.php> Erişim Tarihi 21 Ekim 2022; Aggiouri (n 41); Marchand ve Beilin (n 41); Brusorio-Aillaud (n 58); Le Bihan-Guénolé (n 53) 35.

Fransız aile hukuku çerçevesinde 2013'te yazılarak internete konulan kısa makalede, partnerini onurlandırma ödevi (*le devoir d'honorer son partenaire*) adı altında eşlerin birbirini cinsel yönden tatmin etmesinin *Canonique* hukuktan orijin bulduğu hatırlatılmıştır. Bu ödevin yerine getirilmemesi üzerine ortaya çıkan hukukî sonuçlar sorgulanmıştır. Evlilik içi cinselliğin kendine özgü hukukuna göre, cinsel perhiz kısa süreli bile olsa evli kişinin seksten kaçınmasının karşılığı boşanmada tam kusurlu addedilmek ve tuzlu miktarda tazminat ödemektir. Oysa evlilik içi seks diğer cinselliklerden farklı vaziyette kendi hukukunu meydana getirmemelidir[60]. Aynı yılda ileri sürülen başka fikre göre, evlilik artık tanrı tarafından kutsanmış ortaklık değildir, söz konusu kurum karı ve koca açısından bazen karşılıklı bazen de her birine özgü ödevlerin kaynağıdır[61].

Evlilikte eşlerin özgürlüklerinin evlilik yükümlülükleriyle sınırlandığı 2016'da ileri sürülmüştür. Öyle ki eşlerin cinsel özgürlükleri birbirlerine karşı sadakat borçlarıyla sınırlıdır. Dolayısıyla evli kişilerin gerek cinsellik gerek barınma hürriyetleri sadakat ve birlikte yaşama yükümlülükleriyle daralmaktadır[62].

Yasal görev terimi bu defa monografi boyutunda 2017'de incelenmiştir. Yükümlülük ve yasal görev arasındaki ayırım, ilkesel, esnek ve kullanışlıdır. Bu kavramların yapı ve kaynakları farklıdır. Bunların birbirlerinden ayırt edilmesi, hukukî sorumluluğun dağıtılması ve paylaştırılmasında pratik faydalar sağlar. Yine de aynı kişiden yükümlülük veya görev nedeniyle aynı eylemlerin yerine getirilmesi talep edilebilir[63].

Eşlerin çift olarak gerçek anlamda evlilik hayatına başlama niyetlerinin yargıçlarca saptanmasında, cinsel ilişkilerine bakılır. Bu iddia 2017'de yazılan tezde ortaya konulmuştur. Paris İstinaf Mahkemesi'nin yukarıda anılan içtihadına değinilmiş; düğün gecesinde sadece bir kez cinsel ilişkiye rıza gösteren kadın eşin evlenmeye yönelik samimiyetini şüpheyle karşılamasından ve evliliğin iptalinin talep edilmesinden bahsedilmiştir. Yine *Montpellier* İstinaf Mahkemesi'nin yukarıda açıklanan kararından söz edilmiş; cinsel birlikteliği yasaklayan veya birden fazla partnerle ilişkileri dayatan ya da sürekli mistik tefekkür emreden mezheplere ya da dinî ekollere mensup olmanın evlilikten kaynaklanan ortak yaşam, sadakat ve yardım gibi görevlerden eşleri muaf tutmadığı açıklığa kavuşturulmuştur[64].

Le Monde Gazetesi'nde 2020'de yer alan araştırma makalesinde, eşler arası cinsel iletişimin evlilik ödevi (*devoir conjugal*) sayılmasının Orta Çağ'da kaldığı savunulmuştur. Eşleri seksi başlatmaya

60 Sophie, 'Devoir conjugal: quand le sexe fait sa loi' (*Ethno Tendances*, 4 Ekim 2013) <http://www.ethno-tendances.com/tendances-societe/devoir-conjugual-sexe-fait-loi/> Erişim Tarihi 11 Ekim 2022.

61 Marie Christine Guiol, 'Les devoirs entre époux à travers la doctrine et la jurisprudence du XIXe siècle' (2013) 91(1) Revue historique de droit français et étranger 101.

62 Dania Dhaini, *Mariage et libertés: Étude comparative en droit français et libanais* (Université Paris-Saclay Droit 2016) 226 (*Tel Archives Hal*, 27 Haziran 2016) <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01337967/document> Erişim Tarihi 13 Ekim 2022.

63 Najib Hage-Chahine, *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé* (Panthéon-Assas 2017) Résumé.

64 Stehlin (n 46) 50, 51; Cour de cassation 1re Chambre civile du 19 décembre 2012 (n 46); Cour de Cassation 2ème Chambre civile du 9 octobre 1996 (n 44).

zorlamak, Katolik Kilisesi'nin Canonique yasalarının hayatta kalmasından farklı değildir[65]. Aynı yılda, konuya ilişkin içtihatlar derlenmiş ve evlilik içi cinsel iletişime yanaşılmamasının hangi koşullarda kusurlu addedildiği tespit edilmiştir. Bu şartlar şöyle sıralanmıştır: nedensiz kesintili, tıbbî sebeplerden uzak ve eşlerden sadece birinin inisiyatifinden kaynaklanan[66].

Feminist kolektiflerin konuya bakışı 2021'de dört kısa internet makalesinde aktarılmıştır. İlkinde alıntılanan feministlere göre, her türlü seksüel ilişkide tarafların rızası aranırken evli kadınlara kocalarıyla cinsel birliktelik yaşama yükümlülüğünün getirilmesi, onların kocalarının cinsel arzularına amade kalmasına zemin hazırlar. Diğer taraftan, ceza yargıçları evlilik içi cinsel ilişkide evli kadının rızasının yokluğunu ona tecavüz sayarak cezalandırmakta, hukuk yargıçları ise arkaik evlilik vizyonuyla kadına kocasıyla seksüel ilişki kurma borcu yüklemektedir[67]. Başka çalışmada, feminist sivil toplum örgütlerinin açıklamaları şöyledir: Evlilik görevi kavramı tamamen absürttür ve yargının cinselliği evlilik görevi addederek kusurlu boşanmaya alet etmesi ataerkil ve arkaiktir. Böylesine kanun bulunmamaktadır ve söz konusu uygulama hâkimlerin yasayı keyfi yorumlamasından kaynaklanmaktadır. İçtihatla yasadan evlilik borcu türetilmesi, evli kişileri cinsel ilişkiye girmeye zorlamak anlamına gelir ve bu zorlama evlilik içi tecavüzle ilgili yasal metinlerle çelişir[68]. Aynı yönde başka kısa makalede feminist topluluklardan şu görüşler alıntılanmıştır. Fransız adaleti, evli kadınların kocalarıyla cinsel ilişkiyi onaylama veya reddetme haklarını gasp etmiştir. Evlilik görevinin hâlâ dayatılması kınanmalıdır. Özellikle vurgulanan çağrı, evliliğin ne kadın ne de erkek eş açısından cinsel kölelik olduğudur[69]. Aynı yıla denk gelen farklı kısa makaleye göre, Fransız ceza ve medenî hukuklarında evlilik ödevi kavramı yıllardır eleştirilmektedir ve artık kaldırılmalıdır. Hâkimlerin Fransız Medenî Kanunu'nun bazı maddelerini arkaik yorumlayarak evlilik ödevi ihlâlini eşin seks talebini reddetme boyutunda genişletmesi kabul edilemez[70]. Nihayet, 2021'deki çekimser görüşe yer verilmelidir: Boşanmada kusur oluşabilmesi için herhangi evlilik yükümlülüğünün ağır veya mükerrer ihlâlinin eşlerden birine yüklenebilmesi gerekir. Bir eşin artık diğerini arzulamamasını kusur sayabilir miyiz? Bu sorunun cevabı geniş tartışma gerektirir[71].

65 Maïa Mazaurette, 'Faut-il abolir le devoir conjugal?' (*Le Monde Paris*, 28 Temmuz 2020) <https://www.lemonde.fr/m-perso/article/2020/06/28/faut-il-abolir-le-devoir-conjugal_6044430_4497916.html> Erişim Tarihi 10 Ekim 2022.

66 Brink (n 59).

67 Céline Peschard, 'Elle refuse des relations sexuelles avec son mari, la justice la sanctionne' (*Au féminin*, 17 Mart 2021)<https://www.aufeminin.com/news-societe/elle-refuse-des-relations-sexuelles-avec-son-mari-la-justice-la-sanctionne-s4023251.html> Erişim Tarihi 12 Ekim 2022.

68 Mateus (n 59).

69 Michiels (n 47); Buckley (n 47).

70 Alison Hird, 'French woman at fault for refusing sex with husband goes to European Court' (*RFI-Request for Information*, 20 Mart 2021) <https://www.rfi.fr/en/france/20210320-french-woman-at-fault-for-refusing-sex-with-husband-turns-to-european-court> Erişim Tarihi 25 Şubat 2022.

71 Léa Leostic, 'Devoir conjugal: pourquoi la décision de la Cour d'appel de Versailles fait polémique' (*Europe1*, 3 Nisan 2021) <https://www.europe1.fr/societe/pourquoi-la-decision-de-la-cour-dappel-de-versailles-sur-le-devoir-conjugal-fait-polemique-4035996> Erişim Tarihi 25 Şubat 2022. Bu haberde, aile hukuku uzmanı *Laurence Maugier-Vielpeau* ile görüşülmüştür. Ona göre, cinsel uyuşmazlıklarda, yaşam birlikteliğinin yokluğu ile karakterize edilen evlilik bağının kesin olarak değiştirilmesi sebepli boşanma (C Civ art. 237) yasal dayanak addedilebilir.

2. İSVİÇRE HUKUKU

İsviçre aile hukukunda eşler arasında cinsel ilişkinin yokluğu veya kesintiye uğraması boşanma açısından değerlendirilmemektedir. Eşle cinsel birliktelik yaşayamama öğretide tartışmalara konu edilmişse de bunun sebebi Fransız aile hukukundaki konuya dair yargısal gelişmelerin İsviçre'de yankı uyandırması ve tenkitlere malzeme edilmesidir. İsviçre başlığında öncelikle, konuyu ilgilendiren medenî kanun maddelerine; ardından öğretideki görüşlere değinilmektedir.

a. İsviçre Medenî Kanunu'nun İlgili Maddeleri

İsviçre boşanma hukuku revize edilmiş, evlilik birliğinin temelinden sarsılması karinesini temel alan sisteme geçilmiştir. Özel boşanma sebepleri kaldırıldığı gibi, boşanmada kusurun önemi çok istisnai hâllere indirgenmiştir[72]. İlkin evlilik birliğinin eşlere dayattığı ödevlere, sonra boşanma sebeplerine değinilebilir.

İsviçre Medenî Kanunu[73] (CC) evliliğin genel hükümleri başlığı altında eşlerin ödevleri (*devoirs des époux*) konusuna değinmektedir (CC art. 159). Burada, birliğin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak, çocukların bakımına beraberce özen göstermek, birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak şeklinde görevler eşlere atfedilmektedir. Bu görevler, karşılıklı mecbur etmek (*s'obliger mutuellement*) ve biri diğerine borçlanmak (*se devoir l'un à l'autre*) yüklemleriyle anılmaktadır. Eşler ortak konutu birlikte seçmeli; ayrıca birliğin yönetimi ve ekonomik idaresine katkıda bulunmalıdır (CC art. 162, 163).

İsviçre'deki boşanma sisteminde artık hâkimler eşler arası kusur dağılımını kural olarak araştırmamaktadır (CC art. 111, 112, 114, 115). Şöyle ki boşanma sebepleri iki ana başlık altında incelenir: Ortak dilekçeyle boşanma (*divorce sur requête commune*) ve tek taraflı talep üzerine boşanma (*divorce sur demande unilatérale*). Ortak dilekçe, tam ve kısmî anlaşma (*accord complet ou partiel*) ihtiva edebilir (CC art. 111, 112). İkinci ihtimal ise, birlikte yaşamanın askıya alınmasından sonra (*après suspension de la vie commune*) veya evlilik bağının kopması (*rupture du lien conjugal*) sebebine dayanabilir (CC art. 114, 115)[74].

Aktarılan kanun hükümlerinden anlaşıldığı üzere, İsviçre kanun koyucusu, eşlerin cinsel iletişimsizliğini düzenlenmez. Ne evlilik ödevlerini ne de boşanma sebeplerini sayan hükümlerde eşlerin birbirleriyle cinsellik yaşa(ya)maması anılır.

72 Heinz Hausheer, 'Türk-İsviçre Hukuk Topluluğunda Özellikle Aile Hukuku Alanına İlişkin Müşterek Çalışmalara Yönelik Görüşler ve İstekler' Çev. Bilge Öztan (2008) (76) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 204, 206, 214; Saibe Oktay-Özdemir, 'Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı' (2015) 35(1) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 31; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (Turhan 2022) 89, 90; Tüzüner (n 28) 134; Çetinel ve Güneş (n 42) 312, 314; Ersöz (n 22) 26, 27; İnce (n 19) 193; Burcuoğlu (n 42) 3, 4.

73 *Code Civil Suisse*, Décision 10 décembre 1907, Entrée en vigueur 1 janvier 1912, Version en vigueur 23 janvier 2023.

74 İsviçre Medenî Kanunu'nda, boşanma davasının veya karşı davanın kabulünün anlaşmalı boşanma hükümlerinin kıyasen uygulanmasına mahal vermesi düzenleniyordu (CC art. 116). Bu madde, 19 Aralık 2008'de 1 Ocak 2010'dan itibaren yürürlükten kaldırılmıştır.

İsviçre Federal Konseyi (*Conseil fédéral suisse*), 1979'da İsviçre Medenî Kanunu'nun revizyonuna ilişkin mesaj-evliliğin genel hükümleri, mal rejimleri ve veraset (*Message concernant la révision du code civil suisse-Effets généraux du mariage, régimes matrimoniaux et successions*) başlıklı mesaj yayımlamıştır. Bu metindeki vizyon, yasa koyucunun eşlerin görevleri konusuna temkinli yaklaşmasıdır. Kazuistik düzenlemelerle eş adayları evlilikten soğutulmamalıdır. "*Yasa eşler arasındaki ilişkiyi her bakımdan düzenlemeye çağrılmamaktadır. Amaç yalnızca evliliğin temel yönlerini düzenlemektir. Sonuçta evlilik, hukuk yanı sıra ahlâk ve iyi töre kurallarına da tâbidir. Bunu geliştirmek her çifte kalmıştır. Evlilik hukuku, uygulamanın gereklerini dikkate almaya çağrılmaktadır. Evlilik her iki eşin karşılıklı çıkarlar elde ettiği tek tip kazançlı faaliyet modeline indirgenemez. Özellikle yaşlılardaki karşılıklılık farklı anlam ifade edebilir. Eşlerin evlilik hukuku hükümlerinden kolaylıkla kaçabilecekleri ve kendilerine uygun rejimi mütekabil anlaşmayla kurabilecekleri serbest düzene itiraz edilebilir. Yalnız hukuk düzeni, evlilik ve boşanmanın sonuçlarına ilişkin güncel olmayan düzenlemelerle fiilen birlikte yaşamayı teşvik etmemelidir. Yarı ataerkil evlilik anlayışı terk edilmeli ve iki eşit ortak fikrine geçilmelidir. Birkaç yıldan beri, çok sayıda kantonda, evlilik veya aile danışmanlığı bürolarında, evlilik hazırlıklarına ek olarak cinsellik konularında gençlere yönelik eğitimler bulunmaktadır. Evlilik terapisi krizdeki eşlere yardım edebilir ve günlük yaşamın zorluklarında onlara tavsiyelerde bulunabilir*"[75].

Federal Adalet Bürosu (*Office fédéral de la justice*), 2009'da evlilik hakkında hatırlatma: haklar ve yükümlülükler (*Mémento sur le mariage en Suisse: droits et obligations*) broşürü hazırlamış ve İsviçre'nin tüm kantonlarında dağıtmıştır. Broşürün başlığında, evlilikten, yükümlülükler (*obligations*) doğduğu dile gelmiştir. Lâkin başlıktan sonra metne geçildiğinde yükümlülük terimi terk edilmiş, bunun yerine görev (*tâche*) kavramı mütemadiyen tercih edilmiştir. "*İki eş eşit olduğu için cinsiyete göre görev dağılımı yapılmamaktadır. Evlilik görevleri her zaman ortaktır. Eşler, kimin hangi görevlerden sorumlu olduğu konusunda karşılıklı anlaşırlar*"[76].

Nihayet eşler arası cinsel iletişim bozukluğunun kusurlu boşanmaya mesnet edilmesine dair İsviçre Federal Mahkemesi içtihadına rastlanmadığı belirtilebilir. Aksine temyiz yargılamasında ilgili ceza dairelerinin evlilik içi tecavüz (*viol conjugal*) vakalarını net kriterlerle profesyonel değerlendirdiği saptanmıştır[77].

75 Conseil Fédéral Suisse, 'Message concernant la révision du code civil suisse (Effets généraux du mariage, régimes matrimoniaux et successions) du 11 juillet 1979', 1189, 1191, 1232, 1256, <https://swissvotes.ch/attachments/21f060b3bf1ef42da6caf64d2f509046e5ec20234f086794a596.266.03182de72> Erişim Tarihi 17 Ekim 2022.

