

T.C.
İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

BOŞANMANIN YAN (FERİ) SONUÇ SÖZLEŞMELERİ

Yüksek Lisans Tezi

İLKNUR PINAR ZEHİR

100017187

Danışman : Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ

İstanbul, Mayıs 2017

İçindekiler Tablosu

Kısaltmalar	i
1- GİRİŞ	1
2- BOŞANMA HUKUKU	1
I- Genel olarak.....	1
II- Boşanma Kavramına Sosyolojik Genel Bir Bakış.....	1
III- 4721 Sayılı Medeni Kanunumuzun Benimsediği İlke Sorunu.....	2
IV- Türk Hukukunda Boşanma	4
BİRİNCİ BÖLÜM	6
3- ANLAŞMALI BOŞANMA	6
I- Tarihi Gelişim.....	6
II- Batı Hukuk Sistemlerinde Anlaşmalı Boşanma.....	7
1. Tarihi Gelişim	7
2. Kara Avrupası Hukuk Sisteminde Anlaşmalı Boşanma.....	8
b)Fransa.....	8
c)Almanya.....	9
d)İsviçre	9
III- Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma	10
1. Tarihsel Gelişim.....	10
2. Genel olarak Türk Hukuku'nda Anlaşmalı Boşanma.....	12
a- Evlilik birliğinin en az bir yıl sürmüş olması gerekir	13
b- Eşlerin iradelerinin birbirine uygun olması.....	14
c- Hakimin eşleri bizzat dinlemesi	15
d- Hakimin taraflarca kendisine sunulacak anlaşmayı kabul etmesi gerekir.....	16
da- Mali konular.....	17
db- Çocuklara ilişkin hususlar.....	18
dc- Düzenlemede değişiklik yapılırken tarafların görüşü alınmalıdır	20
dd- Düzenlemede her hususta anlaşma sağlanmalıdır	21
de- Anlaşmalı boşanma davasında kusur araştırılması yapılamaz.....	22
df- Anlaşmalı Boşanma Davasında Hüküm.....	22

dg- Anlaşmalı Boşanma Davasında Karar Eda Hükümünü Taşımalıdır	25
dh-Anlaşmalı Boşanmada Saik Dikkate Alınmaz.....	25
İKİNCİ BÖLÜM.....	26
4- ANLAŞMALI BOŞANMADA YAN SONUÇ PROTOKOLÜ.....	26
I- Genel olarak.....	26
II- Mali Konular.....	26
a) Maddi ve manevi tazminat.....	29
aa- Maddi Tazminatın Belirlenmesi	30
ab- Düzenlemede manevi tazminat.....	37
ac- Düzenlemede yoksulluk nafakası	37
b) Düzenlemede Çocukların Durumu.....	38
ba- İştirak Nafakası.....	38
bb- Kişisel İlişki Konusu	39
bc- Velayet konusunda	44
bd- Düzenleme Dışı Karar Verilemez	45
1- <i>Düzenleme Dışı Nafaka Artırılmaz</i>	45
2- <i>Düzenleme Dışı Kişisel İlişki Düzenlenemez</i>	45
3- <i>Düzenleme Dışı Faize Hükmedilemez</i>	46
4- <i>Düzenleme Dışı Velayet Verilemez</i>	46
5- <i>Düzenleme Dışı devir Kararı Verilemez</i>	46
6- <i>Düzenleme dışı diğer değişiklikler yapılamaz</i>	47
c) Mal rejiminin tasfiyesi anlaşma kapsamında değildir	47
d) Yargılama Giderleri	48
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM.....	49
5) DÜZENLEMESİNE (Sözleşmeye) YÖNELİK İSTEKLER	49
1- <i>Düzenlemenin Değiştirilmesi İstenebilir</i>	49
2- <i>Düzenlemenin iptali istenebilir</i>	49
3- <i>Düzenlemeye dayanarak iptal de istenebilir</i>	49
4- Diğer Hususlar	49
I- Düzenlemenin(166/3 ve 184/4) Hükümleri	50
1- <i>Özelliğinin Belirlenmesi</i>	50
2- <i>Hakimin Onayına Kadar ve Onayından Sonra Sözleşmenin Durumu</i>	53
3- <i>Hakimin Onaydan Önce Sözleşmeye Müdahalesi</i>	57
4- <i>Hakimin Onayından Sonra Sözleşmenin İptali, Sözleşmeden Dönme, Fesih ve Uyarlama Sorunları</i>	61

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM	68
6) ANLAŞMALI BOŞANMA DIŞINDA BOŞANMANIN FER'İ SONUÇLARINA İLİŞKİN MUKAVELELER	68
I- Genel olarak	68
a- Düzenlemede Manevi tazminat	70
b- Düzenlemede Maddi tazminat	71
c- Düzenlemede Yoksulluk Nafakası	71
d- Çocukların Durumu	72
e- Boşanmanın Fer'i Hükümlerine Dair Yapılan Sözleşmelerin Hakim Tarafından Tasdiki....	73
II- Mehir Borcu	75
a- Genel olarak	75
b- Mehir Borcunun Yan Sonuç Sözleşmesinin Kapsamına Girip Girmeyeceği Meselesi.....	76
SONUÇ	78
KAYNAKÇA	81
www.mevzuatdergisi.com/1999/o3a/04.htm.....	84
ANLAŞMALI BOŞANMA PROTOKOL ÖRNEĞİ	85
İSTANBUL () AİLE MAHKEMESİ SAYIN HAKİMLİĞİ'NE,	85



T.C. İSTANBUL TİCARET
ÜNİVERSİTESİ

T.C.
İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ
.....Özel Hukuk..... ENSTİTÜSÜ

YÜKSEK LİSANS TEZİ ONAY FORMU

.....Özel Hukuk.....
Anabilim DalıÖzel Hukuk Tezli.....
yüksek lisans programı 1000.17.187..... numaralı öğrencisiİlham Perce Zehra.....
.....Bosmaniana Van Savaş Sözleşmesi.....
.....
başlıklı tez çalışması jürimiz tarafından Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

TEZ DANIŞMANIProf. Dr. Hüseyin Hatemi.....
JÜRİ ÜYESİProf. Dr. Müzaffer Selvi.....
JÜRİ ÜYESİYard. Doç. Dr. Nejat Adıgüzel.....

İstanbul Ticaret ÜniversitesiÖzel Hukuk..... Enstitüsü Yönetim Kurulu'na/...../20.....
Tarih:/..... sayılı karar ile onaylanmıştır.

KISALTMALAR

A.G.E.	: Adı Geçen Eser
A.Ü.H.F.Y.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
BKNZ	: Bakınız
D.Ü.H.F.Y.	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemesi Kanunu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
MK	: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
Md	: Madde
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
Vd.	: ve devamı
Y2HD	: Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi

1. GİRİŞ

2. BOŞANMA HUKUKU

I-Genel olarak

Aile, bilinen genel tanımından hareketle toplumun en temel bileşenlerinden birisidir. Hukuk düzeni de böyle bir önemi haiz bu kurumu, Medeni Kanunda özel olarak düzenlemek suretiyle aile ilişkilerine karşı kayıtsız kalmadığını ifade etmiştir. Bu önemi biraz daha incelersek; aile, toplumdaki huzur ve refahın, gelişmişliğin ve bilinçliliğin en temel ölçütü olmakla birlikte; aksi yönde istenmeyen durumların da kökensel olarak maalesef yeşerdiği en küçük toplum birimidir. Toplum ile ilgili yapılan birçok bilimsel anket ve araştırma da yine aile merkezlidir. Ailenin toplum hiyerarşisindeki bütün bu işlevleri ne kadar iyi incelenebilirse, sosyal bilimlerde ve bilhassa hukuk düzeninde de o kadar isabetli ilke ve kurallar disiplinleşecek, hayatımız da yine bu oranda kolayca tanzim edilebilecektir. Bu nedenledir ki; aile kurumu ve kendi içinde gelişen fonksiyonları; çeşitli hukuki olgu ve müesseselerle birlikte medeni hukuk düzeninin en temel parçası haline gelmiş, evlilik birliğinin başlangıcında, devamında ve nihayet sonucunda gelişen ilişkiler, bu kurumun en temel dinamiği mahiyetini kazanmıştır. İşte biz de bu tezimizde aile birliğinin sona ermesine bağlı olarak ortaya çıkan birtakım ilişkileri ve bu ilişkilerinde çeşitli şartlarında gerçekleşmesine bağlı olarak ortaya çıkan unsurlarından biri olan boşanmanın yan sözleşmelerini, boşanma türleri açısından farklı başlıklar altında hukuki olarak ele alacağız.

II- Boşanma Kavramına Sosyolojik Genel Bir Bakış

Boşanmanın tarihi gelişim ve değişim evrelerine bakıldığında, boşanma müessesesinin her toplumda ve her dönemde kendini aynı profilde göstermediği gerçeği söz konusu olacaktır.¹ Hatta; tarihi, üretim araçları ve bunların dinamikleri üzerine inşa eden komünist tarihi yaklaşımına göre ilk çağlarda karşı cinslerin birbirlerine karşı olan ilgileri herhangi bir toplumsal, kurumsal veya dini kurallara göre somutlaştırılmamış; bu durum, cinsel ve

¹Ebru Ceylan, Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Sonuçları, GSÜ.Yay., İstanbul-2006 s. 72

duygusal birlikteliklerin kurallara bağılı olarak devamını veya sonuçlanmasını engellemiştir. Dolayısıyla evlilik birliğinin sonlandırılmasına yönelik belli bir disiplini ifade eden boşanma kurumu da ortaya çıkmamıştır.

Boşanma konusunda ise, kendi toplumunun birtakım özel şartlarının etkili olduğu hukuk sistemlerinin yaklaşımına bağılı olarak çeşitli sistem ve görüşler ortaya çıkmıştır. Görüşler, toplum mekanizmasının işleyişinin hukuk sistemine nasıl yansıdığı sorusuna verilen siyasi ve sosyolojik cevaplara bağılı olarak temel bazda; bireyci ve toplumcu görüş şeklinde iki başlık altında incelenmektedir.

Bireyci görüş, eşlerin, kendi iradesel tercihlerinin bir sonucu olarak; karşı cinsle olan cinsel ve duygusal birlikteliklerinin devamına ve sonlandırılmasına karar verebilme hakkına sahip olmaları gerektiğini ifade eder.² Görüşe göre; kişinin bu konudaki iradi tercihi, devlet ve toplumun menfaatinden önce gelir. Dolayısıyla herhangi bir maddi şartın gerçekleşmesine bakılmaksızın eşler bu birlikteliğe son verebilme yetkisini haiz olmalıdırlar. ÖZTAN,³ bireyci görüşün kabulü ile deneme evliliklerin artacağı ve bunun da kamu düzenini bozacağını ifade etmektedir ki; bizce Öztan bu eleştirisinde isabetli bir irade ortaya koymuştur. Evet, evlilik birliğinde, eşlerin kendi duygu ve zevkleri kurucu bir rol oynamaktadır. Ancak etkisi, toplumun en üst katmanlarına sirayet eden böyle bir kurumun da disipline edilmeyerek tamamen başıboş bırakılması, özellikle son yıllarda gençler arasında rağbet gören ve kendilerini toplumsal veya kurumsal ilke ve kurullarla bağılı saymayan flört birlikteliklerinin yapmış olduğu ahlak tahribatı tecrübesi de göz önünde bulundurulursa önü alınamaz sosyal infiallere neden olacaktır.

Toplumcu görüş ise, evliliğin bireyin cinsel ve duygusal tercihleri üzerine kurulmadığı temeline dayanmaktadır. Evliliğin sonlandırılmasının münhasır olarak eşlerin tasarrufuna bırakılmayacağını; bunun çocukların geleceği açısından tehlike arz edeceğini dolayısıyla devletin bu duruma karşı kayıtsız kalmaması gerektiğini ifade etmektedir.⁴ Bu görüş, Katolik Kilise Hukukunun felsefesini dikkate almaktadır.

Sonuç olarak evlilik birliğinin manevi kurucu unsurları, toplumun buna olan bakış açısı ve devletin de temel mahiyeti; boşanma kurumunun birey (eşler) - toplum - devlet mekanizmasının zorunlu kıldığı ve bunlardan biri lehine değiştiğinde sosyal olumsuzluklara gebe kalacak bir denge üzerine kurulması gerektiği mantığını ifade etmektedir.

Yukarıda boşanma kurumunun sosyolojik önemine bağılı olarak ortaya çıkan bireyci ve toplumcu görüşü ele aldık. Bir sonraki bölümde ise, boşanmanın biraz daha teknik

² Ömer Uğur Gençcan, Boşanma Hukuku, Seçkin Yayıncılık, s. 67

³ GENÇCAN, a.g.e., s. 67, Bilge Öztan, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, s. 637

⁴ GENÇCAN, a.g.e., s. 67

anlamını ifade eden, hukuk sistemlerine göre toplumsal dinamiklerin de etkisiyle baraber farklılık arzeden “boşanmada ilkeler” sorunsalını ele alacağız.

III- 4721 Sayılı Medeni Kanunumuzun Benimsediği İlke Sorunu

4721 sayılı Medeni Kanunumuz ise ilkeler bağlamında “karma sisteme” yer vermiştir. Başka bir anlatımla medeni kanunumuz boşanma kurumuna başvurulmasını haklı kılacak sebeplerin tek tipten oluşmadığını, bazı boşanma sebeplerinde birden çok ilkeye dayanılmış olduğunu görmekteyiz.⁵

Kusur ilkesinin;

- Zina sebebiyle boşanma (TMK. m. 161)
- Hayata kast sebebiyle boşanma (TMK. m. 162)
- Pek kötü veya onur kırıcı davranış sebebiyle boşanma (TMK.m.162)
- Suç işleme sebebiyle boşanma (TMK. m.163)
- Terk sebebiyle boşanma (TMK. m.164) davalarında,
Elverişsizlik ve evlilik birliğinin temelden sarsılması ilkesinin akıl hastalığı sebebiyle boşanma (TMK. m.165) davalarında,

Evlilik birliğinin sarsılması ilkesinin evlilik birliğinin temelden sarsılması sebebiyle boşanma (TMK. m.166 f.III) davalarında,

Kısmen irade ilkesi, kısmen de evlilik birliğinin temelden sarsılması ilkesinin anlaşmalı boşanma (TMK. m.166 f.III) davalarında,

Eylemli ayrılık ilkesinin ayrılık sebebiyle boşanma (TMK. m. 166 f.IV) davalarında benimsenmiş olduğunu ifade edebiliriz.⁶

4721 sayılı medeni kanunumuzun hangi değişkenlerden etkilenecek böyle bir prensibi benimsediğini yorumlamaya ve anlamaya çalıştığımızda; özellikle teknoloji ve bilgi çağının da yaşamlarımızın her alanında belirmesi ve hal ve hareketlerin bu sebeple çeşitlilik göstermesine bağlı olarak boşanma sebeplerinin de muhtelif nitelik kazandığı; ve bu realitenin de kanun koyucuyu, boşanma nedenlerini tek ya da belli bir kategorideki ilke veya ilkelere değil; farklı nitelikteki birden fazla ilkeye dayandırmak zorunda bıraktığı; ve bu yaklaşımın da kanun koyucunun, “kanunların çağın kaçınılmaz sonuçlarına uyarlanması”

⁵ GENÇCAN, a.g.e., s. 76

⁶ GENÇCAN, a.g.e., s.77

şeklinde bir yönü de olan “hukuki güvenlik”⁷ ilkesini, 4721 sayılı medeni kanunun bu bölümünde yansıttığını ve yaşattığını gösterdiği sonucuna varılacaktır.

Bizim asıl ilgi alanımızı bir üst başlık olarak teşkil eden boşanmanın hukuki sonuçlarına gelindiğinde ise, hakim tarafından boşanmaya karar verilmesi halinde meydana gelecek hukuki sonuçlar ortaya çıkacaktır. Bir bozucu yenilik doğuran dava olan boşanmanın hukuki sonuçlarından bazıları eşleri bazıları ise çocukları ilgilendiren sonuçlardır⁸.

IV- Türk Hukukunda Boşanma

Mevzuatımızda başta gerek eski 743 sayılı ve gerekse 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda boşanmanın tanımına ilişkin genel bir tanım yoktur.⁹ Bu durum doktrinel olarak birtakım görüş ayrılıklarına mahal vermiştir.¹⁰ Bizce kanun koyucunun bu düşüncesinin birbiri ardına gelen aynı iki kanun sisteminde de benimsemesinin irade dışı sayılmasına imkan yoktur. Zira böyle düşünmekle, sonraki kanunun önceki kanuna göre daha nitelikli olduğu karinesi göz önünde bulundurulursa, eksik olduğu düşünülen bir hususta tekrardan aynı hataya düşülmesi gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır ki; bu da haksız bir eleştiri olacaktır. Aynı zamanda boşanma kurumu öteden beri pratiksel olarak evrimini tamamlamış ve kendisinin genel bir tanımının yapılmayışı da uygulama da pek fazla soruna yol açmamıştır. Sonuç olarak yasa koyucunun bu tasarrufu yukarıda açıkladığımız nedenlerden dolayı bilinçli bir kanun yapma tekniğinin sonucudur. Yine de buna yönelik bir tanım yapmak gerekirse;

Aralarında evlilik birliği bulunan her biri karşı cinsten iki kişiden birinin veya ikisinin talebi üzerine; yasada öngörülen usul ve şartların sağlanmasına bağlı olarak, bu evlilik birliğinin dava sonucu hakim kararıyla sona ermesine “boşanma denir”¹¹ şeklinde unsurları genişletilebilir bir sonuca varılabilir.

Boşanmanın söz konusu olabilmesi için daha önce tüm geçerlilik şartlarına uyularak kurulmuş geçerli bir evlilik sözleşmesinin olması gerekir. Evlenme akdi sırasında var olan bir geçersizlik sebebi bulunan evlenme sözleşmeleri için, daha önce gördüğümüz mutlak veya nisbi butlan davaları açılabilir.¹² Butlan kararı verilinceye kadar geçerli bir evliliğin bütün sonuçlarını doğurur. Buna mukabil, evlilik birliğinin sona erdirilmesine teorik olarak sebep teşkil eden durumların tespit edilemediği hallerde, evlilik geçerli tüm sonuçlarını doğurmaya haiz olacağı için yine boşanma davası açma imkanı eşlere tanınmıştır.¹³

⁷ Betül DURMUŞ, Bireysel Başvuru Kararlarında Demokratik Toplumda Gereklilik Ölçütü, s. 23, Güncel Hukuk Dergisi, Ekim 2016., Vecdi Aral, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, Filiz Kitabevi, s. 105, 107

⁸ CEYLAN, Ebru, a.g.e., s. 47 vd

⁹ Nazif Kaçak, Boşanmada Mal ve Paraların Paylaşımı, Seçkin Yay. S. 20

¹⁰ Bknz. Tez çalışması s. 1 vd.

¹¹ KAÇAK, a.g.e s. 20, Turgut Akıntürk, Aile Hukuku, Beta Yayıncılık, s. 235

¹² Hüseyin Hatemi, Aile Hukuku, Vedat Kitabevi, s. 111

¹³ Bilge Öztan, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, s. 643

Örneğin mutlak ve nisbi butlanla batıl olan evlilikler hakim hükmüyle sona erdirilinceye kadar yani evliliğin batıl olduğu ilgililerce anlaşılınca ve bunun gereği yapıncaya kadar boşanma davası açmak mümkün olacaktır.¹⁴

Bir evliliğin geçersizliğine sebep teşkil eden haller evlilik sözleşmesinden önce veya en geç bu sözleşme yapıldığı sırada vuku bulduğu halde, boşanma kurumuna başvurmaya sebep olan durumlar esas olarak evlilik birliği kurulduktan sonra doğar.¹⁵ Buna göre, çeşitli sebeplere göre evlilik birliğinin niteliğine zarar veren bu etkenler, evlilik sözleşmesinden bağımsız bir şekilde eşlere veya onların birbirleriyle ilişkili olmayı sağlayan evlilik birliğinin temel mahiyetine ilişkindir. Anlaşılacağı üzere evlilik birliği kurulmadan önce gerçekleşen olaylar boşanma davasının bir konusu olamayıp ancak ve ancak eşlerin arasında kurulan bu birlikteliği eşlerden biri ya da her ikisi için çekilmez hale sokacak kadar yeniden etkilerini hissettirmeleriyle birer boşanma nedeni olabilirler.¹⁶

Hem mevcut bir evliliğin geçersizliği hem de bunun boşanmayla sonuçlanmasına kaynaklık teşkil edecek vakıaların varlığı halinde ise ilk önce geçersizlik unsurunun araştırılması iktiza eder.¹⁷

Eşlerden birinin ölümü halinde ise boşanma davası açılmayacağını belirtmek gerekir. Mamafih, eşlerden birinin herkes tarafından öldüğüne kesin algı oluşturacak bir biçimde kaybolması halinde devreye “ölüm karinesi” ilkesi girecek ve bu duruma da hukuk düzeni eşlerden birinin öldüğü haldeki gibi sonuç bağlayacak; diğer eşin boşanma davasını açması mümkün olmayacaktır.¹⁸

Yukarıda da belirttiğimiz gibi hukuk dünyasında hayat bulan her ilişkinin mutlaka bir sonu ve bu sona bağlı olarak da bir takım sonuçlar söz konusu olacaktır. Bu sonuçlar çalışmamızda ilk olarak anlaşmalı boşanma bağlamında; arizi yani fer’i sonuçlar özelinde nitelikleri açısından incelenecektir.

¹⁴ÖZTAN , a.g.e.(2), s. 643

¹⁵ ÖZTAN, a.g.e., s. 643

¹⁶GENÇCAN, a.g.e., s. 92

¹⁷ÖZTAN, a.g.e., s. 643

¹⁸ ÖZTAN , a.g.e., s. 643

BİRİNCİ BÖLÜM

3. ANLAŞMALI BOŞANMA

I- Tarihi Gelişim

Öncelikle belirtilmelidir ki; duygusal ve cinsel gerilimlerin de tetikleyici bir güç niteliğinde etkili olmasına bağlı olarak, kadın - erkek arası birlikteliklerin devamlı hale gelmeye başlaması, - belki eski zamanlar davranışların meşruluğunu ölçen normalsal düzende adı resmileştirilirse bile (de facto varlık) - evlilik kurumunun doğmasına;¹⁹ her evlilik birliğinin doğması da, kendisi gibi diğer ilişkilerin mükedderatı olan “sona erme” realitesinin bir başka görünümü halinde, döneminin toplumsal inanç ve normlarıyla birleşik bir yapı ve fonksiyonda sebepleri değişen “boşanma olgusu” na zemin hazırlamıştır. Anlaşılacağı üzere, boşanmanın temel bir hayat gerçeği olduğu konusunda pek çok toplum aynı fikirdedir.²⁰

Boşanmanın türlerinden bir olarak kabul edilen “rıza dayalı yani anlaşmalı boşanma” nın ilk örneklerini aslında ilk çağlarda yaşam sürmüş ilkel topluluklarda bulabiliriz. ²¹Ancak ilk çağlarda yaşayan toplumların bunun bir örneğini sergilemeleri daha çok erkek yanlıdır. O zaman, anlaşmalı boşanmanın en temel özelliklerinden biri olan irade uyuşmasının “kocanın kadın üzerinde kurduğu tahakküm” aracılığıyla kendini daha çok aynı zamanda kadının da iradesi yerine geçen “erkeğin üstün, dominant iradesine bağlı boşanma” şeklinde gösterdiğini söylemek mümkün olacaktır. Yani her ne kadar irade ön planda olsa bile irade, tek yanlı olduğundan gerçek manada bir anlaşmalı boşanma veya onun bir türü değil ancak ve ancak “anlaşmalı boşanmanın ilk gelişim evresi” olarak nitelendirilebilir.

Daha sonra özellikle ortaçağ döneminde değişen toplumsal algılara bağlı olarak özellikle dinsel veya doğaüstü dinamiklerin yaşamın her evre ve alanını düzenleyici işlev üstlenmesiyle

¹⁹ Kemal Tahir Gürsoy, Eşlerin Anlaşması Suretiyle Boşanması, Ankara Ü. Hukuk Fak. 50. Yıl Armağanı, s. 127., kitaplar.ankara.edu.tr., Esra Pınar Yılmaz Bilgin, Türk Hukuku’nda Anlaşmalı Boşanma, onikilevha yay., s.9, İstanbul, Ocak-2016

²⁰ YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s. 9

²¹ GÜRSOY, a.g.e., s. 127-128.

beraber, boşanma kurumu için eşlere tanınan özgürlük alanı da kısıtlanmıştır. Bundan bahisle, eşlerin iradesi ile başlayan bir evliliğin yine onların iradesi ile belki de keyfi olarak sonlandırılabilirdiğinden mütevellit rızaya dayalı boşanma veya bunun türleri de dönemin hukuk düzenine aykırı sayılmış, meşru kabul edilmemiştir.²²

Rönesans dönemiyle artık kendini toplumsal hayatın her alanına tesir eden akılcı düşünce ve fikir akımlarının yeniden iradeye ve her halde birey iradesine önem verilmesi gerekliliği konusunda dönemin hukukçularında farkındalık uyandırmasından dolayı eşlerin iradesine azımsanmayacak kadar önem veren “anlaşmalı boşanma” kurumuna hukukilik kazandırılmıştır.²³

II- BATI HUKUK SİSTEMLERİNDE ANLAŞMALI BOŞANMA

1- TARİHİ GELİŞİM

Anlaşmalı boşanmanın günümüzdeki farklı modern hukuk sistemlerinde nasıl düzenlendiğine değinmeden önce, bu hukuk sistemlerinin birçoğunun temelinde yer alan “Roma Hukuku” ndaki görünümünü irdelemekte fayda vardır.

Daha önce de değindiğimiz gibi evlilik ve bu süreçte meydana gelen vakıalar, oluşumunu ve evrimini henüz tamamlamamış; kapsamı, ilişkilerini düzenlediği insanların keyfiyetinden, inançsal ve geleneksel kuruntularından ibaret olan eski dönem hukuk (!) düzenlerinde isabetli, akla - mantığa uygun bir şekilde tanzim ve tatbik edilmemişti.²⁴ Bu yüzdendir ki; kalbi ilişkisi olan çiftlerin rahat bir hareket alanı mevcuttu. İşte Roma Hukuku da, - her ne kadar döneminin en üst düzey hukuk kural ve ilkelerini ihtiva etse de ve tanzim edilmesi-uygulaması insanların insafına bırakılmamış olsa da- bu olgudan kendini soyutlayamamıştır.²⁵

Roma hukuku’nda, karşı cinsler arası ilişki, diğerlerinden herhangi bir ayırt edici özelliği olmayan ve dolayısıyla farklı hukuk ve ilkelerin uygulanması zorunluluğunu doğurmayan bir mahiyet arzetydi.²⁶ Doğal olarak da, eşler, kurmuş oldukları ve manevi yönü ağır basan bu birlikteliği yine kendi iradeleriyle nihayete erdirebilme selahiyetine sahiptiler. Bundan bahisle Romalılar’da boşanmanın, gerçekleşmesi çok kolay şartlara bağlı olan bir işlem niteliğini haiz olduğunu söylemek mümkündür.

²² GÜR SOY, a.g.e., s. 127-128

²³ GÜR SOY, a.g.e., s. 129

²⁴ CİN, a.g.e., s.77, YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s. 9

²⁵ Nevzat Özdemir, Türk-İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, Beta Yayıncılık, s. 8, YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s. 14

²⁶ ÖZDEMİR, a.g.e., s. 8

²⁷Ancak, değinilenlere bakılarak bu birlikteliği sona erdirebilmenin, tam bir serbestiyet ifade ettiği de düşünülmemelidir. Nitekim, sonradan gelen imparatorların döneminde; eşlerin aralarındaki birlikteliği sonlandırabilmesi işlemi üzerinde devlet aygıtlarının kontrolü artmıştır. Buna rağmen, anlaşmalı boşanma kurumu, Roma Toplumunda işlevselliğini devam ettirmiş; hatta sonradan resmi din olarak kabul edilen Hristiyanlığın boşanma konusundaki özgürlükçü olmayan, kendi sert ve katı kaidelerinin bile, rızai boşanmanın halk arasında sıkça uygulanmasına engel olamadığı görülmektedir.²⁸

II- KARA AVRUPASI'NDA ANLAŞMALI BOŞANMA

a) FRANSA

Fransız Medeni Hukuku tarihine kapsamlı bir şekilde bakıldığında, özellikle Fransız Devrimi'nden hemen sonra yapılan hukuk reformlarından 1975 yılındaki boşanma hukuku değişikliklerine kadar büyük bir zaman diliminde, sosyolojik, siyasal ve dinsel dengelerin etkisindeki dalgalanmalara bağlı olarak anlaşmalı boşanmanın yürürlüğü ile ilgili belli bir istikrarın yakalanamadığı göze çarpmaktadır. ²⁹Şöyle ki; özellikle bireyin kendi iradesine devletin hayatın her alanında var olan müdahalesinin meşruluğunu sorgulatan ve sonraki çağlarda bunun hakkında büyük bir doktrinsel birikim bırakan Fransız Devrimi, dönemin hakim baskı gücü kilisenin gerçekleşmesine izin vermediği “boşanma”nın, evlilik ilişkilerinin sona erdirilmesi eyleminin statüsel bir sonucu olarak kabul edilmesinin en büyük fikrîsel dayanağı olmuştur.³⁰ Devrimden hemen sonra ise, boşanma hukukundaki gelişmeler, eşlerin iradesinin üstünlüğü ilkesini her zaman ihtiva eden “anlaşmalı boşanma”nın 1792 tarihli kanunla tanınmasıyla beraber yeni bir seyre kavuşmuştur.³¹ Ancak değindiğimiz gibi, o dönemdeki siyasal, sosyolojik vb. alanlardaki çalkantılar, boşanma ve herhalde anlaşmalı boşanma konusunda Fransız Medeni Hukuku'nu tökezletmiş ve nihayetinde 1975 tarihindeki değişikliklerle hem boşanma hem de kanunda sayılan şartları ile birlikte anlaşmalı boşanma, belki de bir daha hiçbir surette ortadan kalkmamak veya katı kurallarla sınırlandırılmamak üzere yürürlük kazanmıştır.³²

Bu hukuk düzenindeki tarihsel evrim sürecini inceledikten sonra anlaşmalı boşanmanın Fransız Hukuku'nda hangi teknik boyutlara sahip olduğuna temas etmemiz gerekecektir.

²⁷YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s. 14, ÖZDEMİR, a.g.e., s. 8-9

²⁸ ÖZDEMİR, a.g.e., s. 9

²⁹ YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s. 15, ÖZDEMİR, a.g.e., s. 13, GÜRSOY, a.g.e., s. 133

³⁰Özdemir, a.g.e., s. 13

³¹ YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s. 15, ÖZDEMİR, a.g.e., s. 13

³² YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s. 14-16, ÖZDEMİR, a.g.e., s. 13, GÜRSOY, a.g.e., s. 133

Fransız Hukuku'nda anlaşmalı boşanma kurumuna başvurabilmek için eşlerin gerçekleştirmiş olduğu evlilikleri üzerinde en az 6 ay geçmiş olması lazım gelmektedir.³³ Hakim bu şartın sağlandığından emin olduktan sonra, tarafların avukatlarını çağırır ve boşanma konusunda kararlı olup olmadıkları yönündeki iradelerini yoklar ve bu yönde ısrarcı iseler; sonuçları üzerinde isabetli ve olgun bir şekilde düşünmeleri için onlara 3 ay süre verir. Verilen bu sürenin sona ermesine binaen tarafların iradesinde bir değişiklik olmadığı kanatine varılırsa hakim tarafından boşanmaya karar verilir.³⁴

b) ALMANYA

Almanya'da da, her modern hukuk sisteminde olduğu gibi, özel bağlamda boşanma ve anlaşmalı boşanma kurumunun bugünkü formunu kazanması; siyasal, sosyolojik vb. değişkenlerin aktif bir rol almasına bağlı olarak meydana gelen hukuki sancıların insan iradesine üstünlük sağlayıcı bir eğilime evrilmesinin ve bunu takip eden hukuksal reformların en olumlu aşaması ve sonucunu ifade etmektedir.³⁵ Almanya'da 1 Temmuz 1977 tarihinde yürürlüğe giren yeni kanuna göre, zaten 1896 tarihinden beridir ülkenin hukuk birliğinin ihata ettiği boşanma ile beraber özel olarak da eşlere birbiriyle anlaşmak suretiyle de boşanma imkanı tanınmıştır.³⁶

Anlaşmalı boşanmanın teknik detayları bakımından ise Alman hukuk sistemi, bizimkine benzer nitelikteki kaidelerin tanzim ve tatbikine yer vermiştir. Buna göre; bu hukuk sistemindeki anlaşmalı boşanma kurumunda kusur ilkesinin işlevi, boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin dengelerin belirlenmesi faaliyetiyle sınırlı tutulmuş; boşanma kararının verilmesi için evlilik birliğinin temelden sarsılması olgusunun varlığı yeterli kabul edilmiştir.³⁷

c) İSVİÇRE

İsviçre hukuk sistemi de, zaten asırlardır geleneksel ve dinsel kuralların, düzenlemesini başka kurum ya da kişilere bırakmadığı aile ilişkileri konusunda özellikle 20.Yy'da Kara Avrupası'nda süregelen reformları merkez alan doktrinsel tartışmaların ortamı olmaktan kendini kurtaramamıştır. ³⁸Bundan da anlaşılacaktır ki İsviçre'de de anlaşmalı boşanma kurumunun bugünkü modern halini alması biraz zaman almıştır. Mamafih bu tartışmalar yukarıda bahsini geçtiğimiz hukuk sistemlerindeki kadar yoğun değildir. Çünkü İsviçre Aile

³³ Bilal Köseoğlu/Köksal Kocaağa, Aile Hukuku ve Uygulaması, Tbb Yay., s. 130, GÜRSOY, a.g.e., s. 138

³⁴ KÖSEOĞLU/KOCAAĞA, a.g.e., s. 130

³⁵ YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s. 16, ÖZDEMİR, a.g.e., s. 14

³⁶ ÖZDEMİR, a.g.e., s. 14, YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s. 17

³⁷ KÖSEOĞLU/KOCAAĞA, a.g.e., s. 131

³⁸ KÖSEOĞLU/KOCAAĞA, a.g.e., s. 131, YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s. 17, ÖZDEMİR, a.g.e., s. 15

uygulaması, anlaşmalı boşanma ve onun dayandığı temel esaslara yabancı değildir. Hukuk tarihi dökümanları da göstermektedir ki, orta çağın sonuna kadar İsviçre'nin birçok kantonunda aile birlikteliğinin geleceğini belirleme noktasında eşlere, anlaşmalı boşanma ya da onun türevsel formlarının bugünkü düzenlemesinden çok daha fazla rahat hareket alanı tanınmıştır. ³⁹Fakat, salt bu gerçeğe dayanarak İsviçre'nin, anlaşmalı boşanmanın hukuk hayatına geçirilmesindeki istikrarsız yürürlük durumları göz ardı edilemez.⁴⁰ Gerçekten de, İsviçre Medeni Kanun'un da yapılan 1874 ve 1907 tarihli değişikliklerde anlaşmalı boşanma konusunda zıt düzenlemeler birbirini takip etmiştir. Buna göre, 1874 tarihindeki Medeni Hukuk reformunda, bu yönde ortak ve serbest iradelerini vukua erdirmeleri şartıyla eşlere anlaşmalı boşanma hakkı tanınmışken; 1907 tarihli değişiklikte boşanma konusunda kusur ilkesi tekrar ağırlık kazanmış ve rızai boşanma kurumu hukuki geçerliliğini kaybetmiştir.⁴¹ Dönemin boşanma uygulamasına bakıldığında ise; hukuk uygulayıcılarının, kanunda öngörülenin aksine ve hukuk güvenliğini de tehlikeye atarak, eşlerin boşanma yönündeki ortak iradelerinin “evlilik birliğinin temelden sarsıldığı” gerçeğini ifade ettiği şeklindeki gayrikanuni karine ile birliktelikleri sonlandırdığı görülmüştür. ⁴²Görülen o ki; hem uygulamalardaki gerçekler hem de modern hukuk aklının düşünsel ve değersel gerekleri, İsviçre kanunkoyucusunu anlaşmalı boşanmaya yürürlük kazandırmaya zorlamış; ki bu da 1998 yılında kabul edilen ve 2000 yılında geçerli olmaya başlamış Medeni Kanun yenilik hareketleri ile birlikte gerçekleşmiştir.⁴³

İsviçre anlaşmalı boşanma usulünde de, Fransa'dakiyle benzer ilke ve esaslar söz konusudur. Buna göre; hakim, mahkemeye boşanmak için başvuran eşlerin bu yöndeki taleplerinin, onların serbest ve makul iradelerinin bir göstergesi olduğuna kanaat getirirse onlara 2 aylık bir düşünme süresi verir. Bu süre sonunda eğer eşlerin iradesinde herhangi bir değişiklik olmazsa boşanmaya karar verilir.⁴⁴

III- Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma

I- Tarihsel Gelişim

Anlaşmalı boşanma, Türkiye Cumhuriyeti kurulduktan sonra Türk Devrimi çatısı altında incelenen ve muhtelif alanlarda şekillenen; gelişme, değişme ve gelişmelerin hukuk düzenimizdeki en önemli argümanlarından biri olan 743 sayılı Medeni Kanunumuzda yer

³⁹ ÖZDEMİR, a.g.e., s. 14-15, GÜRSOY, a.g.e., s. 140

⁴⁰ YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s. 17, GÜRSOY, a.g.e., s.141, ÖZDEMİR, a.g.e., s.15, KÖSEOĞLU/KOCAAĞA, a.g.e., s. 131

⁴¹ YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s. 18, ÖZDEMİR, a.g.e., s. 15, GÜRSOY, a.g.e., s. 141-142

⁴² YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s.18-19, ÖZDEMİR, a.g.e., s. 15-16, GÜRSOY, a.g.e., s. 142

⁴³ YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s. 19, ÖZDEMİR, a.g.e., s. 16

⁴⁴ KÖSEOĞLU/KOCAAĞA, a.g.e., s. 132

almamıştır.⁴⁵ Öyle ki; o dönemde düşünsel olarak bilimsel alanlarda gelişimini tamamlamış Fransa'da bile bu kurum, öteden beri etkisini hissettiren Katolik Kilise Hukukunun yaklaşımlarının bir sonucu olara eşlere bir yetki olarak tanınmamıştı.⁴⁶ Hal bu iken, zaten ilgisini- odağını zaten başka alanlara da yönlendirmek durumunda olan ülkemizin o zamanki hukuk sisteminde bu kurumun tanımlanması ve düzenlenmesi düşünülemezdi. Dolayısıyla, anlaşmalı boşanma müessesesinin aile hukukumuzda girişi biraz çetrefilli bir süreci ifade etmektedir.

