

T.C. MALTEPE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

TÜRK HUKUKUNDA ANLAŞMALI BOŞANMA
(TMK. m.166/f.3)

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Hazırlayan:
Esra Pınar YILMAZ BİLGİN
131102107

Danışman:
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ

İSTANBUL, 2015

T.C. Maltepe Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne,

17.06.2015 tarihinde tezinin savunmasını yapan 13 11 02 107 numaralı Esra Pınar YILMAZ BİLGİN'e ait "*Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma(TMK.m. 166/f.3*" başlıklı çalışma, Jürimiz Tarafından Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programında Yüksek Lisans Tezi Olarak **Oybirliği/Oyçokluğu** ile Kabul Edilmiştir.

H. Hatemi

Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ
(Başkan)(DANIŞMAN)

Y. Doç. Dr. Yıldırım SAK

Yrd.Doç. Dr. Yıldırım SAK
(Üye)

G. Vardar Hamamcıoğlu

Yrd. Doç. Dr. Gülşah VARDAR HAMAMCIOĞLU
(Üye)

ÖZET

Bu çalışma, Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde yüksek lisans tezi olarak hazırlanmıştır. Tez ile araştırılan konu, Türk Medeni Kanunu'nun 166. Maddesinin 3. Fıkrasında düzenlenen anlaşmalı boşanma yoludur. Tezin birinci bölümünde anlaşmalı boşanma yolunun Eski Hukukta görünüm şekli olan hul' ve muhala'a kavramları üzerinde durularak anlaşmalı boşanma imkânının Türk Hukuku'na girişi ile genel bir Avrupa Aile Yapısı incelenmiştir. İkinci bölümde ise anlaşmalı boşanmanın maddi koşulları tetkik edilerek özellikleri ve uygulanma şekilleri üzerinde durulmuştur. Yargı kararları çerçevesinde tartışılan bu hususların yokluğu halinde davanın akıbeti ise ayrıca ele alınmıştır. Son olarak üçüncü bölümde ise anlaşmalı boşanma yolunda düzenlenmesi zorunlu boşanmanın yan sonuç sözleşmesinin hukuki niteliği, kapsamı ile hâkimin müdahalesi ve kullanılma şeklinden bahsedilerek, bu sözleşme kapsamında mehir bahsi ele alınmıştır.

Anahtar Sözcükler: Anlaşmalı boşanma, boşanma, hul, muhala'a, Türk Medeni Kanunu m.166/f.3, boşanmanın yan sonuçları.

ABSTRACT

This study has been prepared as a master thesis in Maltepe University, in the institute of Social Sciences. The subject is the consensual divorce regulated in the subparagraph 3 of Article 166 of Turkish Civil Code. In the first section of the thesis, I have placed emphasis on the Khuland Mukhala concepts that are the former shape of the Early Law of the consensual divorce and examined the introduction of consensual divorce to Turkish Law and overall European Family Structure. In the second section, I have emphasized features and application methods of the consensual divorce by analyzing material conditions. In the frame work of the judicial rulings, the result of the case has been separately examined in the event of absence of aforementioned matters. In conclusion, in the third section, donatio propter nuptias has been addressed in the scope of the ancillary result agreement by referring its legal characteristics, scope and judge interference and way of use of the expressed agreement that is obligatory to execute in the consensual divorce.

Keywords: Consensual divorce, divorce, Khul, Mukhala'a, subparagraph 3 of Article 166 of Turkish Civil Code, ancillary results of divorce.

İÇİNDEKİLER

	Sayfa
TEZ ONAY SAYFASI.....	ii
ÖZET.....	iii
ABSTRACT.....	iv
İÇİNDEKİLER.....	v
KISALTMALAR CETVELİ.....	viii
KAYNAKÇA.....	x
GİRİŞ.....	1

I. BÖLÜM

TÜRK AİLE HUKUKUNA ANLAŞMALI BOŞANMA KAVRAMI'NIN GİRİŞİ

1. 1.Eski Hukuk'ta Hul', Muhala'a Kavramları.....	6
1. 1. 1. Kavram Olarak.....	6
1. 1. 2. Muhala'a ve Hul' un Kullanılma Şekli.....	8
1. 2. Batı Hukuku'nda Anlaşmalı Boşanma Karşıtlığı (20. Yüzyıl İkinci Yarisına Kadar).....	12
1. 3. Yirminci Yüzyılın Son Çeyreğinde Anlaşmalı Boşanma'nın Mevzuata Girişi (Alman Aile Hukuku Reformu).....	18
1. 4. 1988 Medeni Kanun Değişikliği ile Anlaşmalı Boşanma'nın Türk Hukukuna Girişi.....	22
1. 5. Avrupa Aile Hukuku'na Bakış.....	28

II. BÖLÜM

ANLAŞMALI BOŞANMANIN ŞARTLARI

2.1. Genel Olarak.....	35
2. 2. Evliliğin En Az Bir Yıl Sürmüş Olması.....	35
2. 2. 1. Genel Olarak.....	35
2. 2. 2. Hükümün Amacı.....	40
2. 2. 3. Anlaşmalı Boşanma Davasında Anlaşmalı Ayrılığın Yeri.....	42
2. 3. Eşlerin Boşanmak Üzere Birlikte Başvurmaları veya Bir Eşin Açtığı Davayı Diğerinin Kabul Etmesi.....	45
2. 3. 1. Genel Olarak.....	45
2. 3. 2. Eşlerin Mahkemeye Birlikte Başvurması.....	46
2. 3. 3. Bir Eşin Açtığı Davanın Diğer Eş Tarafından Kabulü.....	49
2. 3. 3. 1. Kabul Beyanı.....	49
2. 3. 3. 2. Kabul Beyanından Dönme.....	55
2. 4. Hakimin Tarafları Bizzat Dinlemesi.....	57
2. 5. Hakim Tarafından Boşanmanın Mali Sonuçları ile Çocukların Durumu Hususunda Tarafların Yapmış Oldukları Anlaşmanın Uygun Bulunması.....	63
2. 5. 1. Genel Olarak.....	63
2. 5. 2. Anlaşmanın Konusu.....	65

III. BÖLÜM
ANLAŞMALI BOŞANMADA YAN SONUÇ SÖZLEŞMELERİ

3. 1. Özelliğinin Belirtilmesi.....	71
3. 2. Hakimin Onayına Kadar ve Onayından Sonra Sözleşmenin Durumu.....	77
3. 2. 1. Onay Öncesinde.....	77
3. 2. 2. Onay Sonrasında.....	80
3. 3. Hakimin Onaydan Önce Sözleşmeye Müdahalesi.....	81
3. 4. Hakimin Onayından Sonra Sözleşmenin İptali, Sözleşmeden Dönme, Fesih ve Uyarılama Sorunları.....	87
3. 5. Mehir Kavramı ve Yan Sonuç Sözleşmesi Kapsamına Girip Giremeyeceği Meselesi.....	95
3. 5. 1. Kavram Olarak.....	95
3. 5. 2. Mehir Borçlanması ve Yan Sonuç Sözleşmesi Kapsamına Girip Girmeyeceği Meselesi.....	96
SONUÇ.....	98
ÖZGEÇMİŞ.....	102

KISALTMALAR CETVELİ

AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BK.	: 22.04.1926 tarih ve 818 Sayılı Borçlar Kanunu
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
CEFL.	: Commission on European Family Law
Çev.	: Çeviri
dn.	: dipnot
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
f.	: fıkra
HAD.	: Hukuki Araştırmalar Dergisi
HAK.	: Hukuk-u Aile Kararnamesi
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
HMK.	: 04.02.2011 tarih ve 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK.	: 18.06.1927 tarih ve 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD.	: İstanbul Barosu Dergisi
K.	: Karar
m.	: madde
EMK.	: 3444 Sayılı Medeni Kanun
MERNİS.	: Merkezi Nüfus İdare Sistemi

MÜHF.	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
s.	: sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBK.	: 11.01.2011 tarih ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TBMM.	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TDV.	: Türkiye Diyanet Vakfı
TMK.	: 24607 Sayılı Türk Medeni Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
vs.	: ve saire
y.y.	: yüzyıl
YİBK.	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YKD.	: Yargıtay Kararları Dergisi

KAYNAKÇA

A

Acar, F. (2012). Aile Konutu, Mal Rejimleri, Eşin Yasal Miras Payı, 3.Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara.

Akgündüz, A. (2012). İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı Özel Hukuk-1(Şahsın Hukuku-Aile Hukuku). C.2, İstanbul.

Akıntürk, T. Şart ve Mükellefiyet Kavramları, AÜHFD., C.27, Ankara.

Akıntürk, T.(1975). Aile Hukuku. 2. Bası. Ankara.

Akıntürk, T.& Ateş Karaman, D.(2014). Aile Hukuku. Ankara.

Akyılmaz, Gül (2000). İslam ve Osmanlı Hukukunda Kadının Statüsü. Konya.

Arsebük, E. (1940). Medeni Hukuk II, Aile Hukuku. Ankara.

Aydın, M. A. (1985). İslam-Osmanlı Aile Hukuku. İstanbul.

Ayiter, N. (1977). MK Hükümlerine Göre Boşanmanın Genel Sebebi İmtizaçsızlık ve Yargıtay Uygulaması, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı. Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları. Ankara: Sevinç Matbaası.

B

Bardakoğlu, A. (1958). TDV İslam Ansiklopedisi. "Hidane". C.17, İstanbul.

Belgesay, M. R. (1952). Türk Kanunu Medenisi Şerhi, Aile Hukuku. C.II, İstanbul.

Bilge, N.(1951). Eşler Arasında veya Koca Menfaatine Karı ile Üçüncü Kişiler Arasında Yapılan Hukuki Muamelelerin Yargıç Tarafından Tasvibi, AÜHFD. C.VIII, S.1-2.

Bilge, Ö. (2006). Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velayet Sorunu, Prof. Dr. Tuğrul Ansay Armağanı. Ankara.

Bilmen, Ö. N. Büyük İslam İlmihali (Sadeleştiren: Yavuz, A.F.). İstanbul.

Bilmen, Ö.N. (1950). Hukuk-ı İslamiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu. C.2, İstanbul.

Boele, K., Woelki, Ferrand, F., Beilfuss, C.G., Jareborg, M.J. & Lowe, N. ve ark.(2004). Principles Of European Family Law Regarding Divorce And Maintenance Between Former Spouses. Anwerp-Oxford.

Bozkurt, M.E.(Adalet Bakanı). Hukuki Bilgiler Mecmuası, No.5.477, İstanbul.

Bulut, H.(2007). Velayet ve Nafaka Davaları. İstanbul.

Burcuoğlu, H.(1982-1983).“Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası. C.48-49 İstanbul.

C

Cin, H. (1988). Eski Hukukumuzda Boşanma. Konya.

D

Dalamanlı, L., Kazancı, F.& Kazancı, M.(1991). Türk Medeni Kanunu. İstanbul.

Demir, N.(1994). Boşanmanın Fer'i Sonuçlarına İlişkin Sözleşmeler (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi). İstanbul.

Dural, M.(2004).“Federal Almanya'nın (Tescil Edilmiş Hayat Ortaklıklarına İlişkin Kanun) Temel Alınarak Eşcinsellerin Birlikte Yaşamalarının Açıklanmasına İlişkin Bir Deneme”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu'na Armağan. Ankara.

E

Egger A. (Tahir Çağa) (1943). Aile Hukuku. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul: Kenan Matbaası.

Elçin Grassinger, G.(1997). “Boşanma Davasında Eşlerin Boşanmanın Tali Sonuçlarına İlişkin Konularda Anlaşma Yapmaları ve Konu İle İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararı”, İHFM, Prof. Dr. Türkan Rado'ya Armağan. C. LV, S.3, İstanbul.

Esener, T. (1951). Boşanmanın Fer'i Neticelerine Dair Mukaveleler, AÜHFD. C.VIII, S.3-4.

F

Feyzioğlu, Feyzi N. / Özakman, Cumhur H. / Sarial, Enis M. (1986). Aile Hukuku, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul.

G

Gençcan, Ö. U. (2013). Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku. Ankara.

Goody, J. (Arısoy, S.). (2004). Avrupa'da Aile. İstanbul: Çevik Matbaacılık.

Gürsoy, K. T. (1977). "Eşlerin Anlaşması Suretiyle Boşanma", Boşanma Hukuku Haftası, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı. C.II, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları. Ankara: Sevinç Matbaası.

H

Hatemi, H. & Kalkan Oğuztürk, B. (2014). Aile Hukuku. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Hatemi, H. (2005). Aile Hukuku I (Evlilik Hukuku). İstanbul.

Hatemi, H. (2013). İlahi Hikmet'te Kadın. İstanbul: Milenyum Yayınları.

Hatemi, H. (2012). İslam Hukuku Dersleri. İstanbul: Sümer Kitapevi.

Hatemi, H. & Gökyayla, E. (2015). Borçlar Hukuku (Genel Bölüm). 3. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Hatemi, H. & Serozan, R. (1993). Aile Hukuku. İstanbul.

İ

İbn Rüşd, Bidâyetü'l-Müçtehid ve Nihayeti'l-Muktesid, (tahk. Abdülmecid Tu'me Halebi). (1997). Beyrut, C. 3.

İmamoğlu, S. H.(2005). "Yeni Medeni Kanundaki Düzenleme ve Velâyete Hakim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi", AÜHFD. C.54 S. 1.

K

Kılıçoğlu, A.(2002). Türk Medeni Kanununda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı. Ankara, Turhan Kitapevi (Kılıçoğlu).

Kılıçoğlu, A. (2012) Mal Rejimleri, Eşin Yasal Miras Payı, 3.Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, (Kılıçoğlu, Mal Rejimi).

Kılıçoğlu, A. (2002), Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, 2. Bası, Ankara, (Kılıçoğlu, Edinilmiş Mallar).

Kırbaş, Ö. (1994). Türk Hukukunda Eşlerin Anlaşmasına Dayanan Boşanma. (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul.

Kırkbeşoğlu, N. (2011). Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Kocayusufpaşaoğlu, N.(1990). “Medeni Kanununun 3444 Sayılı Kanunla Değiştirilmiş 134. Maddesinin 3. Ve 4. Fıkraları Çerçevesinde Açılan Boşanma Davalarında Hakim Ayrılığa Hükmedebilir mi?”, Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu’na Armağan. İstanbul: Bayrak Matbaacılık.

Koçhisarlıoğlu, C.(2004). Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması. Ankara. Köprülü, B. & Kaneti, S.(1985/1986). Aile Hukuku. İstanbul: Özdem Kardeşler Matbaası.

Kuru, B. & Arslan, R. & Yılmaz, E. (2013). Medeni Usul Hukuku, Ankara: Yetkin Yayınları.

Kuru B. & Budak A. C. (2011-Mayıs)., Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdiği Başlıca Yenilikler, İstanbul Barosu Dergisi. C.85, S.2011/5.

M

Martiny, D. (2004). “Is Unification of Family Law Feasible or Even Desirable?”, Towards a European Civil Code. Ars Aequi Libri. Nijmegen.

Milaslı, G.F.(1936). Hukuki Bilgiler Mecmuası. No.4.920, 4.951, 5.018, 5.113, 5.368, 5.438. İstanbul.

Mogat, R. (1972). I. Türk Hukuk Kongresine Sunulan Tebliğ. Yeni Boşanma Sebepleri.

O

Odendahl, H.(2008). Boşanma ve Boşanmada Kusur Meselesi Üzerine Düşünceler. Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan. Ankara.

Oğuzman, K. & Barlas, N. (2002). Medeni Hukuk, Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar. 9. Bası, İstanbul.

Oğuzman, M. K.& Öz, M. T. (2013). Borçlar Hukuku Genel Hükümler. C.I, İstanbul.

Oğuzman, K.(1987). Borçlar Hukuku Dersleri. C.I, 4. Bası, İstanbul.

Oğuzoğlu, H. C.(1963). Medeni Hukuk-Şahsın Hukuku-Aile Hukuku. Ankara.

Ö

Özdemir, N. (2003). Türk-İsviçre Hukukunda Boşanma. 1. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi.

Öztañ, B. (1990). “3444 Sayılı Kanunla Getirilen Değişiklikten Sonra Medeni Kanun’un 134. Maddesi”, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara. (Öztañ, Armağan)

Öztañ, Bilge; “Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velayet Sorunu”, Prof. Dr. Tuğrul Ansay Armağanı. Ankara, 2006, s. 259-260 (Velayet).

Öztañ, B.(2004). Aile Hukuku. Ankara (Öztañ).

Öztürk, A. (2015). Aile Hukukunda Ayrılık, Seçkin Yayınevi, İstanbul.

Özuğur A. İ. (2008). Mal Rejimleri, 5. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara.

P

Postacıoğlu, İ. (1976). Medeni Usul Hukuku Dersleri.6. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası.

R

Ruhi, A.C.(2004).Türk Hukukunda Boşanma, Boşanmanın Sonuçları. Ankara.

Serozan R. (1991). Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu Değişikliklerinin Özellikle Yabancı Para Borçlarına ve Bunların Teminat Altına Alınmalarına İlişkin Değişikliklerin Eleştirilmesi, İBD, , C.LXV, S.1-2-3.

S

Saymen, F. H. & Elbir, H. K. (1940). Türk Medeni Kanunu, Aile Hukuku. C.III, 2. Bası, İstanbul.

Schacht, J.(1970) İslam Ansiklopedisi, “Talak”. C.11. İstanbul.

Schwarz, A. (Davran, B.). (1946). Aile Hukuku. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası.

Serdar, İ. “Birlikte Velayet”, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, <http://webb.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz10-1/5ilknurserdar.pdf>, E.T. 21.01.2015.

Serozan, R.(1991). “Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu Değişikliklerinin Özellikle Yabancı Para Borçlarına ve Bunların Teminat Altına Alınmalarına İlişkin Değişikliklerin Eleştirilmesi”, İBD, C.LXV, S.1-2-3, s.199

Serozan, R.(2008). Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler, Prof. Dr. Bilge Öztan Armağanı. Ankara.

Sirmen, L. (1992). Türk Özel Hukukunda Şart. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara.

Ş

Şener, E. (1977). “Aile ve Nesep Bölümünde Çatışan Eğilimler”, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı. Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları. Ankara: Sevinç Matbaası.

Şener, E.(2000). Tüm Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları. Ankara.

Şıpka, Ş. (2008). “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde, Tasfiyeyi ve Katılma Alacağını Talep Hakkına İlişkin Zamanaşımı Süreleri”, Bilge Öztan’a Armağan, Ankara.

T

Tekinay, S. S. (1990). Türk Aile Hukuku.7. Bası, İstanbul.

Tekinay, S.S. & Akman,S. & Burcuoğlu, H. & Altop, A.(1993) Borçlar Hukuku, Genel Hükümler. 7. Bası, İstanbul.

Tutumlu, M. A. (2009). Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku. Cilt I-II, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi.

Türcan, T. (2012). İslam Hukuku El Kitabı. (Aile Hukuku-Saffet Köse). Ankara.

Türk Medeni Kanunu Öntasarısı. (1971)

Türk Medeni Kanunu Öntasarısı. (1984)

Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Dönem 18, Yasama Yılı 1, S.25

Ü

Üçok, C., Mumcu, A. & Bozkurt, G. (2011). Türk Hukuk Tarihi. Ankara: Turhan Kitapevi.

Üstündağ, S. (2000). Medeni Yargılama Hukuku. İstanbul.

V

Velidedeoğlu, H. V.(1969). Medeni Hukuk. İstanbul: Gün Matbaası.

W

Walter, P. (2003). “Europeanisation of Family Law”, in Boele-Woelki, K., Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe, Antwerpen, Oxford. New York.

Y

Yargıtay Kararları Dergisi, (Temmuz- 1991), C.17, S.7.

Yargıtay Kararları Dergisi, (Eylül-2009), C.25, S.9.

Yargıtay Kararları Dergisi, (Eylül-1990), C.16, S.9.

Yargıtay Kararları Dergisi, (Şubat-1990),C.16, S.2.

Yargıtay Kararları Dergisi, (Temmuz-1991), C.17, S.7.

Yalçınkaya, N. & Kaleli, Ş. (1988). Yeni Boşanma Hukuku. Cilt I. Ankara; Türk Hava Kurumu Basımevi.

Yavuz, C. (2014), Türk Medeni Hukuku ve Türk Borçlar Hukuku Mevzuatı. İstanbul.

Yılmaz, C. “Avrupa Birliğinde Aile Hukuku’nun Uyumlaştırılması”. MÜHF-HAD, C.14.

Z

Zevkliler A. & Acabey B. & Gökyayla. E. (2000). Medeni Hukuk. Ankara.

Zuhayli, V.(1994). İslam Fıkhı Ansiklopedisi (Çev: Eryarsoy, B., Ulus, H.F., Ural, A., Yavuz, Y. V. & Yıldız, N.). İstanbul.

Web Siteleri

<http://legalbank.net/belge/y-2-hd-e-1992-13460-k-1993-664-t-01-02-1993-ana-bakim-ve-sefkatine-muhtac-cocuk/403515>, E.T. 05.05.2015.

<http://legalbank.net/belge/y-2-hd-e-1995-8706-k-1995-9558-t-28-09-1995-hakimin-bosanma-protokolune-uygun-hukum-kurmasi/403678>, E.T. 05.05.2015.

<http://legalbank.net/belge/y-2-hd-e-2002-1084-k-2002-3167-t-08-03-2002-anlasmali-bosanma/106708>,E.T. 15.05.2015.

<http://legalbank.net/belge/y-2-hd-e-2003-309-k-2003-1676-t-05-02-2003-velayetin-kaldirilmesi-davasi/106920>, E.T. 19.05.2015.

<http://legalbank.net/belge/y-2-hd-e-2004-3807-k-2004-4741-t-14-04-2004-bosanma-davasi/198284>, E.T. 05.05.2015.

<http://legalbank.net/belge/y-2-hd-e-2004-9760-k-2004-11194-t-04-10-2004-anlasmali-bosanma/107974>, E.T. 05.05.2015.

<http://legalbank.net/belge/y-2-hd-e-2005-16313-k-2006-545-t-30-01-2006-bosanma-davasinda-gecici-onlemler/425534>, E.T. 23.05.2015.

<http://legalbank.net/belge/y-2-hd-e-2007-17160-k-2007-6186-t-12-04-2007-velayet-hakkini-engelleyecek-nitelikte-sahsi-iliski/403399>, E.T. 02.12.2014.

<http://legalbank.net/belge/y-2-hd-e-2007-17160-k-2007-6186-t-12-04-2007-velayet-hakkini-engelleyecek-nitelikte-sahsi-iliski/403399>, E.T. 05.05.2015.

<http://legalbank.net/belge/y-2-hd-e-2010-14396-k-2011-15561-t-12-10-2011/1230734>, E.T. 23.05.2015.

<http://legalbank.net/belge/y-2-hd-e-2010-15325-k-2011-11034-t-21-06-2011/1171772>, E.T. 23.05.2015.

<http://legalbank.net/belge/y-2-hd-e-2014-12403-k-2014-19006-t-01-10-2014-velayet-davasi/1439840>, E.T. 24.05.2015.

<http://legalbank.net/belge/y-2-hd-e-2014-18770-k-2015-3240-t-02-03-2015-anlasmali-bosanma-davasi/1454796>, E.T. 19.05.2015.

<http://legalbank.net/belge/y-2-hd-e-2014-18777-k-2015-3245-t-02-03-2015-anlasmali-bosanma-davasi/1454367>, E.T. 19.05.2015.

<http://legalbank.net/belge/y-2-hd-e-2014-20325-k-2015-4097-t-10-03-2015-anlasmali-bosanma-davasi/1455656>, E.T. 19.05.2015.

<http://legalbank.net/belge/y-ibgk-e-1986-5-k-1988-1-t-22-01-1988-bosanma/174529>, E.T. 23.05.2015.

<http://webb.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz10-1/5ilknurserdar.pdf>, E.T. 21.01.2015.

<http://www.islamansiklopedisi.info/dia/pdf/c28/c280225.pdf>, E.T. 22.05.2015.

<http://www.law.kuleuven.be/fvr/Introduction>, E.T. 15.01.2014.

GİRİŞ

Eski Hukuk'ta hul' ve muhala'a yolu ile yerini alan anlaşmalı boşanma Türk Hukuku'na 3444 Sayılı Eski Medeni Kanun'un 134. maddesinin III. Fıkrası ile girmiştir. Daha sonra değişiklikle 22.11.2001 Kabul tarihli 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 166. Maddesinin III. Fıkrası ile aynen benimsenerek; ve fakat kanun dili sadeleştirilerek bugünkü görünümüne kavuşmuştur.

Aile Hukuku'nun en önemli kısmını oluşturan boşanma, dini etkenler, karakteristik özellikler ve insan ilişkilerinin canlılığı hasebiyle her dönem canlı kalmış ve gelişen ve değişen düzen ve kültür içerisinde ise her daim değişikliklere ve düzenlemelere muhtaç olmuştur. Öyle ki, Eski Hukuk'ta Hul' ve Muhala'a yolu ile erkekte bulunan talak yetkisi kadına verilerek eşlerin anlaşma sureti ile boşanmaları sağlanmıştır. Türk Medeni Kanunu'nun 1988 yılında gerçekleştirebildiği anlaşmalı boşanma aslında Eski Hukuk'ta İslamiyet'in doğuşu ile var olmuştur.

Özellikle Batılı ülkelerde Türk Hukuku'ndan daha evvel uygulanmaya başlanmış olan anlaşmalı boşanma çağdaş hukuk sistemlerinde Boşanma Hukuku anlamında gerçekleştirilen en köklü ve uygun düzenleme olarak anılmıştır. Gerçekten de Fransa'da dönem dönem ve özellikle 1816 yılından 1884 yılına kadar ki uzun süreç içerisinde boşanma yasağının uygulanışı ülkede yasa dışı birliktelikleri ve kargaşayı da beraberinde getirmiş oldu. 11 Temmuz 1975 tarihli Boşanma Reformu Kanunu ile devrim niteliği arz eden boşanma hükümlerine ilaveten anlaşmalı boşanma imkanının tanınması gerek Batı Hukuku'nda gerekse Türk Hukuku'nda önemli değişikliklere zemin hazırlamış oldu¹.

¹ Feyzi N. Feyzioğlu/ Cumhur H. Özakman/ Enis M. Sarial, Aile Hukuku, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1986.

İsviçre Hukuku'nda ise 1898 tarihinde İsviçre Anayasa'sının kabul edilmesinden sonra gerçekleştirilen Medeni Kanun değişikliği ile 1 Ocak 1912 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Medeni Kanunu çağdaş, kültürel, modern ve demokratik yönü ile dönem içerisinde önemli bir kanunlaşma hareketi olarak ortaya çıkmıştır. Her ne kadar bu yasa da anlaşmalı boşanma yolu kabul edilmemiş ise de evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı hallerde açılan boşanma davalarında ise evliliğin devamının eşlerden beklenemediği hallerde artık boşanma sonucu kaçınılmaz olarak uygulanıyordu².

Alman Hukuku'nda ise ülke içerisindeki siyasi karışıklık ve bölünme önemi yadsınamaz bir biçimde Aile Hukuku'na yansımış oldu. Öyle ki, aynı dönemlerde 1794 tarihli Prusya Kanunu ile 1811 tarihli Avusturya Umumi Medeni Kanunu birlikte uygulanmak zorunda kaldı. Gerçekten de bir tarafta boşanmanın ferdiyetçi görünümünün ortaya konulduğu 1794 tarihli Kanun ile şartların varlığı halinde tek taraflı beyanla dahi evlilik son bulabilir iken diğer yanda Katolik Kilise Hukuku'nun hakimiyeti altında boşanma yasağının egemen olduğu 1811 tarihli Kanun farklı bölgelerde dahi olsa aynı ülkede uygulanmak zorunda kalmıştır. 20. yy.'ın son çeyreğine değin oldukça fazla değişiklik gösteren Alman Boşanma Hukukunda anlaşmalı boşanma yolu, boşanma sebeplerinin tek bir maddeye -evlilik birliğinin köklü sarsılması- indirildiği 1 Temmuz 1977 tarihinde yürürlüğe giren "Evlilik ve Aile Hukuku Reformu Hakkında Birinci Kanun" ile girmiş ve Türk Hukuku'nun anlaşmalı boşanmaya ilişkin düzenlemesinin temellerini atmıştır³.

² Kemal Tahir Gürsoy, Eşlerin Anlaşması Suretiyle Boşanma, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı(1925-1975), C.II, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977(s.126-164), s. 143.

³ Andreas Schwarz (Bülent Davran), Aile Hukuku I, 2. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1946, s.134-135.

Anlaşmalı boşanma yolunun gerekliliğine ilişkin ilk görüş ve düşünceler Av. Gad Franko Milaslı tarafından ileri sürülmüştür⁴. Öyle ki, dönem içi toplum yaşantısına bakıldığında imam nikahlı birlikteliklerin sayısı yadsınamayacak derecede fazla idi. Bu sebeple dünyaya gelen nesebi sahih çocukları korumak amacıyla ise Türkiye Büyük Millet Meclisi sürekli yasa çıkarmak zorunda kalıyordu. Hal böyle olunca da boşanmanın taraf iradelerine bağlanarak daha kolay, daha kısa sürede gerçekleşmesinin sağlanması zorunlu olmuştu. Bu kapsamda 1937 yılında halkın görüşü alınmış ve çoğunluk tarafından anlaşmalı boşanma imkanına olumlu oy kullanılması bu konunun gündemde daha fazla tartışılmasına sebep olmuştur. Uzun yıllar ve dönemler içerisinde anlaşmalı boşanmanın gerekliliği hususu farklı görüşlerin oluşmasına ve sıklıkla tartışılmasına rağmen ciddi anlamda 23-25 Nisan 1972 tarihinde TBMM tarafından düzenlenen I. Hukuk Kongresi'nde ele alınmış; fakat çok az bir farkla reddedilmiştir⁵.

Uzun dönemler içerisinde çeşitli değişiklik ve aşamalar geçiren anlaşmalı boşanma yolu bu defa 1984 tarihli Ön tasarı ve 1985 tarihli Tasarı'da gündeme gelmiştir. "Evlilik birliğinin temelinden sarsılması" kenar başlıklı m.130/f.3 "Evlilik en az bir yıl sürmüştü, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu halde boşanma kararı verilebilmesi için, hakimin bizzat tarafları dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır." Hükmü ile düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm aynen fakat m.134/f.3 hükmü ile Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde 04.05.1988 tarihinde kabul edilerek 12.05.1988 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak Türk Boşanma Hukuku'na girmiştir.

Daha sonra yapılan değişiklik ile 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 166. maddesinin 3. fıkrası ile düzenlenen anlaşmalı

⁴ Gad Franko Milaslı, Hukuki Bilgiler Mecmuası, No.4.920, 4.951, 5.018, 5.113, 5.368, 5.438, İstanbul, 1936; Yayınların her birinde, "Boşanmanın Genişlenmesi" başlığı ile Milaslı tarafından bir zincir halinde yer verilmiştir.

⁵ Gürsoy, s.154.

boşanma herhangi bir değişiklik getirmemiş; sadece dilde sadeleştirmeye gidilmiştir. Buna göre, anlaşmalı boşanma yoluna gidebilmek için evvela evliliğin en az 1 yıl sürmüş olması, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşi açtığı davanın diğer eş tarafından kabul edilmesi gerekmektedir. Bu hususta anlaşmalı boşanma davası özel bir nitelik arz eder ve TMK. m.184/f.3 hükmünün istisnası olarak madde hükmünün uygulanabilirliğini ortadan kaldırır. Bunun akabinde ise mahkeme hakiminin tarafları bizzat dinleyerek açıklanan iradenin özgürce oluştuğuna kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların velayeti hususunda taraflarca düzenlenen anlaşmayı uygun bulması şarttır.

Boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin düzenlenen anlaşma üzerinde tarafların ve çocukların menfaatine uygun şekilde müdahale yetkisi bulunan hakimın önerdiği değişikliklerin taraflarca kabul edilmesi gerekmektedir. Söz konusu bu maddi koşullar sağlanamadığı takdirde TMK. m.166/f.3 hükmü temelli anlaşmalı boşanma sonucuna gidilebilmesi mümkün değildir.

Görüldüğü üzere anlaşmanın konusu boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu olarak kanunda zikredilmiştir. Bu kapsamda anlaşma ile istenebilecek mali hususlar, maddi ve manevi tazminat ile yoksulluk nafakasıdır. Çocuklara ilişkin düzenlenecek konular ise başta velayet olmak üzere kişisel ilişki ve iştirak nafakasıdır. Bu hususta ayrıca kanunun asgari bir düzenleme içerdiğini kanunun elverdiği hususlarında anlaşma konusu yapılabileceği savunulmaktadır.

Bu kapsamda anlaşmaya hakimın müdahalesinin hangi hususlarda olacağı ve müdahalenin şekli hususu önem arz etmektedir. Hakim yasanın açık hükmü karşısında müdahalesini gerçekleştirirken bu müdahale yetkisini çocukların ve tarafların menfaatine uygun şekilde kullanacaktır. Menfaat kapsamına ise maddi ve manevi unsurlar ile ahlaki ve fiziki gelişim ile ruhsal ve bedensel tatmin girmektedir. Hakime verilen müdahale yetkisine ilişkin takdir hakkı oldukça geniştir. Bu hususta hakim önüne gelen her somut olayın özelliğini göz önüne alarak gerekli inceleme ve araştırmayı yapacaktır.

Son olarak ayrıca boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin taraflarca düzenlenen ve düzenlenmesi zorunlu olan anlaşmanın hukuki niteliği de tartışılmıştır. Öyle ki, sözleşmenin niteliğinin tayini sonuçlarına ve kurulması ile onay süreci içerisindeki akıbetine ilişkin hususlarda önem arz etmektedir.

Önemine binaen boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin düzenlenen anlaşma kapsamında mehrin ayrıca istenip istenemeyeceği tartışılması gerekmektedir. Zira anlaşmalı boşanma kapsamında özellikle kadını korumak gayesi ile düzenlenmesi zorunlu kabul edilen boşanmanın yan sonuçları sözleşmesi ile amaçlanan ile İslam Hukuku'nda kadın eş yararına tayin edilen mehirden beklenen yarar arasında ciddi suretle benzerlik mevcuttur. Bugün uygulamada mehrin istenebilir olmadığı gözlemlense de hukuki niteliği gereği "bağışlama" olarak adlandırılan mehir İslam Hukuku'nda boşanma halinde zora düşmesinin önlenmesi maksadı ile kadın yararına düzenlenmiş bir kurum olması hasebiyle TMK. m.166/f.3 hükmüne paralellik arz etmektedir. Bu sebeple göz ardı edilmesi mümkün görülmemektedir.

I. BÖLÜM

TÜRK AİLE HUKUKU'NA ANLAŞMALI BOŞANMA KAVRAMI'NIN GİRİŞİ

1. 1. Eski Hukuk'ta Hul', Muhala'a Kavramları

1. 1. 1. Kavram Olarak

Hul' sözlükte elbiseyi bedenden veya ayakkabıyı, çorabı ayaktan çekip çıkarma, bedeni soyup elbiseyi çekip almak manasında "çıkarmak ve giydirmek"; örf anlamı olarak ise "evliliği ortadan kaldırmak" anlamına gelmektedir⁶. İslam Hukukundaki kendine özgü anlamına göre ise muhala'a veya hul' kadının kocasına vereceği bir bedel karşılığı mevcut evlilikten kurtulmasına, evliliğin anlaşmalı olarak sona erdirilmesine imkan sağlayan bir yoldur⁷. Bir başka ifade ile hul' veya muhala'a kadının belli bir bedel karşılığı talakı kocasından satın alması olarak da tanımlanmaktadır⁸. Dolayısı ile evlenmekle evlilik elbisesini giyen kadın ve erkek boşanmakla/ muhala'a ile anlaşarak bu elbiseyi çekip çıkarmaktadırlar. Bu yönü ile Boşanma Hukuku'nda yerini alan anlaşmalı boşanma İslam Hukuku'nda yerini hul' ve muhala'a ile almıştır.

Fıkhi mezheplerde hul' ve muhala'a'nın tanımı ise her mezhepçe ayrı bir tanım ile yerini bulmuştur. Hanefi hukukçulara göre, hul' ve buna benzer anlamlarıyla kadının kabul etmesi şartıyla nikah akdinin kaldırılmasıdır. Hul'u da

⁶ Vehbi Zuhayli, İslam Fıkhı Ansiklopedisi (Çev: Beşir Eryarsoy, H. Fehmi Ulus, Abdurrahim Ural, Yunus Vehbi Yavuz, Nurettin Yıldız), C.9, İstanbul, 1994, s.379.

⁷ M. Akif Aydın, İslam-Osmanlı Aile Hukuku, İstanbul, 1985, s.42; Ahmet Akgündüz, İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı Özel Hukuk-1(Şahsın Hukuku-Aile Hukuku), C.2, İstanbul, 2012, s.267.

⁸ J.Schacht, "Talak", İslam Ansiklopedisi, C.11, İstanbul, 1970, s.688.

geçerli olan üç talak'a⁹ niyet etmektir. Ancak koca karısı ile muhala'a da bulunur ve talak'a niyet eder ve sayıca bir niyette bulunmazsa bu durumda bir talak olarak kabul görür. Bu suretle boşanan kadın artık ilk kocasına haram kılınmıştır, bir daha birleşemezler. Ancak İslam Hukuku kocaya boşanmadan sonra iddet müddeti içerisinde pişman olup evliliğini yeniden kurmak isterse yeni bir nikaha ve mehire gerek kalmaksızın doğrudan doğruya evlilik birliğine devam edebilme imkanı vermiştir¹⁰. Ancak bu hak sadece iki defa boşanma ile sınırlıdır. Dolayısı ile üç defa boşanmış bir kadın ancak başka bir erkek ile gerçek ve geçerli bir evlilik yapar ve bu evlilik boşanma ya da ölüm ile son bulursa bu durumda kadın eski ilk kocası ile tekrar evlenebilir¹¹. Boşanma sebepleri kocadan kaynaklı ise bu durumda muhala'a için bir ivaz alınması caiz görülmemektedir. Boşanma sebeplerinin kadından kaynaklandığı durumlarda ise muhala'a için mehirden fazlasını alması mekruhtur. Ancak bu duruma kazai olarak cevaz verilmiştir.

Maliki hukukçulara göre muhala'a ve hul', belli bir bedel karşılığı şer'an boşanmadır. Hul' sarih olarak açıkça yapılabileceği gibi mecazi anlamda kinaye ile de yapılabilir. Bu teklif kadın eşten gelebileceği gibi velisi yahut başkası tarafından da gelebilir.

Hanbeli hukukçulara göre, kocanın karısından yada karısının velisinden yahut bir başkasından alacağı belli bir bedel karşılığı karısından ayrılmasıdır. Kocanın verdiğiinden fazla bir talepte bulunmaması uygundur. Bu mezhebe göre, kadının kocasının ahlaki, fiziki, dini noksanlığı ile yaşlılığı sebebi ile ileride kocasına kusur edebileceği düşüncesi ile hakkı yerine getirmekten endişe arz ettiği durumlarda muhala'a ile boşanması caizdir.

⁹ Talak yetkisi İslam Hukukunda kocaya tek taraflı boşanma yetkisi ile evliliği sona erdiren ve ilk planda kocaya ait olan bir haktır. Akgündüz, s.267.

¹⁰ Coşkun Üçok/Ahmet Mumcu/Gülnehal Bozkurt, Türk Hukuk Tarihi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s.119; Daha fazla ayrıntı için bkz. Talip Türcan, İslam Hukuku El Kitabı (Aile Hukuku-Saffet Köse), Ankara, 2012, s.495-497.

¹¹ Üçok/Mumcu/Bozkurt, s.119.

Şafi hukukçulara göre ise, belli bir bedel karşılığı eşlerin birbirlerinden ayrılmasıdır¹². Bu durumda kocanın karısına “şu kadar mal vermen şartı ile seni hul’ yaptım veya boşadım” demesinden sonra kadının bunu kabul etmesi gerekir. Hul’ işlemi muhala’a, mübaree, hulu, ihtila sözcükleri ile karşılığını bulup gerçekleştirilebileceği gibi bey’ veya şira sözcükleri ile de karşılığını bulup gerçekleştirilebilir¹³.