76 Office Fédéral de la Justice, 'Mémento sur le mariage en Suisse: droits et obligations' <https://www.eda.admin.ch/content/dam/countries/countries-content/myanmar/fr/Merkblatt_Ehe_Franzoesisch_Nov09.pdf> Erişim Tarihi 17 Ekim 2022.

77 İsviçre Ceza Kanunu (*Code Pénal Suisse*, Décision 21 décembre 1937, Entrée en vigueur 1 janvier 1942, Version en vigueur 23 janvier 2023; CP) içerdiği cinsel taciz ve tecavüz hükümleriyle söz konusu hukuka aykırılıkların aile içinde gerçekleşmesine karşı çıkmaktadır (CP art 189, 190). İsviçre Federal Mahkemesi, 2019'da, karının her aşamada aynen tekrarladığı ifadelerine ve bunların tıbbî rapor yanı sıra komşuya kısa mesajla doğrulanmasına güvenerek kocayı evlilik içi tecavüzden suçlu bulan *Vaud* Kanton Mahkemesi'nin keyfi davranmadığını dile getirmiştir. Karısının reddetmesini vicdanına rağmen zorlayıcı iradesiyle bastıran koca evlilik içi tecavüz suçunu işlemiştir. Öyle ki göz yaşlarıyla ağlamak, yalnız bırakılmak istemek, mücadele etmek ve ikna edici girişimlerden kaçmak mağdur muhalefetinin açık örnekleridir. Federal Mahkeme'nin Ceza Dairesi, karısı tarafından reddedilen kocanın "*evliyse, bunun bir kadınla yatmak için olduğu (s'il était marié, c'était pour coucher avec une femme*)" ifadesini özel olarak yorumlamamıştır (Tribunal fédéral 6B-1285/2018 Arrêt du 11 février 2019 Cour de droit pénal Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal du canton de

b. Doktrindeki Görüşler

Eşlerin görev dağılımı hakkında 1997'de kaleme alınan monografiye göre, kadının evin içini yönetmeden erkeğin ise ekonomik idame için kaynaklar sağlamadan sorumlu tutulması 18. yüzyıla, endüstri devrimine dayanmaktadır. Eve kazanç sağlayan aktivitenin kocaya yüklenmesi üretim metotlarındaki değişiklikten kaynaklansa bile esasen kilise tarafından desteklenmiştir[78].

İsviçre boşanma reformunu açıklayan derleme 1999'da şu tespitlere yer vermiştir. Eşleri boşanmaya sürükleyen kusurlu davranışlar sıklıkla taammüden değil tepkiseldir. Öte yandan, kusur dağılımına dair gerçekçi araştırma yapmanın mümkün olduğu varsayılsa bile, çoğunlukla birliğin dağılmasından hangi eşin sorumlu tutulması gerektiğinden emin olunamaz[79]. Ayrıca kanun eşlere yüklediği davranışları görev şeklinde adlandırdığından bunların yerine getirilmemesine kusur kavramı uymaz[80]. Başka görüş, 2000'de, boşanmanın amacını, eşlerin geçmiş hatalarını cezalandırmak değil, onlara gelecekleri için tatmin edici çözüm sunmak şeklinde tarif etmiştir[81].

Ceza ve medenî hukuk alanlarını harmanlayan makalede, 2017'de, evlilik görevi ve evlilik içi tecavüz birlikte değerlendirilmiştir. Buna göre, eşler arasındaki eşitlik evli kadınlara yasaya tabiiyet statüsü verir ve bu sayede çiftlerin cinsel ilişkilerinin sadece görev veya özgür rızayla kabul edilen boyun eğme şeklinde düşünülmesi mümkün olmaz. Çünkü evlilik kurumu içinde kadınların kendi kaderlerini tayin hakkı (*droit à l'auto – détermination des femmes au sein de l'institution maritale*) bulunmaktadır. 1907'de İsviçre Medenî Kanunu ile ataerkil kurulumda kristalize edilen evlilik anlayışı 1988'deki reforma kadar devam etmiştir. 1912'de yürürlüğe giren İsviçre Medenî Kanunu'nun temelinde, kamu kurumlarına fazla ağırlık vermeden İsviçre toplumunu tehdit eden çeşitli kötülüklere karşı koyabileceği düşünülen yeni Malthusçu (n*éo-malthusien*) aile modeli dikkate alınmıştır. Bu *kleinfamilie* modeli, kamusal ve özel alanların katı şekilde ayrılması yanı sıra çocukların yetiştirilmesini aslî ve tamamlayıcı düzeyde üstlenen sorumlu kişinin ayırt edilmesiyle karakterize edilmekteydi. 1981'de cinsiyetler arası eşitliğin anayasal kabulü ve 1992'de evlilik içi tecavüz fiilinin suça dönüştürülmesiyle evliliğin yeni tanımı gelişmiştir. Bundan önce, eşlerin evlilik birliğini sona erdirme nedenlerini değerlendirmek ve boşanmadaki kusurlarını tartmak hukuk hâkiminin

Vaud du 30 octobre 2018 307 PE15.016445-OJO//ACP <https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F11-02-2019-6B_1285-2018&lang=fr&type=show_document&zoom=YES&> Erişim Tarihi 22 Ekim 2022). Yine 2019'da başka davada, ilk derece ve kanton mahkemeleri, davacının kocasına duygusal bağımlılık sorunu yaşadığını, kendine güven eksikliğinden mustarip olduğunu ve barışı sağlamak için hiçbir şey söylemeden kendini sık sık kocasına bıraktığını kaydetmiştir. *Vaud* Kanton Mahkemesi, herhangi fiziksel ve psikolojik şiddet eylemini reddetmiş, davalının cinsel zorlama ve tecavüz suçlamalarından beraatına karar vermiştir. Böylece, duygusal bağımlılık kaynaklı teslimiyet mecburiyeti hissinin evlilik içi tecavüze delalet etmediği Federal Mahkeme tarafından teyit edilmiştir (Tribunal fédéral 6B-326/2019 Arrêt du 14 mai 2019 Cour de droit pénal Cour d'appel pénale du Tribunal cantonal du canton de Vaud du 20 décembre 2018 399 PE13.006394-MAO//SOS <https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F14-05-2019-6B_326-2019&lang=fr&type=show_document&zoom=YES&> Erişim Tarihi 13 Mart 2023).

78 Audrey Leuba, *La répartition traditionnelle de tâches entre les conjoints, au regard du principe de l'égalité entre homme et femme* (Staempfli 1997) 5, 6.

79 Renate Pfister-Liechti, *De l'ancien au nouveau droit du divorce* (Staempfli 1999) 11.

80 Pfister-Liechti (n 79) 11 [Ursula Nordman 1014].

81 Werro (n 22) 103.

göreviydi. Hâkimin müdahalesi, ancak eşlerden birinin sadakat, yardım ve saygı gibi aile görevini ihlâl etmesi ya da saldırı veya tehdit durumunda gerçekleşebilirdi. Daha sonra, eşler arasındaki eşitlik evli kadınlara yasal özne statüsü vermiştir, bu da evlilikteki cinsel ilişkilerin yalnızca görev veya gönüllü rıza gösterilen boyun eğme değil, aynı zamanda hak olarak düşünülmesini mümkün kılmıştır. Böylece, kamusal ve özel hukuk alanları arasındaki ayrım ve evliliği düzenleyen medenî kanun tarafından onaylanan zorlama, evlilik içi şiddeti kalıcı olarak gizlemiştir. Bu nedenle, mevcut ceza hükümlerinde aile içi şiddetin ve daha spesifik olarak evlilik içi tecavüzün kabulü gecikmiştir[82].

Aile hukuku hakkında 2018'deki sistematik eserde, eşler arası sadakat ve birlikte yaşama görevlerinden bahsedilmekte, sadakatin cinsellikten ibaret algılanmaması gerektiği belirtilmekte; eşlerin birbirlerini cinsel yönde doyurması şeklinde ödevden bahsedilmemektedir[83].

İsviçreli bir hukukçu, evlilikte samimi ilişkilerin sona ermesini Fransız ve İsviçre aile hukukları açısından 2018'de kıyaslamıştır. İsviçre'deki boşanma davalarında, hangi eşin kusurlu olduğu bugün artık araştırılmamaktadır (CC art. 111, 112, 114, 115). En fazla, davacıya atfedilemeyen ciddî sebeplerin evliliğin devam etmesine engel olduğu durumlarda, özellikle iki yıllık ayrı yaşama süresi sona ermeden tek taraflı boşanma talebinde bulunulabilir (CC art. 115). Ancak bu hüküm, Federal Mahkeme tarafından çok kısıtlı algılanmakta ve dar yorumlanmaktadır. Örneğin zina yeterli gelmemekte, fiziksel şiddet içeren davranışlar aranmaktadır. Fransa'da olduğu gibi İsviçre'de de eşler birbirlerine sadakat ve yardım borçludur; ancak yasa, yakın ilişkileri sürdürme görevinden bahsetmez. Bu nedenle, cinsel ilişki eksikliğinin derhal boşanma talebinde bulunulmasına delalet ettiği söylenemez; a fortiori zarara yol açan ciddî kusur teşkil ettiği kabul edilemez[84].

III. EŞİN CİNSEL RAHATSIZLIK VE/VEYA KAÇINMALARINI BOŞANMADA KUSUR SAYAN YARGITAY KARARLARININ ELEŞTİRİLMESİ

Bu bölümde, *debitum conjugale* ve *copula carnalis* terimleri medenî hukukun güncel öğretisinden dışlanmakta; ardından, eşle cinsellik yaşa(ya)mama kaynaklı boşanma davalarında Yargıtay'ın

82 Geraldine Brown, Thierry Delessert ve Marta Roca i Escoda, 'Du devoir marital au viol conjugal-Étude sur l'évolution du droit pénal suisse' (2017) 3(97) Droit et Société 595, 597, 598, 601, 607, 609, 611-613.

83 Olivier Guillod ve Sabrina Burgat, *Droit des familles* (Helbing Lichtenhahn 2018) 244, 245; 2012'deki sistematik eserde aynı yönde Olivier Guillod, *Droit des familles* (Helbing Lichtenhahn 2012) 32.

84 Pascal Rytz, 'La Suisse, la France et les relations intimes' (*Tribune de Genève*, 28 Ocak 2018) <https://www.tdg.ch/la-suisse-la-france-et-les-relations-intimes-305.746.121658> Erişim Tarihi 18 Ekim 2022; CC art. 115'e göre davacıya yüklenemeyen ciddî sebeplerin fiziksel anlamda dayanılmaz addedilmesi gerektiği, yoksa duygusal veya ruhsal katlanamama durumunun bu boşanma sebebine mahal vermediği, davalının davacıyı sürekli örselemesine sebep olan akıl hastalığına yakalanmasının veya davacının davalıdan fiziksel şiddet görmesinin CC art. 115'e zemin hazırladığı, ne var ki zinanın bu minvalde değerlendirilemediği yönünde Guillod ve Burgat (n 83) 396, 397; Guillod (n 83) 142, 143; CC art. 115'in yeni boşanma hukukunun suiistimalini engellemeye yaradığı, fiziksel şiddet kadar katlanılamaz zinanın da objektif anlamda ciddî sayılarak bu hükme uygulama alanı verdiği görüşüyle aksi yönde Werro (n 22) 121, 122; mezkûr maddenin yeni boşanma sisteminden sıra dışı haksız sonuçları ekarte etmeye yaradığı, davacıya yüklenemeyen objektif mertebede ciddî sebeplerin dürüstlük kuralı sayesinde pratik laboratuvarında zamanla netleşeceği yönünde Pfister-Liechti (n 79) 29.

irade dışı rahatsızlıkları veya ihtiyarî kaçınmaları tam kusurla yaftalaması yanı sıra bu sıkıntı yahut isteksizliklerden mustarip kişileri tazminata mahkûm etmesi tenkit edilmekte; nihayet, *erektil disfonksiyon* ve *vajinismus*'un Yargıtay nezdinde boşanmada kusur sayılmasının temelinde yatan asıl gerekçe araştırılmaktadır.

A. DEBITUM CONJUGALE VE COPULA CARNALIS TERİMLERİNİN GÜNCEL AİLE HUKUKUNDAN DIŞLANMASI

Debitum conjugale ve *copula carnalis* kavramları artık aile hukukuna yabancıdır. Söz konusu yabancılaşma sırayla ortaya konulabilir. Eşlerin seksüel sorunlarının kusurdan ayrıştırılması sonraki başlıkta anlatılmaktadır.

1. Evlilik Borcu Kavramının Güncel Aile Hukukuna Yabancılaşması

Evlilik birliğinin eşlere borçlar yüklediği düşüncesi, onların birliğe ve birbirlerine yabancılaşmasına sebep olmaktadır. Kişilerin evlendiklerinde birbirlerinden alacaklı ya da birbirlerine borçlu hâle geldiği zannı, eşleri birbirlerinden izole ettiğinden başlı başına evliliğin doğasına aykırıdır. Evlilik birliğinin idamesinde, borç veya yükümlülük yerine ödev yahut görev terimleri yeğlenebilir.

Evlilikte eşlere atfedilen görevler konusunda, Türk Medenî Kanunu, mülga Türk Kanunu Medenisi'ndeki vazifeleri yükümlülük düzeyine çıkarmıştır[85]. Mülga kanunda, yürürlükteki hukuktan farklı vaziyette, mükellefiyetler (yükümlülükler) yerine vazifeler (ödevler) başlığı tercih edilmişti (TKM m. 151; TMK m. 185). Evlilik yükümlülüğü teriminin Türk medenî hukukuna aniden katılması ilgi çekicidir. Mehaz kanundaki eşlerin hakları ve ödevleri (*droits et devoirs des époux*) başlığının "haklar ve yükümlülükler" şeklinde hukukumuza aktarılarak görevin yükümlülüğe yükseltilmesi şaşırtıcıdır (CC art. 159; TMK m. 185). Zaten İsviçre Medenî Kanunu'ndaki karşılıklı mecbur etmek (*s'obliger mutuellement*) ifadesi "yükümlüdürler" şeklinde (CC art. 159/2; TMK m. 185/2) ve birbirlerine borçlanmak (*se devoir l'un à l'autre*) ibaresi ise "zorunludurlar" görünümünde (CC art. 159/3; TMK m. 185/3) güçlendirilerek Türkçeye çevrilmiştir. Diğer taraftan Fransa'da, eşlerin ödevleri (*devoirs des époux*) iki maddede düzenlenir: Eşler birbirlerine karşılıklı, saygı, sadakat ve yardım borçludur; ayrıca birlikte yaşamalıdırlar (C Civ art. 212, 215/al.1). Fransız Medenî Kanunu'nun anılan hükümlerinde yükümlülük değil, görev/ödev bakış açısı hâkimdir. Şu hâlde, evliliğin iyi idamesi için eşlerden beklenen görevlerin mehaz kanunun lafzına aykırı vaziyette 2002'den sonra yükümlülüklere evirildiği netleştirilebilir (CC art. 159; TKM m. 151; TMK m. 185). Ayrıca, mülga ve yürürlükteki Türk medenî kanunlarındaki vazifeden yükümlülüklere sıçrayış *Napoléon* Kodu'nun ilgili hükmüyle de çatışmaktadır (TKM m. 151; TMK m. 185; C Civ art. 212, 215/al.1).

85 Faruk Acar, 'Bir Boşanma Sebebi Olan Terk Kurumunun Konutun Aile Konutu Niteliğine Etkisi' (2011) 10(2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 35.

Türk aile hukukunu yansıtan eserlerin çoğunluğunda, eşlerin birbirlerine karşı görevleri yükümlülük terimiyle zikredilmektedir[86]. İsviçre ve Fransız öğretisiyle yargı dünyasında eşlerden beklenen davranışların ekseriyetle görev veya ödev şeklinde anıldığı açıklığa kavuşturulmuştur[87]. Yasal ödev/görev ve kanundan doğan borç/yükümlülük kavramları ilkesel düzeyde ayırt edilmelidir çünkü bunların yapı ve kaynakları farklıdır. Üstelik bu ayırım kullanışlıdır. Elbette aynı kişiden yükümlülük veya görev nedeniyle aynı eylemler beklenebilir[88], fakat bunların yerine getirilmemesi durumunda karşılaşılan yaptırım ayrışmaktadır. Yasal görev, görevliyi kendi iradesine binaen görevini yerine getirmeye davet eder. Onun yasal ödevine boyun eğmesi yasa koyucu tarafından beklenir. Yasal görev ve ödevler bireysel veya toplu ahlâkın ifadesidir. Kabulü görevlinin özgür iradesine bağlıdır. Muhakkak benlik saygısını korumak adına kişi yasanın kendisine görev saydığını yerine getirmelidir[89]. Diğer taraftan, madde başlıklarının madde hükmünden sayılmadığı sadece yorumda fayda sağladığı hatırlanabilir[90]. Zaten baskın görüşe göre, evlenmenin hukukî niteliği, borçlar hukuku değil aile hukuku sözleşmesidir[91]. "*Evlenme, cinsî münasebet mukavelesi olmayıp, erkek ve*

86 Hatice Kübra Şenol-Erçoşkun, *Şematik Medenî Hukuk* (Seçkin 2022) 216-218; Hüseyin Hatemi, *Aile Hukuku* (On İki Levha 2021) 83; Mehmet Erdem ve Aslı Makaracı-Başak, *Aile Hukuku* (Seçkin 2022) 215-218; Ersöz (n 22) 1, 32-38; Baygın (n 18) 460, 461; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 28) 167-171; Kılıçoğlu (n 72) 160-165; ödevler terimiyle aksi yönde Akıntürk ve Ateş (n 22) 191; dava edilemeyen minimal yükümlülük görüşüyle aksi yönde Serozan, Başoğlu ve Kapancı (n 35) 533, 534; mülga Türk Kanunu Medenisi döneminde vazife ve/veya ödev terimleriyle aksi yönde Köteli (n 18) 71-73, 90; Köprülü ve Kaneti (n 22) 118-124; Oğuzman ve Dural (n 28) 152-158. "*Evlilik birliğinin borç kaynağı olduğunu söylemek mutlaka gerekirse bu borçların hukukî yaptırımı bulunmayan, tamamen ahlaki nitelikte ve eşlerin kendi koyacakları normlara tâbi oldukları kabul edilmelidir*" [Köteli (n 18) 90].