Medeni kanunumuza anlaşmalı boşanmanın girmesine ilişkin yıllar sürecek süreci Av. Gadfranko başlatmıştır. ⁴⁷Gadfrankoya göre; rızaya dayalı bir boşanma kurumunun düzenlenmesi ve bu imkanın eşlere verilmesi ahvalinde; özellikle o dönemde yapılmasında resmi makamların değil imam nikahı aracılığıyla dini evlilik müesseselerin aktif olması, eşlerin daha sonra bu işlemi resmi makama taşıyınca kadar doğan çocukların “evlilik dışı” sayılmasına neden olmuştur. Bu da, boşanma halinde çocuklara ilişkin hususlarda güçlülük söz konusu olacağından, bu konudaki takdirin eşlere bırakılmasını zorunlu kılmaktadır. Dolayısıyla anlaşmalı boşanma kurumunun düzenlenmesi bu açıdan yararlıdır. Hakikaten de dönemin toplumsal şartlarına bakıldığında, kanuni olarak evlilik dışı doğan çocuklara ilişkin hususların, daha sonra resmileştirilen evliliğin sona erdirilmesi halinde mahkemeye zorluk çıkaracağı ve bu sorunun da eşlerin takdirine bırakılması gerektiği sonucuna varılacaktır.

Gadfranko aynı zamanda, evlilik birliğinin devamının sağlanmayacağına ilişkin beyanlarının anlaşmalı boşanma yoluyla bir sonucalandırılmasının o dönemin bugün de devam eden toplumsal aile hayatı açısından daha yararlı olacağını söylemekte; evlilik birliğinin gerçekten taraflardan en ez biri açısından çekilmez hale geldiğinin, objektif ve somut delillere dayandırılması şartının hukuki bir yarar barındırmadığını ve dolayısıyla bir kamu yararı ilkesi taşımadığını ifade etmektedir.⁴⁸

Daha sonraki dönemde ise, yine çeşitli nedenlerle anlaşmalı boşanma kurumunun kanunumuzda düzenlenmesine ilişkin talepler reddedilmiştir.

Buna göre;

- a- Yeni ve genç evli çiftlerin hayat tecrübesizliklerinin de etkisiyle, evlilik süresi içerisinde aralarında çıkacak en ufak bir tartışmada anlaşmalı boşanmaya başvurmaları ve evlilik birliğinin çok kolay bir şekilde bozulması,
- b- Böylesi bir boşanma imtiyazının, amaç dışı kullanılarak süreli evliliklere toplumda hayat kazandırması,
- c- Eşlerin, sonradan kolay bir şekilde son vereceklerini düşündükleri için bir evliliğin ciddiyetine varamayarak, nikahsız birlikteliklerin tarafı olmaları,

⁴⁵ YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s.23

⁴⁶ YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s.23

⁴⁷GÜRSOY, a.g.e, Eşlerin Anlaşması Suretiyle Boşanması, s. 151-152, YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s. 23, Nevzat Özdemir, Türk-İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, Beta Yay., s. 17

⁴⁸ Kemal T. Gürsoy, a.g.e., Eşlerin Anlaşması Suretiyle Boşanması, s. 151-152, YILMAZ BİLGİN , a.g.e., s. 23, ÖZDEMİR, a.g.e., s. 18

- d- Anlaşmalı boşanmanın; evlilikleri, vatandaşlık kontenjanı açmak gibi amaçlara ulaştırmaya elverişli birer araç haline getirebileceği tehlikesi.

Gibi sebepler, anlaşmalı boşanmanın hukuk düzenimizde tanzim edilmesine engel olunmasına birer gerekçe teşkil etmektedir.⁴⁹

Bu süreçte yine anlaşmalı boşanma kurumunun kanunda düzenlemesine ilişkin teklifler, 01.06.1981 Tarihinde 2467 sayılı komisyonun kurulmasına kadar sonuçsuz kalmıştır. Bu tarihte, kurulan komisyonun yapmış olduğu düzenleme ile her ne kadar modern anlamdaki haliyle aynı kazanımları içermese bile anlaşmalı boşanma alanında bir reform söz konusu olmuştur.⁵⁰

Belirtildiği gibi bu düzenleme de haklı olarak anlaşmalı boşanma taraftarlarınca yeterli bulunmamış akabinde muhteviyatında birtakım iyileştirmelerle birlikte 04.05.1988 tarihinde kabul edilerek 3444 Sayılı Kanunu'nun 134/3. hükmü ile anlaşmalı boşanma Türk Hukuku'ndaki yerini almıştır.⁵¹

Anlaşmalı boşanma, 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren ve halen yürürlükte olan 4721 Sayılı Kanunu'nun 166/3. Fıkrası ile hukuk düzenimizdeki mevcudiyetini devam ettirmektedir.⁵²

2. Genel olarak Türk Hukuku'nda Anlaşmalı Boşanma

4721 sayılı Türk Medeni Kanununun m.166f.III hükmünde “Evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde, evlilik birliği temelden sarsılmış sayılır. ⁶³Bu halde boşanma kararı verilebilmesi için, hakimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına 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 düzenlemeleri yapabilir. Bu değişikliklerin kabulü halinde boşanmaya hükmolunur. Bu halde tarafların iradelerinin hakimi bağlamayacağı hükmü uygulanmaz.” Şeklinde düzenlenen anlaşmalı boşanma müessesesi, evlilik birliğinin, tarafların ortak iradelerine hakim kararıyla hukuki geçerlilik statüsü kazandırılarak

⁴⁹YILMAZ BİLGİN, a.g.e, s. 27, ÖZDEMİR, a.g.e., s. 19

⁵⁰YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s. 28, ÖZDEMİR, a.g.e., s. 20

⁵¹YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s. 28

⁵²YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s. 28, ÖZDEMİR, s. 22

⁵³ÖZTAN, a.g.e. s. 693, Dural/Öğüz/Gümüş, Türk Özel Hukuku, Filiz Kitabevi, s. 120, Bilgin, a.g.e., s. 46, ÖZDEMİR, s. 48, 112, Hatemi/Oğuztürk, Aile Hukuku, Vedat Kitapçılık, s. 121

sonlandırıldığı ve çekişmesiz yargıya konu olan bir hukuki olgudur. Bundan hareketle anlaşmalı boşanmada kısmen irade ilkesi ve kısmen evlilik birliğinin sarsılması ilkesine yer verildiği ve bir genel boşanma sebebi olduğu görülmektedir.

İlke olarak yine de boşanma için hakim kararının gerekli olduğu zorunluluğu unutulmamalıdır. Bu suretle söz konusu kanun hükmünün yorumsal analizine bağlı kalınırsa; “4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 166. Maddesinde öngörülen anlaşmalı boşanma müessesesi ile yasakoyucu, birtakım şartların gerçekleşmesi ile beraber tarafların aynı yöndeki iradelerinin boşanma ile sonuçlanabileceğini öngörmüştür. Yani tarafların boşanma yönündeki uzlaşan iradeleri ile gerçekleşen şartlar “evlilik birliğinin temelden sarsılması” şeklindeki boşanma sebebinin varsayımsal olarak varlığını ve nihayet boşanmayı doğurur”, şeklinde bir saptama yapılabilir. Ancak yasa koyucu, her evlilikte, tarafların iradelerinin evliliği sonlandırma noktasında birleştiği durumu mevcut olsa bile, aşağıda değinilecek şartların vuku bulmaması hasebiyle bu ortak iradeyi tarafların istediği yönde sonuçlandırmaz. Örneğin, henüz bir yılını doldurmamış evlilik birliklerinin bu kuruma başvurularak sonlandırılmayacağı açıktır. Çünkü, kanun koyucu, böyle bir süre öngörerek tarafların bu birliğin devamı veya sonlandırılması hakkında daha isabetli düşünmelerini sağlamaya çalışmış; ⁵⁴tarafların birliğin devamının tesis edilemeyeceğini kesin olarak anlayabileceklerine inandığı bir zaman dilimini belirlemiştir.

Anlaşmalı boşanma davasında bir eşin açmış olduğu davayı diğer eşin kabul etmesinde yani davanın görülmeye başlanmasında, davanın açılmasına dayanak teşkil eden hukuki sebebin niteliğinin önem ifade edip etmeyeceği konusu tartışmalıdır.⁵⁵

Bize göre; mahkeme anlaşmalı boşanma kurumuna başvuran eşlerin buna dayanak teşkil ettirdiği hukuki sebeple ilgilenmemelidir. Zira Türk Hukuku’nda davanın hukuki sebebinin belirlemek hakimnin işidir. ⁵⁶Buna göre hakim, tarafların başvurma ve yargılama esnası içindeki beyanları, tavır ve davranışlarına bakarak hukuki sebebi tayin edecektir. O zaman, taraflardan birinin herhangi bir sebebe dayanarak açmış olduğu davayı diğerinin kabul etmesi ve yargılama sırasında tarafların, boşanmanın fer’ilerine ilişkin sözleşmeyi mahkemeye ibraz etmesi gibi tutum ve davranışlardan hakim, bu davanın “anlaşmalı boşanma” şeklindeki hukuki zemin üzerinde yürütülmesi gerektiğinin farkına varacaktır.

a- Evlilik birliğinin en az bir yıl sürmüş olması gerekir

Anlaşmalı boşanma kararına varılabilmesi için, evliliğin en az bir yıldır devam ediyor olması şartı yasa hükmümün aradığı ilk koşuldur. Buna göre dava dosyasında bu husus hakim tarafından resen göz önünde bulundurulmalıdır.⁵⁷

⁵⁴GENÇCAN, a.g.e, s. 356, ÖZDEMİR, a.g.e., s. 121

⁵⁵ Ali Öztürk, Aile Hukukunda Ayrılık, Legal Yayınevi, s. 109, İstanbul-2015

⁵⁶ “hakim, tarafların kendisine bildirdikleri vakılarla bağlıdır. Bildirilen bu vakılara bakarak davanın hangi hukuki sebebe dayandığını belirler (HUMK M.76). Tarafların, ileri sürdükleri vakıaların mahiyeti hakkında yapmış oldukları tavsifler hakime yardımcı olursa da, hakim bunlarla bağlı değildir. “Y2HD,E.2007/5312,K.2008/3245,T.12.3.2008, Karşı oy yazısı (Gençcan)

⁵⁷ Nurten Yetik, Açıklama ve Yargıtay kararları ile boşanma, anlaşmalı boşanma ve mal rejimleri, Bilge yay. S.163, Zafer Ergün, Boşanma Davaları, Adalet yay., s. 99, YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s. 36

Yargıtaya göre; hakim tarafından resen ilk olarak ele alınması gerektiği şeklinde belirmesinin nedeni bu gerekliliğin kamu düzenine ilişkin olmasındandır. Uygulamada söz konusu şartın niteliği ile ilgili pek sorun yaşanmasa da biz yargıtayın bu nitelendirmesine tamamen katılmamaktayız. Zira Yargıtay duruma; bu başvuruyu konu alan dosyaların sık sık mahkeme önüne getirilmemesi gerektiği yönünden bakmaktadır. Evet, özellikle yargı mekanizmasında var olduğu tartışma götürmez olan tikanıkların önüne geçilmek istenmesi, zorunluluk gereği olabilir ama mevzunun aile hukukuna ilişkin olması, bu şartın temel felsefesinin de, ailenin - ve tabii ki de eş ve çocukların - menfaatleri perspektifinde ele alınmasını gerekli kılmaktadır. Öğretide OĞUZMAN/DURAL bu sürenin dolmadığının anlaşılması halinde davanın, esas incelemesine geçmeden yani diğer koşullar aranmaksızın reddedilmesi görüşünü savunmaktadır. Ancak Yargıtay, sürenin dolmadığının anlaşılmasına rağmen evlilik birliğinin temelden sarsılmış olabileceği konusunda kendiliğinden bir araştırma yapılması gerektiği yönünde kararlar vermiştir. Bizce, matematiksel olarak süre dolmasa da, - bu sürenin dolmasına çok az bir zaman kaldığının anlaşılması şartıyla- durumdan tarafların bu konuda her hususu isabetli ve olgun bir şekilde değerlendirdikleri açıkça saptanabiliyorsa hakim, evlilik birliğinin devamında korunmaya değer bir menfaatin olmadığı gerekçesiyle boşanmaya karar vermelidir.

Bir yıllık süre ise resmi nikahın yapıldığı tarih ile davanın açıldığı tarih arasında geçen süredir.

b- Eşlerin iradelerinin birbirine uygun olması

Anlaşmalı boşanmada tarafların uzlaşan yani ortak iradelerini açıkça ortaya koymaları, ya ikisinin de birlikte başvurmaları ya da birinin başvurusuna diğerinin icabet etmesi şeklinde gerçekleşir⁵⁸. Ancak her iki durumda da önemli olan, tarafların hukuk düzeninin kabul ettiği irade olgunluğuna sahip olmalarıdır. Bir diğer deyişle; iki şekilde kendini gösteren müşterek iradelerin, hukuk düzeni tarafından geçerli kılınması gereklidir. Zira anlaşmalı boşanma kurumunda tarafların iradeleri en önemli hususlardan biridir. Başvuru koşulları uygun biçimde belirdikten sonra artık açılan dava da çekişmesiz yargı çerçevesinde görülecektir.

Çekişmesiz yargı niteliğine haiz bu yargılamada davada, davalı-davacı ayrımının yapıp yapılmaması gerektiğine ilişkin ise doktrinel bir tartışma söz konusudur. Öncelikle bu hususta usul hukuku kaynak ve temel kurallarına bakılarak davalı ve davacı tarafın hangi hallerde bu isimlendirmeye anılacağına karar verilebilir.

⁵⁸YETİK, a.g.e s. 164, Özdemir, a.g.e., s.126, YILMAZ BİLGİN, a.g.e. s.47, DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, a.g.e., s. 120-121

Doktrinde AKINTÜRK/KARAMAN⁵⁹, davanın çekişmesiz yargı davası olamayacağını savunurken çoğunlukla diğer yazarlar anlaşmalı boşanmanın sonuçlandırılmasına hizmet eden bu davanın çekişmesiz yargı niteliğine haiz olduğunda hemfikirdir.⁶⁰ Bize göre ise, gerek evlilik birliği süresince meydana gelen maddi vakıllara ilişkin kusur araştırması sorunsalına itibar edilmemesi gerekse taraflar arasında yan sonuçlar üzerinde en ufak bir uyuşmazlığın vukuu halinde davanın “çekişmeli yargı” esaslarına göre görülmeye devam edilmesi gibi hukuki durumlar göz önüne alındığında bu davanın “çekişmesiz yargı” kapsamında irdelenmesi daha doğru olur. Peki davanın “çekişmesiz yargı davası” olduğu varsayımında, eşlerin davadaki hukuki konumlanmaları ne olacaktır? Şüphesiz bu soruya da konunun, Medeni Usul Hukukundaki hukuki mahiyetini ve sonuçlarını saptayarak cevap arayacağız. Şöyle ki; anlaşmalı boşanma, eşler arasında boşanmanın yan sonuçlarını düzenleyen ve onların serbest ve ortak iradelerinin bir göstergesi olarak kararlaştırılan sözleşmenin boşanma kararı verilmesine binaen icrai kabiliyeti haiz kılındığı yargı işi şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Görüldüğü gibi; aslında eşler arasında bir uyuşmazlık söz konusu olmayıp onların evlilik hakkındaki kendi hukuki durumlarını bozucu yenilik doğuran bir işlemlerle “bozan” ve birlikteliliğin sona ermesinin sonuçları üzerine kendini konumlayan sözleşmenin hukuk düzenindeki mahiyetini değiştiren bir birey-yargı organı ilişkisi kendini göstermektedir. Dolayısıyla buradan da anlaşılmaktadır ki; anlaşmalı boşanma bir çekişmesiz yargı işidir ve ulaşılan bu sonuç, usul hukukundaki çekişmesiz yargı esaslarının anlaşmalı boşanmada uygulanmasını zorunlu kılmaktadır. Buna göre; anlaşmalı boşanma eşlerin hukuki statüsü “taraf” değil “ilgili” olmaktadır ve bu yargılama işi de dava olarak değil “çekişmesiz yargı işi” olarak nitelenmelidir.⁶¹

Ancak biz anlaşmalı boşanmaya ilişkin bundan sonraki anlatacağımız konularda Usul Hukukunda geçen “dava ve taraf” ifadelerini kullanmaktan çekinmeyeceğiz.

c- Hakimin eşleri bizzat dinlemesi

Tarafların bu talebe ilişkin müşterek iradelerinin şekli anlamda varlığının yanı sıra, aynı zamanda bu uzlaşım ortamının varlığını gerçekten de söz konusu olduğundan kesin olarak emin olunması açısından hakimin, tarafları bizzat dinlemesi gerekecektir.⁶² Yukarıda da belirtildiği gibi taraf iradelerinin aynı yönde olması, anlaşmalı boşanmanın en önemli hususlarından biri olup, bunun hakim tarafından yapılacak nitelikli ve sağlam bir tetkik ile ortaya çıkarılması elzemdir. Bu inceleme, tarafların ayrı ayrı veya birlikte dinlenmesi şeklinde gerçekleştirilebilmekte ve gerekirse defalarca bu işlemin tekrar edilmesi, sonucun isabetliliği

⁵⁹ Akıntürk/ Ateş Karaman, Aile Hukuku, Beta Yay., s. 270, İstanbul-2016

⁶⁰ ÖZDEMİR, a.g.e., s. 117

⁶¹ Muhammet Özkes, Türkiye Adalet Akademisi HMK Toplantısı- Çekişmesiz Yargı, Metinozderin.av.tr, Baki Kuru, Medeni Usul Hukuku, Legal Yayıncılık, s. 919-920, İstanbul - 2016

⁶² YETİK, a.g.e., s. 167, Hatemi/Oğuztürk, a.g.e., s. 122, ÖZDEMİR, a.g.e., s. 47, Dural/Öğüz/Gümüş., a.g.e., s. 121

bakımından ehemmiyet arzedecektir. Bu, kanun koyucunun hakime vermiş olduğu geniş takdir yetkisini ifade eden ve aynı zamanda kamu düzeninin de gerekli kıldığı bir işlemdir.⁶³

d- Hakimın taraflarca kendisine sunulacak anlaşmayı kabul etmesi gerekir

MK. 166/3 e göre, hakimın boşanmaya karar verebilmesi için tarafların bu yönde uzlaşan iradelerinin yanı sıra; boşanmanın birtakım fer'i sonuçlarına ilişkin de yine tarafların birbirlerine uygun irade beyanlarını ifade eden, mali konulara ve çocuklara yönelik anlaşmayı uygun bulması gerekir. Bu gereklilik maddi hukukun anlaşmalı boşanmaya sirayet eden önemli bir şartı olup kamu düzeninin de bir gereğidir. Belirtildiği gibi, tarafların boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin ortak iradelerinin aranması ehemmiyet arzelmekte ve bu mahiyet de hakimın, söz konusu anlaşmanın içeriğinin tarafların ve çocukların menfaatlerine uygun olup olmadığını resen dikkate almasını zorunlu kılmaktadır.⁶⁴ Hakimın böyle bir fonksiyon ile yükümlü kılınmasının amacı, eşlerin yapmış olduğu anlaşmanın hem kendileri hem de çocuklar için hakkaniyetle örtüştüğünün objektif bir gözlemci tarafından teyit edilmesini sağlamaktır. Hakkaniyete uygun bir incelenme ve değerlendirmenin tüm perspektifleriyle de sağlıklı ve isabetli bir şekilde yapılabilmesi için de eşlerin, mali konular ve çocuklar hakkında tüm kayıt ve belgeleri mahkemeye sunmalıdır. Ancak hakimın yapmış olduğu bu analiz, eşlerin temel iradelerini tamamen etkisizleştirecek kadar katı ve sert olmayıp sadece bu mutabakatın temel hukuk ilkelerine, genel ahlak ve adaba vb. ölçütlerle sınırlı bir incelemeyi ifade edecektir.⁶⁵ Bu icraata göre hakim; anlaşmayı ya ilk şekliyle ya da eşlerce de uygun bulunacaksa kendi uygun bulduğu şekliyle kabul edecek ve boşanmaya karar verebilecektir. Kendi uygun bulduğu şekliyle anlaşmayı tarafların onayına sunmaması hakimın, anlaşmayı tarafların kendisine sunduğu şekliyle kabul ettiği sonucunu doğuracaktır.⁶⁶

da- Mali konular

Anlaşmalı boşanmada istenen yönde karar verilebilmesi için, taraflarca kararlaştırılan düzenlemenin kapsamı gereken en önemli hususlardan biri her iki eşi de ilgilendiren mali, alt bir sözleşmedir. Bu sözleşme, yasanın aradığı, zorunluluk şeklinde bir önem derecesine sahip olan ve eşlerin birbirinden talep edebileceği maddi ve manevi tazminatı ve yoksulluk nafakasını ihtiva eden bir akittir. Anlaşmanın kolayca icraata dökülebilir yani infaz edilebilir olması için eşlerin, sözleşme metninde belirledikleri maddi ve manevi tazminat ile yoksulluk nafakasının eda biçimini de kararlaştırmaları, mal varlığı ya da para olarak toptan ya da irat olarak bu edim yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmeyeceği; ödeme mal varlığından bir taşınmaza ilişkin olacaksa tapu kaydı, eğer bu ödeme para şeklinde olacaksa bunun senet ve

⁶³ GENÇCAN, a.g.e s. 358, Ömer Uğur Gençcan, Boşanma hukuku, s. 558,

⁶⁴ Ebru Ceylan Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Galatasaray Ü. Yay. S. 128, DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, a.g.e., s. 121

⁶⁵ YETİK, a.g.e s. 169, YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s. 63

⁶⁶ Y.2.HD. 21.12.1994 T.E.12452, K.12840 sayılı karar.

çek tarzında tanzim edilmesi önem taşır⁶⁷. Eşlerin yukarıda belirtilen ve konusuna bağlı olarak da tekniği ortaya çıkan ödeme şekillerini sözleşmede hiçbir şüpheye mahal vermeyecek açıklıkta belirtmemeleri ve hakimin de yaptığı nitelikli denetimin kapsamına ihmalkarane bir tutumla bunları sokmaması halinde, vaziyetin nasıl sonuçlandırılacağına ilişkin ihtilaflar söz konusu olabilmektedir. Yargıtay'a göre; yargılama sırasında söz konusu genel mutabakatta mali düzenlemenin bulunmadığı durumlarda, mahkeme bir karar vermiş ve bu karar kesinleşmişse, daha sonra bu düzenlemeye konu olacak hususlar ayrı ayrı talep edilebilir.⁶⁸

Bu uyuşmazlık hakkında ise doktrinde iki temel görüş baş göstermektedir.

Bir görüşe göre⁶⁹; bu tür boşanmaya karar verilebilmesi için varlığı kanun koyucu tarafından şart koşulan hususlardan birinin anlaşmada olmaması halinde verilen ve çeşitli şekillerde kesinleşen karar doğrultusunda eşlerin ayrı ayrı maddi-manevi tazminat ve yoksulluk nafakası taleplerinin kabul edilmemesi gerekir. Zira bu talepler, eşlerin boşanma yönündeki iradelerini doğuran maddi vakıaların bilimsel olarak tespiti ve hak ve menfaatler dengesinin beraber gözetilerek değerlendirilen beyanlarını ifade eder. Bu durumda, karar verildiği ve bu kararın kesinleştiği göz önünde bulundurulursa, artık incelemeye konu olabilecek bir ölçüt kalmayacağından tarafların taleplerinin kabul görmemesi gerekecektir.

Bir diğer görüşe göre ise; yukarıda belirtilen görüşün kabul edilmesi, hak ve menfaatler dengesinin bir tarafın lehine diğer tarafın aleyhine bozulması anlamına gelecektir. Bu da hukukun en temel ilkelerinden birine yani hakkaniyet ilkesine ters düşen bir durum ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla sonradan ileri sürülen talep veya taleplerin kabul edilmesini isteyen tarafın, bu talebine karşılık verilmeli ve ilgili talepler, yeniden yapılacak bir yargılamanın konusu haline getirilmelidir. Ancak yeniden yapılacak bu yargılamada ifade edilen taleplerin, karşı tarafça da onaylanması gerekecek; aksi halde davacı tarafın ileri sürdüğü taleplerin gerçekleşebilmesi için karşı tarafın kusurunu ispat etmesi bir şart olarak aranacak ve yargılama, çekişmeli yargı niteliğini kazanacaktır.

Biz de birtakım yönleriyle ikinci; birtakım yönleriyle de birinci görüşe katılmaktayız. Hakikaten de, hakim tarafından yapılan ilk yargılamada mali düzenlemelerin ve bunlara ilişkin bilgi, belge ve kayıtların göz önünde bulundurulacağı durumunda davalı tarafın sonraki yargılamaya göre, daha dezavantajlı duruma düşeceği saptanabiliyorsa, bu ahvalde davacı tarafın talepleri yönünde karar verilmesi gerekecektir. Binaanaleyh, her ne kadar sonradan yapılacak bu yargılama, ilk yargılamada kamu düzenine ilişkin olan zorunluluk unsurunun tartışılmasının geciktirilmesi anlamına gelse de, hakkaniyet ilkesinin buna olan üstünlüğü göz önüne alınıp yukarıda belirttiğimiz şartın da varlığı halinde yine davacı tarafın talep veya talepleri onaylanmalıdır. Ancak bu öncelikli durumun varlığının somut olayda bulunmaması halinde kamu düzeni ilkesi ağır basacak ve davacı tarafın bu talebine icabet edilmeyecektir.

⁶⁷YETİK, a.g.e s. 171, DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, a.g.e., s. 122, ÖZDEMİR, a.g.e., s. 180."Hükümün infazının kolay olması için, muhteviyatının da tereddüte yer vermeyecek şekilde tanzim edilmesi gerekir."

⁶⁸YHGK. 26.05.1993 T. 2/107-205 sayılı karar (Gençcan)

⁶⁹ÖZDEMİR, a.g.e., s. 159-160

Her ne kadar kanunda ve doktrinde üzerine düşülerek belirtilmese de, eşlerin kendi aralarında kararlaştıracakları bu düzenlemenin kendi doğal yapısından ve buna ilişki saptanan temel hukuk ilkelerinden hareketle belirlenebilir birtakım objektif şartlara da sahip olması gerekir. Düzenlemenin uygulanabilir olması, taraflardan herhangi birine konusu, yeri veya niteliği itibarıyla yerine getirilmesi imkansız borç yüklememesi, yine taraflardan birini hayatı boyunca diğer tarafın açık tahakkümüne bırakacak kadar ağır sorumlulukları barındırmaması vb. bütün objektif sınırlar; hakim tarafından değerlendirme yapılırken, hak ve menfaatler dengesi, evlilik birliğinde süregelen ve tarafların boşanmaya yönelik iradeye sahip olmalarına ortam sağlayan maddi vakıaların bütün unsurları ile aynı süzgeçten geçirilmelidir.

db- Çocuklara ilişkin hususlar

Hakimin anlaşmalı boşanmaya karar verebilmesi için, tarafların, üzerinde anlaşmak veya hakimin buna ilişkin değişik görüşünü kabul etmek zorunda oldukları hususlardan biri de çocukların durumunun ne olacağıdır.

Aile mahkemesi hakiminin boşanma kararı verebilmesi için taraflarca tanzim edilen düzenlemede esaslı unsurlar arasında yer alan çocuklarla ilgili hususlar üzerinde tarafların anlaşmasını tespit etmelidir.⁷⁰ Bu hususlar;

-iştirak nafakası (4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m.182.f.2)

-kişisel ilişki (4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m.182.f.1-2)

-velayet (4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m.336/3)

Kural olarak eşlerin, anlaşmalı boşanma çerçevesinde çocukların velayetini, kişisel ilişkinin süre ve şeklini serbest iradelerince düzenleme yetkileri vardır. ⁷¹ Bu yetki hem anlaşmalı boşanma kurumunda taraflara tanınan sınırlı irade serbestisinden hem de aile içinde çocuklara ilişkin birtakım dengelerin en iyi eşler tarafından ayarlanacağı şeklindeki sosyolojik ilkedен kaynaklanmaktadır. Ancak anlaşılabilirliği üzere bu yetkinin de, belirtilen hususların kamu düzeniyle ilişkilendirilebilir olma oranı kadar sınırı mevcuttur ki bu en çok velayet kurumunda kendini göstermektedir. ⁷²Hakim, anlaşmalı boşanma mevzusundaki bu düzenlemede, kamu düzeni ilkeleri söz konusu olduğunda gerekli denetimi yapmalı ve gerekirse değişiklik de öngörmelidir.⁷³

⁷⁰ GENÇCAN, a.g.e, s. 359, Ömer Uğur Gençcan, Boşanma Hukuku, s. 571

⁷¹GENÇCAN, a.g.e, s. 359, GENÇCAN, a.g.e (2), s. 571, YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s.46, DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, a.g.e., s. 110, ÖZDEMİR, a.g.e., s. 162-163

⁷²GENÇCAN, a.g.e, s. 359

⁷³GENÇCAN, a.g.e (2), s. 572, DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, a.g.e., s. 121-122, ÖZDEMİR, a.g.e., s. 152-153, YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s. 63

Ergin olmayan çocukların velayetinin kime verileceği ve velayetin verilmediği tarafın bu çocukla ilgili kişisel ilişkisinin nasıl düzenlenmesi gerektiği konusunda taraf beyanlarına mutlaka başvurulmalıdır.⁷⁴

“Kişisel ilişkinin düzenlenmesini mahkemenin takdirine bırakıyoruz.” Şeklindeki bir beyandan her ne kadar tarafların, bu konuda kimin karar vermesi gerektiğine ilişkin bir mutabakata vardıkları anlaşılabilir, gerek anlaşmalı boşanmanın temel dinamikleri gerekse yukarıda değindiğimiz sosyolojik ilke, bu konudaki en temel işlevin taraflara ait olduğunu; mahkemenin ise işlevinin tarafların beyanlarının kamu düzenine, bilhassa çocukların ve tarafların geleceğe yönelik hak ve menfaatlerine ve nihayet temel hukuk kurallarına uygun olup olmadığını kontrol etmek ve bu yönde gerekli değişikliği tarafların onayına sunmaktan ibaret olduğunu vurgulamak gerekir.⁷⁵ Aksini düşünmenin çocukların sağlıklı geleceğine hanel getireceği ve bu sorunun da gelecekte bitmek bilmeyen, yargı mekanizmasının tıkanıklığına ortam hazırlayan muhtelif konuda birçok davaya da neden olması kaçınılmaz olacaktır.⁷⁶

Uygulamada tarafları sıkıntıya sokan bir diğer durum da iştirak nafakasında kendini göstermektedir. Anlaşmalı boşanma yapılırken çocuk için iştirak nafakası istenmemesi bunun sonradan ayrı bir davaya konu yapılabilmesine engel değildir. Çocuğun ergin oluncaya kadar olan zorunlu masrafları onun bu yöndeki önemli bir menfaatini teşkil ettiğinden tarafların çocuğa ilişkin nafaka konusundaki düzenlemesine hakim müdahalesi elzemdir.⁷⁷ Evlilik birliği ortadan kalkınca, çocukların anne ya da babasından hangisinin velayetinde hayatlarına devam edeceği durumu ehemmiyet arz etmektedir.⁷⁸ Çünkü, her yönüyle sağlıklı bir toplum mekanizmasının işlerlik kazanması, olgun bireylerin varlığına; bu kişiliklerin varlığı da, kendilerine maddi ve manevi olarak hayatlarının her safhasında destek çıkacak ileri görüşlü, bilinçli ebeveyn ya da ebeveynlerin varlığına bağlıdır. Dolayısıyla, hakimin de boşanma davasında bu prensibi gözeterek, çocuğu olgun bir birey olarak toplum piyasasına sunacak eş, velayet hakkına sahip olacak eş olarak seçmesi, sosyal hayatın, olması gerektiği şekilde yürütmesine hizmet edecek kadar önem ifade etmektedir.