Caferi’lere göre muhala’a ancak eşler arasında huzursuzluğun vaki olduğu hallerde gerçekleşen bir yoldur. Dolayısı ile eşler arasında herhangi bir problem yok iken boşanma yoluna gidilmesine cevaz verilmemiştir. Muhala’a’nın talak ifadesi kullanılmaksızın sadece hul’ ifadeleri ile gerçekleşmesinde geçerli olup olmayacağı tartışma konusu olmuştur. Bu anlamda talak ifadeleri ile gerçekleşen muhala’a da talak-ı bayin (dönüşü ancak nikahla gerçekleşen) hükümlerinin, hul’ ifadeleri ile gerçekleşen boşanmada ise fesih hükümlerinin geçerli olacağı kabul edilmiştir¹⁴.

1. 1. 2. Muhala’a ve Hul’ un Kullanılma Şekli

İslam hukukçuları ve alimleri hul’ un yapılmasında karı-koca arasındaki huzursuzluğun ve geçimsizliğin birbirlerinin günahına girmelerinin önlenmesi sebebi ile herhangi bir sakınca görmemektedirler. Zira eşler arasındaki geçimsizlik, huzursuzluk ve uyuşmazlıklar sebebiyle toplumlar evvelden beri buna ihtiyaç duymuşlardır. Aynı şekilde kocadaki bedeni ve zihni kusurlar, ahlaki ve dini karakteristik özellikler, yaşlılık ve güçsüzlük gibi sebeplerle karı kocasından nefret edebilir ve hayatını birlikte sürdürmek istemeyebilir. Bu gibi hallerde İslam Hukuku sadece kocaya tanınmış olan talak yetkisini¹⁵ muhala’a yani anlaşma yolu ile kadına da tanımıştır. Hul’u meydana geldiğinde ise artık kocanın rücu hakkı yoktur. Öyle ki kadın bu hakkını ancak kocasına belli bir bedel vermek (söz konusu bedel kocanın aktiflerinde artış yapabileceği gibi pasiflerinde de bir azalma meydana getirecek

¹² Zuhayli, s.379-380.

¹³ Ömer Nasuhi Bilmen, Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu, C.2, İstanbul, 1950, s.268.

¹⁴ Türcan, s.504. Talak-ı Bayin ve Fesih hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Üçok/Mumcu/Bozkurt, s.120-123.

¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Aydın, s.42.

şekilde olabilir) koşuluyla bir nevi kocanın evlenmek için yaptığı masrafların karşılanması mahiyetindedir¹⁶. Boşanmaya her ne kadar cevaz verilmiş olsa da yine cevaz verilen hususların içerisinde en sevimsizi olarak görülmüştür. Bu sebeple boşanma (talak) nın geçerli olabilmesi için öncelikle erkeğin bir süre beklemesi, evliliği düzeltme gayreti içerisinde barış girişimlerinde bulunması gerekir¹⁷. Tüm bunların sonuçsuz kalması halinde artık talak işlemi Arapça telaffuzla iki şahit huzurunda yapılmalıdır¹⁸. Bu sebeple karı ile koca arasında herhangi bir problem yokken muhala'a yoluna başvurulması helal görülmemektedir. Muhala'a yoluna gidebilmek için huzursuzluğun mevcudiyeti şarttır¹⁹.

İslam Hukuku'nda hul' un geçerliliğine ilişkin hiç kuşkusuz en büyük kaynak Kitab ile Sünnette yer alan hükümlerdir²⁰. Kuran-ı Kerim'de Bakara Suresi'nin 229. Ayetinde “... Kadının erkeğe fidyeye vermesinde her iki taraf içinde günah yoktur.” Ve de aynı şekilde Nisa Suresi'nin 4. Ayetinde “Eğer gönül rızası ile o mehrlerin bir kısmı size bağlanırsa onu da afiyetle yiyin.” dedikten sonra yine Nisa Suresi'nin 128. Ayetinde “... Aralarında bir sulh yapmalarında onlara günah yoktur.” diyerek muhala'a'nın geçerliliğine ve sakıncasının olmadığına değinilmiştir.

Kocanın, muhala'a için karısına baskı yapması, muhala'a'ya zorlaması İslam Hukuku'na göre uygun görülmemiştir. Öyle ki, Nisa Suresi'nin 19. Ayetinde “Ey iman edenler! Kadınlara zorla varis olmanız size helal değildir. Apaçık bir edepsizlik yapmadıkça, onlara verdiğinizin bir kısmını ele geçirmeniz için de kadınları sıkıştırmayın. Onlarla iyi geçinin. Eğer onlardan hoşlanmazsanız (biliniz ki) Allah'ın hakkınızda çok hayırlı kılacağı bir şeyden de hoşlanmamış olabilirsiniz.” buyrulmaktadır. Aynı şekilde Nisa Suresi'nin 20. Ayetinde de “Eğer bir eşi bırakıp da yerine başka bir eş almak isterseniz, onlardan birine yüklerle mehr vermiş olsanız dahi hiçbir şeyi geri almayın. Siz iftira ederek ve apaçık günah işleyerek onu geri

¹⁶ Zuhayli, s.380.

¹⁷ Hüseyin Hatemi, İslam Hukuku Dersleri, Sümer Kitapevi, İstanbul, 2012 (İslam), s.120-121.

¹⁸ Hatemi, İslam, s.120.

¹⁹ Türcan, s.504; Ömer Nasuhi Bilmen, Büyük İslam İlmihali (Sadeleştiren: Ali Fikri Yavuz), İstanbul, s.445.

²⁰ “Allah katında helal olan şeylerin en sevimsizi boşanmaktır.”(Hadis-i Şerif) Bilmen, İslam İlmihali s.445.

alırmısınız?” buyrulmaktadır. Görülmektedir ki, Boşanma Hukukundaki tarafların özgür ve hür iradelerinin mevcudiyeti ve önemi İslam Hukukunda güçlü bir şekilde korunmuştur. Bu minvalde erkeğin gıyabında muhala’a’sı da geçerli değildir²¹. Muhala’a belli bir bedel karşılığı evlenme akdinin anlaşma yolu ile son bulması olarak kararlaştırıldığı için borçlu kadının mutlak surette bu hususu kabul etmesi gereklidir²².

Muhala’a teklifinin kocadan gelmesi durumunda Ebu Hanife’ye göre, artık bu durum kocanın elinde bulunan talak hakkının kadının kabulüne bağlanmasıdır, hal böyle olunca bu durum yemin manasına gelmektedir. Böyle bir durumda ise koca, kadının kabulüne kadar yemininden cayamaz ve muhala’a anlaşması feshedilemez. Kadın eşin kabul beyanı ile muhala’a anlaşması akdedilmiş ve ayrılık gerçekleşmiş olur. Kadın eş kabul beyanını sunmakta gecikmesi halinde kocanın önerisi (icabı) artık geçersiz sayılır. Kadın eş tarafından ise bu durum daha farklıdır. Kadın eş, kocasının kabulüne (onayına) kadar her zaman önerisinden (icabından) geri dönebilir. Kanımca burada kocaya verilmiş ve daha fazla kuvvetlendirilmiş bir hakkın varolması ve kadın için belli bir bedel²³ ödeme zorunluluğunun olmasından dolayı böyle bir ayrıma gidilmiştir. Öyle ki, muhala’a için kocanın boşanma ehliyetine sahip olması yeterli görülürken, kadın eşin buna ilaveten tam ehliyetli olması da ayrıca aranmıştır²⁴.

Muhala’a için boşanma bedeli mehir olması caiz olan her şey olabilir²⁵. Hanefi hukukçulara göre, muhala’a bedelinin ayrıca anlaşma vaktinde mevcut olması gereklidir²⁶. Muhala’a bedeli olarak bazen mehir tesis etmeye mümkün olmayan bu manada mehir tesisine elverişli olmayan şeylerde belirlenebilir²⁷. Muhala’a bedeli

²¹ Bilmen, s.271-273; Halil Cin, Eski Hukukumuzda Boşanma, Konya, 1988, s.73-74; Türcan, s.502-503.

²² Zuhayli, s.384.

²³ Yazar burada söz konusu akdi ivazlı akit olarak tanımlamıştır. Türcan, s.503.

²⁴ Akgündüz, s.267.

²⁵ Akgündüz, s.268; Zuhayli, s.390; Bilmen,s.275-280; Aydın, s.43; Cin, s.70.

²⁶ Zuhayli, s.390.

²⁷ Cin, s.76; Akgündüz, s.268.

özellikle Osmanlı toplumunda mehr-i müeccel, nafaka-i iddet ve me'unet-i sükna²⁸ karşılığı olarak belirlenmekte idi²⁹. Çoğu zaman muhala'a ile boşanma talep eden kadın söz konusu haklarından vazgeçmenin yanı sıra kocasından alacağı çeşitli mallardan, çocuğunu belli bir süre büyütme ve terbiye edip yetiştirme hakkından (hidane veya hadane hakkı³⁰) ve çocuklar için talep edebileceği nafaka hakkından vazgeçerek de muhala'a bedelini belirleyebilir³¹. Ve tabî ki kadın, imkan ve güç dahilinde muhala'a'ya ikna edebilmek adına kocaya ayrıca bir bedel de ödeyebilmektedir. Bu durumda Ebu Hanefî'ye göre, muhala'a bedelinin mehir yahut nafaka alacağından başka bir nitelikte bedel üzerinde belirlendiği hallerde eşlerin nikah akdine bağlı karşılıklı mali hak ve borçları kendiliğinden son bulur. Böylece muhala'a anına kadar kadın eş birikmiş nafaka alacağı ile mehir bedelini talep edemeyeceği gibi kocada bu maksatla vermiş olduğu bedelleri geri alamaz³². Şu durumda akla mubarae usulü ile boşanma gelse de her iki usul ve kullanılma şekilleri birbirinden farklılık arz etmektedir. Mubarae, Caferî fıkında uygun görülen eşlerin karşılıklı olarak birbirlerini ibra etmeleri ile boşanmalarına imkan sağlayan bir yoldur³³. Muhala'a da daha ziyade kadının kocasından ayrılmak istemesi sebepleri mevcut iken mubarae'de karşılıklı bir hoşnutsuzluk ve talep söz konusudur. Muhala'a da belirlenecek bedel mehir bedelinden yüksek bir bedel de olabilirken mubarae de belirlenecek bedel mehir bedelinden yüksek olamayacağı gibi daha düşüğe olabilmektedir³⁴. Bu yönleri ile de mubarae'nin muhala'adan ziyade anlaşmalı boşanmaya daha yakın olduğu görüşü mevcuttur³⁵.

²⁸ Haklı ve önemli bir gerekçe olmadığı sürece Talak Suresi 65/6 gereği kadın evlilik sırasında oturmuş olduğu konuttan çıkarılmamalıdır. Hatemi, İslam, s.120-121.

²⁹ Gül Akyılmaz, İslam ve Osmanlı Hukukunda Kadının Statüsü, Konya, 2000, s.46.

³⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Bardakoğlu, "Hidane", TDV İslam Ansiklopedisi, C.17, İstanbul, 1958, s.467-471.

³¹ Akgündüz, s.268; Cin, s.117-119.

³² Türcan, s.504; Akgündüz, s.268.

³³ Türcan, s.504-505.

³⁴ Türcan, s.505. Kaldı ki, boşanmaya kocanın kendi kusuru ile sebep olması halinde vermiş olduğu mehri geri alması, karının kendi kusurunun sonuca etkili olması halinde ise vermiş olduğu mehirden fazlasını alması dinen uygun görülmemektedir. (Aydın, s.43; Akgündüz, s.268).

³⁵ Nevzat Özdemir, Türk-İsviçre Hukukunda Boşanma, 1. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2003, s.12.

Muhala'a Osmanlı toplumunda, mahkemede kullanılması yahut mahkemeye tescil ettirilmesi şart olmamasına karşın sıklıkla ve özellikle mahkeme defterine işlendiği görülmüştür. Bunun sebebi, kadın eşin muhala'a bedeli olarak iade etmiş olduğu haklarını daha sonradan pişman olarak istemesinin önüne geçilmek istenmesidir³⁶.

25 Ekim 1917 Tarihli Hukuk-u Aile Kararnamesi'nde muhala'a yolu ile boşanma açıkça ifade edilmemiş ise de on beş gün içinde talakı hakime bildirme yükümlülüğü ile talak yetkisini kocaya vermiştir³⁷. Fakat Kararname'nin 116. ve 130. maddeleri özellikle eşler arasındaki geçimsizliğin giderilemediği durumlarda talak ve muhala'a'ya imkan verilmesinden bahisle muhala'anın reddedilmediği sonucuna götürmektedir³⁸.

Muhala'a'nın hukuki sonucu evliliğin boşanma ile sona ermesi ve doğal olarak tarafların evlenme ile kazanmış oldukları hak ve borçların tümüyle ortadan kalkmasıdır³⁹.

1. 2. Batı Hukuku'nda Anlaşmalı Boşanma Karşılığı (20. Yüzyılın İkinci Yarısına Kadar)

Boşanma Hukuku, hemen hemen her toplumda önem arz etmiş ve çok daha titizlikle inceleme alanına konu olmuştur. Öyle ki, ilk insandan beri evlenme var olmuş ve tabiatı ile de evlenmenin olduğu her yerde boşanma da zorunlu olarak yerini almıştır. Evlilik ve boşanma ile buna bağlı sonuçlar ise toplumun dini ve ahlaki değerleri ile yakından ilişkili olmuştur. Şahsa bağlı bir hak olmalarına karşın toplumsal açıdan şekillendirici olması hasebiyle de yüzyıllardır devlet korumasına ve müdahalesine ihtiyaç duyulmuştur. Tüm bunlar yapılırken Boşanma Hukuku dinin etkisinden uzaklaştırılmaya çalışılmış; fakat ne kadar uzaklaştırılma gayreti

³⁶ Aydın, s.114-115.

³⁷ Namık Yalçınkaya/Şakir Kaleli, Yeni Boşanma Hukuku, Cilt I-II, Türk Hava Kurumu Basımevi, Ankara, 1988, s.395; Cin, s.77 vd.; Akgündüz, s.268; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s.122.

³⁸ 1917 tarihli HAK için bkz. Yalçınkaya/Kaleli s.394-400.; Aydın, s.151 vd. ; Akgündüz, s.268

³⁹ Akgündüz, s.268.

içerisinde olursa da tam anlamıyla dinin etkisinden ayrıksanamamıştır. Tüm bu sebeplerle Boşanma Hukuku her dönem canlılığını ve önemini korumuştur.

Evlilik, doğal olarak eşlerin herhangi birisinin ölümü ile son bulur. Bunun dışında evliliğin sona erdirilmesi devlet müdahalesi ile olmaktadır. Evliliğin sona erdirilmesine ilişkin temelde iki farklı görüş benimsenmiştir⁴⁰. Bunlardan ilki olan ferdiyetçi (bireysellik) görüşe göre, evlilik nasıl tarafların karşılıklı iradeleri ile kendi istek ve arzuları sonucu meydana geldi ise pek tabii ki boşanmada bunun doğal sonucu olarak eşlerin istek ve arzularının son bulması ile gerçekleşebilmektedir. Diğer görüş olan cemiyetçi (toplumsal) görüşe göre ise, evlilik sadece tarafların istek ve arzularının ürünü değil; toplumu ilgilendiren ve toplumun temelini oluşturan yapı taşıdır. Öyle ki, toplumların nesilden nesile aktararak ilerlemesi ailelerin/evliliklerin kurulması ile mümkündür. Bu sebeple de sadece tarafların heves ve arzularının kurbanı yapılamaz⁴¹.

Gerçekten de yüzyıllardır süregelen her toplumda önem ve değer arz eden aile olgusu devletin koruma ve müdahalesine her daim ihtiyaç duymuştur. Yine de evliliğin devamının salt hukuk kuralları ile deyim yerinde ise boşanmanın zorlaştırılması yolu ile mümkün kılınabileceği fikrini kabul etmek mümkün değildir. Bilakis boşanmanın zorlaştırılması beraberinde nikahsız birliktelikleri gündeme getirecektir. Öyle ki, Roma'da özellikle Cumhuriyet Dönemi'nin ilk yıllarında boşanmanın çok kolay başvurulabilen bir yol olmasına karşın ahlaki değerler sebebiyle evliliklerin çok azının boşanma ile sonuçlandığı görülmektedir⁴². Fakat yine Roma'da Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarında ve imparatorluk devrinin başında boşanmalar o denli çoğalmıştı ki artık devlet bu duruma müdahale etmek zorunda kalmıştı⁴³.

Boşanma Hukukunun dini faktörlerden en çok etkilendiği yer olarak Fransa'yı göstermek mümkündür. Eski hukuk döneminde Katolik Kilise Hukuku'nun uygulanması ile evliliğin ancak ölümle son bulacağı kabul ediliyor ve boşanma

⁴⁰ Schwarz (Davran), s.129.

⁴¹ Schwarz (Davran), s.129 vd.

⁴² Schwarz (Davran), s.130.

⁴³ Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Medeni Hukuk,1969, Gün Matbaası, İstanbul, s.8.

yasağı uygulanıyordu⁴⁴. Özellikle Fransız Devrimi ile birlikte boşanma hakkı bireye tanındı ve Boşanma Hukuku dinin etkisinden çıkartılarak 20 Eylül 1792 Tarihli Kanun ile anlaşmalı boşanma usulü dahil boşanmaya imkan tanındı⁴⁵. Hatta daha bile ileri gidilerek belli koşullarda her bir eşin tek taraflı iradesi ile boşanmaya imkan sağlandı⁴⁶. Bu kanun ile tıpkı 1926 Tarihli Aile Kanunu'nun uygulandığı dönem Sovyet Rusya'da olduğu gibi eşlerin anlaşmaları ile nüfus memuruna yapacakları boşanma beyanı ile boşanma gerçekleştirilmekte, böylelikle eşler sadece karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanları ile boşanmalarını nüfus sicillerine kaydettirebilmekte idi⁴⁷.

Fransa, uzun yıllar Boşanma Hukukunda istikrar sağlayamamış ve yapılan düzenlemeler itibariyle tam bir olgunluğa erişememiştir. 1792 Tarihli Kanun sonrasında 1804 Tarihli Fransız Medeni Kanunu ile de anlaşmalı boşanma kabul edildi; fakat bu defa da bunun için bazı şartlar getirerek bu yola başvuruyu sınırladı⁴⁸. Öyle ki, 1804 Tarihli Kanun 233. maddesi ile anlaşmalı boşanma yoluna gidebilmek için koca için 25, kadın için ise 21 yaşın tamamlanmış olması; buna karşın kadının 45 yaşından büyük olmaması; evliliğin en az 2 yıl en fazla 20 yıl devam etmiş olması; eşlerin anne ve babalarının, bunlar yoksa büyükanne ve büyükbabalarının boşanmaya icazet(onay) verdiklerinin resmi bir belge ile belgelendirilmesi; boşanmanın mali sonuçları ile çocukların velayeti hususunda da eşlerin kesin olarak anlaşmış olmaları ve fakat her halukarda mevcut malvarlığının yarısının ortak çocuklara bırakılmış olması gerekmektedir⁴⁹.

Söz konusu hükümler ancak 1816 yılına değin uygulanabildi. Bu tarihte iktidar değişikliği sebebiyle boşanma tamamen kaldırıldı⁵⁰. Öyle ki, 1816 yılından 1884 yılına değin boşanma söz konusu olmadı. 19 Temmuz 1884 tarihinde yapılan

⁴⁴ Schwarz (Davran), s.131; Buna karşın ayrılığı geçici ya da ebedi suretle kabul ediyordu. Velidedeoğlu, s.5.

⁴⁵ A. Egger (Tahir Çağa), Aile Hukuku, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Kenan Matbaası, İstanbul, 1943, s.139; Gürsoy, s.130; Cin, s.18; Yalçınkaya/Kaleli, s.100.

⁴⁶ Velidedeoğlu, s.9.

⁴⁷ Schwarz (Davran), s.131; Özdemir, s.13.

⁴⁸ Gürsoy, s.130; Egger(Çağa), s.139; Yalçınkaya/Kaleli, s.104; Schwarz (Davran), s.134.

⁴⁹ Gürsoy, s.132.

⁵⁰ Özdemir, s.13.

yeni bir düzenleme ile boşanma tekrar kabul edildi. Boşanmanın kusur ilkesine bağlandığı dolayısı ile kusursuz eşe boşanma imkanının tanınmadığı bu sistemde kusur şartının aranmadığı anlaşmalı boşanmaya ise olanak tanınmadı⁵¹. Böylece Boşanma Hukukunda, kişinin kendi kusurlu davranışı ile bir hak elde etmesi yasaklanmış oldu. Ayrıca boşanma sebeplerinin sınırlayıcı bir şekilde sayılması⁵² mahkemelerin yargılamada daha geniş takdir hakları kullanmalarına ve böylelikle boşanmaların sayısının artmasına sebep oldu⁵³. Bu sebeple artan boşanmaların önüne geçmek adına 2 Nisan 1941 Tarihli Kanun'la Boşanma Hukuku yeniden düzenlendi⁵⁴. Fakat bunun sonrasında asıl reform olarak nitelendirilen⁵⁵ 11 Temmuz 1975 Tarihli Boşanma Reformu Kanunu yürürlüğe girerek özellikle anlaşmalı boşanma yolunun ayrı bir boşanma sebebi olarak benimsenmesi ile anlaşmalı boşanma yolunda gerek Batı Hukuku'nda gerekse Türk Hukuku'nda bir reform niteliği kazandı⁵⁶.

Alman Boşanma Hukuku'nun geçirmiş olduğu sürecin görünümü ise Fransa'dan pek de farklı sayılmaz. Her ne kadar ülkenin tamamında yürürlükte olmasa bile 1794 Tarihli Prusya Kanunu ile boşanma sebepleri oldukça geniş tutularak bu hususta çok daha ferdiyetçi görüşün hakim olduğu bir düzen mevcut idi⁵⁷. Öyle ki, o tarihte bile ortak çocuğun olmaması başlıca şartı ile belli bazı koşulların varlığı halinde anlaşmalı boşanma imkanı mevcuttu⁵⁸. Boşanmanın bu denli kolay olmasına karşın ülke içerisindeki karışıklık bir yandan Katolik Kilise'sinin boşanmaya müdahalesine yol açtı. Böylelikle Katolikler için, 1811 Tarihli Avusturya Umumi Medeni Kanunu muhafaza edilerek tıpkı dönem dönem Fransa'da olduğu gibi boşanma yasağı uygulanmış oldu⁵⁹. Böylece, ülke içerisindeki karışıklık son bulana dek birbirine zıt bu iki kanun aynı dönemde uygulanmak

⁵¹ Gürsoy, s.132-133.

⁵² Boşanma sebepleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Velidedeoğlu, s.10.

⁵³ Schwarz (Davran), s.134.

⁵⁴ Schwarz (Davran), s.134.

⁵⁵ Schwarz (Davran), s.134; Egger (Çağa), s.139.

⁵⁶ Feyzioğlu, s.325.

⁵⁷ Schwarz (Davran), s.134, Egger (Çağa), s.139.

⁵⁸ Schwarz (Davran), s.134.

⁵⁸ Schwarz(Davran), s.134, Egger(Çağa), s.139.

⁵⁹ Schwarz(Davran), s.134.

zorunda kaldı. Siyasi düzenin sağlanmasından sonra ise 1 Temmuz 1896 Tarihli Medeni Kanun⁶⁰ ile boşanma çok daha çağdaş normlarla düzenlendi. Buna karşın Alman Hukuku'nda Boşanma Hukuku'nun özel kanunda düzenlenmesi ile oluşturulan ne 6 Temmuz 1938 Tarihli Evlilik Kanunu'nda⁶¹ ne de 1946 Tarihli Aile Kanunu'nda anlaşmalı boşanma yolu kabul edildi⁶².

Böylece Alman Hukuku'nda anlaşmalı boşanma yolu 14 Haziran 1976 tarihinde yayımlanan ve 1 Temmuz 1977 tarihinde yürürlüğe giren Evlilik ve Aile Hukuku Reformu Hakkında Birinci Yasa'ya değin kapalı tutulmuştur. Söz konusu kanunla Boşanma Hukuku'na büyük yenilikler getirilmiş ve özellikle anlaşmalı boşanma bir boşanma sebebi olarak Kanun'da zikredilmiştir⁶³. Kanun Boşanma Hukuku'na çağdaş ve köklü bir reform niteliğinde hayat vererek kusur ilkesini terk etmiş ve boşanma nedenini tek bir neden olan evlilik birliğinin temelinden sarsılması olarak belirlemiştir⁶⁴.

Törelere ve gelenekler ülkesi olarak bilinen⁶⁵ İsviçre'de ise Boşanma Hukuku Almanya ve Fransa'daki kadar istikrarsız olmasa da uzun yıllar kendi iç yapısında ki farklı kültür ve geleneklere uyum sağlayabilmek adına birçok değişikliğe uğramıştır. Ülke içerisindeki çok kültürlü ve gelenekli yapı kanunlaşma sürecinde ve yeknesak bir uyuma erişilmesinde gecikmelere sebep olmuştur⁶⁶. Boşanma Hukuku'nda dinin etkisinin hakim olduğu Ortaçağ dönemlerinde özellikle Protestan Kantonlarda anlaşmalı boşanma yolunun kabul edilmesine karşın; Basel, Luzerne ve özellikle Zurich gibi kantonlarda evlilik bir özel hukuk anlaşması olarak görüldüğünden daha ziyade ferdiyetçi görüşün yaygın olduğu ve eşlerden birinin tek yanlı irade beyanı ile ve hatta mahkeme kararına dahi gerek olmaksızın boşanma gerçekleştirilmekte

⁶⁰ Kanun'un Yürürlük Tarihi: 1 Ocak 1900'dür.

⁶¹ Özellikle bu kanunda "kusur" şartı terk edilmiştir. Schwarz (Davran), s.135; Yalçınkaya/Kaleli, s.128.

⁶² Schwarz (Davran), s.134-135, 154-155; Özdemir, s.14; Yalçınkaya/Kaleli, s.130.

⁶³ Haluk Burcuoğlu, Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.48-49, İstanbul, 1982-1983, (s.113-141); s.113, 124 vd.

⁶⁴ Yalçınkaya/Kaleli, s.132.

⁶⁵ Yalçınkaya/Kaleli,s.149.

⁶⁶ Yalçınkaya/Kaleli, s.150.

idi⁶⁷. Öyle ki, boşanma nedenlerinin çok geniş tutulduğu Zurich Kantonu'nun uygulama ve yasaları 19. yüzyıla kadar neredeyse tüm İsviçre'de uygulanmıştır. Katolik Kantonlarda ise yine Kilise Hukuku egemen olmuş ve boşanma yasağı benimsenmiştir⁶⁸.

24.12.1874 tarihli "Ahvali Şahsiyenin Tesbit ve Tescili ile Evlenme Hakkında Federal Kanun" Boşanma Hukuku'nda Kilise Hukuku'nun hakimiyetine son vermesi ve ayrılık kurumuna çok değer verilmemesi ile ortaya çıkmış ve bu minvalde Fransız Medeni Kanunu'nun bütün özel boşanma nedenlerini kabul etmiştir⁶⁹.

1898 yılında yeni İsviçre Anayasası'nın kabul edilmesinden sonra ise Medeni Kanun'da da değişiklik yoluna gidilerek, 10 Aralık 1907 kabul ve 1 Ocak 1912 yürürlük tarihi ile İsviçre Medeni Kanunu yürürlüğe girmiştir. Söz konusu Kanun geleneksel ve kültürel yapı ile çağdaş ve özgür hukuk kuralları arasındaki dengeli uyumu, demokrasinin uygulanabilirliği ve hakkın kötüye kullanılmasının engellenmesi⁷⁰ gibi pek çok ilerici hareketleri ile dönemin önemli bir kanunlaşma hareketi sayılmıştır⁷¹. Bu kanunda özellikle 1874 Tarihli Federal Kanun'un aksine Katolik Kilise Hukuku'ndan esinlenilmek suretiyle ayrılık kurumuna yer verilmiş; buna karşın anlaşmalı boşanma yolu benimsenmemiştir⁷². Fakat Alman Medeni Kanunu'ndaki beklenemezlik ilkesi kanunda yerini bularak, evliliğin herhangi bir nedene bağlı olarak temelinden sarsıldığı ve bu yüzden devamının eşlerden beklenmesinin mümkün olmadığı hallerde boşanmanın gerçekleşmesi kaçınılmaz olarak kabul edildi⁷³. Dolayısı ile her ne kadar anlaşmalı boşanma imkanı kanunda açıkça benimsenmemiş olsa da bu yol m.142/f.1 sayesinde kanunu bir nev'i dolanma

⁶⁷ Egger (Çağa), s.140; Yalçinkaya/Kaleli, s.150-151; Gürsoy, s.140.

⁶⁸ Yalçinkaya/Kaleli, s.151.

⁶⁹ Egger (Çağa), s.141; Schwarz (Davran), s.135-136; Yalçinkaya/Kaleli, s.152; Gürsoy, s.141.

⁷⁰ Öyle ki, 1854 Tarihli Zurich Medeni Kanunundan önce özellikle eşlerin huy ve meşrep farklılıklarından dolayı boşanmaları çoğu defa hakkın kötüye kullanması yolu ile tezahür etmiş ve bu kanundan itibaren boşanma sebebi olarak kabul edilmemiştir. (Gürsoy, s.143.)

⁷¹ Yalçinkaya/Kaleli, s.153.

⁷² Schwarz (Davran) s.136; Gürsoy, s.144; Yalçinkaya/Kaleli, s.153.

⁷³ Yalçinkaya/Kaleli, s.153.

sureti ile gerçekleştirilmiş ve ayrıca mahkemenin bu husustaki esnek uygulamaları ile boşanma davaları büyük engellerle karşılaşmamıştır⁷⁴.

Zamanla toplumsal ve kültürel yapıdaki değişiklikler Kanun'un yetersiz kalmasına ve bu suretle ıslah edilmesine ihtiyaç duymuştur⁷⁵. Özellikle 1998 yılında kabul edilen ve 2000 yılında yürürlüğe giren Kanun ile İsviçre Boşanma Hukuku'nda köklü değişiklikler yapılmış ve bilhassa anlaşmalı boşanma büyük bir önem kazanarak Medeni Kanun'a girmiştir⁷⁶.

1. 3. Yirminci Yüzyılın Son Çeyreğinde Anlaşmalı Boşanma'nın Mevzuata Girişi (Alman Aile Hukuku Reformu)

Almanya, yaşamış olduğu siyasi bölünme sürecini olabildiğince hukuka yansıtmış; böylelikle hukuki bölünmenin siyasi bölünmeye paralel olarak gözlemlenebildiği bir ülke olarak tarihte yerini almıştır⁷⁷. Özellikle farklı mezhepler ve küçük Alman Devletleri ve her devletin kendi içerisinde bağımsız oluşu ülke içerisinde Boşanma Hukukunun farklı yansımalarla tezahürünü zorunlu kılmıştır⁷⁸. Böylelikle bir bölgede 1794 Tarihli Prusya Kanunu ile boşanma neredeyse tümüyle serbest bırakılır iken⁷⁹ başka bir bölgede 1811 Tarihli Avusturya Umumi Medeni Kanunu ile boşanma yasağı⁸⁰ uygulanmıştır.

Onaltıncı yüzyıla kadar hukukun en önemli kaynağı deneyimli kişiler, köy meclisi, efendiler ve derebeylerce oluşturulan yazılı ve sözlü örf ve adetti⁸¹. Ondokuzuncu yüzyıla kadar ise ülkenin büyük bir bölümünde örf ve adetin yanı sıra

⁷⁴ Yalçınkaya/Kaleli, s.157-163; Gürsoy, s.144; Özdemir, s.15-16.

⁷⁵ Yalçınkaya/Kaleli, s.156-160.

⁷⁶ Özdemir, s.16-17.

⁷⁷ Yalçınkaya/Kaleli, s.122.

⁷⁸ Yalçınkaya/Kaleli, s.122.

⁷⁹ Schwarz (Davran), s.134; Egger (Çağa), s.139.

⁸⁰ Schwarz (Davran), s.134.

⁸¹ Schwarz (Davran), s.144.

ortak hukuk (common law), ortak hukuka yansıyan Roma Hukuku kuraları da etkili olmuştur⁸².

Almanya'nın büyük bölümünde yürürlükte olan 1794 Tarihli Prusya Devletleri Genel Land Kanunu 17.000 maddeden oluşmakta idi⁸³. Kanun boşanma hususunda oldukça tevazu göstermiş ve bu sebeple boşanma sebepleri fazlasıyla geniş tutulmuştur⁸⁴.

Ondokuzuncu yüzyılda Alman Anayasası'nda yapılan değişiklik ile II. Reich'a Almanya'nın tümünde etkili olması beklenen Medeni Hukuk alanında bir kanun çıkarma yetkisi verilmiştir⁸⁵. Böylelikle Almanya'da kanunlaşma hareketleri başlamış oldu. 1896 Tarihli Alman Medeni Kanunu II. Dünya Savaşı'ndan sonra çıkarılan birçok kanun ile çağdaştırılmaya ve modernleştirilmeye çalışılmıştır⁸⁶. Fakat asıl reform niteliği kazanan değişiklikler 1 Temmuz 1977 tarihinde yürürlüğe giren "Evlilik ve Aile Hukuku Reformu Hakkında Birinci Kanun" ile gerçekleştirilmiştir. 1896 Tarihli Alman Medeni Kanunu 1 Ocak 1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu sebeple 1977 Reform Kanunu'na değin Almanya'da Boşanma Hukuku 1938 Tarihli Alman Evlilik Kanunu ve 1946 Tarihli Aile Kanunu ile değişiklikler arz etmiş ve en son 1977 Tarihli Evlilik Reformu Kanunu benimsenmiştir.

1896 Tarihli Alman Medeni Kanunu 1794 Tarihli Prusya Kanunu ile 1811 Tarihli Avusturya Umumi Medeni Kanunu arasında bir nevi denge kanunu görevi görmüş; böylece bir yandan boşanmanın serbestliğini öte yandan boşanma yasağı ile dengelemeye çalışmıştır⁸⁷. Bu kapsamda anlaşmalı boşanma bir boşanma nedeni olmaktan çıkarılmış, akıl hastalığı sebebi ile boşanma hariç kusura dayanmayan tüm

⁸² Yalçınkaya/Kaleli, s.123.

⁸³ Yalçınkaya/Kaleli, s.124.

⁸⁴ Egger (Çağa), s.139; Schwarz (Davran), s.134.

⁸⁵ Yalçınkaya/Kaleli, s.124.

⁸⁶ Yalçınkaya/Kaleli, s.126.

⁸⁷ Hüseyin Cahit Oğuzoğlu, Medeni Hukuk-Şahsın Hukuku-Aile Hukuku, Ankara, 1963, s.87.

boşanma nedenleri yok sayılarak boşanmada mutlak kusur ilkesi esası benimsenmiştir⁸⁸.

1938 Tarihli Alman Evlilik Kanunu ile ise mutlak kusur ilkesi terk edilmiş; böylece boşanma sebepleri kusura dayanan ve kusura dayanmayan boşanma sebepleri olarak iki ana bölümde toplanmıştır⁸⁹. Fakat yine de anlaşmalı boşanma sebebine kanunda yer verilmemiştir. Böylelikle kusur ilkesine ilaveten elverişsizlik ve evlilik bağının sarsılması ilkelerine yeni boşanma sebepleri olarak yer verilmiştir⁹⁰. Dolayısı ile 6 Temmuz 1938 Tarihli “Evlenme ve Boşanma Haklarının Birleştirilmesine İlişkin Kanun” ile Boşanma Hukuku yeni rejime ve yeni aile yapısına uygun şekilde değişikliğe uğramıştır.

İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra evlenme ve boşanmanın rejim etkili hükümlerinden ayırksanması amacıyla çıkarılan 20 Şubat 1946 Tarihli Aile Kanunu ise neredeyse sadece nasyonal sosyalist düşünce ürünü hükümlerin ayıklanması ile oluşturulan ve geriye kalan hükümleri 1938 Tarihli Alman Evlilik Kanunu ile birebir benzerlik gösteren, bu kapsamda Alman Medeni Kanunu’ndan evlenme ve boşanma hükümlerinin çıkarılması ile oluşturulan kendine özgü bir kanun olmuştur⁹¹. Böylece 1938 Tarihli Alman Evlilik Kanunu’nda yer alan “erken kısırlık ve çocuk yapmaktan kaçınma” iki boşanma sebebi kanundan çıkarılmış geriye kalan altı boşanma sebebi ise varlığını korumuştur⁹².

Görüldüğü üzere 20. yy.’ın son çeyreğine kadar Alman Boşanma Hukuku temelde birçok değişiklik geçirmiştir. Bu sürece değin en önemli değişiklik ise pek tabii ki 1938 Tarihli Alman Evlilik Kanunu ile mutlak kusur ilkesinin terk edilmesi olmuştur. Böylece boşanma sebepleri kusur ilkesinin yanı sıra elverişsizlik ve köklü sarsılma ilkeleri ile birlikte genişletilip çağdaşlaştırılmaya çalışılmıştır. Ne var ki, yine de tam anlamıyla Boşanma Hukuku çağdaş, modern ve evrensel olarak düzenlenememiştir. Bu hususta gerçek anlamıyla köklü ve esaslı değişiklikler 14

⁸⁸ Egger (Çağa), s.142; Gürsoy, s.139; Yalçınkaya/Kaleli, s.126.

⁸⁹ Schwarz (Davran), s.135; Yalçınkaya/Kaleli, s.128.

⁹⁰ Yalçınkaya/Kaleli, s.128.

⁹¹ Schwarz (Davran), s.154-155; Yalçınkaya/Kaleli, s.132.

⁹² Boşanma sebepleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yalçınkaya/Kaleli, s.131-132.

Haziran 1976 tarihinde yayınlanarak 1 Temmuz 1977 tarihinde yürürlüğe giren “Evlilik ve Aile Reformu Hakkında Birinci Kanun” ile gerçekleştirilmiştir⁹³. Bu kanun ile 1946 Tarihli Alman Evlilik Kanunu ile Alman Medeni Kanunu’ndan çıkarılan evlenme ve boşanmaya ilişkin hükümler yeniden düzenlenerek Alman Medeni Kanunu içerisinde yerini almıştır⁹⁴.

1977 tarihli reform niteliği kazanan bu kanundaki en önemli değişiklik sadece “köklü sarsılma” ilkesinin boşanma nedeni olarak benimsenerek boşanma nedenlerinin tek bir madde ile düzenlenmesi olmuştur⁹⁵. Böylece kusur ilkesi tamamıyla reddedilmiştir. Düzenleme Türk Hukuku dahil birçok ülkenin Boşanma Hukuku’nun temellerini oluşturduğu için ayrıca evrensel reform niteliği kazanmıştır⁹⁶.

Kanun, köklü sarsılma ilkesini 1565. maddesi ile düzenlemiştir⁹⁷. Buna göre, evlilik birliğinin köklü sarsılması halinde boşanma kararı verilebilecektir. Köklü sarsılmanın ise ortak yaşantının sona ermesi ya da eşlerden evliliğin devamının beklenememesi hallerinde söz konusu olacağı belirtilmiştir. Kanun’un 1566. maddesi ise bugün uygulanmakta olan anlaşmalı boşanmanın temelini oluşturmuş ve böylece, eşlerin bir yıldan beri ayrı yaşamaları koşuluyla birlikte başvurmaları ya da bir eşin açtığı davanın diğer eş tarafından kabul edilmesi halinde ve boşanmanın sonuçlarına ilişkin anlaşmanın yapılmış olması durumunda anlaşmalı boşanmaya hükmolunacağı⁹⁸; evlilik birliğinin köklü sarsılmaya uğradığı kabul edilmiştir⁹⁹. Böylelikle bugün halen Almanya’da ve kısmi farklılıklar ile Türk Hukuku’nda ve birçok ülke Boşanma Hukuku’nda uygulanmakta olan anlaşmalı boşanmanın temelleri 1 Temmuz 1977 tarihinde yürürlüğe giren “Evlilik ve Aile Hukuku Reformu Hakkında Birinci Kanun” ile gerçekleştirilmiştir.