87 Aggiouri (n 41); Marchand ve Beilin (n 41); Paolini (n 59); Brink (n 59); Brusorio-Aillaud (n 58); Mateus (n 59); Borrillo (n 23) 155-157; Nau (n 45); Stehlin (n 46); Michiels (n 47); Buckley (n 47); Lamarche ve Lemouland (n 56) 13, 14; Guiol (n 61) 101; Sophie (n 60); Mazaurette (n 65); Peschard (n 67); Conseil Fédéral Suisse (n 53); Office Fédéral de la Justice (n 54); Brown, Delessert ve Escoda (n 82) 595, 597, 598, 601, 607, 609, 611; Rytz (n 84); Leuba (n 78) 5, 31, 55; Pfister-Liechti (n 79) 11; Delestraint ve Bihr (n 49) 73; Guillod ve Burgat (n 83) 244, 245; Guillod (n 83) 32; Le Bihan-Guénolé (n 53) 34-36; Hilt (n 23) 119-178 (paragraphe 284, 294, 569), 185-230 (paragraphe 421, 422, 424, 425, 429, 434, 435); Charageat (n 23) 85-123 (paragraphe 12, 23, 25, 33, 36); Hird (n 70). Evlilik birliğinin eşlere yüklediği davranışları görev şeklinde belirten mukayeseli hukuktaki mahkeme kararları da anılabilir: Cour de Cassation 2ème Chambre Civile du 9 octobre 1996 (n 44); Cour d'Appel d'Aix En Provence 6e Chambre du 3 mai 2011 (n 45); Cour de Cassation 1re Chambre Civile du 17 septembre 2020 (n 47).

88 Hage-Chahine (n 63) Résumé.

89 Bu (n 55) 84, 85.

90 Madde başlıklarının kanun metninden sayılıp sayılmaması tartışılmaktaydı. Bir görüşe göre, başlık, süs veya fantezi değildi; maddeye, dolayısıyla kanuna dâhildi. Fakat Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin 26.1.1944 tarihli ve 1367 sayılı meclis yorumunda aksi kabul edilmiştir. Bugün yasama yorumu terk edilmişse de yürürlükteki Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (AY) anılan meclis yorumuyla paralel düzenleme içermektedir (AY m. 176/2). Elbette madde başlıkları kanunların yorumlanmasında işe yarar. Sonuçta kanun maddeleri gibi madde başlıkları da yasama organınca ihdas edildiğinden ne kanun ne de başlığı onun iradesi hilafına değiştirilebilir [Erdin Bayram, 'Kanun Sistematiğinde Madde' (2008) (8) Yasama Dergisi 104; Ünal Narmanlıoğlu, 'Kanunun Anlam Bakımından Uygulanması' iç. *Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan* (Dokuz Eylül Üniversitesi 2001) 106, 107]. Yürürlükteki Anayasa'dan önce kanunların başlığı içerdiği yönünde Ferit Saymen, 'Matlablar Kanun mudur?' (1945) 10(3) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 565-578.

91 Çiğdem Yılmaz, 'Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Sebebiyle Boşanmada Tarafların Kusuruna İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi' (2016) (3) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 149, 156; Özlem Tüzüner, 'Türk ve İslâm Hukuku Bakış Açısından Evlenmenin Hukukî Niteliği Hakkında Bir İnceleme' (2013) (1) Ankara Barosu Dergisi 132, 134, 135; Metin İkizler, *Evlenmenin Hükümsüzlüğü* (Seçkin 2022) 19-24; Şenol-Erçoşkun (n 86) 208; Ersöz (n 22) 4; Hatemi (86) 32, 33; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 28) 47, 48; Erdem ve Makaracı-Başak (n 86) 49; Akıntürk ve Ateş (n 22) 60; Köprülü ve Kaneti (n 22) 66, 67; Oğuzman ve Dural (n 28) 57-59; Serozan, Başoğlu ve Kapancı (n 35) 533, 534;

kadından müteşekkil sosyal bir müessesedir"[92]. *"Evlilik, sevgi, şefkat, paylaşım ve duygu beraberliği içerir. Evliliğin yüklediği ödevlerin eşler tarafından yerine getirilmemesi evlilik birliğine cephe almak anlamına gelir*"[93]. Her ne kadar evlenme aile hukuku sözleşmesi sayılsa da kanunların eşlere atfettiği görevler hukuken yaptırımsız değildir (TKM m. 161-169; TMK m. 195-201; CC art. 171-179; C Civ art. 220-1 à 220-3). Bu temel normlara uyulmaması elbette maddî müeyyideye bağlanmıştır[94]. Yalnız söz konusu maddî müeyyideler, kanun koyucuların nazarında evli kişilere atfedilen ödevlerin borçlar hukuku anlamında yükümlülük sayıldığı zannını desteklemez. Zira evlilik, aile kurucu etkisiyle yüceltilmeli fakat borç doğurucu fonksiyonla yerilmemelidir. Tabii sevgi yuvası kurması temenni edilen evlenmenin hukukî nitelik anlamında borçlar hukukundan yalıtılması, kanun koyucunun evlilik birliğinin korunmasını ahlâk veya örf âdet gibi hukuk dışı sosyal kurallara terk ettiği anlamına gelmez. Öyleyse, evlilik birliğinde eşlerin birbirlerine karşı yerine getirmekle ödevli oldukları davranışlar hem mukayeseli hukukta hem de Türk hukukunda hattı zatında görev addedilmektedir; bunların aslı görev/ödev olduğu için kanuna (başlığına veya metnine) yükümlülük şeklinde sehven çevrilmeleri veya Türkçeleştirilmeleri hukuken değer ifade etmemektedir. Kanunlarda eşlere atfedilen davranışlar, sadece mehaz ve mülga medenî kanunlarda ödev şeklinde düzenlediği veya İsviçre ve Fransız öğretilerinde çoğunlukla görev olarak anıldığı için böyle tanımlanmaz. Evlilik birliği, hukuk düzeninde eşitler arası ortaklıktır, sosyal açıdan dışa dönüktür, ahlaki yönden mahrem alandır. Evliliğin hukukî, beşerî ve ahlaki özellikleri üç boyutlu dikkate alındığında, kanunlarda eşlerden beklenen davranışlar, mamelekî karakteri ağır basan yükümlülüklere uzaktır. Eşlerden beklenen davranışların öncelikli konusu iktisadî değeri haiz edimlerden ziyade, paylaşma ve yardımlaşmadır. Borçlar hukuku değil aile hukuku akdi sayılan evlenmeden yükümlülük doğmasını düşünmek çelişkilidir. Eşlerin birlikte yaşama, sadakat, ortaklığın mutluluğunu gözetme gibi olumlu ve olumsuz davranışları, borçlar hukuku anlamında yükümlülük değil, aile hukuku boyutunda görev veya ödev şeklinde vasıflandırılabilir.

Barış Demirsatan, 'Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Hükümsüz Evlilik Sözleşmelerinin Boşanmanın Eşler Arasındaki Malî Sonuçlarına Etkisi' (2021) (153) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 319, 320.

92 Şakir Berki 'Boşanma ve Ayrılık' (1975) 31(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 135.

93 Murat Topuz, 'Yargıtay Kararları Işığında Terk Sebebiyle Boşanma' (2006) (5/2) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 221; evlenmenin ömür boyu sürecek duygu, düşünce, amaç ve kader ortaklığı olduğu yönünde İkizler (n 91) 19.

94 Eşlerden birinin talebi üzerine hâkim aile hukukunun gereklerini eşlere hatırlatarak birliğe müdahale edebilir (TMK m. 195). Birliğin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmeyen eşe karşı ekonomik anlamda zor durumda kalan eşi korumak adına bazı tedbirler yardıma koşabilir (TMK m. 196, 198). Yine eşlerden birinin diğerini cinsel ilişkiye zorlaması ve/veya rızası dışında onunla cinsel ilişkiye girmesi durumunda, kişilik hakkı ihlâl edilen eş lehine (evlilik bakış açısıyla sınırlı vaziyette) TMK m. 197'deki ayrı yaşama hakkı gündemde yerini bulur. Evlilik birliğinin korunması hakkında ayrıntılı bilgiler için Murat Doğan, 'Türk Medenî Kanunu'nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler' (2003) 52(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 93, 98, 99; Vehbi Umut Erkan, 'Türk Medenî Kanunu'nda Evlilik Birliği İçerisinde Kadının Ekonomik ve Sosyal Hakları' (2018) (134) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 431, 433, 444; Damla Gürpınar, 'Eşlerin Evlilik Birliğinin Giderlerine Katılma Borcu' (2013) 8(Özel Sayı) Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi (Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan) 1293, 1339, 1311-1314; Şenol-Erçoşkun (n 86) 222-227; Hatemi (n 86) 95-97; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 28) 193-212; Kılıçoğlu (n 72) 207-222; Erdem ve Makaracı-Başak (n 86) 245-260; Akıntürk ve Ateş (n 22) 131-142; Köprülü ve Kaneti (n 22) 129-139; Oğuzman ve Dural (n 28) 161-169; Baygın (n 18) 462.

2. Evlilik İçi Cinsel İletişimin Evlilik Borcu veya Görevi Şeklinde Vasıflandırılamaması

Kanun koyucuların eşlerden bekledikleri model davranışların *debitum conjugale* değil, hukukî ödev/görev sayıldıkları savunulduktan sonra, evlilik içi cinsel iletişimin böylesine ödevlere dâhil edilmesi sorgulanabilir.

Debitum conjugale çerçevesinde *copula carnalis*'in eşlere borç olarak dayatılması kilise tarafından yaratılmıştır. Batılı din adamlarınca varlığı iddia edilen *copula carnalis Canonique* hukuktan orijin bulmaktadır. Karı veya kocanın yek birinin diğerinden isteği üzerine cinsel ilişkiye girmek zorunda olması konuya Batılı Hristiyan teolojisine uygun yaklaşılmasıdır[95]. Demek ki eşin cinsel taleplerini haklı gerekçesiz reddetmeme ve onunla cinsel birliktelik yaşama borcu, çeşitli kiliselerin baskılarına yaslanan, hatta *séculier* (dinden bağımsız/yalıtılmış) hiçbir kaynağı bulunmayan teolojik yaklaşımlardan biridir ve Türk-İsviçre hukuk öğretisine yabancıdır.

Eşlerin ortak konutu birlikte seçmeleri ve birliğin yönetimiyle ekonomik idaresine katkıda bulunmaları Türk-İsviçre medenî kanunlarında paraleldir (TMK m. 186; CC art 162, 163). Türk ve İsviçre medenî kanunlarında eşlere atfedilen görevler arasında eşlerin birbirlerini cinsel yönden tatmin etmesi şeklinde davranış beklentisi bulunmamaktadır (TMK m. 185, 186; CC art. 159, 162, 163). Yalnız bu hükümlerde değil, ayrıca boşanma sebeplerini sayan maddelerde de eşler arası cinsellik anılmamaktadır (TMK m. 161-166; CC art. 111, 112, 114, 115). Türk boşanma sistemi henüz reform geçirmediğinden özel boşanma sebepleri detaylıdır (TMK m. 161-165). Ne var ki eşler arası cinsel iletişimsizlik hiçbir özel boşanma sebebine dâhil değildir. Ayrıca Fransa'da da evlilik içi seksüel ilişkiler evliliğin hükümlerinde veya boşanma sebeplerinde düzenlenmemektedir (C Civ art. 212, 215, 242 à 246). Şu hâlde, Fransız, İsviçre ve Türk medenî kanunlarında, lafza bakıldığında, ortak konutu seçme ve birlikte yaşama ödevleri, cinselliği kapsamamaktadır; cinsel birliktelik yaşa(ya)mama, spesifik boşanma sebebi sayılmamaktadır (C Civ art. 212, 215, 242 à 246; CC art. 111, 112, 114, 115, 162, 163; TMK m. 161-166, 186).

Mukayeseli hukukta, öğretinin çoğunluğu, yakın ilişkileri sürdürme borcunun eşlere yüklenmesine karşıdır. Cinsel ilişki eksikliğinin derhal boşanma talebinde bulunulmasına delalet ettiği söylenemez; *a fortiori* zarara yol açan ciddî kusur teşkil ettiği de kabul edilemez[96]. Eşlere cinsel ilişki kurma

95 Perisanidi (n 24) 510-528; Gürsoy (n 22) 2, 3; Borrillo (n 23) 156; Köteli (n 18) 24.

96 İsviçre Medenî Kanunu'nun 1988'de revize edilmesi ve İsviçre ceza hukukunda 1992'de evlilik içi tecavüzün tanınmasıyla n*éo-malthusien* aile modelinin terk edildiği, oysa bundan önce evlilik içi cinselliğin gönüllü boyun eğme ve hak ikileminde açıklığa kavuştuğu yönünde Brown, Delessert ve Escoda (n 82) 595, 597, 598, 601, 607, 609, 611; İsviçre Medenî Kanunu'ndaki boşanma sisteminde kusur araştırmasının yapılmadığı, en fazla davacıya atfedilemeyen ciddî sebeplerin evliliğin devam etmesine engel olduğu durumlarda, özellikle iki yıllık ayrı yaşama süresi sona ermeden tek taraflı boşanma talebinde bulunulabildiği (CC art. 115), ancak bu hükmün Federal Mahkeme tarafından çok kısıtlayıcı yorumlandığı, örneğin zinanın yeterli gelmediği, fiziksel şiddet içeren davranışların dikkat çektiği yönünde Pascal (n 56); cinsel birliktelik yaşama yükümlülüğü kanunda açıkça belirtilmemişse de içtihat ve doktrinin evlilik kurumunda cinsel ortodoksluk oluşturduğu, böylece yasanın sessizliğinin yerini yargıçların ve muhafazakâr doktrinin yorumlarının aldığı yönünde Borrillo (n 23) 155-157; evlilik içi cinselliğin kendi hukukunu doğurmaması gerektiği yönünde Sophie (n 60); aynı yönde Brusorio-Aillaud (n 58); Lamarche ve Lemouland (n 56) 13, 14; Mazaurette (n 65); Michiels (n 47); Buckley (n 47); Peschard (n 67); Mateus (n 59); Hilt (n 23) 185-230 (paragraphe 429, 430, 431); Hird (n 70); karşı yönde Andorno (n 50) 81, 82; Bruguière (n 52) 5, 10-18; Stehlin (n 46) 50, 51; Guiol (n 61) 101; Dhaini (n 62) 226; Brink (n 59).

anlamında pozitif yükümlülük yükleyen azınlık görüşlere katılmak mümkün değildir[97]. Zaten birlikte yaşama ödevinin cinsel birlikteliği de kapsadığı yönünde azınlık görüş artık Fransa'da terk edilmiştir. Fransız Temyiz Mahkemesi, 2012 ve 2020'deki içtihatlarında, cinselliği hem evlenme niyetinin ispatından hem de evlilik görevlerinin genişletilmesinden uzak tutmuştur. Özellikle 2020'de, "*bireysel özgürlük ilkesinden*" ve "*fiziksel bütünlük hakkından*" hareketle yakın ilişkilerin yokluğunun kendi başına evlilik birliğinden doğan görevlerin ciddî ihlâli teşkil etmediğini belirtmiştir[98]. İsviçre Federal Mahkemesi'nin eşler arası cinsel iletişim eksikliğini kusurlu boşanma sebebi sayan içtihadına rastlanmamıştır. Türk aile hukukunda da cinselliğin evlilik görevi sayılması ve/veya iktidarsızlığın direkt kusurlu boşanmaya yorulması gerek maddî hukuk gerek usul hukuku yönünden eleştirilmiştir[99]. Özetle, liberal hukuk sistemlerine yabancı *copula carnalis,* kanunlarda benimsenmemekte, mukayeseli aile hukuku literatüründe çoğunlukla yadsınmakta ve Türk aile hukuku öğretisinde ise eleştirilmektedir.