Yasa koyucu, böyle bir prensibi öngörerek aynı zamanda da “çocuk güvenliği” şeklinde kendini gösteren ve ulusal- uluslararası her modern ve hüküm bütünlüğüyle isabetli olan hukuk düzenlerince hassas bir şekilde düzenlenmiş temel bir hukuk ilkesine de gönderme de bulunmuştur. Bu evrensel ilkeye yukarıda belirtildiği gibi uluslararası hukuk sözleşmeleri de kayıtsız kalmamıştır.⁷⁹ Aynı şekilde Yargıtay da hakimin, eşlerin çocuk ile ilgili yapmış olduğu düzenlemede çocuğun geleceğine ilişkin menfaatlerinin tam olarak hesaba katılmaması halinde; bu mutabakatı çocuk için daha yararlı bir hayat ortamı sunmaya katkı sağlayacak şekilde değiştirmesi gerektiğini belirtmiştir.

⁷⁴ GENÇCAN, a.g.e., (2), s. 572

⁷⁵ “anlaşmalı boşanma davasında tarafların iradesine üstünlük tanınması ve bu fonksiyonu arzedecek şekilde davanın görülmesi” hakkında bkz. bu çalışma, s. 14 ve ilgili bölümler, Ömer Uğur Gençcan. a.g.e., s. 356

⁷⁶ Çandarlı/Berki, Medeni Kanun ve Devletler Hususi Hukukunda Boşanma - Ayrılık ve buna Mütedair Yargıtay Kararları, s. 97, Güney Matbaacılık,

⁷⁷ GENÇCAN, a.g.e (2) , s. 572, YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s. 63, ÖZDEMİR, a.g.e., s. 152- 153, DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, a.g.e., s. 121-122

⁷⁸ CEYLAN, a.g.e., s.154

⁷⁹ BM Çocuk Hakları Sözleşmesi, “çocuğun korunmasına ilişkin maddeler bölümü”, madde. 3, 20 Kasım 1959 tarihli Çocuk Hakları Bildirisi. Madde. 2

⁸⁰Değinildiği gibi düzenlemenin uygun bulunmasında problem genellikle çocukların velayetinin hangi tarafa verileceği noktasında kendini göstermektedir.⁸¹ Zira her iki eş de çocuğu veya çocukları kendi hayat prensipleri ve inanç ilişkileri içinde yetiştirme hakkına sahiptir.

Peki hakim, çocuk için en yararlı yolu bulmak konusunda hangi ilkelerden yararlanmalıdır?

Öncelikle konunun sosyolojik ve hukuki bir mahiyete sahip olması sebebiyle, bu bağlamda ilmi araştırmalardan ve çeşitli üst düzey mahkemelerin emsal niteliğindeki kararlarından faydalanılarak, bu hususta birtakım ilkelerin saptanması mümkün olabilecektir.

Bu konuya çocuklara ilişkin durumların düzenlenmesini ifade eden diğer yan sonuç sözleşmelerin ayrıntılı bahsinde tekrardan ve kapsamlı bir şekilde değineceğiz.

Hemen belirtmek gerekir ki bu mutabakatın iptalini konu alan dava da yine aile mahkemesinde açılmalıdır.⁸²

dc- Düzenlemede değişiklik yapılırken tarafların görüşü alınmalıdır

Hakim, tarafların ve çocukların yararını dikkate alarak taraflarca mahkemeye sunulan düzenlemeye ilişkin değişiklik yapabilir.⁸³

Mahkeme, tarafların beyanlarının kabul edilmeyiş sebeplerini açıklamalı ve onlara bu konuda birtakım tavsiyelerde bulunmalıdır. Bu şart gerçekleştirilmeden davanın reddedildiği yönünde bir karar verilemez.⁸⁴ Görüldüğü kanundan da anlaşıldığı üzere, mahkeme her ne kadar düzenlemedeki unsurların tarafların ve çocukların menfaatine aykırılık teşkil ettiği için bu çerçevede söz konusu unsurlar hakkında taraflara, çocuklara ve nihayet kamuya en yararlı değişikliklerin yapılması konusunda isabetli bir tutum sergilese bile bunun nedenini taraflara açıklamalıdır.⁸⁵ Mahkemeye yöneltilen bu emredici kural, anlaşmalı boşanma davasında tarafların iradelerinin aktif olması ilkesinin de bir tezahürüdür.⁸⁶ Başka bir anlatımla, anlaşmalı boşanma yargılamasında düzenlemeye ilişkin değişikliklerin yapılması hakkında tarafların görüşlerine başvurulması gerekir.⁸⁷ Aynı zamanda kanun koyucunun mahkemeye yüklemiş olduğu bu işlev “yargılamanın aleniliği” ilkesine hizmet etmektedir.⁸⁸

⁸⁰ Y2HD, 12.05.2005, 5501-7799

⁸¹ GENÇCAN, a.g.e., (2), s. 572

⁸² GENÇCAN, a.g.e., s. 378

⁸³ GENÇCAN, a.g.e., (2), s. 579, YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s. 64, DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 121-122, ÖZDEMİR, a.g.e., s. 153

⁸⁴ “Daha önceden de açıklandığı gibi tarafların iradesine aykırı veya onların bu iradesinden bağımsız bir şekilde hakim karar vermemelidir.”, GENÇCAN, a.g.e., (2), sayfa.579, ÖZDEMİR, a.g.e., s. 172

⁸⁵ GENÇCAN, a.g.e., (2), s. 565, ÖZDEMİR, a.g.e., s. 172

⁸⁶ “..anlaşmalı boşanmada tarafların kısmi iradesinin etkililiği söz konusudur...”,

⁸⁷ GENÇCAN, a.g.e., (2), s.565, YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s. 67, DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, a.g.e., s. 122

⁸⁸ Başar Başaran, Aleni Yargılama Hakkı, Mevzuat Dergisi, Yıl-2., Sayı.15, (mevzuatdergisi.com), Hilmi Şeker, İlkeler Işığında Ön İnceleme Kurumu, s.45

Değişikliklerin taraflarca da kabul edilmesi halinde boşanma kararı verilecektir.⁸⁹

Ancak hakimin öngördüğü bu değişikliği tarafların kabul etmemeleri halinde 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 166/1 hükmü gereğince hakim tarafların kanıtlarını toplamalıdır.⁹⁰

dd- Düzenlemede her hususta anlaşma sağlanmalıdır

Evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin açtığı davayı diğerinin kabul etmesi halinde evlilik birliğinin temelden sarsıldığı karinesinin vücut bulduğuna yukarıda değinmiştik.⁹¹ Bu durumda hakim tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirilmeden boşanma kararı vermemeli ve tarafların, gerek çocuklar gerekse geleceklerine yönelik mali dengelerine yönelik bütün konularda anlaşmasını tespit etmelidir.⁹² Bu husus kamu düzenine ilişkindir.

Anlaşmalı boşanma davalarında taraflar derhal istedikleri boşanma kararının mahkeme tarafından verilmesi için aceleci düşünüp yanlış ve isabetsiz karar verebilirler.⁹³ Bu durum da eşlerin hem kendi geleceklerini hem de çocuklarının geleceklerini maddi ve manevi anlamda tehlikeye atmaları potansiyelini taşıdığından mahkeme; tarafların düzenlemedeki unsurlar hakkında yeterli derecede düşündüklerine ve anlaşmalarına kanaat getirmelidir. Dolayısıyla taraflar;

- Boşanmanın mali sonuçlarını
- Çocukların durumunu ne olacağını

Açıkça düzenlemede tanzim etmeli ve mahkeme nezdinde en ufak bir duraksamaya yer vermemelidirler. Aksi takdirde devreye hakimin müdahalesi girecek ve taraflar da bu müdahalenin doğurduğu değişikliğin gereğini boşanma kararının verilmesi için yapmak zorunda kalacaklardır.⁹⁴ Yine taraflar, bu hususları mahkeme önünde de açık açık ifade etmelidirler.

Boşanmanın mali sonuçları ve çocuklar hakkındaki bu düzenleme tam bir mutabakatı içermeli ve taraflar, bu düzenlemenin sonuçlarının hukuk düzeninde sonuç doğurmasını şarta bağlamamalıdır.⁹⁵ Zaten hukuk düzeninin buna cevaz verdiği ahvalde anlaşmalı boşanma kurumunun bir işlevi kalmayacaktır.

⁸⁹ GENÇCAN, a.g.e. (2), s. 565, DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, a.g.e., s. 122

⁹⁰ GENÇCAN, a.g.e. (2), s. 567, DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, a.g.e., s. 122, ÖZDEMİR, a.g.e., s. 147

⁹¹ GENÇCAN, a.g.e. (2), s. 548

⁹² GENÇCAN, a.g.e.(2), s. 548, YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s. 46

⁹³ "bir yıllık süre şartı getirilerek tarafların daha isabetli düşünmesi sağlanacaktır."

⁹⁴ GENÇCAN, a.g.e. (2), s. 548

⁹⁵ GENÇCAN, a.g.e.(2), s. 578

de - Anlaşmalı boşanma davasında kusur araştırılması yapılamaz

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun m. 184 b.3 hükmüne göre⁹⁶;

“ tarafların boşanma konusundaki ikrarları hakimi bağlamaz.”

Şeklindeki son derece isabetli bir teknikte yazılmış kanun hükmünün, bir önceki kanunun⁹⁷ aynı hususu düzenleyen hükmüne nazaran çok daha isabetli olduğu hatta aynı konuyu düzenlemelerine rağmen, 743 sayılı kanunun anlaşmalı boşanma davalarındaki “ tarafların iradelerinin hakimi bağladığı” ilkesine açıkça aykırı düştüğü ve bu yanlış teknikte anlaşmalı boşanma müessesesinin neredeyse tamamen işlevsizleştirdiği söz götürmez bir gerçektir⁹⁸. Anlaşılabilirliği üzere, maddenin 3. bendinde anlaşmalı boşanmada tarafların iradesinin hakimi bağlayacağı ilkesine bir istisna getirilmiştir. Buna göre; hakimin, anlaşmalı boşanma kurumuna başvuran eşleri muhatap alırken karar aşamasında gözececeği durum, gerçekten evlilik birliğinin sarsılıp sarsılmadığını kontrol etmek değil, onların evlilik birliklerine ilişkin bu tasarruflarında gerekli şartları yerine getirip getirmediğidir. Zira bu şartlar dava dosyasından anlaşılıyorsa zaten evlilik birliğinin temelden sarsıldığı varsayımı kendiliğinden ortaya çıkacak ve boşanma kararı hukuk düzeninde hayat bulacaktır. Dolayısıyla, bu varsayım söz konusu olduğundan tarafların birbirlerine kusur isnat etmeleri ve nihayetinde mahkemenin de kusur araştırması yapması mevzu bahis olamayacak; mahkeme kendisine iletilen ve diğer tarafın aleyhine olan herhangi bir kusur isnadiyetini göz önünde bulundurmuyacaktır.

df- Anlaşmalı Boşanma Davasında Hüküm

Anlaşmalı boşanma davasında verilen kararın ve bu kararın eşler arasındaki düzenlemeyle ilgili olan kısmının infaz edilmesi bir hayli zordur.⁹⁹ Dolayısıyla hakimin karar aşamasında çözüme kavuşturulması kolay olmayan bu hususu düşünerek karar vermesi, hem tarafların hak ve menfaatleri hem de kamu düzeninin sağlanması açısından gereklidir.

dg- Anlaşmalı Boşanma Davasında Karar Eda Hükümünü Taşımalıdır

Anlaşmalı boşanma, (TMK. m.166 f.3) davasında hüküm açık¹⁰⁰ ve infazda tereddüte yer bırakmayacak şekilde verilmelidir. Aynı zamanda eşler arasında kararlaştırılacak düzenleme,

⁹⁶ Y2HD, 20.06.2005, 7276-9531(Gençcan), ÖZDEMİR, a.g.e., s. 151,180

⁹⁷ 743 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 150. Maddesinin 3 numaralı bendinde bu husus, “ tarafların herhangi bir şekildeki, ikrarları hakimi bağlamaz” şeklinde düzenlenmiştir. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, a.g.e., s. 120

⁹⁸ GENÇCAN, a.g.e s. 380

⁹⁹ “...Hükümün, infazda şüpheye yer bırakmayacak şekilde kurulması zorunludur. (HUMK. MD. 388). Dava, TÜRK MEDENİ KANUNU'NUN 166/3. Maddesine dayanan boşanma davasıdır. Taraflar karşılıklı olarak bir kısım edinimler karşılığında boşanma hususunda anlaşmışlardır. Bu edimlerin infaz edilmesi için, hükümde gösterilmeleri zorunludur. Anlaşmaya konu 482 ada 1 parselde davalı adına olan 20 nolu bağımsız bölüm hakkında, tarafların anlaşmalarına uygun şekilde hükümde yer verilmemesi usul ve yasaya aykırıdır.” Y2HD,06,05,2004, 4891-5908 (Gençcan). Özdemir, a.g.e., s. 180, DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, a.g.e., s. 122, YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s.46

¹⁰⁰ Y2HD, 28.02.2002, 2015-2478

eda emri taşıyacak şekilde tanzim edilmeli ve hüküm fıkrasına hakim tarafından yazılmalıdır.¹¹¹

Buna göre; anlaşmalı boşanmayla ilgili kararlarda, hüküm metninde düzenlemeye atıf yapıp bunun tavsiye-istişari-bildirim metni veya neden şekline sokulması söz konusu olmamalı; bizzat bu mutabakatın verilen hükmün uygulanması gereken en önemli unsurlarından biri olduğu açıkça yani tartışma götürmez bir tarzda belirtilmesi gerekecektir.

“...Hukuk Muhakemeleri Kanununun 359 Maddesi; hükmün sonucu kısmında gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin istek sonuçlardan her biri hakkında verilen hükümle taraflara yükletilen borç ve tanınan hakların mümkünse sıra numarası altında birer birer, açık, şüphe ve tereddüte sebebiyet vermeksizin gösterilmesini emredici kural olarak getirmiştir.

Protokole atıf yapılarak hüküm kurulamayacağı gibi, hükmün infazda tereddüte yer bırakmayacak şekilde verilmesi gerekecektir.

Diğer taraftan, taraflar arasında düzenlenen protokolde ve mahkeme hükmünde, nafakanın niteliği belirtilmediği, başlangıç tarihinin gösterilmediği gibi artış miktarının bağlandığı enflasyon oranı konusunda da bir açıklamada bulunulmadığı görülmektedir.

Bu durumda, hükme esas tutulan mutabakat “boşanmanın mali sonuçları” konusunda anlaşılır ve ayrıntılı şekilde düzenlenmemiş, hakim, tarafların ve müşterek çocuğun menfaatlerini göz önüne alarak müdahalede bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu düzenleme karşısında TMK’nın 166/3. Koşullarını taşımadığından boşanma kararı verilemez.

O halde, davanın açılış biçimi ile incelenip, taraflardan delilleri sorulup, gösterdikleri durumunda toplanıp, değerlendirme yapılarak, sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken, bu yönlerin dikkate alınmadan yazılı olduğu şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir, ’’¹⁰²

“...Protokolde atıfla hüküm kurulması HMK’nın 359. Maddesinde yer alan kurallarla bağdaşmaz. O halde, mahkemece yapılacak iş, protokole uygun, infazda şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde ayrı ayrı hüküm vermekten ibarettir. Bu yön gözetilmeden protokole atıfla yazılı tarzda hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir... ’’¹⁰³

¹⁰¹ “...Hüküm taraflar arasın da yeni anlaşmazlıklar yaratmayacak açıklıkta olmalıdır. Taraflar anlaşarak boşanmışlardır. Tarafların düzenledikleri, tasdike sundukları protokol ile, duruşmada anlaştıkları konuların, infazda karışıklık yaratmayacak biçimde düzenlenecek ve eda emri hükmüne yazılması zorunludur. Bu husus üzerinde durulmadan yazılı şekilde karar verilmesi isabetsizdir.” Y2HD, 1402.2002, 948-1916..”(Gençcan), Turhan Esener, Boşanmanın Fer’i Neticelerine Dair Mukaveleler, s. 620, A.Ü.H.F.D., C.VIII, S.3-4

¹⁰² Y2HD, 15.09.2005, 9743-12151 (Gençcan)

¹⁰³ Y2HD, 3101.2002, 17197-879 (Gençcan)

Görüldüğü gibi Yargıtay'da bu mesele üzerinde isabetli bir şekilde yoğunlaşan emsal kararlar vermiştir. Anlaşmalı boşanma kurumunda, tarafların çocuklara ve mali konulara ilişkin düzenleme üzerinde mutabakata varmış olmaları, bu mutabakatın hakim tarafından değiştirilmediyse; taraflarca, eğer değiştirilmediyse ilk haliyle hakim nezdinde kabul görmüş olması şart olduğu gibi; aynı zamanda hüküm metninde her hususuyla şüpheye ve tereddüte mahal vermeyecek şekilde, ayrıntılı olarak belirtilmesi elzendir. Bir usul hukuku kuralı olan bu şart, aynı zamanda kendi kapsamı dışına çıkıp maddi hukuk anlamında adalet duygusu ve hakkaniyetle örtüşür bir şekilde taraflara sirayet etmektedir. Zira, söz konusu hükmün şüpheye ve tereddüte neden olacak bir şekilde yazılı olarak kurulması; infazı sırasında bu hükmün, boşanma sonrasında hak ve menfaatler dengesini taraflardan birinin lehine diğerinin aleyhine bozacak fonksiyonda ve belki de hukuki olmayarak geniş veya dar yorumlanmasına ortam hazırlayabilir. Bu durum da, birtakım ölçütler bakımından daha korumasız tarafın diğer tarafın haksız tahakkümü altına girmesi sonucunu doğuracaktır. Meselenin çocuk üzerindeki tezahürleri de işin ayrı bir sorunsal boyutunu oluşturacaktır.

Anlaşmalı boşanma davasında düzenlemenin **tasdiki** şeklinde de karar verilemez.

“....dava, Türk Medeni Kanunu'nun 166/3. Maddesine dayalı anlaşmalı boşanmaya ilişkindir. 1.6.2005 havale tarihli “boşanmaya ve sosyal ve mali sonuçlarına ilişkin anlaşma” da gelecek yıllarda nafaka artış oranı, soyadı kullanmaya izin otomobildeki hisse satışı ve bedelinin ne şekilde ödeneceğine v.s dair hükümler mevcuttur. Hüküm fıkrasında ise sadece “taraflarca ibraz edilen protokolün” tasdikine denilmekle yetinilmiştir. Protokoldeki hükümlere hüküm fıkrasında yer verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir.”¹⁰⁴

Burada da Yargıtay, anlaşmalı boşanmanın esaslı unsurları arasında yer alan “protokolün hakim tarafından görülüp incelendikten sonra uygun bulunması” şartına başka bir çerçeveden bakmıştır. Yüksek mahkeme, her ne kadar hakimın protokolün mevcut halini onaylaması söz konusu olsa bile, bunun, bu mutabakatın incelenmesi ve değerlendirilmesi sonucunda; hakimle protokol arasında kesin ve somut¹⁰⁵ bir bağ kurulması ve bu bağın hakimın inceleme sırasında hukuki iradesini fonksiyonel kılması şeklinde olacağını belirtmiş; hem çocukların hem de eşlerin korunmaya değer menfaatlerinin temin edilmesi amacının da gerçekleştirilmesi adına çok önemli bir karar vermiştir. Karara göre; düzenlemenin tamamının hüküm fıkrasına karışıklık yaratmayacak şekilde geçirilmesi gerekmektedir.

Bizce Yargıtay'ın vermiş olduğu bozma kararlarının, hukuk dünyasında sonradan bu konuya ilişkin görülecek mahkemelerde icra edeceği işlevler genişletilebilir. Şöyle ki; yukarıda sadece birkaç tane örneğini sunduğumuz Yargıtay kararlarının; yapılan bütün yargılamalarda verilecek karara olan güven ve itimatın teminatını teşkil eden, yargılama ve diğer idari

¹⁰⁴ Y2HD, 07.11.2004, 5968-9035 (Gençcan)

¹⁰⁵ ÖZDEMİR, a.g.e., s. 173. “Hakim, söz konusu anlaşmanın tarafların ve çocukların menfaatine uygun olduğunu en iyi, aile ekonomisini gerçeklere uygun bir şekilde dış ortama yansıtan belge ve bigilerin kendisine sunulmasıyla tespit edebilir. (Özdemir, a.g.e., s. 173)”

işlemlerde özellikle taraflar ve nihayet kamu düzeninin bu konudaki iradesini, bilincini ve bilgisini canlı tutacak ve mahkeme veya idari işlemlerin derdest edilmesi esnasında mevzubahis olan hak ve yükümlülüklerin taraflarca öğrenilmesini sağlayacak “yargılamanın aleniliği” ilkesine de olumlu yönde sirayet ettiği açıktır. Çünkü söz konusu protokolün asıl öznesi, taraflar, çocuklar ve bu protokol vasıtasıyla taraflarla hukuki ilişkiye giren üçüncü kişilerdir. Dolayısıyla anlaşmalı boşanma yargılaması sırasında hem tarafların ve çocukların (kanuni temsilcileri aracılığıyla) hem de bu üçüncü kişilerin, düzenlemenin kendileri hakkında ne gibi hak ve yükümlülükler doğurduğunu bilmesi, bu düzenlemenin mahkemede hakim tarafından dosyaya, aleni ve infazında şüphe ve tereddüte yer bırakmayacak şekilde geçirilmesine bağlıdır. Bu gereklilik aynı zamanda ulusal-uluslararası alandaki hukuki metinlerde tanzim edilen adil yargılanma hakkının da doğal bir tezahürüdür.

dh- Anlaşmalı Boşanmada Saik Dikkate Alınmaz

Yukarıdaki açıklamalarımızda da değindiğimiz gibi, hakimin, anlaşmalı boşanmaya karar verebilmesi için tarafların bu cihette özgür iradelerini ortaya koyduğu kanaatine varmalı ve yine eşlerce kararlaştırılan, çocuklara ve mali konulara ilişkin düzenlemeyi de tasdik etmesi gerekir.

Boşanma kararının verilebilmesi için tarafların serbest iradelerini açıkladığına hakimin kanaat getirmesi yeterlidir.¹⁰⁶ Bu bağlamda esas olan, hiçbir tahakküm altında kalmadan eşlerin iradesini açıklamasıdır. Eşleri bu yönde karar vermeye iten saikler bir baskı aracı olarak değerlendirilmeyip, karar verilirken de göz önünde bulundurulmaz.¹⁰⁷

Ancak Yargıtay ilk zamanlarda bu görüşün aksini benimsemiş; saike ilişkin düşüncelerin serbest iradeyi ortadan kaldıracığını ve dolayısıyla boşanma kararının verilemeyeceği görüşünü benimsemiştir.¹⁰⁸ Yargıtayın söz konusu bu kararlarında ifade edilen görüşe göre; anlaşmalı boşanma kurumuna başvurarak boşanma yönünde bir karar alınabilmesi için düzenlemedeki beyanların, mahkemede “evlilik birliğinin sarsıldığı” yönünde bir kanaat uyandırması gerekecektir. Bu durumda, arkasında tarafların mali çıkarlarının temin edilmesini sağlamaya yönelik bir saik yatan beyanları ihtiva eden düzenleme, serbest iradenin bir tezahürü olarak kabul edilmeyip boşanmaya da karar verilemeyecektir.

Bizce Yargıtayın bu perspektiften hareket ederek vermiş olduğu kararlar isabetsiz olup, anlaşmalı boşanmada tarafları aktif kılan “kısmi irade” ilkesini¹⁰⁹ yansıtmamaktadır. Çünkü

¹⁰⁶ GENÇCAN, a.g.e, s. 364

¹⁰⁷ GENÇCAN, a.g.e, s. 364, ÖZDEMİR, a.g.e., s. 150-151

¹⁰⁸ “...Evlilik en az bir yıl sürmüştü, eşlerin birlikte başvurmaları ya da bir eşin diğerinin açtığı boşanma davasını kabul etmesi halinde evlilik birliği temelden sarsılmış sayılır. Hakimin boşanmaya karar verebilmesi için bu birlikte başvuru ya da birinin açtığı davayı diğer eşin kabul etmesi yetli değildir. Hakim bu beyanların evlilik birliğinin temelden sarsıldığı yönünde taraflarda oluşan samimi bir kanaat ve serbest iradenin olduğunu anlaması gerekir..” Y2HD, 17.1.1991, 7288-9704 (Gençcan), Ahmet Kılıçoğlu, Aile Hukuku, Turhankitabevi, s. 142, Ankara, 2016

¹⁰⁹ GENÇCAN, a.g.e, s. 356, ayrıca bkz., tez, s. 10., YETİK, a.g.e, s. 161., ÖZDEMİR, a.g.e., s.114

anlaşmalı boşanmada esas olan değerlendirme, tarafların öngörülen şartları yerine getirip getirmediğinin tespit edilmesini sağlayan incelemedir ve eğer bu şartlar mevcut dosyada yer alıyorsa “evlilik birliğinin temelden sarsıldığı” varsayımı kendiliğinden vucut bulacak ve boşanmaya karar verilebilecektir.¹¹⁰ Dolayısıyla hakim, evlilik birliğinin temelden sarsıldığı şartını saptamak için düzenlemedeki beyanların ardında yatan saiklere bakmamalıdır.

Daha sonra Yargıtayın bu konuya yönelik vermiş olduğu kararların bazılarında görüş değişikliği olmasına rağmen içtihad istikrarı yakalanamamıştır.¹¹¹ Örneğin, bir kararında Yargıtay, doğrudan ilgili başvuruda salt kanunun öngördüğü bir takım şartların ve bu kurumun mahiyetinden beliren objektif koşulların varlığını boşanmaya karar verilebilmesi için yeterli bulmuş; ilk derece mahkemesinin düzenlemeyle alakalı “davalının babasından dulluk maaşı almak için davayı açmak istemiş olabileceği” şeklindeki saptamasının bozmayı gerektirdiğini belirtmiştir.¹¹² Ancak diğer bir Yargıtay kararında;¹¹³ saike ilişkin düşüncelerin boşanma konusundaki serbest iradeyi kaldırabilecek nitelikte olduğu “yanlış” tekrarlanmıştır.

Şurası unutulmamalıdır ki; eğer düzenlemedeki maddi unsurlarda veya beyanlardan, hayat tecrübesi ve birtakım imkanlar bakımından daha güçlü olan tarafın, bu anlamdaki zaaflarından yararlanarak diğer eşin iradesine fesat karıştırdığı anlaşılabilirse eşlerden her ikisi için de serbest iradelerini açıkladıkları sonucuna varılamayacağından boşanmaya karar verilmemelidir. Bu durumda kötü niyetli eşin bu yöndeki iradesi, evlilik birliğini sonradan temelden sarsacak kadar süreklilik arz ederse öteki şartların da varlığı halinde kanunda vaz edilen diğer boşanma kurumlarına başvurulabilir.

Bütün bu kararlar ve kanunun yorumuna dikkat çekildiğinde; anlaşmalı boşanma davasında tarafların boşanma sebebini “açıklama zorunluluğu” olmadığı sonucuna ulaşılabacaktır.¹¹⁴

¹¹⁰ Y2HD, 17.1.1991, 7288-9704 (Gençcan)

¹¹¹ “...Mahkemece davanın reddine esas alınan “davacının babasından dulluk maaşı almak düşüncesi ile davayı açmış olabileceği..” şeklinde ifade edilen konu saike ilişkin olup serbest iradeyi ortadan kaldırmaz..”, Y2HD, 20.10.1993, 8625-95598 (Gençcan)

¹¹² Y2HD, 20.10.1993, 8625-9559 (Gençcan)

¹¹³ “..dosyadaki kararın dayandığı delillerle kanundaki uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre yerinde bulunmayan bütün temyiz isteğinin reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün onaylanmasına.....karar verildi.” (Gençcan)

¹¹⁴ GENÇCAN, a.g.e, s. 365, ÖZDEMİR, a.g.e., s. 150-151,

İKİNCİ BÖLÜM

4. ANLAŞMALI BOŞANMADA YAN SONUÇ PROTOKOLÜ

I- Genel olarak

Anlaşmalı boşanmaya karar verilebilmesi için, tarafların, üzerinde serbest iradeleri neticesinde anlaşma sağladıkları ve çocuklara ve mali konulara ilişkin düzenlemenin bulunması, bunun da ya tarafların kararlaştırdıkları şekliyle hakim tarafından ya da hakimin kendi takdir yetkisini kullanarak yapmış olduğu değişikliklerle beraber taraflarca uygun bulunması yani onaylanması gerekir.¹¹⁵ Bunun dışındaki boşanma müesseselerinde yukarıda belirtilen konulara ilişkin bir eşler arasında bir düzenleme yapılması şart olmayıp bu husus tamamen tarafların serbest iradesine bırakılmıştır. Ancak tarafların buradaki takdiri yetkileri anlaşma yapılıp yapılmamasına ilişkindir. Anlaşmalı boşanma dışındaki diğer boşanma kurumlarında tarafların kendi aralarında kararlaştırdıkları sözleşmenin sonuç doğurabilmesi hakimin onayına bağlıdır. Zira, eşlerin gerek hukuki bilgi eksiklikleri gerekse birinin diğerine karşı olan güçlülüğü, sözleşme ve sonuçlarına ilişkin temel hukuki ilke ve kuralların açıkça ihlal edilmesine sebep olabilir. Boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin sözleşmelerin başlıca konuları, maddi ve manevi tazminat ile yoksulluk nafakası etrafında toplanmakla birlikte, anlaşmalı boşanmada tarafların çocuklar ile ilgili düzenlemede de bulunması gereklidir. Ancak hakim, çocuğa ilişkin düzenlemede diğer mali konulara ilişkin düzenlemelere kıyasla biraz daha hassas davranması gerektiğine binaen aynı zamanda mali konularda da hem hukuka uygunluk denetimini hem de eşler ve çocukların hak ve menfaatlerinin bu düzenlemeyle tehlike girip girmediğinin denetimini yapmak zorundadır.¹¹⁶

Anlaşmalı boşanmada mahkemeye taraflarca sunulan protokolün özelliklerine ilişkin yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalarımızı burada tekrarlamayacak ve bu bölümde protokolde, hangi tür mali konuların, çocukların durumuyla ilgili hangi tür düzenlemelerin olması gerektiğine değineceğiz.

II- Mali Konular

Anlaşmalı boşanma kurumunda öngörülen düzenlemede bulunması gereken hususlardan biri mali konulardır. Buna göre taraflar yani eşler, kendileri hakkında ileriye yönelik mali dengelerin nasıl sağlanacağı konusunda anlaşmış olmalıdırlar.¹¹⁷ Bu şart kamu düzenine ilişkindir.¹¹⁸ Ancak bu şartın hangi oranda kamu düzeniyle ilgili olması tartışmalıdır.¹¹⁹ Şöyle ki; bilinebileceği üzere özellikle Türk toplum yapısının temel dinamikleri göz önünde bulundurulduğunda aile kurumu, devlet mekanizmasının en az müdahale etmesi gerektiği bir

¹¹⁵GENÇCAN, a.g.e., s. 355, CEYLAN, a.g.e., s. 47 vd.

¹¹⁶ GENÇCAN, a.g.e., s. 356.

¹¹⁷ ÖZDEMİR, a.g.e., s. 158

¹¹⁸Zafer Ergün, Boşanma Davaları, s. 99., Adalet yay., 4. Baskı, Ömer Uğur Gençcan, a.g.e, s. 368, Ahmet Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 142, Namıkaya/Kaleli, Yeni Boşanma Hukuku, s. 1216, Selehattin Sulhi Tekinay, Türk Aile Hukuku, Fakülteler Matbaası, s. 149, İstanbul, 1982

¹¹⁹ERGÜN, a.g.e, s.99

birimdir. Şüphesiz bu prensip, aile kurumunu ilgilendiren her aşamada gözetilmelidir. Zira hukuk kuralları, uygulanmak istendiği toplumun temel yapısından soyutlanamaz. Ancak, meselenin biraz daha irdelenmesi halinde, bu şartın kamu düzeni şartı olarak öngörüp mali düzenlemenin tasdiki ve incelenmesi sorunsalında hakime aktif bir rol yükleyerek kanun koyucu; özellikle erkek egemenliği olan bir toplum yapısında, maddi imkan ve nüfuz bakımından erkeğe göre daha zayıf olan kadının, mali açıdan erkeğin sürekli olarak süren haksız baskısından korunması amacına hizmet edebilir. Bu, bizim düşüncemize göre kanunun ilkesel yönüne temas etmekle birlikte bütünüyle kanunun amacını teşkil etmez. Somut olayda hakim, tarafların ve çocukların hak ve menfaatler silsilesini gözeterek adalet duygusuna en uygun düzenlemeyi hukuk düzeninde hayata geçirecektir. Konuyla ilgili, salt sözleşme özgürlüğü ilkesinden hareket ederek, kamunun yani hukuk düzeninin, aileyi oluşturan öznelerin bu birliktelikten sonraki mali dengelerini ayarlama işlevini kendine biçmesi şeklinde bir sonuca varan görüşe katılmamaktayız.¹²⁰Zaten, bu düzenleme sadece anlaşmalı boşanma için öngörülmüş bir şarttır ki bu da; evlilik birliği süresince gerçekleşen maddi vakıaların pek dikkate alınmayıp tarafların iradesini etkin kılan, bunun gerçekleşmesini de aralarında düzenledikleri anlaşmanın hakim tarafından uygun bulunmasına bağlayan bir şarttır. Yani kanun koyucu, evlilik birliği süresince gerçekleşmeyen bozucu sebebi, bu mali düzenlemede vuku bulmuş sayarak tarafların iradesine önem verip meseleyi kolaylaştırmaktadır.¹²¹

Anlaşmalı boşanmada mal rejimine ilişkin olan bu düzenlemede diğer maddi dengelerin göz önünde bulundurulup bulundurulmayacağı hususu ise tartışmalıdır.¹²²Yargıtay ise bu düzenlemede; diğer maddi değerlerin (altın, taşınmaz alımına katkı) mal rejiminin tasfiyesine ilişkin esaslı unsur olduğu görüşündedir.¹²³GENÇCAN ise düzenlemenin bu unsurları kapsamadığını ancak yine de boşanma sonrasında açılan alacak ve tazminat davalarında gözden kaçırılmaması gerektiği kanaatinde.¹²⁴

Yargıtayın, eşlerin bu hususu sözleşmede düzenlememeleri veya düzenleseler bile bunda anlaşamamaları durumunda boşanmaya hüküm verilemeyeceğine ilişkin kararları mevcuttur.¹²⁵

Bize göre; öncelikle anlaşmalı boşanma davasında bir zorunluluk olan düzenlemenin, anlaşmalı boşanmadaki temel işlevine bakılmalıdır.