⁹³ Burcuoğlu, s.113; Yalçinkaya/Kaleli, s.132.

⁹⁴ Yalçinkaya/Kaleli, s.132.

⁹⁵ Yalçinkaya/Kaleli, s.132.

⁹⁶ Yalçinkaya/Kaleli,s.133.

⁹⁷ Yalçinkaya/Kaleli,s.133 dn.437.

⁹⁸ Hanswerner Odendahl, Boşanma ve Boşanmada Kusur Meselesi Üzerine Düşünceler, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Ankara, 2008, s.645-646.

⁹⁹ Yalçinkaya/Kaleli, s.133-134, dn.437.

1. 4. 1988 Medeni Kanun Değişikliği ile Anlaşmalı Boşanma'nın Türk Hukukuna Girişi

Anlaşmalı boşanma yolu 4 Nisan 1926 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe giren 743 Sayılı Medeni Kanun'da düzenlenmemiş idi. Ülkemizde özellikle Aile Hukuku alanında yapılan düzenlemelere uyum sağlama süreci bir hayli zaman almıştır. Öyle ki, Katolik Kilise Hukuku'nun hakimiyetinin uzun yıllarca etkisini kaldırmaya yönelik çabalara rağmen Fransa'da bile 1975 yılından beri anlaşmalı boşanma yolu uygulanmıştır¹⁰⁰. Bu tarihten önce değil anlaşmalı boşanma, çekişmeli usulde dahi sebebi ne olursa olsun boşanma imkanının uygulanmadığı dönemler yaşanmıştı.

Anlaşmalı boşanma yolunun gerekliliği hususunda ilk görüş ve öneriler 1936 yılında Av. GadFranko Milaslı tarafından öne sürülmüştür¹⁰¹. Öyle ki, yazara göre, artık evliliğin devamının beklenemeyeceği her iki taraf için de ikrar olunduktan sonra tekrar ayrıca bir delil aranması ve buna mukabil mahkemece başka bir sebep yaratılmaya çalışılmasında hiçbir hukuki yarar olmadığı gibi bu durum kanunu dolanmaya yol açacaktı. Böylesi bir durumda hukuki açıdan oldukça tehlikeli ve sakıncalıdır. Bu yüzden tarafları hemen ilk celsede boşamadan; fakat anlaşmanın üstüne ayrıca da bir delil aramadan taraflara bir celselik düşünme süresi verilerek anlaşmalı boşanma imkanı tanınmalıdır¹⁰².

Gerçekten de o dönem içerisinde imam nikahlı birlikteliklerin ve bu birlikteliklerden meydana gelen çocukların nesebi ilişkileri dikkate alındığında anlaşmalı boşanma yolu bu ilişkilerin berraklığı ve düzeni açısından gerekli görülmekte idi. Böylelikle bir de TBMM sürekli nesebi sahih çocuklarla ilgili yasa çıkartmak zorunluluğundan kurtulmuş olacaktı. Buna karşın, toplumu alışlagelmiş düzeninden ve inançlarından caydırmak, radikal değişiklikler yapmak ise bir o kadar zordu. Bu sebeple kamuoyunun görüşünün alınması maksadıyla 1937 yılında

¹⁰⁰ Feyzioğlu, s.321-322.

¹⁰¹ Gad Franko Milaslı, Hukuki Bilgiler Mecmuası, No.4.920, 4.951, 5.018, 5.113, 5.368, 5.438, İstanbul, 1936; Yayınların her birinde, "Boşanmanın Genişlenmesi" başlığı ile Milaslı tarafından bir zincir halinde yer verilmiştir.

¹⁰² Gad Franko Milaslı, Hukuki Bilgiler Mecmuası, No.7.009, İstanbul.

İstanbul'da yayımlanan "Kurun Gazetesi" bir anket düzenlemiş ve ankete katılanların çoğunluğunun anlaşmalı boşanma yolunu destekledikleri ortaya çıkmıştır¹⁰³.

Adalet Bakanlığı tarafından oluşturulan komisyonca hazırlanmış ve daha sonra Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu tarafından ıslah edilerek yine hocanın kendi isminin verildiği 1971 Tarihli Öntasarıda "anlaşma yolu ile boşanma" hakkında herhangi bir hüküm yoktur¹⁰⁴. Öntasarı anlaşmalı boşanma yolunun açılması halinde bir takım zararlar oluşacağından bahisle bu yolu kapamıştır¹⁰⁵. Bu zararları sıralayacak olursak¹⁰⁶,

- a) "Yeni ve özellikle genç evli çiftler, henüz evliliğe dahi alışmamışken, hemen ilk kavgada ani ve anlık kararları ile kolayca boşanma yoluna gidebilecek; bu durumda yuvaların yıkılıp toplumun parçalanmasına yol açacaktır.
- b) Böylesi bir durum kötüye kullanılmak suretiyle süreli evlenmelere (mut'a nikahına¹⁰⁷) yani hukukileştirilme ile bir çeşit kanuni metresliğe yol açar.
- c) Tarafların istedikleri zaman boşanabileceklerini bilmeleri beraberinde evliliğin öneminin de yitirilmesine yol açacağından bu durum nikahsız birlikteliklerin çoğalmasına yol açar¹⁰⁸.
- d) Anlaşmalı boşanmanın kabulü ayrıca vatandaşlık vb. gibi hukuki bir hak yaratmak adına muhtaç bırakılan sahte evliliklerin ortaya çıkmasına yol açar¹⁰⁹."

¹⁰³ Milaşlı, 7.009.

¹⁰⁴ Gürsoy, s.154.

¹⁰⁵ Şener, s.233.

¹⁰⁶ 1971 Tarihli Öntasarı, Bölüm Gerekeçesi, s.112.

¹⁰⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Cin, s.34.

¹⁰⁸ Cin, s.338.

¹⁰⁹ Cin, s.338.

Öyle ki, anlaşmalı boşanma yolunun mevzuata kabulü sürecinde hukukçular tarafından bu konu uzun gerekçelerle ve sürelerle tartışma konusu olmuştur. Medeni Kanun'da Değişiklik Yapacak Tasarı'yı hazırlamak üzere Kurul Başkanı olarak görevlendirilen ve aynı zamanda Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Başkanı olan Esat Şener'e göre, Medeni Kanun'da eşlerin anlaşma yoluyla boşanmaları kabul edilmemesine karşın eşler boşanmak istedikleri takdirde 132. madde'ye dayanarak terk sebebiyle boşanma yoluna müracaat edebiliyorlardı. Böylece eşler, kanuna karşı dolanma yoluna gitmedikleri gibi başkaca bir delil bulma zahmeti içerisine de girmiyorlardı¹¹⁰. Bu yüzden anlaşmalı boşanma yolunun gerekliliğini savunanların aksine yazara göre, eşler zaten anlaşmış oldukları takdirde yasa onlara 132. madde ile bir imkan sağlamıştı. Dolayısı ile anlaşmalı boşanma yolunun açılması yarardan çok zarara sebep olacaktı.

Ayrıca Şener'e göre evlilik her ne kadar tarafların iradeleri ile kurulmuş bir sözleşme olsa da evlilikten sonra artık evliliğin devamı ve boşanma kamuyu ilgilendiren bir mesele olduğu için salt taraf iradeleri ile son verilmesi, böylece bunun bir Borçlar Hukuku sözleşmesi olarak görülmesi, toplumun yapı taşı olan ailenin kutsallığı ve önemi ile bağdaştırılamazdı¹¹¹. Öyle ki, Anayasa'nın (1961 Anayasa'sı) 35. maddesi ile aileyi koruma görevi devlete verilmiş, Medeni Kanun'un 150. maddesi iradeye olası baskıları önlemek adına ikrar ve kabulü dahi önlemiş iken, hakimın takdir hakkının kaldırılarak onay merciine dönüştürülmesi hukuki olmaktan uzak olarak görülmekteydi¹¹².

Anlaşmalı boşanma taraftarı olanlara göre ise, eşlerin karşılıklı olarak boşanmak istedikleri beyanı evlilik birliğinin sarsılması olarak yeterli ve tek delil

¹¹⁰ Esat Şener, Aile ve Nesep Bölümünde Çatışan Eğilimler, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı (1925-1975), Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977(s.219-240), s.232.

¹¹¹ Şener, s. 232. Aynı görüş için bkz. Turgut Akıntürk, Aile Hukuku, 2. Bası, Ankara, 1975, s.196; Mahmut Esat Bozkurt (Adalet Bakanı), Hukuki Bilgiler Mecmuası, No.5.477; Nuşin Ayiter, MK Hükümlerine Göre Boşanmanın Genel Sebebi İmtizaçsızlık ve Yargıtay Uygulaması, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı(1925-1975), Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977(s.164-175), s.164-165.

¹¹² Şener, s.234.

adledilmeli ve başkaca bir delil aranmasına ihtiyaç duyulmamalıdır¹¹³. Öyle ki, uygulamada mahkemeler eşlerin karşılıklı olarak anlaştığı durumlarda daha fazla bir inceleme yapmadan belli bir kılıfa sokmak adına çok basit olayları evlilik birliğinin sarsıldığı şeklinde yorumlamak suretiyle sonuca ulaşıyorlardı. Böylece hakimler sonuca gitmek adına bazen bir kurgunun oyuncusu olabilirken bazen de zorunlu olarak böyle bir kurgu yaratmak durumunda kalabiliyordu¹¹⁴. Böylesi bir uygulama ise mahkemenin itibarını sarstığı gibi beraberinde hukuka olan inancıda zedelemekteydi¹¹⁵. Ayrıca aralarında sevgi ve birliktelik bağı tükenmiş olan eşleri devlet zoruyla bir arada tutmak ve karı-koca olarak yaşamak zorunda bırakmakta kişilik hakları ile bağdaşır nitelikte görülmemekteydi¹¹⁶.

23-25 Nisan 1972 tarihinde TBMM tarafından I. Hukuk Kongresi düzenlenmiş ve anlaşmalı boşanma bu defa da gündeme getirilmişti. Kongre’de Medeni Kanun’un 134. maddesine “Her iki eşin boşanmalarını şahsen beyan etmeleri, evlilik birliğinin sarsıldığına bir delil teşkil edebilirdi. Hakim bu delili serbestçe takdir eder.” şeklinde bir fıkra ilave edilmesi teklif edilmişti¹¹⁷. Bu öneri çok az bir farkla Genel Kurul’da tartışıldıktan sonra reddedilmiştir¹¹⁸.

Birinci Hukuk Kongresi ile anlaşmalı boşanma yolu yeniden gündeme gelmiş ve tartışmaları da beraberinde getirmişti. Hatta 18-20 Aralık 1975 Tarihlerinde Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde Boşanma Hukuku Haftası adlı bir toplantı yapılmış ve özellikle bu toplantıda önemine binaen anlaşmalı boşanma kurumu üzerine ağırlık verilmişti¹¹⁹. Ne yazık ki, tüm bu öneme ve çalışmalara rağmen anlaşmalı boşanma yolu kabul edilmemiş ve bir boşanma sebebi olarak görülmemişti. Öyle ki, Yürürlükteki Kanun’un 134/2. madde hükmü boşanmayı

¹¹³ Rahmi Mogat, I. Türk Hukuk Kongresine Sunulan Tebliğ, Yeni Boşanma Sebepleri, 1972, s.8.

¹¹⁴ Gürsoy, s.144.

¹¹⁵ Gürsoy, s.146.

¹¹⁶ Gürsoy, s.147.

¹¹⁷ Gürsoy, s.154. Söz konusu teklif Milaşlı’nın teklifine paralel niteliktedir.

¹¹⁸ Gürsoy, s.154.

¹¹⁹ Toplantıda sunulan tebliğler daha sonra yayımlanmış ve bunlardan üç tanesinin anlaşmalı boşanmaya ilişkin olduğu saptanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Boşanma Hukuku Haftası, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı(1925-1975), Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977.

isteme hakkını daha az kusurlu eşe tanımakla 1. fıkranın uygulama alanını ve amacını devre dışı bırakmış ve bu durum yıllarca süregelerek ülkenin kanayan ciddi bir yarası olmuştur¹²⁰. 1971 Tarihli Öntasarı m.134/f.2 hükmü ile dava hakkını daha az kusurlu eşe tanımaya karşın kusura dayalı dava şartının sadece davalı tarafça ileri sürülmesi halinde dikkate alınacağını hükme bağlamıştır.

Akabinde 01.06.1981 Tarihli ve 2467 Sayılı Kanunla bir komisyon kurulmuş ve 1984 Tarihli Öntasarının “Evlilik Birliğinin Sarsılması” kenar başlıklı m.130/f.3 hükmü ile eşlere anlaşmalı boşanma yolu açılmıştır¹²¹. Düzenleme, anlaşmalı boşanmanın tarihsel süreci ve aşamaları ile düşünüldüğünde Türk Boşanma Hukuku’nda önemli bir gelişme ve reform olarak göz önüne alınmalıdır.

Bu süreçte daha çok iyileşmenin beklendiği 1984 Tarihli Öntasarı ise aksine çok daha sert bir tutum izleyerek daha ağır kusurlu eşin dava hakkını tümüyle ortadan kaldırdığı gerekçesiyle eleştirilmiştir¹²². Söz konusu düzenleme beraberinde çok büyük eleştiri ve hareketliliği gündeme getirmiş; bu yüzden yeniden görüşme yapılmıştır. Görüşme sonucu madde değiştirilerek eşlerin kusur itirazı olmadığı takdirde mahkemenin bu durumu re’sen gözetemeyeceği, kusur itirazında bulunan eşin bu itirazının hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olması yahut evliliğin devamının artık korunmaya değer hiçbir menfaatinin kalmadığı sabit olur ise boşanma kararı verilebileceği açıklanmıştır¹²³. İlaveten madde gerekçesi “aile müessesesini zayıflatmayacak fakat devamında yarar kalmayan evliliklerde de sırf davacı daha fazla kusurludur diye boşanmayı engellemeyecek bir çözüme yer vermiştir¹²⁴.” diyerek maddenin uygulama amacını ve şeklini ortaya koymuştur.

¹²⁰ Yalçınkaya/Kaleli, s.513.

¹²¹ Özdemir, s.10. m.130/3 “Evlilik en az bir yıl sürmüştü, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu halde boşanma kararı verilebilmesi için, hakimin bizzat tarafları dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır.”

¹²² Yalçınkaya/Kaleli, s.516.

¹²³ Yalçınkaya/Kaleli, s.517.

¹²⁴ 1984 Tarihli Türk Medeni Kanunu Öntasarısı, s.285.

1984 Tarihli Öntasarı aynen 25.03.1985 tarihinde Başbakanlığa sunulmuş; fakat tasarı meclise sunulmayarak kanunlaşmamıştır¹²⁵. Adalet Bakanlığı'na hazırlanarak Bakanlar Kurulunca kabul edilen “743 Sayılı Türk Kanunu Medenisinin Bazı Maddelerinin ve 818 Sayılı Borçlar Kanununun 49. Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun Tasarısı” anlaşmalı boşanmaya ve kusur şartına ilişkin genel gerekçesi ile “Türk Kanunu Medenisinin geçimsizlik ‘imtizaçsızlık’ sebebiyle boşanma hükümleri toplumumuzu en çok meşgul eden konular arasında olup, bir eşin kendi kusuru ile evlilik birliğini sarsmış olmasına rağmen geçimsizliğe dayanarak boşanma davası açamaması ve eşlerin boşanma için anlaşmış olmalarının boşanma kararı verilmesi için yeterli sayılmaması sebebiyle evlilik birliğini temelden sarsan olayların vukuuna rağmen boşanma kararı verilememesi eşleri müşkül durumda bırakmakta, eşler fiilen ayrı yaşamakta, evlilik sadece hukuken devam etmektedir. İşte bu iki sebebe işlerlik kazandırabilmek için yeni düzenleme ile, belli şartların tahakkuku halinde; daha ziyade kusurlu eşe de boşanma davası açma hakkı tanınmış ve kendi aralarında anlaşarak karar vermiş kimselere de bu imkan sağlanmıştır.¹²⁶” diyerek, dava hakkının daha az kusurlu eşe tanınması hükmünden Türk Boşanma Hukuku’nu mahkum olduğu kaderinden kurtararak, özellikle çağdaş toplumlarda olduğu gibi anlaşmalı boşanma imkanını da eşlere sağlamıştır.

Hükümet Tasarısı, 1984 Tarihli Öntasarı ve 1985 Tarihli Tasarıdan, evliliğin asgari bir yıl sürmüş olmasını aramama ve boşanma kararı verilmeden evvel hakim bir yıldan az ve iki yıldan çok olmamak üzere ayrılığa hükmetmesi; ancak bu süreç içerisinde taraflar bir araya gelmemiş ise her bir eşin istemi üzerine boşanmaya karar verilebileceği noktalarında ayrılmaktadır¹²⁷. Ancak Hükümet Tasarısı, Komisyonunda onay görmemiş ve 1984 Tarihli Öntasarı ve 1985 Tarihli Tasarıda olduğu şekli ile Türkiye Büyük Millet Meclisi’nde 04.05.1988 tarihinde kabul edilerek 12.05.1988 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak 3444 Sayılı Kanun’un m.134/f.3 hükmü ile anlaşmalı boşanma yolu Türk Boşanma Hukuku’nda kabul edilmiştir¹²⁸. 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren ve halen yürürlükte olan 4721 Sayılı Medeni

¹²⁵ Özdemir, s.20.

¹²⁶ Genel Gerekçe, 1. Paragraf (Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Dönem 18, Yasama Yılı 1, S.25), s.1.

¹²⁷ Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Dönem 18, s.5.

¹²⁸ Özdemir, s.22.

Kanun’umuzda da m.166/f.3 hükmü ile aynen korunarak bugüne değin uygulanagelmıştır.

1. 5. Avrupa Aile Hukuku’na Bakış

Aile, doğal açıdan varolduğu gibi birde hukuksal açıdan varlığı zorunlu ve kaçınılmaz bir kurumdur¹²⁹. Dolayısı ile Aile Hukuku her dönem her toplumda var olmuş ve var olmaya da bundan böyle devam edecektir.

Aile Hukuku, daha çok toplumların ahlaki, dini, sosyal, siyasi ve ekonomik faktörleri ile yakından ilişkili olarak şekillenmektedir. Özellikle Avrupa’da Kilise’nin hakimiyeti her dönem var olmuştur. Aile Hukuku alanında yapılan değişiklikler ise Kilise’ye karşı bir duruş ya da dinin hukuk üzerindeki etkisinin kaldırılmasının sonucu değil, Kilise’nin dini ve mülkiyet taleplerinin değişmesinin sonucu olarak ortaya çıkmıştır¹³⁰. Dolayısı ile gelişen ve değişen toplumlara dini kuralların uyum sağlayamadığı ve bu sebeple dinin hukuk üzerindeki etkisini yitirdiği görüşüne¹³¹ katılmamız mümkün değildir. Öyle ki, İslam dini son din olarak tüm insanlığa, sonsuzluk adıyla gönderilmiştir. Bu yönüyle İslam dini her dönem bütün Peygamberlerin tek ve ortak dini olmuştur¹³². Bu kapsamda sadece belli bir topluma yöneltilmesi ve çağa ya da döneme mal edilmesi doğru ve yerinde bir düşünce değildir.

Dört büyük Kitap (Tevrat, Zebur, İncil, Kur’an) insanlığa gönderilmiş; fakat bunlardan üçü zaman içerisinde aslının korunmaması sebebiyle yenilenmek ihtiyacı duymuştur. En son gönderilen Kur’an-ı Kerim ise aslını muhafaza ederek son din İslamiyet’le birlikte doğmuştur. Fakat bu süreçte diğer din sahipleri de kendi dinlerini muhafaza etmişlerdir. Bu sebeple toplumlarda farklı din ayrımları oluşmuş ve bu yüzden her ülkenin Aile Hukuku’nu kendisinin oluşturması kaçınılmaz bir hal almıştır. Elbette ki Aile Hukuku’nun oluşumunda dini değerler tek başına etkileyici

¹²⁹ Bülent Köprülü/Selim Kaneti, Aile Hukuku, 1985/1986, Özdem Kardeşler Matbaası, İstanbul, s.3

¹³⁰ JackGoody (Serpil Arısoy), Avrupa’da Aile, 2004, Çevik Matbaacılık, İstanbul, s.84.

¹³¹ Daha geniş açıklama için bkz. Velidedeoğlu, s.25.

¹³² Hüseyin Hatemi, İlahi Hikmette Kadın, 2013, Milenyum Yayınları, İstanbul, s.19.

değildir; fakat yadsınamayacak kadar da önemlidir. Bu sebeple mehz ülkeler birbirinden farklı karakteristik özellikler arz etmiş olduğundan bütünüyle çevrilerek yasalaşmış Aile Hukuku'na ilişkin hükümler, yerleştirildiği ülkede uzun süre barınamamış ve beraberinde uyumlaştırma ve değişiklik yasaları gündeme gelmiştir. Öyle de olmak zorundadır. Zira Aile Hukuku'na ilişkin yasalar içinde bulunduğu toplumun karakteristik özelliklerine göre şekillenmeye mahkumdur. Dolayısı ile uyumlaştırılmaya elverişli bir alan değildir¹³³. Hal böyle olmakla beraber Aile Hukuku üzerinde tümüyle Mukayeseli Hukuk'u etkisiz kılmakta doğru bir yaklaşım değildir. İnsanın hangi dil, din, ırk ve kültürden olursa olsun temel özelliklerinin varlığı toplumlar arasında uygulanmış ve tecrübe edilmiş bir takım hadiselerin incelenmesini ve buna göre kendi toplumlarına uyarlanmasını gerekli ve hatta zorunlu kılmıştır¹³⁴.

Aile Hukuku ilk defa 17. ve 18. yüzyılda Tabî Hukuk hakimiyetinde ayrı bir kurum olarak yerini bulmuştur. Böylelikle "Aile Hukuku" terimi de ilk defa Alman Tabî hukukçuları tarafından kullanılmıştır¹³⁵.

Aile Hukuku, Avusturya, Belçika, Fransa, Almanya, Yunanistan, İspanya, Portekiz, Hollanda, İtalya ve Lüksemburg gibi pek çok Avrupa ülkesinde ülkemizde olduğu gibi Medeni Kanun içerisinde düzenlenmiştir. Buna karşın, İsveç, Danimarka ve Finlandiya gibi kuzey ülkeleri ile İngiltere ve İrlanda'da ayrı olarak özel kanunlar ile düzenlenmiştir¹³⁶.

Avrupa Aile Hukuku, özellikle Avrupa İnsan Hakları kapsamındaki sözleşmeler, Avrupa Birliği uyumlaştırma yasaları ve Milletlerarası Özel Hukuk kuralları ile inceleme konusu olmuştur. Uyumlaştırma çalışmalarında en büyük

¹³³Dieter Martiny, "Is Unification of Family Law Feasible or Even Desirable?", Towards a European Civil Code, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 2004, s.307.

¹³⁴Pintens Walter, "Europeanisation of Family Law", in Boele-Woelki, K., Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe, Antwerpen, Oxford, New York, 2003, <http://www.law.kuleuven.be/fvr/Introduction>, E.T. 15.01.2014, s.3.

¹³⁵Schwarz (Davran), s.3.

¹³⁶Canan Yılmaz, "Avrupa Birliğinde Aile Hukuku'nun Uyumlaştırılması", MÜHF-HAD, C.14, S.1-2, s.87.

girişim 1 Eylül 2001 tarihinde bir grup öğretim üyesince kurulan ve kendi içinde iki ayrı gruptan oluşan ve fakat resmileşmeyen “Avrupa Aile Hukuku Komisyonu (CEFL)” dur. Komisyon bağımsız olarak bilimsel açıdan Avrupa’da Aile Hukuku’nun uyumlaştırılması amacına yönelik çalışmalara ışık tutmuştur. Komisyonun sağladığı en büyük yararın Avrupa Aile Hukuku İlkeleri’nin yeknesaklaştırılması olabileceği düşünülmektedir¹³⁷.

Komisyon 2004 yılında “Boşanma ve Eski Eşler Arasındaki Nafakaya İlişkin Avrupa Aile Hukuku İlkeleri” başlıklı iki bölüm ve toplamda yirmi maddeden oluşan ilk ilkeleri düzenlemiştir¹³⁸. Özellikle “Anlaşmalı Boşanma” ilkelerin I. Bölümü Boşanma II. Başlık’ta ilke: 1 kapsamında 4, 5, 6 ve 7. maddeler’de düzenlenmektedir¹³⁹. Böylelikle anlaşmalı boşanma Avrupa’da ciddi şekilde

¹³⁷ Yılmaz, s.95-96.

¹³⁸ Yılmaz, s.96.

¹³⁹ Başlık II: Anlaşmalı Boşanma

İlke 1:4 Karşılıklı Anlaşma,

- (1) Eşlerin karşılıklı anlaşmasına dayanan boşanmaya izin verilmelidir. Herhangi bir fiili ayrılık süresi şart değildir.
- (2) Karşılıklı anlaşma, eşlerin evliliğin bittiğine dair anlaşmalarıdır.
- (3) Bu anlaşma, eşlerin birlikte başvurularıyla veya birinin başvurusunu diğerinin kabul etmesiyle oluşabilir.

İlke 1:5 Düşünme Süresi

- (1) Boşanma yargılamasının başlangıcında, eşlerin onaltı yaşından küçük çocukları varsa ve eşler 1:6 ilkesinde öngörülen boşanma sonuçlarının tamamı konusunda anlaşmışlarsa, üç aylık bir düşünme süresi gereklidir. Eşler, boşanmanın tüm sonuçları konusunda anlaşmamışlarsa, altı aylık bir süre gereklidir.
- (2) Boşanma yargılamasının başlangıcında, eşlerin onaltı yaşından küçük çocukları yoksa ve eşler 1:6 ilkesinde öngörülen boşanma sonuçlarının tamamı konusunda anlaşmışlarsa, herhangi bir düşünme süresi gerekli değildir. Eğer, boşanmanın tüm sonuçları konusunda anlaşmamışlarsa, o zaman üç aylık bir süre gereklidir.
- (3) Boşanma yargılamasının başlangıcında, eşler altı aydan beri fiilen ayrı yaşıyorlarsa, herhangi bir düşünme süresi gerekli değildir.

İlke:6 Anlaşmanın İçeriği ve Şekli

Eşlerin anlaşmaya varacakları sonuçlar,

gündeme gelmiş ve Avrupa Birliği'ne üye tüm ülkelere yerleşmesi amaçlanmıştır. Fakat buna rağmen, bugün bile hala Avrupa'da boşanma sebeplerinin çeşitliliği muhafaza edilmek gayreti içerisinde¹⁴⁰.

Boşanma, Avrupa Birliği'ne üye bütün ülke hukuklarında -Malta hariç- düzenlenmiştir¹⁴¹. Kusura dayalı boşanma bugün hukukumuzda olduğu gibi Avrupa'da da birçok bölgede halen varlığını sürdürmektedir. Sadece belli bazı boşanma sebeplerinde kusur şartı aranmamıştır. Bu kapsamda kusur şartının aranmadığı anlaşmalı boşanma sebebi kabul edilmiş; fakat bu da düşüncesizce alınan kararların önüne geçmek adına bazı şartlarla sınırlandırılmıştır¹⁴². Özellikle anlaşmalı boşanma sebebi ile açılan davalarda getirilen anlaşma (protokol, sözleşme) şartı eşlerin boşanma sonrası birbirlerine olan saygılarını korumalarını özellikle çocuklu evlilikler açısından gerekli ve yararlı kılmıştır.

Avrupa'da en çok benimsenen ve genel geçer kabul gören boşanma sebebi "evlilik birliğinin temelinden sarsılması" olarak kabul edilmiştir¹⁴³. Zaten anlaşmalı boşanmanın da temeli buna dayandırılmaktadır. Eşlerin boşanma iradeleri hususunda anlaşmaları ile evlilik birliğinin temelinden sarsıldığının kabulü ile sonuca ulaşılmaktadır. Öyle ki, Alman Hukuku'nda kusura dayanan boşanma sebebi terk edilmiş ve tek bir boşanma sebebi olarak "evlilik birliğinin temelinden sarsılması" düzenlenmiştir¹⁴⁴. Fransız Hukuku'nda ilaveten Türk Hukuku'nda olduğu gibi kusura

-
- (a) Eğer gerekliyse çocuğun yerleşim yeri ve çocuklarla kişisel ilişki kurulmasına dair anlaşmaların da dahil olduğu, ana-babanın çocuğa karşı sorumluluğu,
 - (b) Gerekli olduğunda çocuk nafakası,
 - (c) Malların paylaşımı veya yeniden dağıtılması,
 - (d) Eşler arasındaki nafakadır.

(2) Bu anlaşma yazılı şekilde yapılmalıdır. (Yılmaz, s.97-98.)

¹⁴⁰ Katharina Boele-Woelki/Frédérique Ferrand/Cristina Gonzalez Beilfuss/Maartt Jantera-Jareborg/Nigel Lowe /Dieter Martiny /Walter Pintens, Principles Of European Family Law Regarding Divorce And Maintenance Between Former Spouses, Anwerp-Oxford, 2004, s.13.

¹⁴¹ Yılmaz, s.106; Woelki/Ferrand/Beilfuss/Jareborg/Lowe/Martiny/Pintens, s.14-15.

¹⁴² Woelki/Ferrand/Beilfuss/Jareborg/Lowe/Martiny/Pintens, s.13.

¹⁴³ Martiny, s.321.

¹⁴⁴ Yalçinkaya/Kaleli, s.132; Yılmaz, s.107.

dayanan boşanma sebepleri de kabul edilmiştir¹⁴⁵. İsviçre Hukuku'nda ise yine Alman Hukuku'nda olduğu gibi kusura dayanan boşanma sebeplerinden vazgeçilmiş ve giderek artan boşanma sayısı anlaşmalı boşanmaya teşvik ve yönlendirmeyi beraberinde getirmiştir¹⁴⁶.

Anlaşmalı boşanma imkanının bulunduğu ülkelerden sadece Avusturya, Belçika, Bulgaristan, Fransa, Yunanistan ve Portekiz eşler arasında boşanmanın sonuçlarına ilişkin bir sözleşmenin varlığı şartını aramaktadır¹⁴⁷. Buna karşın “evlilik birliğinin temelinden sarsılması” konulu bir boşanma davasında ise sadece Almanya, Macaristan, İrlanda ve İspanya'da boşanmanın sonuçları üzerine bir anlaşma aranmaktadır¹⁴⁸. Anlaşmalı boşanma davasının görülebilmesi için, boşanmanın sonuçları üzerinde tarafların anlaşmasının hiç gerek olmadığı Çek Cumhuriyeti, İngiltere, Galler, Finlandiya, İtalya, Hollanda, Norveç, Polonya, Rusya, İskoçya ve İsveç'te ise eşler yine de belli bir ya da birkaç konuda –uygulamada sıklıkla İngiltere'de çocuğun velayeti hususunda olduğu gibi- yine de sözleşmenin yapıldığı görülmektedir¹⁴⁹. Dolayısı ile Avrupa'da boşanmanın sonuçları üzerine bir anlaşmanın gerekliliğinin çok güçlü bir etkiye sahip olmadığı görüşüne katılmak mümkündür¹⁵⁰.

Boşanmanın en önemli sonucu olan çocuğun velayeti hususunda “ortak (birlikte/müşterek) velayet” özellikle Almanya ve İsviçre'de uzun dönem tartışma konusu olmuş ve en son her iki ülke de ortak velayeti kabul etmiştir. Ortak velayet Almanya'da kural olmasına karşın İsviçre'de tarafların talep etmesi halinde ancak hakim kararı ile bir başka alternatif yol olarak düzenlenmiştir¹⁵¹. Ülkemizde ortak velayet ancak evlilik birliği devam ederken kullanılmaktadır. Boşanma sonrası anne ve babanın velayeti ortak kullanmasına imkan yoktur. Ortak velayetin bizim

¹⁴⁵ Yılmaz, s.107.

¹⁴⁶ Özdemir, s.38-39-40.

¹⁴⁷ Woelki/Ferrand/Beilfuss/Jareborg/Lowe/Martiny/Pintens, s.37-38.

¹⁴⁸ Woelki/Ferrand/Beilfuss/Jareborg/Lowe/Martiny/Pintens, s.37-38.

¹⁴⁹ Woelki/Ferrand/Beilfuss/Jareborg/Lowe/Martiny/Pintens, s.41.

¹⁵⁰ Woelki/Ferrand/Beilfuss/Jareborg/Lowe/Martiny/Pintens, s.39.

¹⁵¹ İlknur Serdar, “Birlikte Velayet”, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, <http://webb.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz10-1/5ilknurserdar.pdf>, E.T. 21.01.2015, s.170; Yılmaz, s.107.

ülkemizde de düzenlenmesi gereği doktrinde¹⁵² savunulsa da, zaten birbirleriyle geçinemeyen eski eşlere böyle bir imkanın verilmesi halinde bunun büyük uyuşmazlıklara ve beraberinde çocuğa faydadan çok zarara sebebiyet vereceği görüşüne¹⁵³ katılarak ülkemiz koşullarında yerinde bir düşünce ve düzenleme olmayacağı kanısındayız.

Avrupa’da Aile Hukuku alanında yaşanan en önemli sorunlardan birisi de evlilik dışı birlikteliklerde kendini göstermektedir. Böylesi bir durumda, bu çiftlere evlilik hükümlerinin ne şekilde ve ne dereceye kadar uygulanacağı cevaplanması icap eden bir soru olarak gündeme gelmektedir. Özellikle Alman Hukuku’nda, ülkenin kendi tabiri ile “hayat ortaklığı veya hayat arkadaşlığı¹⁵⁴”nın kurulduğu hallerde evliliğe ilişkin hükümlerin uygulanmasından kaçınılmaktadır¹⁵⁵. Buna karşın eşcinsel çiftlere, evli çiftlere uygulanan kurallar uygulanmaktadır¹⁵⁶. Fransız Hukuku’nda ise 1999’da Fransız Parlamentosunca kabul edilen sistem geçerli olmuş ve böylelikle evli olmayan çiftlere aralarında sözleşme yaparak hak ve yükümlülükler sahip olmaları sağlanmıştır. Fakat bu hak ve yükümlülükler evliliğe ilişkin hak ve yükümlülükler kıyasla daha düşük seviyede kalmaktadır¹⁵⁷. Yine bu sistem Alman Hukuku’nda olduğu gibi eşcinsel çiftlere de uygulanmaktadır¹⁵⁸. Özellikle ülkeler arası maddi hukuk normlarının farklılığı, uyumlaştırma kapsamında evlilik dışı birlikteliklere ilişkin hak ve yükümlülüklerin eşitliği hususunda bir

¹⁵² Cengiz Koçhisarlıoğlu, Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, Ankara, 2004, s. 244; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, Medeni Hukuk, Ankara, 2000, s. 101; Rona Serozan, Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler, Prof. Dr. Bilge Öztan Armağanı, Ankara, 2008, s. 773; Öztan, Bilge; Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velayet Sorunu, Prof. Dr. Tuğrul Ansay Armağanı, Ankara, 2006, s. 259-260 (Velayet); Bilge Öztan, Aile Hukuku, Ankara, 2004, s. 466-467 (Öztan).

¹⁵³ Hüseyin Hatemi, Aile Hukuku I (Evlilik Hukuku), İstanbul, 2005, s.96; Harun Bulut, Velayet ve Nafaka Davaları, İstanbul, 2007, s.5; Ahmet Cemal Ruhi, Türk Hukukunda Boşanma, Boşanmanın Sonuçları, Ankara, 2004, s.543.

¹⁵⁴ Dural, 2008, s.10.

¹⁵⁵ Martiny, s.322.

¹⁵⁶ Mustafa Dural, “Federal Almanya’nın (Tescil Edilmiş Hayat Ortaklıklarına İlişkin Kanun) Temel Alınarak Eşcinsellerin Birlikte Yaşamalarının Açıklanmasına İlişkin Bir Deneme”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu’na Armağan, Ankara, 2004, 179 vd.

¹⁵⁷ Martiny, s.322-323.

¹⁵⁸ Martiny, s.323.

uzlaşmanın sağlanamayacağı görüşünü getirmektedir ¹⁵⁹ . Dolayısı ile tam bir uyumlaştırmanın gerçekten çok zor ve belki de imkansız olacağına ilişkin bu görüşe katılmaktayız.

¹⁵⁹ Martiny, s.325.

II. BÖLÜM

ANLAŞMALI BOŞANMANIN ŞARTLARI

2.1. Genel Olarak

Anlaşmalı boşanma Türk Medeni Kanunu'nun "Evlilik birliğinin sarsılması" kenar başlıklı 166. maddesinin 3. fıkrası hükmünde düzenlenmiştir. Böylece, evlilik en az bir yıl sürmüş ise eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin açmış olduğu davanın diğer eş tarafından kabulü halinde evlilik birliği temelinden sarsılmış olarak kabul edilmektedir. Bu kapsamda boşanma kararı verilebilmesi için ise hakim tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin özgürce oluştuğuna kanaat etmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların velayeti hususunda taraflarca düzenlenecek anlaşmayı uygun bulması zorunludur. Hakim söz konusu anlaşma üzerinde tarafların ve çocukların menfaatine olmak kaydı ile gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Ancak böylesi bir durumda da yapılan değişiklikler ile ilgili tarafların tekrar anlaşmış olmaları gereklidir. Anlaşmalı boşanma yolunda tarafların ikrarlarının hakimi bağlamayacağına ilişkin TMK. m.184/f.3 hükmü uygulanmaz. Görüldüğü üzere anlaşmalı boşanma yoluna gidilebilmesini kanun belirli maddi koşullara bağlamıştır. Bu bölümde anılan maddi koşulları ayrıca ele alarak inceleyeceğiz.

2. 2. Evliliğin En Az Bir Yıl Sürmüş Olması

2.2.1. Genel Olarak

Türk Hukukunda eşlere bizzat mahkemeye müracaat ile çekişmeli usulde dava açma hakkının tanındığı gibi eşlerin birbirleri ile anlaşmaları sureti ile de boşanmalarına imkan tanınmıştır. Böylelikle taraflar hem daha az masrafla daha kısa sürede istedikleri sonuca ulaşmakta hem de çekişmeli boşanma davası sırasında ortaya çıkan olumsuzluklardan uzak kalmaktadırlar.

Yasa koyucu anlaşmalı boşanma yolunu düzenlerken bu hususu bazı maddi koşullara bağlamıştır. Eşlerin anlaşmalı olarak boşanma yoluna gidebilmeleri için ilk koşul Medeni Kanun m. 166/f.3 hükmü ile yerini bulan evliliğin en az bir yıl sürmüş olması gereğidir. Henüz bir yılı doldurmamış olan eşler için anlaşmalı olarak boşanma imkanı Türk Hukukunda mümkün değildir¹⁶⁰. Dolayısı ile TMK. m.166/f.3 hükmü temelli bir anlaşmalı boşanma davasının görülebilmesi için ilk koşul evliliğin en az bir yıl devam etmiş olmasıdır.

Evliliğin en az bir yıl sürmüş olması gereği ile ilgili doktrin görüşü¹⁶¹ kadar Yargıtay kararları¹⁶² da istikrar arz etmektedir. Kanunun açık ifade şekli ve gerekçesi nazara alındığında aksi bir düşünceye sahip olmak imkanı da görülmemektedir. Şu

¹⁶⁰ Hüseyin Hatemi/Rona Serozan, Aile Hukuku, İstanbul, 1993, s.238; Bilge Öztan, “3444 Sayılı Kanunla Getirilen Değişiklikten Sonra Medeni Kanun’un 134. Maddesi”, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1990, s.129 (Armağan); Turgut Akıntürk/Derya Ateş Karaman, Aile Hukuku, Ankara, 2014, s.270; Özlem Kırbas, Türk Hukukunda Eşlerin Anlaşmasına Dayanan Boşanma, İstanbul, 1994, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.21.