Eşlerin birbirlerine periyodik cinsellik hizmeti sunması şeklinde hukukî ödevden bahsedilemez. Böylesine başlatıcı veya katılımcı davranışlar silsilesinin eşlerin görevleri hakkındaki mevcut hükümlerden genişletici yorum yoluyla çıkarılması yöntemi geride kalmıştır. Zaten evlilik içinde seksi başlatma görevinin kocaya yıkılması ve kadın eşin gönüllü boyun eğme misyonuyla donatılması çağ dışıdır. Aile hukukunun karı koca arasında eşitlik üzerine inşa edildiği malumdur. Erkek veya kadın eş evlilikteki partnerini cinsel yönden tatmin etmek zorunda değildir. Tersine bakış açısı, ömürlük sürmesi ümit edilen ve keramet atfedilen evlilik birliğini cinsel alışverişe indirgemektir. Seks, bazı çiftler açısından ortaklığın ayrılmaz parçası kabul edilirken diğerleri için yancı vaziyet alabilir ya da tamamen önemsizleşebilir. Birliğin saadetini besleyen ve sosyal yönünü taçlandıran yakın münasebet, illa cinsellikle inşa edilmeyebilir; birlikte seyahate çıkma, sohbet etme, sinemaya gitme, özel günleri kutlama, birbirine iltifat etme, çiçek gibi küçük hediyeler alma, dert dinleme, kayınpeder veya kayınvalide ağırlama gibi sair başka yollardan da kurulabilir. Böylece, *copula carnalis*'in ne *debitum conjugale* ne de hukukî ödev adı altında evlenmenin hükümlerine dâhil olduğu tespit edilmiştir. Ayrıca bu konunun özel boşanma sebebi addedilmediği de netleştirilmiştir.

B. EŞLERİN İRADELERİ DÂHİLİNDE VEYA DIŞINDA SEBEPLERLE SEKSÜEL SAMİMİYETE KATIL(A)MAMASININ KUSUR KAVRAMIYLA AÇIKLANAMAMASI

Cinsel rahatsızlıklardan psikolojik ve fiziksel acı çeken kişilerin eşleriyle yakın birleşme yaşayamadıkları için boşanmada tam kusurlu sayılması her şeyden önce kusur tanımını ihlâl etmektedir. Öte yandan, yasa, eşlere cinsel boyun eğme dayatmadığına göre aksine davranış modeli,

97 Şafak-Aydın (n 28) 126, 130; Andorno (n 50) 81, 82; Bruguière (n 52) 5, 10-18; Guiol (n 61) 101; Dhaini (n 62) 226; Stehlin (n 46) 50, 51; Brink (n 59).

98 Cour de Cassation 1re Chambre civile du 19 décembre 2012 (n 46); Cour de Cassation 1re Chambre Civile du 17 septembre 2020 (n 47).

99 Gürsoy (n 22) 7; Gürsoy (n 26) 153; Cansel (n 27) 79; Ayiter (n 27) 171; Şener (n 27) 225, 226; Kia-Akkaya (n 6) 101; Kerestecioğlu (n 32) 231, 255; Çiftçi (n 36) 1741, 1779, 1780; karşı yönde Şafak-Aydın (n 28) 126, 130; boşanmayı gerektiren köklü sarsılma sebebi sayılması hakkında Dural, Öğüz ve Gümüş (n 28) 120; aynı yönde Köprülü ve Kaneti (n 22) 174; Oğuzman ve Dural (n 28) 125; karşı yönde Akıntürk ve Ateş (n 22) 264.

meselâ tedavinin reddedilmesi veya cinselliğe katılmaktan bilinçli kaçınılması basitçe kişilik hakkının özgür tezahürüdür.

Cinsel iletişimsizlik, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasını ilgilendirse de kanunda bu meselenin kusura gerekçe sayılmasını destekleyen hüküm yoktur (TMK m. 166/1-2). İsviçre'deki boşanma sisteminde artık hâkimler eşlerin kusur dağılımını boşanma açısından kural olarak araştırmamaktadır (CC art. 111, 112, 114). Sadece davacıya atfedilemeyen ciddî sebeplerin evliliğin devam etmesine engel olduğu durumlarda, özellikle iki yıllık ayrı yaşama süresi sona ermeden tek taraflı boşanma talep edilebilmektedir (CC art. 115). Fransa'da ise, "*evliliğin görev ve yükümlülüklerinin ciddî veya mükerrer ihlâl edilmesini oluşturan olgular*" boşanma talebine zemin hazırlayabilir (C Civ art. 242). Yalnız burada kusurlu boşanma olasılığı öngörülse de evliliğin gerektirdiği görev ve sorumlulukların ağır ve ciddî ihlâli çok sınırlı algılanmakta ve özel boşanma sebepleri tek tek sayılmamaktadır. Fransa'daki boşanma sisteminde de hâkimler boşanma açısından eşlerin kusurunu nadiren araştırmaktadır (C Civ art. 242 à 246). Kısacası, mukayeseli boşanma hukukunda, evliliğin sona ermesinde kusur önemsizleştirilmiştir. Şu hâlde, kanunların sözleri ve amaçları dikkate alındığında, irade dışı cinsel rahatsızlıkların veya iradî seksüel isteksizliklerin boşanma neticesinde tazminata gerekçe gösterilmesi, Türk, İsviçre veya Fransız aile hukuklarında kanunî temeli haiz değildir.

Kanun koyucu kusur terimini tanımlamamakta, bu misyonu öğretiye emanet etmektedir. Genel kabule göre kusur şöyle açıklanmaktadır: Ayırt etme gücünü haiz kimsenin özünde haksızlık barındıran ve bu nedenle hukuk düzeni tarafından kınanan davranışını ika etmeye yönelik kasıt veya ihmal içeren iradesidir. Kınamanın sebebi, kişinin başka türlü davranması mümkünken haksızlığı yeğlemesi, herkesten beklenen ortalama hareketten sapmasıdır. Kusurlu sayılmak evvel emirde temyiz kudreti gerektirir. Burada, hukuka aykırı sonucun istenmesi, kasıt; hukuka aykırılıktan kaçınmak için iradenin yeter derecede kullanılmaması ise, ihmaldir. Herkesin göstereceği asgari özenin yokluğu, ağır; yalnız dikkatli kişilerin göstereceği özenin eksikliği ise hafif ihmale tekabül etmektedir[100]. Şimdi kusur tanımının evlilik içi cinsellikle ilgili sair olasılıkları kapsayıp kapsamadığı tartışılabilir.

1. Gayri İhtiyari Gelişen Cinsel Rahatsızlıkların Kusurdan Yalıtılması

Her hayat ortaklığında başlangıçta veya sonradan ortaya çıkması muhtemel cinsel sorunların direkt kusur sayılması isabetsizdir. Cinsel isteksizlik veya yetersizlik her evlilikte dönem dönem nüksedebilir. Ekonomik sıkıntılar, ruhî bunalımlar, kayıp ve/veya yas süreçleri, meslekî açıdan stresli

100 Habip Oğuz, 'Sorumluluk Hukukunda Kusur' (2016) 28(7) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 273, 275, 276; Betül Tiryaki, 'Özen Yükümlülükleri ile Sözleşmeden Doğan Koruma Yükümlülüklerinin İspat Yükü Bakımından Karşılaştırılması' (2008) 3(4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 270; Ömer Oğuzhan Meral, 'Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medenî Kanunu Kapsamında Sorumsuzluk Anlaşmalarının Geçerliliği' (2017) 19(Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1161, 1162; Altan Fahri Gülerci, *Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler)* (On İki Levha 2018) 278-281; Mustafa Kemâl Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2* (Vedat 2021) 58-65; Selâhattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu ve Atillâ Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Filiz 1993) 492-496; Hüseyin Hatemi ve Kadir Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (Filiz 2021) 155-157; İhsan Erdoğan, 'Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Kusur Unsuru' (1990) 3(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 117-120.

dönemler, çeşitli travmalar dahi seksüel fonksiyonları geçici (kısa yahut uzun süreli) yahut kalıcı etkileyebilir ki bu olasılıklarda kusurdan bahsedilemez. Cinselliğin gerçekleşmemesi veya devam etmemesi, başarısızlık, yetersizlik, elverişsizlik, uyumsuzluk veya geçimsizlik şeklinde nitelenebilse de kural olarak kusurla bağdaştırılamaz. Seksüel rahatsızlıkların boşanmaya zemin hazırlaması ve kusurlu davranış addedilmesi birbirlerinden ayırt edilebilir. Vajinismus veya erektil disfonksiyon, kasıtla veya ihmalle geliştirilen ya da sürdürülen rahatsızlıklar değildir. Kişinin vücudundaki bazı kaslarının gayri ihtiyarı kasılması veya sertleşmemesi, özünde bilinç ve irade barındırmadığından, hiçbir gerekçeyle haksızlık şeklinde nitelenemez ve hukuk düzeni tarafından kınanamaz.

2. Cinsellikle İlgili Tedaviden Kaçınmanın Kural Olarak Kusurlu Davranış Sayılmaması

İrade dışı beliren cinsel rahatsızlıklardan mustarip evli kişilerin tedaviden kaçınmaları boşanmada kusur değildir. Kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme ve kendi geleceğini/kaderini belirleme hakları kişiler hukukunun güncel temalarındandır. Bu hak elbette vücut bütünlüğüne, özellikle cinsellik temasına sirayet eder ve kural olarak diğer hukukî müdahalelere nazaran önceliklidir[101]. Öyle ki insan haysiyeti, hür iradeden nemalanır ve kendi kaderini tayin etme ve kendi çevresini şekillendirme haklarıyla dış aleme yansır[102]. Bir yandan kişiye kaderini tayin kudretinden beslenen cinsel tedaviyi reddetme imkânı tanıyıp diğer yandan aynı kaçınmanın evlilik kurumunda gerçekleşmesini kusurla kınamak, evli kişilerin kaderlerini tayin yetkilerini kısıtlamak anlamına gelirdi. Kişinin eşiyle bile olsa cinsel ilişkiye katılıp katılmaması, bunun için tedaviye yanaşıp yanaşmaması, onun kendi bedeni üzerinde özgürce karar vermesi ve kaderini belirlemesidir. Diğer taraftan, tedaviyi ret kişinin kişiler ve sağlık hukuklarındaki temel haklarındandır. Karar verme yeterliğini haiz ve uzman hekim tarafından aydınlatılmış hasta kendisine önerilen tedaviyi reddedebilir. Redde rağmen tedaviye girişilmesi hukuka aykırı tıbbî müdahaledir[103]. Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun (Biyotıp Sözleşmesi), ancak aydınlatılmış onamla tıbbî müdahale kuralını anmakta ve hastanın muvafakatini her an geri alabilmesini düzenlemektedir (Biyotıp Sözleşmesi m. 5). Ayrıca kişinin bedeni ve ruh sağlığı üzerindeki kişilik hakkı, tedaviyi reddetme, istediği zaman başlatma ve sona erdirme yetkilerini barındırır (TMK m. 23-25). Yine Hasta Hakları Yönetmeliği (HHY) tedaviyi reddetme hakkını tanımaktadır (HHY m. 25). Görüldüğü üzere, eşin tedaviyi seçme veya reddetme hakkı, kişiler ve sağlık hukuklarının özündendir, bunlar evlilik görevi gibi mülahazalarla yadsınamaz. Meğer ki hastalığın seyri ölümcül vaziyet alsın veya bulaşıcılık arz etsin. Böylesine istisnalar gerçekleşmediğinde hem hekime hem de hâkime düşen hastanın ret iradesine saygı duymaktır. Kısacası, kişinin bedeni ve ruh sağlığı üzerindeki kişilik hakkı, tedaviyi reddetme ve aydınlatılmış onamını geri alma haklarını barındırmaktadır (TMK m. 23-25; Biyotıp Sözleşmesi m. 5; HHY m. 25). Evli kişi de cinsel rahatsızlığının tedavisini reddetme, istediği zaman

101 Dilşad Keskin, 'İsviçre Hukuku'nda Tedbir Vekâleti' (2015) 64 (2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 365, 367, 394, 398; Selma Hülya İmamoğlu, 'Hukukî Açıdan, Özellikle Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanmasına İlişkin Hükümler Çerçevesinde Zorla Tedavi' (2012) 7(3-4) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 29-59.

102 Bahri Öztürk, 'Hasta Hakları ve Ötanazi' iç *Prof. Dr. Turhan Tüfan Yüce'ye Armağan* (Dokuz Eylül Üniversitesi 2001) 574.

103 Gürkan Sert, 'Türk Hukukunda Bilinci Açık Hastanın Tedaviyi Ret Hakkının Tıp Hukuku ve Etiği Açısından İncelenmesi ve Tıp Etiği' (2012) 7(70) Terazi Hukuk Dergisi 14-21.

başlatma ve/veya sona erdirme haklarını haizdir. Tedaviyi reddetme hak statüsünde kabul edildikten sonra evli kişinin cinsel sorunlarını tedavi ettirmekten kaçınmasını kusurla açıklamak hukuken çatışırdı. Görüldüğü üzere, cinsel rahatsızlıkları konusunda tedaviye yanaşmayan ve hekime başvurmayı şiddetle reddeden eşin bile kusurundan bahsedilemez. Çünkü kişilerin ruhsal ve/veya fiziksel kaynaklı cinsel problemlerini tedavi ettirip ettirmemek kendilerinin ihtiyarındadır[104] ve bizzat karar verme haklarının sonucudur. *Vajinismus* ve *erektil disfonksiyon*'un anatomik ve kronik psikiyatrik temelleri bulunmaktadır ve tedavi edilebildikleri söylenmektedir. Yalnız cinsel yönden sorunlar yaşayan eşe tedaviyi kabul borcu yüklemek aksi taktirde onu kusurlu saymak ne kişilik hakkı ne de kusur tanımına uygundur. Herkesin hazır olduğu zamanda tedavi olmayı seçme hakkı kişilik hakkının parçasıdır, evliliğin cinsel tedaviye boyun eğme zorunluluğu getirmesi düşünülemez. Böylesine gayri ihtiyari cinsel rahatsızlıklar söz konusu olduğunda evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle iki eşin de kusuru olmaksızın boşanması mümkün olabilir.

3. Eşlerin Cinsel Kaçınmalarının Evlilik Birliğinin Sarsıldığını Göstermek Dışında Aile Hukukunun Konusuna Girmemesi

Eşlerin (iradî) cinsel kaçınma ve isteksizlikleri, elbette evlilik birliğinin sarsıldığını gösteren olgulardan biridir; bunun dışında, kusur telakki edilmeyerek aile hukukunun kapsamından dışlanabilir. Kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme hakkından, bu hakkın insan haysiyetiyle bağlantısından ve cinsel bütünlüğe sirayetinden; ayrıca evlilik içi cinselliğin aile hukukundan ziyade ekseriyetle ahlâkla bağlantısından bahsedilmiştir[105]. Yasa, eşlere, seksi başlatma, cinselliğe katılma veya eşinin cinsel arzularına boyun eğme ödevi yahut görevi dayatmadığına göre, onların cinsel kaçınmaları, isteksizlikleri veya üşengeçlikleri, basitçe kişilik haklarının özgür tezahürleridir. Böylesine seçim ne kusurludur ne de hukuka aykırıdır, sadece kişilik hakkının yansıması ve bizzat karar verme hakkının kullanımıdır.

Kural, cinsel isteksizliğin ve kaçınmanın kusur kavramıyla açıklanmamasıdır. Hemen akla gelen tartışmalı bir olasılığa değinilmelidir: Garez, kin, inat ve/veya hınçla sırf eşi zor durumda bırakmak için cinsel kaçınmanın ispatlanması. Habis duyguların cinsel perhizle dışa vurulması kesine yakın ortaya konulsa bile bu ihtimalin bile evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında kusura delalet etmediği düşünülmektedir. Çünkü eşi cinsellikten yoksun bırakarak dize getirme niyeti, evlilik içi iletişimde genel geçer sorunlar arasındadır, bunun boşanmada kusur mülahazasına dâhil edilmesi isabetli değildir. Duyguların ifadesinden kaçınma, küslükleri gereksiz uzatma, (cinsel) iletişimde

104 Hatta irade dışı gelişen cinsel rahatsızlıklarda hastanın iç görüsü zayıf olabilir veya hiç olmayabilir. İç görü eksikliğinde veya yoksunluğunda tedaviyi reddetme aslında cinsel rahatsızlığın uzantısıdır. Bu durumda kişi rahatsızlığını kabul etmediğinden tedaviye de ikna olmayabilir [Farklı psikolojik rahatsızlıklar yönünden Halûk Savaş, 'Tedaviye İkna Olmayan Hastaları Nasıl İkna Ediyoruz? LEAP' (*Psikiyatri ve Psikoterapi Merkezi*, 22 Ocak 2023) <http://haluksavas.com.tr/neleryapiyoruz-tedaviye-ikna-olmayan-hastalari-nasil-ikna-ediyoruz—31.html> Erişim Tarihi 2 Şubat 2023; Ramazan Akdoğan ve Ayşe Sibel Türküm, 'Psikolojik Yardım Sürecinde Terapötik Bir Hedef Olarak İçgörü' (2014) 6(4) Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar 376-378].

105 Keskin (n 102) 365, 367, 394, 398; İmamoğlu, (n 102) 39-31; Öztürk (n 103) 574; kişinin eşiyle bile olsa cinsel ilişkiye katılıp katılmamasının onun kendi bedeni üzerindeki özgür tasarrufu olduğu, aslında nişanlıların evlenme iradelerini açıkladıklarındaki müstakbel eşleriyle cinselliğe de onay verdikleri, fakat bir kere evlilik birliği kurulduktan cinsel iletişimin hukuku değil ahlâkı ilgilendirdiği yönünde Köteli (n 18) 90.

yeterince olgunlaşmama, kişilik hakkı ihlâli değildir, pek kötü veya onur kırıcı davranış sayılmaz; hukuken kınanması gereken ihmali hareket seviyesine tek başına ulaşmaz; bu konular, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığını ispatlamak dışında, hukuk değil ahlâk kurallarını ilgilendirir.