¹²⁰ERGÜN, a.g.e., s. 100

¹²¹GENÇCAN, a.g.e., s. 100, Tekinay, a.g.e., s. 195

¹²²Zahid Çandarlı- Osman Fazıl Berki, Medeni Kanun ve Devletler Hususi Hukukunda Boşanma-Ayrılık ve Buna Mütedair Yargıtay Kararları, Güney Matbaacılık, s. 107,

¹²³GENÇCAN, a.g.e., s. 371

¹²⁴ GENÇCAN, a.g.e., s .371, "..anlaşmalı boşanma davalarındaki tazminata ilişkin beyan 4721 sayılı Medeni Kanununun 174.maddesine dayanmaktadır. Burada alınan beyan eşler arasındaki diğer alacakları (eşya, altın, taşınmaz alımına katkı) kapsamaz. Bu durum özellikle boşanma davasından ayrı açılacak alacak davalarında gözden kaçırılmamalıdır.."

¹²⁵ ".. taraflar velayet ve mallar konusunda anlaşamamışlardır. Eşler tek bir konuda anlaşamamış olsalar bile, Medeni Kanunun 166/3. Maddesine göre boşanmaya karar verilemez...", GENÇCAN, a.g.e., s.371

Bilindiği gibi anlaşmalı boşanma davası, bizim hukukumuza sonradan girmiş bir kurumdur. Bu kurumun kabul edilmesinin en büyük sebeplerinden biri ise, boşanmada tarafların iradesine ve dolayısıyla toplumsal hayatta hakim olan bireyci teoriye önem veren görüştür.¹²⁶ Bir diğer yandan, özellikle yargısal mekanizmadaki tıkanıklara boşanmayla birlikte ailenin müdahil olması, bu tıkanıklığın açılması için taraf iradelerinin aktif olduğu anlaşmalı boşanma kurumunu zorunlu kılmıştır. Anlaşmalı boşanma kurumunun değinilen bu ehemmiyeti göz önünde bulundurulduğunda, bu müessesenin aynı zamanda kendi içeriğinde eşlere ait birtakım mali dengeleri de ayarlamak durumunda bıraktığı, bu mali dengeler de sonradan başka davaların konusu yapılması halinde yargısal tıkanıklığa sebep olabilecek eşya, taşınmaz alım hakkı ve eşler arasındaki borçların da dikkate alınması gerektiği sonucuna ulaşılabilecektir. “...dava Medeni Kanununun 166/1. maddesine dayanılarak açılmıştır. Taraflar mallar ve çocukların durumu hakkında anlaşamamıştır. Eşlerin tek bir konuda dahi anlaşamamış olmaları ihtimalinde Medeni Kanununun 166/3.maddesi uyarınca boşanmaya karar verilemez...”¹²⁷ Yargıtay kararında da belirtildiği üzere, anlaşmalı boşanmanın gerçekleştirilebilmesi için tarafların boşanma ile ilgili her konuda anlaşmış olmaları gerekmektedir.

a- Maddi ve manevi tazminat

Maddi ve manevi tazminat, genel olarak boşanmanın mali sonuçları yan sonuçları arasında yer almaktadır. Taraflar, maddi ve manevi tazminat miktarını kendi aralarında kararlaştırabilirler. Diğer boşanma kurumlarından farklı olarak, anlaşmalı boşanmada davalarında tazminat belirlenirken kusur oranına bakılmaz. Örneğin; aldatılma sonucu boşanma davası açan kişiler, karşı tarafın kusurlu olduğu hasebiyle evlilik birliğinin boşanmayla sonuçlandığından bahisle kusurlu eşten maddi ve manevi tazminat talep edebilmektedir. Anlaşmalı boşanma kurumunda ise, maddi ve manevi tazminat oranı taraflarca kararlaştırılmakta ve hakim onayına sunulmaktadır. Eğer, taraflar bu konuda anlaşamamışlarsa¹²⁸ artık çekişmeli boşanma davası devreye girecek ve evlilik birliğinin sona ermesinde etkili olan maddi vakıplar bütünlüğünde eşlerin kusurlarının ağırlığına bakılacak, kusuru olmayan veya kusuru olmakla birlikte daha az kusur olan eş diğer eşten maddi ve manevi tazminat talep edebilecektir.¹²⁹ Ancak tarafların bu konuda sınırsız bir yetkiye sahip olamayacaklarını belirtmek gerekir. Taraflar, bu protokolde birbirlerine yöneltecekleri maddi ve manevi tazminata ilişkin bir uzlaşma içerisinde olmalıdırlar.¹³⁰ Anlaşmalı boşanma davalarında maddi ve manevi tazminatın tutarı tamamen eşler arasında yapılacak müzakereler sonucunda belirlenir. Taraf vekillerinin yani avukatlarının bu tartışmalar sırasında hazır bulunmaları olası hak kayıplarını önleyecek, aynı zamanda düzenlemeye ilişkin hakim

¹²⁶ CEYLAN, a.g.e., s. 7, GENÇCAN, a.g.e, s. 67, bknz, tez, s. 4

¹²⁷ Y2HD, 12.01.2005, 15214-330 (Gençcan)

¹²⁸ Anlaşmalı boşanma. biz, Anlaşmalı Boşanma,Anlaşmalı Boşanma Davası, GENÇCAN, a.g.e, s. 374., Ömer Uğur Gençcan, Boşanma (tazminat-nafaka) hukuku, Yetkin yay., s. 570, Av. Zafer Ergün, Boşanma Davaları, Adalet yay., s. 99,

¹²⁹ GENÇCAN, Boşanma (tazminat-nafaka) hukuku, s. 569-570.

¹³⁰ GENÇCAN, Boşanma (tazminat-nafaka) hukuku, s. 566, ERGÜN, a.g.e, s.99., KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 142, ÖZUĞUR, a.g.e., s. 486-487

yargılama sırasındaki yapacağı uygunluk denetimine de bir “ön fayda” sağlayacaktır. Tazminat miktarlarına ilişkin bu konuda taraflara her ne kadar bir irade serbestisi tanınsa da, bu yetki sınırsız değildir. Taraflar, birbirlerinin yerine getirebileceği oranda, olağan hayat gerçeklerine uygun miktarda ve maddi tazminat için belirlenen diğer ölçüler de göz önünde bulundurularak maddi ve manevi tazminat tayini yapmalıdır.¹³¹

aa- Maddi Tazminatın Belirlenmesi

Öncelikle değinilmelidir ki taraflar, boşanmanın fer'i sonuçlarına ilişkin mukavele yapabilirler.¹³² Mukavalenin sonuç doğurabilmesi için de hakimin onayı ve tasdiki şarttır.¹³³ Bu fer'i sonuçlardan biri de tarafların mali dengelerinin bir kalemini oluşturan maddi tazminattır. Ancak anlaşmalı boşanmada diğer boşanma kurumlarından farklı olarak hakimin kusur incelemesi yapamayacağı gerçeğinden hareketle, anlaşmalı boşanma davasında taraflarca mahkemeye sunulacak düzenlemede kusur araştırması yapamaz.¹³⁴ Anlaşmalı boşanma müessesesinin temel şartlarına bakıldığında, eğer bunlar gerçekleşmişse hakim boşanma kararı vermelidir.¹³⁵ Hakimin burada yapacağı incelemede, taraflarca düzenleme hazırlanırken hakkaniyete ve hukukun temel ilkelerine riayet edilip edilmediği ve protokolün mahkemeye sunulmuş şekli hususlarını araştıracaktır.¹³⁶ Boşanma ile haleldar olan, bu hakların karşılığını diğer taraftan talep ederken sadece mevcut vaziyetteki mali kaybı veya durumu değil gelecekteki gerçekleşmesi kuvvetle muhtemel mali ahvali de düşünmelidir.¹³⁷ Bu şekilde hak ve hakkaniyete ve doğal olarak adalet duygusuna hizmet etme nispetinde doğru hükümler söz konusu mukavelenamede kendini bulabilecektir.

Taraflar boşanmadan evvel, durumlarını kendiliklerinden inceleyerek, davanın daha da uzamasına ve yargısal tikanıklara mahal vermemek için bu sözleşmeyi kararlaştırırlar.¹³⁸ Ancak özellikle anlaşmalı boşanma kurumunda hakim, düzenlemedeki beyanlardan tarafların iradelerini serbestçe ifade ettiklerine kanaat getirmek için, bu hususlara dikkat etmelidir.¹³⁹ Zira, özellikle maddi imkanlar ve nüfuz bakımından üstün olan tarafın (toplumumuzda bu genellikle erkek tarafıdır.) diğer tarafın maddi ve manevi dengelerinde onun üzerinde haksız bir tahakküm kurmak suretiyle kendi lehine bir çıkar elde etmek

¹³¹ Anlaşmalıboşanma.biz, Anlaşmalı Boşanma, Anlaşmalı Boşanma Davası, Şerafettin Şanver, a.g.e., s. 127, Turgut Akıntürk, Aile Hukuku, AÜFH Yay., s. 234, Ankara, 1996, Kılıçoğlu, a.g.e., s. 142, , Ömer Uğur Gençcan,Boşanma (tazminat-nafaka) hukuku, s. 569., Y2HD.03.04.2008. 3109-4707 sayılı kararda yer alan karşı oy yazısı

¹³²Dr. Zahid Çandarlı-Dr.Osman Fazıl Berki, Medeni Kanun ve Devletler Hususi Hukukunda Boşanma ve Ayrılık, Günay Matbaacılık ve Gazetecilik, s. 96., Ankara, 1949

¹³³ÇANDARLI/BERKİ, a.g.e. s. 96., Esra Pınar Yılmaz Bilgin, Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, 12 Levha yay., s.72, İstanbul/Ocak-2016, ÖZDEMİR, a.g.e., s. 152

¹³⁴ GENÇCAN, a.g.e., s. 588, ÖZÜĞÜR, a.g.e. s. 488, KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 143, ŞANVER, a.g.e., s. 123, ÖZDEMİR, a.g.e., s. 147

¹³⁵ GENÇCAN, a.g.e.(2) , s. 588, ÇANDARLI/BERKİ, a.g.e., s. 96

¹³⁶ ÇANDARLI/BERKİ, a.g.e., s. 96,100

¹³⁷ÇANDARLI/BERKİ, a.g.e., s. 96

¹³⁸ÇANDARLI/BERKİ, a.g.e., s. 101

¹³⁹ GENÇCAN, a.g.e, s. 548, YILMAZ BİLGİN, a.g.e, s. 35, ÖZTAN, a.g.e, s. 692

istiyorsa hakim, güçsüz tarafın ¹⁴⁰iradesini serbestçe açıkladığı sonucuna varılamayacağından boşanmaya karar vermemelidir.¹⁴¹

Anlaşmalı boşanma kurumunda hakimin mukaveleyi incelerken gözönünde bulunduracağı öncelikli husus, tarafların her ikisinin de bu düzenlemeyi onaylarken serbest iradelerince hareket edip etmediği ve eşlerin bunu yaparak üçüncü bir kişinin haklarına hanel getirip getirmediğileridir. Kısacası hukuk düzeninde sonuç doğuracak sözleşmelerin barındırması ve barındırmaması gereken hususları incelemek olacaktır. ¹⁴²Örneğin; evlilik birliğinin devamı süresince kocasının nüfuzunu kullanarak iktisab etmiş olduğu ve toplum ve değer yargıları nazarında ahlak ve adaba açıkça aykırılık arz eden menfaatlerini düzenlenen mukavelenamede boşanma neticesinde kaybedeceği için maddi tazminat olarak istemesi hakim tarafından uygun bulunmayacaktır. Nitekim böyle bir kazanç her ne kadar ahlaka ve adaba aykırılık teşkil etse dahi teknik manada kaybedilmiş bir beklenen menfaattir.¹⁴³ Hakimin burada, normal bir boşanma davasında tazminata hükmederken araması gereken unsurları göz önünde bulundurmasına imkan yoktur. ¹⁴⁴Çünkü, zaten tarafların anlaşmalı boşanmaya başvururkenki temel amacı istedikleri yönde kolayca ve hızlı karar alabilmektir. Aksi takdirde anlaşmalı boşanma kurumunun ve sonrada değineceğimiz diğer boşanma sebeplerinde taraflar arasında düzenlenen fer'i sonuç sözleşmelerinin bir anlamı kalmayacaktır.

Anlaşmalı boşanma yargılamasında tarafların düzenlemeyi hazırlarken sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir yansıması olarak iradelerini ön plana çıkardıklarını ancak bunun sınırsız bir yetki tanımadığını yukarıda saptamıştık. İşte bu sınırlamaya, hakimin düzenlemenin esas unsurlarına, tarafların hak ve menfaatlerine ve hukuk kurallarına uygun bir şekilde hüküm fıkrasında yer verebilmesi için eşlerin de bu düzenlemede şeffaf davranması gerektiği, maddi ve manevi tazminat ve nafakanın ödenme şeklini tüm hususlarıyla beraber söz konusu metne kayda geçmelerinin lazım geldiği surette ortaya çıkmaktadır. Zira taraflardan her biri ve kamuoyu, bu düzenlemeyle kimin ne gibi haklar iktisab ettiğini ve ne gibi yükümlülükler altına girdiğini ve nihayet hukuk düzenin kendilerine buna ilişkin hangi korumaları sağladığını ancak böyle öğrenebilir.¹⁴⁵ Belirtmeliyiz ki, maddi ve manevi tazminat boşanmanın fer'i sonuçlarındandır. Bu nedenle, Aile mahkemesi hakimine sunulan düzenlemede hangi tarafın ne kadar maddi tazminat istediğini açıkça belirtmesi elzemdir.¹⁴⁶ Hakim, bu şartları sağlamayan bir düzenlemeye müdahale edip uygun değişikliği tesis etmelidir. Örneğin; “tazminat istemiyorum” şeklindeki ifadeyi ele alalım.

¹⁴⁰ Buradaki “taraf” ifadesini yargılama aşamasında diğer eşin karşısına bir hak talebiyle çıkan ve onunla kendi arasında bundan dolayı bir uyuşmazlığın doğmasına sebep olan hukuk kişisi olarak değil; evlilik birliğinin karı ya da koca şeklindeki süjeleri olarak anlamlandırılmıştır. Bu hususta ayrıca bkz., ÖZDEMİR, a.g.e., s. 147

¹⁴¹ ÇANDARLI/BERKİ, s. 96, GENÇCAN, a.g.e, s. 548, YILMAZ BİLGİN, a.g.e, s. 35, ÖZTAN, a.g.e, s. 692, ÖZÜĞÜR, a.g.e., s. 487, ŞANVER, a.g.e., s. 125

¹⁴² ÇANDARLI/BERKİ, a.g.e., s. 96, ÖZDEMİR, a.g.e., s. 147

¹⁴³ ÇANDARLI/BERKİ, a.g.e., s. 96

¹⁴⁴ ÇANDARLI/BERKİ, a.g.e., s. 96, KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 142-143, ÖZÜĞÜR, a.g.e., s. 488

¹⁴⁵ “yargılamanın aleniliği” ilkesi hakkında bkz., Başar Başaran, Aleni Yargılama Hakkı, Mevzuat Dergisi, Yıl-2., Sayı.15, (mevzuatdergisi.com), ŞEKER, a.g.e., s.45

¹⁴⁶ GENÇCAN, a.g.e., s. 589

Bu biçimde yazılan ve mali sonuçlara ilişkin anlaşmaya geçilen ve altına imza atılan bir beyanın ve “ Tazminat istemiyorum” ifadesi ile kastedilenin maddi tazminat mı yoksa manevi mi tazminat mı olduğunu anlamak zordur.

O halde tarafların beyanı alınırken nafaka ve tazminat konusunda nafaka ve tazminatların türlerinin ayrı ayrı yazılması gerekecektir.¹⁴⁷ Bu hususta Yargıtay;

“..Hüküm Türk Medeni Kanununun 166/3. Maddesine göre kurulmuş ise de; dosya kapsamından Türk Medeni Kanununun 166/3. Koşullarının gerçekleşmediği anlaşılmaktadır. 26.05.2004 tarihli oturumda davalının kendisinin hakkındaki nafaka istemi açıklanmamış, diğer deyimle yoksulluk nafakası isteyip istemediği sorulmamış, davalının nafaka istiyorum şeklindeki beyanı davacı tarafça kabul edilmiştir. 23.09.2004 tarihli oturuma davalı katılmamış, davacı taraf davalıya tedbir nafakası verilmesi şekli ile davanın anlaşma uyarınca kabulünü istemiş, buna göre hüküm kurulmuştur. Davalının bu konudaki kabulü söz konusu değildir. Davada Türk Medeni Kanununun 166/3. Fıkrasının maddi unsurları gerçekleşmemiştir. Delillerin Türk Medeni Kanununun 166/1. Maddesi çerçevesinde değerlendirilip karar verilmesi gerekirken bu yönün değerlendirilmemesi usul ve yasaya aykırıdır.”¹⁴⁸

Görüldüğü gibi Yargıtay da yukarıda açıkladığımız şeffaflık kuralını vermiş olduğu bu kararda belirtmiş, davalının hangi tür nafakayı davacıdan talep ettiği belirsizliğine ek olarak yine davalının başka bir oturuma katılmaması ve davacının bu nafakayı onun adına kendi iradesini etkili kılarak tedbir nafakası olarak nitelendirmesi şeklinde üst üste anlaşmalı boşanmanın hayata geçmesine kesin engel durumların vuku bulmasının davanın, 166/1 deki çekişmeli boşanmaya dönüşmesi sonucunu doğurduğu ve mahkemenin de buna uygun hareket etmesi gerektiğine vurgu yapmıştır.

Her ne kadar Yargıtay’ın vermiş olduğu kararda herhangi bir maddi veya usuli kurala aykırılık söz konusu olmasa bile, kararın gelişme bölümündeki “nafakanın türünün davalıya açıklanması gerektiği” ne ilişkin şartın davada gerçekleştiği varsayımına bakalım. Şöyle ki; bu durumda ilgili tarafın tam olarak ne istediği ortaya çıkacak ancak davacı taraf, isteğin bu şekilde olduğundan, kendisinin de bu talebi yerine getirip getiremeyeceğinden şüphe duyabilir; mahkeme ortamında bir anlaşmazlık doğabilir. Böyle durumlarda bir anlaşmazlık olduğundan kural olarak davanın çekişmeli yargıya dönmesi ve hem kamu düzeninin hem de tarafların istemediği bir şekilde aradaki uyuşmazlığın yokuşa sürülmesi gibi sonuçlar söz konusu olacaktır. Bizce özellikle uygulamada karşılaşılması muhtemel böyle durumlarda mahkeme, belirsiz talebin sahibinin de bu konuda açıklama yapmasını doğrudan istememeli ve vereceği bir ara kararla tarafların her hususu açıkça düzenlemesi gerektiğine hükmetmelidir. Eğer mevcut kanun buna el vermiyorsa meydana gelen kanun boşluğunun da doldurularak, şu anda mevcut olan bu soruna önceden bir çözüm üretilebilir.

¹⁴⁷ GENÇCAN, a.g.e, s. 370.

¹⁴⁸ Y2HD, 02.03.2005, 917- 3139 (Gençcan)

Anlaşmalı boşanma davasında tarafların mahkemeye sundukları düzenlemede var olması gereken maddi tazminatta hakimin, tarafların beyanlarını, delillerini ve tanıklarını tamamen dikkate almadan inceleme yapamayacağını ifade etmek gerekir. Nitekim, düzenlemedeki beyanların tarafların serbest iradelerinin ürünü olup olmadığını isabetli bir şekilde saptanabilmesi, bu konuda maddi vakıları tüm çıplaklığıyla ortaya seren objektif unsurların varlığına ve kapsamlı değerlendirilmesine bağlıdır.

Ayrıca yine bizce; lafzi olarak belirmemesine rağmen dava dosyasından ve tarafların yargılama esnasındaki hal ve hareketlerinden söz konusu talebin ne olduğu açıkça anlaşılabilirse diğer şartların da gerçekleşmesine bağlı olarak boşanmaya karar verilmelidir.

Hakim tarafından boşanma kararı verilebilmesi için tarafların söz konusu düzenlemedeki her hususta anlaşmaları gerektiği şartına rağmen, tarafların maddi tazminat konusunda anlaşma yapmadan bununla ilgili taleplerinin saklı olduğuna yönelik bir kayıt koyabilmeleri mümkün müdür?¹⁴⁹

Yargıtay bu konuda, anlaşmalı boşanma davasında hükmün kesinleşmesinden sonra açılacak davada ayrıca maddi tazminatın talep edilebileceği yönde karar vermiş olmasına rağmen biz yargıtayın bu husustaki tutumuna katılmıyoruz. Nitekim Yargıtay'ın vermiş olduğu bu karar anlaşmalı boşanma davasının temel mahiyeti ile bağdaşmamaktadır.¹⁵⁰

“..Türk Medeni Kanununun 174/1. Maddesi hükmüne göre mevcut veya beklenen menfaatleri zedelenen kusursuz veya daha az kusurlu taraf, kusurlu taraftan uygun bir maddi tazminat isteyebilir. Tanıklar bu yönde dinlenip kusur durumu belirlenmeden eksik inceleme ile tazminata karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır..”

Buna karşın aynı dairedaki üyenin karşı oyunda;

“..Evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğer eşin bu yönde açtığı davayı kabul etmesi halinde, evlilik birliği temelden sarsılmış sayılır. Bu halde boşanma kararı verilebilmesi için, hakimin “tarafları bizzat dinleyerek” iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocuklar konusunda “tarafların kararlaştırdığı” düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hakim tarafların ve çocukların menfaatlerini gözönünde bulundurarak anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin de “taraflarca” kabulü lazım gelir..”

¹⁴⁹ GENÇCAN, a.g.e (2), s. 567

¹⁵⁰ GENÇCAN, a.g.e (2), s. 569

Şeklinde bir paragrafta anlaşmalı boşanmanın taraflarca ve mahkemece yerine getirilmesi gereken temel mahiyetleri üzerinde durulmuş ve devam edilmiştir;

“...görüldüğü üzere hakim;

-“tarafları” bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi,

-Boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda “taraflarca” kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması,

-hakimin gerekli gördüğü değişikliklerin “taraflarca da” kabulü halinde boşanmaya hükmolunur.

Başka bir anlatımla anlaşmalı boşanma davasında “vekillerin” bu konudaki anlatımlarının bir değeri yoktur.

Dava konusu anlaşmalı boşanma davasında “taraf beyanları” şöyledir;

Davacı erkek eş: “davalı ile anlaşamıyoruz. Aramızda anlaşlık, boşanmamıza karar verilsin”

Davalı kadın eş: “açılan davayı kabul ediyorum, boşanmak istiyorum”

Söz konusu anlaşmalı boşanma davasında tarafların birbirlerinden maddi - manevi tazminat talep etmedikleri açık seçiktir. Yerel mahkeme hakiminin hüküm fıkrasında yer alan “davalının maddi-manevi tazminat, her türlü nafaka talebinin saklı tutulmasına” ifadesinin anlaşmalı boşanma kararı kesinleştikten sonra taraflara boşanmanın fer’i hükümlerini dava konusu yapma hakkını onlara vermez”

Görüldüğü gibi karşıt görüş burada; tamamen anlaşmalı boşanma davasının en temel dinamiğine aykırı olarak, kendi iradesini tarafların iradesine üstün tuttuğunu gösterir şekilde, talep olmadan dava konusu yapılamayacak maddi-manevi tazminat ve nafaka hususlarının taraflar lehine dava sonrasında açılacak başka bir davaya konu yapılabilmesine olanak tanıyan yerel mahkemeyi eleştirmektedir.

(karşıt görüşün devamı) “.anlaşmalı boşanma davasında verilen hüküm” hakimın boşanmanın mali sonuçları hakkında net düzenlemenin yapılmaması sebebiyle boşanmaya karar vermemesi gerektiği gerekçesiyle “temyiz edilseydi bozma gündeme gelecekti. Davacı kadın, kendisine anlaşmalı boşanma davasında maddi tazminat verilmemesini “temyiz hakkı olduğu halde temyiz etmeyerek” kabul etmiştir. Yani kadının maddi tazminattan feragati söz konusudur. Aksi düşünce, temyiz edenle temyiz etmeyenin aynı hukuki sonuçla karşılaşmasına teorik bağlamda imkan sağlamaktadır ki, bu da usul hukuku kurallarına açıkça aykırılık teşkil eder.

Bu bölümde de söz konusu karşıt görüş, Yargıtayın bu ve buna benzer uyuşmazlıklarda, anlaşmalı boşanma davası aşamasında boşanma kararı verilebilmesi için bir şart olan “tarafların mali konularda her husus şüphe götürmeyecek bir şekilde kararlaştırılmalıdır.”

Şartının bir şekilde gözden kaçırılması ve verilmemesi gerektiği halde boşanma kararının verilmesi ve bu kararın da temyiz edilmeyerek kesinleşmesi durumunda, saklı tutulan taleplerin açılacak ayrı bir davaya konu yapılabilmesine olanak tanıyan kararının, ilgili dava kararının temyiz edildiği ve edilmediği hallerde aynı sonuçlara mahal vereceğini vurgulamış; bunun da usul kurallarına açıkça aykırılık teşkil edeceğini dile getirmiştir.¹⁵¹

(karşıt görüşün devamı) “..değerli çoğunluğun katılmadığım kararı ile kanunun ruhuna ve sistematiğine aykırı bir uygulama anlaşmalı boşanma davalarında kendini gösterebilir.

Şöyle ki;

Taraflar bundan böyle “sadece boşanma konusunda” anlaşırlar ve “boşanmanın mali sonuçları konusunda” haklarını saklı tutarlar, anlaşmalı boşanma kararı aldıktan sonra kararı kesinleştirirler, “daha sonra” boşanmanın mali sonuçlarını konu edinen başka bir dava açabilirler.

Başka bir anlatımla artık alışlagelen bir yöntemle taraflar, boşanmanın mali sonuçları hakkında bir düzenleme yapmadan sadece boşanma konusundaki uzlaşan iradeleri ile lehlerine boşanma kararının çıkartılmasında etkin rol oynayabilirler. Bu da anlaşmalı boşanma kurumunun tamamen işlevsizleştirilmesine neden olabilir.¹⁵²

Karşıt görüş burada da; daha önce verilmiş bir Yargıtay kararının kanunun ruhuna ve sistematiğine aykırı bir uygulamanın gündeme getireceğine değinmiştir.

Bizce burada karşıt görüşün eleştirdiği hususa ek olarak; Yargıtay kararı eliyle tarafların, “maddi-manevi tazminat veya nafaka taleplerimizi saklı tutuyoruz” tekniğinde üstü kapalı ifadeden dolayı mali hususlar üzerinde hemfikir olduğu izlenimi veren fakat sonrasında hükmün kolay infazına hanel getirebilecek, boşanma kararının verilmesine mahiyeti itibariyle engel teşkil etmesi gereken ve kanunun ilgili maddeleri uyarınca hukuka aykırı bir düzenleme ile istedikleri sonuca ulaşmaları sağlanmaktadır. Yani ortada kanunun eksik veya yanlış yorumlanması durumu söz konusudur.

(karşıt görüşün devamı) “...değerli çoğunluğun” kusur durumun belirlenmesini istemesi “ ile anlaşmalı boşanma davasının mahiyeti bağdaşmaz.

Değerli çoğunluk 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m.174.f.1 hükmünde yer alan mevcut ya da beklenen menfaatleri boşanma yüzünden zedelenen kusursuz ya da daha az kusurlu taraf,” kusurlu” taraftan uygun bir maddi tazminat isteyebilir düzenlemesi uyarınca anlaşmalı boşanan eşlere de 4721 sayılı Medeni Kanununun m.174.f.1 hükmünün uygulanabileceği düşüncesindedir.

¹⁵¹ GENÇCAN, a.g.e (2) s. 569.

¹⁵² “eşler bu durumda bu husus hakkında kendilerini mahkeme yerine koyarak karar vermiş olurlar.”

4721 sayılı Türk Medeni Kanununun m.174.f.1 hükmü anlaşmalı boşanma davalarında kesinlikle uygulanamaz. Anlaşmalı boşanma davasında tam kusurlu eşe bile anlaşma varsa tazminat verilebilir. Ancak tam kusurlu eş 4721 sayılı kanunun m.174.f.1 hükmü uyarınca hiçbir şekilde maddi tazminat alamaz. Bu sebeple anlaşmalı boşanma davasında “tam kusurlu eş” eğer eşlerin bu konudaki serbest iradeleri mevcut ise yani bir anlaşma varsa tazminat alabilir ki; bu durumda kusur araştırmasının da hiçbir işlevinden bahsedilemez. Zira bilindiği üzere anlaşmalı boşanma davası “kusurun kanıtlanmasını gerektirmeyen” bir davadır.

Son bölümdeki tezinde ise karşıt görüş, söz konusu çoğunluğun ve dolayısıyla Yargıtay kararının, anlaşmalı boşanma davasının tekniğinde asla ve asla yer alamayacak “kusur araştırması” yapılması gerektiğinden bahsetmesini tenkit etmiştir.

Bizce aynı zamanda Yargıtay vermiş olduğu bu kararda; daha önce de değindiğimiz bir zaafiyetiyle yani kanun hükmünü yanlış yorumlayarak, anlaşmalı boşanma davasında usuli işlemlere göre asla ulaşılamayacak sonuca; anlaşmalı boşanma davasının maddi içeriklerini teşkil eden talepleri ayrı ayrı davaların konusu haline getirerek ulaşmaya çalışmıştır. Diğer bir anlatımla, anlaşmalı boşanma davasının hiçbir maddi içeriği için gündeme getirilemeyecek kusur araştırmasını, boşanmanın birtakım yan sonuçlarının anlaşmalı boşanma davasının asıl sonuçlarından ayırıp, ayrı bir davada yapılacak çekişmeli yargılamada konu haline getirmiştir.

Yargıtay’ın vermiş olduğu karar farklı açıdan irdelendiğinde; bu kararın aynı zamanda tarafların Türk Medeni Kanununun anlaşmalı boşanma ile ilgili madde hükümlerine uymayarak düzenlemiş oldukları hukuka aykırılık yüzünden, sonradan ortaya tehlikeli durumlar çıkabilir. Şöyle ki; taraflardan biri veya her ikisi mali düzenlemenin açıkça düzenlendiği veya hakim müdahalesi ile bu yönde değiştirildiği durumunda iktisab edemeyecekleri hakları kanunun ilgili hükümlerine uymadıkları için; yani düzenlemedeki hususları açıkça düzenlemedikleri için sonradan açma hakkına sahip oldukları tazminat veya alacak davalarında elde edebilirler. Bu da, tarafların kusurlarıyla hak iktisap ettikleri sonucunu doğrudan doğuracağından “hiç kimsenin kendi kusuruyla hak sahibi olamayacağı” şeklindeki temel hukuk ilkesinin ihlali ihtimali gündeme gelecektir.

Anlaşmalı boşanmanın temel şartlarına değinilen ve bu konuda gerek pratik gerekse teorik açıklamaların yer aldığı yukarıdaki karşı oy yazısından da anlaşılacağı gibi, anlaşmalı boşanma davasında; tarafların ve çocukların menfaatlerine göre yapılan inceleme sonucunda tarafların aralarında kararlaştırdıkları düzenlemenin hakim tarafından da uygun bulunması hususu temel işlevlerden biridir.¹⁵³ Buna göre; boşanmanın fer’i sonuçlarına ilişkin tarafların serbest iradelerinin bir ürünü olarak söz konusu düzenlemede tarafların mali konular ve bunun içinde de maddi tazminat konusunda anlaşmaları, sonradan mali dengelerin anlaşmalı boşanma davası dışında alacak ve tazminat davalarının konusu yapılması suretiyle yargı

¹⁵³ GENÇCAN, a.g.e (2), s. 548, ŞANVER, a.g.e., s.126, YALÇINKAYA/KALELİ, a.g.e., KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 142

mekanizmasının en baştan çözüme bağlanması daha kolay olan taleplerle işgal edilmesinin önüne geçilmesi bakımından çok önemli bir fonksiyon icra eder. Dolayısıyla maddi ve manevi tazminat ve nafaka taleplerinin açıklıklarından yani şeffaflıklarından şüphe götürmeyecek şekilde anlaşmalı boşanma davasının “ayrılmaz” bir parçası yapılması gereklidir.

Ayrıca, hükmü kesinleşen anlaşmalı boşanma davasında, sonraya saklı tutulduğu için delil ve kanıtları mahkeme tarafından toplanmayan maddi tazminatın, ayrı bir alacak tazminat davasında görüşüldüğü sırada söz konusu deliller, kanıtlar ve maddi vakıaların durumu değişmiş olabilir ve bu durum da tarafların her ayrıntısında uzlaşmış olmaları gereken maddi tazminata ilişkin düzenlemenin hukuk hayatında kolayca vucut bulmasına engel olabilir. Zira derdest olduğu sırada en temel şartlarından biri olan mali düzenlemesi dava sonrasında hukuk düzeninde sonuca varma kabiliyeti büyük oranda zorlaşan bir anlaşmalı boşanma davası düşünülemez.