¹⁶¹ Akıntürk/Karaman, s.270; Dural/Öğüz/Gümüş, s.120; Hatemi/Serozan, s. 238; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s.121-122; Yalçınkaya/Kaleli, s.2063

¹⁶² “... Dosyada mevcut nüfus kaydından, tarafların 01.04.2004 tarihinde evlendikleri anlaşılmıştır. Mahkemece, Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesinde öngörülen bir yıllık süre şartının gerçekleşmemiş olması nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” (Yargıtay 2. HD., 26.09.2005 T., 10527 E., 12785 K.)<http://legalbank.net/belge/y-2-hd-e-2005-10527-k-2005-12785-t-26-09-2005>, E.T. 02.12.2014.

“... Toplanan delillerden eşlerin 30.03.2006 da evlendikleri, davanın ise aradan iki ay geçtikten sonra 29.5.2006 da açıldığı anlaşılmaktadır. Anlaşmalı olarak boşanmaya karar verilebilmesi için Medeni Kanunun 166/3. Maddesinde öngörülen bir yıllık süre geçmemiştir. Davanın Medeni Kanunun 166/1-2 maddesi çerçevesinde incelenip değerlendirmesi gerekirken yazılı şekilde boşanmaya hükmedilmesi doğru görülmemiştir.” (Yargıtay 2. HD., 12.04.2007 T., 2007/17160 E., 2007/6186 K.) <http://legalbank.net/belge/y-2-hd-e-2007-17160-k-2007-6186-t-12-04-2007-velayet-hakkini-engelleyecek-nitelikte-sahsi-iliski/403399> E.T. 02.12.2014.

“... Dosyadaki nüfus kaydından tarafların 15.10.2004 tarihinde evlendikleri ve davanın açıldığı tarihte henüz bir yıllık sürenin dolmadığı anlaşılmıştır. Mahkemece, tarafların gösterdikleri delillerin toplanarak, M.K.’nın 166/3. Maddesinde öngörülen bir yıllık süre şartı gerçekleşmeden tarafların kabulüne dayanarak boşanmaya karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” (Yargıtay 2. HD., 03.04.2008 T., 7001 E., 4662 K.) (Ömer Uğur Gençcan, Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku, Ankara, 2013, s.688.)

halde bir yıllık asgari evlilik süresi anlaşmalı boşanma davasının görülebilmesi için gerekli olan bir dava /yargılama şartıdır görüşü yerindedir¹⁶³. Aynı şekilde bir yıllık asgari evlilik süresinin dava şartı olduğu hususu Yargıtay Kararı'nda da dile getirilmiştir¹⁶⁴.

Dava şartları Usul Hukukuna ilişkin bir mesele olup, yargılamanın esasına geçilebilmesi için gerekli olan veya olmayan durumları ifade eder¹⁶⁵. Böylece mahkeme önüne gelen olayda öncelikle usule ilişkin dava şartlarının mevcut olup olmadığını inceler. Davanın görülebilmesi için gerekli dava şartlarının olmadığını belirlediği takdirde ise başkaca bir işleme gerek kalmaksızın esasa girmeden davayı reddeder. Dolayısı ile dava şartları davanın açılması için değil mahkemenin davanın esasına girip inceleme yapabilmesi için gerekli şartlardır¹⁶⁶. Dar ve gerçek anlamda dava şartında davanın esasına girilip inceleme yapılabilmesi için söz konusu dava şartlarının varlığı veya yokluğu gereklidir¹⁶⁷. Dava şartlarının yokluğu halinde davanın esastan değil usulden reddi gerekmektedir¹⁶⁸. Fakat mahkemenin

¹⁶³ Özdemir, s.124.

¹⁶⁴ Karar yazarın görüşünü belirtmesinin ardından yayımlanmıştır. "...Davanın devamı sırasında 21.2.2002 tarihinde evlilik bir yılı doldurduğundan ve tarafların irade açıkladıkları 26.3.2002 tarihinde dava şartı tamamlandığından ve bu nedenle de karar yürürlükteki hukuka uygun olduğundan..." (Yargıtay 2. HD. 13.03.2003T., 2003/2269 E., 2003/3453 K.) (Legal Hukuk Dergisi, Mart, 2003, s.910-911)

¹⁶⁵ Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2013,s.244.

¹⁶⁶ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.244.

¹⁶⁷ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.244; <http://legalbank.net/belge/y-22-hd-e-2012-27447-k-2012-26408-t-26-11-2012/1294512> , E.T. 20.04.2015, "...Dava şartları, mahkemenin davanın esası hakkında yargılamanın devamı için gerekli olan şartlardır. Diğer bir anlatımla, dava şartları, dava açılabilmesi için değil mahkemenin davanın esasına girebilmesi için aranan kamu düzeni ile ilgili zorunlu şartlardır..." (Yargıtay 22. HD., 2012/27447 E., 2012/26408 K., 26.11.2012 T.)

¹⁶⁸ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.245; Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul, 2000, s.243; <http://legalbank.net/belge/y-9-hd-e-2012-11765-k-2012-11159-t-03-04-2012/1171142/%22dava+%C5%9Fart%C4%B1+yoklu%C4%9Fu%22> , E.T. 20.04.2015, "...Dava şartları, mahkemenin davanın esası hakkında yargılamanın devamı için gerekli olan şartlardır. Diğer bir anlatımla; dava şartları, dava açılabilmesi için değil mahkemenin davanın esasına girebilmesi için aranan kamu düzeni ile ilgili zorunlu koşullardır.

HMK.'un 115/2 maddedeki kurala göre ise "Mahkeme, dava şartı noksanlığını tespit ederse davanın usulden reddine karar verir. Ancak, dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün ise

görevsizliği ve yetkisizliği ile ilgili hallerde Yargıtay dava şartı gerçekleşmemiş dahi olsa bunun görevsizlik ve yetkisizlik kararı verilmesine engel olmayacağı görüşündedir¹⁶⁹. Dava şartlarının varlığı veya yokluğu halinde taraflar davanın esasına girilerek görülmesini talep etseler dahi mahkeme bu talebe itibar etmeyerek davayı re'sen reddetmekle yükümlüdür¹⁷⁰. Anlaşmalı boşanma davasının görülebilmesi için hakim ilk önce gerekli olan bir yıllık evlilik süresine ilişkin dava şartının varlığı hususunda inceleme yapacaktır. Bu inceleme hakim in re'sen yapması

bunun tamamlanması için kesin süre verir. Bu süre içinde dava şartı noksanlığı giderilmemişse davayı dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddeder". Düzenleme gereğince, eksik olan bir dava şartı, belirli bir süre verilerek giderilebilecek ise, hakim tarafından eksikliğin giderilmesi için kesin süre verilmesi gerekir. Bu süre içinde dava şartı eksikliği tamamlanmaz ise dava, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddedilmelidir..." (Yargıtay 9. HD., 2012/11765 E., 2012/11159 K., 03.04.2012 T.)

"...Dava şartı olan hukuki yarar şartı tamamlanması gereken şartlardandır. Bu kabule göre ise yine davacı vekiline davasını tam dava olarak devam etmesi ve dava şartı olan hukuki yarar şartında eksikliği gidermesi için HMK.un 115/2 maddesi uyarınca bir haftalık kesin süre verilmesi gerekirken Mahkemece kesin süre verilmeden yazılı şekilde davanın usulden reddi de isabetsizdir..." (Yargıtay 9. HD., 2012/1757 E., 2012/5742 K., 27.02.2012 T.), Baki Kuru/Ali Cem Budak, Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdiği Başlıca Yenilikler, İstanbul Barosu Dergisi, C.85, S.2011/5, s.13.

¹⁶⁹ "...Mahkemenin görevli olması ve kesin yetkinin söz konusu olduğu halde yetkili bulunması, dava şartı olmakla birlikte, bu hallerde, davanın dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine değil, görevsizlik ve yetkisizlik kararı verilmesi gerekir. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 20/1 inci maddesindeki görevli veya yetkili mahkemeye tarafların başvuru sürecini işletebilmeleri ve aynı yasanın 331/2 nci maddesinde yer alan düzenleme dikkate alındığında, görevsizlik veya yetkisizlik halinde, bu yönde karar verilmesini gerekli kılar. Kanun, görevsizlik veya yetkisizlik halinde verilecek kararın ne olduğunu (HMK. md. 20/2, 331/2) ve niteliğini açıkça belirttiğine göre, bu iki halde, "dava şartı" da olsalar, artık usulden ret kararı verilemez. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 115/2 nci maddesindeki "usulden ret kararı verilir" şeklindeki düzenleme görevsizlik ve yetkisizlik halinde bu yönde karar verilmesine mani değildir. Bu bakımdan, görevsizlik ve yetkisizlik halinde, "usulden ret" yerine görevsizlik veya yetkisizlik kararı verilmesi kanundaki düzenlemeye uygun düşer. Bu husus nazara alınmadan yetkisizlik yerine, usulden ret kararı verilmesi de doğru olmamıştır..." (Yargıtay 2. HD. 2013/17546 E., 2014/3949 E., 26.02.2014 T.)<http://legalbank.net/belge/y-2-hd-e-2013-17546-k-2014-3949-t-26-02-2014-2828-sayili-sosyal-hizmetler-kanununa-gore-koruma-karar/1426434> , E.T. 24.04.2015

¹⁷⁰ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.244.

gereken kanuni bir zorunluluktur. Bu minvalde bir yıllık asgari evlilik süresine ilişkin dava şartının¹⁷¹ dar ve gerçek anlamda bir dava şartı olduğu söylenebilir.

Anlaşmalı boşanma istemi içeren bir davada hakim bir yıllık süre şartının gerçekleşmediğini tespit ettiği anda davanın artık anlaşmalı boşanma davası şeklinde devamını düşünmek mümkün olmayacaktır. Buna karşın, yargılama devam ederken gerçekleşen ve eksikliği giderilmiş olan dava şartının varlığı veya yokluğu engelinin aşılması durumunda yargılamaya devam edilmeli ve esasa girilerek karar verilmesi gereği doktrin¹⁷² ve uygulama gereği benimsenmiştir¹⁷³. Gerçekten de bazı durumlarda başlangıçta eksik olan bir dava şartı her nasılsa hakimin gözünden kaçmış olabilmektedir. Özellikle süre, ergin olma, yaş koşulu gibi bazı süreye bağlı özel nitelikteki dava şartları yargılama devam ederken kendiliğinden gerçekleşebilir. Bu gibi hallerde artık mahkemenin davayı dava şartlarının başlangıçta (davanın açıldığı tarihte) yokluğu sebebiyle reddetmeyip esasa girmek sureti ile karar vermesi uygun ve yerinde bir yaklaşımdır.

Bir yıllık evlilik süresinin dolmadığı hallerde, davanın açıkça boşanmak isteyen taraf iradelerinin örtbas edilmesi suretiyle sırf süre (usul)şartı eksikliğinden reddi sonucunu doğurması doğru değildir. Bu durumda istikrar kazanmış Yargıtay Kararları¹⁷⁴ ile dava evlilik birliğinin temelinden sarsılması temelli anlaşmalı boşanma şeklinde bir çekişmesiz yargı faaliyetinden yine aynı sebeple ve fakat bu

¹⁷¹ Özdemir, s.123.

¹⁷² Kuru/Arslan/Yılmaz, s.254; İlhan Postacıoğlu, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976, s.204.

¹⁷³ İstikrar kazanmış Yargıtay Kararları için bkz. dn.165.

¹⁷⁴ "... Taraflar 12.9.2006 tarihinde evlenmişler, bu dava bir yıl geçmeden 19.10.2006 tarihinde açılmıştır. Bu gibi hallerde tarafların iddia ve delilleri toplanıp Türk Medeni Kanununun 166. maddesinin 1.,2. Ve 4. fıkralarına göre değerlendirme yapılmalıdır." (Yargıtay 2. HD., 26.02.2008 T., 5277 E., 2323 K.),Gençcan, s.689.

"...Dosyadaki nüfus kaydından tarafların 07.08.2003 tarihinde evlendikleri ve davanın açıldığı tarihte henüz bir yıllık sürenin dolmadığı anlaşılmıştır. Mahkemece, tarafların gösterdikleri delillerin toplanarak, Medeni Kanunun 166/3. Maddesinde öngörülen bir yıllık süre şartı gerçekleşmeden tarafların kabulüne dayanarak boşanmaya karar verilmesi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur." (Yargıtay 2. HD.,2007/1911 E., 2007/15180 K., 07.11.2007 T.), Gençcan, s.689.

defa TMK m.166/f.1-2 hükmü gereğince çekişmeli yargı faaliyeti ile sonuçlandırılmalıdır¹⁷⁵. Bu durumda taraflara anlaşma yolu ile boşanma halinde gerek görülmeyen delillerin ve olguların ibrazı için hakim süre verecek ve yargılama bu suretle devam edecektir¹⁷⁶. Gerçekten de tarafların birbirlerine uygun iradelerinin mevcut olduğu, reddi halinde yeniden açılması icap edecek davada, dava konusunun ve taraflarının aynı kaldığı böylesi bir durumda aksi düşünce usul ekonomisi ile bağdaşmayacağı gibi devletin vatandaşının hak ve özgürlüklerini korumak görevinde ciddi suretle bir çelişkiye düşmesi hali gündeme gelecektir. Hatta öyle ki, Türk Hukuku'nda boşanma yasağının uygulanmamasına rağmen böylesi bir durumda vatandaşta benzer bir kanı uyanacak ve bu defa birbirleriyle çelişkili yasa hükümleri gündeme gelecek, bunun sonucunda da yargıya olan güven ve saygı zedelenecektir. Bu sebeple davanın tümüyle reddedilmeyip çekişmeli usulde boşanma davası olarak devam edilmesini uygun ve yerinde görmekteyiz¹⁷⁷.

2. 2. 2. Hükümün Amacı

Farklı dünyalardan, kültürlerden ve en önemlisi yaşam tarzından iki insanın evlendikten sonra birbirlerine uyumu ve geçimi derhal beklenebilecek bir durum değildir. Dolayısı ile tartışmalar, uyumsuzluklar bir evlilikte kaçınılmaz bir durumdur. Yeter ki tüm bu uyumsuzluklar istikrar kazanmasın ve eşler tarafından aşılabilsin. Bu yüzden yasa koyucu bir yıllık süreyi belirlerken eşlerin evliliğe ve birbirlerine uyum sürecini göz önünde tutmuş ve bu süreçte ani ve fevri kararlar ile evlilik gibi kutsal bir müessesenin yıkılmasını engellemek istemiştir¹⁷⁸. Fakat tüm bunlara rağmen bu süreçte eşlerin fiilen bir arada olup birlikte yaşamalarını

¹⁷⁵ "...Dosyada mevcut nüfus kaydından, tarafların 3.12.1996 tarihinde evlendikleri anlaşılmış olup, dava tarihine göre henüz bir yıllık yasal süre dolmamıştır. Mahkemece yasal bir yıllık süre şartının gerçekleşmemiş olması nedeniyle tarafların delilleri sorulup gösterdikleri takdirde toplanarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır..." (Yargıtay 2. HD., 2007/16486 E., 2008/16586 K., 03.12.2008 K.)

¹⁷⁶ Hüseyin Hatemi/Burcu Kalkan Oğuztürk, Aile Hukuku, İstanbul, 2014, s.121.

¹⁷⁷ Bu hususta uygulamanın aksine bir yıllık sürenin dolmadığı anlaşıldığında başkaca bir araştırma yapılmaksızın davanın derhal usulden reddedilmesi gerektiği görüşü için bkz. M. Kemal Oğuzman/Mustafa Dural, Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 1998, s.128.

¹⁷⁸ Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, 18. Dönem, 1. Yasama Yılı, S.25, s.399.

aramamıştır. Söz konusu durum doktrinde bir çelişki olarak ifade edilmiş ve sürenin bu suretle amaca hizmet eder mahiyette olmadığı; dolayısı ile de gerekli ve yerinde bir şart olmadığı belirtilmiştir¹⁷⁹. Kaldı ki, bir yıllık evlilik süresinin fiilen birlikte geçirilmiş olma şartı aranmış dahi olsa bugün uygulanmakta olan Merkezi Nüfus İdare Sistemi (MERNİS) ile gerçekte birlikte geçirilmemiş sürenin aksi kolayca ispatlanabilir. Zira evlenme ile birlikte eşlerin yerleşim yerleri sistem kaydı ile birlikte olarak güncellenmektedir. Dolayısı ile eşler fiilen ayrı yaşamış olsalar dahi anlaşmalı boşanma şartlarını sağlayabilmek adına söz konusu kaydı fiilen birlikteliğe dair delil olarak sunup tespit ettirebilirler. Böylesi art niyetli bir durum ise yargıya olan güven ve saygıyı ortadan kaldırmaya eğilimli bir uygulama oluşturabileceği için asla ve kat'a arzu edilemez.

Gerçekten de söz konusu süre öncelikle tarafların birbirlerini tanıyıp anlamaları, birbirlerine ve evliliğe alışmaları açısından oldukça kısa ve yetersizdir¹⁸⁰. Özellikle günümüz toplumunda şehir hayatının yorucu ve tempolu hali, büyük oranda her iki eşinde çalışma hayatının içerisinde bilfiil aktif olması, eşlerin birbirlerini çok az görmelerine ve ortak paylaşımlarının ciddi manada azalmasına sebep olmaktadır. Öyle ki, olağan koşullarda bir yıllık süre içerisinde eşler ancak ortalama bir kez tatil yapabilirler. Bu durumda eşlerin birbirlerini gerçekten tanıyıp, anlayabilmeleri, birbirlerine ve evliliklerine alışabilmeleri için bir yıllık süre oldukça kısa ve yetersiz kalmaktadır. Ne var ki ayrılık fikrini kabul etmiş ve gerçek anlamda evlilik birliğinin sarsılmış olduğu hallerde de süre şartı koyarak eşleri zorla bir arada tutmakta yersiz ve mantıki olmaktan uzaktır. Bu noktada ise hakimın takdir hakkı ciddi manada önem arz etmektedir.

¹⁷⁹ Özdemir, s.122-123; Kırbaş, s.23. Aksi görüşte Şener'e göre, "...süreye ilişkin bu engel gayet yerinde ve mantıkidir. Eşler bir yıldan önce ortak yaşama bilincine tam olarak varamadıklarından, aşırı duygusallıkla yuvalarını yıkabilirler. Amaç bu sonucu engellemektir. Kanun koyucu insanların bu zayıf yönünü gözeterek, iyice düşüncelerini sağlamak için böyle bir süre koymuştur." (Şener, s.4

¹⁸⁰ Öztan, Armağan, s.131. Yazara göre, "...sadece bir yıllık evlilik süresi öngörülmesi fevkalade kısadır; çünkü evlilik birliğini yürütebilmek için tarafların bir seneden daha uzun bir süreye ihtiyaçları vardır. İlk krizden sonra, yeterince düşünülmeden dava açılmamalıdır. Evlilik birliğinin her durumda yürütmesinin imkansız olduğu hallerde eşler zaten M.K. m. 134/1'e dayanarak dava açabilirler. Bu itibarla rızai boşanmaya imkan tanımak suretiyle boşanmanın çabuklaştırılmasının, eşler yönünden fazla bir yarar getireceği düşünülemez."

Bir yıllık sürenin tespiti meselesine gelindiğinde ise önemli olan evliliğin başlangıcı meselesinin tespitidir. Evliliğin hangi tarihten itibaren başlayacağı meselesi Türk Medeni Kanun'u ile düzenlenmeden önce bu husus Yargıtay'ın İçtihadı¹⁸¹ ile çözümlenmiş idi. Böylece evlenme, sözlü bir akit olarak kabul edilmekte ve tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanlarını bildirmeleri anından itibaren evlenmenin kurulduğu kabul edilmekte idi. 1 Ocak 2002 Tarihinde yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu ile bu husus 142. madde ile yasa hükmü haline getirilmiştir. Böylece evlenme tarafların olumlu ve sözlü cevaplarını bildirmeleri ile tamamlanmış olur. Haliyle anlaşmalı boşanma için kanunun aramış olduğu bir yıllık süre de bu andan itibaren başlamış olur.

2. 2. 3. Anlaşmalı Boşanma Davasında Anlaşmalı Ayrılığın Yeri

Türk Boşanma Hukuku'nda TMK. m.166/f.3 hükmüne dayalı anlaşmalı boşanma davasında eşler anlaşmalı ayrılık talebinde bulunamayacakları gibi, hakim de re'sen ayrılık hükmü tesis edemez¹⁸².

Eşlerin anlaşmalı boşanma talepleri gibi anlaşmalı ayrılık talep edip edemeyecekleri hususu doktrinde farklı birçok gerekçe ve fikirlerle tartışma konusu olmuştur. Bir görüşe göre, eşler nasıl anlaşmalı boşanma talep edebiliyorlar ise, eşlerin anlaşmalı ayrılıkta talep etmeleri mümkün olmalıdır¹⁸³.

¹⁸¹ Esat Şener, Tüm Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Ankara, 2000, s.449-454. "...şekle bağlı bir hukuki işlem niteliğini taşıyan evlenme akdinin geçerli olarak meydana gelebilmesi için, evlenecek kişilerin yetkili evlenme memuru önünde sadece irade bildirimlerini bir arada ve sözlü olumlu olarak açıklamaları yeterlidir. Evlenme memurunun aldığı bu olumlu karşılıklar üzerine, evlenmenin kanunca akdedilmiş olduğunu söylemesi bile evlenme akdinin meydana gelebilmesi için esaslı bir unsur olmadığı gibi, yapılan evlenme akdini deftere işleyip altını imzalaması da idari bir şekil işleminden ibaret olup evlenmenin geçerli sayılmasını sağlayacak bir şartı da olamaz." (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, 14.06.1965 T., 1965/3 E., 1965/3 K.)

¹⁸² Öztan, s.421; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s.126; Hatemi/Serozan, s.212; Akıntürk/Ateş Kahraman, s.274; Dural/Öğüz/Gümüş, s.121; Oğuzman/Dural, s.133, Yalçınkaya/Kaleli, s.2080.

¹⁸³ Öztan, 420; Özdemir, s.195.

Diğer bir görüşe göre ise, eşlerin anlaşmalı ayrılık talep etmeleri mümkün değildir¹⁸⁴. Bu görüşte olan yazarlara göre, ayrılık kurumu anlaşmalı boşanmanın mahiyeti ile bağdaşmazken¹⁸⁵, anlaşmalı boşanma halinde boşanmanın yan sonuçları sözleşmesinin yapılması zorunluluğu¹⁸⁶ ayrılık kurumu ile sonuçlandırılmamasının doğal sonucudur.

Yine başka bir görüşe göre, TMK m.166/f.3 hükmü ile açılmış bir anlaşmalı boşanma davası temelinde evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olması esasına dayandığından artık bu evliliğin yeniden kurulması gibi bir ihtimal bulunmadığından, çekilemez hale gelmiş bir evliliğin devamının yahut iyileşmesinin beklenmesi mümkün değildir¹⁸⁷. Öyle ki, artık taraflar evliliğin devamının çekilmez ve beklenemez olduğu hususunda anlaşmaya varmış olduklarından bu hususun ayrıca bir delil ve olgu ile araştırılması hususunda hakimin takdir hakkı dahi elinden alınmıştır¹⁸⁸.

Anlaşmalı boşanma davasında ayrılık hükmünün tesis edilemeyeceğine ilişkin bir başka görüşün gerekçesi ise, bir boşanma davasında ayrılık hükmü verilmesindeki amaç, hakimin mevcut tüm delil ve olguları değerlendirmesi sonucu, tarafların ileride mevcut evliliği devam ettirme ihtimalinin var olmasından kaynaklanmaktadır¹⁸⁹. Oysa TMK. m.166/f.3 hükmü ile açılan anlaşmalı boşanma davasında tarafların herhangi bir delil ve olgu getirmeleri ve evlilik birliğinin sarsıldığı hususunda bir

¹⁸⁴ Hatemi/Serozan, s.238; Ali Öztürk, Aile Hukukunda Ayrılık, Seçkin Yayınevi, İstanbul, 2015, s.134; Mehmet Akif Tutumlu, Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku, C. I-II, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, İstanbul, 2009, s.1122.

¹⁸⁵ Tutumlu, s.1066.

¹⁸⁶ Hatemi/Serozan, s.238.

¹⁸⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, s.125; Oğuzman/Dural, s.133.

¹⁸⁸ Hatemi/Serozan, s.238; Öztan, s.421; Dural/Öğüz/Gümüş; s.125; Tutumlu, s.1066; Oğuzman/Dural, s.133; Karşı görüş için bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, “Medeni Kanununun 3444 Sayılı Kanunla Değiştirilmiş 134. Maddesinin 3. Ve 4. Fıkraları Çerçevesinde Açılan Boşanma Davalarında Hakim Ayrılığa Hükmeyebilir mi?”, Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu’na Armağan, İstanbul, Bayrak Matbaacılık, 1990, s.113-121, s.116.

¹⁸⁹ Öztürk, s.136.

ispat sürecine girmeleri gibi bir durum mevzu bahis değildir¹⁹⁰. Dolayısı ile hakimde ayrılık hükmü verilmesi için ileride evliliğin devamına ilişkin bir kanının oluşması ihtimalinin varlığı düşünülemez¹⁹¹.

Öyle ki, TMK. m.166/f.3 hükmü uyarınca açılan anlaşmalı boşanma davasında hakimin boşanma kararı verebilmesi için tarafları bizzat dinlemesi ve bu hususta taraf iradelerinin serbest olarak açıklandığı sonucuna kanaat etmesi gerekmektedir. Zira hakimin takdir hakkı tarafların boşanma saiklerine ilişkin değildir. Sadece hakim iradelerin özgürce açıklanıp açıklanmadığı hususunu takdir ve tayin edecektir. Şu halde "...bu fıkradaki şartlar çerçevesinde her ikisi de boşanma isteyen taraflar karşısında, hakimin, barışma ümidi görerek ayrılığa karar vermesine yol açabilecek tek vakıa, onun her iki tarafı bizzat dinledikten sonra boşanma konusundaki özgür iradelerinin gerçekte az çok tereddütlü ve kendilerinin kararsız olduğu sonucuna ulaşmasıdır...bu gibi durumlarda, MK. 138/3 gereği ayrılığa hükmetmesine bir engel yoktur..."¹⁹² görüşüne katılmak mümkün değildir. Böyle bir durumda dahi ayrılığa karar verilemez; ancak boşanma iradelerinin özgürce oluşmadığı hususunda kuşkunun uyanması halinde artık dava tümüyle reddedilmelidir¹⁹³.

Bu kapsamda çözüm olarak 1984 Tarihli Öntasarı ve 1985 Tarihli Tasarı döneminde 3444 Sayılı Kanun'un hükümet tasarısında¹⁹⁴ olduğu gibi, ve fakat tasarıdaki kadar uzun bir süre olmaksızın, eşlerin başvurusu üzerine hakimin evliliğin devamı hususunda varacağı kanaat üzerine makul bir süre tam anlamıyla ayrılık olmasa da tarafların düşünmeleri için makul bir süreye hükmetmesi imkanının çok

¹⁹⁰ Öztürk, s.136.

¹⁹¹ Öztürk, s.136.

¹⁹² Kocayusufpaşaoğlu, s.113,118,121; Gerekçeye ilişkin karşı görüş için bkz. Tutumlu, s.1061; Öztan, Armağan, s.128; Öztürk, s.137.

¹⁹³ Özdemir, s.194.

¹⁹⁴ 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisinin Bazı Maddelerinin ve 918 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 49. Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun Tasarısına İlişkin Hükümetçe Teklif Edilen metnin tamamı için bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Dönem 18, Yasama Yılı 1, S. 25, s.16.

daha faydalı olacağı kanısındayız¹⁹⁵. Öyle ki, bu süreçte eşler deyim yerinde ise ayrılığın ve dolayısı ile boşanmanın gerçek tarafı ile yüzleşecek ve kendilerine sağladığı faydalar ile verdiği zararları tespit edebilecektir. Bu süre sonunda boşanma kararı verildiği takdirde bu karar artık çok daha sağlam bir iradenin ürünü olacak ve haliyle daha gerçekçi olacaktır. Aksi yöndeki karar ise zaten arzu edilmeyen boşanma olgusunu ortadan kaldıracaktır.

Boşanma fikrini düşünmeye başlayan eşler, çoğu defa bu kararın vermiş olduğu sıkıntı, üzüntü ve elem içerisinde karşı savunma yapabilmek adına birbirlerine karşı hırçınlaşmakta ve vermiş oldukları menfi kararlarını özellikle kendi vicdanlarını rahatlatmak adına evliliklerinin tüm olumsuz yönlerini düşünmektedir. Dolayısı ile o dönemki psikolojik süreç boşanma temeli üzerine kurulu olmaktadır. Çoğu kez de bu kişilerin kararlarından pişman oldukları ve hatta yeniden eski eş ile evlendikleri dahi görülmektedir. Bu sebeple kararın doğruluğunu çok daha soğuk kanlı bir şekilde değerlendirmek ve sürecin olumlu ve olumsuz yanlarını belirleyebilmek adına hakimin boşanma öncesi bir süre düşünme süresine hükmetmesi, evlilikleri, toplumsal buhranı ve dejenerasyonu engellemek adına yerinde ve fevkalade hukuki bir çözüm yolu olacaktır.

2. 3. Eşlerin Boşanmak Üzere Birlikte Başvurmaları veya Bir Eşin Açtığı Davayı Diğerinin Kabul Etmesi

2. 3. 1. Genel Olarak

Anlaşmalı boşanma mahiyeti itibari ile irade birliğine ve bütünlüğüne dayanmaktadır. Dolayısı ile anlaşmalı boşanmanın gerçekleşebilmesi için bütün hukuk sistemlerinde genel geçerli olmazsa olmaz koşul, eşlerin boşanma hususunda

¹⁹⁵ Benzer düzenleme 11.07.1975 tarihli Boşanma Reformu Kanunu ile Fransız Medeni Kanunu'nun 231. maddesi ile düzenlenmiştir. Buna göre hakim, boşanma iradelerini beyan eden taraflara üç aylık bir düşünme süresi tanıyarak bu süre sonunda boşanma iradelerini tekrar açıklamalarını ve her halukarda altı ay içerisinde yenilenmeyen boşanma talepleri sona ermiş olacaktır. Yalçınkaya/Kaleli, s.2062.

iradelerinin şüpheye mahal vermeyecek şekilde açıkça birleşmesidir. Medeni Kanun'unuzun m.166/f.3 hükmü eşlerin iradelerinin birleştiğini, davanın eşler tarafından müştereken ikame edildiği ya da bir eşin açmış olduğu davanın diğer eş tarafından kabul edildiği yani eşlerin yargılama esnasında anlaşmaları sureti ile ortaya çıktığı hallerde kabul etmektedir. Elbette ki bu irade özgür bir irade ürünü olarak kendini göstermelidir. Dolayısı ile özgür irade beyanları ile birlikte kanunun aradığı diğer şartlarında gerçekleşmesi ile artık evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı kabul edilerek başkaca inceleme ve araştırma yapılmaksızın hakim boşanmaya karar verecektir.

2. 3 2. Eşlerin Mahkemeye Birlikte Başvurması

Anlaşmalı boşanma için eşlerin mahkemeye birlikte başvurması hali Usul Hukuku bağlamında doktrinde uzun dönemlerce tartışılarak bir sonuca gidilmeye çalışılmıştır. Bu kapsamda farklı görüş ve değerlendirmeler yapılmıştır.

Bir görüşe göre, boşanma bir çekişmeli yargı faaliyeti olduğu için anlaşmalı boşanma ancak bir eşin açmış olduğu davanın diğer eş tarafından kabul edilmesi sureti ile yani gerçek anlamda davacı ve davalı sıfatlarının kazanılması ile gerçekleşir¹⁹⁶. Öyle ki, böylesi bir görüşün kabulü anlaşmalı boşanmada eşlerin birlikte başvurma hakkını tümüyle ortadan kaldırmakta ve sadece eşlerden birisi tarafından açılmış davanın diğer eş tarafından kabul edilmesi yolu ile anlaşmalı boşanmanın gerçekleşeceğini göstermektedir. Böyle bir sonuç ise oldukça açık ve net ifade edilmiş TMK. m.166/f.3 hükmü karşısında bir çelişki arz edeceği için kabulü mümkün değildir.

Diğer bir görüşe göre, kanun hükmünün eşlerin birlikte başvurabileceği ifadesi yanlış anlaşılabilir şekilde düzenlenmiş olup buradaki asıl gaye eşlerin iradelerinin boşanma hususunda birleşmesi olarak düşünülmelidir. Söz konusu irade

¹⁹⁶ Ahmet Kılıçoğlu, Türk Medeni Kanununda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Turhan Kitapevi, Ankara, 2002, s.38.

birliği ise zaten hakimin tarafları dinlemesi şartı ile ortaya çıkmaktadır. Dolayısı ile irade birliğinin görünümünü en başta dava ikame edilirken ortak başvuru ile göstermeye gerek yoktur¹⁹⁷. Yine bu görüşte de TMK. m.166/f.3 hükmünde yer alan eşlerin birlikte başvurabileceği açık ifade yok sayılmaktadır. Dolayısı ile bu görüşü de kabul etmek mümkün deđildir¹⁹⁸.

Başka bir görüşe göre ise, boşanma davası hiç şüphesiz bir çekişmeli yargı faaliyetidir. Fakat anlaşmalı boşanma kanun hükmünün mahiyeti itibari ile bir çekişmesiz yargı faaliyetidir¹⁹⁹. Dolayısı ile birlikte başvuru halinde dava başından beri çekişmesiz yargıya tabi olurken, başka bir sebeple açılmış boşanma davasında yargılamanın ilerleyen herhangi bir safhasında eşlerin anlaşmaları halinde artık anlaşma anına kadar çekişmeli yargı faaliyeti olan boşanma davası anlaşmadan itibaren bir çekişmesiz yargı faaliyeti olarak kendini göstermektedir²⁰⁰. Dolayısı ile kanunun yanlış anlaşılmaya yol açacak şekilde düzenlendiği görüşü, oldukça açıkça ve net ifade edilmiş kanun hükmünü yok saymayla sonuçlanır ve böylesi bir durumu

¹⁹⁷ Yalçınkaya/Kaleli, s.2061.

¹⁹⁸ Yazarın görüşüne yönelik eleştiriler için bkz. Kırbaş, s.28; Özdemir, s.128.

¹⁹⁹ Yargıtay son dönem kararlarında üstü kapalıda olsa anlaşmalı boşanmanın bir çekişmesiz yargı faaliyeti sayılacağı hususunda görüş bildirmiştir. "...Mahkemece, "dava dilekçesinde geçimsizlik sebebi ve vakıaların açıklanmadığı, delil olarak sadece boşanma protokolü ve nüfus kaydının gösterildiği, bu haliyle dava dilekçesinin Hukuk Muhakemeleri Kanununun 119. maddesi şartlarını taşımadığı, bu nedenle *çekişmeli boşanmaya da dönüşmeyeceği*" gerekçesiyle dava reddedilmiştir. Davalı ile boşanma ve fer'i sonuçlarında anlaştıklarını belirterek boşanma davası açan davacının, dava dilekçesinde, boşanma sebebini göstermesi ve geçimsizliğin dayandığı vakıaları bildirmesi gerekmediği gibi, böyle bir sebep bildirmiş olsa bile bunun hangi delillerle ispat edileceğine ilişkin bir delil bildirmesi de gerekmez. Çünkü davayı açarken anlaşmalı boşanma kararı verileceğine ilişkin bir beklentisi vardır. Bu beklenti sebebiyle boşanma sebebini göstermemiş ve uyuşmazlık çıkmayacağı inancıyla delil bildirmemiştir. Bu bakımdan, "anlaşmalı boşanma" talebiyle yapılan bir başvuru dilekçesinin içeriğinde Hukuk Muhakemeleri Kanununun 119'ncü maddesinin (1.) fıkrasının (e) ve (f) bentlerindeki hususların aranması doğru ve gerçekçi bir yaklaşım değildir. Açıklanan hususlardaki gereklilik, anlaşmalı boşanma kararı verilmesinin mümkün bulunmadığının anlaşılmasından sonra söz konusu olabilir... Davalının anlaşmalı boşanma talebine karşı çıkmasıyla dava kendiliğinden çekişmeli hale gelmiştir... " (Yargıtay 2. HD.,2013/26237 E., 2014/10618 K., 08.05.2014 T.)<http://legalbank.net/belge/y-2-hd-e-2013-26237-k-2014-10618-t-08-05-2014-anlasmali-bosanma-istemi/1417826> , E.T. 21.04.2015.

²⁰⁰ Özdemir, s.128-129; Öztan, s.464; Aksi yönde görüş için bkz. Akıntürk, s.270.

da kabul etmek mümkün değildir²⁰¹. Anlaşmalı boşanmayı çekişmesiz yargı faaliyeti olarak kabul eden görüşe göre, böylesi bir durumda Usul Hukuku bağlamında davacı ve davalı terimleri gerçek anlamda yerini bulmaz; dolayısı ile gerçek anlamda bir davanın varlığından söz edilemeyeceği²⁰² için artık davacı ve davalıdan değil ancak “dilekçe verenler, talepte(istemde) bulunanlar, boşanmak isteyenler”den bahsetmek daha uygun olur²⁰³. Böylelikle birlikte başvurma iradesinin mahiyeti de gereği gibi yerine getirileceği için bu görüşün ayrıca Usul Hukuku bağlamında da yerinde olduğu kanısını taşımaktayız.

Bir başka görüş ise daha farklı bir yaklaşımla eşlerin birlikte başvurmamaları halinde anlaşma iradesinin daha işin başında yerine getirilmediği için hakim tarafından başkaca bir inceleme ve araştırma yapılmasının gerekli olmadığı; kamu düzenine ilişkin olan böylesi bir şartın yerine getirilmemesi sebebiyle artık hakimin tarafları bizzat dinlemesinin ve boşanmanın sonuçları üzerine tarafların anlaşmalarını sağlamasının uygun olmadığıdır²⁰⁴. Söz konusu görüş, anlaşmalı boşanmanın eşlerden biri tarafından açılmış davanın diğeri tarafından da kabul edilerek gerçekleştirilebileceğini düzenleyen TMK. m.166/f.3 hükmünü yok sayar mahiyette olması hasebiyle kabulü mümkün değildir²⁰⁵.

Anlaşmalı boşanma halinde, eşlerin boşanma hususunda iradelerinin birleştiği anda artık evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı kabul edilmektedir. Boşanmaya sebep olan vaka ve olayların ayrıca dermeyan edilmesi gerekmemektedir²⁰⁶. Bu safhada artık tarafların boşanma sebeplerine ilişkin olayları ve gerekçeleri mahkemeye açıklamalarına ve bildirmelerine gerek yoktur. Yeter ki, tarafların birbirlerine uygun boşanma isteklerini yansıtan iradeleri hür ve özgür bir biçimde

²⁰¹ Özdemir, s.128.

²⁰² Oysa Yargıtay, kararlarında istikrarlı bir biçimde dava tabirini kullanmakta ve anlaşmalı boşanmanın mahiyetine aykırı hareket etmektedir. Umarız en kısa sürede bu usuli mesele bir kararla düzeltilir.

²⁰³ Özdemir, s.129.

²⁰⁴ Kırbaş, s.28.

²⁰⁵ Özdemir, s.129.