4. Ara Sonuç

Cinsel isteksizlik veya kaçınma, vajinismus ya da erektil disfonksiyon, evlilik birliğinin temelinden çöktüğünü gösterebilir; fakat bunların boşanmada tazminata gerekçe sayılması hukuken farklı akıl yürütmeleri gerektirir. İrade dışı gelişen tıbbî sorunların kusurla açıklanması yerinde değildir. Açıkçası, ilgili kaslar kontrolsüz, bilinç dışının devreye girmesiyle, bir tür savunma iç güdüsüyle kasılarak veya kasılamayarak cinsel birleşmeye mâni olmaktadır. Kişinin bilinç altından gelen ve/veya bilincinden bağımsız onu iradesi hilafına esir alan hastalığına kusur yakıştırılması kusurun tanımına aykırıdır. Diğer taraftan, eşin cinsel yetersizliği konusunda tedaviden kaçınması ya da genel anlamda cinsel isteksizliği, soğukluğu ve/veya bıkkınlığı da kendi özgür iradesinin dışa yansımasıdır, kişilik hakkının unsurlarından bizzat karar verme yetkisinin kullanımıdır. Farklı deyişle, eşlerden birinin diğerine karşı seksüel arzularının sona ermesi nedeniyle onunla yatak odası paylaşımından kaçınması, kişiler hukukuna uygundur, karar verme özgürlüğünün doğal sonucudur. Bu durum, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına delalet etmek dışında hukuk düzenini ilgilendirmez, kusur kavramını da doldurmaz. Özetle, cinselliğin paylaşılması da tedavisi de her koşulda özgür iradeden beslenebilir. Evlilik, hukuk boyutunda, cinselliğe katılma veya katılamadığında tedavi olma gibi vaatler içermez. Eşler arası cinsel iletişimsizlik ister hastalıktan ister iradî kaçınmadan kaynaklansın kural olarak kusur kavramıyla tanımlanamaz, hiçbir hukuk normunun koruma amacına da girmez.

C. ÇALIŞMA KONUSUNU TETİKLEYEN YARGITAY KARARLARINDAKİ BAZI İFADELERİN ELEŞTİRİLMESİ

Yargıtay, eşleriyle cinsel birliktelik yaşa(ya)mayan davalıları çoğunlukla tam kusurlu bulduğu çekişmeli boşanma davalarında, genellemelere başvurmaktadır. Hemen hukuka özgü dile uymayan bazı ifadeler ilgili içtihatlardan direkt alıntılanarak eleştirilebilir.

"*Cinsel tatminsizlik daha önce var olan sevgi ve saygıyı nefrete veya en azından isteksizliğe dönüştürür*"[106] ve "*cinsel ilişkinin başarılamamış olması karşısında, eşlerde birbirine karşı haklı nefretin, en azından isteksizliğin doğacağı şüphesizdir*"[107] ifadelerindeki nefret kelimeleri taşkındır. Nefrete haklı sıfatı yakıştırılması hiçbir gerekçeyle sağaltılamaz. Cinsel yönden doyurulmayan eşe nefret duygusunu reva gören bu cümlelerde, hâkimlerin öznel yargıları hukukun objektifliğinin önüne geçmiştir. Tatminsizlik yaşayan eşler bu soruna çare arayıp bularak veya alışarak, bu konu yüzünden uzmana danışarak yahut bilakis boşanarak ilişkilerini nötrleştirebilirler. Evlilikte cinsel yönden tatmin olunamadı veya edilemedi diye eşten nefret etme Yargıtay tarafından haklı bulunarak onaylanmamalıydı.

106 Yargıtay 2. HD 3.10.1995 (n 3) (n 6).

107 Yargıtay 2. HD 24.5.2000 (n 7); Yargıtay 2. HD 20.3.2003 (n 7); Köseoğlu ve Kocaağa (n 7) 102.

Yargıtay'ın "*psikolojik sebeple de olsa uzun evlilik süresi içinde cinsel ilişki kuramadıkları kızlık muayenesine dair rapordan anlaşılmaktadır*"[108], "*halen bakire olduğu doktor raporunda bildirilmiş*"[109] ve "*tarafların yedi ay birlikte yaşadıkları hâlde aralarında cinsel birleşmenin gerçekleşmediği, davacının halen bakire olduğu*"[110] ibarelerine eleştirel yaklaşılabilir. Öncelikle, Yüksek Mahkeme kararında "*kızlık muayenesi*" ve "*halen bakire*" gibi gayri bilimsel tabirlere yer verilmemelidir. Henüz seksüel deneyim yaşamamış kadınlara kız denilmesi hukuka özgü dile uymaz. Öte yandan, Yargıtay'ın "*halen bakire*" tespiti kadın fizyolojine ve hayatın olağan akışına uymayabilir[111]. Ayrıca, evlendiğinde karşı cinsle (kocasıyla veya karısıyla) ilk defa yakın deneyim yaşayacak kişinin henüz tanımadığı yetersizliğinden veya isteksizliğinden sorumlu tutulması da vicdanları rencide etmektedir.

Mahkemelerin eşler üzerindeki cinsel iktidarsızlık veya yetersizlik araştırmaları öncelikle fiziksel bulgularla sınırlı kalmış ardından psikiyatrik muayeneye genişlemiştir. Yargıtay'ın "*fiziksel rahatsızlığı bulunmamasına rağmen, cinsel ilişkiyi gerçekleştiremeyen davalı koca tamamen kusurludur*"[112], "*cinsel ilişkiyi sağlayamayan koca, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında tamamen kusurludur*"[113] ve "*sağlıklı cinsel ilişkinin gerçekleştirilememesinde davalı-karşı davacı erkeğin kusurlu olduğu*"[114] cümleleri mezkûr eşlerin kişilik hakları bakımından değerlendirilebilir. Aile yaşamının gizliliğine saygı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası anlamında hiyerarşik açıdan kuvvetlendirilmiş kişilik hakkı unsurlarından biridir (AİHS m. 8; AY m. 20). Gerçekten, cinsel yaşam, kişilik hakkının unsurudur; özellikle ya özel ya da gizli hayat alanına dâhildir[115] ve hukuk düzeni tarafından dışarıdan gelen müdahalelere karşı korunur (TMK m. 24, 25). Aslında tarafların mahrem alanlarını ilgilendiren hukukî meseleler söz konusu olduğunda, boşanma yargılamasını yöneten hâkim talep üzerine gizlilik kararı verebilir (TMK m. 184/b. 6). Yalnız cinsel yetersizlik merkezli her boşanma davasında seksüel yaşamları dilekçelere saçılan eşler (veya vekilleri) gizlilik talep etmeyebilir. Cinsel ilişki gerçekleştirememenin ruhsal ve/veya fizyolojik sebeplerden kaynaklandığı malumdur. Şu hâlde, eşlerin cinsel kimliklerini dışa vurma kudretleri ve bu konuyu

108 Yargıtay 2. HD 24.5.2000 (n 7); Yargıtay 2. HD 20.3.2003 (n 7); Köseoğlu ve Kocaağa (n 7) 102.

109 Yargıtay 2. HD 16.12.2010 (n 7).

110 Yargıtay HGK 15.12.2010 (n 3) (n 10).

111 Evlilik içinde cinselliğin gerçekleşmediği kanısının evli kadının cinsel muayenesinden hareketle tespit edilmesi, basitçe cinsiyetçidir. Çünkü bu bakış açısında, evlilik içi cinsellik, aslî ve aktif boyutta kocaya, tamamlayıcı ve edilgen düzeyde karıya dağıtılmaktadır. Oysa evlilik denilen hayat paylaşımında eşler her konuda eşit iki ortaktır. Üstelik, yapısı esnek ve/veya kalın *hymen* olasılığında yırtılma gerçekleşmeden evli kişiler arasında (defalarca) cinsellik yaşanmış olabilir. Yani *hymen* yapısı esnek ve/veya kalın evli kadın Yargıtay'ın deyimiyle "*halen bakire*" olmayabilir.

112 Yargıtay 2. HD 28.9.2009 (n 3) (n 8).

113 Yargıtay 2. HD 13.3.2014 (n 3) (n 11).

114 Yargıtay 2. HD 27.4.2016 (n 3) (n 12).

115 Aslı Açıkgöz, 'Şok Zarara Uğrayan Kişi Tazminat İsteminde Bulunabilir mi?' (2022) 80(4) İstanbul Hukuk Mecmuası 12, 18; Rona Serozan, 'Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler' (1977) 11(14) İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 93-95; Zeki Hafızoğulları, 'İnsan Hakkı Olarak Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarının Korunması' (1997) 46(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 22; Ferhat Canbolat ve Günhan Gönül Koşar, 'Basın Yoluyla Kişilik Hakkının İhlâlinin Tespitinde Kullanılan Yargıtay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Ölçütlerinin Değerlendirilmesi' (2020) (151) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 269, 270; Jale Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medenî Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt* (Beta 2022) 369; Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan, *Kişiler Hukuku* (Adalet 2022) 110; Mustafa Dural ve Tufan Öğüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku* (Filiz 2022) 120, 121; Delestraint ve Bihr (n 49); Köteli (n 18) 90; Şenol-Erçoşkun (n 86) 140, 141.

yöneten ruh dünyaları her birinin kendi kişilik hakkını ilgilendirir. Çekişmeli boşanma davası dosyalarında ve/veya mahkeme kararlarında eşlerin cinsel iktidarlarından açıkça bahsedilmesi ilgililerin kişilik haklarının ihlâl edilmesidir.

Yargıtay'ın "*davalının cinsel ilişkiden ve tedaviden kaçındığına ilişkin delil*", "*toplanan delillerden, taraflar arasında cinsel ilişki kurulamadığı*", "*dinlenen davacı tanıklarının beyanları, davalının kusurlu olduğunu kabule yeterli değildir*"[116] ve "*davalının oturumdaki açıklamaları, tanık ifadeleri ve diğer kanıtlar birlikte değerlendirildiğinde*"[117] ifadeleri göstermektedir ki evlilik içi cinsel yaşamın soruşturulmasında başvurulan araçlardan biri tanık delilidir. Türk usul hukuku öğretisinde evlilik içi yakın ilişkilerin ispatı faaliyeti zaten eleştirilmiştir[118]. Hakikaten, cinsel iktidarı tıbben yerinde kişinin sıra eşine geldiğinde cinsel ilişkiyi sağlayamadığı veya bu iletişime katılamadığı hususunun ispat faaliyetine konu edilmesi şaşkınlıkla karşılanmaktadır. Tarafların sağlıklı cinsel ilişki kurup kuramadıkları konusunda tahkikat yürütülürken tanık deliline başvurulması şaibelidir. Bu konuda güya şahitlik eden kişiler ancak kulaktan dolma bilgiler aktarabilir. Çünkü onlar eşlerin yatak odasına tanıklık edemez.

Yargıtay, "*fizikî ve psikolojik herhangi sorunu bulunmadığı hâlde, cinsel birleşmeyi gerçekleştiremeyen davalının boşanmaya sebep olan olaylarda tamamen kusurlu olduğu*"[119], "*cinsel ilişkiyi sağlayamayan koca, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında tamamen kusurludur*"[120] ve "*sağlıklı cinsel ilişkinin gerçekleştirilememesinde davalı-karşı davacı erkeğin kusurlu olduğu*"[121] sonuçlarına varmıştır. Oysa yukarıda açıklandığı üzere, cinsel birleşme sağlayamamak şeklinde kusurlu davranıştan bahsedilemez ve bu konunun kusurla ilgisi bulunmaz; üstelik, cinsel yönden eşini tatmin edemeyen tüm eşlere doğrudan tam kusur atfedilemez. Kocalara cinsel ilişkiyi başlatma görevini yükleme ve bunu başaramayan kocaları boşanmada tam kusurlu addetme eğilimi, ilk bakışta kadın eşi korur gözükse de aslında basitçe cinsiyetçi ve ataerkildir. Bu konuya karı koca ayırımıyla yaklaşılması eşlerin eşitliği ilkesine aykırıdır.

Vajinismus teşhisi konulan kadın eşin boşanmada tam kusurlu addedilmesini savunan karşı oy yazısına sıra gelmiştir[122]. Kadını *vajinismus* veya erkeği *erektil disfonksiyon* yaftasıyla boşanmada direkt kusurlu addetmek hukukta infial yaratacak düzeyde hatalıdır. Böylesine cinsel elverişsizliklerin bilinçli geliştirilmediklerini ehlivukuf hekimlerden öğrenen Yargıtay hâkimlerinin bunları kusurla bağdaştırmaktan vazgeçeceği ümit edilmektedir.

116 Yargıtay 2. HD 16.12.2010 (n 7).
117 Yargıtay HGK 15.12.2010 (n 3) (n 10).
118 Çiftçi (n 36) 1741, 1779, 1780.
119 Yargıtay HGK 15.12.2010 (n 3) (n 10).
120 Yargıtay 2. HD 13.3.2014 (n 3) (n 11).
121 Yargıtay 2. HD 27.4.2016 (n 3) (n 12).
122 Yargıtay 2. HD 18.12.2019 (n 13).

D. YARGITAY'IN EVLİLİK BİRLİĞİNİN TEMELİNDEN SARSILMASI KAYNAKLI BOŞANMA DAVALARINDA CİNSEL SORUNLARI KUSUR SAYMASININ TEMELİNDE YATAN ASIL GEREKÇE

Mukayeseli aile hukukundan farklı vaziyette Türk boşanma hukukunda, özel/genel, kusura dayanan/dayanmayan ve mutlak/nispi sebep ayrımı sürmektedir (C Civ art. 229-1 à 246; CC art. 111, 112, 114, 115; TMK m. 161-166)[123]. Kusura dayanan boşanma sebepleri, zina, hayata kast, pek kötü muamele, onur kırıcı davranış, küçük düşürücü suç işleme, haysiyetsiz hayat sürme ve terk hâllerinden ibarettir (TMK m. 161-164). Yani akıl hastalığı haricinde özel boşanma sebeplerinin tamamı kusura dayalıdır (TMK m. 165). Evlilik birliğinin sarsılması ise, nispi ve kusura dayanmayan boşanma sebebidir (TMK m. 166/1). Birliğin kökünden sarsılmasına ağır veya tam kusuruyla zemin hazırlayan eşin davasına karşı davalı eşin itiraz hakkı bulunmaktadır. Yalnız kusursuz veya hafif kusurlu davalının itirazı hakkın kötüye kullanılması teşkil ediyorsa, ayrıca birliğin korunmasında çocuklar ve davalı açısından yarar kalmamışsa, hâkim bu itirazı dikkate almadan boşanmaya hükmedebilir (TMK m. 166/2).

1. Yargıtay'ın Evlilik İç Cinselliğe Kusurla Yaklaşmasının Temelindeki Sorun: Evlilik Birliğinin Sarsılması Kaynaklı Boşanma Davalarında Davalının Az Da Olsa Kusurunun Aranması

Evlilik birliğinin temelinden sarsılması gerekçesiyle ikame edilen boşanma davalarında Yargıtay'ın beklentisi, davalının az da olsa kusurunun belirlenmesidir. Evlilik birliğinin temelinden sarsılması iddiasında davalı kusursuzsa boşanma davası reddedilmektedir[124]. İsviçre ve/veya Fransa'daki

123 Roma hukukunda evli kişilerin hiçbir sebep yokken boşanması imkân dahilindeydi. Klasik hukuk zamanında boşanma hakkının sebebe bağlanarak kısıtlanması denenmiştir. Fakat Romalılar bu kısıtlama girişimini benimsememiştir. İmparatorluk sürecinde, Hristiyan imparatorlar, boşanmayı nedene bağlamışlarsa da hiçbir zaman yasaklamamışlardır. *Iustinianus* döneminde boşanma dört sebeple çerçevelenmiştir: taraflara kusur yüklenemeyen hukukî sebeple, taraflardan en az birinin kusurlu davranışı yüzünden, hiçbir hukukî sebebe yaslanmayan ve anlaşmalı. Temelinde hukukî sebep bulunmayan, basitçe sebepsiz şeklinde adlandırılan boşanmada, bunu talep eden, diğer tarafa tazminat ödüyordu. Fakat bu dört sebep bile onaylanmadığından milattan sonra 566'da boşanmanın tüm sebepleri kaldırılmıştır. Eninde sonunda Hristiyanlık'tan önceki boşanmada serbesti ortamına geri dönülmüştür [Gönenç (n 19) 650-654; Akipek (n 22) 3-5; Köteli (n 18) 74, 75; klasik Roma aile hukukunun eşlerden birinin diğerine boşanma iradesini serbestçe beyan etmesini kâfi gördüğü, Bizans'ın boşanmayı men ettiği veya güçleştirdiği hakkında Ayiter (n 23) 6, 13]. İşte mukayeseli boşanma hukukundaki kusurun etkisini azaltma eğilimi Kıta Avrupası'nda Roma aile hukukunun Hristiyanlık'tan önceki versiyonuna geri dönüldüğü izlenimi yaratmaktadır. Belki de İsviçre ve Fransız aile hukuklarındaki boşanma reformlarıyla sebeplerin indirgenmesi, rotanın geçmişe döndüğüne; Roma aile hukukunun klasik dönemindeki iki taraflı boşanma serbestisine seyredildiğine işaret etmektedir [Tüzüner (n 28) 135].