Sonuç olarak hakimın tarafların ve çocukların menfaatine en uygun kararı verebilmiş olması için, düzenlemede maddi tazminata ilişkin rakamların açıkça belirtilmiş olması şarttır.¹⁵⁴

ab- Düzenlemede manevi tazminat

Hakim tarafından boşanmaya karar verilebilmesi için, boşanmanın mali sonuçlarından olan “manevi tazminat” hususunda yine tarafların anlaşmış olmaları şarttır.¹⁵⁵

Manevi tazminat konusunda tarafların anlaşamaması durumunda evlilik birliğinin temelden sarsılmasına yönelik tarafların delilleri (TMK.m. 166/1-2) kapsamında toplanıp karar verilmelidir. Bu durumda çekişmeli yargı söz konusu olacaktır.

ac- Düzenlemede yoksulluk nafakası

Hakim tarafından boşanma kararı verilebilmesi için boşanmanın mali sonuçlarından olan “yoksulluk nafakası” hususunda da tarafların anlaşmış olmaları, yine hakimın de tarafların üzerinde uzlaştıkları düzenlemeyi hem onların hem de çocukların menfaatleri açısından uygun bulması gereklidir.¹⁵⁶

Yoksulluk nafakasında, maddi ve manevi tazminatta olduğu gibi eğer tarafların iradesi uyuşmazsa veya tarafların iradeleri uyuşsa bile hakimın ilgili incelemelerden sonra gerekli gördüğü değişik halini taraflar kabul etmezse, Medeni Kanunun ilgili maddesinin evlilik birliğinin temelden sarsılmasına yönelik diğer fıkraları (166/1-2) uyarınca mahkeme tarafların delillerini toplayıp davanın çekişmeli yargı hükümleri çerçevesinde görülmesine karar vermelidir.

¹⁵⁴GENÇCAN, a.g.e (2), s. 589, ÖZDEMİR, a.g.e., s. 173, DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, a.g.e., s.122, ŞANVER, a.g.e., s. 136, KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 142

¹⁵⁵ GENÇCAN, a.g.e (2), s. 570

¹⁵⁶ GENÇCAN, a.g.e (2), s. 570, ŞANVER, a.g.e., s. 138, ÖZÜĞÜR, a.g.e., s. 488-489

b- Düzenlemede Çocukların Durumu

Anlaşmalı boşanma davasında boşanma kararının verilebilmesi için tarafların düzenleme kapsamında tarafların iradelerini aynı düşüncede belirtmesi gereken bir diğer husus da çocukların durumunun ne olacağıdır.

ba- İştirak Nafakası

Hakim tarafından boşanmaya karar verilebilmesi için tarafların, boşanmanın çocuklar hakkındaki sonuçları üzerinde de serbest iradelerini aynı yönde oluşturmaları yani hemfikir olmaları, hakim de bu serbest iradelerin uyuşmasını uygun bulması gerekir.¹⁵⁷ Öyle ki; çocukların geleceği hakkında tarafların yapacağı bir düzenlemenin objektif bir gözlemci tarafından uygun bulunmasının hassas olduğu hususu, Yargıtay'ın da önüne gelen bir uyuşmazlıkta kendini göstermiştir.¹⁵⁸

Tarafların çocuğun bu hakkı ile ilgili düzenlemede bir istekte bulunmamaları sonradan bu hakkın istenebilmesine engel değildir.¹⁵⁹ Bu esneklik, çocukların ciddi bir öneme sahip olması sebebiyle kanun koyucunun “çocuğun menfaatini” birinci öncelik olarak ele almasından kaynaklıdır. Herhalde, velayeti anneye veya babaya verilen çocuk hakkında daha sonra iştirak nafakası istenebilecektir.¹⁶⁰ İştirak nafakası kendiliğinden verilir, bu yüzden kamu düzenine ilişkindir.¹⁶¹

İştirak nafakasının istenilmemiş olması husus açıklığa kavuşturulmalıdır. Şöyle ki; “istenilmemiş” olmak ile “bu hususun kararlaştırılmaması” hususu karıştırılabilir. Ancak “istenilmemiş” olmak, tarafların iştirak nafakasının çocuğun velayeti kendisine verilen tarafa verilmemesi yönünde ortak bir karara varmış olduklarını gösterir ve boşanma kararının verilmesine engel olmaz. “Tarafların iştirak nafakası ile ilgili herhangi bir karara varmamış olmaları” ise anlaşmalı boşanma davasında mahkemeye sunulan düzenlemede tarafların üzerinde görüş birliğine varmaları gereken bir konunun yokluğunu ifade edip bu şart sağlanmadığından boşanmaya karar verilemez.¹⁶²

Yargıtay da konu hakkında vermiş olduğu kararda, eşlerin durumu, çocuğun geleceğe yönelik menfaatini göz önünde bulundurup, tarafların, çocuk lehine iştirak nafakası verilmeme

¹⁵⁷ GENÇCAN, a.g.e, s. 572, Ali Öztürk, Aile Hukukunda Ayrılık, s. 110, ÖZUĞUR, a.g.e., s. 487

¹⁵⁸ “...iştirak nafakası her an doğup işleyen haklardandır. Küçüğün ergin olacağı tarihe kadar sürecek olan nafakaya ilişkin olarak tarafların yapacağı düzenlemeler, çocuğun menfaati nedeniyle hakim müdahalesini gerekli kılmaktadır...”Y2HD, 12.05.2005, 5501-7799 (Gençcan), ÖZUĞUR, a.g.e., s. 486, 489

¹⁵⁹ GENÇCAN, a.g.e, s. 572, CEYLAN, a.g.e., s. 128, ÖZDEMİR, a.g.e., s. 160

¹⁶⁰ “...dava Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesine dayanmaktadır. Tarafların hakim huzurunda müşterek çocuk Cangiray için iştirak nafakası takdir edilmemesi yönündeki beyanları boşanma hükmünün kesinleşmesinden sonra, velayet kendisine verilen tarafın ileriki yıllarda iştirak nafakası istemesine engel oluşturmaz. Tarafların anlaşmalarındaki bu yöne ilişkin müdahale yerine değildir. Koşulları oluşmasına rağmen boşanmaya karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde reddi bozmayı gerektirmiştir.” (Gençcan)

¹⁶¹ Boşanma ve nafaka. com, “...Her şeyden önce iştirak nafakası çocukların korunmasına yönelik olup kamu düzenine ilişkindir...”, EEGÜN, a.g.e., s. 99, CEYLAN, a.g.e., s. 127, ŞANVER, a.g.e., s.135, Bülent Köprülü/ Selim Kaneti, Aile Hukuku, Özdem Kardeşler Matbaası, s. 186, İstanbul, 1985-1986

¹⁶² “iştirak nafakasını anlaşmalı boşanma davasında taraflar kararlaştırmalıdır. Aksi takdirde boşanmaya karar verilemez.”, GENÇCAN, a.g.e, s. 572

konusunda üzerinde anlaştıkları hususun, hakim müdahalesiyle karşılaşp boşanma kararı verilmesine engel olmasını hukuka aykırı bulmuştur.¹⁶³

Kararın “hakimin tarafların üzerinde anlaşma sağladıkları bu hususa yönelik müdahalesinin uygun bulunmaması” ile ilgili bölümünde Yargıtay’ın, çocuğun geleceğe yönelik menfaatinin iştirak nafakası verilmesini gerekli kılmadığı kanaatindedir ve hakimin de bu konuda tarafların belli miktar iştirak nafakasını çocuğa vermeyi kararlaştırmamalarını boşanmaya engel bir durum olarak görmesini hukuka aykırı bulmaktadır. Yargıtay, yukarıda da ele aldığımız başka bir kararında¹⁶⁴, “...Küçüğün ergin oluncaya kadar sürecek olan nafakaya ilişkin olarak taraflarca yapılacak düzenlemeler, çocuğun menfaati nedeniyle hakimin “müdahalesini gerektirir” niteliktedir...” saptamasıyla da, çocuk lehine, onun velayetinin verildiği tarafa iştirak nafakasının verilmesi mevzusunun hakim müdahalesini gerektirmesi için, hemen dava sonrasında iştirak nafakasının kararlaştırılmasında çocuğun bir menfaatinin bulunması gerektiğini ifade etmektedir. Öyle ki; çocuğun velayetinin kendisine verildiği tarafın maddi gücü, onun eğitim masraflarını karşılamaya yetiyorsa ve karşı tarafın da bu masrafa katılma imkanının olmadığı söz konusu olabiliyorsa, bu durumda iştirak nafakası ile ilgili belli bir miktarın kararlaştırılması gerekli değildir.

bb- Kişisel İlişki Konusu

Hakim tarafından boşanmaya karar verilmesi için, tarafların çocukların geleceği hakkındaki birtakım konularda mutabakata varmaları ve hakimin de eşlerin bu konudaki ortak iradelerini ifade eden düzenlemeyi uygun bulması gerekir.¹⁶⁵ Çocuklar hakkında eşlerin düzenlemeyle mükellef kılındığı bir diğer konu da “çocuklarla kişisel ilişkinin düzenlenmesi hususudur.”

“.. taraflar aralarında düzenledikleri 25.04.2006 günlü protokolü mahkemeye ibraz etmiş ve 1.5.2006 günlü oturumda da düzenleme hükümleri çerçevesinde karar verilmesini istemişlerdir. Protokolün birinci maddesinde müşterek çocukların anneye verilmesi ve baba ile hafta sonları, Cumartesi ve Pazar günleri kişisel ilişki kurulmasını kararlaştırmışlardır. Yargılama sırasında tarafların anlaştıkları kişisel ilişki sürelerine hakim tarafından müdahale edilmemiştir. Mahkemece, tarafların anlaşmaları doğrultusunda karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hükü kurulması usul ve yasaya aykırıdır....”

¹⁶³ “..dava Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesine dayanmaktadır. Tarafların hakim huzurunda müşterek çocuk Cangiray için iştirak nafakası takdir edilmemesi yolundaki beyanları boşanma hükmünün kesinleşmesinden sonra, velayetin kendisine verilen tarafın ileriki yıllarda istemesine engel olmaz. Tarafların anlaşmalarındaki bu yöne ilişkin müdahale yerinde değildir...”Y2HD.10.01.2005,14860-176 (Gençcan, a.g.e. (2), s. 573), Tekinay, Aile Hukuku., s. 297

¹⁶⁴ “...iştirak nafakası her an doğup işleyen haklardandır. Küçüğü ergin olacağı tarihe kadar sürecek olan nafakaya ilişkin taraflarca yapılan düzenlemeler, çocuğu menfaati nedeniyle hakimin müdahalesini gerektirir niteliktedir...” (Gençcan) Tekinay, Aile Hukuku, s. 297, ŞANVER, a.g.e., s. 126

¹⁶⁵ “.. taraflar, velayeti kendisine verilmeyen çocuk eşle anne arasında “şahsi ilişkinin” süreleri hakkında anlaşamamışlardır. Boşanmaya karar verilebilmesi için, Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesi koşulları gerçekleşmemiştir. Türk Medeni Kanunun 166/1.maddesi gereğince tarafların delillerinin birlikte değerlendirilmesi gerekir....” (Gençcan)

Anlaşılabacağı üzere Yargıtay; boşanmanın çocuklar ile ilgili sonuçlarının, çocuğun menfaati nedeniyle hakim müdahalesini gerektirmesi şeklindeki prensibini, “kişisel ilişkinin kurulması” konusunda da devam ettirmiştir.¹⁶⁶

Çocuğun velayetinin kendisine verilmeyen taraf ile çocuk arasında boşanma sonrasında “şahsi ilişkinin belirlenmesi” konusunda, taraflar arasında yapılacak düzenlemede, bu tasarrufun mahkemenin takdirine taraflarca bırakılıp bırakılmayacağına hususuna ilişkin ise Yargıtay’ın kendi içerisinde vuku bulan bir ihtilaf söz konusudur.¹⁶⁷

Nitekim Yargıtay bir kararında; “..dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni geciktirici sebeplere ve özellikle eşlerin ayrı yerde oturduklarının anlaşılmasına velayeti babaya bırakılan çocukla anne arasında Temmuz ayı boyunca kişisel ilişkinin tesis edilmesine ve bu düzenlemenin infazda güçlük yaratmayacağına anlaşılmasına göre yerinde bulunmayan temyiz isteğinin reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün onanmasına...”¹⁶⁸ diyerekten bu konuda olumlu bir yaklaşım benimsemiştir.

Öncelikle belirtmelidir ki tarafların her birinin çocukla kuracakları özel ilişkideki niyetleri çok önemlidir. Şöyle ki; ailenin fertlerinin her birinin diğerleriyle kuracakları duygusal bağlar çok hassas bir temele dayanmaktadır. Nitekim hiçbir bilimsel araştırma yapılmasına gerek kalmaksızın, tüm ailelerde bütün üyelerin, diğerleri için çok büyük bir önem ifade ettiği doğal bir gerçektir. Mahkemenin de, bu husustaki takdir yetkisi kendinde görürken karar verme aşamasında gözetileceği en önemli husus budur. Bundan hareketle, hem annenin hem de babanın çocukla maksimum düzeyde duygusal ve şahsi ilişki kurmak isteyeceği, “eğer olgun birer ebeveyn iseler, aralarında bu konuda çıkan anlaşmazlığı çözüme bağlaması için, bir hakeme başvuracakları” şeklinde de bir saptama yapılabilir. Bütün bu sosyolojik saptamaları somut olaya uyguladığımızda, bu konuyu tarafların ya anlamadıklarından konuyu hakim takdirine bıraktıkları ya da; çocuğun geleceği hakkındaki bu ilişkisel dengeyi ve dolayısıyla çocuğu önemsemedikleri için hakim takdirine bıraktıkları sonucuna ulaşmamız mümkündür. Bu durum da anlaşmalı boşanma davasında, tarafların mahkemenin iradesini kendi iradelerine üstün tuttıkları gerçeğini ifade eder ki; tarafların bu tutumu anlaşmalı boşanma kurumunun temel mahiyetiyle çelişir.¹⁶⁹ Kaldı ki; her ne kadar tarafların iradesel olarak belirtmeseler de hal ve hareketlerinden anlaşıldığı oranda bir uyuşmazlığı çözüme bağlaması için mahkemeye başvurmaları, “yargılamanın da çekişmeli olarak yapılması” anlamına gelecektir. Halbuki, anlaşmalı boşanmada çekişmesiz yargı söz konusuydu.

Yargıtay’ın da vermiş olduğu somut karar tetkik edildiğinde; tarafların her ikisinin de, çocuğun velayetinin kendisine verilmeyen eş ile çocuk arasında kurulacak bu şahsi bağı

¹⁶⁶ GENÇCAN, a.g.e (2), s. 573

¹⁶⁷ GENÇCAN, a.g.e (2), s. 573

¹⁶⁸ Y2HD, 08.11.2006, 8145-15212 (Gençcan)

¹⁶⁹ GENÇCAN, a.g.e (2), s.575,“..tarafların, iradesini tamamen bir kenara bırakarak bu konuda mahkemenin takdirine güvenmeleri, anlaşmalı boşanma davasında eşlere tanınan “kısmi irade” üstünlüğü ilkesine hâlel getirir..”, ŞANVER ,a.g.e., s.136, KÖPRÜLÜ/KANETİ, a.g.e., s. 185-186

önemsedikleri ve aralarında düzenlemeyi tanzim etme aşamasında bu konu hakkında bir uyuşmazlık çıktığı veya bu ihtimalden çekinerek konuyu daha fazla uzatmamak maksadıyla böyle bir karara vardıkları anlaşılabilir. Anlaşmalı boşanma davasında da; tarafların düzenlemede anlaşamadıkları unsurlar, boşanma kararının verilmesine engeldir.¹⁷⁰ Bu ve benzeri somut uyuşmazlıklarda dosyadan, tarafların anlaşamadıkları bir hususu anlaşmalı boşanma davasında çözüme bağlaması için hakimın takdirine bırakma niyeti açıkça anlaşılabiliriyorsa, her ne kadar düzenlemede lafzi olarak belirmese de taraflar arasında bir anlaşmazlık olduğundan dava, çekişmeli yargılama esaslarına göre derdest edilmelidir. Dolayısıyla Yargıtay'ın, tarafların kişisel ilişkinin süresinin belirlenmesini mahkemenin takdirine bırakmalarını uygun bulan bu kararına, anlaşmalı boşanma kurumunun temel yapısı itibariyle iştirak etmiyoruz.

Şu noktaya da temas edilmesinde fayda vardır. Biz yukarıdaki görüşümüzü tamamen anlaşmalı boşanma kurumu ile ilgili kanunda ön görülen kurallardan yola çıkarak oluşturduk yoksa bunun böyle olması gerektiğini düşündüğümüzden değil. Kanımızca, sözleşme özgürlüğünün de bir gereği olarak, hiç kimse bir sözleşmede belli bir hususta karşı tarafla anlaşmaya zorlanmamalıdır.¹⁷¹ Bundan bahisle, anlaşmalı boşanma davasında da, yine öncelikli olarak tarafların iradesi esas alınmalı, eğer taraflar bir konu haricinde diğer bütün unsurlarda anlaşmışlar ise, anlaştırılmayan hususta mahkeme çekişmeli yargılama usulünü benimsemeli; taraflar arasında kararlaştırılan diğer hususlarda ise anlaşmalı boşanma davasının bir gereği olarak çekişmesiz yargılamaya devam edilmelidir. Zira, anlaşmalı boşanma davasının en temel işlevlerinden biri, tarafları ve yargı mekanizmasını uzun süren dava çeşmekeşinden korumaktır. Bu yüzden, Yargıtay'ın vermiş olduğu karar **“olması gereken hukuk”** bakımından meşru olup **“olan (yürürlükteki hukuk/pozitif hukuk)”** açısından meşru değildir.

Yargıtay üyesi Ömer Uğur Gençcan da yine bizim gibi anlaşmalı boşanma davasının teorik yapısı itibariyle tarafların anlaşmalı boşanmada, kişisel ilişkinin süresinin belirlenmesi konusunda takdiri mahkemeye bırakabileceğini ön gören karara katılmamıştır.¹⁷²

“...taraflar arasında görülen anlaşmalı boşanma davasının duruşmasında davacı ve davalının “kişisel ilişki konusunu mahkemenin takdirine bırakıyorum” şeklindeki beyanları ile kişisel ilişki konusunda bir anlaşma “olmadığı halde”¹⁷³ hakim tarafından “kendi dilediği/istediği gibi bir kişisel ilişki düzenlemesi yapılarak tarafların boşanmalarına karar verildiği ve kararın kişisel ilişkide yapılan düzenlemeye “karşı çıkılarak” davalı tarafından temyiz edildiği konusunda değerli çoğunluk ile aramızda görüş birliği vardır.

¹⁷⁰ ÖZDEMİR, a.g.e., s. 159

¹⁷¹ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Turhan kitabevi, s. 10

¹⁷² GENÇCAN a.g.e (2), s. 574,

¹⁷³ “anlaşmalı boşanma davasının en temel özelliklerinden biri de eşlerin kendi hakimiyet alanlarında vuku bulan ilişkileri evlilik birliğinin sona ermesi bağlamında anlaşarak karara bağlamalarıdır...”

Karşit görüşte de belirtildiği gibi tarafların bu konudaki kararı anlaşarak mahkemenin takdirine bırakmaları, bunun içeriğine ilişkin aralarında bir fikir birliği olmadığını ve yine aralarında ileride doğması kuvvetle muhtemel bir “ kapalı uyuşmazlığın” varlığını gösterir. Bu durumlar da anlaşmalı boşanma davasının temel mahiyetine aykırılık teşkil edip boşanma kararının verilmesine de apaçık birer engeldirler.

Taraflar, konunun düzenlenmesi ile ilgili kararı mahkemenin takdirine bırakan bu hükme, “ne olursa olsun tarafların her ikisi de mahkemenin kararını tasdik edecekleri” şeklinde bir ekleme yaparlarsa nasıl bir değerlendirme yapılacaktır? Nitekim böyle bir hükümle taraflardan biri, anlaşmalı boşanma davasından sonra kararı temyiz etmeyecek ve bu hususla ilgili kararı da önceden kabul ettiği ve nihayet karşı tarafla bu yönde iradelerinin uzlaştığı görünümü sergileyecek, anlaşmalı boşanma davası şartları şeklen oluşmuş olacaktır.

Her ne kadar bu ifade, anlaşmalı boşanma davasının da bir şartı olan tarafların boşanmanın çocuklara ve mali konular hakkında anlaşmaları ve boşanma kararının verilmesiyle beraber bunun gereğini yapacakları ve şeklen anlaşmalı boşanma davasının sonra boşanma şeklinde verilecek kararın gereklerini şartlarını yerine getireceklerini vaat ettikleri söz konusu olsa bile, bu eklemenin de usul hukukunda “silahların eşitliği” ilkesine aykırılık oluşturacağı ortadadır. ¹⁷⁴Buna göre; taraflardan birinin usul hukukundan doğan haklarını ortadan kaldıracak veya bunu onun aleyhine verimsizleştirecek sözleşmeler veya sözleşme hükümleri geçersiz olacaktır.

(karşit görüşün devamı)”...mahkeme kendini tarafların yerine koyarak değişiklikleri “kendiliğinden” gerçekleştiremez..”

Gençcan’ın da belirttiği gibi, hakimin düzenlemedeki işlevinin etkililiği, bu düzenlemeyi çocukların ve tarafların menfaati açısından uygun bulup bulmama noktasında yapacağı incelemeyle sınırlıdır.¹⁷⁵ Yani tarafların iradesi hakimin iradesinden üstün gelir. Bunun da kaynağı, aile içi dengelerin en iyi eşler tarafından tespit edilebildiği ve doğal olarak da bunlara ilişkin birtakım tasarrufların da yine en iyi eşler tarafından yapılabileceği ilkesidir.

“..bu sebeple anlaşma aile mahkemesi hakimi tarafından çocukların durumu hususunda (iştirak nafakası, velayet, kişisel ilişki) anlaşma gerçekleşmeden boşanma kararı verilemez...”

Karşit görüş, mahkemenin bu meselede nasıl hareket etmesi gerektiğini de açıklamasında belirtmiştir.

“...o halde aile mahkemesi hakimi tarafından yapılacak iş;

-tarafların kişisel ilişki konusunda beyanları alınmalı,

¹⁷⁴ Bilgehan Yeşilova, Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği, s. 9, tbbdergisi.barobirlik.org.tr, KÖPRÜLÜ/KANETİ, a.g.e., s. 186, Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınevi, s. 147, Ankara-2016

¹⁷⁵ÇANDARLI/BERKİ, a.g.e, s. 96

- taraflar kişisel ilişki konusunda anlaşılırsa anlaşma doğrultusunda boşanma kararı verilmeli,

- kişisel ilişki tarafların ya da çocuğun “yararına değilse” gerekli gördüğü değişiklikleri yapmalarını istemeli, değişiklik kabul edilirse anlaşma doğrultusunda boşanma kararı verilmeli,

- taraflar kişisel ilişki konusunda anlaşmazlarsa dava dosyasında anlaşmalı boşanmanın (TMK.m. 166/3) koşullarının oluşmaması sebebiyle evlilik birliğinin temelden sarsılması sebebiyle (TMK.m.166/1-2) yönelik olarak varsa delilleri toplanarak sonucuna göre karar verilmesi gerekir.

Aksi uygulamada taraflar gerek kendileri gerekse çocuklarına ilişkin hiç de istemedikleri veya böyle olsaydı asla boşanmayı kabul etmeyecekleri sonuçlara katlanmış olurlar ki onlardan böyle bir fedakarlık beklenemez.

Bu Yargıtay kararının, “anlaşmalı boşanma davasından sonra taraflardan birinin karara temyiz etmesi anlaşmalı boşanmanın sonuçlarının doğmasına engel olmadığı” mes’elesine de değinmek gerekir. Yukarıda da açıkladığımız üzere anlaşmalı boşanma davasından sonra taraflardan birinin kararı temyiz etmesi, daha önce aralarında yapmış oldukları protokol üzerinde tam manasıyla anlaşma sağlayamadıklarını gösterir. O halde, anlaşmalı boşanma davasında boşanma kararının verilebilmesi için kanunun aradığı tarafların çocuklar ve mali konulara hakkındaki düzenleme üzerinde tam bir mutabakata varmış olmaları şartı, gerçekleşmemiş olduğundan boşanmaya karar verilememelidir. Ancak Yargıtay bu konuda bizimle aynı fikirde değildir.¹⁷⁶

“..taraflar kişisel ilişki düzenlenmesini hakim takdirine bırakmışlardır. Mahkemece düzenlenen kişisel temyiz edilmesi anlaşmalı boşanma koşullarının ortadan kalktığı anlamına gelmez..”

Buna karşıt oy yazısında GENÇCAN, “...aile mahkemesi (yoksa hakimler ve savcılar kurulunca belirlenen asliye hukuk mahkemesi) hakim in boşanma düzenlemesinde yer alan “kendi aralarında anlaşmış oldukları günler ve tarihlerde babanın çocukla şahsi münasebetini gidereceği” anlaşmasını da “yok sayarak” tarafların iradelerine aykırı bir uygulama içinde olduğu söz götürmez bir gerçektir.

Kaldı ki bir anlaşmalı boşanma davasında tarafların boşanma ile mali sonuçları ve çocukların durumu hususunda “anlaşmayarak” hakim in takdirine bırakmaları olanağını kanun tanımamaktadır.¹⁷⁷

¹⁷⁶ GENÇCAN, a.g.e., s. 566, 570-571, ÖZDEMİR, a.g.e., s. 159

¹⁷⁷ GENÇCAN, a.g.e., s. 575

Bizce anlaşmalı boşanma kurumunda böyle bir neticenin doğması ahvalinde, tekrar tarafları ilgilendiren bir boşanma davasının görülmesi yerine, temyiz edilen hususun ayrı bir davaya konu yapılmasında hem kamunun hem de tarafların menfaati söz konusudur. Zira her şekilde bu husus, çekişmeli şekilde yürütülecek boşanma davasında gündeme gelecek, bunun yanı sıra tarafların ve hakimin de kabul ettiği diğer hususlar da tekrardan görüşmeye açılacak ve tarafların bunlara ilişkin delilleri ve kanıtlarının değerlendirilmeye açılması meşgalesi de yargılamayı uzatacaktır. Bunun yerine, tarafların üzerinde görüş birliğine varamadıkları hususun boşanma kararı verilmesinden ve bu kararın kesinleşmesinden sonra ayrı bir davaya konu yapılmasında hem usul ekonomisi ilkesi¹⁷⁸ hem de taraflar açısından fayda vardır. Ancak bu belirttiğimiz istisnai durum, yukarıda adından söz ettiğimiz uyuşmazlıkta gündeme gelmelidir.

bc- Velayet konusunda

Hakim tarafından boşanmaya karar verilebilmesi için tarafların boşanmanın çocuklarla ilgili sonuçlarından biri olan “çocuğun velayeti” hakkında da anlaşmaya varmış olmaları ve hakimin de bunu tasdik etmiş olması iktiza eder.¹⁷⁹

Velayet, küçüklerin ve bazı durumlarda kısıtlıların gerek kişiliklerinin olumlu zemine oturtulması gerekse hak ve menfaatlerinin korunması ve onu adına temsili için yasanın anaya ve babaya yüklediği sorumlulukları, bununla ilgili birtakım hakları beraberinde getiren bir kurumdur.¹⁸⁰

İştirak nafakası, boşanma neticesinde ergin olmayan çocuğun lehine ve onu birtakım zorunlu eğitim öğretim ihtiyaçlarının karşılanması adına velayeti alan eşe verilen bir miktar maddi değerdir. Çocuğun gelecekte toplumu şekillendiren bireylerden biri olması hasebiyle iştirak nafakasını büyük bir ehemmiyeti vardır.

Velayet bir hak olmaktan öte aslında çocuğun yaşam faaliyetlerine ilişkin eşlere bir yetki tanır. Velayet; mahiyeti, yaşı itibarıyla kendisinden çok daha yaşam tecrübesine sahip anne ve babasına birtakım yönleriyle bağlı olma ve onlardan destek görmeye muhtaç çocuğun yararına getirilen ve belki de ilk çağlardan beridir varlığı sorgulanmayan temel bir hukuki kurumdur.¹⁸¹ Özellikle de dini ve toplumsal değer sistemlerinin anne ve babanın, çocuğun doğumundan yetişkin olmasına kadar bütün durumlardan sorumlu olduğunu belirten birtakım ilke ve kuralları vardır. Velayetin düzenlenmesi kamu düzenine ilişkindir.¹⁸²

¹⁷⁸ Ejder Yılmaz, Usul Ekonomisi, dergiler.ankara.edu.tr., s. 1, Aslan/Yılmaz/Ayvaz, Medeni Usul Hukuku, s. 155

¹⁷⁹ GENÇCAN, a.g.e (2), s. 577

¹⁸⁰ ÖZTAN, a.g.e, s. 1074.

¹⁸¹ ÖZTAN, a.g.e, s. 1074, Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 627

¹⁸² ERGÜN, a.g.e, s. 100

Anlaşmalı boşanmada düzenlemenin uygun bulunup bulunmaması aşamasında karşılaşılan en büyük sorun daha önceden de değinildiği gibi çocuğun velayetinin hangi tarafa verileceği hususudur. Anlaşmalı boşanma davası sadece velayet yönünden temyiz edilse bile incelenecektir.¹⁸³ Çünkü velayetin düzenlenmesi kamu düzenine ilişkin bir sorundur.¹⁸⁴

Anlaşmalı boşanma davasında bir zorunluluk olan velayette de diğer unsurlar hakkında olduğu gibi tarafların bizzat dinlenmesi ve ilgili kanıtların toplanması gerekecektir.¹⁸⁵ Tarafların dinlenmesi, ergin olmayan çocukların velayetinin kime verileceği ve velayetin verilmediği tarafın çocukla kişisel ilişkisinin ne biçimde olacağı konusunda tarafların beyanları alınması çerçevesinde büyük bir önem ifade eder.

bd- Düzenleme Dışı Karar Verilemez

Evlilik en az bir yıl sürmüştü eşlerin birlikte başvurması ya da birinin açtığı davaya diğerinin muvafakat etmesi halinde evlilik birliği temelden sarsılmış sayılır. Bu durumda, hakimin boşanma kararı verebilmesi için, tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin bizzat açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın çocuklar ve mali konular hakkında tarafların mahkemeye ibraz ettiği düzenlemeyi uygun bulması veya hakimin gerekli gördüğü değişik haliyle tarafların bu anlaşmayı tasdik etmesi gerekir.¹⁸⁶

Aile mahkemesi (yoksa Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen asliye hukuk mahkemesi) hakimi taraflarca kabul edilmiş düzenleme dışında bir karar verilemez.¹⁸⁷ Bu kural anlaşmalı boşanma davasında tarafların iradesine öncelik tanındığını ifade etmektedir.

1- Düzenleme Dışı Nafaka Artırılmaz

Aile mahkemesi (veya Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenecek asliye hukuk mahkemesi) hakimi taraflarca kabul edilmiş düzenlemede belirlenen miktarı, bu düzenlemeden bağımsız bir şekilde artıramaz.¹⁸⁸

2- Düzenleme Dışı Kişisel İlişki Düzenlenemez

Aile mahkemesi (yoksa Hakimler ve Savcılar Kurulunca belirlenecek asliye hukuk mahkemesi) hakimi taraflarca üzerinde mutabakata varılmış düzenleme dışında kişisel ilişki

¹⁸³ “..velayet çocuğun geleceğinin hangi eş tarafından temel bazda şekillendirileceğine ilişkin bir husus olduğundan sadece bu yönüyle yapılan bir temyiz başvurusu bile incelenmelidir. Velayetin düzenlenmesi kamu düzenini ilgilendirmektedir...”

¹⁸⁴ GENÇCAN, a.g.e., (2), s. 577, Zafer Ergün, Boşanma Davaları, s. 99-100, KÖPRÜLÜ/KANETİ, Aile Hukuku, s. 186

¹⁸⁵ GENÇCAN, a.g.e., (2), s. 577,

¹⁸⁶ “hakim, tarafların rızası hilafına veya onların rızasına başvurmaksızın, anlaşmalı boşanma davasında “kısmi irade ilkesine” aykırılık teşkil edecek biçimde takdir yetkisini kullanamaz...”

¹⁸⁷ Gençcan, a.g.e., (2), s. 584., ŞANVER, a.g.e., s. 126, Ebru Ceylan, Türk Ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, s. 130

¹⁸⁸ “...protokol hükümlerine uygun olarak davalı kadın için yoksulluk nafakasına hükmedilmemesi ve gelecek yıllar için duruşma sırasındaki beyanlar nazara alınarak yüzde 40 artırıma karar verilmemesi doğru görülmemiştir...”, Y2HD,29.12.2004, 14142-16072 (Gençcan), Ömer Uğur Gençcan, Boşanma (tazminat- nafaka) hukuku, Yetkin Yay., s. 584, Ankara-2008

düzenlenmesine karar veremez.¹⁸⁹ Yargıtay'ın bu kararında belirttiği ve bizim de daha önce değindiğimiz gibi, anlaşmalı boşanma davasında mahkeme kendi iradesini tarafların iradesine üstün tutarak karar vermemelidir.¹⁹⁰

3- Düzenleme Dışı Faize Hükmedilemez

Aile mahkemesi (yoksa Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen asliye hukuk mahkemesi) hakimi taraflarca kararlaştırılmış düzenleme dışında faize hükmedemez.¹⁹¹

4- Düzenleme Dışı Velayet Verilemez

Aile mahkemesi (yoksa Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen asliye hukuk mahkemesi) hakimi taraflarca kararlaştırılmış düzenleme dışında velayet düzenlemesi kararı veremez.¹⁹²

“...verilecek boşanma kararı infazda karışıklık yaratmayacak açıklıkta olmalıdır. Taraflar düzenledikleri protokolde müşterek çocuk Ezgi'nin velayetinin babaya bırakılacağını kabul etmişlerdir. Yargılama sırasında başka da bir beyanları olmamıştır. 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 olacağını tespitine karar verilecek yerde protokole atıf yapılması da isabetsizdir...”¹⁹³

Yargıtay da verdiği bu kararda taraflarca kararlaştırıldan farklı olarak, mahkemenin onların beyanlarına başvurmadan kendi iradesini üstün tutmak suretiyle velayeti diğer eşe vermesini hukuka aykırı bulmuştur.

5- Düzenleme Dışı devir Kararı Verilemez

Aile mahkemesi (yoksa Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen asliye hukuk mahkemesi) hakimi taraflarca kararlaştırılan düzenleme dışında devir kararı verilemez.¹⁹⁴

“...12.07.2004 müşterek imzalı “boşanma protokolü” başlıklı belgenin mal varlığı bölümünde 213 ada 2 parsel sayılı arsanın davacıya devredileceği yazılıdır. Gerekçeli kararın hüküm fıkrasında bu konuda bir karar verilmemesi doğru görülmemiştir.