²⁰⁶ Öztan, s.128.

açıklansın²⁰⁷. Dolayısı ile tarafların ortak iradelerini yansıtan boşanma talepleri ile artık evlilik birliğinin temelinden sarsıldığıнын kabulü aksi ispat edilemez mahiyette bir karine olarak kabul edilmektedir²⁰⁸. Burada yazarın hem karine şeklinde ifade edip hem de aksinin ispatını yok sayması kendi içinde bir çelişki oluşturmaktadır. Bu yüzden tarafların boşanma iradelerinin birleştiği noktada artık evlilik birliğinin temelinden sarsıldığıнын kabulünü salt karine şeklinde değil ancak kesin karine ya da faraziye şeklinde yorumlamanın hukuksal açıdan daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

2. 3. 3. Bir Eşin Açtığı Davanın Diğer Eş Tarafından Kabulü

2. 3. 3. 1. Kabul Beyanı

Türk Medeni Kanunu m.166/f.3 hükmü açıkça ve net bir ifade ile bir eş tarafından açılmış olan davanın diğer eş tarafından kabulü halinde artık anlaşmalı boşanmaya dayalı davanın sübut edeceğini düzenlemiştir. Davanın kabulü, davacının taleplerini davalı tarafın kısmen ya da tamamen kabul etmesi ile yargılamanın sona erdirilmesini sağlayan taraf işlemidir (HMK. m. 308). Davanın kabulü, davalının tek taraflı irade açıklaması ile nihai hükmün kesinleşmesine kadar gerçekleştirilebilir (HMK. m.310). Dava kısmen kabul edilebileceği gibi tamamen de kabul edilebilir. Davanın kısmen kabulü halinde yargılama sadece kabul edilen talebe ilişkin son bulurken, kabulün gerçekleşmediği başkaca talepler bakımından devam etmektedir ²⁰⁹. Davanın kabulü, mahkemeye verilecek bir dilekçe ile gerçekleştirilebileceği gibi yargılama sırasında sözlü beyanın duruşma tutanağına derc edilmesi ile de gerçekleştirilebilir (HMK. m. 309). Kabul tek taraflı irade açıklaması ile gerçekleştiği için ayrıca davacının ya da mahkemenin kabulüne bağlı

²⁰⁷ “...mahkemenin yapacağı iş, bu boşanma arzusunun serbest iradenin kabulü olup olmadığını araştırmaktan ibarettir. Başka bir anlatımla, boşanma sebebi ne olursa olsun, hatta ister açıklansın ister olayımızda olduğu gibi saklı tutulsun, şayet boşanma arzusu bir tahdit, tazyik ve buna benzer iradeyi fesada uğratacak hiçbir etken olmaksızın tüm samimiyeti ve içtenlikle vaki ise olayda yasanın aradığı şartın oluştuğunu kabul etmek gerekir...” (Yargıtay 2. HD. 25.06.1990 T., 1990/1721 E., 1990/6558 K.)

²⁰⁸ Kırbaş, s.29.

²⁰⁹ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.509.

değildir. Davanın kabulü, kabul edilen kısım açısından mevcut ihtilafı bütünüyle ortadan kaldırdığı için mutlak surette kayıtsız ve şartsız gerçekleştirilmelidir (HMK. m. 309/f.4).

Boşanma davalarında davanın kabulü meselesinde evlilik birliğinin temelinden sarsılması temelli anlaşmalı boşanma yoluna gidebilmek için ise davanın sadece TMK. m.166/f.1-2 hükmü ile mi açılacağı yoksa kanunun saydığı başkaca diğer özel ve genel boşanma sebepleri ile açılmış olan davalarda da davanın kabulünün TMK. m.166/f.3 hükmü sonucunu doğurup doğurmayacağı meselesi doktrinde tartışma konusu olmuştur.

Baskın görüş ve Yargıtay uygulaması²¹⁰, davanın kabulü halinde TMK. m.166/f.3 hükmü ile anlaşmalı boşanmaya karar verilebilmesi için davanın mutlaka

²¹⁰ "... Medeni Kanununun 134/3. maddesine göre; evlilik en az bir yıl sürmüşse, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu halde, maddede yazılı diğer şartlar da oluşmuşsa tarafların anlaşmaları ile boşanmaya karar verilebilir. Görüldüğü gibi tarafların iradelerinin birleşmesi ancak evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına karine oluşturur. Bu irade birleşmesi diğer boşanma sebeplerinin varlığını kabule yeterli değildir. "Hakim boşanmaya veya ayrılık için sebep gösterilen hadiselerin mevcudiyetine vicdanen kani olmadıkça sabit addedemez" (MK. 150/1). "Hakimbeyinatı serbestçe takdir eder" (MK. 150/4). O halde fiili ayrılık (MK. 134/son, geçici 1.) sebebine dayanan davalarda tarafların birleşen beyanları veya anlaşmaları boşanma sebebinin gerçekleştiğini kabule yeterli değildir..." (Yargıtay 2. HD. 1990/11052 E., 1991/1198 K., 28.01.1991 T.) , YKD., C.17, S.7, Temmuz-1991, s.999-1000.

"... Davacı koca terk sebebine dayanarak boşanmalarına karar verilmesini istemiş, mahkemece davalının 26.5.2006 tarihli oturumdaki "davayı kabul beyanına dayanılarak Türk Medeni Kanununun 166/3. Maddesi gereğince tarafların boşanmalarına karar verilmiştir. Türk Medeni Kanununun 166/3. Maddesi ancak Medeni Kanununun 166. Maddesine dayanan davalarda gerçekleşebilir (Y.2.HD.nin 11.5.1992 tarihli 5157-5357 sayılı 11.1.1995 tarihli 13182-152 sayılı kararları) Türk Medeni Kanununun 166. maddesine dayalı açılmış bir dava olmadığı halde ve Türk Medeni Kanununun 184/3, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 95/2. Maddeleri uyarınca kabulün hukuki sonuç doğurmayacağı gözetilmeden boşanma hükmü tesisi doğru değildir. Mahkemece taraf delilleri toplanarak Türk Medeni Kanununun 164. maddesi çerçevesinde değerlendirilip sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken bu yön gözetilmeden yazılı şekilde Türk Medeni Kanununun 166/3. Maddesi uyarınca hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır." (Yargıtay 2. HD., 2006/16638 E., 2007/5405 K., 02.04.2007 T.) , Gençcan, s.693.

evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olması sebebine dayanan TMK. m.166/f.1-2 hükmü ile açılması gerektiğidir²¹¹.

Karşıt görüşte olanlara göre ise, davanın mutlak surette evlilik birliğinin temelinden sarsılması hukuki sebebine dayandırılarak açılmasına gerek yoktur²¹². Boşanma davası kanunda yer alan başkaca bir sebeple de açıldığı hallerde yine davalı eş tarafından davanın kabulü halinde anlaşmalı boşanma hükümleri uygulanmalıdır. Ancak bu halde başkaca sebebe dayandırılan iddiaların ispatı hususunda tarafların ikrarının hakimi bağlamayacağını öngören TMK. m.184/f.3 hükmü yine varlığını korur²¹³.

Öyle ki, ikrar, vakaların ispatının gerekliliğini ortadan kaldırmasına karşın; davanın kabulü yargılamanın sona ermesine sebep olan bir taraf işlemidir. Dolayısı ile davanın kabulü halinde anlaşmalı boşanmaya dayanılarak karar verilmesi halinde TMK. m.184/f.3 hükmünün yok sayıldığı görüşüne²¹⁴ ilişkin eleştirel görüş²¹⁵ bütünüyle yerinde ve uygundur. Ayrıca akıl hastalığı sebebi ile açılmış boşanma davasında, artık tam ehliyetsiz eşin anlaşma hususunda iradesinin noksanlığı ve temsilci vasıtası ile iradenin ortaya konulmasının mümkün olmaması dolayısı ile böyle bir durumda anlaşmalı boşanma yoluna gidilerek karar verilmesi yerleşik Yargıtay Kararları ile mümkün değildir²¹⁶.

²¹¹ Öztan, Armağan, s.128; Kırbaş, s.35; Hatemi/Serozan, s.260; Yalçınkaya/Kaleli, s.2060.

²¹² Oğuzman/Dural, s.129; Özdemir, s.139.

²¹³ Oğuzman/Dural, s.134-135.

²¹⁴ Kırbaş,s.35-36.

²¹⁵ Özdemir, s.140.

²¹⁶ Özdemir, s.136, 139-140.

“... Toplanan delillerden davacının akıl hastalığı sebebiyle vesayet altına alındığı anlaşılmaktadır. Hakim huzurunda vasinin iradesini boşanma doğrultusunda açıklamış olması, boşanma isteğinin şahsa bağlı haklardan olması sebebiyle sonuç doğurmaz. Asilin dinlenme olanağı da yoktur. Bu gibi haller de tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde delilleri toplanıp Türk Medeni Kanununun 166 maddesinin 1. ve 2. fıkralarına göre değerlendirme yapılmalıdır. Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesi şartları oluşmadan, tarafların delilleri sorulmadan ve gösterilen deliller getirilip, tanıkları dinlenmeden olayların varlığının kabulü sonucu, boşanmaya karar verilmesi usul ve yasa hükümlerine aykırıdır...” (Yargıtay 2. HD. 16916 E., 363 K., 12.01.2005 T.) Gençcan, s.698-699.

Şu durumda TMK. m.166/f.1-2 hükmü ile akıl hastalığı sebebi dışında başka bir boşanma sebebi ile açılan davada anlaşmalı boşanma yoluna gidilebilmesi ancak davanın ıslahı ile mümkün olmalıdır.

Islah, derdest davada tahkikatın sona ermesine değin taraflardan her birinin o sürece kadar gerçekleştirmiş olduğu usul işlemlerini kısmen veya tamamen düzeltmesi ya da değiştirmesidir (HMK. m.176,177). Davanın bütünüyle ıslah edilerek yeni bir dilekçe verilmesi sureti ile yeni bir dava ikamesi kural olarak davacı tarafa aittir (HMK. m.180). Islah, karşı tarafın onayına bağlı olmayıp sadece haber vermek amacıyla yapılan tek taraflı hukuki işlemdir (HMK. m.177).

TMK. m.166/f.1-2 hükmü ile m.165 hükmü dışında başka bir sebeple açılan boşanma davasında, davanın ıslah edilmek sureti ile evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedenli boşanma davası şeklinde ikame edilerek, kabul beyanı ile

“... Davacı koca Türk Medeni Kanununun 166/1. maddesi gereğince evlilik birliğinin temelinden sarsıldığından bahisle açtığı davada yargılama sırasında davalı kadının vesayet altına alınarak kısıtlandığı ve davanın velayeti altına konulan annesi tarafından takip edildiği anlaşılmaktadır. Mahkemece, tarafların anlaşmaları üzerine Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesi gereğince boşanmalarına karar verilmiştir. Hakim huzurunda vasinin iradesini boşanma doğrultusunda açıklamış olması, boşanma isteğinin “şahsa sıkı sıkıya bağlı” haklardan olması sebebiyle sonuç doğurmaz. Davacı asilin akıl hastalığı nedeniyle dinlenmesi olanağı olmadığı gibi; dinlense bile beyanın bağlayıcılığı yoktur. Davacının akıl hastalığı hukuki nedenine dayalı boşanma davası da olmadığına göre; akıl hastası olan davalının hareketleri iradi olmadığından, Türk Medeni Kanununun 166/1. Maddesine dayalı davanın reddi gerekirken; yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir...” (Yargıtay 2. HD. 2012/13695 E., 2012/30690 K., 18.12.2012 T.) Gençcan, s.699.

Yargıtay bir kararında ise boşanma sonucunun temyiz sebebi olmaması halinde akıl hastalığının re’sen gözetilerek hükmü bozmayacağı sonucuna varmıştır. “... Akıl hastalığı hukuki sebebine dayalı boşanma talebi de olmadığına göre davanın reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru değildir. Ancak bu yön temyiz edilmediğinden bozma nedeni yapılmamış yanlışlığa işaret edilmekle yetinilmiştir...” (Yargıtay 2. HD. 12680 E.,14604 K., 31.10.2007 T.) Gençcan, s.699.

anlaşmalı boşanma imkanı verilmesi makul ve uygun bir çözüm yoludur. Bu hususta Yargıtay'ın olumlu görüş bildirdiği kararları mevcuttur²¹⁷.

Usul Hukuku gereği davanın kabulü nihai hükmün kesinleşmesi anına kadar gerçekleştirilebilmektedir (HMK. m.310). Boşanma davalarında davanın kabulü anının belirlenmesine ilişkin ise doktrinde farklı yaklaşımlar getirilmiştir.

Bir görüşe göre, anlaşma iradesinin muhakkak davanın başında gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu yüzden ilk duruşmadan sonra gerçekleştirilecek kabul beyanına, eşlerin anlaşma yolu ile boşanmasına imkan verecek şekilde bir sonuç bağlamak mümkün olmamalıdır²¹⁸. Böyle bir görüş tarafların ihtilafsız ve sorunsuz bir şekilde boşanmalarına imkan sağlayan çağdaş ve modern düzenleme niteliği arz eden anlaşmalı boşanma imkanı ciddi bir biçimde sınırlandıracağı için tarafımızca yerinde görülmemektedir. Öyle ki, böylesi bir uygulama durumunda herhangi bir sebeple ilk celseyi kaçırmış tarafları zorla birbirlerine kusur atfettirmek zorunda bırakacak ve istem dışı eşlerin boşanma sonrası ilişkilerine ciddi suretle zarar verecektir. Özellikle bu durumun kanunun sınırlandırması sebebiyle gerçekleştiği hallerde ise hukuk kurallarını toplumsal ilişkiler çerçevesinde düzenlemek görevi üstlenen kanun koyucunun faydadan çok zarara sebep olması ihtimali ise kuvvetle muhtemel olacaktır. Dolayısı ile söz konusu görüşün tarafımızca kabulü mümkün değildir.

²¹⁷ "... Davacı koca terk hukuki sebebine dayanarak boşanma davası açmış, mahkemece ilk celse davalının davayı kabul beyanına dayanılarak Türk Medeni Kanununun 166/3. Maddesi gereğince tarafların boşanmalarına karar verilmiştir. Türk Medeni Kanununun 166/3. Maddesi ancak aynı yasanın 166. maddesine dayanılarak açılmış davalarda gerçekleşebilir. Türk Medeni Kanununun 166. maddesine dayalı açılmış bir dava olmadığı ve usulüne uygun ıslah da bulunmadığı halde Türk Medeni Kanununun 184/3, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 95/2 maddelerince davalının davayı kabulünün hukuki sonuç doğurmayacağı gözetilmeden boşanmaya karar verilmesi doğru değildir..." (Yargıtay 2. HD., 2008/8710 E., 2009/10983 K., 08.06.2009 T.) YKD., C.25, S.9, Eylül 2009, s. 1674-1675.

²¹⁸ Kırbaş, s.37.

Bir başka görüşe göre ise, kabulün muhakkak yargılamanın başında yapılmasına gerek yoktur. Dolayısı ile yargılamanın herhangi bir safhasında deliller toplandıktan sonra bile kabul beyanı ile anlaşmalı boşanma sonucuna gidilebilir. Ancak, kabul beyanının hükmün açıklandıktan sonra gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Öyle ki, hüküm açıklandıktan sonra artık kabul beyanının hüküm doğurabilmesi mümkün değildir²¹⁹.

Bir diğer tarafımızca da kabul edilen görüşe göre ise, Usul Hukuku'nun genel kuralından ayrılmaya gerek ve lüzum yoktur. Dolayısı ile kararın kesinleşmesi anına kadar yargılamanın her safhasında kabul beyanı hüküm doğurmalı ve anlaşmalı boşanmanın diğer şartları aranarak bu kapsamda gereği gibi yargılamanın yapılması sağlanmalıdır²²⁰.

Davanın kabulü, bizzat davalı tarafça yapılabileceği gibi davalının açıkça özel bir kabul yetkisi verdiği vekili aracılığı ile de yapılabilir (HMK. m.74). Boşanma davalarında ise anlaşmalı boşanma yoluna gidebilmek için davalının vekili aracılığı ile gerçekleştirmiş olduğu kabul beyanı TMK. m. 166/f.3 hükmü ile getirilen hakimin tarafları bizzat dinlemesi şartı gereği doğrudan sonuç doğurmaz. Böyle bir durumda hakim, ancak yargılamanın hızlanması için harekete geçecek ve davalıyı kısa bir süre sonraya duruşma günü vererek, mahkemeye kabul beyanının açıklanması için davet edecektir. Kabul beyanında bulunan davalının bunu gerekçelendirmesine gerek olmadığı gibi sonradan kabul beyanından dönmesi²²¹ halinde de neden belirtmesine, bu hususta hakimi ikna etmesine gerek yoktur²²². Dolayısı ile davanın kabulünün Usul Hukuku gereği doğrudan sonuç doğurması boşanma davalarında kendini göstermemektedir.

Davaya son veren taraf işlemi niteliğindeki davanın kabulü halinde artık ihtilaf halindeki dava konusu ortadan kalkar ve maddi anlamda kesin hüküm sonucu

²¹⁹ Öztan, Armağan, s.129; Yalçınkaya/Kaleli, s.2060.

²²⁰ Özdemir, s.141.

²²¹ Daha geniş açıklama için bkz. 2.3.3.2 Kabul Beyanından Dönme.

²²² Kırbaş, s.38.

doğar (HMK. m.311). Dolayısı ile artık aynı taraflar arasında aynı hukuki sebeple yeni bir dava ikame edilemez²²³. Davalı, mahkeme henüz kabul beyanına yönelik nihai hüküm tesis etmemiş olsa bile kabul beyanından rücu edemez²²⁴. Ancak bu safhadan sonra sadece irade bozukluğu hallerine dayanılabilir (HMK. m.311/f.2). Böyle bir halin varlığı halinde ise henüz nihai hüküm tesis edilmemişse aynı dava içerisinde ve fakat nihai hüküm tesis edilmiş ise ayrıca açılacak kabulün feshine yönelik bir davada bu husus dermeyan edilir²²⁵.

2. 3. 3. 2. Kabul Beyanından Dönme

Anlaşmalı boşanma sonucuna götüren boşanma davalarında, davalının kabulünden dönmesi meselesi doktrinde ve Yargıtay Kararlarında farklı yaklaşımlar getirilmiştir.

Bir görüşe göre, kabul beyanının mahkemeye ulaşmasından sonra bu defa hakimin tarafları bizzat dinlemesi şartı gündeme gelmektedir. Dolayısı ile hakimin tarafları bizzat dinlemesi anına kadar ya da en azından bu safhada davalı eş kabul beyanından sebep belirtmeksizin dönebilmelidir. Artık hakimin bizzat dinlemesi safhasından sonra ise kabul beyanından dönülmesine imkan verilmemesi gerekir²²⁶.

Diğer bir görüşe göre ise, Usul Hukukunda yer alan kabul beyanından dönülemeyeceği kuralı anlaşmalı boşanma davalarında uygulanamaz. Anlaşmalı boşanma halinde karar şekli anlamda kesinleşinceye kadar davalı kabul beyanından dönebilmelidir²²⁷. Yazar burada görüşünü gerekçelendirirken bir eşin diğerinin davasının kabulü halinde evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olduğu yolunda kesin bir kanuni karine getirdiğini; fakat davalının yalın olarak davayı kabulünün boşanma

²²³ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.32.

²²⁴ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.32.

²²⁵ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.32.

²²⁶ Kırbaş, s.38-39.

²²⁷ Özdemir, s.144.

sonucuna gitmeye yetmediğini dile getirmiştir²²⁸. Bu noktada yalın olarak davanın kabulünün ne anlama geldiğini ve aradaki farkı anlayabilmiş değiliz. Sonuç olarak tek bir istem var –boşanma talebi- ve dava boşanma davası, dolayısı ile boşanma talebinin kabulü ile boşanma davasının kabulünün farklı bir anlama bağlanmasının ve bu kapsamda farklı bir hukuki sonuca yöneltilmesinin uygun olmadığı kanısındayız. Öyle ki anlaşmalı boşanma iradesi ortaya konulurken tarafların sebep ve gerekçe bildirmelerine gerek yoktur. Hür ve özgür bir biçimde verilmiş boşanma iradesi ile birlikte TMK. m.166/f.3’de yer alan diğer şartların varlığı ile sonuca gitmek için yeterlidir.

Yargıtay’ın bu husustaki görüşü ise, ancak irade bozukluğu halleri ile sınırlı kalmaktadır²²⁹. Öyle ki, Yüksek Mahkeme, ancak kabul beyanından iradeyi bozan nedenlerin varlığı halinde dönülebileceğini öngörmektedir. Özellikle karar gerekçesinde yer alan “...O halde mahkemece hadise olarak ileri sürülen konuda tarafların açıklamaları alınmalı, gerekirse göstereceği delilleri sorulup toplanmalı, deliller Medeni Kanununun 134/3 (Yeni MK. m.166/3) maddesi çerçevesinde değerlendirilerek bir karar verilmelidir...” ifadesi tamamıyla anlaşmalı boşanmayı düzenleyen TMK. m.166/f.3 (Eski MK. m.134/f.3) hükmünün amacına, mahiyetine ve niteliğine aykırıdır. Öyle ki anlaşmalı boşanma halinde boşanmaya sebep olayların incelenmesi, delillerin ikamesi asla ve kat’a anlaşmalı boşanmanın amacı ve ruhu ile bağdaştırılmaz. Ayrıca anlaşmalı boşanma yoluna gidilebilmesi için mutlak surette özgürce açıklanmış irade beyanı gereklidir. Dolayısı ile karara ve kararın gerekçesine katılmamaktayız. Karara muhalif iki üyenin görüşü ve gerekçeleri ise bu ana değin anlatmış ve izah etmiş olduğumuz anlaşmalı boşanma kurumunun mahiyeti ve amacı ile bütünleştiği için bu görüşün yerinde olduğu kanısındayız²³⁰.

²²⁸ Özdemir, s.144.

²²⁹ Yargıtay 2. HD. 8139 E., 1994/8957 K., 03.10.1994 T. (Gençcan, s.663-664)

²³⁰ “... tarafların boşanma konusundaki yalın kabulleri tek başına hukuki sonuç doğurmaz. Zira hakim tarafların iradelerini serbestçe açıklamış oldukları hususunda nesnel verilere dayalı belirtilere inanmış bu konuda vicdani kanaatinin oluşmuş olması gerekir. Davalı bir sonraki oturumda ‘beni evden attı, bu nedenle istemeyerek duyulan tepki sonucu boşanmayı kabul ettim’ şeklindeki beyanıyla açıklamasının serbest irade ürünü olmadığını bir anlık tepkinin yarattığı öfkeden kaynaklandığını

2. 4. Hakimin Tarafları Bizzat Dinlemesi

İster eşler birlikte başvurmuş olsun, isterse bir eşin açtığı davanın diğer eş tarafından kabulü ile gerçekleşmiş olsun, anlaşmalı boşanma yolu ile TMK. m.166/f.3 hükmüne dayanılarak sonuca gidilebilmesi için eşlerin hakim tarafından bizzat dinlenmiş olması gereklidir.

Bizzat dinleme, ister eşlerin birlikte başvurusunda olsun isterse de bir eşin açmış olduğu davanın davalı eş tarafından kabulü ile gerçekleşsin her iki durumda da davacı ve davalı sıfatları ayrılmaksızın dinlenilmesi yasa hükmü gereği zorunludur. Dolayısı ile her iki durumda da hem davacı hem de davalı eşin bizzat hakim tarafından dinlenmesi gerekmektedir. Bu şekilde hakim dinleme sırasında eşlerin içinde buldukları halet-i ruhiye'yi gözlemleyebilecek, hareketlerinden ve ifadelerinden beyanlarının özgürce gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda bir kanaate varabilecektir²³¹.

Anlaşmalı boşanma davası, ister davanın kabulü ile ya da isterse ortak boşanma talebi ile gerçekleştirilmiş olsun her iki durumda da ölçüt açıklanan iradelerin özgür irade beyanı olup olmadığı meselesidir. Beyanların özgür irade ürünü olup olmadığı hususunda ise hakim gerekli her tür inceleme ve araştırmayı yapmakla yükümlüdür. Bu hususta kanun gerekçesinde de belirtildiği gibi hakimin

açıklamakla, iradesinin hür bir iradeye dayalı olmadığını belirtmiştir. Belirtilen kabul beyanının serbestçe açıklanan bir irade ürünü olduğu konusunda kuşku yaratılmıştır. Kuşkulu olan bir olayda hür iradenin varlığından söz edilemez. Hakim buna rağmen olayın hür irade ürünü olduğunu kabul ediyorsa bunu kanuni gerekçeleriyle açıklamakla yükümlüdür. Diğer yönden davacının açtığı boşanma davasından feragat etmesi mümkün görülmektedir. Hatta anlaşma koşullarının varlığı dahi feragatin geçerliliğini ortadan kaldırmaya yeterli olmamaktadır. Dairenin ve Hukuk Genel Kurulu uygulamaları da bu yönde kararlılık kazanmıştır. Davalı için kabul edilen feragatin davacı için kabul edilmemesi eşitlik ilkesine de aykırılık oluşturur.” Aynı görüşte Özdemir, s.145.

²³¹ “...Olayımızda cevap dilekçesini tekrarlayan davalının bu beyanının boşanma konusunda hakim önünde dinlenme ve serbest irade açıklaması niteliğinde kabulü mümkün bulunmamaktadır...” (Yargıtay 2. HD., 1989/10796 E., 1990/2176 K., 22.02.1990 T.) YKD., C.16, S.9, Eylül 1990, s.1295-1296.

serbest ve geniş bir takdir yetkisi mevcuttur²³². Aynı şekilde hakim kendisine tanınan bu denli geniş takdir yetkisini ise kullanırken her tür inceleme ve araştırmayı şüpheye mahal vermeyecek derecede özenle yerine getirmekle yükümlüdür. Kaldı ki, 3444 Sayılı Kanun gerekçesinde hakimin tarafları bizzat dinlemesi şartı konulmasının sebebi iradenin özgür bir irade olup olmadığının saptanması içindir²³³. Bu hususta hakim boşanma taleplerinin dayandığı olgular ile altta yatan sebeplerin varlığını aramayacak ve fakat iradeyi sakatlayan hallerin (TBK. m. 30 vd.) varlığı hususunda inceleme ve araştırma yapacaktır²³⁴.

Taraf iradelerinin özgürce açıklanıp açıklanmadığı meselesi kamu düzenine ilişkin bir mesele olduğundan bu hususta hakimin takdir hakkı oldukça geniştir²³⁵. Hakim bu hususta takdir hakkını kullanmadan evvel her tür araştırma ve incelemeyi yapacaktır. Dolayısı ile şüphe halinde salt eşlerin beyanları ile bağlı kalmayacaktır. Açıklanan iradenin özgür bir irade ürünü olmadığını tespiti halinde ise bu defa boşanma talebi gerekçesi ile birlikte reddedilecektir²³⁶. Sonuca gidilmesini gerektiren

²³² Cevdet Yavuz, Türk Medeni Hukuku ve Türk Borçlar Hukuku Mevzuatı, İstanbul, 2014, s.319-320.

²³³ Yalçınkaya/Kaleli, s.2062.

²³⁴ Öztan, Armağan, s.131.

²³⁵ Gençcan, s.697; Kırbaş, s.52; Yalçınkaya/Kaleli, s.2062;

“...Medeni Kanununun 3444 Sayılı Kanunla değişik 134/1. maddesine göre, eşlerin birlikte başvurmaları ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına karinesi sayılır. Başka bir ifade ile, böyle bir durumda hakimin takdir hakkı sonuca etkili olmamakta ve evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına ilişkin delillerin toplanmasına da gerek bulunmamaktadır.

Ne var ki, Medeni Kanununun 3444 Sayılı Kanunla değişik 134/3. maddesi, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına ilişkin boşanma hukuki sebebinin varlığı konusunda takdir hakkını ortadan kaldırırken hakime de boşanmaya karar verebilmesi için zorunlu üç unsurun varlığını kendiliğinden (re’sen) araştırma yetkisi ve yükümlülüğü vermiştir. Buna göre aranacak hususlar; evlilik birliğinin en az bir yıl sürmüş olması, boşanmaya ilişkin olmak üzere tarafların iradelerinin yargılamada serbestçe açıklanmış bulunması ve boşanmanın mali sonuçları ile ilgili olarak taraflarca mahkemeye bir anlaşma (düzenleme) metninin sunulması ya da bu husustaki anlaşmanın tutanağa geçirilmiş olmasıdır. Bu yön, kamu düzenine ilişkin olup mahkemece re’sen gözetilmesi ve herhangi birinin yokluğu halinde açılan davanın reddi gerekmektedir...” (Yargıtay 2. HD., 1989/10796 E., 1990/2176 K., 22.02.1990 T.) YKD., C.16, S.9, Eylül 1990, s.1295-1296.

²³⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, s.121.

tarafların iç iradeleri ise TMK. m.166/f.3 hükmü temelli anlaşmalı boşanma davalarında aranmayacaktır²³⁷. Öyle ki, TMK. m.166/f.3 hükmünün açık ifadesi ile hakimin boşanma kararı verebilmesi için eşleri bizzat dinlemesi ve bu dinleme esnasında açıkladıkları iradelerinin özgürce oluştuğuna kanaat etmesi gerekmektedir. Bu sebeptir ki bu hususta vekaletnamesinde özel bir yetki bulursa dahi bu defa HMK. m.78 hükmü burada uygulanamayacak ve vekil aracılığı ile hareket edilemeyecektir²³⁸. Yine aynı şekilde açıklanan irade beyanlarının özgürce

“...Taraflar, 5.11.2009 tarihli oturumda bizzat beyanda bulunarak, boşanma ve fer’ileri konusunda anlaşıklarını, dosyaya sundukları protokol gereğince boşanma kararı verilmesini istemişlerdir. Beyanları zapta geçirilmiş ve imzaları alınmıştır.

Bu durumda, Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesindeki boşanma koşulları oluşmuştur.

Anlaşmalı boşanma koşullarının oluştuğu ve karar vermeye bir engelin bulunmadığı oturumda herhangi bir sebeple karar verilememiş ve duruşma başka bir güne bırakılmışsa tarafların (asılların) bizzat sonraki oturumlarda da hazır bulunma zorunluluğu bulunmamaktadır.

Tarafların, Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesi kapsamında oluşan ve taraflarca bizzat hakime bildirdikleri, iradelerinin serbest iradeleri olmadığına ilişkin kanaatin dayanağı ve gerekçesi gösterilmeden, hata, hile, tehdit altında alındığı da iddia ve ileri sürülmemiş ve bu konuda herhangi bir kanıt da gösterilmemiş olduğundan; bu beyanlarının hakimi bağlayacağı gözetilmeden, Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesi gereğince boşanma kararı verilmesi gerekirken, yazılı şekilde davanın reddi doğru görülmemiştir...” (Yargıtay 2. HD., 2010/9743 E., 2011/12657 K., 19.07.2011 T.)

²³⁷ “...Mahkemece davanın reddine esas alınan “davacının babasından dulluk maaşı almak düşüncesi ile davayı açmış olabileceği” şeklinde ifade edilen saike ilişkin olup boşanma konusunda serbest iradeyi ortadan kaldırmaz...” (Yargıtay 2. HD., 8625 E., 9559 K., 20.10.1993 T.)

Aynı dairenin daha sonra değişen ve istikrar kazanan aksi görüşü hakim olsa da anlaşmalı boşanma davalarının mahiyeti gereği uygun bir yaklaşım olmamıştır. “... tarafların yetim aylığı alma, eşin borcu sebebiyle malları takip ve hacizden kurtarma gibi mali sebeplerle boşanma isteğinde birleşmeleri, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına karine oluşturacak bir irade açıklaması olamaz...” (Yargıtay 2. HD., 7288 E., 9704 K., 17.01.1991 T.); Yargıtay 2. HD., 238 E., 9704 K., 01.07.1992 T.

²³⁸ Bu hususta Yargıtay istisnasız kökleşmiş kararları ile istikrar göstermektedir.

“... Davada taraflar bizzat mahkemede hazır bulunmamışlar, kendilerini vekil ile temsil ettirmişlerdir. Bu suretle boşanma isteğinin tarafların serbest iradelerinin mahsulü olduğundan bahsedilemeyeceğinden, davanın reddine karar verilmesi gerekir...” (Yargıtay 2. HD., 1989/10658 E., 1990/200 K., 03.04.1990 T.)

“... Taraflar hazır bulunup, bizzat anlaşıklarını açıklamaz veya hakim, tarafların anlaşmalarını uygun bulmaz ise, taraflardan delilleri sorulup, toplanması sonucunda evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olup olmadığının anılan Kanunun 184. Maddesi çerçevesinde takdir edilirken,, davalı asil

oluşturduğuna ilişkin bir diğer kıstas iradelerin samimi olması gerektiğidir²³⁹. Yargıtay yerleşik kararları ile uzun süre tebliğe çıkarılmamış kararın dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağı için anlaşmalı boşanma yolu ile hüküm tesisini usul ve yasaya aykırı bulmaktadır²⁴⁰. Bu hususta eleştirel görüşe göre, eşlerin özgürce oluşmuş

dinlenilmeksizin vekilinin beyanı ile yetinilerek davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır...” (Yargıtay 2. HD., 12769 E., 14617 K., 07.12.2004) Gençcan, s.696.

“... Taraflar birlikte düzenledikleri protokol uyarınca boşanma isteminde bulunmuşlardır. 27.1.2004 tarihli oturumda bu konudaki beyanlarını imzalamışlar, davacı koca protokol dışında, kira, aidat ve yakıt masraflarını da ödeyeceğini beyan ettiği halde bu hususta davalı kadının beyanı alınmadığı gibi hükümde de bu hususa yer verilmemiştir. Bu durum karşısında Türk Medeni Kanununun 166/3. Madde koşulları gerçekleşmediğinden hükmün bozulması gerekmiştir...” (Yargıtay 2. HD., 7490 E., 10334 K., 21.09.2004 T.) Gençcan, s.696.

“...Taraflar hazır bulunup, bizzat anlaşıklarını açıklamaz veya hakim, tarafların anlaşmalarını uygun bulmaz ise, taraflardan delilleri sorulup toplanması sonucunda evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olup olmadığının Medeni Kanununun 184. maddesi çerçevesinde takdiri gerekirken, davacı ve davalı dinlenilmeksizin taraf vekillerinin beyanı ile yetinilerek eksik inceleme ile boşanma hükmü kurulmuş olması usul ve yasaya aykırıdır...”(Yargıtay 2. HD., 2005/18939 E., 2006/3200 K., 13.03.2006 T.)

“...Taraflar hazır bulunup, bizzat anlaşıklarını açıklamaz veya hakim tarafından anlaşmalarını uygun bulmaz ise, taraflardan delilleri sorulup toplanması sonucunda evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olup olmadığının Türk Medeni Kanununun 166/1-2. maddesi çerçevesinde takdiri gerekirken (TMK.m.184) davacı ve davalı asil dinlenilmeksizin taraf vekillerinin beyanı ile yetinilerek eksik inceleme ile boşanma hükmü kurulmuş olması usul ve yasaya aykırıdır...” (Yargıtay 2. HD., 2007/16491 E., 2008/16567 K., 03.12.2008 T.)

²³⁹Gençcan, s.703.

²⁴⁰ “... Davacı koca tarafından açılan dava sonunda Türk Medeni Kanununun 166/3. Maddesi uyarınca boşanmaya karar verilmiştir. Buna rağmen tarafların hükmü tebliğ ettirmeyip 1,5 yıl kadar evlilik birliğini sürdürmeleri boşanma iradelerinin samimi olmadığını gösterir. 1,5 yıldan sonra hükmün tebliğ ettirilmesi Türk Medeni Kanununun 2. maddesindeki dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz. Açıklanan sebeplerle davanın reddine karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir...” (Yargıtay 2. HD., 2012/8966 E., 2012/26595 K., 08.11.2012 T.) Gençcan, s.703.

“... Tarafların anlaşarak boşanma taleplerine ve bu yönde hüküm almalarına rağmen, hüküm tebliği verilmeyip bir yıl birlikteliğin sürdürülmesi, açıklama iradelerini samimi olmadığını gösterir. Bir yıl sonra hükmün tebliğ ettirilmesi Medeni Kanununun 2. maddesi ile bağdaşmaz...” (Yargıtay 2. HD., 16222 E., 777 K., 02.02.2006 T.) Gençcan, s.703.

“...Tarafların anlaşarak boşanma taleplerine ve bu yönde hüküm almalarına rağmen, hüküm tebliği verilmeyip üç yıl birlikteliğin sürdürülmesi, açıklanan iradelerinin samimi olmadığını gösterir. Üç yıl sonra hükmün tebliğ ettirilmesi Türk Medeni Kanununun 2. maddesindeki dürüstlük kuralı ile

iradelerinin tespit anı hakimın bizzat dinleme anıdır; dolayısı ile bu an itibari ile özgür iradenin gerçekleştiği saptanmış ise artık TMK m. 166/f.3 hükmü ile sonuca gidilmesi uygun olup sonrasında gelişen olaylarla aksi bir düşünceye hakim olmak doğru değildir²⁴¹.

Hakim, anlaşmalı boşanma talebinde bulunan eşleri bir arada ya da ayrı ayrı dinleyebilir²⁴²; fakat her ikisini de aynı celsede dinlemesi gerektiği görüşünün²⁴³ aksine ayrı celselerde dinleme ile aynı celsede dinleme arasında özgür iradenin saptanması hususunda ciddi bir fark olmayacağı kanısı ile tarafları bir arada dinlemenin güçlük yaratacağı hallerde, ayrı celselerde de dinlenebileceği görüşünü²⁴⁴ daha yerinde bulmaktayız. Pek tabii ki hakim isterse ayrı celsede dinlenmiş eşlerin bir kez daha aynı celse içerisinde dinlenmesine ve hatta defalarca da dinlenmesine karar verebilir. Bu husus uygulamada güçlük yaratmış olsa da iş yükünün hayli fazla olduğu Aile Mahkemeleri'nde hakimın gözlemlerini bir sonraki celse kuvvetle unutabilme olasılığı karşısında yasa hükmünün amacını gerçekleştirmede oldukça yerinde bir yaklaşımdır. Bu doğrultuda daha evvel hakim huzurunda dinlenmiş ve her nasılsa o celse karar verilemediği durumlarda bir sonraki celsede hakim değişikliği söz konusu olmuş ise eşlerin bu defa kararı verecek olan hakim tarafından tekrar ve bizzat dinlenmesi uygun olacaktır. Zira geniş takdir hakkı sahibi hakim tarafların beyan ettikleri iradenin özgürce oluştuğu hususunda kani olmalı ve bunun

bağdaşmaz. Bu nedenle kararın bozulması gerekmiştir..." (Yargıtay 2. HD., 3032 E., 5522 K., 25.03.2009 T.) Gençcan, s.703.

"...Tarafların anlaşarak boşanma taleplerine ve bu yönde hüküm almalarına rağmen, hüküm tebliği verilmeyip bir yıla yakın birlikteliğin sürdürülmesi, açıklanan iradelerinin samimi olmadığını gösterir. Tarafların halen aynı adreste birlikte oturdukları da tebligat parçalarından anlaşılmaktadır. Bir yıl sonra hükmün tebliğ ettirilmesi Medeni Kanununun 2. maddesi ile bağdaşmaz. Bu nedenle hukuka aykırı olan hükmün bozulması gerekmiştir..." (Yargıtay 2. HD., 11674 E., 14473 K., 19.10.2005 T.) Gençcan, s.703.

Aynı doğrultuda daha fazla karar için bkz. Gençcan, s.703-704. Yargıtay 2.HD., 16350 E., 1814 K., 18.02.2004 T.; Yargıtay 2.HD., 11443 E., 12452 K., 30.09.2003 T.; Yargıtay 2.HD., 10961 E., 9770 K., 02.07.2008 T.

²⁴¹ Özdemir, s.151.

²⁴² Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.121.

²⁴³ Gençcan, s.696.

²⁴⁴ Özdemir, s.149.

için her tür inceleme ve araştırmayı yapmalıdır. Hal böyle olunca pek tabii ki HMK. m.197 hükmü ile eşlerden birinin istinabe ile beyanının alınarak hüküm tesisi TMK. m.166/f.3 hükmü temelli anlaşmalı boşanma durumunda uygulanamayacaktır^{245/246}. Fakat aynı hakim tarafından bizzat dinlemenin gerçekleştirilmesine olanak tanıyan HMK. m.149 hükmü ile tarafların rızası olmak şartı ile, ses ve görüntü nakledilmesi yolu ile tarafların aynı anda fiilen duruşmaya katılmaları sağlanarak TMK. m.166/f.3 hükmü temelli anlaşmalı boşanma sonucuna gidilmesinde herhangi bir sakınca görülmemektedir²⁴⁷.