124 Yargıtay'ın görüşünü yansıtan kararlardan örnekler verilebilir: Yargıtay HGK, E 2017/3156, K 2021/1209, 12.10.2021 <https://aslankochukuk.com> Erişim Tarihi 4 Mart 2023; Yargıtay HGK, E 2017/2-2838, K 2020/584, 16.7.2020; Yargıtay HGK, E 2004/2-363, K 2004/359, 16.6.2004 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 4 Şubat 2023; Yargıtay 2. HD, E 2017/6966, K 2019/3359, 25.3.2019 <www.yahyaderyal.net> Erişim Tarihi 4 Şubat 2023; Yargıtay 2. HD, E 2015/16407, K 2016/7878, 19.4.2016 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 18 Haziran 2023. Yargıtay'ın bu görüşünü açıklayan bazı eserler anılabilir: Dural, Öğüz ve Gümüş (n 28) 121; Erdem ve Makaracı-Başak (n 86) 130, 131; Akıntürk ve Ateş (n 20) 265-268; Kılıçoğlu (n 72) 110, 111; Hatemi (n 86) 125; Yılmaz (n 91) 152; Şenol-Erçoşkun (n 86) 254; Tüzüner (n 28) 153, 154; Metin İkizler, 'Eşlerin Çocuk Sahibi Olma Konusunda Uyuşmazlığa Düşmesi' (2017) (132) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 165, 176, 177; Tuğçe Tekben, 'Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Sebebine Dayalı Boşanma Üzerine Bir İnceleme' (2021) (17) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1077, 1079, 1094-1108, 1118, 1120-1123; Tülây Parlak, 'Türk Medenî Kanunu'nun 166'ıncı Maddesinin 2'nci Fıkrasına İlişkin Sorunlar' (2020) (Eylül) İzmir Barosu

boşanmaya dair yenilikler Türk Medenî Kanunu'na henüz yansıtılmamıştır. Doktrin reform beklemektedir[125]. Yargıtay ise mülga Türk Kanunu Medenisi dönemindeki en eski perspektifini mer'i hukuka rağmen sürdürmekte ve *contra legem* eklediği kusur kriterini dayatarak mezkûr hükmü hem *litera legis*'e hem de *ratio legis*'e aykırı uygulamaktadır (TKM m. 134'ün ilk versiyonu; güncellenmiş TKM m. 134/1-2; TMK m. 166/1-2). Doktrinin büyük çoğunluğu, Yargıtay'ın bu tutumunu haklı olarak tenkit etmektedir[126].

Dergisi 39, 47, 52, 53, 57; Kudret Güven, 'Türk İsviçre ve Alman Hukukunda Boşanma Sebepleri ve Esasları Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme' (2015) (2) Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 35, 38, 39; Yeğin (n 40) 243.

125 Ormancı-Altınok (n 42) 1431, 1447, 1454; Çetinel ve Güneş (n 42) 309, 335; Hausheer ve Öztan (n 72) 204-208; Oktay-Özdemir (n 72) 29-46; çok nedenli boşanma sisteminin aile kavramını zayıflattığı yönünde Burcuoğlu (n 42) 3-6; Burcuoğlu (n 33) 135-140; Hollanda ve Birleşik Krallık'ta olduğu gibi dijital boşanma imkânı getirilmesi yönünde Seldağ Güneş Peschke, 'Dijital Boşanmaya İlişkin Güncel Düzenlemeler: Farklı Ülke Uygulamaları' (2018) 4(1) KADEM Kadın Araştırmaları Dergisi 121-146.

126 Evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebine dayalı boşanma davalarında Yargıtay'ın davalının az da olsa kusurlu olması şeklindeki ekstra şart arayışı öğretide eleştirilmektedir. Kusura dayanmayan söz konusu boşanma sebebine kanunda yazmayan kusur şartı getirilmemelidir. Temelinden sarsılma gerekçeli boşanma davasında davacının ağır veya tam kusurlu olması boşanmaya hükmedilmesine mâni değildir. Davalının az da olsa kusurlu olması kıstası kanun koyucunun iradesi hilafına araştırılmakta ve iki tarafın da kusursuz olduğu olasılıklarda boşanma hakkına ket vurmaktadır. İlgili kanun maddesine Yargıtay marifetiyle, az da olsa kusurun davalıya atfedilmesi zorunluluğunun eklenmesi kanuna aykırıdır (TMK m. 166/1-2). Diğer taraftan, kanundaki itiraz terimiyle kast edilenin def'i olduğu baskın görüştür (TMK m. 166/2). Öyle ki aile hukukuna özgü def'i kullanılmadıkça hâkim re'sen kusur araştırması yapmaz. Kanundaki bu savunmayı kusur şartına dönüştüren Yargıtay'ın bazı içtihatları kanunun özüne ve ruhuna aykırıdır [Tekben (n 124) 1116, 1118, 1120-1123; Yılmaz (n 91) 149, 150-157; Dural, Öğüz ve Gümüş (n 28) 121; eşlerden her ikisi de kusurlu olsa veya her ikisinin de kusuru bulunmasa bile yine de boşanma davası açılabileceği görüşünde Akıntürk ve Ateş (n 20) 266; kusurdan bağımsız olarak sarsılma olgusu gerçekleştiğinde boşanmaya hükmedilmesi gerektiği fikrinde Erdem ve Makaracı-Başak (n 86) 130; mülga Türk Kanunu Medenisi zamanında söz konusu itirazın yararından çok zararının bulunduğu mülga kanundan çıkarılması gerektiği hakkında Burcuoğlu (n 33) 139; Yargıtay'ın bu bakış açısının eşler arası intikam alma aracına dönüştüğü yönünde Burcuoğlu (n 42) 4, 5; Yargıtay'ın kanundaki savunma imkânını çok sert uyguladığı; bu fıkranın tatbikatında yumuşamaya gitmesi, evliliğin sürdürülmesinde sosyal yarar kalıp kalmadığını iyi tartması, özellikle şiddete uğrayan kadını yeniden dava açmaya zorlamaması gerektiği yönünde Köseoğlu ve Kocaağa (n 7) 69, 70; söz konusu savunma olanağının eşlerin evliliği sona erdirme hakkını kullanmasını güçleştirdiği; boşanmak isteyen kadın eşler aleyhine sonuçlar doğurduğu; onların nafaka ve tazminat gibi haklarından vazgeçerek anlaşmalı boşanmak zorunda kaldıkları görüşünde Parlak (n 124), 37, 56; mülga Türk Kanunu Medenisi döneminde değiştirilmiş ilgili maddenin (güncellenmiş TKM m. 134/2) esasen Yargıtay'ın aksi yöndeki içtihadının etkisini önlemek için getirildiği yönünde Oğuzman ve Dural (n 28) 127; boşanma davasının kusursuz veya daha az kusurlu eş tarafından açılmadıkça kabul görmediği cümlesiyle aksi yönde Güven (n 124) 38, 39; evlilik birliğinin temelinden sarsılması gerekçesiyle boşanmanın sadece iki eş de kusurluyken mümkün olduğu görüşüyle Yargıtay'la paralel düşünerek yine aksi yönde Kılıçoğlu (n 72) 110, 111; TMK m. 166/2'nin def'i değil usulî anlamda ilk itirazlar arasında yer aldığı, bu fıkranın kaldırılmasının evlilik bağından zahmetsizce kurtulmak isteyen eşleri, birliği bilinçli ve planlı çökertmeye özendireceği, fıkradaki takdir yetkisinin hâkimlerce keyfi kullanılmaması gerektiği şeklinde ayrık görüşte Tüzüner (n 28) 150, 153-154]. Yargıtay'ın kanunun hilafına eklediği mezkûr şart mülga Türk Kanunu Medenisi'nin ilk sürümüne dayanmaktadır (TKM m. 134'ün ilk versiyonu). Öyle ki mülga kanun dönemindeki "*eğer geçimsizlik iki taraftan birine daha ziyade kabili isnat ise, boşanma davasını ikame hakkı ancak diğer tarafa aittir*" hükmüne (TKM m. 134/2) göre, imtizaçsızlığa daha ağır kusuruyla sebep olan eşin davası reddedilmeliydi [Berki (n 92) 145]. Daha sonra 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin Bazı Maddelerinin ve 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 49. Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun (Kanun Numarası 3444, Kabul Tarihi 4.5.1988, RG 12.5.1988/19812) ile mülga hüküm tamamen değiştirilmiş ve bugünkü maddeyle paralel düzenleme getirilmiştir (güncellenmiş TKM m. 134/2; TMK m. 166/2). Söz konusu mülga değişiklik kanununun komisyon raporunda, "*sırf davacı daha fazla kusurludur diye boşanmayı engellemeyecek çözüm*" getirildiği açıklanmaktadır. Komisyon raporundaki muhalefet şerhinde ise Antalya ve Afyon'dan iki milletvekili, "*tamamen Türk hukuk sistemine aykırı olmakta ve ilk defa sisteme aykırı olarak kusura prim verilmektedir. Kusurlu eşe dava açıp boşanma hakkı veren değişiklik Türk aile yapısını temelden sarsacak ve toplumda büyük yaralar meydana getirecektir*" cümleleriyle değişikliğe karşı çıkmaktadır. Tüm bunlar göstermektedir ki gerek yasa koyucu gerek yasa

İşte evlilik birliğinin temelinden sarsılması gerekçeli boşanma davalarında Yargıtay'ın *vajinismus* veya *erektil disfonksiyon* gibi irade dışı cinsel rahatsızlıkları kusur saymasının temelinde, davalının az da olsa kusurlu olması şeklinde kanuna kendi kendine eklediği kriter arayışı bulunmaktadır. Yargıtay, cinsellik paylaşamayan eşlerin boşanmasını uygun görmektedir, fakat kökleşmiş içtihatlarında her iki taraf da kusursuzken birliğin sarsılması gerekçesiyle boşanmaya hükmedemediğinden kendini cinselliğe katılamayan tarafa kusur yüklemek zorunda zannetmektedir. Yatak odasında bitmiş evlilikleri hukuken de sonlandırmak isteyen Yargıtay'ın elini kolunu kendi yerleşmiş içtihatlarındaki davalının az da olsa kusurlu olması kıstası bağlamaktadır. Görüldüğü üzere, Yargıtay'ın eşlerin cinsel yetersizlik ve/veya isteksizliğini boşanmada (tam) kusur sayan bakış açısının Türk boşanma hukukunun (henüz) güncellenmemesiyle ilgisi bulunmamaktadır. Sorunun temeli, evlilik içi cinsellik konusunda *de lege ferenda* tartışmalar değildir; *de lege lata*'nın Yargıtay'ın müdahaleleriyle değiştirilmesi, arı hâliyle (olduğu gibi) uygulanmamasıdır. Böylesine içtihatlara zemin teşkil eden argüman Yargıtay'ın TMK m. 166/1-2'deki boşanma sebebine davalının az da olsa kusurunun tespit edilmesi şartını, yasaya, yasanın gerekçesine ve meclis tutanaklarına rağmen eklemesidir.

Aslında karşı oyların bulunması, Yargıtay içinde konuya fikir birliğiyle yaklaşılmadığına işarettir. İlk muhalefet şerhinde, cinsel uyumun yakalanamaması elverişsizlik terimiyle kusur harici analiz edilmektedir. Erkeğin iktidarsızlığı kaynaklı "*elverişsizlik aslında evliliğin temelinden sarsılması olayının bir öğesidir. Temelden sarsılma olayında iki tarafın da kusuru söz konusu değildir*"[127]. Yine Hukuk Genel Kurulu'nda vücut bulan başka karşı oyda, boşanma kararında tarafların kusur durumları eşit belirlendikten sonra ardıl tazminat davasında mükerrer kusur araştırmasına girilemeyeceği belirtilmiştir[128]. Öyleyse Yargıtay'da azınlık, evlilik birliğinin temelinden sarsılması gerekçeli boşanma davasında, cinsel elverişsizliği, eşlerin kusursuzluğuyla veya eşit kusurluluğuyla bağdaştırmaktadır.

2. Değerlendirmeler ve Çözüm Önerileri

Eşlerin cinsel varlığı, sosyal dokudan güç bulan yargısal kabullere kurban edilmeyebilir. Yasa koyucunun görevi evliliği her bakımdan kazuistik düzenlemek olmadığı gibi hâkimlerin müdahale alanı da eşlerin yakın ilişkilerini kapsamaz. Kanunun yalnızca evliliğin temel yönlerine dokunması, hâkimlerin de kanunu açıklıkla uygulaması kâfidir. Sonuçta evlilik, hukuk yanı sıra ahlâk ve örf

değişikliğine muhalefet edenler söz konusu iki maddede (güncellenmiş TKM m. 134/1-2 ve bunun izdüşümü TMK m. 166/1-2 hükümlerinde) evliliğin boşanmayla sona erdirilmesi noktasında, kusurdan ziyade temelden sarsılma olgusunun önemsendiğini, kusur prensibinden ödün verildiğini pekâlâ farkındadır [Türkiye Büyük Millet Meclisi, 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin Bazı Maddelerinin ve 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 49'ncu Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/392), <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d18/c010/tbmm18010064ss0025.pdf> Erişim Tarihi 1 Kasım 2022; ayrıca Yılmaz (n 91)153]. Yargıtay, davalının az da olsa kusurlu olması kriteriyle, söz konusu hükmün ilk fıkrasının (TMK m. 166/1) uygulama alanını kanun koyucunun iradesi hilafına daraltmakta ve aslında bu hükmü oluşturan ikinci fıkrayı (TMK m. 166/2) yine kanun koyucunun beklentisine aykırı vaziyette geniş yorumlayarak neticede tüm maddenin tatbikatını sınırlı olasılıklara hasretmektedir. Yargıtay'ın mülga Türk Kanunu Medenisi'nin ilk hâline (TKM m. 134'ün ilk versiyonuna) dayanan ve yürürlükteki hukuku yok sayan yanlış uygulamasından dönmesi beklenmektedir.

127 Yargıtay 2. HD 3.10.1995 (n 3) (n 6).

128 Yargıtay HGK 15.12.2010 (n 3) (n 10).

âdet kurallarına da tâbidir. Hâkimlerin birlikte yaşama görevini cinselliğe katılma borcunu kapsarmışçasına genişletmesi, yasanın ruhuna ve sözde tam kusurlu bulunan eşin kişilik hakkına aykırıdır. Anılan Yargıtay kararlarının düşünsel temelinde evlilik ve cinsellik hakkında hâkimlerin öznel fikirleri bulunmaktadır ki bu görüşler yüzünden eşlerin mahrem alanı dilekçe ve kararlara yansımaktadır. Üstelik Yargıtay'ın böylesine kararları evliliği, her iki eşin karşılıklı seksüel çıkarlar elde ettiği kazanç modeline benzetmekte; eşler arasındaki seksüel ilişkileri haklı talep karşısında zorunlu boyun eğme değiş tokuşuna dönüştürmektedir.

Yargıtay'ın çekişmeli boşanma davalarında davalıda az da olsa kusur arayan yaklaşımına yöneltilen tüm eleştiriler haklıdır. Yargıtay'ın bu kıstası, Türk Medenî Kanunu'nun ilgili maddesinin lafzından ve amacından, boşanmanın Roma aile hukukundaki tarihi temelinden, ayrıca mukayeseli hukuktaki reformist dönüşümünden kopuktur. Bu kıstastan vazgeçilerek yürürlükteki kanun sözüyle ve özüyle tatbik edildiğinde, eşlerin cinsel ilişkilerindeki uyumsuzluklar, molalar ya da tek taraflı psikolojik buhranlardan kaynaklanan yetersizlikler kusura konu edilmeden yatak odasında çatırdamış evlilikler sona erdirilebilir. Kısacası, böylesine cinsel iletişimsizlikler söz konusu olduğunda iki eşin de kusuru olmaksızın boşanma zaten kanuna uygun çözümdür, aksine yargısal yaklaşımdan vazgeçilebilir. Diğer taraftan, Türk hukukundaki kusur merkezli ve çok sebepli boşanma sistemi uzun zamandır işlevselliğini yitirmiştir. Bunun için, Kıta Avrupası'ndaki gelişmeler örneksenerek Türk boşanma hukukunda reform yapılması önerilmektedir.

Cinsel iletişim kaynaklı boşanma davalarında layıkıyla inceleme yapılsa çoğunlukla iki tarafın kusursuzluğuyla karşılaşılır. Zaten cinsel yaşamdaki arazlar çoğunlukla iki kişilik manevî yıkıntıdır, bu konuda taraflardan birini doğrudan müsebbip seçmek yargılamanın görev alanını aşmaktadır. Hâkimlerin işi eşlerin cinsel yetersizlik veya isteksizliklerini cezalandırmak değildir. Evlilik içi cinsel iletişimi organize eden icrai veya ihmali davranışlar, ceza hukuku spektrumunda suç teşkil etmediği sürece, aile hukuku alanında, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına işaret etmek dışında ne kanun koyucuyu ne de hâkimleri ilgilendirir. Yargıtay'ın aile ve borçlar hukuklarını kümülatif ihlâl edip uzmanlık alanının dışında evlilik içi seksoloji konusuna karışarak sübjektif görüşlerine dayalı kararlar kaleme aldığı gözler önüne serilmiştir.