¹⁸⁹ “...mahkemece kişisel ilişki günleri düzenlenirken tarafların beyanı alınmadığı gibi, bu konuda ibraz edilen protokole itibar edilmeme nedenleri de karar yerinde tartışılmamıştır. 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 düzenlenmenin taraflarca kabulü halinde de anlaşmalı boşanmaya karar verilmesi, aksi takdirde deliller toplanarak, sonucuna göre karar verilmesi gerekir...”, Y2HD,07.03.2005,1498-3386 (Gençcan)

¹⁹⁰ “anlaşmalı boşanma yargılamasında kısmi irade ilkesi”

¹⁹¹ GENÇCAN, a.g.e (2), s. 585, ŞANVER, a.g.e., s. 126, CEYLAN, a.g.e., s. 130

¹⁹² GENÇCAN, a.g.e (2), s. 585, ŞANVER, a.g.e., s. 126, CEYLAN, a.g.e., s. 130

¹⁹³ Y2HD, 09.04.2002, 4194-4994 (Gençcan)

¹⁹⁴ GENÇCAN, a.g.e (2), s. 586

Yargıtay'ın bu kararında belirttiği gibi, mahkemenin tarafların iradesine kendisinin iradesini üstün tutarak, düzenleme dışında herhangi bir karara varması yasağından aynı zamanda hakim, düzenlemenin ihata ettiği unsurlara karar metninde yer vermemezlik etmemesi de anlaşılmalıdır. O halde, hakkında bir değişiklik öngörülme ve tarafların da beyanlarına başvurulup onlardan onay alınmaksızın bir hususu hakim karar metninden soyutlaması düşünülemez.¹⁹⁵

6- Düzenleme dışı diğer değişiklikler yapılamaz

Aile mahkemesi (yoksa Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen aslîye hukuk mahkemesi) hakimi taraflarca kararlaştırılmış düzenleme dışında diğer değişikliklere ilişkin bir karar veremez.¹⁹⁶

c- Mal rejiminin tasfiyesi anlaşma kapsamında değildir

Evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurması ya da birinin açtığı davayı diğerinin kabul etmesi halinde evlilik birliği temelden sarsılmış sayılır.¹⁹⁷ Bu halde boşanmaya karar verilebilmesi için hakim, tarafların beyanlarının onların serbest iradelerinin ürünü olduğuna kanaat getirmesi ve taraflarca mahkemeye ibraz edilen düzenlemeyi uygun bulması gerekir.¹⁹⁸ Düzenleme çocukların durumu ve tarafların mali dengelerine ait konuları ihtiva eder.¹⁹⁹ Mali konular;

-maddi tazminat (4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m.174.f.1)

-manevi tazminat (4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m.174.f.2)

-Yoksulluk nafakası (4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m.175)

hususlarını, Çocuklara durumuna ilişkin konular da;

-iştirak nafakası (4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m.182.f.2)

-kişisel ilişki (4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m.182.f.1-2)

-velayet (4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m.336/3)

Hususlarını kapsamaktadır.²⁰⁰

Hakimin boşanmaya karar verebilmesi için, taraflarca kararlaştırılan ve yukarıdaki unsurların bütününe içerecek düzenlemeyi uygun bulması gerekir.

Yukarıda değindiğimiz meselede Yargıtay kendi içinde görüş birliğine sahip değildir.²⁰¹

¹⁹⁶ Y2HD, 25.04.2005, 5019-6708, ŞANVER, a.g.e., s. 126, CEYLAN, a.g.e., s. 130

¹⁹⁷ GENÇCAN, Boşanma Hukuku (tazminat-nafaka), s. 586., Y2HD, 25.04.2005,5019-6708 (Gençcan)

¹⁹⁸ ÖZTAN , a.g.e, s. 693..”anlaşmalı boşanma şartları”, ŞANVER, a.g.e., s.126, CEYLAN, a.g.e., s. 130

¹⁹⁹ ”anlaşmalı boşanma şartları”

²⁰⁰ ”anlaşmalı boşanma şartları.”

²⁰¹ GENÇCAN, a.g.e (2) s. 587

Bizce, daha önce de açıkladığımız gibi, anlaşmalı boşanmada mahkemeye taraflarca ibraz edilecek düzenlemede “mal rejiminin tasfiyesiyle ilgili hususlar”ın bulunması, sonradan açılacak davalarla hem tarafları hem de yargı mekanizmasını uğraştırmamak adına “faydalıdır”. Ancak görüşümüzün kabul edildiğinde ortaya çıkan bağlayıcılığı, hakimin karar verirken; tarafların düzenlemede yer vermeleri halinde boşanmanın mal rejimlerine ilişkin sonuçları da, düzenleme hakkında önceki sayfalarda değindiğimiz ilke ve kuralları ölçüt olarak kabul ederek hükme bağlaması gerektiği ile sınırlıdır. Eğer taraflar mal rejiminin tasfiyesi hakkında düzenlemede herhangi bir karar vermemiş iseler bu durum da, hakimin, mal rejiminin tasfiyesinin düzenlemede yer almamasını boşanma kararının verilmesine engel olarak görmemesi gerektiği kanaatindeyiz.²⁰²

d- Yargılama Giderleri

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 426.maddesi lehine hüküm verilen taraf için tahsil olunacak masrafi muhakeme miktarı ile ilgili hükümde gösterilmelidir.²⁰³

Anlaşmalı boşanma davasında yargılama giderleri tarafların isteği doğrultusunda verilmelidir. Nitekim anlaşmalı boşanma davasında çekişmeli bir yargılama söz konusu olmadığı için kararın bir tarafın lehine diğer tarafın aleyhine olduğu şeklinde bir saptama da mümkün değildir. Dolayısıyla mahkeme, protokolde yargılama giderinin hangi tarafca ifa edileceğine ilişkin hükmü esas kabul etmelidir.²⁰⁴

“...dava Türk Medeni Kanununun 166/3.maddesine dayalı anlaşmalı boşanma davasıdır. Davacı ve davalının imzalarını havi 5.5.2004 havale tarihli protokol başlıklı belgenin 4. Maddesinde “yargılama gideri ve avukatlık ücretinin davalı tarafından davacıya ödeneceği” yazılıdır. Davacı ve davalı duruşmada; protokol şartlarına göre karar verilmesini istemişler ve beyanlarını imzalamışlardır. Protokol şartları nazara alınarak karar verilmesi gerekirken “davacının yaptığı yargılama gideri talep edilmediğinden ücreti vekaletе yer olmadığına şeklinde karar verilmesi doğru bulunmamıştır....”²⁰⁵

²⁰¹..”dava Medeni Kanununun 166/3. Maddesine dayanılarak açılmıştır. Taraflar velayet ve mallar konusunda anlaşamamıştır. Eşler tek bir konuda anlaşamamış olsalar dahi 166/3. maddesi uyarınca boşanmaya karar verilemez.”, Y2HD,12.01.2005,15214-330(Gençcan)

²⁰² ÖZDEMİR, a.g.e., s.168

²⁰³ GENÇCAN, a.g.e (2) s. 592

²⁰⁴ “...taraflar 15.12.2003 tarihli protokolde karşılıklı olarak birbirlerinden yargılama gideri ve vekalet ücreti istemediklerini beyan etmişlerdir. Bu beyanlar karşısında davacı lehine vekalet ücreti ve yargılama giderine hükmedilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir...” ,Y2HD, 17.03.2005,2244-4255 (Gençcan)

²⁰⁵ Y2HD,13.09.2004,8720-9752 (Gençcan), ÖZDEMİR, a.g.e., s. 167

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

5. DÜZENLEMeye (Sözleşmeye) YÖNELİK İSTEKLER

Kesinleşen anlaşmalı boşanma hükmüne dayanarak, düzenlemenin haklı sebepler varsa değiştirilmesi istenebileceği gibi düzenlemeye dayanarak iptali de istenebilir.²⁰⁶

1- *Düzenlemenin Değiştirilmesi İstenebilir*

Sayfa 67 ve devamında daha kapsamlı açıkladığımız üzere, kesinleşen anlaşmalı boşanma hükmüne dayanarak haklı sebepler varsa düzenlemenin değiştirilmesi istenebilir.²⁰⁷

2- *Düzenlemenin iptali istenebilir*

Kesinleşen anlaşmalı boşanma hükmüne dayanarak haklı sebepler varsa düzenlemenin iptali istenebilir.²⁰⁸ Ancak boşanma sözleşmesinin iptali sadece dava yoluyla istenebilir.²⁰⁹ Bu dava da yine aile mahkemesinde açılacaktır.²¹⁰

3- *Düzenlemeye dayanarak iptal de istenebilir*

Anlaşmalı boşanma hükmüne dayanak teşkil eden sözleşmeye (düzenleme-protokol) dayanılarak iptal isteminde bulunulabilir. Boşanma düzenlemesine ilişkin istemler, yine aile mahkemesinde karara bağlanır.²¹¹

Yargıtay kararından da anlaşılacağı gibi yine taraf iradelerine tanınan üstünlüğün bir tezahürü olarak, yargılama giderleri konusunda da tarafların düzenlemede kararlaştırdıkları hükmün mahkemeyi bağlayacağı anlaşılmaktadır. Ancak bu bağlayıcılığın etkisi, yargılama giderleri konusunda kararlaştırılan sözleşme hükmünün taraf menfaatlerine aykırı olduğu hakim tarafından tespit edilene kadardır.²¹²

4- *Diğer Hususlar*

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m.166.f.3 hükmünde öngörülen düzenleme ve bu düzenlemeyle ilgili anlattıklarımız, tarafları ve çocukları koruma fonksiyonunu icra etmektedir.²¹³

²⁰⁶ GENÇCAN, a.g.e (2). s. 592

²⁰⁸, GENÇCAN, a.g.e (2). s. 592 ,

²⁰⁹ GENÇCAN, a.g.e (2). s. 592

²¹⁰GENÇCAN, a.g.e (2). S. 592. "Sözleşmeler hukukuna göre taraflar karşılıklı olarak yapmış oldukları sözleşmede sonradan yine karşılıklı olarak anlaşarak değişiklik öngörebilirler. Ancak burada, sonuç doğurması bir mahkeme kararına bağlı sözleşmede değişiklik yapmak için de yine bir mahkeme kararı gerekecektir.."

²¹¹ GENÇCAN, a.g.e (2). s. 592

²¹² "burada yine eşlerin iradesinin aleyhine veya onların iradesini tamalayıcı bir işlev söz konusu değildir. Hakim, sadece yapmış olduğu müdahale ile tarafların iradesinin sonuca bağlanmasında veya bağlanmamasında etkili olmaktadır."

²¹³ GENÇCAN, Boşanma Hukuku (tazminat-nafaka), s. 565, Akıntürk, Aile Hukuku, s. 235, ŞANVER, a.g.e. s. 126, ÖZÜĞÜR, a.g.e., s. 486, KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 143

Tedbir nafakasıyla alakalı anlaşma metninde herhangi bir hüküm yoksa veya olsa bile tedbir nafakası istenilmemişse tarafların iradesi ve isteği dışında çıkılarak eş ve çocuk için tedbir nafakasına hükmedilemez.²¹⁴

(Gerek anlaşmalı boşanma davasında gerekse diğer boşanma kurumlarında eşlerin düzenledikleri sözleşmelerin ortak noktaları farklılıklarından daha fazla olduğu için bu bölümde hem 166/3 hem de 184/4 t hükümlerindeki sözleşmeleri birtakım hususlar bağlamında aynı başlık altında ele alacağız.)

I- Düzenlemenin (166/3 ve 184/4) Hükümleri

1- Özelliğinin Belirlenmesi

Sözleşme, konusu taraflarca kanuni sınırlar çerçevesinde tayin edilen, tarafların belirlenen konu ve bunun detayları üzerinde birbirleriyle uzlaşan serbest iradelerini tecelli ettirerek belli bir hukuki sonucu hukuk düzeninde hayata geçirmek amacıyla hareket ederek yapmış oldukları ve kural olarak sadece tarafları bağlayan irade açıklamalarına “sözleşme” denir.²¹⁵ 3444 sayılı yasa ile anlaşmalı boşanmanın Türk Hukuku’unda yer almasından evvel de eski medeni kanun döneminde 150. Maddenin 5.fıkrasına göre taraflara boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin konularda düzenleme yapma yetkisi tanınmıştır.²¹⁶ Bu düzenleme kanun değişikliklerinden sonra da aynen korunmuş ve halen yürürlükte olan Türk Medeni Kanununun 184. maddesinin 5. fıkrası ile uygulanmasına devam edilmiştir. ²¹⁷Anlaşmalı boşanma kurumunun hukuk düzenimizde hayata geçirilmesi ile beraber, tarafların boşanmanın sonuçlarına ilişkin yapmış olacakları düzenleme (yan sonuç sözleşmesi) bu kurumun temel bir şartı haline gelmiş; aynen eski uygulamadaki gibi mahkemeye taraflarca ibraz edildikten sonra hakim onayı veya hakimın gerekli gördüğü değişik şekliyle tarafların onayıyla da sonuç doğurmaktadır.²¹⁸

Anlaşmalı boşanma kurumunda hukuki vücut bulan ve tarafların iradesinin uyuşmasına ek olarak hakim onayıyla birlikte sonuç doğuran sözleşmeler olmasından mütevellit boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin taraflarca yapılacak sözleşmeler ayrı bir tartışma konusunu teşkil

²¹⁴ Ömer Uğur Gençcan, Boşanma Hukuku (tazminat-nafaka), s. 565

²¹⁵ YILMAZ BİLGİN , a.g.e., s. 71, ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku (özel borç ilişkileri), Turhan Kitabevi, s. 10.,

²¹⁶ YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s. 71, ÇANDARLI/BERKİ, a.g.e, s. 96., AKINTÜRK, a.g.e., s. 245, Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Türk Medeni Hukuku, İstanbul Matbaacılık, s. 221, TEKİNAY, a.g.e., s.293, KÖPRÜLÜ/KANETİ, a.g.e., s. 185

²¹⁷ YILMAZ BİLGİN, ag.e. s. 71

²¹⁸ YILMAZ BİLGİN, a.g.e, s. 71, CEYLAN, a.g.e., s. 131, Turhan Esener, Boşanmanın Fer’i Neticelerine Dair Mukaveleler, A.Ü.H.F.D, s. 610, CİLT-VIII, S.3-4,1950, Elçin Grassinger, Boşanma Davasında Eşlerin Boşanmanın Tali Sonuçlarına İlişkin Anlaşma Yapmaları ve Konu İle İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararı, İHFM, 236, C.LV, S.3

etmektedir. Boşanma hukukunda boşanmanın yan sonuçlarına yönelik sözleşme yapma yetkisi farklı maddi unsurları barındıran ayrı iki maddede düzenlenmiştir. Merkez noktaları aynı olmasına rağmen bu kanunların farklı maddi unsurlar barındırmaları hususu, ele alındıkları bağlamlardan yani düzenledikleri boşanma kurumunun barındırdığı farklı niteliklerden oluşmuştur. Öyle ki; 4721 sayılı Medeni Kanunumuzun 166/3.maddesinde ele alınan boşanmanın yan sonuç sözleşmesi, anlaşmalı boşanma kurumu çerçevesinde ele alınmış ve bu kuruma başvurup lehlerine bir boşanma kararı almak isteyen tarafların bunun için yerine getirmekle mükellef kılındıkları bir şart olarak tesis edilmiştir.²¹⁹ Yani anlaşmalı boşanma kurumu vasıtasıyla boşanmak isteyen tarafların mali konular ve çocuklarla ilgili hususları barındırma işlevine sahip böyle bir sözleşmeyi yapmaları ve hakim de bunu onaylaması şarttır. 4721 sayılı Medeni Kanununun 184. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenen “boşanmanın yan sonuç sözleşmesi” ise her biri çekişmeli bir yargılama sistemine sahip diğer boşanma kurumlarında söz konusu olabilen ve eşlerce kararlaştırılmamasının boşanma kararının verilmesine engel olmayan sözleşmelerdir. 184. maddede ele alınan taraflarca düzenlenebilecek hakim tarafından tasdik edilmeyen sözleşmenin etkisi, sadece ihtiva ettiği sonuçları doğurmaması ile sınırlıdır. Bunun dışında anlaşmalı boşanma davasında öngörülen sözleşmenin hakim tarafından onaylanmaması hem bu sözleşmenin içerdiği sonuçların doğurmasına hem de boşanma kararının verilmesine engel olur.²²⁰ Her ikisinin de en önemli ortak yanları ise, boşanma davası sırasında hem tarafları hem de yargı mekanizmasını uzun sürecek menfaat çatışmasından kurtarmasıdır.²²¹

Doktrinde çoğunluk görüşüne göre, boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin taraflarca düzenlenen sözleşme, hukuk düzeninde sonuç doğurması hakim onayı şartına bağlı bir özel hukuk sözleşmesidir. ²²²Tabi tutulduğu işlemlere bakıldığında bu sözleşmenin şarta bağlı bir sözleşme olduğu söz götürmez bir gerçektir.²²³ Gerçekten de bu sözleşmenin hüküm ifade edebilmesi için hakim onayı şarttır.²²⁴ Buradaki şartın da niteliği kanunda öngörülen bir

²¹⁹ YILMAZ BİLGİN, a.g.e, s. 71

²²⁰ “anlaşmalı boşanmada boşanma kararını verilmesi eşler arasında düzenlenen söz konusu sözleşmenin hakim tarafından çeşitli kıstaslara göre uygun bulunmasıyla mümkündür..”, YILMAZ BİLGİN, a.g.e, s. 72

²²¹ “taraflar boşanmanınfer’i sonuçları hakkında önceden yapacakları anlaşmayla yargılama sürecinin getirdiği zaman kaybından kurtulmak istemektedirler..”,ayrıca bknz, ÇANDARLI/BERKİ, a.g.e, s. 101, ESENER, a.g.e., s. 612

²²² YILMAZ BİLGİN, a.g.e, s. 71, Bu görüş için ayrıca bknz., CEYLAN, a.g.e., s. 246, TEKİNAY, a.g.e., s. 293, Özdemir, a.g.e., s. 154

²²³ YILMAZ BİLGİN, a.g.e, s. 72, “..şart bir sözleşmenin varlığının veya hukki sonuçlarını gerçekleştireceği kesin olmayan gelecekteki bir olaya bağlanmasıdır. Şayet sözleşmenin hukuki sonuçlarının doğması bir şarta bağlanmışsa erteleyici (taliki) şart, sona ermesi şarta bağlanmışsa bozucu (infisahi) şart söz konusu olur. Şartın gerçekleşmesi tarafların iradesine , taraflarla beraber üçüncü şahsın iradesine veya dış olaylara bağlanabilir. Erteleyici şarta bağlı sözleşme şartın gerçekleşmesinde önce tarafları bağlar. Ancak sözleşmenin sonuçları şartı gerçekleşmesiyle doğar. Şart gerçekleşinceye kadar sözleşme askıda olup, alacaklılığı ifayı isteme hakkı, borçlunun da ifa yükümlülüğü yoktur...”,Y15HD,2010/7083,15.11.2011,2011/6577,, CEYLAN, a.g.e., s. 132, VELİDEDEOĞLU, a.g.e., s. 222

²²⁴ “hakim onayı sözleşmenin ilamın parçası olmak suretiyle sonuç doğurması adına bir gerekliliktir.”, ÖZDEMİR, a.g.e., s. 154

“ kanuni şarttır.” Sözleşme, hakim onayı ile etkin olacaktır. Bu ana kadar sözleşme askıda hükümsüzdür.²²⁵

Sözleşmenin onaylanması için hakime taraflarca ibraz edilmesi halinde taraflardan biri sözleşmenin onaylanmamasını talep edebilir. Ancak bu işlem tek taraflı olarak haklı sebep gösterilmeden yapılırsa, diğer tarafın bundan doğan zararının da borçlar kanununa kıyasen tazmin edilmesi gerekir.²²⁶ Örneğin diğer tarafın; önceden sözleşmenin onaylanmaması şeklinde bir iradesi ve talebi yoksa ve bu sözleşmenin önceden de açıkladığımız üzere açıklık yani şeffaflık niteliğine haiz olması için birtakım masraflar yapmışsa (örneğin tapu kayıtlarının oluşturulması), bu masrafların karşı taraftan talep edilebilir olması gerekir.²²⁷ Anlaşmalı boşanma davalarında sözleşmenin hakime sunulmasına binaen, hakim tarafından yapılacak inceleme sonucu birtakım değişikliklerin yapılması taraflara tavsiye edilmiş ve taraflar da bunu kabul etmiş iseler boşanma kararı verilir. Ancak anlaşmalı boşanma dışındaki diğer boşanma kurumlarında taraflara bir imkan olarak tanınan sözleşmede böyle bir sürecin vuku bulması durumunda, eğer taraflar sözleşmeyi hakim tarafından gerekli görülen haliyle onaylamazlarsa, hakim sözleşmeyi tümüyle reddederek re'sen karar vermek durumundadır.²²⁸

Sözleşmenin esaslı unsurları dışında bazı maddelerinin sözleşmeler hukukunda öngörülen irade uyuşması kuralına veya hakim tarafından yapılacak uygunluk denetiminde göz önünde bulundurulacak birtakım ölçütlere (taraf ve çocuk menfaatleri) aykırılık teşkil ettikleri durumlarda borçlar hukukundaki genel kuraldan hareketle kısmi hükümsüzlük kurumuna başvurmak suretiyle sözleşmenin fonksiyonunu icra etmesi sağlanacaktır.²²⁹ Ancak şurası belirtilmelidir ki eğer tarafların bu yan husus olmadan sözleşmeyi yapmayacakları gibi bir irade saptanabiliyorsa bu durumda sözleşmenin geçerlilik kazanmaması ve dolayısıyla boşanmaya karar verilmemesi gerekir.

Sözleşmede hangi unsurların esaslı sayılacağına ilişkin daha önce de bu çalışmamızda tartıştığımız boşanmanın bir sonucu olan mal rejimlerinin tasfiyesi konusunda da görüşümüzü burada tekrarlıyoruz. Gerçi mal rejiminin tasfiyesiyle ilgili görüşümüzün temel kaynağı da yukarıdaki paragrafın ikinci cümlesinde belirtilmiştir. Buna göre sözleşmede yer alması şart olmayan ama taraflarca bu kapsamda kararlaştırılan mal rejimlerinin tasfiyesi ve diğer yan hususlar yine hakim tarafından gözönüne alınıp uygunluk denetimine tabi tutulmalıdır.²³⁰

²²⁵ YILMAZ BİLGİN, a.g.e, s. 71

²²⁶ ÖZDEMİR, a.g.e., s. 154

²²⁷ ESENER, a.g.e. s. 616

²²⁸ YILMAZ BİLGİN, a.g.e, s.71, CEYLAN, a.g.e., s. 134, ESENER, a.g.e., 620, ÖZDEMİR, a.g.e., s. 155, VELİDEDEOĞLU, a.g.e., s. 222, KÖPRÜLÜ/KANETİ, a.g.e., s. 186”

²²⁹ YILMAZ BİLGİN, a.g.e, s. 73, CEYLAN, a.g.e., s. 134-135, TEKİNAY, a.g.e., s.297, ÖZDEMİR, a.g.e., s. 155

²³⁰ “mal rejimine ilişkin görüşümüzü değiştirdiğimizi sonradan belirtmiştik. Buna göre; mal rejimlerine ilişkin konuların birtakım hususiyetleri münasebetiyle bu sözleşme kapsamına alınmaması ve sonradan açılacak başka davalarla gündeme getirilmesi taraflar adına daha faydalı olacaktır.”, VELİDEDEOĞLU, a.g.e., s. 222, CEYLAN, a.g.e., s. 127

Bu durum da, sözleşmede kararlaştırıldığı için bu konularda da tarafların üzerinde hemfikir oldukları irade, onları boşanma sonrasında bağlamalıdır.

Son olarak sözleşmenin şekli konusunda birtakım hususlara değinmek gerekecektir. Her ne kadar sözleşme özgürlüğünün verdiği takdir yetkisinden kaynaklı tarafların diledikleri gibi bir sözleşmeyi vücuda getirebilecekleri kural olarak düşünülebilirse de, özellikle her iki taraf ve kamu düzeni açısından doğacak sonuçlar göz önüne alındığında hukuk düzeninde bazı sözleşmelerin geçerlilik kazanması, “kanunda tanzim edilen” birtakım ağır veya katı şekil şartlarının yerine getirilmesine bağlıdır. Ancak hem TMK 166/3 hem de aynı kanunun 184/5 hükümlerinde de özel olarak belireceği gibi, bir sözleşmenin geçerlilik kazanması için buna dair şekil şartının yerine getirilmesi yükümlülüğü, sadece kanunun ilgili maddelerinin böyle bir iradeyi benimsemesi ile mümkündür.²³¹ Yani taraflar, kanunda öngörülmeyen bir şartı yerine getirmekle mükellef değillerdir. Dolayısıyla boşanmanın yan sonuçlarına müteallik taraflarca yapılabilecek sözleşmeleri farklı boşanma kurumları çatısı altında düzenleyen TMK 184/5 ve TMK 166/3 hükümlerinde herhangi bir geçerlilik şartı düzenlenmediğinden eşlerin de bundan kaynaklı bir yükümlülüğü de söz konusu olmayacaktır. Buna göre taraflar, düzenlemeyi yazılı olarak hakimin onayına sunabilecekleri gibi, sözlü olarak da ibraz edebilirler.²³² Taraflar sözleşmenin sunumunu sözlü olarak yaparlarsa bu duruşma tutanağına geçirilecek ve taraflarca imzalanacaktır. ²³³Fakat, sözleşme özgürlüğü ilkesinin taraflara tanıdığı bu serbestliği biz yukarıda değindiğimiz kuraldan saptıyoruz yoksa böyle olması gerektiğinin düşündüğümüzden değil. Zira, hayat becerileri ve fiziksel üstünlükten kaynaklı erkek egemenliğinin kendini açıkça gösterdiği toplumumuzda, taraflardan birini diğerinin baskısından koruyan geçerlilik şartına kanunda değinilmek suretiyle, boşanmanın yan sonuç sözleşmelerini düzenleme safhasında her iki tarafın da uyması gereken bir kural haline getirmek daha iyi olacaktır.²³⁴

2- Hakimin Onayına Kadar ve Onayından Sonra Sözleşmenin Durumu

Hakimin onayı safhasına kadar sözleşmenin hukuk düzenindeki mahiyeti ilke ilgili temel iki görüş baş göstermektedir.

Birinci görüş boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin bu sözleşmenin hakim tasdikinden önce niteliğinin taraflarca belirleneceğini ileri sürmektedir.

Buna göre söz konusu talep bir iddia mahiyetinde olup, derdest olan dava dışında hukuk düzeninde hiçbir karşılığı yoktur. Dolayısıyla da bu sözleşmeler özel hukuk sözleşmesi sayılamazlar.

²³¹ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, a.g.e., s. 9

²³² ÖZTAN, Aile Hukuku, Turhankitabevi, s. 694, GENÇCAN, Boşanma Hukuku, s. 565, YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s. 76, KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 142, CEYLAN, a.g.e., s. 129, ÖZUĞUR, a.g.e., s. 487

²³³ ÖZTAN, Aile Hukuku, Turhan kitabevi, s. 694, GENÇCAN, Boşanma Hukuku, s. 565, YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s. 77

²³⁴ YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s. 77

Yazara göre²³⁵ bu sözleşmeler sulh sözleşmesi niteliğine de haiz değildir. Zira sulh sözleşmesinde hakim tespit yapmaktadır. Boşanmanın yan sonuçlarına yönelik sözleşmede ise hakim yaptığı işlem boşanma kararının verilmesini doğrudan etkiler. Burada hakim takdir yetkisi ile donatılmıştır ve eğer taraflar hakim ilk sunulan sözleşmede değişiklik öngören iradesini kabul etmezlerse boşanma kararı verilemez.²³⁶ Yazar burada sözleşmenin, tarafların mahkemeye sundukları ve çeşitli maddi vakıalarla ispata muhtaç bir “iddia” olduğunu ileri sürmektedir. Kanımızca yazara göre; sözleşmedeki (taleplerdeki) ispata muhtaç husus, tarafların “düzenlenmesi kanunda şart koşulan konular üzerinde tarafların ortak iradelerini serbestçe oluşturup oluşturmadıklarıdır.” Gerçekten de hakim tarafından yapılan incelemedeki aşamalara baktığımızda, anlaşmadaki beyanların tarafların serbest iradelerinin olup olmadığını kontrol etmek önce gelir. Bu durumda, taraflar iradelerini serbestçe oluşturduklarını iddia etmekte, mahkeme de bu iddianın doğruluğunu araştırmaktadır. Belirtilmelidir ki, özel hukuk ve kamu hukukunda ve sosyal hayatta karşılaşılabildiği üzere, bir şeyi ilk iddia edenin onu ispat etmekle mükellef kılındığı gibi bir “a priori” önerme veya kabullenim söz konusudur. Bu durumda iddia ispat edilmediği sürece onun aksi yani çoğunluk ve normlar nezdinde genel kabul gören önermenin doğruluğu esastır. Yazarın iddia teorisini ve tarafların sözleşme maddelerinde anlaştıklarını mahkeme nezdinde ilk ileri sürenler olduğu göz önüne alındığında, eğer bu bir iddia ise aksi yani tarafların beyanları üzerinde anlaşmadıkları esas kabul edilecektir. Bu da hem TMK 184/5 hem de 166/3 davalarındaki hukuk mantığına aykırıdır. Hakim iddia-ispata mekanizmasını bu inceleme sırasında çalıştırmayıp, tarafların beyanlarının onların serbest iradelerinin ürünü olup olmadığını kontrol edecektir.

Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre; bu sözleşme geçerlilik kazanması yani hukuk düzeninde sonuç doğurması hakim onayına bağlı bir “özel hukuk” sözleşmesidir.²³⁷ Bu görüş göre , tarafların boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin yapmış oldukları bu sözleşme eğer hakim onayıyla değerlendirilmezse hukuk düzeninde sonuç doğurmayacağı için “şarta bağlı” bir sözleşmedir. ²³⁸Sözleşme, anlaşmalı boşanma kapsamında böyle bir muameleyle karşılaşırsa yani sonuçsuz bırakılırsa bu sefer boşanma kararı verilemeyecektir. Görüldüğü gibi aynı muamalenin etkisi anlaşmalı boşanmada “boşanma kararının verilememesine” kadar uzanmaktadır.

Anlaşmalı boşanma çerçevesinde taraflar söz konusu sözleşmeyi davadan önce de düzenleyebilecekleri gibi dava içerisinde de düzenleyebilecektir. Uygulamada gözlemlenebildiği ölçüde, taraflar çoğunlukla bu sözleşmeyi davadan önce düzenleyebilmekte ve buna ilişkin dosya eklerini mahkemeye sunabilmektedirler.²⁴⁰ Bu bağlamda yukarıdaki

²³⁶ YILMAZ BİLGİN, a.g.e, s. 77, “Esat Arsebük’e göre, tarafların kararlaştırdıkları bu sözleşme ve onun ihtiva ettikleri, birer iddia niteliğinde olup herhangi bir hukuki değer ifade etmemektedir..”

²³⁷ “anlaşmalı boşanma şartı”

²³⁸ YILMAZ BİLGİN, a.g.e, s. 78, CEYLAN, a.g.e., s. 132, AKINTÜRK, a.g.e., s. 246, TEKİNAY, a.g.e., s. 293, VELİDEDEOĞLU, a.g.e., s. 222

²³⁹ “geciktirici şarta bağlı sözleşmelerin, gelecekte bu şartın gerçekleşmesiyle birlikte sonuç doğuracağını ve bu tarihe kadar da askıda olduğunu belirtmiştik.”

²⁴⁰ GENÇCAN, a.g.e (2), s. 565

cümlemizden de saptanabileceği üzere, sözleşmenin dava öncesinde veya içerisinde düzenlenmesi herhangi bir farklılığa neden olmamaktadır.²⁴¹ Dolayısıyla sözleşmenin hakim tarafından onaylanmadan önce hiçbir anlam ifade etmediği ileri sürülemez.

Eşler boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin yapmış oldukları bu sözleşmeden hakim tarafından onaylanmadan önce vazgeçebilirler²⁴², kanuni sınırlar içerisinde sözleşmenin düzenlendiği unsurlara yönelik tasarrufta bulunabilirler. ²⁴³Sözleşmenin, onaylanmadan önce hukuk dünyasında bir anlam ifade ettiğini kabul ettiğimize göre, bu mahiyete haiz olmanın bir gereği olarak; eşlerden biri onay öncesinde herhangi bir haklı sebebe dayanmadan sözleşmeden dönmüş ise Borçlar kanununa kıyasen, dönen eş diğer eşin bundan doğan zararını tazmin etmelidir.²⁴⁴ Örneğin, sözleşmenin daha açık bir şekilde düzenlenmesi ve infazda herhangi bir zorluk yaşatmaması için, diğer eş maddi ve manevi tazminatın ödenme şeklinin taşınmazlar üzerinden olmasının kararlaştırılmasına bağlı olarak tapuda ve diğer resmi dairelerde birtakım masraflar yapmışsa, sözleşmeden haklı sebebe dayanmadan dönen eş hakkaniyet gereği bunu tazmin etmelidir. Eşler aynı zamanda onay öncesinde bu sözleşmenin hakim tarafından onaylanmamasını da talep edebilirler.²⁴⁵

Türk Medeni Kanunu'nun 184.maddesi 5. fıkrada hükmünde değinilen boşanmanın ayrılığın yan sonuçlarına ilişkin sözleşme sulh sözleşmesiyle benzer niteliktedir. ²⁴⁶Sulh sözleşmesi tarafların birbirine uygun ve karşılıklı irade beyanları ile kurulan, her iki tarafın da karşılıklı edimleri ile gerçekleşen taraflar arasında ihtilaflı veya tereddütlü bir meseleyi çözüme bağlayan "özel hukuk" sözleşmesidir. ²⁴⁷Sulh sözleşmesi mahkeme önünde yapılabileceği gibi mahkeme dışında da yapılabilir ve bu sözleşmenin muhteviyatı tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri konulardan müteşekkildir. ²⁴⁸Bu bağlamda boşanma davası sulh sözleşmesine bağlı olarak sonlandırılmaz iken boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin "sulh sözleşmesi" yapılabilir. Bütün bunlara bakıldığında boşanmanın yan sonuçlarına yönelik sözleşmeler sulh sözleşmesine benzemektedir.