Hakim tarafından bizzat dinlenerek duruşma tutanağında geçirilen tarafların beyanları ise HMK. m.154 gereği imza ettirilmelidir²⁴⁸. Taraflara okutulmamış ve tutanağa imzaları atılmamış ise HMK. m.156 hükmü ile ispatı mucip hale gelen yargılama neticesi verilen karar Usul Hukuku bağlamında geçerli olmayıp aynı zamanda kanun hükmüne açıkça muhalefet eder nitelik arz edecektir²⁴⁹.

²⁴⁵ Gençcan, s.697; Özdemir, s.149.

²⁴⁶ Özdemir,s.149. Uygulama böyle bile olsa yazar, burada hükmün amacına aykırılı oluşturduğu gerekçesi ile, İsviçre sisteminde ki gibi dinlemenin istinabe yolu ile ve ayrıca yazılı ve telefon aracılığı ile de gerçekleştirilebileceğini savunmaktadır.

²⁴⁷ Gençcan, s.697.

²⁴⁸ Gençcan, s.697.

²⁴⁹ "... Duruşma tutanağında tarafların imzalarının alınmadığı anlaşılmıştır. Türk Medeni Kanununun 166/3. Maddesi şartları oluşmadan, tarafların delilleri sorulmadan ve gösterilen deliller getirilip, tanıkları dinlenmeden olayların varlığının kabulü sonucu, boşanmaya karar verilmesi usul ve yasa hükümlerine aykırıdır..." (Yargıtay 2. HD. 13622 E., 14897 K., 13.12.2004 T.) Gençcan, s.698.

"... Somut olayda; duruşma tutanağındaki anlaşma beyanında tarafların imzaları bulunmadığından Türk Medeni Kanununun 166/3. maddeye göre boşanma kararı verilemez. Mahkemece bu durumun taraflara açıklanması, tarafların tutanağı imzalamaktan kaçınmaları halinde; Türk Medeni Kanununun 166/1. maddesi çerçevesinde delillerin sorulup işlem yapılması gerekirken yazılı şekilde Türk Medeni Kanununun 166/3. Maddesi uyarınca boşanmaya karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır...Karşı oy: Hükmü temyiz eden davalı temyiz dilekçesinde, anlaşmalı boşanma kararına esas teşkil eden 04.04.2008 günkü oturumdaki beyanının doğruluğunu kabul etmektedir. Tutanağın sahteliği yönünde de bir iddiası yoktur. Temyiz eden davalının da kabulünde olan beyanlara göre Türk Medeni Kanununun 166/3 madde koşulları gerçekleşmiştir. Karardan sonra davalının anlaşmalı boşanmadan feragatinin mümkün olmadığı da dairemizin yerleşik içtihadıdır. İçeriği taraflarca inkar edilmeyen hakim huzurundaki ikrarların, sırf imza noksanı nedeniyle geçersiz sayılması ve hükmün bu nedenle bozulması şeklinde oluşan sayın çoğunluğun görüşüne katılmıyorum..." (Yargıtay 2. HD. 10158 E.,

2. 5. Boşanmanın Mali Sonuçları ile Çocukların Durumu Hususunda Tarafların Yapmış Oldukları Anlaşmanın Hakim Tarafından Uygun Bulunması

2. 5. 1. Genel Olarak

Aile Hukuku'nda boşanmanın hukuk tarafından önem kazanmasına ve yıllarca araştırma ve inceleme konusu oluşturmaya sebep olan en önemli husus boşanmanın yarattığı sonuçlar olmuştur. Öyle ki, taraflar boşanma ile birlikte isterlerse birbirlerini hiç görmez ve farklı hayatlar kurarak bu hayatın içerisinde birbirleri ile hiçbir ilişki ve bağ kurmayabilirler. Bunun için pek tabii ki boşanmanın yarattığı sonuçlar hususunda da tarafların ihtilafsız bir anlaşmaya varmış olması gerekmektedir. Bu sebeple yasa koyucu TMK m. 166/f.3 hükmü ile anlaşmalı boşanma sonucuna varılabilmesi için aynı zamanda eşlerin boşanmanın yarattığı hukuki sonuçlar üzerinde anlaşmış olmasını şart koşmuştur. Böylece madde hükmü gereği boşanma kararı veren eşler, evvela boşanmanın mali sonuçları ile çocukların velayeti hususunda bir anlaşmaya varacaklar; ve bu anlaşmayı hakimin onayına sunacaklar. Bu doğrultuda hakimin anlaşmayı uygun bulduğu hallerde TMK. m.166/f.3 hükmü gereğince anlaşmalı boşanma sonucuna gidilecektir. Boşanmanın fer'i neticelerini oluşturan eşlerin malvarlıkları ile çocuklar hususunda eşlerin anlaşmaya varmalarının akabinde hakimin anlaşmayı uygun bularak onaylaması şarttır²⁵⁰. Böylelikle eşler tarafından gerçekleştirilen anlaşma hakimin onayına sunularak boşanmanın fer'i sonuçlarına ilişkin kararın hakim tarafından verileceği genel kuralı da korunmuş olacaktır²⁵¹. Boşanmanın sonuçlarına ilişkin taraflara verilen böylesi bir imkan ise hem tarafların kendi menfaatlerini daha iyi korumalarına imkan tanıyacak hem de iş yükü bir hayli fazla olduğu bilinen mahkemelerin ve hakimin yükünü önemli miktarda azaltmış olacaktır²⁵².

12081 K., 22.06.2009 T.) Gençcan, s.698. Bu hususta HMK. m.156 hükmüne aykırılık oluşacağı için karşı oy sahibinin görüşünün uygun olmadığı kanısındayız.

²⁵⁰ Turhan Esener, Boşanmanın Fer'i Neticelerine Dair Mukaveleler, AÜHFD, C.VIII, S.3-4, 1951, s.610.

²⁵¹ Ferit H. Saymen/ Halit K. Elbir, Türk Medeni Kanunu, Aile Hukuku, C.III, 2. Bası, İstanbul, 1940, s.266; Köprülü/Kaneti, s.184.

²⁵² Esener, s.611.

Yasa koyucu TMK. m.166/f.3 hükmü ile “...Hakimin... taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır...” diyerek bu hususu emredici bir hukuk kuralı olarak kabul etmiştir. Bunun doğal sonucu olarak da anlaşmalı boşanmanın maddi koşullarından olan hakimin tarafları bizzat dinlemesi şartında olduğu gibi hiç şüphesiz hakimin boşanmanın mali sonuçları ile çocukların velayeti hususunda taraflarca düzenlenecek anlaşmayı uygun bulması koşulu da kamu düzenindedir²⁵³. Bu yüzden ki, bu hükümle yasa koyucu bir yandan taraf iradelerine önem verirken diğer yandan da hakimin müdahalesine ve onayına üstünlük tanımaktadır. Böylelikle yargılama hızlı bir şekilde neticelenebilecek ve haliyle usul ekonomisi şartı gereği gibi yerine gelmiş olacağı gibi boşanma sonrası eski eşler arasındaki ilişkiler daha sağlıklı devam edecektir²⁵⁴. En önemlisi ise kişisel menfaatlerin çatıştığı böylesi bir durumda taraflar “kusur savaşı” içerisine girmeyecekler.

Hakim, boşanmanın mali sonuçları ile çocukların velayeti hususunda tarafların yapmış oldukları anlaşmayı uygun bulmaz ise TMK. m.166/f.3 hükmü ile tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir²⁵⁵. Fakat hakim tarafından yapılacak olan değişiklikler hususunda bu defa yeniden tarafların anlaşmalarının sağlanması şarttır²⁵⁶. Böylelikle

²⁵³ Oğuzman/Dural, s.129; Özdemir, s.152; Öztan, Armağan, s.132.

²⁵⁴ Esener, s.611.

²⁵⁵ “...Medeni Kanununun 134/3. maddesi gereğince boşanmaya karar verilebilmesi için boşanmanın mali sonuçlarını ve çocukların durumunu da belirten anlaşmayı hakimin tarafları bizzat dinleyerek uygun bulması şarttır.

Taraflar tanzim ettikleri protokolü mahkemeye sunarak boşanmaya karar verilmesini istemiş iseler de davacı kadın ve çocuklar için belirtilen nafakaların ve kadın için tazminatın niteliği açıklanmamıştır.

Bu durumda mahkemece nafakalar ile tazminatın niteliğinin taraflardan açıklattırılması, uyuşmaları halinde buna göre nafaka ve tazminat taktiri ile boşanmaya karar verilmesi aksi halde taraflardan delillerinin sorularak, toplanıp sonucuna göre karar verilmesi gerekir...” (Yargıtay 2. HD., 2002/2106 E., 2002/2558 K., 28.02.2002 T.)<http://legalbank.net/belge/y-2-hd-e-2002-2106-k-2002-2558-t-28-02-2002-anlasmali-bosanma/106675> , E.T. 05.05.2015.

²⁵⁶ “...Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesi uyarınca anlaşmalı boşanmaya karar verilebilmesi için, hakimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerini serbestçe açıkladıklarına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi

hakime tanınan üstünlük bir kez daha teyit edilmiş ve hakimin sadece onay mercii görevi görmeyeceği belirtilmiştir.

Hakim'in TMK. m.166/f.3 hükmü ile tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilme yetkisini salt bu konularla sınırlamak mümkün değildir. Bu hususu, yapılan değişikliklerde tarafların ve çocukların menfaatlerinin dikkate alınması gereklidir, şeklinde yorumlamak daha uygun düşmektedir.

2. 5. 2. Anlaşmanın Konusu

TMK. m.166/f.3 hükmü açıkça boşanmanın mali sonuçları ile çocukların velayeti hususunda taraflarca düzenlenecek anlaşmadan bahsetmekle söz konusu anlaşmanın konusunu belli bir çerçevede belirlemiştir. Anlaşmanın konusunun Borçlar Hukuku'nun genel kuralı gereğince emredici hukuk kurallarına, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusunun imkansız olmaması gereklidir (TBK. m.27). Böyle bir anlaşmanın geçerli olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Boşanma kararı taraflar anlaşmış olsalar dahi koşula bağlı olarak

uygun bulması şarttır. Hakim, tarafların ve çocukların menfaatlerini gözönünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü halinde boşanmaya hükmolunur.

Taraflar 18.5.2004 tarihli son oturumda mahkemeye sundukları 15.5.2004 tarihli protokol uyarınca boşanmalarına karar verilmesi istemişlerdir. Mahkemece üçüncü kişileri ilgilendirdiği gerekçesi ile 3.3. ve 3.4. maddelerde belirtilen hususlar dışında protokolün tasdikine karar verilerek, protokolde gösterilen diğer hususlara uygun boşanma hükmü kurulmuştur. Üçüncü kişileri ilgilendirdiğinden bahisle, protokolün 3.3 ve 3.4 maddelerine hükümde yer verilmemesi, protokolde değişiklik yapılması niteliğindedir. Bu konuda tarafların beyanlarının alınması zorunludur. Mahkemece yapılan bu değişiklik hakkında taraflardan bir beyan alınmamış olması nedeniyle Türk Medeni Kanununun 166/3. madde koşulları gerçekleşmediğinden, yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir..." (Yargıtay 2. HD., 2004/9760 E., 2004/11194 E., 04.10.2004 T.) <http://legalbank.net/belge/y-2-hd-e-2004-9760-k-2004-11194-t-04-10-2004-anlasmali-bosanma/107974> , E.T. 05.05.2015.

verilemeyeceği²⁵⁷ gibi taraflarca düzenlenmiş anlaşmanın da açık ve net olması gerekmektedir²⁵⁸.

Böylelikle, taraflar, hakimin onaylaması şartı ile maddi ve manevi tazminat (TMK. m.174) , yoksulluk nafakası (TMK. m.175) , mal rejimi tasfiyesinin ne şekilde gerçekleşeceği (TMK. m.179-180-181) gibi mali konular ile çocukların velayeti ile diğer eşin çocuk ile kişisel ilişkisini, çocuğun menfaatlerine halel gelmeyecek şekilde²⁵⁹ , çocuğa ödenecek nafaka miktarını ve ödeme şekli (TMK.

²⁵⁷ "...Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesi uyarınca anlaşmalı boşanmaya karar verilebilmesi için hakimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerini serbestçe açıkladıklarına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hakim tarafların ve çocukların menfaatlerini gözönünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü halinde boşanmaya hükmolunur.

Hüküm fıkrasının 8. bendinde " Anılan mülkiyet ve intifa devirleri, duruşmanın yapıldığı tarih ile kararın kesinleşeceği tarih arasında yapılmasına, satışlar ve devirler fiilen gerçekleştikten sonra boşanma ilamının kesinleşmesine " denilmiştir. Böylece kararın kesinleşmesi davacının insiyatifine bırakılmıştır. *Boşanma kararı şarta bağlı olarak verilemez.* Mahkemece protokole müdahale edilmesi gerekir. Mevcut hali ile anlaşmanın uygun görülmesi ve buna dayalı olarak boşanmaya karar verilmesi doğru değildir.

Bu açıklamalar doğrultusunda kararın bozulması gerekirken, ilk inceleme sırasında bu husus gözten kaçmış, hüküm yanılıgı sonucu onanmıştır. Bu itibarla davalının karar düzeltme isteğinin kabulü ile dairemiz onama kararının kaldırılması, hükmün bozulması gerekmiştir..." (Yargıtay 2. HD. 2005/6126 E., 2005/7139 K., 02.05.2005 T.) <http://legalbank.net/belge/y-2-hd-e-2005-6126-k-2005-7139-t-02-05-2005-evilik-birliginin-sarsilmasi-nedeniyle-bosanma/425711> E.T. 05.05.2015.

²⁵⁸ "...Davacı Ofelya Vasfiye Yoltay Medeni Kanununun 166/3. maddesi hukuki sebebine dayanarak eşinden boşanma isteğinde bulunmuştur. Boşanma ve ferilerine ilişkin hükmün infazda karışıklık yaratmayacak nitelikte kurulması gerekmektedir. (HUMK. md. 388/son) Mahkemece eşlerin anlaşmalarına konu olan taşınmazlarla ilgili tapu kayıtları mahallinden istenip, üzerindeki takyidatlar araştırılıp, şirket ve araçla ilgili kayıt getirtilip, protokolle mutabakat sağlanıp sonucu uyarınca karar verilmesi gerekir. Eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru görülmemiştir..." (Yargıtay 2. HD. 2006/1308 E., 2006/7577 K., 15.05.2006 T.)

²⁵⁹ "...Medeni Kanunun 134/3. maddesi gereğince boşanmaya karar verilebilmesi için; diğer hususların yanında, hakimin boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hakim tarafların ve çocukların menfaatini nazara alarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü halinde boşanmaya hükmolunur. Davada; hakimin denetim görevini yerine getirmediği ve madde

m.182) gibi konuları serbestçe belirleyebileceklerdir²⁶⁰. Bu hususlarda tarafların anlaşmaya varamadığı ya da anlaşmanın hakim tarafından onaylanmadığı durumlarda bu defa boşanmanın fer'i sonuçlarına ilişkin kararı hakim re'sen düzenler²⁶¹. Fakat hakim tarafından düzenlenen bu hususların mutlaka taraflarca kabul edilmesi, anlaşmanın yeni tesis edilen sonuçlarla birlikte taraflarca kabul edilmesi şarttır²⁶². Hakim tarafından müdahale edilen hususlarda ve yapılan

şartlarının gerçekleşmediği anlaşılmakta ise de boşanma, temyize gelmediğinden bu yön bozma sebebi yapılmamıştır. Ancak, ana yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri, ahlaki gelişmesine engel olacağı yönünde ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadığı ve hemen meydana gelecek tehlikelerin varlığı da ispat edilmediği halde, ana bakım şefkatine muhtaç Uğur'un, babanın velayetine bırakılması usul ve kanuna aykırıdır..." (Yargıtay 2. HD. 1992/13460 E., 1993/664 K., 01.02.1993 T.)<http://legalbank.net/belge/y-2-hd-e-1992-13460-k-1993-664-t-01-02-1993-ana-bakim-ve-sefkatine-muhtac-cocuk/403515> , E.T. 05.05.2015.

"...Müşterek çocuk Arda 30.01.2006 doğumludur. Birbuçuk yaşındadır. Velayeti anneye bırakılan çocukla baba arasında ayın her Cumartesi günü anne yanında kişisel ilişki kurulması annenin velayet hakkını kısıtlayacak niteliktedir. Değişen şartlar karşısında velayetin değiştirilmesi ve kişisel ilişkinin yeniden düzenlemesi de imkan dahilindedir. Bu kuralı bertaraf edecek şekilde ileriki uzun yılları içine alacak şekilde kişisel ilişki kurulması da doğru görülmemiştir..." (Yargıtay 2. HD. 2007/17160 E., 2007/6186 K., 12.04.2007 T.) <http://legalbank.net/belge/y-2-hd-e-2007-17160-k-2007-6186-t-12-04-2007-velayet-hakkini-engelleyecek-nitelikte-sahsi-iliski/403399> , E.T. 05.05.2015.

²⁶⁰ Esener, s.620; Egger (Çağa), s.278, Kırbaş, s.54.

²⁶¹ Esener, s.620.

²⁶² "...a-Eşler anlaşma protokolünü mahkemeye ibraz ederek bu protokol uyarınca boşanmaya karar verilmesini istemişlerdir. Hakim protokola müdahale etmemiştir. (TMK.166/3 m.) Gerçekleşen bu durum karşısında velayetlerin babaya verilmesi gerekirken porokol dışına çıkılarak yazılı şekilde hüküm tesisi doğru değildir.

b-Davalı kadının yoksulluk nafakası isteği bulunmamaktadır. İstek olmaksızın kadın yararına yoksulluk nafakası verilmekle kadın yararına yoksulluk nafakası yönünden hak doğmuştur. Ancak davalı kadın temyiz dilekçesinde nafakayı temyiz ettiğine göre kendi lehine doğan bu haktan feragat etmiştir. Yoksulluk nafakası yönünden de feragat sebebiyle gerekli kararın verilmesi için hükmün bozulması gerekmiştir..." (Yargıtay 2. HD., 2004/3807 E., 2004/4741 K., 14.04.2004 T.) <http://legalbank.net/belge/y-2-hd-e-2004-3807-k-2004-4741-t-14-04-2004-bosanma-davasi/198284> E.T. 05.05.2015.

"...Aslında 3444 sayılı yasa değişikliğinden önce de tarafların hakim onayını almak koşuluyla boşanmanın eki (Fer'i) niteliğindeki konularda anlaşma yapmaları mümkün görülmekte idi (M.K. m. 150). Ancak uygulamada bu hüküm mali konularla sınırlı tutulmuş, velayetin düzenlenmesi bu hükmün dışında tutulmuştur. Yeni düzenleme bu konuya da açıklık getirmiş, eşlerin çocukların

değişikliklerde taraflar anlaşmaya varamaz iseler bu defa hakim anlaşmayı tümüyle reddedip boşanmanın fer'i sonuçlarına ilişkin düzenlemeyi re'sen yapacaktır²⁶³. Böyle bir durumda ise TMK. m.166/f.3 hükmünde yer alan anlaşmalı boşanmanın maddi koşulları yerine gelmediği için bu defa davaya çekişmeli usulde devam edilecektir²⁶⁴.

Boşanmanın fer'i sonuçlarına ilişkin, taraflar sadece TMK. m.166/f.3 hükmü temelli anlaşmalı boşanma yolunda değil başkaca sebeple açılmış boşanma davalarında da anlaşma yoluna gidebilirler. Türk Medeni Kanunu 184. maddenin 5. fıkrası hükmü ile taraf iradelerine üstünlük tanınan böylesi bir anlaşma da yine 166. maddenin 3. fıkrası hükmünde olduğu gibi hakim tarafından onaylanmadıkça geçerli olmaz. Hal böyle olmakla beraber TMK. m.184/f.5 hükmünde bahsi geçen anlaşmalar ihtiyari nitelik arz ederken TMK. m.166/f.3 temelli anlaşmalı boşanma

velayeti konusunda da anlaşma yapabileceklerini açıklığa kavuşturmuştur. Anılan yasal düzenleme velayetin belirli koşullarla eşler arasında serbestçe düzenlenebileceğine olanak sağlamış olduğundan anlaşma gereğinin yerine getirilmesinin istenmesi de mümkün hale gelmiştir. Belirtilen yasal düzenleme karşısında Medeni Kanununun 148. maddesinin uygulama alanı daralmıştır. Hakim Medeni Kanununun 272 ve sonraki maddeleriyle öngörülen durumların bulunması halinde anlaşmaya müdahale ile çocuk hakkında uygun hüküm kurabilir. Somut olayda davalı velayetin alınması veya kaldırılmasını (nez) gerektiren bir nedenin varlığını ileri sürmediğine ve böyle bir durumun varlığı saptanmadığına göre anlaşma hükümlerine uygun hüküm kurulması gerektiğinin düşünülmemesi doğru bulunmamıştır...” (Yargıtay 2. HD., 1995/8706 E., 1995/9558 K., 28.09.1995 T.)<http://legalbank.net/belge/y-2-hd-e-1995-8706-k-1995-9558-t-28-09-1995-hakimin-bosanma-protokolune-uygun-hukum-kurmasi/403678> , E.T. 05.05.2015.

²⁶³ Özdemir, s.155.

²⁶⁴ “...Taraflar boşanmanın mali sonuçları hususunda anlaşamamışlardır. Evlilik en az bir yıl sürmüşse, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu halde boşanma kararı verilebilmesi için hakimin, tarafları bizzat dinleyerek iradelerin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları, çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Bu halde tarafların ikrarlarının hakimi bağlamayacağı (TMK. m.184/3) hükmü uygulanmaz (TMK. m.166/3). Taraflar tek bir konuda anlaşamamış olsalar dahi, Türk Medeni Kanununun 166. maddesinin 1.,2. ve 4. fıkralarına göre değerlendirme yapılmalıdır. Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesi şartları oluşmadan, tarafların delilleri sorulmadan ve gösterilen deliller getirilip, tanıkları dinlenmeden olayların varlığının kabulü sonucu, boşanmaya karar verilmesi usul ve yasa hükümlerine aykırıdır...” (Yargıtay 2. HD., 12857 E., 14507 K., 23.12.2002 T.) Gençcan, s.706.

davalarında hükmün nazara alınmak sureti ile sonuca gidilebilmesi için fıkra hükmünde bahsi geçen anlaşma zaruridir²⁶⁵.

Başlıca mali hususları içermesine rağmen başkaca, örneğin, erkeğin soyadının boşanmadan sonrada kadın tarafından kullanılabilceği gibi hususlarında anlaşma kapsamına girebilmesi mümkündür²⁶⁶. Bu hususta her ne kadar yasa koyucu sadece boşanmanın mali sonuçları ile çocukların velayeti hususundan bahsetmiş olsa da MK. m.141 hükmünün 14.11.1990 tarihli 3678 Sayılı Kanunla değişmesi ile artık kadın, kusuru dahi değerlendirilmeksizin menfaati varsa kocasının soyadını kullanmaya devam edebilecektir²⁶⁷. Sürekli olarak gelişen ve değişen toplumda özellikle kadının sosyal ve çalışma hayatında aktif rol oynaması bu hususta daha geniş bir yorum yapma ihtiyacını doğurmuş olmasına rağmen soyadının önemine binaen bu anlaşma kapsamı dışında kalması gerektiğine aksi yönde görüşe ilişkin gerekçelerle katılmaktayız. Hal böyle olmakla beraber şartların değişmesi halinde kocanın bu izni TMK. m.173/f.3 hükmü gereği kaldırma hakkı mevcuttur.

²⁶⁵ Kırbaş, s.54-54; Özdemir, s.156.

²⁶⁶ Hatemi/Serozan, s.260.

²⁶⁷ Bu hususta Aksi görüşe katılmakla birlikte buna göre, "...Soyadı bir ticari değer değildir. Kocanın kişiliğini ilgilendirir. Hakim, bir ticari ortaklığın sona ermesini değil, bir boşanma davasının sonuçlarını düzenlemektedir. Kadın; kızlık soyadına kocasının soyadını eklemeli, boşanma veya butlan halinde, bir de 'cinsiyet değişikliği' dolayısı ile evlenmenin feshi halinde, bu ek soyadını mutlak olarak terk etmelidir. Koca; üstelik boşanmada kusurlu olan eski karısının boşanmadan sonra da kendi soyadını taşımasına katlanma zorunda bırakılamaz. Bu kural; 'ismin gasbı' hukuka aykırı eylemine hukuki bir kılıf giydirme yetkisini hakime vermiştir." Hatemi/Serozan, (Hatemi) s.168; "...Bu yeni düzenleme adın kişilik ögesini oluşturma karakteriyle ve kimlik belirleme işleviyle bağdaşmaz. Kimlik ve kişilik çarpıtılır, çevrede yeni görünüm ve yanıltıcı imajlar yaratılır...Soyadını bir firmaya ya da markaya çevirip kadınla erkek arasında bir pazarlık metnina dönüştürebilir. Asalet ya da varlık çağrışımı yapan cazip adları kazanıp sonradan koruyabilmek için, özellikle boşanmanın kolaylaştırılmış olmasından da yararlanılarak ticari ve danışıklı evlilikler kurma çığı açılabilir. Vatandaşlık kazanma evlilikleri gibi soyadı kazanma evlilikleri gelişebilir. Üstelik bu düzenleme Avrupa ile entegrasyonun olduğu bu dönemde, Avrupa'da gözlenen bir eğilime, evlilik sırasında bile ortak soyadan vazgeçme (herkese ayrı soyadı tahsisi) eğilimine de ters düşer..." Rona Serozan, Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu Değişikliklerinin Özellikle Yabancı Para Borçlarına ve Bunların Teminat Altına Alınmalarına İlişkin Değişikliklerin Eleştirilmesi, İBD, 1991, C.LXV, S.1-2-3, s.199.

Elbette ki, geniş yorum yapılırken boşanmanın doğurduğu kanuni sonuçlara sadık kalınacak ve bu sonuçlara ilişkin anlaşma yapılamayacaktır²⁶⁸. Böylece boşanmış eşler birbirlerine yasal mirasçı olamayacakları gibi evlilik birliği devam ederken yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflardan doğan menfaatlerde son bulacaktır²⁶⁹. Eski Medeni Kanun'un 146. maddesinin 2. fıkrası hükmü ile kesin olan bu kural Medeni Kanun değişikliğinden sonra Türk Medeni Kanun'un 181. maddesinin 1. fıkrası hükmüne taşınmıştır. Yeni düzenleme ile, kural olarak boşanmış eşler birbirlerine yasal mirasçı olamayacakları ve boşanmadan önce yapılmış ölüme bağlı tasarrufların, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça, son bulacağı belirtilmiştir. Böylece taraflar arasında boşanma öncesi yapılmış ölüme bağlı tasarruflar taraf iradeleri ile istenirse boşanma sonrasında da devam edebilecektir.

²⁶⁸ Egger (Çağa), s.275; Oğuzman/Dural, s.148; Saymen/Elbir, s.267; Yalçınkaya/Kaleli, s.1582.

²⁶⁹ Kırbaş, s.59.

III. BÖLÜM

ANLAŞMALI BOŞANMADA YAN SONUÇ SÖZLEŞMELERİ

3. 1. Özelliğinin Belirtilmesi

Sözleşme, konusunun taraflarca kanuni sınırlar çerçevesinde serbestçe tayin edildiği, tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanları ile kurulan ve kural olarak sadece tarafları arasında hüküm ifade eden anlaşmadır²⁷⁰. 3444 Sayılı Yasa ile anlaşmalı boşanmanın Türk Hukuku'nda yer almasından evvel de Eski Medeni Kanun döneminde taraflara 150. maddenin 5. fıkrası ile çekişmeli boşanmada boşanmanın yan sonuçları üzerine anlaşma imkanı verilmiştir. Söz konusu düzenleme kanun değişikliğinden sonrada aynen korunmuş ve halen yürürlükte olan Türk Medeni Kanunu'nun 184. maddesinin 5. fıkrası ile uygulanmaya devam etmiştir. Anlaşmalı boşanmanın Türk Hukuku'na girişi ile bu defa ayrı bir kanun maddesi ile (EMK. m.34/f.3, TMK. m.166/f.3) taraflara, anlaşmalı boşanma halinde boşanmanın mali sonuçları ile çocukların velayeti hususunda anlaşmaları ve bu anlaşmanın hakim tarafından uygun bulunması şartı getirilerek, boşanmanın yan sonuçları üzerine anlaşmanın sağlanması anlaşmalı boşanma davasının maddi koşulunu teşkil etmiştir.

Boşanma Hukuku'nda yerini bulan boşanmanın yan sonuçları üzerine taraflarca gerçekleştirilen anlaşmalar ise, Borçlar Hukuku anlamında klasik bir sözleşmenin aksine tek başına taraf iradelerinin uyuşması ile gerçekleşmeyen TMK. m.166/f.3 ve TMK. m.184/f.5 hükümleri uyarınca mutlak surette hakim onayına ihtiyaç duyan sözleşmeler olması hasebiyle hukuki niteliği gereği farklılık arz eden ve ayrıca inceleme konusu olmayı gerektiren sözleşmeler olmuştur.

Boşanma Hukuku'nda boşanmanın yan sonuçları üzerine tarafların anlaşma yapmalarına imkan tanıyan iki madde yer almaktadır: Türk Medeni Kanunu'nun 166. maddesinin 3. fıkrası kapsamında anlaşmalı boşanma davasında tarafların

²⁷⁰ Hüseyin Hatemi/ Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku, 3. Bası, İstanbul, 2015, s.60.

boşanmanın mali sonuçları ile çocuğun velayeti hususunda anlaşmalarını şart koşan taraflarca kabul edilen düzenleme ile Türk Medeni Kanunu'nun 184. maddesinin 5. fıkrası kapsamında herhangi bir sebeple açılmış bir boşanma davasında taraflara boşanmanın yan sonuçları üzerinde anlaşmalarına imkan sağlayan ve fakat anlaşmalı boşanma davasındaki aksine zorunlu olmayan boşanma veya ayrılığın fer'i sonuçlarına ilişkin sözleşmelerdir²⁷¹. Her iki sözleşmede birbirlerine benzer gibi dursa da aslında birbirinden çok farklıdır. Türk Medeni Kanunu m.166/f.3 hükmü kapsamında taraflarca kabul edilen düzenleme anlaşmalı boşanma davasının görülmesi için zorunlu olan ve anlaşmalı boşanma dışında başkaca bir sebeple açılmış boşanma davasında uygulanabilme olanağı bulunmayan bir sözleşme olmasına karşın TMK. m.184/f.5 hükmü ile imkan tanınan, boşanma veya ayrılığın fer'i sonuçlarına ilişkin anlaşmalar ise çekişmeli yargıda her ne sebeple olursa olsun açılmış bir boşanma davasında uygulanabilen; fakat uygulanması zorunlu olmayan, anlaşamama halinde hakim tarafından boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin re'sen de karar verebileceği sözleşmelerdir. Her ikisinde ortak nokta ise hakimin onaylaması şartı ile hüküm ve sonuçlarını doğurmasıdır²⁷².

Doktrinde çoğunluk görüşüne göre, boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin taraflarca düzenlenen sözleşmeler hakimin onay şartına bağlı özel hukuk sözleşmeleridir²⁷³. Sözleşmenin şarta bağlı bir sözleşme olduğu hususunda kuşku yoktur. Öyle ki, sözleşmenin kurulup hüküm ifade edebilmesi için mutlak surette hakimin onayı şarttır²⁷⁴.

Sözleşmenin onaylanması için hakime sunulduğu takdirde taraflardan biri sözleşmenin onaylanması talebinden vazgeçebileceği gibi, hakimin uygun bulmaması halinde de sözleşmeyi onaylamaması ya da değişiklik yaparak taraflara

²⁷¹ Gülçin Elçin Grassinger, Boşanma Davasında Eşlerin Boşanmanın Tali Sonuçlarına İlişkin Konularda Anlaşma Yapmaları ve Konu İle İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararı, İHFİM, Prof. Dr. Türkan Rado'ya Armağan, C. LV, S.3, İstanbul, 1997, s.137.

²⁷² Elçin Grassinger, s.137.

²⁷³ Egger (Çağa), s.278; Esener, s.611; Köprülü/Kaneti, s.185; Öztan, s.266; Velidedeoğlu, s.199; Yalçınkaya/Kaleli, s.1580.

²⁷⁴ Özdemir, s.154.

yeniden anlaşma iradelerinin sağlanması için taraflara sunması söz konusu olacaktır. Böylesi bir durumda TMK. m.184/f.5 hükmü ile boşanma ve ayrılığın fer'i sonuçlarına ilişkin bir sözleşme söz konusu olduğunda taraflar anlaşmayı kabul etmez iseler bu defa hakim sözleşmeyi tümüyle redderek re'sen karar verir²⁷⁵. Oysa ki, TMK. m.166/f.3 hükmü sebepli taraflarca kabul edilen sözleşmenin varlığında boşanmanın yan sonuçları üzerine hakim re'sen hüküm tesis edemez; ancak taraflardan yapmış olduğu değişiklikler hususunda anlaşmalarını teklif eder. Tarafların anlaşamamaları halinde ise bu defa yargılama TMK. m.166/f.3 hükmü temelli anlaşmalı boşanma davasından çekişmeli TMK. m.166/f.1-2 hükmü temelli evlilik birliğinin sarsılması sebepli boşanma davasına dönüşür.

Sözleşmenin bazı maddelerinin onaya engel olduğu hollere değinecek olursak, bu defa mali nitelikte olmayan bu hususların geçersiz sayılması halinde tarafların farazi iradelerine bakılarak, şayet bu haliyle sözleşmenin kurulması isteniyorsa bu defa Borçlar Hukuku'nun genel kuralından hareketle sözleşmenin TBK. m. 27/ f. 2 hükmü gereği kısmi hükümsüzlüğü yoluna gidilerek bu şekilde sözleşmenin devamı, ayakta kalması sağlanacaktır²⁷⁶.

Türk Medeni Kanunu m.166/f.3 hükmü ile anlaşmalı boşanma sonucuna gidebilmek için taraflar arasında düzenlenecek sözleşmenin zorunlu olduğunu daha evvel birçok defa belirtmiş idik. Yasa koyucu söz konusu sözleşmenin içeriği hususunda ise fıkra hükmünde yalnızca boşanmanın mali sonuçları ile çocukların velayeti hususunda anlaşma yapılması gerektiğini belirtmiş olsa da bu hususa ilişkin asgari bir düzenleme getirmiş olduğu makul ve mantıklı bir yaklaşım olarak benimsenmiştir²⁷⁷. Gerçekten de bu hususta Borçlar Hukuku'nun sözleşme yapma serbestisine ilişkin genel kuralından farklı bir düşünceye sahip olmayı gerektirecek bir sebep bulunmamaktadır²⁷⁸. Böylece TBK. m.26 hükmü gereği taraflar sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içerisinde özgürce tayin

²⁷⁵ Esener, 620; Özdemir, s.155.

²⁷⁶ Nagehan Kırkbeşoğlu, Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, İstanbul, 2011, s.105.

²⁷⁷ Özdemir, s.158; Hatemi/Serozan, s.168.

²⁷⁸ Egger (Çağa), s.277.

edebileceklerdir²⁷⁹. Dolayısı ile boşanmanın doğurduğu kanuni sonuçlar ve bizzat hakimin düzenlemesi zaruri olan hususlar dışında taraflar yalnız boşanmanın mali sonuçları ve çocukların velayeti hususunda değil kanunun izin verdiği diğer başkaca hususlarda da sözleşme yapabileceklerdir²⁸⁰. Boşanmanın mali sonuçları ile çocukların velayeti hususunda tarafların yapmış oldukları sözleşme, anlaşmalı boşanma sonucuna engel olmayacağı gibi, başkaca hususlarda yapılmış böyle bir sözleşme ise anlaşmalı boşanmanın maddi koşulunu teşkil etmeyecektir²⁸¹. Fakat her halukarda, mutlak surette boşanmanın mali sonuçları ile çocukların velayeti hususunda anlaşmanın sağlanmış olması gerekmektedir. Bu minvalde ise taraflarca sözleşme kapsamında düzenlenmemiş hususların herhangi bir bağlayıcılığı

²⁷⁹ “...Taraflar, kural olarak bir sözleşmenin içeriğini, kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler. (E. BK. m. 19, 6098 s. TBK. m. 26) Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı hükümsüz olur. (E. BK. m. 19/2, 20, 6098 s. TBK. m. 27) Borçlar Kanununda yer alan, sözleşme özgürlüğüne getirilen genel nitelikteki bu sınırlamalar, boşanma anlaşmaları için de evleviyetle geçerlidir. Çünkü Borçlar Kanunu, Türk Medeni Kanununun beşinci kitabı olup, onun tamamlayıcısıdır. (6098 s. TBK. m. 646) O halde hakim, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ve konusu imkansız olan hükümler taşıyan bir boşanma protokolünü esas alarak boşanma kararı veremez ve böyle bir protokolü tasdik edemez...” (Yargıtay 2. HD., 2013/11644 E., 2014/1866 K., 04.02.2014 T.)

²⁸⁰ Elçin Grassinger, s.236; Özdemir, s.158.

²⁸¹ “...Dava, evlilik birliği içinde satın alınan taşınmaza katkı nedeniyle alacak istemine ilişkindir. Kural olarak, anlaşmalı boşanma davasında taraflar arasında akdedilmiş olan anlaşma protokolünde yer alan mal rejimi hukukundan kaynaklanan anlaşma maddelerinin mahkeme kararında yer alması veya protokolün mahkemece onaylanması gerekir. Mal rejiminden kaynaklanan talepler boşanmanın ferilerinden olmadığından ayrıca dava konusu edilebilirler. Somut olayda, davacının dava dilekçesinin ekinde boşanma protokolünü mahkemeye sunmuş olması, boşanma davasındaki beyanları, boşanma kararının hüküm kısmı ve tarafların hiçbir zaman protokoldeki imzalarını inkar etmemiş olmaları, protokolün mahkemece onaylandığı, dikkate alındığında, boşanma dava dosyasındaki bu belge ve beyanların mahkeme içi ikrar niteliğinde olduğu; böylece, görülmekte olan davada kesin delil niteliğini taşıdığı ve ayrıca davacının bu ikrarına rağmen eldeki davayı açarak tamamen aksini ileri sürmekle dürüstlük kuralına aykırı davrandığının ve bu durumun hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiğinin kabulü gerekmiştir...” (Yargıtay HGK., 2010/2-96 E., 2010/106 K., 24.02.2010 T.)

olmayacağı²⁸² gibi düzenlenmesi zorunlu olmayan hususların düzenlenmiş ve hakim tarafından tasdik edilmiş olması şartıyla artık taraflar arasında bağlayıcılığından²⁸³ kuşku yoktur.

Son olarak sözleşmenin şekli hususunda ne TMK. m.166/f.3 hükmünde ne de TMK. m.184/f.5 hükmünde herhangi bir açıklık bulunmamasına karşın makul ve

²⁸² “...Yargıtay Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; somut olayda boşanma davasında hükme esas alınan protokolün davacının, davalıya ait taşınmazdaki katkı payına ilişkin düzenleme içerip içermediği noktasında toplanmaktadır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 166/3. maddesine dayalı olarak açılan boşanma davalarında, tarafların boşanmanın tüm mali sonuçları ile çocukların durumları üzerinde anlaşmaları ve bu anlaşmanın hakim tarafından uygun bulunması gerekir. Anılan maddede, boşanmanın mali sonuçları üzerinde anlaşma şartı, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 174. maddesinde düzenlenen boşanma nedeniyle maddi ve manevi tazminat, 175.maddesinde düzenlenen yoksulluk ve 182. maddesinde düzenlenen iştirak nafakası talep haklarına ilişkindir. Anlaşmada ayrıca yer verilmemişse tarafların aralarındaki akdi ilişkiyi tasfiye ettikleri kabul edilemez. Taraflar arasında düzenlenerek, boşanma davasında hükme esas alınan protokolün incelenmesinde, davalıya ait taşınmazda davacının oturma hakkına ilişkin olduğu, davacının evlilik birliği içinde gerçekleşen katkı payı alacağına ilişkin düzenleme içermediği anlaşılmaktadır. *Protokolün, sadece düzenlediği konular yönünden tarafları bağlayacağı, diğer alacak ve borç ilişkileri yönünden esas alınmayacağı tartışmasıdır.* Açıklanan maddi ve hukuki olgular karşısında, tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle; somut olayda dayanılan protokolün (anlaşmanın) davacının katkı payı alacağına ilişkin beyan veya düzenleme içermediği açık bulunmasına göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.” (Yargıtay HGK., 2009/2-158 E., 2009/217 K., 27.05.2009 T.)