Evlilik birliğinin temelinden sarsılması kaynaklı boşanma davalarında Yargıtay'ın davalının az da olsa kusurlu olması şartını kanuna eklemesi, cinsellikten orijin bulan çekişmelerde tarafların eşit kusurla (veya her iki taraf da kusursuzken) boşanmasını engellemektedir. Eş deyişle, mahrem ilişkiler kuramamış ya da böylesine samimiyetleri sona ermiş eşlerin boşanmasında Yargıtay'ın bu kriteri sorun teşkil etmektedir. Esasen herhangi eşin istikrarlı vaziyette cinselliğe yanaşmaması, yani seksüel iletişimde gönülsüzlüğü veya yetersizliği muhatap eşi rencide edebilir ve üzebilir. Evliliğin seksüel boyutunda çekimserlik veya isteksizliğin anatomik yahut psikolojik sorunlardan kaynaklanması diğer eşi buna katlanmaya zorlamayacağı gibi onun boşanma talep etmesini de engellemez. Cinselliksiz evlilik bundan memnun olmayan eş açısından çekilmezdir. Cinsel arzularını mütemadiyen baskılamak zorunda kalan eşten evlilik birliğini sürdürmesini beklemek dürüstlük kuralına aykırı düşerdi. Bir tarafın arzusuna aykırı vaziyette cinsel iletişimin hiç kurulamaması veya uzun soluklu kesilmesi elbette evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına delalettir. Fakat bu tespit

boşanmada cinsellik meselesinin doğrudan kusur dağılımına konu edilmesine izin vermez. Çünkü evlilik birliğinin temelinden sarsılması eşlerin kusurundan bağımsız vuku bulabilir. Yani her iki eşin de hiçbir kusuru yokken evlilik birliği temelinden sarsılabilir. Bu tür davaların sonucunda *divortium bona grita*'ya hükmedildiğinde elbette tazminat talepleri reddedilir. Kusur mülahazasının dışında tutulan evlilik içi cinsellik kural olarak tek başına (boşanmaya dayalı) maddî veya manevî tazminata gerekçe edilmez (TMK m. 174). Vakıalar zincirinde eşle cinsellik yaşa(ya)mama dışında kusur dağılımını etkileyen başka veri bulunmuyorsa, kimse diğerinden daha ağır kusurlu olmadığından yoksulluk nafakasının şartları oluşabilir (TMK m. 175). Tedbir ve iştirak nafakalarında zaten kusur aranmadığından ilgili kanun maddeleri aynen uygulanır (TMK m. 169, 182/3).

SONUÇ

Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı çekişmeli boşanma davalarında Yargıtay, eşleriyle cinsel birliktelik yaşayamayan davalılara çoğunlukla tam kusur atfetmektedir. Böylesine kararlarda "kızlık muayenesi", "*halen bakire*", "*cinsel birleşmenin gerçekleşemediği anlaşıldığından*", "*cinsel ilişkinin başarılamamış olması*" veya "*cinsel birleşmeyi gerçekleştiremeyen davalı*" gibi ibareler yer almaktadır.

Evliliğin iyi idamesi için eşlerden beklenen davranışlar borç veya yükümlülük terimleriyle vasıflandırılmayabilir. Kanun koyucunun bu konudaki madde başlığında yükümlülük kelimesini tercih etmiş olmasına itibar edilmeyebilir. Zaten mukayeseli hukuk da eşlerin görevlerini ödev kavramıyla düzenlemektedir. Madem ki evlenme borçlar değil, aile hukuku akdidir; birlikte yaşama, sadakat, ortaklığın mutluluğunu gözetme gibi olumlu ve olumsuz davranışlar borçlar hukuku anlamında yükümlülük değil, aile hukuku boyutunda hukukî görev veya ödev şeklinde nitelenebilir. Eş deyişle, eşlerin birbirlerine karşı görevleri sanki borçlar hukuku anlamında kanundan doğan yapma borçlarıymışçasına yanlış etiketlenmeyebilir.

Kanunda eşlere atfedilen hukukî ödevler yakın cinsel ilişkiler kurmayı ihtiva etmez. Kanun koyucunun eşlerden beklediği görevler onların birbirlerini cinsel yönden tatmin etmelerini kapsamaz. *Debitum conjugale* ve copula carnalis Batılı din adamlarınca varlığı iddia edilen *Canonique* hukuktan orijin bulan Hristiyan teolojisine özgü kavramlardır. Esasen eşin cinsel taleplerini haklı gerekçesiz reddetmeme ve onunla cinsel birliktelik yaşama borcu çeşitli kiliselerin baskılarından başka dayanağı bulunmayan dinî yaklaşımlardan biridir, İsviçre-Türk medenî hukuk topluluğunun séculier evlilik vizyonuna yabancıdır.

Basitçe, evlilik içi cinsel iletişim, ceza hukuku spektrumunda suç teşkil etmediği sürece, aile hukuku alanında, evlilik birliğinin temelinden çöktüğünü ispatlamak haricinde, kanun koyucuyu ilgilendirmez ve/veya aile hâkimlerinin kusur mülahazalarına sıkıştırılamaz. Evlilik içi cinselliğin, ahlâk, din, örf âdet kuralları yanı sıra eşlerin bireysel erdemleriyle yönlenmesi yeğlenir. Ne erkek ne de kadın eş evlilikteki partnerini cinsel yönden tatmin etmek zorundadır. Tersine bakış açısı, ömürlük sürmesi ümit edilen ve keramet atfedilen evlilik birliğinin kutsiyetini sarsar.

Eşlerden birinin arzusuna aykırı vaziyette cinsel iletişimin hiç kurulamaması veya uzun soluklu kesilmesi elbette evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına delalettir. Herhangi eşin istikrarlı vaziyette cinselliğe yanaşmaması, yani seksüel iletişimde yetersizliği ve/veya gönülsüzlüğü muhatap eşi rencide edebilir ve üzebilir. Evliliğin seksüel boyutunda elverişsizlik, çekimserlik veya isteksizliğin psikolojik sorunlardan kaynaklanması diğer eşi buna katlanmaya zorlamaz, onun boşanma talep etmesini engellemez. Cinsel arzularını mütemadiyen baskılamak zorunda kalan eşten evlilik birliğini sürdürmesini beklemek dürüstlük kuralına aykırıdır, onun açısından çekilmezlik kriterinin oluştuğu artık kabul edilir. Fakat bu tespit boşanmada cinsellik meselesinin direkt kusur dağılımına konu edilmesine izin vermez. Cinselliğin gerçekleşmemesi veya devam etmemesi, yetersizlik, elverişsizlik veya geçimsizlik şeklinde adlandırılabilse de kural olarak kusurlu davranış sayılamaz. Cinsel ilişki eksikliği boşanmaya zemin hazırlasa da a fortiori zarara yol açan ciddî kusur teşkil etmez. Cinsel yaşamdaki arazlar çoğunlukla iki kişilik manevî yıkıntıdır, burada taraflardan birini doğrudan müsebbip seçmek yargılamanın görev alanını aşmaktadır. Her ne kadar cinselliğini eşiyle paylaşamayan eş huzurunda, müşterek yaşamın çekilmezliği kriteri oluşmuşsa da bu cinsel iletişimsizlikte diğer eşe doğrudan kusur atfedilmeyebilir.

Evlilik birliğinin temelinden sarsılması pekâlâ eşlerin kusurundan bağımsız vuku bulabilir. Her hayat ortaklığında başlangıçta veya sonradan ortaya çıkması muhtemel cinsel isteksizlik, iktidarsızlık ve/veya yetersizliğin kusur sayılması isabetli değildir. Birliğin saadetine hizmet eden ve sosyal yönünü taçlandıran yakın münasebet illa cinsellikle inşa edilmeyebilir; sohbet etme, çiçek gibi küçük hediyeler alma, dert dinleme, birlikte seyahat etme, sinemaya gitme veya özel günleri kutlama, kayınvalide kayınpeder ağırlama gibi sair başka yollardan da kurulabilir. *Vajinismus* ya da *erektil disfonksiyon* gibi irade dışı gelişen rahatsızlıklardan mustarip eşlerin boşanmada tam kusurla kınanması hem kusur tanımını ihlâl etmekte hem de evliliği iki taraflı cinsel kazanç ortaklığına benzetmektedir. Diğer taraftan, seksüel sorunlar yaşayan eşe tedaviyi kabul borcu yüklemek aksi taktirde onu kusurlu saymak ne kişilik hakkı ne de kusur tanımıyla bağdaşır. Herkesin tedaviyi reddetme ve hazır olduğu zamanda iyileşme hakkı, bizzat karar verme bağlamında kişilik hakkının parçasıdır, evlilik içi cinselliğin tedaviye boyun eğme zorunluluğu getirmesi düşünülemez. Yine eşlerden birinin diğerine karşı arzularının sona ermesi ve onunla cinsellikten kaçınması kişilik hakkına dâhil bizzat karar verme hakkını kullanmasıdır ve evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında kusur kavramını doldurmaz. Böylesine cinsel rahatsızlıklar ve/veya kaçınmalar söz konusu olduğunda iki eşin de kusuru olmaksızın evliliğin sona ermesi mümkün olabilir.

Yargıtay'ın evlilik birliğinin temelinden sarsılması kaynaklı çekişmeli boşanma davalarında davalıda az da olsa kusur arayan yaklaşımına yöneltilen tüm eleştirilerin haklı olduğu, evlilik içi cinsel iletişimin boşanma davalarına yansıması açısından da ispatlanmıştır. Yargıtay'ın davalının az da olsa kusurlu olması kriterini kanun hilafına ısrarla uygulaması ve cinsel yönden isteksiz veya yetersiz eşi doğrudan tam kusurlu sayması, Türk Medenî Kanunu'nun lafzından, boşanmanın Roma aile hukukundaki tarihi temelinden ve mukayeseli hukuktaki ilerleyişinden kopuktur, Türk-İsviçre aile hukuklarına yabancıdır, bilakis *Canonique* hukuk orijinli evlilik içi cinsellik algısına yakındır.

Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında, Yargıtay'ın davalının az da olsa kusurlu olması kriterini kanuna eklemesi hem *litera legis*'e ve *ratio legis*'e aykırıdır hem de *contra legem* genişletici yorumdur; ayrıca mahrem konulardan nemalanan ihtilaflı boşanma davalarında tarafların kusursuzken boşanmalarına ket vurmaktadır. Böylesine cinsel rahatsızlıklar ve/veya kaçınmalar evlilik birliğinin temelinden sarsılması kaynaklı boşanma yargılamasına yansıdığında, tarafların kusurları olmaksızın boşanmaları sağlanabilir. Bu tür davaların sonucunda *divortium bona grita*'ya hükmedildiğinde elbette maddî ve/veya manevî tazminat talepleri reddedilir. Tedbir ve iştirak nafakalarında zaten kusur aranmadığından ilgili kanun maddeleri aynen uygulanır. Eşle cinsellik yaşa(ya)mama haricinde kusuru tetikleyen başka veri bulunmuyorsa, kimse diğerinden daha ağır kusurlu olmadığından yoksulluk nafakasının şartları oluşabilir.

Bu çalışmadaki hukukî meselelerin kaynağı, Türk boşanma sisteminin hâlihazırdaki durumu, yani henüz reformdan geçirilmemesi değil, mevcut sistemin Yargıtay tarafından çarpıtılmasıdır. Böylece, evlilik birliğinin sarsılması şeklindeki genel boşanma sebebinin kanun koyucunun iradesi hilafına Yargıtay marifetiyle kusur üzerine kurgulanmasının işlevsel olmadığına evlilik içi cinsellik açısından işaret edilmiştir. Yargıtay'ın mer'i boşanma hukukuna keyfi müdahalesi tenkit edildikten sonra, öğretideki *de lege ferenda* temenninin paylaşıldığı eklenebilir. Öyle ki Türk boşanma sistemindeki kusur merkezli ve çok sebepli strüktürün en kısa zamanda terk edilmesi beklenmektedir. Zaten İsviçre ve Fransız aile hukuklarındaki reformlarla boşanma sebepleri büyük ölçüde kusurdan yalıtılarak sayıca indirgenmiştir. Eşler arası cinsel sorunlar penceresinden de İsviçre ve Fransa'daki gelişmeler örneksenerek Türk boşanma hukukunda reform yapılması zarureti yinelenebilir.

KAYNAKLAR

Acar F, 'Bir Boşanma Sebebi Olan Terk Kurumunun Konutun Aile Konutu Niteliğine Etkisi' (2011) 10(2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 35-52.

Açıkgöz A, 'Şok Zarara Uğrayan Kişi Tazminat İsteminde Bulunabilir mi?' (2022) 80(4) İstanbul Hukuk Mecmuası 1-31.

Aggiouri T, 'La liberté sexuelle à l'épreuve du devoir conjugal' (*Merci pour L'Info*, 1 Nisan 2021) <https://www.mercipourlinfo.fr/actualites/famille/le-devoir-conjugal-a-lepreuve-de-la-liberte-sexuelle-880249> Erişim Tarihi 11 Ekim 2022.

Akdoğan R ve Türküm A S, 'Psikolojik Yardım Sürecinde Terapötik Bir Hedef Olarak İçgörü' (2014) 6(4) Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar 375-388.

Akıntürk T ve Ateş D, *Türk Medenî Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt* (Beta 2021).

Akipek İ, *Mukayeseli Hukuk Bakımından Boşanma Sebepleri* (Güney Matbaacılık Gazetecilik 1952).

Akipek J, Akıntürk Turgut ve Ateş Derya, *Türk Medenî Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt* (Beta 2022).

Aktaş Akoğlu Ö ve Küçükkaragöz H, 'Boşanma Nedenleri ve Boşanma Sonrasında Karşılaşılan Güçlüklere İlişkin Bir Araştırma: İzmir İli Örneği' (2018) 29(1) Toplum ve Sosyal Hizmet 153-172.

Andorno R, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréation* (LGDJ 1996).

Ayan M ve Ayan N, *Kişiler Hukuku* (Adalet 2022).

Ayiter N, 'MK Hükümlerine Göre Boşanmanın Genel Sebebi İmtizaçsızlık ve Yargıtay Uygulaması' iç *Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı Cilt II Boşanma Hukuku Haftası* (Ankara Üniversitesi 1977) 165-174.

Ayiter K, *Roma Hukuku Dersleri Aile Hukuku* (Ankara Üniversitesi 1963).

Baygın C, 'Tanzimat'tan Günümüze Aile Hukukunun Gelişim Sürecine Kısa Bir Bakış' (2016) 22(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 453-462.

Bayram E, 'Kanun Sistematiğinde Madde' (2008) (8) Yasama Dergisi 102-123.

Berki Ş, 'Boşanma ve Ayrılık' (1975) 31(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 135-154.

Binay M, 'Türkiye'de Boşanma Nedenlerinin Analizi ve Alternatif Uyuşmazlık Yöntemleri' (2018) 5(9) Ombudsman Akademik 237-267.

Borrillo D, *Le droit des sexualités* (Presses Universitaires de France 2009).

Brink D, 'Mariage et abstinence sexuelle' (*brink-diane-avocat*, 23 Nisan 2020) <https://www.brink-diane-avocat.fr/categories/tout-sur-vos-droits-13246/articles/mariage-et-abstinence-sexuelle-606.htm> Erişim Tarihi 10 Ekim 2022.

Brown G, Delessert T ve Roca i Escoda M, 'Du devoir marital au viol conjugal: étude sur l'évolution du droit pénal suisse' (2017) 3(97) Droit et Société 595-614.

Bruguière J M, *Le devoir conjugal: Philosophie du code et morale du juge* (Dalloz 2000).

Brusorio-Aillaud M, 'Chronique de droit patrimonial du divorce – Octobre 2011' (*LexBase*, 31 Ekim 2011) <https://www.lexbase.fr/revues-juridiques/5509051-chronique-chronique-de-droit-patrimonial-du-divorce-octobre-2011> Erişim Tarihi 21 Ekim 2022.

Bu P, 'Le droit et le devoir' (2007) 41(3) Grand Orient de France-La chaîne d'union 84-85.

Buckley C, 'Condamnée Pour Avoir Refusé Des Relations Sexuelles à Son Époux' (*Human Rights Pulse*, 3 Mayıs 2021) <https://www.humanrightspulse.com/mastercontentblog/condamne-pour-avoir-refus-des-relations-sexuelles-a-son-epoux> Erişim Tarihi 23 Ekim 2022.

Burcuoğlu H, 'Boşanmada Kusur ve Yoksulluk Nafakası ile İlgili Gözlemler' (2018) 4/2(1-12) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-12.

Burcuoğlu H, 'Almanya'da Yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler', (2011) 48(1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 113-140.

Canbolat F ve Koşar Günhan G, 'Basın Yoluyla Kişilik Hakkının İhlâlinin Tespitinde Kullanılan Yargıtay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Ölçütlerinin Değerlendirilmesi' (2020) (151) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 259-302.

Cansel E, 'Boşanmanın Dayandığı Hukukî Esaslar' iç *Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı Cilt II Boşanma Hukuku Haftası* (Ankara Üniversitesi 1977) 67-111.

Castillo A, 'L'abstinence sexuelle dans le couple: dernier tabou' (*L'illustré*, 8 Nisan 2022) <https://www.illustre.ch/magazine/labstinence-sexuelle-dans-le-couple-dernier-tabou> Erişim Tarihi 18 Ekim 2022.

Charageat M, *La délinquance matrimoniale* (Sorbonne 2011) <https://books.openedition.org/psorbonne/10061> Erişim Tarihi 23 Şubat 2022.

Courbe P, *Le divorce* (Dalloz 1996).

Çetinel Ürem M ve Güneş Biset S, 'Mahkeme Dışı Boşanma Kurumu ve Türk Hukukunun Bu Kuruma Yaklaşımı' (2020) 5(1) Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 309-340.