Bizim de daha önce katıldığımızı bildirdiğimiz bir diğer görüşe göre; boşanmanın yan sonuçlarına yönelik bu sözleşmeler "kanuni geciktirici şarta bağlı" sözleşmelerdir. Zira, sözleşmenin sonuçlarını doğurması, tarafların karşılıklı edimlerini birbirlerinden talep edebilme yetilerine sahip olması, gelecekte gerçekleşeceği kesin olmayan bir olaya, hakimin

²⁴¹ GENÇCAN, a.g.e (2), s. 565

²⁴² YILMAZ BİLGİN, a.g.e, s. 79, ÖZTAN, a.g.e, s. 695, KÖPRÜLÜ/KANETİ, a.g.e., s.186, TEKİNAY, a.g.e., s. 295, VELİDEDEOĞLU, a.g.e., s. 222

²⁴³ YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s. 79, ÖZTAN, a.g.e, s. 695, ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, a.g.e., s. 10, "gerçekten de taraflar, sözleşme özgürlüğünün bir yansıması olarak aralarında karşılıklı ve serbest iradelerinin bir ürünü olan sözleşmede kanuni çerçevede istedikleri değişiklikleri ve her halde tasarrufu yapabilirler.."

²⁴⁴ ESENER, a.g.e., s. 622, ELÇİN GRASSİNGER, a.g.e., s. 237, ÖZDEMİR, a.g.e., s. 154

²⁴⁵ YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s. 79, ÖZTAN, a.g.e, s. 695

²⁴⁶ YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s.79,"SULH SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE UNSURLARINELERDİR",karara.com, CEYLAN a.g.e., s. 131, VELİDEDEOĞLU, a.g.e., s. 223, ESENER, a.g.e., s. 612

²⁴⁷ YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s. 79,"SULH SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE UNSURLARI NELERDİR",karara.com

²⁴⁸ YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s. 79,"SULH SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE UNSURLARI NELERDİR",karara.com

sözleşmeyi onamasına bağlanmıştır.²⁴⁹ Onay şartının gerçekleşmediği durumda sözleşmenin kesin olarak hüküm ifade etmesi mümkün değildir. ²⁶¹Dolayısıyla hakim tarafından onaylanıncaya kadar bu sözleşme ve ihtiva ettiği hükümler askıda olacak, şartın gerçekleşmediği veya kesin olarak gerçekleşmeyeceği anlaşıldığı anda ise sözleşme kesin hükümsüz sayılacaktır.²⁵⁰ Fakat yine onaya kadar sözleşme tarafları bağlayacak ve tek taraflı fesih mümkün olmayacaktır.²⁵¹

Sözleşmenin onay sonrasındaki durumunu inceleyecek olursak, boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin sözleşmeler; gerek çekişmeli boşanma davasında TMK 184/4. hükmü çerçevesinde gerekse anlaşmalı boşanma davasında TMK 166/3.hükmü çerçevesinde irdelensin sözleşmenin derdest dava kapsamında sonuç doğurabilmesi, hakim tarafından yapılacak denetimden sonra onaylanmasına bağlıdır.²⁵² Açık ve anlaşılır olmak kaydıyla, taraf ve çocukların menfaatlerine uygun sonuç doğurabilme potansiyeline haiz sözleşmelerin onaylanmamasına bir sebep yoktur. ²⁵³Hakimin onayından sonra sözleşmenin alacağı durumuna ilişkin iki tane görüş baş göstermektedir.

Birinci görüşe göre sözleşmenin hakim tarafından onaylanması onun özel hukuk sözleşmesi olma niteliğine hanel getirmez.²⁵⁴

İkinci bir diğer görüşe göre ise; boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin sözleşme için hakimin onayından sonra özel hukuk sözleşmesi niteliğinden doğru olmaz. Bu sözleşme boşanma kararının artık bir parçası haline gelmiştir.²⁵⁵ Onay öncesinde özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olan bu sözleşme, hakimin onayıyla artık verilen karara konu olacağından nihai hüküm mahiyetine haiz olacağı kabul edilmektedir. Gerçekten de, boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin sözleşmeler, hakim onayından sonra verilen mahkeme ilamının bir konusu haline gelmekte ve hüküm sonrasında icra kabiliyetini kazanmaktadır.

Konuya bu sözleşmeye aykırı davrandığı için taraflardan birine karşı diğer tarafın elinde bulunan hukuki imkanlar açısından baktığımızda, sözleşmenin hakimin onayından sonra mahkeme kararının bir parçası haline geldiği fikrini kuvvetlendirebiliriz. Zira, boşanmanın

²⁴⁸ ". sözleşmenin hukuki sonuçlarının gerçekleşeceği kesin olmayan bir olaya bağlanması geciktirici şarta bağlı bir sözleşme olduğunu ifade etmektedir.", KÖPRÜLÜ/KANETİ, a.g.e., s. 185, CEYLAN, a.g.e., s. 132, TEKİNAY, a.g.e., s. 296

²⁴⁹ ".....erteleyici şarta bağlı sözleşme, şartın gerçekleşmesinden önce tarafları bağlar. Ancak sözleşmenin sonuçları bu şartın gerçekleşmesiyle doğar..",Y15HD,2010-7083,15.11.2011,2011-6577

²⁵⁰ YILMAZ BİLGİN, a.g.e, s. 80,

²⁵¹YILMAZ BİLGİN, a.g.e, s. 80, KÖPRÜLÜ/KANETİ, a.g.e., s. 180, ÖZDEMİR, a.g.e., s. 154, TEKİNAY, a.g.e., s. 295, VELİDEDEOĞLU, a.g.e., s. 222

²⁵² "anlaşmalı boşanma davasında hakiminbu denetim sonucunda çıkacak iradesi onay niteliğinde olmazsa ve öngörüldüğü değişik haliyle taraflar kabul etmezse boşanma kararı verilemiyorken, diğer boşanma sebeplerinde sözleşmenin hakim tarafından onaylanmaması boşanma kararını etkilememekte sadece eşlerin yan sonuçlara ilişkin bu sözleşmede belirtmiş oldukları iradeleri etkililiğini yitirmiş olmaktadır."

²⁵³ ESENER, a.g.e, s. 613

²⁵⁴ YILMAZ BİLGİN, a.g.e, s. 80, TEKİNAY, a.g.e., s. 298, CEYLAN, a.g.e., s. 132

²⁵⁵ YILMAZ BİLGİN, a.g.e, s. 81 (atıf yaptığımız bu eserde belirtilen görüşleri ifade etmekteyiz.), CEYLAN, s. 134, AKINTÜRK, s. 246

yan sonuçlarına ilişkin bu sözleşmenin hakim onayıyla birlikte sonuç doğurduğu ihtimalinde eğer ilk görüş kabul edilirse, sözleşmeye aykırı davranan tarafa karşı diğer taraf, sözleşmeden doğan bir uyumsuzluk söz konusu olduğu için (maddi ve manevi tazminat-nafaka) asliye hukuk mahkemesine veya (velayet, kişisel ilişki) sulh hukuk mahkemesine dava açmalıdır. Ancak hem teorik hem de uygulamasal alanda bu konuda hakkı ihlal edilen tarafın başvurduğu yargısal yollar (örneğin; icra takibi) çok çok farklıdır. Dolayısıyla da hakim onayından sonra sözleşmenin ilamın bir konusu haline geldiği şeklindeki görüş çok daha isabetlidir.

3- Hakimın Onaydan Önce Sözleşmeye Müdahalesi

Türk Medeni Kanunu'nun 166.maddesinin 3.fıkrası uyarınca; anlaşmalı boşanma kararı verilebilmesi için hakimın taraflarca mahkemeye sunulacak düzenlemeyi yani boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin sözleşmeyi onaylaması şarttır. Söz konusu düzenlemenin çocukların durumu ve mali konuları kesin olarak kapsamaması gerektiğini; mal rejiminin tasfiyesi ile ilgili hususların ise bu sözleşme tarafından ele alınmasının zorunlu olup olmadığı konusunun tartışmalı olduğunu belirtmiştik.²⁵⁶Bunlar dışında , boşanmanın sirayet ettiği ve evlilik birliği süresince gündeme gelen diğer konulara yönelik sonuçların ise bu sözleşme kapsamında düzenlenmesinin tarafların özgür iradesine bırakıldığını da eklemek gerekir. Bu konuların taraflarca sözleşmeye eklenmesi halinde, onay incelemesinde yapılan denetime tabi tutulması, eğer lüzumlu görürse hakimın bunlara ilişkin değişiklik önerilerinin de boşanma kararının verilebilmesi için taraflarca kabul edilmesi gerektiğini de vurgulamakta fayda vardır. Zira, düzenlemenin bir "özel hukuk sözleşmesi" olduğundan olsa gerek bu hususların da hakimce taraf menfaatleri ve hukuk kural ve ilkeleri çerçevesinde yapacağı değerlendirmeye tabi tutulması gerekir.²⁵⁷ Taraflar, bu hususları da düzenlenmesi kanuni şart olan diğer asgari konular gibi infaz aşamasında açık ve şüpheye mahal vermeyecek şekilde düzenlemelidirler.²⁵⁸

Hakim, öncelikle taraflar arasında düzenlenecek boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin bu düzenlemeyi, borçlar hukukunda sözleşmeler için öngörülen kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmama, herhangi bir irade bozukluğunun olmaması ve konusunun imkansız olmaması gerektiği- şeklindeki şartlar açısından uygunluk denetimine tabi tutacak; ardından bu denetimini, düzenlemenin taraf ve çocuk menfaatlerine uygun olup olmadığı şeklindeki incelemesiyle genişletecektir.

²⁵⁶ "mal rejimlerine ilişkin belirtilen muhtelif görüşler söz konudur. Buna göre biz de; mal rejimlerine ilişkin ilk başta belirttiğimiz görüşümüzü değiştirmekle birlikte, bu konuların boşanma kararı kesinleştikten sonra başka davalara konu yapılması gerektiğini belirttik."

²⁵⁷ ESENER, a.g.e., s. 613

²⁵⁸ "anlaşmalı boşanmada boşanma kararının verilmesi ve her halde hakimın hukuka ve hakkaniyete en uygun onay denetimini yapabilmesi için, özellikle mali konular ile ilgili hususların taraflarca sonradan infazda şüpheye mahal vermeyecek derecede açık ve şeffaf düzenlenmesi şarttır."

Daha öncede belirttiğimiz gibi, hakimin bu işlevindeki takdir yetkisi çok geniştir. Hakimin bu yetkisi, düzenlemede var olan mali konularda tarafların bir talebi olması şartıyla kendini gösterirken, kamu düzenine ilişkin olması hasebiyle çocuklara ilişkin hususlarda tarafların herhangi bir talepte bulunmaması, hakimin bu konuda bir müdahalede bulunamayacağı anlamına gelmeyecektir.²⁵⁹ Hakimin takdir yetkisini de nasıl kullanacağı Yargıtay tarafından çeşitli ölçütlere göre tespit edilmektedir.

“...Gerçekten de boşanma kararına ulaşmış eşlerin içinde buldukları ruhsal durum ve duygusal ortam gerek kendileri gerekse müşterek çocukları için her zaman sağlıklı bir karar vermelerini engellemektedir. Bazen de boşanmayı çok arzu eden eşin bu sonuca ulaşmak için ileride kendini mağduriyetlere düşürebilecek koşulları gereğince veyeterince düşünmeden ve özellikle menfaatlerini dikkate almadan her şeyden vazgeçebilecekleri dikkatten uzak tutulamaz.²⁶⁰ Diğer taraftan ender olaylarda olsa bile eşlerden biri diğer eşin ya da onun yakınlarının cebir, hile ve tehditleriyle boşanmanın fer'i sonuçlarıyla ilgili olarak önemli ölçüde feragat gösterebilir. Hatta davacı eş dahi bir an önce boşanmayı sağlayabilmek için ve bu yükten kurtulabilmek için kendi geleceğini tehlikeye atabilir. Örneğin; bütün mal varlığını davalıya bırakmaya razı olabilir. İşte 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 mali durumu hakkında hakimin çok açık müdahalesini gerekli görmüştür. O kadar ki taraflar hakimin değişiklik önerilerini benimsememeleri halinde anlaşmaya rağmen davanın reddi anılan 134.madde hükmüne 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 taraflarca 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 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 gerçeklere uygun düşüp düşmediğini belirleyebilir, dolayısıyla taraflarla çocukların mevcut ve gelecekteki yararları açısından geleceğe uygun bir denge kurulabilir. Aksi takdirde, mahkemece hiçbir araştırma yapılmadan taraflarca boşanmanın mali sonuçlarıyla ilgili olarak tevdi edilen anlaşma 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 sonra da toplum açısından önemli sakıncalar doğurmuş olabilir.²⁶¹

²⁵⁹ “çocuklara ilişkin konular kamu düzenindedir. Dolayısıyla düzenlemede bu konuda herhangi bir talep olmasa bile hakim değişiklik öngörebilecektir.”

²⁶⁰ “tarafların düzenlemeyi kararlaştırma aşamasında birtakım baskısal nedenlerle sağ salim düşünemeyebileceğinden hareketle; hakimin yapacağı denetimin, eşlerin yarım bıraktığı, hem kendilerinin hem de çocukların menfaatlerine olan uygunluk tatminini tamamlaması açısından önemlidir.”

²⁶¹ Y2HD,1989/6979,1989/8850,02.11.1989 (Esra Pınar Yılmaz Bilgin, a.g.e, s. 84 (alıntıdır.))

Yargıtay kararından da anlaşılacağı üzere daha önce de anlaşmalı boşanma kurumuna ilişkin yapmış olduğumuz ²⁶²açıklamaların doğruluğu tartışılmazdır. Fakat aşağıda değineceğimiz bu karara karşı görüşte de belirtildiği gibi özellikle evlilik birliğini sona erdirmeye başvurulmuş en kolay yol olan anlaşmalı boşanma kurumunun pratikliği açısından Yargıtay'ın kararında birtakım farklılıklar bulunmaktadır. Şöyle ki; ilk paragrafta hakimin, anlaşmalı boşanmaya başvururken eşlerden birinin böyle bir irade beyanında bulunmasında, diğer eşin veya bu evliliğin sona erdirilmesi sonucu birtakım menfaat hesapları yapan kişilerin baskısı altında kalıp kalmadığını kontrol etmesi elbetteki önemlidir. Zira, anlaşmalı boşanma davasında böyle bir olgunun tespit edilmesi boşanma kararının verilmemesi sonucunu doğuracaktır. ²⁶³Ancak kurulun çoğunluğunun ikinci paragrafta, hakimin eşler tarafından mahkemeye tevdi edilen düzenlemedeki beyanlara itibar etmeyip her hususta doğrudan araştırma yapması gerektiğini belirtmesi, anlaşmalı boşanma davasının “ tarafların iradesinin hakimi bağlayacağı” ilkesinin bir istisnası olma işlevini yitirmesi sonucunu doğuracaktır. Nitekim daha önce de belirttiğimiz üzere hakimin onay aşamasında yapmış olduğu kontrol, taraf iradelerini tamamen etkisizleştirecek kadar katı olmamalıydı. Zaten, taraflar mali konular ve çocuklar durumu hakkındaki hususları açıkça düzenleyeceklerdir, bunun aksi bir durumda da boşanma kararı da verilemeyecektir.

Bizce hakimin mali konulara ve çocuklara ilişkin yapacağı denetim, bu hususların sözleşmede açıkça düzenlenip düzenlenmediğini, tarafların beyanlarının onların serbest iradelerinin bir ürünü olup olmadığını ve nihayet düzenlemenin muhteviyatının tarafların ve çocukların menfaatlerine uygun olup olmadığını tetkik etmekten ibaret olup, daha derine inerek devreye idari işlemleri de sokmak suretiyle davayı yokuşa sürmesi anlaşmalı boşanma kurumunun pratik mahiyetine zarar verecektir. Kaldı ki, iki eşin de serbest iradelerinin bir ürünü olarak dile getirdikleri beyanlarından, bir tarafın diğer tarafı boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin açıkça sömürmediği, yani onun güçsüzlüğünden ve deneyimsizliğinden ²⁶⁴ yararlanmadığı anlaşılıyorsa, tarafların üzerinde tasarrufta bulunabilecekleri mali konularda her türlü haklarından vazgeçebilecekleri yetkisine hukuk düzeni cevaz verir. Bu tarzda kuralına uygun olarak beliren hiçbir tasarrufa da engel olunamaz; ²⁶⁵ meğer ki anlaşmalı boşanma davasında tarafların bu tasarrufu, çocukların ve kendilerinin gelecekteki menfaatlerine açıkça halel getirecek nitelikte olsun.

²⁶² “anlaşmalı boşanma yargılamasında boşanma kararını verilmesi için , hakimin eşlerin iradesinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi eylemi, bir zorunluluktur.”

²⁶³ “anlaşmalı boşanma şartı” (anlaşmalı boşanma yargılamasında boşanma kararını verilmesi için , hakimin eşlerin iradesinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi eylemi, bir zorunluluktur.”)

²⁶⁴ ÇANDARLI/BERKİ, a.g.e., s. 96

²⁶⁵ “herkes feragat edebileceği her türlü hakkından, baskı altında olmayan özgür iradesini tecelli ettirerek vazgeçme hakkına sahiptir.”

Tarafların mahkemeye ibraz edecekleri düzenlemede yer alması gereken hususlardan biri olan velayet hususuyla ilgili detaylı açıklamaları daha önce yapmıştık.²⁶⁶Bu yüzden bu bölümde daha yüzeysel ve velayetin onay aşamasında hakim tarafından nasıl bir incelemeye tutulacağına ilişkin bilgilerle yetineceğiz.

Çocuğun velayeti husus kamu düzenine ilişkin olmasına rağmen Türk Medeni Kanunu'na herhangi bir tanıma kavuşturulmamıştır. Dolayısıyla velayete ilişkin tanımlar daha çok felsefik ya da sosyolojik kalmaktadır. Ancak kanun koyucu, tanımıyla ilgili genel bir hat çizmemesine rağmen velayetin muhteviyatıyla ilgili özelliklere değinmiştir.²⁶⁷ Şüphesiz ki bu yaklaşım velayetin tam olarak ne olduğunu anlatmaya yetmektedir. Buna göre velayet; anne ve babanın çocuklarının hayat faaliyetleri ve diğer ilişkilerinde onları menfaatlerine en uygun bir şekilde temsil etmeleri ve kişisel gelişimleri için gerekli maddi ve manevi desteği temin etmeleri yükümlülüğü doğuran, çocuğun yaşamını farklı kapsamlarda nasıl şekillendireceğine karar verme yetkisini onlara veren hukuk kurumudur.²⁶⁸

Türk Medeni Kanunu'nun 166/3 hükmü de, velayet hususunun boşanma kararı verilebilmesi için eşler tarafından düzenlemede kararlaştırılması gereken bir husus olarak ele almış; tarafların velayetin verilmesi icap eden en uygun eşi seçmelerini aramış, bu yapılırken de çocukların menfaatinin gözetilmesi gereken en önemli ölçüt olduğunu uygulamaya yansımaları itibariyle dile getirmiştir.²⁶⁹Çocukların menfaati denildiğinde de birtakım ilkeler göze çarpmaktadır. Buna göre; taraflar veya bu konuda bir değişiklik öngörmesi halinde hakim, çocukların velayetinin verilmesinin en uygun olduğu tarafı seçerken; çocuğun bedensel, zihinsel, duygusal, ruhsal ve ahlaki gelişimleri gibi bireysel; ekonomik, hukuki ve sosyal açıdan olgunlaşması gibi daha çok çocuğun dışsal dinamiklerine hitap eden parametreleri göz önünde bulunduracaktır. Bundan bahisle hakim de, hem yukarıda değindiğimiz aktif pozisyonunda hem de yine anlaşmalı boşanma davasında bu pozisyondan önceki inceleme safhasında, velayeti en uygun taraf için düşünürken; çocuğun yetiştirilmesi, bakımı, eğitim ve terbiyeleriyle en iyi ilgilenebilecek; çocuğun onun yanında daha mutlu olacağı ve duygusal tatminini daha iyi sağlayacağı eşi seçecek; bunun tarafların kendi aralarında seçtikleri eş olmaması halinde öngördüğü değişikliği onların iradelerine sunacak ve sonrasında anlaşmalı boşanma davası hakkında değindiğimiz şart işlemler burada da gündeme gelecektir.²⁷⁰

²⁶⁶ ,ayrıca bkz., tez, s. 44

²⁶⁷ "velayet, anne ve babanın çocuğun birtakım hayat faaliyetleri hakkında karar alabilme fonksiyonlarını yerine getirebilmeleri için, hukuk düzeninin onlara bu konuda tanıdığı hak ve yükümlülükleri kapsayan bir hukuki kurumdur." ÖZTAN, a.g.e., s. 1074

²⁶⁸ "velayet, anne ve babanın çocuğun birtakım hayat faaliyetleri hakkında karar alabilme fonksiyonlarını yerine getirebilmeleri için, hukuk düzeninin onlara bu konuda tanıdığı hak ve yükümlülükleri kapsayan bir hukuki kurumdur." ÖZTAN, a.g.e. s.1074, VELİDEDEOĞLU, a.g.e., s. 326, AKINTÜRK, a.g.e., s.342, CEYLAN, a.g.e. s. 153

²⁶⁹YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s.85, "velayet kamu düzenini ilgilendirdiği için onunla ilgili yapılacak değişikliklerde çok ama çok hassas davranılması iktiza eder.", KILIÇOĞLU, a.g.e., s. 143,

²⁷⁰ "anlaşmalı boşanma şartı."

Velayetin verildiği eşe çocuk adına verilecek iştirak nafakasında da taraflar ve düzenlemeyi inceleme aşamasında hakim; diğer eşin çocuğun bakım ve giderlerine uygun bir miktar maddi değerle katılımını esas alacaktır.

Bütün bu anlattıklarımıza binaen hakim, taraflar sözleşme üzerinde anlaşsalar dahi kamu düzenine ilişkin olmaları hasebiyle velayet ve iştirak nafakasına yönelik irade uyuşmalarını yapabileceği en yüksek dikkat ve özen denetimiyle irdeleyecek, bu konuda en uygun takdiri inceleme sonucunda ortaya çıkacaktır.

Boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin anlaşmalı boşanma davası kapsamında beliren şartların velayet ve iştirak nafakası için de geçerli olduğunu belirtelim.

4- Hakimın Onayından Sonra Sözleşmenin İptali, Sözleşmeden Dönme, Fesih ve Uyarılama Sorunları

Gerek anlaşmalı boşanma davasında gerekse diğer boşanma sebeplerinde boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin sözleşmenin hakim onayından önce de hukuki değere sahip olduğuna ve bir “özel hukuk sözleşmesi” olduğuna daha önce de değinmekle birlikte; eşlerin bu sözleşmeden hakim onayından evvel feragat edebileceklerini ifade etmiştik.²⁷¹

Peki sözleşme hakim tarafından onaylandıysa ve boşanma kararı verilmesine binaen hükmün bir parçası haline geldiyse bundan sonraki aşamalarda eşlerin sözleşmeyle alakalı iptal etme, değiştirme ve itiraz etme tasarruflarına hukuk düzeni nasıl bir sonuç bağlayacaktır?

Hakim onayıyla birlikte kesinleşen boşanma kararından sonra tarafların eğer haklı sebepleri varsa anlaşmaya veya boşanma kararına dayanarak sözleşmeyle alakalı iptal ve değişiklik taleplerinde bulunabilecekleri ve bu taleplerini de yine aile mahkemesinde sonuca bağlamaları gerektiği ayrımlarını bu çalışmamızda daha önce ele almıştık. Ancak bu tasarrufun bir itiraz olması durumunda başvurulacak mahkemenin bir üst mahkeme yani Yargıtay olduğunu dile getirmemiz gerekir. Çünkü ortada, daha önce de ilgili boşanma kararının asıl muhatabı olmuş ve bu kararın yanlış olduğundan bahisle değiştirilmesi gerektiğini düşünen kişilerin varlığı söz konusudur. Burada da usul hukukundan doğan bir ilkenin sonucu olarak, başvuran kişinin hukuki yararının olması gerekmektedir. İtiraz edilen husus, anlaşmalı boşanma davasından çıkan karara yönelik bir konu ise, bu durumda Yargıtay, anlaşmalı boşanma davasının verilmesine elverişli ortam hazırlayan şartın yani “tarafların her hususta anlaşması” şartının geriye etkili olarak kalktığını ve yargılamanın çekişmeli yargı usullerine göre derdest edilmesi gerektiğini düşünmektedir.

²⁷¹ YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s. 73. ÖZTAN, a.g.e., s. 695, KÖPRÜLÜ/KANETİ, a.g.e., s. 186, VELİDEDEOĞLU, a.g.e., s. 222, CEYLAN, a.g.e., s. 134

(Büyük bir öneme haiz olması ve buna ilişkin kendi görüşlerimizle birlikte detaylı bir açıklama yapacağımızdan dolayı hem ilgili Yargıtay kararını hem de bu karara olan karşıt görüşü dipnotta değil daha önceki benzer durumlarda ki gibi anasayfamızda ele alacağız.)

“...Türk Medeni Kanunu'nun 166/3.maddesi gereğince boşanmalarına karar verilese dahi davacının anlaşmalı hükmünü gerçekleştiren anlaşmaya rağmen temyiz etmesi davadan açıkça feragat etmedikçe anlaşmalı boşanma yönündeki iradesinden rücu niteliğinde olup, bu halde anlaşmalı boşanma davasının “çekişmeli boşanma” olarak görülmesi gerekir.”²⁷²

Karara karşıt görüşte ise;

“....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.böyle bir yaklaşım her türlü kötü kullanmalara kapı açar ve Türk Medeni Kanunu'nun 166/3. maddesiyle getirilen düzenlemeyi etkisiz kılar. Olayda protokol şartlarına uygun hüküm tesis edilmiştir ve protokole kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı bir şart da bulunmamaktadır. Öyleyse kararın bozulmasını gerektirecek yasal sebep yoktur. Bu bakımdan sayın çoğunluğun görüşüne katılmıyorum. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanuni geciktirici sebeplere göre davacının yerinde görülmeleyen temyiz itirazlarının reddi ile usul ve kanuna uygun olan hükmün onanması gerektiği düşüncesiyle bozma kararına iştirak edemiyorum...”

Öncelikle bu Yargıtay kararındaki uyuşmazlıktan da anlaşılacağı gibi, anlaşmalı boşanma yargılaması yapılırken tarafların boşanmanın yan sonuçlarının onların geleceğini nasıl etkileyeceği konusunda etraflıca düşünceleri olanağının kısıtlılığı²⁷³ ve bir uyuşmazlık çıkınca davanın hemen çekişmeli yargılama usullerine göre görülmeye devam edilmesi, hükmün boşanma yönünde verilmesinden sonra hukuk bilginlerini ihtilafa sürükleyecek ve anlaşmalı boşanma davasının kendinden beklenen işlevini yerine getirememesine neden olacak yani bu yola başvurulmakla kaçınılmak istenen ve bitmek bilmeyen davaların konusu olan “menfaat çarpışmalarını” da sonradan temyiz yoluyla yeniden gündeme getirecektir. Daha önce de açıkladığımız üzere anlaşmalı boşanma davasında tarafların duruma göre değişken değil; her zaman belli bir istikrarını koruyacak iradelerinin saptanması büyük önem arz etmektedir.

Yargıtay kararının ve karşıt görüşün tarafımızca olan değerlendirmesine gelecek olursak bu konuda her iki kaniya da çeşitli cihetlerden katılmadığımızı en sonunda da kendi görüşümüzü dile getireceğiz.

²⁷² Y2HD,2014-20325,2015-4097,10.03.2015

²⁷³ “Daha önce de, tarafların düzenlemeyi hazırlarken hem mali gelecekleri hem de çocukların gelecekleri hakkında doğru karar verebilme yetilerini kuvvetlendirecek zamana ve imkanlara ihtiyaçları olduğunu belirtmiştik.”CEYLAN, a.g.e., s. 130, İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanununun Alınışının 80. yılı, s. 34

Yargıtay, boşanma hükmü kesinleşinceye kadar tarafların anlaşmalı boşanma yönündeki iradesinden vazgeçebileceklerini dile getirmekte, bu durumun da anlaşmalı boşanma kurumunun en önemli içeriklerinden biri olan sözleşme üzerinde itiraz eden tarafın geriye etkili olarak diğer tarafla mutabık kalmadığı sonucunu doğurduğu ve dolayısıyla 166/3 hükmünde kanun koyucu tarafından zikredilen şartlardan “tarafların her hususta anlaşma sağlaması gerektiği” hususunun vücut bulmadığından bahisle davanın “çekişmeli yargılama” olarak devam edilmesi gerektiği kanaatindedir. Yani Yargıtay, sonradan gerçekleşen bir sebeple sözleşmeyi geçersiz saymaktadır. Hukuk düzeni ise, bir sözleşmeyi geçersiz kılacak durumların sonradan gerçekleşmesi durumunda sözleşmenin geçerlilik kazanması için bir engel teşkil etmediğini ifade etmektedir.²⁷⁴ Somut olaydaki anlaşmalı boşanma davasında taraflarca kararlaştırılan sözleşmede ise kurulduğu anda onu geçersiz kılacak herhangi bir durum söz konusu değildir. Dolayısıyla Yargıtay, başta diğer tarafla iradesi uyuşmasına rağmen talep sahibinin sonradan kararı temyiz etmek suretiyle ilama ve her halde sözleşmeye karşı beliren itirazını, onun geçmişteki iradesine etkili kılmıştır. Sözleşmeler hukukunda ise böyle bir aykırı davranışın sonucu diğer tarafa karşı “sözleşmeye aykırı davranma” halidir. Sözleşme de ilamın bir parçası olduğundan bu durumda yapılacak olan itiraz eden tarafı kararın gereğinin yapılmasına zorlamaktır. Ayrıca Yargıtay’ın vermiş olduğu bozma kararı dikkate alındığında, mahkemenin usul ve yasaya aykırı karar verdiği gibi bir sonuca da ulaşılmamıştır; yani Yargıtay da mevcut şartlar içerisinde verilen kararın maddi ve usuli doğruluğunu üstü kapalı olarak dile getirmekte fakat sonradan gerçekleşen sebebe dayanarak her yönüyle doğru bir kararı bozmaktadır. Bu tutum da hukuk mantığıyla ve usul hukuku ekonomisiyle²⁷⁵ çelişmektedir. Gerçekten de Yargıtay kendi de her cihetiyle hukuka uygun bulduğu kararı bozmaktadır.(!!) Sonuç olarak bu yönlerden Yargıtay’ın kararını doğru kabul etmiyoruz.

Karara karşıt görüş ise bizim açımızdan biraz daha kabul edilebilir bir görüştür. Ancak bu görüş de konuya daha çok sözleşmeler hukuku açısından bakmıştır. Şöyle ki; her iki görüşün de söz götürmez bir gerçek olarak kendi aşamasında anlaşmalı boşanma davasının bütün şartlarının taraflarca yerine getirildiği kanaatindedir. Ancak Yargıtay, sonradan gerçekleşen geçersizlik sebebinin geçmişe etkili kılmakla “anlaşmalı boşanma davasının hükümsüz kaldığını” ifade etmektedir. Karşıt görüş ise haklı olarak, anlaşmalı boşanma davasının görüldüğü sırada boşanma kararının verilmesi için bütün şartların yerine getirildiğini ve dolayısıyla kararın bozulamayacağını dile getirmektedir. Söz konusu görüşe katılmadığımız nokta ise kendi incelemesini tamamen anlaşmalı boşanma davasının şartlarının yerine getirilip getirilmediğine indirgemesidir. Yani eğer bu şartlar yerine getirildiyse davacının temyiz talebinde bulunmakta haklı bir manfaatinin olup olmadığını kontrol etmeden talep reddedilmelidir. Bu kapsamda dikkate alınacak bir görüş, davanın taraflarından birinin haklı bir sebebi olsa bile temyiz talebinde bulunamayacağı sonucunu doğurmaktadır.

²⁷⁴ “burada sözleşmenin yapıldığı anda bulunmakla birlikte sonradan var olduğu anlaşılan durumlar kastedilmemektedir.”, Aydın Zevkliler, Medeni Hukuk, D.Ü.H.F. Yayınları, s. 190 vd., Diyarbakır-1986, Özdemir, a.g.e., s. 151

²⁷⁵ YILMAZ, a.g.e., s. 1, Cumhuriyet Rüzgaresi, Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi, Yetkin Yayıncılık, s. 50

Yani tarafların bu anlaşmayı imzalamakla boşanma kararı verildiğinde sonradan karara karşı temyiz yoluna başvuramayacaklarını birbirlerine karşı taahhüt ettikleri gibi bir rizikoyla hukuk düzeni karşı karşıyadır. Bu ahvalde, usul hukukunda bir tarafın usul işlemlerinden doğan haklarını onun aleyhine engelleyecek anlaşmaların geçersiz sayılacağına ilişkin ilke²⁷⁶ bertaraf edilmektedir ki; bu asla kabul edilemez. Dolayısıyla karşıt görüşe de bu cihetle iştirak etmemekteyiz.

Bizce temyiz başvurusunda bulunan tarafın bu talebi, doğrudan onun anlaşmalı boşanma davasındaki iradesine etkili kılınmamalı ve diğer hukuka aykırılık sebepleri söz konusu değilse verilen boşanma kararı onanmalıdır. Ancak anlaşmalı boşanma davasında diğer eşle aynı yönde bir serbest irade benimseyen eşin usul hukukundan doğan temyiz hakkı da salt bu yüzden ortadan kaldırılmamalı veya etkisizleştirilmemelidir. Bu durumda eşin itirazı eğer çocuklara veya mali konulara ilişkin ise ve bunu yaparak sonucunda elde edeceği karardan hukuk düzenince korunmaya değer üstün bir menfaat elde edecekse kanaatimize göre Yargıtay, verilen boşanma ilamındaki bu hususlara ait bölümlere ilişkin, kararı veren mahkemede yeniden yargılama yapılması gerektiğini belirten “kısmen onama veya kısmen bozma” kararı vermelidir. Ancak bu durumda söz konusu itiraz, boşanma kararının kendisine ise bize göre üst mahkeme red kararı vermelidir.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, dava aşamasında düzenlemede çocukların durumu hakkında bir istemde bulunulmaması daha sonra bu konulara ilişkin talepte bulunulamayacağı anlamına gelmez.²⁷⁷ Bu yetki, çocukların durumunun kamu düzeniyle alakalı olmasındandır.²⁷⁸ Yasa koyucu, Türk Medeni Kanunu 183. madde hükmü ile anne veya babanın bir başkasıyla evlenmesi, başka bir yere gitmesi ya da ölümü gibi anlaşmalı boşanma davasında öngörülmesi mümkün olmayan yeni olguların vücut bulması halinde çocuklar ile ilgili hususlarda bu olgulara ve çocuğun menfaatine uygun değişikliği talep etme yetkisini taraflara vermekte hatta hakimin de bu konuda re’sen hareket edebileceğini düzenlemektedir.