²⁸³ “...Dava, davacı-davalı kadının boşandığı kocasının soyadını kullanmasına izin verilmesi isteğine ilişkindir (TMK. m.173). Tarafların Bodrum 2. Asliye Hukuk (Aile) Mahkemesinin 2007/318 Esas ve 2008/41 Karar sayılı ilamıyla anlaşmalı olarak (TMK. m.166/3) boşanmalarına ve 07.02.2008 tarihli boşanma protokolünün tasdikine karar verilmiş, bu karar 05.05.2008 tarihinde kesinleşmiştir. Mahkemece tasdik olunan 07.02.2008 tarihli protokolün 6. maddesinde “davalı-davacı Füsün Nalbantoğlu'nun boşanma kararından sonra davalı-davacı boşandığı eşinin soyadını kullanmayacağı kararlaştırılmıştır. Taraflar, tasdik olunan protokolle kocanın soyadını kullanmama konusu da dahil olmak üzere boşanmanın tüm sonuçları hakkında anlaşmış ve boşanma kararı bu haliyle kesinleşmiştir. Gerçekleşen bu durum karşısında, boşanma gerçekleşikten sonra tasdik olunan protokole ve kesin hükme aykırı olarak, boşanan eşin kocanın soyadını kullanmasına izin verilmesi yönündeki talebin reddi gerekirken, kabulü doğru görülmemiştir...” (Yargıtay 2. HD., 2011/20000 E., 2012/30601 K., 17.12.2012 T.) Gençcan, s.718.

mantıklı olan sözleşmenin yazılı²⁸⁴ ve hatta noterde düzenlenmiş resmi şekilde yapılmasıdır²⁸⁵. Gerçekten de Hatemi'nin, "...Kanaatimce, MK. 134/III'deki sözleşmeyi şekil açısından bizim hukuk uygulamamızda 'sözleşme' anlamını yitirip 'yazılı akit' anlamı kazanan 'mukavele' olarak anlamak gerekir..."²⁸⁶ gerekçesi ve çözümü oldukça yerinde ve uygun düşmektedir. Kaldı ki, taraf iradelerinin şüpheye mahal vermeyecek derecede özgürce açıklandığı ve sözleşmenin hiçbir ihtilaf olmaksızın gerçekleşmesinin arandığı anlaşmalı boşanma davalarında hiç değilse bu denli bir zaruret olması gerekmektedir.

Doktrinde bir diğer görüşe²⁸⁷ ve Yargıtay uygulamasına göre ise, eşler aralarında yazılı bir sözleşme yaparak mahkemeye sunabilecekleri gibi sözlü beyanda da bulunabilirler; fakat her iki halde de sözleşme şartları duruşma tutanağına geçirilir²⁸⁸. Böylece mahkemece karara konu olan bu hususlara ilişkin duruşma tutanağı ayrıca taraflara imza ettirilir²⁸⁹.

²⁸⁴ Lütfi Dalamanlı/Faruk Kazancı/Muharrem Kazancı, Türk Medeni Kanunu, İstanbul, 1991, s.207; Özdemir, s.170.

²⁸⁵ Hatemi/Serozan, s.260.

²⁸⁶ Hatemi/Serozan, s.260.

²⁸⁷ Köprülü/Kaneti, s.186; Selahattin Sulhi Tekinay, Türk Aile Hukuku, 7. Bası, İstanbul, 1990, s.290; Oğuzman/Dural, s.129.

²⁸⁸ "...Türk Medeni Kanunu'nun 166/3. maddesi uyarınca anlaşmalı boşanmaya karar verilebilmesi için, hakimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerini serbestçe açıkladıklarına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hakim tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü halinde boşanmaya hükmolunur. Taraflar, 29.06.2009 tarihli protokolü duruşmada tekrar etmişler ve bu protokol uyarınca boşanmaya karar verilmesini talep etmişlerdir. Protokolün mahkemece de uygungörüldüğü ve tasdik edildiği verilen ara kararlar zapta geçirilmiştir. Anlaşmalı boşanmaya karar verilirken, protokolün (anlaşma) tasdiki hükmü yanında, protokol hükümlerinin de hüküm fıkrasına geçirilmesi gerekir. Ne var ki, velayeti anneye verilen çocukla baba arasında kurulan kişisel ilişki protokole uygun olarak düzenlenmediği gibi; protokolün 4. maddesine de hükümde hiç yer verilmemiştir. Mahkemece kendiliğinden yapılan kişisel ilişki değişikliğini kabul edip etmediklerinin taraflardan sorulması, değişikliği kabul ettikleri takdirde; protokolün 4. maddesine de yer verilerek Türk medeni Kanunu'nun 166/3. maddesi gereğince anlaşmalı boşanmaya karar verilmesi; anlaşamamaları halinde ise, Türk Medeni Kanunu'nun 166/1-2. maddesi gereğince taraflardan delilleri sorulup, gösterildiği takdirde delillerin toplanması ve sonucu uyarınca karar verilmesi gerektiğinin düşünülmemesi usul ve

3. 2. Hakimin Onayına Kadar ve Onayından Sonra Sözleşmenin Durumu

3. 2. 1. Onay Öncesinde

Hakimin onayına kadar, taraflarca düzenlenmiş boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin sözleşmenin hukuki niteliği hususunda temelde başlıca iki görüş hakim olmuştur²⁹⁰.

Birinci görüşe göre, boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin sözleşme tarafların birlikte dermeyan edecekleri bir taleptir²⁹¹. Söz konusu talep bir iddia mahiyetinde olup, dava dışı hiçbir hukuki değer ifade etmemektedir. Dolayısı ile bu sözleşmeler hiçbir surette özel hukuk sözleşmesi sayılamaz. Sulh sözleşmesi sayılması yahut benzerlik oluşturması ise mümkün değildir. Sulh sözleşmesinde hakimin görevi tespit yapmaktır. Oysa boşanmanın yan sonuçları üzerine sözleşme de ise hakim tespit yapmaz; sadece çocuğun ve tarafların menfaatini göz önünde tutarak kanuni sınırlamalar ve re'sen karar vermesi zorunlu hususlar kapsamında bir inceleme yoluna gider²⁹². Dolayısı ile sulh sözleşmesi sayılmasına imkan yoktur.

İkinci görüşe göre ise, boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin sözleşme bir özel hukuk sözleşmesidir²⁹³. Bu görüşe göre, boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin

yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir...” (Yargıtay 2. HD. 2009/17648 E., 2010/19842 K., 29.11.2010 T.)

²⁸⁹ Bkz. dn. 249.

²⁹⁰ Nurten Demir, Boşanmanın Fer'i Sonuçlarına İlişkin Sözleşmeler, İstanbul, 1994, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.8.

²⁹¹ Esat Arsebük, Medeni Hukuk II, Aile Hukuku, Ankara, 1940, s.767-769.

²⁹² Arsebük, s.769.

²⁹³ Demir, s.12; Egger (Çağa), s.278; Elçin Grassinger, s.237; Esener, s.612; Köprülü/Kaneti, s.185; Necip Bilge, Eşler Arasında veya Koca Menfaatine Karı ile Üçüncü Kişiler Arasında Yapılan Hukuki Muamelelerin Yargıç Tarafından Tasvibi, AÜHFD, C.VIII, S.1-2, 1951, s.565-605; Öztan, s.266; Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul, 1993, s.52; Tekinay, s.287; Velidedeoğlu, s.199; Yalçınkaya/Kaleli, s.1580.

sözleşme hakim tarafından onaylanmaz ise boşanma talebi reddolunacaktır. Daha doğru bir ifade ile böylesi bir durumda artık tarafların anlaşmalı olarak boşanabilmelerine imkan yoktur. Anlaşmalı boşanma kapsamında TMK. m.166/f.3 hükmü kapsamında boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin sözleşme dava içerisinde düzenlenebileceği gibi davadan öncede düzenlenebilmektedir. Uygulamada gözlemlendiğimiz kadarıyla çoğunlukla taraflar boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin sözleşmeyi dava açılmadan evvel düzenleyerek dava dilekçesi ekinde mahkemeye sunmakta ve pek tabii ki bu hususlara ilişkin iradelerini duruşma esnasında hakime bizzat yinelemektedirler. Bu kapsamda sözleşmenin davadan önce ya da dava sırasında düzenlenmesi açısından herhangi bir fark yoktur²⁹⁴. Dolayısı ile artık taraflar arasında akdedildikten sonra hakimin onay sürecine kadar sözleşme Borçlar Hukuku anlamında hukuki bir sözleşme niteliğini haiz olup taraflar sözleşme hükümleri ile bağlı kalacaktır²⁹⁵. Söz konusu bağlılık sözleşmenin hakim tarafından onaylanmamasının istenebileceği gerekçesine dayanmaktadır²⁹⁶. Öte yandan yapılan sözleşme resmi ve yetkili makamlarca değil karşılıklı taraf iradelerinin birleşmesi ile meydana gelmiştir. Gerçekten de taraflar dava öncesinde ya da dava sırasında yaptıkları sözleşmeyi hakim tarafından onaylanana kadar değiştirebilir ya da hakimden onaylanmamasını talep edebilir. Hal böyle iken, hakimin onayına kadar sözleşmenin hiçbir hukuki değer taşımadığını söylemek mümkün olmamaktadır.

Türk Medeni Kanun'un 184. maddesinin 5. fıkrası hükmünde (EMK. m.150/f.5) bahsi geçen boşanma ve ayrılığın yan sonuçlarına ilişkin sözleşme Sulh Sözleşmesine de benzer görülmektedir²⁹⁷. Sulh Sözleşmesi, tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanları ile kurulan, her iki tarafında karşılıklı edimleri ile gerçekleşen, ihtilafı yahut tereddütlü bir meseleyi sona erdiren sözleşmedir. Sulh sözleşmesi mahkeme önünde yapılabileceği gibi mahkeme dışında da (HMK md.313-315) yapılabilir²⁹⁸. Sulh sözleşmesinin konusunu tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konular oluşturmaktadır. Dolayısı ile tarafların

²⁹⁴ Elçin Grassinger, s.237.

²⁹⁵ Esener, s.622; Elçin Grassinger, s.237.

²⁹⁶ Elçin Grassinger,s.237.

²⁹⁷ Esener, s.612

²⁹⁸ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.513 vd.

tasarruf yetkilerinin bulunmadığı hususlar sulh sözleşmesinin konusunu oluşturamaz²⁹⁹. Bu kapsamda boşanma davası sulh sözleşmesine konu olarak sonlandırılmaz iken boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin sulh sözleşmesi yapılabilir³⁰⁰. Bu yönleri ile boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin sözleşmeler sulh sözleşmesine benzemektedir³⁰¹.

Bir başka görüşe göre TMK. m.184/f.5 hükmüyle düzenlenen boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin sözleşme hakim onaylaması tamamlayıcı şartına bağlı bir sözleşme olarak görülmektedir³⁰². Bir diğer görüş ise, yapılan sözleşmenin etkisi kanun gereği ileride gerçekleşmesi şüpheli bir olguya bağlanmış olduğu için bu sözleşmeleri kanuni şarta bağlı sözleşmeler olarak nitelendirmektedir³⁰³. Onay şartının gerçekleşmediği durumda sözleşmenin kesin olarak hüküm ifade edeceğini söylemek mümkün değildir. Dolayısı ile ya eksiklik giderilecek ve sözleşme hakim tarafından onaylanmayacak ya da onaylanmayacağı kesin olarak saptandıktan sonra sözleşme kesin olarak hükümsüz olacaktır³⁰⁴. Böylesi bir durumda ise hakim onay sürecine kadar sözleşme askıda olacaktır³⁰⁵. Fakat sözleşme yine taraflar arasında bağlayıcı sayılacak ve tek taraflı fesih mümkün olmayacaktır³⁰⁶. Kanımca, her iki görüş kapsamında da sözleşmenin bir özel hukuk sözleşmesi olarak görülmesine engel bulunmamaktadır.

²⁹⁹ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.516.

³⁰⁰ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.516.

³⁰¹ Esener, s.612.

³⁰² M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas, Medeni Hukuk, Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 9. Bası, İstanbul, 2002, s.141-142.

³⁰³ Lale Sirmen, Türk Özel Hukukunda Şart, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, 1992, s.84; Turgut Akıntürk, Şart ve Mükellefiyet Kavramları, AÜHFD., C.27, S.3-4, s.227-228.

³⁰⁴ Esener, s.614; M. Kemal Oğuzman, Borçlar Hukuku Dersleri, C.I, 4. Bası, İstanbul, 1987, s. 111; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.381

³⁰⁵ Esener, s.615; Mustafa Reşit Belgesay, Türk Kanunu Medenisi Şerhi, C.II, Aile Hukuku, İstanbul, 1952, s.108; Özdemir, s.154; Sirmen, s.84; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.381.

³⁰⁶ Özdemir, s.154.

3. 2. 2. Onay Sonrasında

Boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin sözleşme, ister çekişmeli boşanma davasında TMK. m.184/f.5 hükmü kapsamında düzenlensin isterse de anlaşmalı boşanma davasında TMK. m.166/f.3 hükmü kapsamında düzenlensin sözleşmenin görülmekte olan dava kapsamında sonuç doğurabilmesi için mutlak surette hakim tarafından onaylanması gerekmektedir. Açık ve anlaşılır olmak kaydı ile kanunun aradığı şartları haiz ve taraf menfaatlerine aykırı olmayan bir sözleşmenin ise onaylanmasına engel bir durum söz konusu olmayacaktır³⁰⁷. Hakimin onayından sonra sözleşmenin hukuki niteliğinin belirlenmesi hususundaki görüşleri başlıca iki grupta toplamak mümkündür³⁰⁸.

Birinci görüşe göre, boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin sözleşme, hakimin onayından sonra da öncesindeki gibi özel hukuk sözleşmesi olma niteliğini korur; onay aksi bir düşünceye mahal vermez³⁰⁹.

İkinci görüşe göre, boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin taraflar arasında akdedilen sözleşme artık onayla birlikte özel hukuk sözleşmesi olmaktan çıkmakta ve boşanma kararının bir parçasını oluşturmaktadır³¹⁰. Onay öncesi taraflar arasında özel hukuk sözleşmesi niteliğini haiz boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin sözleşme artık hakimin onayı ile mahkeme kararına konu olacağından nihai hüküm mahiyetini haiz olacağı kabul edilmektedir^{311/312}. Gerçekten de onay öncesi taraflar arasında

³⁰⁷ Özdemir, s.158.

³⁰⁸ Demir, s.13.

³⁰⁹ Bilge, s.567; Egger (Çağa), s.277-278.

³¹⁰ Demir, s.14; Esener, s.612-613; Tekinay, s.290.

³¹¹ "...Türk Medeni Kanunu'nun 166/3. maddesine dayalı boşanma davasında hakim, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü halinde boşanmaya hükmolunur. Taraflarca hazırlanan protokolde belirlenen çocukla kişisel ilişki süreleri değiştirildiği halde, bu hususta tarafların onayı alınmadığı gibi, *protokolde yer verilen taşınmaz mal hakkında da bir hüküm kurulmamıştır*. Anlaşma protokolünde mahkemece yapılan değişiklik hakkında tarafların görüşü sorulmalı, uygun bulmaları halinde Türk Medeni Kanunu'nun 166/3. maddesi çerçevesinde; uygun bulmamaları halinde ise, taraflardan Türk Medeni Kanunu'nun 166/1. maddesine göre delilleri sorulup, bu çerçevede bir

klasik anlamda bir özel hukuk sözleşmesi niteliğini haiz olan boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin sözleşmelerin onay sonrasında ilam konusu olması ve icra kabiliyetini haiz olması hasebiyle ikinci grup görüş daha uygun ve mantıklı olmaktadır³¹³.

3. 3. Hakimin Onaydan Önce Sözleşmeye Müdahalesi

Türk Medeni Kanunu'nun 166. maddesinin 3. fıkrası hükmüne göre, anlaşmalı boşanma kararı verebilmek için hakimin boşanmanın mali sonuçları ile çocukların velayeti hususunda taraflarca düzenlenen sözleşmeyi onaylaması şarttır. Boşanmanın yan sonuçları üzerine taraflarca düzenlenen bu sözleşmenin mecburi olduğunu ve yasa koyucu tarafından belirtilen bu hususların asgari bir düzenleme içerdiğini belirtmiş idik. Taraflar dilerse boşanmanın kanuni sonuçları ile hakim tarafından re'sen karar verilmesi gereken hususlar dışında sözleşme kapsamına başkaca hususları da dahil etmeleri olanaklıdır. Bu hususta herhangi bir azami sınır belirlenmemiştir³¹⁴. Bu defa bu hususlara ilişkin düzenlenen sözleşmenin de hakim tarafından onaylanması gerekmektedir. Hakim bu hususlara ilişkin olarak da tarafların ve çocukların menfaatinin gereklerine uygun olarak sözleşmeye müdahale edebilir. Ancak hakim tarafından müdahale edilen bu hususlarda yapılan değişikliklerin yine taraflarca açıkça ve şüpheye mahal vermeyecek şekilde kabul edilmesi gerekmektedir.

Hakim evvela taraflar arasında düzenlenmiş sözleşmeyi Borçlar Hukuku'nun sözleşmelerin içeriği kapsamında TBK. m. 27 hükmüne göre kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygunluğu ve konusunun imkansız olup olmaması ile TBK. m. 30 vd. hükümlerine göre irade bozukluklarına

hüküm oluşturulması gerekirken yazılı olduğu şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır..." (Yargıtay 2. HD., 2006/17188 E., 2007/6041 K., 11.04.2007 T.) <http://legalbank.net/belge/y-2-hd-e-2006-17188-k-2011-6041-t-11-04-2007/1230738> E.T. 23.05.2014.

³¹² Belgesay, s.108; Bilge, s.59; Esener, s.613.

³¹³ Demir, s.14.

³¹⁴ Öztan, Armağan, s.133.

ilişkin bir inceleme ve araştırma yapacaktır³¹⁵. Bu hususların varlığına ilişkin bir tespitin yapılması halinde artık sözleşme kesin olarak hükümsüz sayılacaktır.

Hakimin müdahalesine açık boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin sözleşmede müdahale sözleşmede düzenlenmesi zorunlu olan hususların düzenlenmemiş olması halinde eksikliğin tamamlanmasına ilişkin bir müdahale şeklinde görülebileceği gibi mevcut düzenlemenin hukuka ve hakkaniyete aykırı olduğu durumlara ilişkin de olabilir.

Bu kapsamda hakime tanınan takdir yetkisi oldukça geniş olup mali hususlara ilişkin yetkisi taleple bağlı kalmak kaydıyla³¹⁶, bu yetkinin ne şekilde kullanılacağını Yargıtay bir kararında açıkça ifade etmiştir³¹⁷. Buna göre, “...Gerçekten de boşanma kararına ulaşmış eşlerin içinde buldukları ruhsal durum ve duygusal ortam gerek kendileri ve gerekse müşterek çocuklarla ilgili olarak her zaman sağlıklı bir karar vermelerini engellemektedir. Bazen de boşanmayı çok arzu eden eşin bu sonuca ulaşabilmek için ileride kendini büyük mağduriyetlere düşürebilecek koşulları gereğince ve yeterince düşünmeden ve özellikle menfaatlerini dikkate almadan her şeyden vazgeçebilecekleri dikkatten uzak tutulamaz. Diğer taraftan ender olaylarda olsa bile eşlerden biri diğer eşin ya da onun yakınlarının cebir, hile ve tehditleriyle

³¹⁵ Egger (Çağa), s.277; Hatemi/Serozan, s.261; Öztan, s.266; Tekinay,s.288; Velidedeoğlu, s.199.

³¹⁶ “...Davacı 28.09.2004 tarihli oturumdaki imzalı beyanı ile nafaka ve tazminat talebi olmadığını belirtmiştir. Bu yön nazara alınmadan davacı yararına yoksulluk nafakası, maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi doğru olmamıştır.Tedbir nafakası her an doğup işleyen alacak niteliğindedir. Davacı 28.09.2004 günlü oturumda nafaka istemediğini beyan etmekle birlikte 09.06.2005 tarihli celsede yeniden tedbir nafakası istediğine göre kadın yararına 09.06.2005 tarihinden başlamak ve boşanma hükmünün kesinleştiği tarihe kadar devam etmek üzere tedbir nafakasına hükmedilmesi gerekirken dava tarihinden itibaren tedbir nafakası verilmesi de doğru olmamıştır...” (Yargıtay 2. HD., 2005/16313 E., 2006/545 K., 30.01.2006 T.) <http://legalbank.net/belge/y-2-hd-e-2005-16313-k-2006-545-t-30-01-2006-bosanma-davasinda-gecici-onlemler/425534> E.T. 23.05.2015.

“...Davacının yoksulluk nafakası isteği bulunmamaktadır. İstek olmadığı halde davacı yararına yoksulluk nafakasına hükmedilmesi usul ve yasaya aykırıdır. (HUMK. md. 74, HMK. md. 26)...” (Yargıtay 2. HD., 2010/14396 E., 2011/15561 K., 12.10.2011 T.) <http://legalbank.net/belge/y-2-hd-e-2010-14396-k-2011-15561-t-12-10-2011/1230734> , E.T. 23.05.2014.

³¹⁷ Kırbaş, s.60.

boşanmanın fer'i sonuçlarıyla ilgili olarak önemli ölçüde feragat gösterebilir. Hatta davacı eş dahi biran önce boşanmayı sağlayabilmek ve bu yükten kurtulabilmek için kendi geleceğini tehlikeye atabilir. Örneğin, bütün mal varlığını davalıya bırakmaya razı olabilir. İşte bütün bu ve benzeri hallerde boşanmanın ileride eşlerden biri ya da çocuklarla ilgili olarak adaletsiz, haksız ve çok ciddi sakıncalar doğurmaması için yasa koyucu tarafların boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hakkında hakimin açık müdahalesini zorunlu görmüştür. O kadar ki taraflar hakimin değişiklik önerilerini benimsememeleri halinde anlaşmaya rağmen davanın reddi anılan 134. maddede hükme bağlanmıştır. Çünkü söz konusu yasa hükmünün dayandığı temel ilke; rızaya dayalı boşanmada hakimin gerekli müdahaleyi yapması ve taraf yararları ile çocukların korunması açısından adil, mantıklı ve hakkaniyete uygun mali koşulları belirleyerek kalıcı bir dengeyi gerçekleştirmesidir.

Kuşkusuz hakimin böyle bir yetkiyi haklı, adil ve taraflarla çocukların yararlarına uygun bir biçimde kullanabilmesi için yalnızca eşlerin sosyal ve ekonomik durumlarıyla ilgili beyanlarına itibar etmemesi, doğrudan araştırma yapması, ilgili yerlere yazı yazarak eşlerin taşınır ve taşınmaz mallarını ve gelir durumlarını gerçeğe uygun bir biçimde tespit etmesi gerekmektedir. Ancak bu şekilde sağlıklı bilgilere sahip olması halindedir ki hakim kendisine tevdi edilen anlaşmanın (düzenlemenin) gerçeklere uygun düşüp düşmediğini belirleyebilir, dolayısıyla taraflarla çocukların mevcut ve gelecekteki yararları açısından hakkaniyete uygun bir denge kurulabilir. Aksi takdirde mahkemece hiçbir araştırma yapılmadan taraflarca boşanmanın mali sonuçlarıyla ilgili olarak tevdi edilen anlaşma (düzenleme) aynen benimsenirse Medeni Kanunun kabulünden bu yana Türk Boşanma Hukukunda altmış yılı aşkın bir süre benimsenmemiş rızaya dayalı boşanma amacına ulaşmamış ve öncelikle eşlerle çocuklar sonrada toplum açısından önemli sakıncalar doğurmuş olur...³¹⁸”

Karara muhalif üyenin görüşü ve gerekçesi ise anlaşmalı boşanmanın ruhuna ve amacına daha uygun nitelik arz etmekte olup; Buna göre, “Medeni Kanunun 3444

³¹⁸ Yargıtay 2. HD., 1989/6979 E., 1989/8850 K., 02.11.1989 T. (YKD., C.16, Şubat 1990, S.2, s.194-195).

Sayı Kanunla değişik 134/3. maddesi uygulaması bakımından sayın çoğunluğun açıklamalarına katılmamak mümkün değildir. Ancak, tarafların hakim önüne getirmeleri gereken anlaşmanın kapsamında ihtilaf toplanmamaktadır. Kanun vazu Medeni Kanunun 150/5. maddesinde yer alan kurala paralel olarak çocukların durumunun ve boşanmanın mali sonuçlarının çözümlenmesini hakim kontrolüne tabi tutmuş ve boşanma kararının bir şartı olarak benimsenmiştir. Tabii ki fiili duruma uygun düşer bir problem varsa hakim huzuruna getirilecektir. Mesela tarafların çocukları yoksa çocukların durumu hakkında beyanda bulunmadınız binaenaleyh Medeni Kanunun 134/3. maddesinden yararlanamazsınız demek mümkün olmadığı gibi taraflar arasında boşanmadan kaynaklanan bir mali problem yoksa bu konuda beyanda bulunmadığından söz ederek isteğin kanunun hükümlerine uygun bulmamakta mümkün değildir. Aksi düşünce “Kanunen sarahat olmadıkça hiç kimse kendi lehine olan... hakkını talebe icbar olunamaz” (HUMK. 79) kuralı ile bağdaşmaz.”

Yargıtay tarafından boşanmanın mali sonuçlarına ilişkin hakim sözleşmeye müdahalesi hususunda, bu yetkinin ne şekilde kullanılacağına ilişkin açıklama Eski Medeni Kanun m.134/f.3 hükmünü etkisiz kılacağı düşüncesi ile eleştirilmekte idi³¹⁹. Gerçekten de hakime bu denli tabir-i caizse köklü bir araştırma görevi yüklenmesi anlaşmalı boşanma yolundan sağlanması beklenen faydaya aykırı olacaktır. Öyle ki, hiç kuşkusuz hakim taraflarca düzenlenmiş olan boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin sözleşmeyi tasdik makamı olarak inceleyip araştırmaksızın onaylamayacaktır. Lakin tarafların iç iradelerini ortaya çıkarmaya çalışırcasına bu denli uçsuz bucaksız bir araştırmaya da zorlanması uygulamada oldukça güç ve hatta imkansız olacaktır. Tarafların boşanmanın sebepleri hususunda saiklerinin önem taşımadığı anlaşmalı boşanma yolunda yine boşanmanın yan sonuçları üzerine de ve özellikle mali sonuçlara ilişkin kısımlarda da taraf saiklerinin bu denli ayrıntılı bir inceleme ve araştırmaya tabi tutulmasına gerek yoktur³²⁰. Kaldı ki, tarafların birbirlerine karşı hileli hareketlerle birbirlerinden saklamış oldukları gerçeklerin sonradan öğrenilmesi halinde de bu defa irade bozuklukları söz konusu olacak ve irade bozukluklarına ilişkin talepler dermeyan edilecektir.

³¹⁹ Kırbaş, s.61.

³²⁰ Kırbaş, s.61.

Çocuğun velayeti hususuna gelindiğinde ise, velayet kavramı kamu düzenine ilişkin bir mesele olup Türk Medeni Kanunu'nda tanımlanmamıştır. Ancak içeriği hususunda Kanun'un 339. maddesi açıklayıcı nitelik arz etmektedir. Doktrinde yapılan tanımlamalara göre ise velayet, küçüğün veya kısıtlı ergin çocuğun korunması, bakımı ve özellikle temel ihtiyaçlarının karşılanması ile geliştirilmesi açısından ana ve babanın çocukların şahsi özelliklerinin geliştirilmesi ve mali hususlara ilişkin korunmanın sağlanması için çocuğun temsili hususunda sahip oldukları hak, ödev ve yetkiler bütünüdür³²¹.

Türk Medeni Kanunu 166. maddenin 3. fıkra hükmü hakime tarafların ve çocuğun menfaati gerektirdiği takdirde anlaşmaya müdahale yetkisi vermiştir. Burada açıklanması gereken husus çocuğun menfaatinden ne anlaşılması gerektiğidir. Çocuğun menfaatinin içeriği kapsamına genel olarak çocuğun bedensel, zihinsel, duygusal, ruhsal ve ahlaki gelişimi girmektedir³²². Bunların yanı sıra aynı zamanda çocuğun menfaatine ilişkin hususlara sosyal, ekonomik ve hukuki menfaatlerde dahil olmaktadır³²³. Dolayısı ile hakim çocukların velayetine ilişkin sözleşmeye müdahale ederken öncelikle temel olarak bakımları, yetiştirilmeleri, eğitim ve terbiyeleri hususunda inceleme ve araştırma yapacaktır³²⁴. Bu hususlara ilişkin gözetilen yararda çocuğun duygusal tatmini ve ana ve baba ile ilişkisinin bu doğrultuda düzenlenmesi icab edecektir³²⁵. Çocuğun maddi menfaatleri hususunda

³²¹ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s.188-189; Köprülü/Kaneti, s.248; Öztan, s.364; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.1057.

³²² Selma Hülya İmamoğlu, Yeni Medeni Kanundaki Düzenleme ve Velâyete Hakim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi, AÜHFD. C.54 S. 1, 2005, s. 166.

³²³ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s.188-189.

³²⁴ Yalçınkaya/Kaleli, s.1841-1842.

³²⁵ "...Küçük E. 1.6.1999 doğumludur. Ana bakımı şefkatine ihtiyacı vardır. Velayet kendisine verilmeyen davacı ile kurulan kişisel ilişki yetersizdir. Gece anne yanında kalacak şekilde ilişki düzenlenmesi gerekirken bu yön dikkate alınmadan hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır..." (Yargıtay 2. HD., 2002/1084 E., 2002/3167 K., 08.03.2002 T.) <http://legalbank.net/belge/y-2-hd-e-2002-1084-k-2002-3167-t-08-03-2002-anlasmali-bosanma/106708>

"...4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 166/3. maddesi uyarınca boşanmaya karar verilebilmesi için hakim taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması gerekir. Hakim tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü halinde boşanmaya hükmolunur. 25.7.2013 tarihli protokolde ve

ise tayin edilecek iştirak nafakası ise her somut olayda çocuğun temel ihtiyaçları, bakım ve giderleri ile eğitim masrafları göz önünde tutularak aleyhine nafaka kararı verecek kişinin maddi durumu göz önünde tutularak tespit ve tayin edilecektir³²⁶.

Bu kapsamda hakim taraflar anlaşmış olsalar dahi çocukların menfaatine uygun şekilde sözleşmeye gerekli müdahaleyi yapacak ve bu hususta özellikle azami derecede dikkat ve özen gösterecektir. Fakat her halukarda müdahale edilen sözleşmeye tarafların onayına sunulacak ve ancak bu hususta anlaşma sağlandığı takdirde hüküm kurulacaktır³²⁷. Çocuğun velayeti hususunda anlaşmanın sağlanamadığı hallerde ise bu defa davaya çekişmeli usulde deva edilecektir³²⁸.

aynı tarihli oturumda taraflar müşterek çocuğun velayetinin davacı anneye verilmesini kabul etmişler, ancak küçükle baba arasında kurulacak kişisel ilişki konusunda bir düzenleme yapmamışlar ve konuyu hakimnin takdirine bırakmışlardır. Kişisel ilişki, anlaşmalı boşanmada hakim tarafından re'sen düzenlenmiştir. Hakim tarafından bu hususta taraflardan kabul ettikleri bir düzenleme istemesi, kabul edilen düzenlemeyi uygun bulması veya gerekli gördüğü değişikliğin taraflarca kabulü halinde buna uygun kişisel ilişki düzenlemesine gidilmesi gerekirken, kişisel ilişkiye dair düzenleme konusunda tarafların beyanı alınmaksızın hüküm kurulması doğru bulunmamıştır...” (Yargıtay 2. HD., 2013/21567 E., 2014/3915 K., 26.02.2014 T.)

“...Mahkemece kişisel ilişki günleri düzenlenirken tarafların beyanları alınmadığı gibi, bu konuda ibraz edilen protokole itibar edilmeme nedenleri de karar yerinde tartışılmamıştır. (TMK. 166/3 m.) Mahkemece yapılacak iş, taraflardan kişisel ilişki günleri konusunda beyanlarının alınması, Türk Medeni Kanununun 166/3. madde uyarınca anlaşma koşullarının uygun bulunması halinde anlaşma gereğince karar verilmesi, uygun bulunmaması durumunda ise sebeplerini belirterek uygun göreceği düzenlemeyi yapması bu düzenlemenin taraflarca kabulü halinde anlaşmalı boşanmaya karar verilmesi gerekir. Bu yön nazara alınmadan protokole aykırı şekilde her yıl Temmuz ayı süresince baba ile çocuk arasında kişisel ilişki tesis edilmesi doğru olmamıştır...” (Yargıtay 2. HD., 1498 E., 3386 K., 07.03.2005 T.) Gençcan, s.723-724.

³²⁶ Köprülü/Kaneti, s.200.

³²⁷ “...Eşler anlaşma protokolünü mahkemeye ibraz ederek bu protokolünü mahkemeye ibraz ederek bu protokol uyarınca boşanmaya karar verilmesini istemişlerdir. Hakim protokole müdahale etmemiştir. (TMK. 166/3 m.) Gerçekleşen bu durum karşısında velayetlerin babaya verilmesi gerekirken protokol dışına çıkılarak yazılı şekilde hüküm tesisi doğru değildir...” (Yargıtay 2. HD., 3807 E., 4741 K., 14.04.2004 T.) Gençcan, s.724.

“...Mahkemece; protokole aykırı velayet düzenlemesi yerinde görülmediği gibi 13. parseldeki 9 numaralı bağımsız bölümün tapusunu iptali ile davalı adına tesciline, aracın mülkiyetinin de kadına ait olacağına tespitine karar verilerek yerde protokole atıf yapılması da isabetsizdir...” (Yargıtay 2. HD., 4194 E., 4994 K., 09.04.2002 T.) Gençcan, s.724.

3. 4. Hakimin Onayından Sonra Sözleşmenin İptali, Sözleşmeden Dönme, Fesih ve Uyarlama Sorunları

Boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin taraflarca düzenlenen anlaşmanın hakimin onaylamasından öncede bir hukuki değere sahip olduğuna ve bu anlamda bir özel hukuk sözleşmesi sayılması gerektiğinden daha evvel bahsetmiş idik³²⁹. Bu kapsamda sözleşme artık hakimin onaylaması anından itibaren değil geçmişe etkili

“...Velayet ve nafaka konusunda taraflarca kabul edilen düzenlemede hakim tarafından gerçekleştirilen değişiklikler konusunda tarafların düşüncesi alınmadan anlaşmalı boşanma kararı verildiği görülmektedir. Mahkemece yapılacak iş; velayet ve nafaka konusunda öngördüğü değişiklikler konusunda tarafların beyanlarının alınması, değişikliğin kabulü halinde anlaşmalı boşanmaya karar verilmesi, değişikliğin kabul edilmemesi durumunda tarafların Türk Medeni Kanununun m.166/1 hükmü doğrultusunda gösterdikleri deliller toplanarak sonucuna göre bir vermektir. Bu yön gözetilmeden eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır...” (Yargıtay 2. HD., 2391 E., 16247 K., 21.11.2007 T.) Gençcan, s.720.

³²⁸ “...Buna göre, eşlerin serbest iradesiyle boşanma kararı verilebilmesi için, boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda tarafların anlaşmış olmaları, taraflarca kabul edilen düzenlemenin de hakim tarafından uygun bulunması zorunludur. Aksi halde anılan hüküm gereğince boşanma kararı verilemez. Yargıtay, kanunun açık maddesine (TMK. m.166/3) muhalif gördüğü diğer sebeplerle hükmü bozabileceğinden (HUMK. m.439/2), hükmün boşanma bölümünün davalı tarafından temyiz edilmemesi hukuksal bir sonuç doğurmaz. Mahkemece yapılacak iş, velayet düzenlemesi yapılmayan ortak çocuk 04.01.1998 doğumlu Selma'nın velayeti hakkında tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Aralarında boşanmanın mali sonuçları ve çocukların durumu hususunda tam anlaşma olmadan, Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesi uyarınca boşanma kararı verilemeyeceğinden, velayet konusunda eşler arasında anlaşma olmadığı ve mahkemece getirilen öneri kabul edilmediği takdirde; davaya çekişmeli boşanma olarak devam edilerek taraflara iddia ve savunmalarının dayanağı bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetlerini içeren beyan ile iddia ve savunmanın dayanağı olarak ileri sürülen her bir vakıanın ispatını sağlayacak delillerini sunmak ve dilekçelerin karşılıklı verilmesini sağlamak üzere süre verilip ön inceleme yapılarak tahkikata geçildikten sonra usulüne uygun şekilde gösterilen deliller toplanarak gerçekleşecek sonucu uyarınca karar verilmek üzere süre verilip ön inceleme yapılarak tahkikata geçildikten sonra usulüne uygun şekilde gösterilen deliller toplanarak gerçekleşecek sonucu uyarınca karar verilmek üzere hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir...” (Yargıtay 2. HD., 2015/4801 E., 2015/3328 K., 03.03.2015 T.)

³²⁹ Bkz. III. Bölüm, 3. 2. Hakimin Onayından Önce ve Onayından Sonra Sözleşmenin Durumu, 3. 2. 1. Onay Öncesinde.

olarak kurulduğu andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır³³⁰. Fakat elbette boşanma kararı ileriye etkili olarak hüküm ve sonuç doğuracaktır³³¹. Dolayısı ile onaydan önceki dönemde taraflardan birinin tek başına sözleşmeden dönmesi mümkün olmayacaktır³³². Bu hususta karşıt görüşe göre, korunması gereken her daim evlilik birliği olmalıdır; bu yüzden de taraflardan her birine onay sürecine değin sözleşmeden dönme imkanı tanınmalıdır³³³. Her durumda ise taraflar sebeplerini belirterek hakimden anlaşmanın onaylanmamasını talep edebilirler. Böyle bir halde zaten TMK. m.166/f.3 hükmü şartları oluşmadığından anlaşmalı boşanma yolu da ortadan kalkmış olacaktır.

Hakimin onayından sonra ise artık taraflar arasında özel hukuk sözleşmesi niteliğini haiz anlaşma bu defa boşanma ilamının bir parçası niteliği kazanır ve nihai hüküm oluşturur³³⁴. Bu safhadan sonra ise mahkemelerin nihai hükümlerine tabi olur ve artık taraflar kanun yolu açık mahkeme kararı olarak karara ilişkin itirazlarını ancak üst derece mahkemesine başvurarak dile getirirler³³⁵.

Anlaşmalı boşanma davası sonucu verilen kararlar bir çekişmesiz yargı kararı³³⁶ olsa da temyiz etmekte hukuki menfaati bulunan taraf için HMK. m.361 hükmü gereği kanun yolları açıktır. Anlaşmalı boşanma sonucu boşanma kararına yönelik temyiz halinde Yargıtay, temyiz edenin anlaşmalı boşanma iradesinden rücu ettiğini belirterek yargılamanın çekişmeli usulde devam etmesi gerektiğini belirtmektedir³³⁷.

³³⁰ Akıntürk/Karaman, s.282; Sirmen, s.86; Velidedeoğlu, s.195.

³³¹ Hatemi/Serozan, s.245.

³³² Köprülü/Kaneti, s.185; Özdemir, s.154.

³³³ Belgesay, s.108.

³³⁴ Egger (Çağa), s.278-279; Esener, 621-622; Tekinay, s.290.

³³⁵ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.611.

³³⁶ Özdemir, s.185.