Çiftçi P, 'Boşanma Sisteminin Yargılamada Doğurduğu Temel Hak İhlâlleri ve İspat Sorunları' (2016) (16) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan) 1741-1821.

Delestraint P D ve Bihr P, *Droit civil* (Dalloz 1993).

Demirsatan B, 'Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Hükümsüz Evlilik Sözleşmelerinin Boşanmanın Eşler Arasındaki Malî Sonuçlarına Etkisi' (2021) (153) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 297-334.

Dhaini D, 'Mariage et libertés: Étude comparative en droit français et libanais' (Université Paris-Saclay Droit 2016) (*Tel Archives Hal*, 27 Haziran 2016) <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01337967/document> Erişim Tarihi 13 Ekim 2022.

Doğan M, 'Türk Medenî Kanunu'nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler' (2003) 52(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 93-129.

Dufour A, 'Les origines intellectuelles et les caractéristiques institutionnelles et axiologiques du droit matrimonial occidental moderne' (1991) 22(4) Revue générale de droit 765-794.

Dural M, Öğüz T ve Gümüş M A, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (Filiz 2022).

Dural M ve Öğüz T, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku* (Filiz 2022).

Erdem M ve Makaracı-Başak A, *Aile Hukuku* (Seçkin 2022).

Erdoğan İ, 'Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Kusur Unsuru' (1990) 3(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 109-134.

Erkan V U, 'Türk Medenî Kanunu'nda Evlilik Birliği İçerisinde Kadının Ekonomik ve Sosyal Hakları' (2018) (134) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 431-450.

Ersöz O, *Türk Hukukunda Zina Sebebiyle Boşanma* (On İki Levha 2018).

Gönenç F İ, 'Roma Hukukunda Boşanma (*Divortium*)' (2003) 7(1-2) Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 645-654.

Guiol M C, 'Les devoirs entre époux à travers la doctrine et la jurisprudence du XIX ^{e} siècle' (2013) 91(1) Revue historique de droit français et étranger 101-125.

Guillod O ve Burgat S, *Droit des familles* (Helbing Lichtenhahn 2018).

Guillod O, *Droit des familles* (Helbing Lichtenhahn 2012).

Gülerci A F, *Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler)* (On İki Levha 2018).

Gürpınar D, 'Eşlerin Evlilik Birliğinin Giderlerine Katılma Borcu' (2013) 8(Özel Sayı) Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi (Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan) 1293-1339.

Gürsoy K T, 'Boşanma Hukukunun Tarihî Gelişimine Genel Bir Bakış ve Boşanma Sebeplerinde En Yeni Eğilimler' iç *Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı Cilt II Boşanma Hukuku Haftası* (Ankara Üniversitesi 1977) 1-45.

Gürsoy K T, 'Eşlerin Anlaşması Suretiyle Boşanma' iç *Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı Cilt II Boşanma Hukuku Haftası* (Ankara Üniversitesi 1977) 127-163.

Güven K, 'Türk İsviçre ve Alman Hukukunda Boşanma Sebepleri ve Esasları Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme' (2015) (2) Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 35-56.

Hafızoğulları Z, 'İnsan Hakkı Olarak Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarının Korunması' (1997) 46(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-40.

Hage-Chahine N, *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé* (Panthéon-Assas 2017).

Hatemi H, *Aile Hukuku* (On İki Levha 2021).

Hatemi H ve Gökyayla K E, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (Filiz 2021).

Hausheer H, 'Türk-İsviçre Hukuk Topluluğunda Özellikle Aile Hukuku Alanına İlişkin Müşterek Çalışmalara Yönelik Görüşler ve İstekler' Çev. Bilge Öztan (2008) (76) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 201-216.

Helvacı M, 'Erkeklik Görevini Yerine Getirmeme Nedeniyle Boşanma' (*Helvacı Hukuk*, 9 Ekim 2021) <https://mehmetalihelvaci.av.tr/erkeklik-gorevini-yerine-getirmeme-nedeniyle-bosanma.html> Erişim Tarihi 6 Ekim 2022.

Helvacı M, 'Kadınlık Görevinin Yerine Getirilmemesi' (*Helvacı Hukuk*, 8 Ekim 2021) <https://mehmetalihelvaci.av.tr/kadinlik-gorevinin-yerine-getirilmemesi.html> Erişim Tarihi 20 Eylül 2022.

Hilt P, *Le couple et la convention européenne des droits de l'homme* (Presses Universitaires d'Aix-Marseille) <https://books.openedition.org/puam/1212> Erişim Tarihi 23 Şubat 2022.

Hird A, 'French woman at fault for refusing sex with husband goes to European Court' (*RFI-Request for Information*, 20 Mart 2021) <https://www.rfi.fr/en/france/20210320-french-woman-at-fault-for-refusing-sex-with-husband-turns-to-european-court> Erişim Tarihi 25 Şubat 2022.

İmamoğlu S H, 'Hukukî Açıdan, Özellikle Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanmasına İlişkin Hükümler Çerçevesinde Zorla Tedavi' (2012) 7(3-4) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 29-59.

İnce N, 'Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velâyet' (2018) 9(34) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 189-229.

İkizler M, *Evlenmenin Hükümsüzlüğü* (Seçkin 2022).

İkizler M, 'Eşlerin Çocuk Sahibi Olma Konusunda Uyuşmazlığa Düşmesi' (2017) (132) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 165-182.

Kamalak M, 'Boşanmaların Adlî Tıp Yönünden Değerlendirilmesi' (Adlî Tıp Uzmanlık Tezi, Necmettin Erbakan Üniversitesi 2017).

Kocakuşak F, 'Antik Roma'da Aile Kurumu' (Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi 2011).

Kerestecioğlu F, 'Medenî Hukukta Kadının Cinsel ve Ekonomik Kimliği: Yargıtay Kararları Eşliğinde bir Değerlendirme' iç H Durudoğan, F Gökşen ve B E Oder (edr) *Türkiye'de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları: Eşitsizlikler, Mücadeleler, Kazanımlar* (Koç Üniversitesi 2014) 231-259.

Keskin D, 'İsviçre Hukuku'nda Tedbir Vekâleti' (2015) 64 (2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 365-403.

Kılıçoğlu A M, *Aile Hukuku* (Turhan 2022).

Kia-Akkaya R, 'Hukukun Kadına Bakışı: Ergin ve Eşit Olamama Hâli' (2009) 13(1-2) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 87-102.

Koçhisarlıoğlu C, 'Aile Hukuku Kavramlarının Farklılığı' (2004) 53(39) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 19-28.

Köprülü B ve Kaneti S, *Aile Hukuku* (Özdem Kardeşler 1986).

Köseoğlu B ve Kocaağa K, *Aile Hukuku ve Uygulaması* (Türkiye Barolar Birliği 2009).

Köteli A, *Evliliğin Hukukî Niteliği ve Evlilik Dışı Beraberlikler* (Kazancı 1991).

Labrusse C, 'Les actions en justice intentées par un époux contre son conjoint (Étude comparative de leur recevabilité et de leur fondement juridique' (1967) 19(2) Revue internationale de droit comparé 431-456.

Lamarche M ve Lemouland J J, *Mariage (40 effets)* (Dalloz 2009).

Le Bihan-Guénolé M, *Droit civil-Droit de la famille* (Hachette 2000).

Leostic L, 'Devoir conjugal: pourquoi la décision de la Cour d'appel de Versailles fait polémique' (*Europe1*, 3 Nisan 2021) <https://www.europe1.fr/societe/pourquoi-la-decision-de-la-cour-dappel-de-versailles-sur-le-devoir-conjugal-fait-polemique-4035996> Erişim Tarihi 25 Şubat 2022.

Leuba A, *La répartition traditionnelle de tâches entre les conjoints, au regard du principe de l'égalité entre homme et femme* (Staempfli 1997).

Marchand V ve Beilin A, 'Faut-il abolir le devoir conjugal? L'évolution du droit à travers l'évolution du droit en matière de devoir conjugal' (*Académie de Versailles*, 2022) <https://dgemc.ac-versailles.fr/IMG/pdf/seq-devoir_conjugal-seq2022.pdf> Erişim Tarihi 11 Ekim 2022.

Mateus C, 'Devoir conjugal: sanctionnée pour avoir refusé de coucher avec son mari, elle saisit la justice européenne' (*Le Parisien*, 18 Mart 2021), <https://www.leparisien.fr/sentinelles/devoir-conjugal-sanctionnee-pour-avoir-refuse-de-coucher-avec-son-mari-elle-en-appelle-a-la-justice-europeenne-18-03-2021-TSJSNBRCVNGLJLGNQGRYNCECGE.php> Erişim Tarihi 21 Ekim 2022.

Mazaurette M, 'Faut-il abolir le devoir conjugal?' (*Le Monde Paris*, 28 Temmuz 2020) <https://www.lemonde.fr/m-perso/article/2020/06/28/faut-il-abolir-le-devoir-conjugal_6044430_4497916.html> Erişim Tarihi 10 Ekim 2022.

Meral Ö O, 'Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medenî Kanunu Kapsamında Sorumsuzluk Anlaşmalarının Geçerliliği' (2017) 19(Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1139-1206.

Michiels R, 'Sanctionnée pour ne pas avoir accompli le devoir conjugal' (*Le Matin*, 18 Mart 2021) <https://www.lematin.ch/story/sanctionnee-pour-ne-pas-avoir-accompli-le-devoir-conjugal-239.865.943761> Erişim Tarihi 22 Ekim 2022.

Narmanlıoğlu Ü, 'Kanunun Anlam Bakımından Uygulanması' iç. *Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan* (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını 2001) 93-118.

Nau J Y, 'Dix mille euros pour ne pas honorer sa femme' (2012) (323) Revue Médicale Suisse (du 11 janvier 2012) 78, 79, <https://www.revmed.ch/view/496472/4097860/RMS_idPAS_D_ISBN_pu2012-01s_sa22_art22.pdf> Erişim Tarihi 17 Ekim 2022.

Musy B L, 'Quels sont les effets d'un manque de rapports sexuels?' (*Tribune de Genève*, 24 Mart 2017) <https://www.tdg.ch/quels-sont-les-effets-dun-manque-de-rapports-sexuels-769.307.409387> Erişim Tarihi 18 Ekim 2022.

Nurhas S ve Nevzat A, 'Kadın Cinsel İşlev Bozukluklarının Adlî Tıbbî Yönden Değerlendirilmesi' (2000) 5(3) Adlî Tıp Bülteni 173-179.

Oğuz H, 'Sorumluluk Hukukunda Kusur' (2016) 28(7) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 273-286.

Oğuzman M K ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-2* (Vedat 2021).

Oğuzman M K ve Dural M, *Aile Hukuku* (Filiz 1998).

Oktay-Özdemir S, 'Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı' (2015) 35(1) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 29-46.

Ormancı-Altınok P, 'Fransız Boşanma Hukuku Revizyonunun Getirdikleri: Türk Boşanma Hukukunda Olası Bir Revizyon İçin Değerlendirmeler' (2022) 71(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1431-1458.

Oruç E S ve Kurt A, 'Erzurum ve Bursa Müftülüklerine 2005-2008 Yıllarında Gelen Sorular Işığında Kadınların Boşanma Talebinin Nedenleri' (2009) 18(2) Uludağ Üniversitesi İlâhiyat Fakültesi Dergisi 299-325.

Oswald D, *L'opposition au divorce-Application er réforme de l'article 142, alinéa 2 du Code Civil Suisse* (Paul Attinger 1977).

Öztürk B, 'Hasta Hakları ve Ötanazi' iç *Prof. Dr. Turhan Tûfan Yüce'ye Armağan* (Dokuz Eylül Üniversitesi 2001) 573-590.

Paolini E, 'Mariage: le devoir conjugal est-il encore une obligation en France?' (*Police Justice*, 30 Mart 2021) <https://www.bfmtv.com/police-justice/mariage-le-devoir-conjugal-est-il-encore-une-obligation-en-france_AV-202.103.300459.html> Erişim Tarihi 11 Ekim 2022.

Parlak T, 'Türk Medenî Kanunu'nun 166'ıncı Maddesinin 2'nci Fıkrasına İlişkin Sorunlar' (2020) (Eylül) İzmir Barosu Dergisi 37-59.

Perisanidi M, 'Was There a Marital Debt in Byzantium?' (2017) 68(3) The Journal of Ecclesiastical History, 510-528.

Peschard C, 'Elle refuse des relations sexuelles avec son mari, la justice la sanctionne' (*Au féminin*, 17 Mart 2021) <https://www.aufeminin.com/news-societe/elle-refuse-des-relations-sexuelles-avec-son-mari-la-justice-la-sanctionne-s4023251.html> Erişim Tarihi 12 Ekim 2022.

Peschke S G, 'Dijital Boşanmaya İlişkin Güncel Düzenlemeler: Farklı Ülke Uygulamaları' (2018) 4(1) KADEM Kadın Araştırmaları Dergisi 121-146.

Pfister-Liechti R, *De l'ancien au nouveau droit du divorce* (Staempfli 1999).

Richard S, 'Le couple, entre faits et droit: la nullité du mariage de René II de Lorraine et Jeanne d'Harcourt' (2016) 123(3-4) Moyen Age 567-626.

Rytz P, 'La Suisse, la France et les relations intimes' (*Tribune de Genève*, 28 Ocak 2018) <https://www.tdg.ch/la-suisse-la-france-et-les-relations-intimes-305.746.121658> Erişim Tarihi 18 Ekim 2022.

Savaş H, 'Tedaviye İkna Olmayan Hastaları Nasıl İkna Ediyoruz? LEAP' (*Psikiyatri ve Psikoterapi Merkezi*, 22 Ocak 2023) <http://haluksavas.com.tr/neleryapiyoruz-tedaviye-ikna-olmayan-hastalari-nasil-ikna-ediyoruz—31.html> Erişim Tarihi 2 Şubat 2023.

Serozan R, 'Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler' (1977) 11(14) İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 93-112.

Serozan R, Başoğlu Başak ve Kapancı Berk, 'Aile Hukukunun Özellikleri, İlkeleri ve Gelişimi' (2016) 15(2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 531-560.

Sert G, 'Türk Hukukunda Bilinci Açık Hastanın Tedaviyi Ret Hakkının Tıp Hukuku ve Etiği Açısından İncelenmesi ve Tıp Etiği' (2012) 7(70) Terazi Hukuk Dergisi 14-21.

Sophie, 'Devoir conjugal: quand le sexe fait sa loi' (*Ethno Tendances*, 4 Ekim 2013) <http://www.ethno-tendances.com/tendances-societe/devoir-conjugual-sexe-fait-loi/> Erişim Tarihi 11 Ekim 2022.

Stehlin A, 'Le mariage: un contrat ou une institution?' (Mémoire de fin de Master 2 Droit Notarial 2017) (*Dumas Hal*, 8 Temmuz 2019) <https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-02176290/document> Erişim Tarihi 13 Ekim 2022.

Şafak-Aydın A, 'Yargıtay Kararları Işığında Türk Aile Hukukunda Kadın Bedeninin Ele Alınışının Feminist Bir Perspektifle İncelenmesi' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2013).

Saymen F, 'Matlablar Kanun mudur?' (1945) 10(3) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 565-578.

Scherrer W, 'Wandlungen in der Auffassung über die rechtlichen Voraussetzungen zum Abschluss einer Ehe' (1944) 11(6-8) Der Schweizer Familienforscher = Le généalogiste suisse 66-83, <https://www.e-periodica.ch/cntmng?pid=fsj-002%3A1944%3A11%3A%3A214> Erişim Tarihi 24 Şubat 2023.

Şener E, 'Medenî Kanun'un Aile ve Nesep Bölümlerinde Çatışan Eğilimler' iç *Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı Cilt II Boşanma Hukuku Haftası* (Ankara Üniversitesi 1977) 219-240.

Şenol-Erçoşkun H K, *Şematik Medenî Hukuk* (Seçkin 2022).

Tatlılıoğlu K ve Demirel N, 'Sosyal Bir Gerçeklik Olarak Boşanma Olgusu: Sosyal Psikolojik Bir Değerlendirme' (2016) 22(4) Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi 59-73.

Tekben T, 'Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Sebebine Dayalı Boşanma Üzerine Bir İnceleme' (2021) (17) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1077-1130.

Tekinay S S, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Filiz 1993).

Tiryaki B, 'Özen Yükümlülükleri ile Sözleşmeden Doğan Koruma Yükümlülüklerinin İspat Yükü Bakımından Karşılaştırılması' (2008) 3(4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 267-279.

Topuz M, 'Yargıtay Kararları Işığında Terk Sebebiyle Boşanma' (2006) (5/2) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 221-248.

Tüzüner Ö, 'Türk ve İslâm Hukuku Bakış Açısından Evlenmenin Hukukî Niteliği Hakkında Bir İnceleme' (2013) (1) Ankara Barosu Dergisi 125-148.

Tüzüner Ö, 'Boşanma ve Boşanmanın Genel Sebepleri' iç Metin İkizler ve Özlem Tüzüner (edr) *Medenî Hukuk-II Aile Hukuku* (Adalet 2023) 148.

Werro F, *Concubinage, mariage et démariage* (Staempfli 2000).

Yaman A, *İslâm Aile Hukuku* (Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı 2008).

Yeğin D, 'Türk Hukukunda Boşanma Sebeplerinin İncelenmesi' (2022) (161) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 225-251.

Yılmaz Ç, 'Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Sebebiyle Boşanmada Tarafların Kusuruna İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi' (2016) (3) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 149-159.