³³⁷ "...Taraflar Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesi uyarınca boşanmışlar, hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir. Anlaşmalı boşanma yönünde oluşan karar kesinleşinceye kadar eşlerin bu yöndeki diğer bir ifadeyle gerek boşanmanın mali sonuçları, gerekse çocukların durumu hususunda kabul edilen düzenlemeleri kapsayan irade beyanından dönmesini engelleyici yasal bir hüküm bulunmamaktadır. Anlaşmanın bozulması ile anlaşmalı boşanma hükmü bütünüyle geçersiz hale gelir

Yargıtay'ın bu kararını karara muhalif üyenin gerekçeleri ile katılmamaktayız. Buna göre, “...Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesinde yer alan düzenlemeye göre; evliliğin en az bir yıl sürmüş olması koşuluyla, davalının “davayı kabul” beyanı, “evlilik birliğinin temelinden sarsılmış sayılması” için gerekli ise de, boşanma kararı verilmesi için, yalın “kabul” yeterli değildir. Bunun yanında, hakimin tarafları bizzat dinlemesi, irade beyanlarının serbestçe açıklandığına ilişkin kanaate ulaşmış olması ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca yapılan düzenlemeyi uygun bulması da şarttır. Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesinde yer alan düzenlemeye göre, boşanma davalarında yalın “kabul”, boşanma kararı verilmesi için yeterli değildir. Bunun yanında, hakimin tarafları bizzat dinlemesi, boşanma konusundaki irade

(HUMK.md.439/2). Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesi gereğince boşanmalarına karar verilse dahi davacının anlaşmalı boşanma hükmünü gerçekleştiren anlaşmaya rağmen temyiz etmesi davadan açıkça feragat etmedikçe anlaşmalı boşanma yönündeki iradesinden rücu niteliğinde olup, bu halde anlaşmalı boşanmadavasının "çekişmeli boşanma" (TMK m. 166/1-2) olarak görülmesi gerekir...” (Yargıtay 2. HD., 2014/20325 E., 2015/4097 K., 10.03.2015 T.) <http://legalbank.net/belge/y-2-hd-e-2014-20325-k-2015-4097-t-10-03-2015-anlasmali-bosanma-davasi/1455656> E.T. 19.05.2015.

“...Taraflar Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesi uyarınca boşanmışlar, hüküm davalı tarafından temyiz edilmiştir. Anlaşmalı boşanma yönünde oluşan karar kesinleşinceye kadar eşlerin bu yöndeki diğer bir ifadeyle gerek boşanmanın mali sonuçları, gerekse çocukların durumu hususunda kabul edilen düzenlemeleri kapsayan irade beyanından dönmesini engelleyici yasal bir hüküm bulunmamaktadır. Anlaşmanın bozulması ile anlaşmalı boşanma hükmü bütünüyle geçersiz hale gelir (HUMK.md.439/2). Bu halde anlaşmalı boşanma davasının "çekişmeli boşanma" (TMK m. 166/1-2) olarak görülmesi gerekir...” (Yargıtay 2. HD., 2014/18770 E., 2015/3240 K., 02.03.2015 T.)<http://legalbank.net/belge/y-2-hd-e-2014-18770-k-2015-3240-t-02-03-2015-anlasmali-bosanma-davasi/1454796> E.T. 19.05.2015.

“...Taraflar Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesi uyarınca boşanmışlar, hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir. Anlaşmalı boşanma yönünde oluşan karar kesinleşinceye kadar eşlerin bu yöndeki diğer bir ifadeyle gerek boşanmanın mali sonuçları, gerekse çocukların durumu hususunda kabul edilen düzenlemeleri kapsayan irade beyanından dönmesini engelleyici yasal bir hüküm bulunmamaktadır. Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesi gereğince boşanmalarınakarar verilse dahi davacının anlaşmalı boşanma hükmünü gerçekleştiren anlaşmaya rağmen temyiz etmesi davadan açıkça feragat etmedikçe anlaşmalı boşanma yönündeki iradesinden rücu niteliğinde olup, bu halde anlaşmalı boşanma davasının "çekişmeli boşanma" (TMK m. 166/1-2) olarak görülmesi gerekir...” (Yargıtay 2.HD., 2014/18777 E., 2015/3245 K., 02.03.2015 T.)<http://legalbank.net/belge/y-2-hd-e-2014-18777-k-2015-3245-t-02-03-2015-anlasmali-bosanma-davasi/1454367> E.T. 19.05.2015.

beyanlarının serbestçe açıklandığına kanaat getirmiş olması ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca yapılan düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Somut olayda hakim tarafları bizzat dinlediğine, tarafların boşanma konusunda ki irade beyanlarının serbestçe açıklandığına ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca yapılan düzenlemenin uygun olmadığına ilişkin bir iddia da ileri sürülmediğine göre, davalının “davayı kabulü” hukuki sonuç doğurur.

Bu şartlara uygun kabul, tarafları da hakimi de bağlar. Böyle bir durumda artık anlaşmalı boşanmaya vücut veren “irade beyanından” dönülemez. Kanun ve usul hükümlerine uygun olarak tarafların boşanma ve fer'ilerinde irade birliğine dayanan bir boşanma kararı, karara esas alınan irade beyanındaki (hata, hile ve ikrah gibi) sakatlık hallerinin varlığı, bu hususta ciddi delillerin gösterilmesi durumunda veya sözleşme şartlarında kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırılık halinde ya da sözleşme şartlarına aykırı hüküm verilmesi durumunda (bu son halde de, aykırılığın ilişkin olduğu konuda) bozulabilir.

Sayın çoğunluk, “davacının, hüküm kesinleşinceye kadar irade beyanından dönmesini engelleyici yasal bir hüküm bulunmadığını, kararın temyiz edilmesiyle anlaşmalı boşanma hükmünün bütünüyle geçersiz hale geleceğini” kabul etmektedir. Bu görüşe yukarıda açıklanan sebeplerle katılma olanağı yoktur. Böyle bir yaklaşım, her türlü kötüye kullanmalara kapı açar ve Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesiyle getirilen düzenlemeyi etkisiz kılar. Olayda protokol şartlarına uygun hüküm tesis edilmiştir ve protokolde kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı bir şart da bulunmamaktadır. Öyleyse kararın bozulmasını gerektirecek yasal bir sebep yoktur. Bu bakımdan sayın çoğunluk görüşüne katılmıyorum. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davacının yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddi ile usul ve kanuna uygun olan hükmün onanması gerektiği düşüncesiyle bozma kararına iştirak edemiyorum...”

Çocukların durumu hususunda ise Türk Medeni Kanunu çocuğun menfaatlerinin gerekliliği ve velayet hususunun kamu düzenine ilişkin özel ve nitelikli bir konu olması hasebiyle ayrı bir düzenlemeye gitmiştir. Böylece çocukların velayeti ve kişisel ilişkisinin tesisi ile ilgili olarak ortaya çıkacak yeni olguların ve durumların varlığı ile çocukların menfaatlerinin gerektirdiği hallerde bu husus kesinleşmiş bir boşanma kararının varlığına rağmen yeniden düzenlenebilecektir³³⁸. Yasa koyucu Türk Medeni Kanunu 183. madde hükmü ile ana veya babanın bir başkası ile evlenmesi, başka bir yere gitmesi ya da ölümü gibi yeni olguların ortaya çıkması halinde gerekli değişikliklerin yapılması hususunda tarafların talepte bulunabileceği gibi hakimin de re'sen düzenleyebileceğini belirtmektedir. Ancak hal ve durum ne olursa olsun gerçekleşen olguların çocuğun velayet görevinin ihmaline sebep olması gerekmektedir. Yoksa tek başına olguların gerçekleşmesi velayet hakkının geri alınması için yeterli değildir³³⁹.

Boşanmanın mali sonuçlarına ilişkin hususta ise, yasa koyucu kesinleşmiş bir boşanma davasında karar verilen maddi tazminat ve nafaka alacaklarına ilişkin olarak alacaklı tarafın yeniden evlenmesi ya da taraflardan birinin ölümü halinde söz konusu alacakların kendiliğinden son bulacağını; yasal evlilik olmaksızın alacaklı tarafın bir başkası ile fiilen evli gibi yaşaması, yoksulluğunun ortadan kalkması veya haysiyetsiz hayat sürmesi halinde ise mahkeme kararıyla söz konusu alacakların

³³⁸ Kırbaş, s.67.

³³⁹ "...Taraflar anlaşmalı boşanma sonucu boşanmışlar ve küçüğün velayeti davalı anneye verilmiş bilahare davacı tarafından açılan velayetin nez'i davası da reddedilerek kesinleşmiştir. Velayet kendisine verilen kadının evlenmiş olması tek başına velayet değiştirilmesini gerektirmez. Davalının velayet görevini ihmal ettiği ispat edilememiş olup davanın reddi gerekirken kabulü doğru görülmüştür..." (Yargıtay 2. HD. 2003/309 E., 2003/1676 K., 05.02.2003 T.) <http://legalbank.net/belge/y-2-hd-e-2003-309-k-2003-1676-t-05-02-2003-velayetin-kaldirilmesi-davasi/106920> , E.T. 19.05.2015.

"...Dava, velayetin değiştirilmesi isteğine ilişkindir. Taraflar 20.8.2009 tarihinde kesinleşen karar ile anlaşmalı olarak boşanmışlardır. Bu dava ise 2.9.2009 tarihinde açılmıştır. Boşanma davasından sonra davalının velayet hakkını ihmal ettiği kanıtlanamamıştır. Türk Medeni Kanununun 183. ve 349. maddesi koşulları oluşmamıştır. Davanın reddi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır..."(Yargıtay 2. HD. 2010/15325 E., 2011/11034 K., 21.06.2011 T.) <http://legalbank.net/belge/y-2-hd-e-2010-15325-k-2011-11034-t-21-06-2011/1171772> E.T. 19.05.2015.

kaldırılabilirliğini düzenlemiştir (TMK. m.176). Yargıtay, anlaşmalı boşanma davası içerisinde yoksulluk nafakasına ilişkin bir talepte bulunmayan tarafın temyiz aşamasında bu yönde bir talepte bulunamayacağına³⁴⁰ karşın sözleşme kapsamında belirlenen yoksulluk nafakasının koşulların değişmesi halinde sonradan açılacak bir dava ile yeniden düzenlenebileceğine karar vermektedir³⁴¹.

Anlaşmalı boşanma kapsamında uygulamada en sık karşılaşılan problem, tarafların boşanma sürecinin verdiği halet-i ruhiye içerisinde bir an önce boşanmak ve bunun için her şeye katlanmak adına tam olarak düşünmeden önerilen her teklifi kabul etmeleri ve çoğu zaman gurur meselesi yapıp karşı taraftan herhangi bir talepte bulunmamaları; fakat sonrasında verdikleri bu kararlarından pişman olup dönmek istemeleridir. Öyle ki, Türk Hukuku'nda anlaşmalı boşanma kapsamında eşlere bunun yarattığı sonuçlar üzerine düşünme süresi tanınmamıştır. Bu sebeptir ki, düşünme süresinin düzenlenmemiş olması uygulamada daha sonra ortaya çıkan

³⁴⁰ "...Davacının yoksulluk nafakası talep edebilmesi için boşanmaya neden olan olaylarda daha ziyade kusurlu olmaması, boşanma yönünden zarurete düşmesi ve gerek boşanma hükmünün kesinleştiği tarihte ve gerekse halen yoksul olması gerekir. Diğer taraftan anlaşmalı boşanma sırasında yoksulluk nafakası istenmemiş ve hükme bağlanmamışsa artık yoksulluk nafakası istenemez (Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 07.03.1997 tarih, 1032-2584 sayılı Kararı). Çünkü, anlaşmalı boşanma hükmü kesinleşmişse oluşan bu karar o tarihte davacının yoksulluğa düşmediği yönünde kesin hüküm oluşturur..." (Yargıtay 2. HD., 2000/9577 E., 2000/10314 K., 14.09.2000 T.)

³⁴¹ "...Somut olayda; taraflar arasındaki anlaşmalı boşanmakararında, kadın yararına aylık 300 TL yoksulluk nafakasına hükmedilmiş, nafakanın her yıl ÜFE oranında artırılacağı kararlaştırılmıştır. Davalı-davacı kadın yoksulluk nafakasının 300 TL'den, 500 TL'ye arttırılmasını talep etmiş, mahkemece yoksulluk nafakasının 500 TL'ye yükseltilmesine karar verilmiştir.Toplanan deliller ve davalı-davacı kadın vekilinin 18.03.2014 tarihli oturumdaki beyanı dikkate alındığından tarafların sosyal ve ekonomik durumlarında, protokolden sonra önemli bir değişiklik olmadığı, edimler arasındaki dengenin, umulmadık gelişmeler yüzünden sonradan bozulmadığı anlaşılmaktadır. O halde mahkemece yoksulluk nafakasının anlaşmalı boşanma protokolünde belirtildiği şekilde ÜFE oranında arttırılmasına karar verilmesi gerekirken, bu yön gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir..." (Yargıtay 2. HD., 2014/12403 E., 2014/19006 K., 01.10.2014 T.)<http://legalbank.net/belge/y-2-hd-e-2014-12403-k-2014-19006-t-01-10-2014-velayet-davasi/1439840> E.T. 24.05.2015.

sakıncaları sebebiyle bir eksiklik olarak görülmektedir³⁴². Böyle bir düşünme süresinin varlığında ise bu defa anlaşmalı boşanma yolunun en büyük avantajlarından süratle sonuca erişme hakkı ortadan kalkacağı için ayrı bir tartışma konusu olacaktır.

Böyle bir durumda boşanma kararının kesinleşmesinden sonra tarafların kendi aralarında karar ve sözleşmeden farklı bir anlaşma yapabilecekleri ve bunun klasik anlamda bir Borçlar Hukuku sözleşmesi sayılabileceği savunulsa da³⁴³, ihtilaf halinde geçerliliğine ilişkin olumlu bir görüş bildirmek olanaklı değildir. Öyle ki, kesinleşmiş mahkeme kararının aksine yapılan sözleşmelerin yargı organlarınca korunması olanaklı değildir.

Eski Medeni Kanunu döneminde boşanma hükmünün kesinleşmesinden sonra mali hususlara ilişkin talep edilebilecekler hususunda ise Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile bunun yalnızca manevi tazminat kapsamında kusursuz eş tarafından zamanaşımı sürelerine uymak kaydı ile mümkün olabileceği belirtilmiştir³⁴⁴. Maddi tazminat ve nafaka alacaklarına ilişkin olarak ise hükmün kesinleşmesinden sonra talepte bulunulamayacaktır. Bu minvalde boşanma hükmünün kesinleşmesinden sonra bu hususların yeniden gündeme getirilerek talep edilmesi uygun değildir³⁴⁵. Öyle ki, böyle bir hakkın varlığı halinde bunun kötüye kullanılması ihtimali fazlaca görülebileceği gibi, anlaşmalı boşanmanın mahiyetine aykırı olarak bu durum boşanmanın mali sonuçlarına ilişkin kısımda ihtilafların devam etmesine sebep olacaktır³⁴⁶.

³⁴² Bkz. II. Bölüm Anlaşmalı Boşanmanın Şartları, 2. 2. Evliliğin En Az Bir Yıl Sürmüş Olması, 2. 2. 3. Anlaşmalı Boşanma Davasında Anlaşmalı Ayrılığın Yeri

³⁴³ Elçin Grassinger, s.238.

³⁴⁴ YİBK., 1986/5 E., 1988/1 K., 22.01.1988 T., <http://legalbank.net/belge/y-ibgk-e-1986-5-k-1988-1-t-22-01-1988-bosanma/174529> E.T. 23.05.2015.

³⁴⁵ Hatemi/Serozan, s.261; Kırbaş,s.69; Bu hakkın manevi tazminatın yanı sıra maddi tazminat ve nafaka alacakları için de tanınması gerektiği yönde görüş için bkz. Tekinay, s.256; Oğuzman/Dural, s.142; Köprülü/Kaneti, s.196.

³⁴⁶ Hatemi/Serozan, s.257-258.

Yeni Medeni Kanunla birlikte boşanma sonrası doğan dava hakları ise madde 178 hükmü gereği bir yıllık zaman aşımı süresine tabidir. Bu durumda katkı payı alacağı ile edinilmiş mallara katılma taleplerinin boşanma kararının kesinleşmesinden sonra talep edilebilme zamanaşımı süresi düşünülmektedir. Öyle ki bu hususlara ilişkin tarafların anlaşmaları zorunlu değildir³⁴⁷. Eşler arasında kural mal rejiminin (yasal mal rejimi/edinilmiş mallara katılma rejimi) (TMK. m. 202/f.1, m.218-241) uygulanması asıl ise de eşler, mal rejimi sözleşmesiyle kanunda belirlenen diğer rejimlerden birini yani mal ayrılığı rejimi (TMK. m. 242-243), paylaşımlı mal ayrılığı rejimini (TMK. m. 244-255), mal ortaklığı rejimini (TMK. m. 256-281) kabul edebilecekleri (TMK m. 202) gibi kanunda öngörülen sınırlar içinde kural mal rejimi (yasal mal rejimi/edinilmiş mallara katılma rejimi) ile ilgili farklı anlaşmalar da yapabilirler³⁴⁸.

Türk Medeni Kanununun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde özel hukuk alanına giren çekişme konusu tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır. Başka bir anlatımla Türk Medeni Kanununun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, sadece medenî hukuk ilişkilerinde değil Ticaret Hukuku, İş Hukuku vs. gibi özel hukuk alanına giren tüm özel hukuk ilişkilerinde uygulanacaktır³⁴⁹. Bu kapsamda Çoğunluk görüşüne göre, 6098 sayılı TBK. m. 146 maddesinde “kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir” düzenlemesi yer almakta olup, katılma alacağında zamanaşımı süresi TBK m. 146 (mülga 818 sayılı BK m. 125) uyarınca on (10) yıl olarak uygulanmalıdır³⁵⁰. Ayrıca bu hususta Türk Medeni Kanunu'ndan önceki

³⁴⁷ "...Bu bakımdan tarafların anlaşmalıboşanma protokolü yaparken mal rejimi konusunda anlaşmaları zorunlu değildir. Bu konuda anlaşma sağlanamaması boşanma davasının reddi sonucunu doğurmaz. Ve anlaşmalı boşanmaya bir etkisi olamaz..." (Yargıtay 8. HD., 2014/5316 E., 2014/11905 K., 10.06.2014 T.) <http://legalbank.net/belge/y-8-hd-e-2014-5316-k-2014-11905-t-10-06-2014-mal-rejiminden-kaynaklanan-alacak-istemi/1438765> , E.T. 08.06.2015.

³⁴⁸ Ahmet Kılıçoğlu, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, 2. Bası, Ankara-2002, s. 76, (Kılıçoğlu, Edinilmiş Mallar).

³⁴⁹ Gençcan, s.131.

³⁵⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, age.,s. 391; Şükran Şıpka, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde, Tasfiyeyi ve Katılma Alacağını Talep Hakkına İlişkin Zamanaşımı Süreleri”, Bilge Öztan’a Armağan, Ankara, 2008, s. 846; Ahmet Kılıçoğlu, Mal Rejimleri, Eşin Yasal Miras Payı, 3.Bası, Seçkin Yayınevi,

döneme ilişkin katkı payı alacağına on yıl; fakat katılma payı alacağına bir yıllık zamanaşımı süresine tabi olması gerekliliği savunulsa da³⁵¹, her iki halde de, yani hem katkı payı alacağına hem de katılma payı alacağına ilişkin taleplerin bir yıllık zamanaşımı süresine tabi olması gerektiği görüşü³⁵² boşanma davası sonrası taleplerin uzunca bir süreye tabi tutularak eski eşleri birbirlerine karşı dava tehditi ile karşı karşıya bırakma sonucu doğuracağından çok daha yerindedir.

3. 5. Mehir Kavramı ile Yan Sonuç Sözleşmesinin Kapsamına Girip Girmeyeceği Meselesi

3. 5. 1. Kavram Olarak

Sözlük anlamı ile “ücret, sadak” anlamlarına gelen mehir, fihki terim olarak ise evlenme sırasında ödenmesi gereken bedeldir³⁵³. Kur’an-ı Kerim’de ise mehrin karşılığı olarak “fariza³⁵⁴”, “meta³⁵⁵” ile saduka kelimesinin çoğulu “sadukat³⁵⁶” ve ecr kelimesinin çoğulu “ucur³⁵⁷” kelimeleri kullanılmaktadır.

Mehir, İslam hukukunda kadın lehine tanımlanmış maddi bir haktır. Bu hak koca tarafından kadına verilen bir miktar, para ya da maddi değeri olan her şey olabilir. Dolayısı ile mehir, İslam Hukuku’na aykırı başlıktan farklıdır³⁵⁸. Evlenme sözleşmesi gerçekleşir iken mehrin tespiti yapılırsa bu durumda buna “mehr-

Ankara 2012, s.1294, (Kılıçoğlu, Mal Rejimi). Azınlık görüşe göre ise, sürenin TMK. m.178 hükmü gereği bir yıl olarak uygulanması gereklidir, görüşü için bkz. Ali İhsan Özüğür, Mal Rejimleri, 5. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008, s. 82; Faruk Acar, Aile Konutu, Mal Rejimleri, Eşin Yasal Miras Payı, 3.Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, s. 275

³⁵¹ Kılıçoğlu, Mal Rejimi, s.1295.

³⁵² Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s.110.

³⁵³ <http://www.islamansiklopedisi.info/dia/pdf/c28/c280225.pdf>, E.T. 22.05.2015.

³⁵⁴ Bakara Suresi, 2/236-277.

³⁵⁵ Bakara Suresi, 2/241.

³⁵⁶ Nisa Suresi, 4/4.

³⁵⁷ Nisa Suresi, 4/25.

³⁵⁸ Hatemi, İslam, s.119.

müsemma (adı konulmuş mehir)” denilir. Evlenme esnasında saptanmamış olması halinde ise bu durumda “mehr-i misil” söz konusu olmaktadır³⁵⁹. Her iki halde de dini nikah sözleşmesini gerçekleştiren memur tarafından mehir bir kağıda yazılır ve kadın eşe verilir. Görüldüğü üzere adı konsun ya da konmasın İslam Hukuku mehri kadının şahsına bağlı bir hak olarak görmektedir. Mehir hakkı mutlak surette olan kadın bu hakkını dilediği gibi tasarruf yetkisini haizdir. Hatta dilerse mehri kocasına tekrar bağışlayabilir.

3. 5. 2. Mehir Borçlanması ve Yan Sonuç Sözleşmesi Kapsamına Girip Girmeyeceği Meselesi

Mehrin nikah sözleşmesinin şartlarından mı yoksa sözleşmenin sonuçlarından mı olduğu hususunda Maliki Hukukçulara göre, mehir sözleşmenin şartlarından olup mehirsiz gerçekleştirilen nikahın geçersiz sayılması gerekmektedir³⁶⁰. Söz konusu düşünce mehirsiz gerçekleştirilmiş nikahın geçersizliği halinde ortaya çıkabilecek sakıncaları dolayısı ile oldukça ağır bir yaklaşım olarak görülmektedir.

Günümüz hukukunda hiç şüphesiz nikah sözleşmesi, resmi memur önünde gerçekleştirilecek tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanlarını sözlü beyan etmeleri ile gerçekleşmektedir (TMK. m. 142). Ancak toplumda büyük bir çoğunluk evlenmenin dinen de tamamlanması için ayrıca dini nikah da (imam nikahı) kıymaktadır. Bu sebeple mehir kavramı ve mehir borçlanması ve bu hususların mer’i hukuk uygulamasında yeri önemi yadsınamaz bir mesele oluşturmaktadır.

Anlaşmalı boşanma yolunun hukukumuzda giriş gayesi nasıl kadını boşanmanın sonuçlar üzerine korumak olmuşsa, İslam Hukuku bu gayeyi çok

³⁵⁹ Türcan, s.479.

³⁶⁰ İbnRüşd, Bidâyetü'l-Müçtehid ve Nihayeti'l-Muktesid, (tahkikat: Abdülmecid Tu'me Halebi) Beyrut 1997, C. 3, s. 54.

evvelinden sağlamak gayreti içerisinde kadını boşanmanın özellikle mali sonuçlarına ilişkin koruma düşüncesi ile mehir borçlanmasına yer vermiştir³⁶¹.

Mehir ile amaçlanan hukuki menfaat kadının boşanma sonrası yaşayabileceği yoksulluğu engellemek olduğu düşünüldüğünde anlaşmalı boşanma sonucunda kadının kocadan tazminat ve nafaka alacaklarından ayrı olarak ve fakat hakimin onaylaması şartı ile mehri talep edebilmesi uygun düşmektedir³⁶². Gerçekten de yalnızca kadın eşe özgülenmiş ve karşılıksız olması yönüyle bağışlama niteliği arz eden mehir, nafaka ve tazminat taleplerine ilişkin hüküm kurulsaydı bile sebepsiz zenginleşme ya da haksız kazanç sağlamayacağı aşikardır.

Bağışlama, bağışlayanın sağlararası sonuç doğurmak üzere malvarlığından bağışlanana karşılıksız olarak kazandırma yapmayı üstlendiği sözleşmedir³⁶³. Fiil ehliyetine sahip olan herkes, eşler arasındaki mal rejiminden veya miras hukukundan doğan sınırlamalar saklı kalmak üzere, bağışlama yapabilir. Bağışlamanın geçerliliği yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır (TBK. m.288). Dolayısı ile tüm bu yönleri ile Yargıtay tarafından mehre bağışlama niteliği kazandırılması doğru ve yerinde bir yaklaşımdır³⁶⁴.

³⁶¹ Hatemi, İslam, s.119.

³⁶² Hatemi/Serozan, s.251.

³⁶³ M. Kemal Oğuzman/ M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, İstanbul, 2013, s.262.

³⁶⁴“...Davacı, 4.4.1983 günlü dilekçesi ile; 21.2.1983 tarihinde kesinleşen ilamla boşandığı eski eşi davalıya evlilik birliği sırasında verdiği 21.9.1980 tarihli mehir senedinin iptalini istemiştir.

Yerel Mahkeme, davacının bağıştan rücu sebebini, evlenme akdinin feshini talep tarihi olan 11.10.1980 gününde öğrendiğine göre, davanın BK.nun 246. maddesinde yazılı bir yıllık yasal süre içinde açılmamış olması nedeniyle reddine karar vermiş, davacının temyizi üzerine Özel Daire; "BK.nun 246. maddesindeki süre, hak düşürücü olmayıp, zamanaşımına ilişkindir. Evlilik birliği devam ettiği müddetçe eşler arasında zamanaşımı işlemeyeceği için ve taraflar 21.2.1983 tarihinde kesinleşen ilamla boşandıklarından işin esasının incelenmesi gerekir" gerekçesi ile kararı bozmuş, yerel mahkeme önceki kararda yazılı nedenlerle direnmiştir...” (Yargıtay HGK., 1986/2382 E., 1987/122 K., 25.02.1987 T.)

“...Davacı davalı Harun ve İ.Ethem 5.02.1999'da açtıkları dava ile Şerife ile Harun'un evlenmeleri sırasında düzenlenen 16.07.1993 tarihli “Mehir Senedi “başlıklı senedin terk nedeni ile Borçlar Kanununun 244. maddesi şartları oluştuğundan iptaline, bu senede konu eşya Şerife elinde

SONUÇ

Türk Hukukunda anlaşmalı boşanma 4217 Sayılı Türk Medeni Kanununun 166. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiştir. “Evlilik birliğinin sarsılması” kenar başlıklı madde hükmü, eşlerin boşanma yönünde iradelerinin birleşmesi halinde evlilik birliğinin sarsıldığı hususunu kesin olarak kabul etmektedir. Bu minvalde evlilik birliğini sona erdirmek isteyen eşlere iradi noktada değer veren ve bireylere üstünlük tanıyan böyle bir düzenleme hemen hemen bütün çağdaş hukuk düzenlerinde hakim olmuştur. Öyle ki, İslam Hukuku anlaşmalı boşanmayı doğuşundan beri düzenlemiş ve muhala’a, hul’ ile erkeğe verilen talak yetkisini kadın eşe anlaşma yolu ile sağlamıştır. Hz. Peygamber döneminde de muhala’a ile anlaşmalı boşanan eşlerin sayısı ise yadsınamayacak denli fazla olmuştur.

Hiç kuşkusuz evlenme kadar boşanma da tabii bir olgudur. Ancak boşanma hemen her toplumda olduğu gibi bizim hukukumuzda da Anayasa’nın 41. maddesi gereği ailenin korunması ve toplumun refahı ve düzeni için devlet kontrolüne tabi tutulmuştur. Gerçekten de doğal olduğu hiç kuşkusuz olan; fakat hiç bir zaman arzu edilmeyen boşanma sayısının artışı sadece muhatap eşlere değil tüm topluma derin yaralar açmaktadır. Bir ailenin evladına bırakacağı en büyük miras ise evlenme ile boşanmadır. Öyle ki, aile içi bireylerin psikolojik durumları nasıl mutlu süren bir evlilik ve aile hayatından fevkalade oranda etkileniyorsa, aynı şekilde boşanma olgusunun gerçekleşmesinden sonra da bu etkilenmenin olumsuz yönde olacağı

bulduğundan istirdadına, almadığında bedelinin tahsiline karar verilmesini istemişlerdir. Şerife ile Harun evli iken Şerife kendisine Medeni Kanunun 132. maddesi uyarınca gönderilen ve kadına 08.05.1997 günü tebliğ edilen ihtara uymaması sebebiyle boşanmışlar, karar temyiz edilmeyerek 18.12.1998 tarihinde kesinleşmiştir. Bu davada davacıların Borçlar Kanununun 246. maddesinde gösterilen hak düşürücü süreyi geçirip geçirmediğinin belirlenmesi önem kazanmaktadır. Borçlar Kanununun 244.maddesi uyarınca “Bağışlanan, bağışlayana yahut yakınlarından birince karşı ağır bir cürüm irtikap ederse yada bağışlanan, bağışlayana veya ailesi için kanunen mükellef olduğu vazifelere karşı ehemmiyetli bir surette riayetsizlikte bulunur ise “bağışlayan bağıştan rucu ile bağışlananın elinde ne kalmış ise onun iadesini dava edebilir. Görüldüğü gibi rucu sebebi bağışlananın fiilidir. Rucu sebebi fiilin başka bir hukuki sonucu değildir. Fiilin tamamlandığı anda bağışlananın rucu hakkı doğar...” (Yargıtay 2. HD., 2001/6546 E., 2001/8276 K., 28.05.2001 T.)

aşikardır. Bu yüzden nasıl ki maddi menfaatler ya da zararlar miras olarak mirasçılara intikal ediyor ise, manevi olarak da en önemli miras çocuklara bırakılan evlilik ve boşanmadır.

Anlaşmalı boşanma, Boşanma Hukuku'nda bir çok yönü ile daha insani ve çağdaş nitelikler arz etmektedir. Bu anlamda, bir çekişmesiz yargı faaliyeti olduğu görüşüne katıldığımız anlaşmalı boşanma yolu, her şeyden evvel tarafların birbirlerine kusur yüklemelerine, çeşitli ithamlarla suçlamalarına mani olmaktadır. Böylece de eşler boşanmış olsalar bile daha sonraki ilişkilerinde birbirlerine saygıları devam edebilmektedir. Bu saygı özellikle çocuklu ailelerde önem kazanmaktadır. Çocukların bu süreci daha kolay ve daha az yara ile atlatabilmelerinde eski eşlerin boşanma sonrası ikili ilişkilerindeki saygı ve hoşgörü çok önemlidir. Bugün çekişmeli boşanma davalarında uygulamada sıklıkla gördüğümüz eşler mahkeme salonlarında ve dilekçelerde birbirlerini saygı ve insani boyutları fazlasıyla aşacak şekilde kusur yüklemektedirler. Böyle de olmak zorundadır. Öyle ki, Türk Hukukunda kusur ilkesi halen varlığını sürdürmektedir. Hatta 3444 Sayılı Yasa'dan evvel dava açma hakkı daha az kusurlu eşe tanınmıştı. Neyse ki, 3444 Sayılı Yasa ile bu durum belirli bir dengeye oturulmuş ve kusurlu eşe de dava açma imkanı tanınmıştı.

Alman Hukuku'nda olduğu gibi hemen bütün çağdaş toplumlarda boşanma için çok nedensellikten uzaklaştırılma ve daha medeni daha insancıl olan anlaşmalı boşanmaya eğilim gözlemlenmektedir. Öyle de olmak zorundadır. Elbette ki, boşanma gibi hassas bir kurum devletin müdahalesine ihtiyaç duymaktadır. Ancak bunu yaparken tarafların birbirleri ile bir kusur savaşı içerisine girmesine mahal vermekte kontrollü bir davranış olmasa gerek. Bu yüzden belki boşanmanın zorlaştırılması yerine evlenmenin zorlaştırılması daha uygun olacaktır. Öyle ki, birbirinden ayrı bir dünya içerisinde farklı huy ve karakterlere sahip insanların birbirleri ile tam bir uyum içerisinde sorunsuz bir şekilde yaşamaları her halde çok hayalperest bir düşünce olmaktadır. İki insanın olduğu yerde anlaşmazlık, uyumsuzluk, tartışma kaçınılmazdır. Yeter ki, tüm bunlar belirli bir denge ve sınır içerisinde kalabilsin. Ve tabii ki taraflar birbirlerine hoşgörü ve tevazu gösterebilsin.

Bunun için ise evlenme için eşlerin öncelikle belli bir olgunluğa erişmiş karaktere sahip olmaları gerekmektedir. Bu yüzden bugünkü hukukumuzda ki gibi yaş haddini aşmış herkesin rahatlıkla nikah kıyabilmesi bunun için başkaca hiçbir şartın aranmaması bir eleştiri unsuru olabilir.

Medeni Kanunumuzun 166. maddesinin 3. fıkraya hükmüne göre eşlerin boşanabilmeleri için evliliğin en az 1 yıl sürmüş olması, eşlerin mahkemeye birlikte başvurması ya da bir eşin açtığı davanın diğer eş tarafından kabulü ile boşanmanın mali sonuçları ile çocukların velayeti hususunda sözleşmenin düzenlenerek hakim bu sözleşmeyi onaylaması şarttır. Ancak tüm bu maddi koşullar gerçekleştiği takdirde kanun anlaşmalı boşanmaya imkan sağlamaktadır. Bu hususta 1 yıllık sürenin amaca tam anlamıyla uygun olduğunu söyleyebilmek mümkün değildir. Öyle ki, birbirlerini tam anlamıyla tanıyıp uyum sağlamaları için tayin edilen bir yıllık süre bu gaye için fevkalade kısa bir süredir. Hele ki günümüz toplumunda, herkesin bir koşuşturma ve hayat meşgalesi içerisinde olduğunu düşünürsek birbirlerini tanıyıp anlayabilmeleri ve gerekli denge ve uyumun sağlanması açısından yöneldiği amaca tam anlamıyla hizmet etmesi olanaklı görülmemektedir. Hal böyle olmakla birlikte tam anlamıyla evlilik birliğini sona erdirmiş tarafları ise sırf süre şartının tamamlanmaması sebebiyle bir arada tutmak zorunda bırakmak ise iradeyi bertaraf etmesi hasebiyle uygun görülmemektedir. Bu hususun çözümü hiç kuşkusuz hakime düşmektedir. Bu sebeple hakim boşanma yönünde tarafların iradelerinin tespitinde bu iradenin özgür bir irade ürünü olduğu hususunun yanı sıra bir heyecan ve anlık bir duygu olup olmadığı hususunda araştırma ve inceleme yapması gerekli görülmektedir. Böyle bir irade varlığı halinde ise taraflara düşünme niteliğinde makul ve fakat çokta uzun olmayan bir süre tayin edilmesi uygun düşmektedir. Bu şekilde alınacak kararların çok daha sağlam bir irade ürünü olacağı kuşkusuzdur.

Tüm bunlara karşın Türk Boşanma Hukuku'nun çağdaş düzenlere ve toplumlara ve aile hukuku yapısına bakıldığında geride kaldığını ve yetersiz olduğunu söylemek ise haksızlık olur. Boşanmanın sonuçları yönünden bir takım eksiklikler içermiş olsa da her şeyin ve oluşabilecek her durumun kanunlar aracılığı ile düzenlenmesinin imkansız olduğu düşünülecek olursa bu noktada ki eksiklikleri

tamamlama hususunda Yargı kararlarına duyulan önem ve ihtiyaç bir hayli fazla olmaktadır. Gerçekten de özellikle Aile Hukuku alanında ciddi anlamda yeknesak bir düzenin ve kuralların yıllar yılı devam etmesi beklenemez. Bu yüzden Aile Mahkemelerinin kurulması ile bu alanda yargının ayrı bir uzmanlaştırılma eğilimi gösterilmesi yerinde olmaktadır.

Uygulamada en sık karşılaşılan problemlerden biriside hakimin tarafları bizzat dinlemesi meselesidir. Çoğu zaman eşler, boşanma sonucuna gitmezden evvel ayrı yaşamayı tercih etmektedirler. Bu yüzden de farklı şehirlerde dahi yaşamaktadırlar. Böyle bir durumda ise özellikle şehir dışında ya da ülke dışında yaşayan eşi duruşmaya getirmek olanaklı olmamaktadır. İmkansız olması halinde ise kanunu dolanmak sureti ile bu durum uygulamacılar tarafından aşılmaktadır. Ancak hiçbir zaman yargının kanunu dolanmak sureti ile sonuçlandırılması arzu edilen bir davranış değildir. Bu yüzden hiç değil ise gelişen teknolojiden faydalanılarak ses ve görüntü cihazları ile bizzat dinlemenin gerçekleştirilmesine imkan tanınmalıdır. Pek tabii ki hakim iradenin serbestçe açıklandığı hususunda yine kuşkuya düşerse eşleri bizzat huzuruna da davet edebilmelidir.

Sonuç olarak özetle Boşanma Hukuku'na ilişkin çalışmamızda incelemiş olduğumuz anlaşmalı boşanma yolunda taraf iradelerine tanınan üstünlüğün bir nokta da hakimin takdir ve tayininde daha titizlik göstermesi ile kuvvetlendirilmesi ve sonuçları ile belli bir dengenin yakalanması ümidi ile hiç değilse Yargı kararları ile bu uyumun sağlanması arzu ve temennimizi dile getirmekteyiz.

ÖZGEÇMİŞ

20 Mayıs 1986 yılında Kayseri’de dünyaya gelmiştir. Lise öğrenimini 2003 yılında İzmir Özel Fatih Kolejinde birincilikle tamamladıktan sonra aynı yıl birinci sırada İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ne yerleşmiştir. Fakültede eğitim gördüğü sırada kadın-erkek ve çocuk psikolojisine olan eğilimi sebebiyle çeşitli kurum ve kuruluşlarda eğitim alarak dernek ve vakıflarda aktif görev yapmıştır. Fakülte eğitiminin ardından avukatlık stajını tamamlayarak 20.05.2010 tarihinde Avukatlık Ruhsatnamesi almaya hak kazanmıştır. Akabinde İstanbul Barosuna kaydolarak özellikle Aile, Sağlık, İş ve Marka Hukuku alanlarında aktif olarak çalışmıştır. Aynı dönemde, 2011 yılının Kasım ayı içerisinde, Marka ve Patent Vekilliği sınavlarında başarılı olarak vekillik unvanı almaya hak kazanmıştır. 2013 Eylül itibari ile Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilimdalı’nda Yüksek Lisans eğitimine başlamıştır. 9 Şubat 2015 tarihi itibariyle ise Avukatlık mesleğinden ayrılarak İstanbul Gedik Üniversitesi bünyesine Öğretim Görevlisi unvanı ile dahil olmuş; İktisadi, İdari ve Sosyal Bilimler Fakültesi ile Sosyal Bilimler Enstitüsünde Medeni Hukuk, Borçlar Hukuku ve Ticaret Hukuku dersleri vermeye başlamış ve halen de devam etmekte olmanın yanı sıra aynı zamanda özel hukuk bilirkişisidir. Yabancı dili İngilizce olup, evli ve bir çocuk annesidir.