Anlaşmalı boşanmanın mali sonuçları kapsamında yer alan maddi tazminat veya nafaka alacaklarının durumu, dava sonrasında birtakım yeni durumların gerçekleşmesi ya da mevcut hallerin değişmesi veya sona ermesi halinde yani güncel şartların gerektirmesi halinde ya kendiliğinden ya da alacaklı veya diğer eşin aile mahkemesine talepte bulunması halinde değişiklik gösterebilir. Buna göre; eşlerden birinin ölümü üzerine ya da alacaklı tarafın evlenmesi halinde bu alacaklar kendiliğinden sona erecek, yasal evlilik olmaksızın alacaklı tarafın bir başkası ile evli gibi bir birliktelik kurması ya da haysiyetsiz hayat sürmesi halinde mahkeme kararıyla bu alacaklar sonlandırılabilirlerdir. Anlaşmalı boşanma davasında talep edilmeyen yoksulluk nafakası kural olarak sonradan temyiz aşamasında bir itirazın konusu olamamaktadır. Buna mukabil, eşin hayat faaliyetlerine ilişkin güncel durumunun

²⁷⁶“davalı veya davacı usul hukukundan önceden doğanhakları ile davanın kendi lehlerine sonuçlanmasını sağlayabilecek imkanları elde etmiş olurlar.”, Köprülü/Kaneti, a.g.e., s.186

²⁷⁷ “çünkü çocuklara ilişkin hususlar kamu düzenini ilgilendirir.”, CEYLAN, a.g.e., s. 127, TEKİNAY, a.g.e., s.298

²⁷⁸ ERGÜN, a.g.e, s. 100

zorunlu kılması halinde sonradan mahkemeye başvurarak yoksulluk nafakası talep edilebilmekte veya sözleşmede kararlaştırıldan daha fazla bir miktarın ödenmesine karar verilebilir.²⁷⁹ Öyle ki; alacaklı eşin ekonomik dengelerinin sonradan değişiklik göstermesi, anlaşmalı boşanma davası sırasında öngörülemez bir husus olabilir.

Anlaşmalı boşanma davasında uygulamada en çok karşılaşılan sorun, sözleşmeyi kararlaştırırken onların yanlarında veya onlarla irtibata geçecek şartlarda bu konuda kendilerinde teorik bir bilinç oluşmasını sağlayacak uzman kişilerin olmamasına bağlı olarak; eşlerin o an ki ruh hali içerisinde kendilerinin ve çocuklarının boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin gelecek dengelerini olgun bir şekilde karar bağlayamamaları ve anlaşmalı boşanma davası sırasında veya sonucunda hiç de istemedikleri sonuçlarla karşı karşıya kalmalarıdır.²⁸⁰ Dolayısıyla eşlerin sözleşmeyi kararlaştırırken boşanma sonrasındaki aleylerine durumlarla karşılaşmalarını için kendilerinin ve çocuklarının psikolojisini iyi ölçen bir psikolojik danışman rehberliğine; dava sırasında usul ve esas hakkında istemedikleri bir karar ile muhatap olmamaları için ise bir hukuk danışmanının teorik bilgisine başvurmaları elzemdir. Ancak sorun salt bu yöntemlerle çözülememektedir. Aynı zamanda da kanun yapıcıların da bu konuda birtakım inisiyatifler alması gerekmektedir. Öyle ki; Türk Hukuku'nda eşlere, anlaşmalı boşanmanın şartları ve sonuçları hakkında yeterince düşünme fırsatı verilmemektedir.²⁸¹ Daha önce de bu hususa ilişkin yaptığımız açıklamalarımızı genişletmek ve geliştirmek istiyoruz.²⁸² Şöyle ki; avukat yardımı almadan tamamen verdiği bilginin isabetliliği tartışılır platformlardan (internet ve benzeri ortamlar) elde ettikleri teorik bilgiye itimat eden eşlerin, sözleşmeyi kararlaştırma aşamasındayken mali konulara ilişkin hususlarda açık hüküm koymamaları ve hakimin de bunu taraflara açıklattırma ihtimali - ki böyle yapması gerekir-dava aşamasında taraflar arasında birtakım uyuşmazlıkların doğmasına sebep olabilir. Bu durum da davanın kendiliğinden eşlerin hiç istemedikleri bir şekilde çekişmeli yargılamaya dönmesine ortam hazırlayacaktır. Eşler, bu durumda davanın çekişmeli olarak derdest edilmesini istemedikleri için bu davayı geçmişe etkili olarak sonlandırıp başka bir anlaşmalı boşanma davası açacak ve yeni masraflara (harç ve benzeri) katlanmak zorunda kalacaklardır. Bizce, eğer taraflar sonradan ortaya çıkacak uyuşmazlıkları gözönüne alarak bu hususları açıkça görüşüp ortak bir noktaya vardıkları zaman dava çekişmeli yargılamaya döndürülmemeli ve verilecek bir ara kararla taraflara yeni bir sözleşmeyle, devam eden anlaşmalı boşanma davasına iştirak etmeleri imkanı sağlanmalıdır. Böylece hem taraflar için istedikleri yönde bir karar alınmış olacak ve zaman tasarrufu sağlanacak hem de eşler ek masraflardan kurtarılacaktır.²⁸³

Her nasılsa boşanma kararı verilmesine rağmen taraflar verilen bu karardan memnun kalmayabilir. Yukarıda tarafların hukuki bilgi eksikliğinden kaynaklanan ve en çok dava sırasında vücut bulan sorunlara yer verdik.

²⁷⁹ YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s. 92

²⁸⁰ YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s. 93

²⁸¹ YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s.93, CEYLAN, a.g.e., s. 130

²⁸² Bknz., tez, s. 28 vd.

²⁸³ YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s. 93, RÜZGARESEN, a.g.e., s. 50

Burada ise, yine tarafların içinde buldukları koşulları açıkça gözönünde bulundurmadan yapmış oldukları sözleşmenin boşanma kararının da bir ilamını teşkil etmesine binaen, eşlerin dava sonrasında karşılaştıkları ve önceden bilselerdi asla göze alamayacakları sonuçlar ve her halde sorunlar söz konusudur.²⁸⁴ Buna göre, tarafların dava sonrasında sözleşmenin birtakım maddelerinin mahkemece değiştirilmesini gerektirecek haklı sebepleri ispat edememeleri ahvalinde çözüm ne olacaktır.? Bu durumda, eşlerin klasik anlamda bir borçlar hukuku sözleşmesi hazırlayıp önceki sözleşmedeki hususları tekrardan tanzim etmeleri mümkündür. Ancak bu şekilde hareket edildiğinde yeniden tasarlanan sözleşme maddelerine taraflardan birinin aykırılık teşkil edecek tarzda hareket etmesi halinde, diğer tarafı bundan koruyacak hukuki imkanlar değişecek hatta zayıflayacaktır. Çünkü düzenlenen yeni sözleşme devlet organları tarafından icra edilebilir kabiliyete haiz olamayacaktır.²⁸⁵

Eski Medeni Kanunu döneminde ise boşanma kararı kesinleştikten sonra talep edilebilecek mali hususlar, Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararıyla belli şartlar altında manevi tazminatla sınırlı tutulmuştur. Söz konusu şartlar ise manevi tazminat talep eden eşin kusursuz olması ve zamanaşımı sürelerine uymasındır. ²⁸⁶Yani maddi tazminat ve nafaka alacaklarına ilişkin hüküm kesinleştikten sonra bir talepte bulunulamayacaktır.²⁸⁷ Bu minvalde, hüküm kesinleştikten sonra bu hususların yerine getirilebilme imkanının tanınması, amacı aşan kullanımlara ve nihayet taraflar arasında anlaşmalı boşanma davasının kendi temel mahiyeti ile çelişen uyumsuzluklara neden olacaktır.²⁸⁸

Eşler düzenleyecekleri boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin sözleşmede aynı zamanda aile konutunun hangi tarafa bırakılacağını kararlaştırabilirler. ²⁸⁹Buna göre; ailenin hayat faaliyetlerini yerine getirdiği “aile konutu” evlilik birliğini sona erdirme işlevi üstlenen anlaşmalı boşanma davasında gündeme gelmelidir. Her ne kadar bu konuda da anlaşmalı boşanma davasında eşlerin iradesine öncelik tanındığı söylenebilirse de hakimi yine burada da sözleşmenin orijinal haline nazaran taraf menfaatlerine daha uygun nitelik arzeden bir değişiklik öngörebilmesi mümkündür.²⁹⁰ Aile konutu üzerindeki hakkın kira sözleşmesine dayanması ahvalinde, hakim gerekli gördüğü üzere bu hak ve yükümlülüklerin diğer eşe bırakılmasına karar verebilir. ²⁹¹Yine aynı şekilde hakim eğer taraf menfaatleri yani hakkaniyet zorunlu kılarırsa; malik eşin aile konutuna ihtiyacı olan eşe konut üzerinde eşya hukuku hükümleri çerçevesinde bir oturma hakkı tesis etmesine karar verebilmelidir. Bu durumda oturma hakkı sahibi olan eşin, diğer eşle düzenlemiş oldukları yan sonuç sözleşmesinden doğan yoksulluk nafakası veya tazminat alacağı miktarında da hak ve menfaatlerin gerektirdiği üzere bir indirimle gidilebilir. Belirtelim ki; hakim buradaki fonksiyonu ikincildir.

²⁸⁴ YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s.93

²⁸⁵ YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s.93.

²⁸⁶ YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s. 93

²⁸⁷ YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s. 93

²⁸⁸ YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s.93

²⁸⁹ ÖZTAN, a.g.e., s. 697, CEYLAN, a.g.e., s. 127, ÖZDEMİR, a.g.e., s. 168

²⁹⁰ ÖZTAN, a.g.e., s. 697

²⁹¹ ÖZTAN, a.g.e., s. 697

Hakim az önce ifade ettiğimiz değişiklikleri, tarafların düzenlemiş oldukları yan sonuç sözleşmesini merkeze alarak yapmalıdır.

Yeni Medeni Kanunla birlikte boşanma davasından sonrası doğan dava haklarının talep edilmesinde madde 178 hükmü gereği 1 yıllık zamanaşımı süresi kuralı tatbik edilmektedir.²⁹² Buna göre; boşanma davasının kesinleşmesinden itibaren karara bağlanan boşanmanın fer'i niteliğinde olmayan katılma alacağı ile mal rejimine ilişkin taleplerin²⁹³ bir yıllık zamanaşımına tabi olacağı söz konusu olacaktır. Ancak sorun, bu hususların da esas itibariyle boşanmanın fer'i niteliğindeki konularını ihtiva eden yan sonuç sözleşmesinde tanzim edilmesine bağlı olarak ortaya çıkan durumlarda kendini göstermektedir. Yargıtay'ın görüşüne göre²⁹⁴ katılma alacağı vb. mali konuların boşanma davasında karara bağlanması için hükmün kesinleşmesinin beklenmesi gerekir. O halde eşlerin anlaşmalı boşanma davasında ve diğer boşanma sebeplerinde düzenleyecekleri yan sonuç sözleşmesinde bu konulara yer vermesi, bunların da diğer hususlar gibi hüküm verilmesi suretiyle karara bağlanacağı anlamına gelmeyecek; verilen boşanma kararı sonrasında süresi içerisinde farklı davaların konusu yapılmasına binaen; bu davaların görülmesi esnasında "mahkeme huzuruna getirilen birer sulh sözleşmesi"²⁹⁵ veya sözleşmede "başkaca hak veya talebimiz yoktur" şeklinde ifadeler varsa bir "ibra sözleşmesi" olarak nitelendirilebilir.²⁹⁶ Bütün bunlar beraber düşünüldüğünde; mal rejimlerine ilişkin hususların yan sonuç sözleşmesinin kapsamına girip girmeyeceği hakkında daha önce belirttiğimiz görüşümüze²⁹⁷ burada katılmıyoruz. Şöyle ki; mal rejimlerine ilişkin mevzuların eşler tarafından mümkün olduğunca boşanma hükmü kesinleştikten sonra görüşülmesi; eğer yan sonuç sözleşmelerinde düzenlenmişlerse hakim bu hususlara yönelik talepleri veya istekleri nihai bir hükümle karara bağlamayıp bunların boşanma hükmü kesinleştikten sonra devreye girecek mahkemelerde görüşülmesi gerektiğine dair hüküm fıkrasında bir sonuca varması gerekecektir.²⁹⁸

Teknik detaylara yer verdiğimiz bu başlıkta Medeni Kanun'un gerek 166/3 gerekse aynı kanununun 184/4 hükmünün birtakım ortak yanlarına değindik. Aslında anlaşmalı boşanma davası ve bunun dışında diğer boşanma sebeplerinde taraf iradelerinin, boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin sözleşmelerinde değer kazandığını ve sonuç doğurabilmeleri için hakim tarafından onaylanmaları gerektiği; anlaşmalı boşanma davasında diğer boşanma

²⁹²YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s. 94

²⁹³YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s. 94

²⁹⁴ "...davacı-davalı kadının istediği eşya, borsa hesabı, mal rejimi nedeniyle binadan alacak, araca katkı bedeli ile ilgili istem, boşanmanın eki niteliğide olmayıp, bu istemler ancak boşanma davası ile ilgili hüküm kesinleşip tasfiye günü geldiğinde karara bağlanabilir. Bu nedenle bu konudaki dava ve istemler tefrik edilerek boşanma ile davanın bekletici mesele yapılması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır.", Y2HD, 2005-1208 E., 2005-4267 K., T. 17.03.2005, (ilknur temel. av. tr' den alıntıdır)

²⁹⁵"Sulh Sözleşmesinin Tanımı ve Unsurları Nelerdir" Başlıklı Yazı, kararara.com

²⁹⁶YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s. 95

²⁹⁷ daha önce mal rejimlerine ilişkin hususların taraflarca düzenlenmesi halinde hakim tarafından karara bağlanması gerektiği hakkındaki görüşümüz için bkz. Anlaşmalı boşanmada ve diğer boşanma sebeplerinde yan sonuç sözleşmeleri konusundaki tez , s. 44

²⁹⁸Y2HD,2005-1208 E.,2005-4267K., T. 17.03.2005

sebeplerinden farklı olarak hakimin, yaptığı denetimden sonra sözleşmeyi birtakım kıstaslar²⁹⁹ açısından uygun bulmamasının boşanma kararının verilmesine doğrudan engel teşkil ettiğini ve bu bakımdan anlaşmalı boşanma kurumunda boşanma kararının verilebilmesi için “sözleşmenin uygun bulunabilirliğinin ve her halde kendisinin varlığının” temel bir şart olduğunu; 184/4 hükmünde tanımlanan ve aynı nitelikteki sözleşmenin ise bu boşanma davalarındaki fonksiyonunun “boşanma davasında menfaat çatışmasına neden olacak hususların taraflarca önceden sonuca vardırılabilmek üzere yargılamanın seri bir şekilde yürütülmesine” hizmet ettiğinden öte olmadığını vurguladık.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ANLAŞMALI BOŞANMA DIŞINDA BOŞANMANIN FER’İ SONUÇLARINA İLİŞKİN MUKAVELELER

I- Genel olarak

Boşanma ile evlilik birliğinin sona ermesi, birliktelik boyunca eşlerin birbirleriyle zorunlu olarak girmiş oldukları maddi ve manevi bağların tasviyesini icab eder.³⁰⁰ Boşanmanın vucut getirdiği netice, evlilik bağının çözülüp bozulmasıdır. Boşanma kararı evlilik birliğini sona erdiren “bir bozucu yenilik doğuran hak”tır. Bu birliğin sona ermesi ile tarafların, evlilik süresince birbirlerine karşı yerine getirmek zorunda oldukları mükellefiyetler de artık söz konusu olmaz.³⁰¹ Esas olarak nitelendirilebilecek bu nihai sonucun yanı sıra boşanma sonucunda, mali konular ve çocuklara ilişkin birtakım yan sonuçlar da ortaya çıkmaktadır.³⁰²

Bu bölümde anlaşmalı boşanma davası dışında diğer boşanma kurumlarında eşlere yapabilmeleri imkanı sağlanmış “yan sonuç sözleşmelerini” biraz daha özel olarak ele alacağız. Önceki aşamada yaptığımız açıklamaların birçoğu hem 166/3 hem de 184/4 açısından ortak olduğu için bunlara bu bölümde yer vermeyecek, konuyu biraz daha

³⁰⁰ÇANDARLI/BERKİ, a.g.e., s. 96

³⁰¹ÇANDARLI/BERKİ, a.g.e., s. 96, VELİDEDEOĞLU, a.g.e., s. 229

³⁰²ÇANDARLI/BERKİ, a.g.e., s. 96

“ anlaşmalı boşanma dışındaki diğer boşanma sebeplerinde eşler tarafından düzenlenebilen sözleşmeler açısından” saptayacağız.

Boşanma ve ayrılığın fer’i hükümlerinde mevzu bahis edilen hususlar tarafların malları³⁰³, mali vaziyetleri ve çocuklara ilişkin hususlardan müteşekkildir. ³⁰⁴Boşanmanın neticesi olarak vucuda gelecek bu hususlar üzerinde tarafların anlaşması en kolay ve en makul yoldur. Nitekim evlilik birliği süresince meydana gelen veya meydana gelmesine alışılmış olaylar ve olgular ile ilgili en fazla malumatı olan eşlerdir. Bu nedenle, hukuk düzeninin boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin taraflara düzenleme yapma yetkisi vermesi, aile ve sosyal hayata ilişkin gerçeklerin kayda değer bulunmasının bir sonucudur.

Buna göre anlaşmaların yani eşler arasında düzenlenecek sözleşmelerin hakim tarafından isabetli ve yetkin bir denetime tabi tutulması, maddi imkanlar ve diğer ölçütler bakımından daha zayıf tarafın korunması ve dolayısıyla kamu düzeninin sağlanması bakımından ehemmiyet arz eder.³⁰⁵ Yani bu sözleşmeler de bazı kayıtlara tabi tutulacaktır.³⁰⁶ Daha zayıf derken sadece bir tarafın mali ve sosyal bakımdan daha güçsüz olması akla gelmemeli; aynı zamanda bu gibi işlemlerde bir tarafın, karşı tarafın haksız tahakkümünden korunamayacak kadar daha tecrübesiz veya daha az bilgili olması da anlaşılmalıdır.

³⁰⁷ Mukavelede çocuklar ile ilgili hususların bilfiil taraflarca düzenlenmesi çok önemlidir. Zira Medeni Hukuka eşlerin, çocukları hakkında her alanda nasıl bir yaşam tarzı ve ilişkisi belirleneceğine karar verme bakımından önemli fonksiyonları icra ettiği söz konusudur. Örneğin; eşlerin çocuklara verilen eğitimin hangi felsefik ideolojiye veya hangi inanç ilişkisine dayandırılacağına karar vermede eşler, değeri yadsınamaz bir hakka sahiptir. Ancak bu kararı evlilik birliğinin devamında vermek ne kadar kolaysa birliktelik sona erdikten sonra çocuğun geleceğinin hangi eşin ellerinde şekilleneceğine karar vermek de bir o kadar zordur. İşte, hukuk düzeni de, eşler arasındaki düzenlemede bu konuda bir tarafın güçlü daha güçlü olmasına veya iki tarafın da kendilerini ön plana atıp çocukları gözardı etmeleri ihtimaline binaen; çocuğun velayetinin birtakım ölçütler bakımından hangi eşe ait olacağı konusunda hakime çok önemli bir takdir yetkisi vermiş, düzenlemede tarafların iradelerinin mutlak olarak etkili olmaması gerektiği idealine de örnek teşkil edecek bir kanun hükmünü tanzim etmiş ve nihayet bunu kamu düzeninin bir sonucu olarak öngörmüştür.³⁰⁸

³⁰³ “ Taşınmaz ve taşınır eşyaların boşanmanın yan sonucu olup olamayacağına ilişkin tartışmalar mevcuttur.”, bkznz, GENÇCAN, a.g.e., s. 371, Dr. Zahid Çandarlı-Dr Osman Fazıl Berki, (743 sayılı) Medeni Kanunda ve Devletler Hususi Hukukunda Boşanma-Ayrılık, Güney Matbaacılık ve yay., s. 107., VELİDEDEOĞLU, a.g.e., s. 222, TEKİNAY, a.g.e., s. 296

³⁰⁴ ÇANDARLI/BERKİ, a.g.e., s. 96

³⁰⁵ “hakimin yapacağı onay denetiminin en önemli fonksiyonu, tarafların hak ve menfaatler dengesinin temin altına alma potansiyeline sahip olmasıdır.”ÇANDARLI/BERKİ, a.g.e., s. 96, CEYLAN, a.g.e., s. 131, VELİDEDEOĞLU, a.g.e. s. 221-222, AKINTÜRK, a.g.e., s. 246, TEKİNAY, a.g.e., s. 296-297

³⁰⁶ “tarafların hak ve menfaatler dengesi, sözleşmeler hukukundan müteşekkil şartlar bu kayıtları ifade etmektedir.”

³⁰⁷ ÇANDARLI/BERKİ, a.g.e., s. 96, CEYLAN, a.g.e., s. 134

³⁰⁸ CEYLAN, a.g.e., s. 127, TEKİNAY, a.g.e., s. 298

(Buraya kadar anlattıklarımızı zaten anlaşmalı boşanma davasında açıkladığımız için ayrıntılar üzerinde daha fazla durmayacak, eşler arasında anlaşmalı boşanma dışında diğer boşanma sebeplerinde boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin sözleşmelerin birtakım özel hususlarına dikkat çekeceğiz.)

Boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin mukaveleler yeni Medeni Kanunun 184/4 hükmünden önce aslında eski medeni kanun 150/5 hükmünde de düzenlenmişti. Buna göre eşlerin boşanma niyet ve arzusu taşımamak şartıyla boşanmanın yan sonuçları üzerinde karşılıklı ve birbiriyle uyuşan iradelerini tecelli ettirmeleri mümkün kılınmıştı.³⁰⁹ Bu mukavelelerin sonuç doğurması için de hakimin onayı şartı aranmıştı. Günümüzde olduğu gibi yine o dönemde de tarafların, boşanmanın yan sonuçlarına yönelik hususların çekişmeli olarak görülmesine bağlı olarak uzun süren davaları bir an önce sonuçlandırma isteği, kanun koyucuyu böyle bir düzenleme yapma gereksinimine itmiş, İsviçre Medeni Kanunu'nundan da yararlanılması aracılığıyla eşlere bu imkan tanınmıştı.

Anlaşmalı boşanma dışındaki diğer boşanma kurumlarında eşlerin yapmış olduğu düzenlemelerin denetiminde ise anlaşmalı boşanmanınkinden çok da farklı bir işlem söz konusu değildir.³¹⁰ Buna göre yine anlaşmalı boşanmada olduğu gibi hakim, taraf ve çocuk menfaatlerini ön plana çıkaracak, bu kapsamda bir denetim yapacaktır. Hakim bu sözleşmelerde de anlaşmalı boşanmadaki gibi kusur araştırması yapmayacak, sadece sözleşmenin tarafların, çocukların ve kamunun menfaatine uygun olup olmadığını kontrol edecektir. Yapılan bu denetimin neyi ihtiva edeceğinden anlayabileceğimiz gibi, hakim, bir sözleşmenin geçerlilik kazanması için aranan şartlara da dikkat çekecek, bunun tarafların özgür iradeleriyle hazırlanıp hazırlanmadığını, muvazaalı olup olmadığını tetkik edecektir.³¹¹

a- Düzenlemede Manevi Tazminat

İçerdiği hususlar itibariyle manevi tazminat, boşanmanın yan sonuçlarından birini teşkil etmektedir. Bundan bahisle TMK 184/4.hükmü uyarınca eşler, boşanma kararında mali konulara ve çocuklara müteallik hususların hüküm altına alınmasından evvel, bu hususu ihtiva eden bir anlaşma yapabilirler. Bu sözleşmenin de aynen diğerleri gibi sonuç doğurması için hakim tarafından tasdiki icab edecektir.³¹² Ancak hakim yapacağı denetimde, sıradan bir boşanma davasında karar aşamasındaki gibi manevi tazminatın talep edilmesi için gereken unsurların kontrolüne yer vermeyecek; sadece bu sözleşmenin temel geçerlilik şartlarına haiz

³⁰⁹ ÇANDARLI/BERKİ, a.g.e., s. 96, YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s. 71

³¹⁰ "TMK 184/4. de düzenlenen hükümde öngörülen sözleşme ile anlaşmalı boşanma yargılamasında şart koşulan yan sonuç sözleşmeleri, birkaç ufak detay dışında tabii oldukları denetim bakımından aynı niteliktedirler."

³¹¹ "sözleşmeler hukukundan yansıyan şartlar." CEYLAN, a.g.e., s. 131, VELİDEDEOĞLU, a.g.e., s. 221, AKINTÜRK, a.g.e., s. 246, TEKİNAY, a.g.e., s. 297, KÖPRÜLÜ/KANETİ, a.g.e., s. 185

³¹² "anlaşmalı boşanma şartı.", ÇANDARLI/BERKİ, a.g.e., s. 96, CEYLAN, a.g.e., s. 131, VELİDEDEOĞLU, a.g.e., s. 221, TEKİNAY, a.g.e., s. 293, AKINTÜRK, a.g.e., s. 246

olup olmadığını ve taraf ve çocuk menfaatlerini hangi oranda yansıttığını tetkik edecektir.³¹³ Aksi takdirde eşlerin bunu daha önceden kendi serbest ve birbirleriyle uyuşan iradelerince düzenlemesi amacına ve işlevine ters bir durum ortaya çıkacaktır.

b- Düzenlemede Maddi Tazminat

Eşlerin TMK 184/4.hükmüne göre; karar aşamasında hakimin takdir yetkisine bırakarak duruşmayı daha fazla uzatma riskiyle karşı karşıya kalmak istemeyecekleri ve bunu bir yan sonuç sözleşmesinde düzenleyebilecekleri hususlardan biri de maddi tazminattır. Buna göre, eşler maddi tazminatı düzenleyen bir yan sonuç sözleşmesi yapabilirler. Bu sözleşmede de hakimin yapacağı uygunluk denetimi, tarafların ve çocukların menfaatini merkez ölçüt olarak ele alması ek olarak sözleşmenin sözleşmeler hukukuna göre geçerlilik koşullarını taşıyıp taşımadığından ibaret olacaktır.

c- Düzenlemede Yoksulluk Nafakası

Yoksulluk nafakası yine maddi tazminat ve manevi tazminat gibi Medeni Kanun 184/4.hükmü uyarınca eşler arasında tanzim edilecek boşanmanın yan sonuç sözleşmelerinde bulunabilecek hususlardandır. Ancak eşlerden birine verilmesi talep edilmesi halinde mümkün olduğundan yoksulluk nafakasını isteyen eşin düzenlenecek yan sonuç sözleşmesinde bunun ikrarını karşı tarafa iletmesi lazım gelir.³¹⁴ Eğer talep yoksa hakim bunu re'sen nazara alamayacaktır.

Taraflar yoksul düşecek eşin durumunu karar aşamasından önce görüşüp tanzim ettikleri sözleşmede yoksulluk nafakası hakkında belli bir miktar tayin edeceklerdir. Böylece taraflardan biri diğerine belli bir müddet boyunca yoksulluk nafakası ödemeyi taahhüt edecek; sözleşme hakim tarafından da onaylandıktan sonra boşanma kararını verilmesine bağlı olarak sonuç doğuracaktır.

Eski Medeni Kanunumuz döneminde yoksulluk nafakası süresinin bir seneye kadar olacağı öngörülmüş ve bir süre sınırı getirilmiştir. Aynı dönem de İsviçre Medeni Kanunu ise bu konu hakkında bir süre sınırı öngörmemiştir. Yeni Medeni Kanunda ise yoksulluk nafakasının ne kadar devam edeceğine ilişkin yine İsviçre Medeni Kanunundaki gibi bir süre sınırı getirilmemiştir. Eski Medeni Kanun döneminde Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, “madem ki kanun yoksulluk nafakasını sosyal ve ahlaki mülahazalara dayandırmış, bir zamanlar beraber yaşamış ve belki de iyi günler geçirmiş karı kocanın boşanma yüzünden yoksul ve perişan kalmasına izin vermemiş, şu halde bu bir yıllık sürenin manası nedir.”³¹⁵ diyerekten aslında günümüz Medeni Kanununda bu konu hakkında yapılmış değişikliğin de haklı bir gerekçesini ta o zaman dile getirmiştir. O halde eşler yoksulluk nafakasının – miktarının – değiştirilmesini

³¹³ “taraflar ve çocuklar için yapılan hakkaniyet denetimi”

³¹⁴ “yoksulluk nafakasının mahkeme tarafından kararlaştırılması, bu konuda tarafların bu konuda belli bir miktar tayin etmelerine bağlıdır.”, CEYLAN, a.g.e., s. 131

³¹⁵ ÇANDARLI/BERKİ, a.g.e., s. 103, VELİDEDEOĞLU, a.g.e., s. 223

veya tamamen kaldırılmasını gerektirecek sebeplerin varlığı dışında- süresini diledikleri gibi boşanmanın yan sonuçları sözleşmesinde kararlaştırabileceklerdir. Bu kayıt anlaşmalı boşanma davasında eşler arasında düzenlenecek sözleşmelerde de söz konusudur.

Yoksulluk nafakasının süresiz olarak kararlaştırıldığı vakit, sonradan bu nafakanın miktarının değiştirilmesini veya tamamen kaldırılmasını gerekli kılacak sebeplerin varlığı, taraflar arasında münhasıran yoksulluk nafakasını düzenleyen sözleşmenin kendiliğinden ortasan kalkmasına veya talep halinde değişmesi gerektiğine delil teşkil eder.

d- Çocukların Durumu

Evlilik birliğinin ortadan kalkması, çocukların eşlerden birinin velayetine verilmesini gerektirmektedir.³¹⁶ Boşanmadan sonra çocukların durumunun ne olacağına ilişkin önceden taraflar arasında bir çatışma söz konusu olmaktadır. Öyle ki böyle bir durumda eşlerin çocuklarının geleceği hakkında sağlam düşünemeyeceğinden hareketle, hakimin eşler arasında çocukların durumunu ilgilendiren sözleşmeleri, diğer konulara nazaran daha dikkatli tetkik etmesi gerekmektedir. Bu, hem tarafların hem çocukların ve nihayet hem de kamunun düzenin menfaatlerinin sağlam temellere oturtulması adına çok önemli bir işlemdir.³¹⁷ Bu münasebetle, hakimin çocuklara ilişkin hususlardaki takdir yetkisi çok daha geniştir. Tarafların olgunca yapmadığı bir gelecek belirlemesinden doğan boşluğu veya eksikliği hakim, yapacağı bu nitelikli denetimle doldurmalıdır.

Tevdi yani velayet hususunda hakim, çocuğun geleceğinin en iyi şekillendirecek tarafı belirlemesi oldukça önemlidir.

Bazı yazarlar³¹⁸ özellikle kendi dönemlerinde hukuk kurallarını, mahkeme kararlarını ve doktrinel tartışmaları şekillendiren geleneksel, toplumsal ve dinsel inanç ve eylemlerin de etkisinde kalarak, velayetin hangi eşe verileceği konusundaki ölçütleri, daha kapsamlı ve isabetli bir şekilde belirlemişlerdir.³¹⁹ Ancak kanaatimizce bu toplumsal dinamiklerin etkisinde fazla kalınması hukuk kurallarından biraz taviz verilmesi sonucunu doğuracak niteliktedir.³²⁰

Hem anlaşmalı boşanma davasında hem de diğer boşanma sebeplerinde eşler arasında düzenlenen sözleşmelerde yer verilen velayet hususu ile ilgili önemli bir ayrıma değinmek istiyoruz.

³¹⁶ ÇANDARLI/BERKİ, a.g.e., s. 104

³¹⁷ "çocuklara ilişkin yapılacak her incelemenin sonucu, onlar hakkında belirtilen önemin kamu düzeni seviyesinde olduğundan dolayı aynı zamanda hem topluma hem de çocuğun geleceğine sirayet eder."

³¹⁸ ÇANDARLI/BERKİ, a.g.e., s. 105

³¹⁹ "ÇANDARLI/BERKİ, kendi dönemlerinde özellikle daha önceki devirlerde etkili olan toplumsal norm ve alışkanlıkların da bir yansıması olarak, yaşça küçük çocukların anneye verilmesinin onların daha yumuşak ve uysal bir çocukluk hayatı geçirmelerini sağlayacağını ifade etmektedir."

³²⁰ "ÇANDARLI/BERKİ, aynı eserde toplumsal norm ve alışkanlıkların etkisinde kalarak, kız çocuğunun velayetinin anneye verilmesinde, onun ev işlerini daha küçük yaşta öğrenmesi adına daha faydalı olur demek suretiyle, dönemin sosyal ve inançsal dinamiklerine hukukilik kazandırmaktadır."

Bilindiği üzere, velayet sorunu aynı zamanda, çocuk ile onun velayetinin verildiği eş arasındaki gelecekte hep kurulması beklenen duygusal bağı da ifade eder. Bu duygusal bağın en iyi şekilde bu iki kişi arasında kendini hep sıcak tutması çocuk ile kendisinin velayetinin verildiği eşin psikolojik açıdan uyumlu olmasına bağlıdır. Aslında her anne-baba ve çocuk arasındaki ilişki sevgiye dayanır; ancak ruhsal açıdan iyi bir portre sergilemeyen eşin çocuk üzerinde uyandıracığı hava olumlu olmayacağına binaen diğer eşin velayeti almada biraz daha avantajlı duruma geçtiği söylenebilir. Anlaşmalı boşanmada veya diğer boşanma kurumlarında eşler arasında düzenlenecek sözleşmelerde hakimin de denetim sırasında göz önünde bulunduracağı en önemli hususlardan biri de bu realite olacaktır. O zaman hakim, özellikle kusur tartışmasının yoğun olacağı TMK 184/4. hükmü uyarınca eşler arasında yapılan sözleşmeye ilişkin gerçekleştireceği denetimde çocukla kuracağı duygusal bağın en iyi olacağı eşi belirlemesi için, evlilik birliğini davranışlarıyla çekilmez kılan eş tespit etmeye yönelik bir öngörü de bulunmalıdır. Bu durumda hakim ister istemez diğer unsurların yanı sıra kusur araştırması da yapacaktır. Ancak bu kusur araştırması çok detaylı olmayıp sadece yüzeysel bir incelemeyi teşkil edecektir.³²¹ Yoksa, her ne daha ağır kusurlu olmasına rağmen bir eş velayeti diğer ölçütler bakımından öbür eşten daha fazla hak edebilir.

İştirak nafakasında da yine kendisine velayetin verilmediği tarafın çocuğun eğitim-öğretim ve birtakım zorunlu masraflarına uygun olduğu ölçüde katılımı sağlanacaktır.

e- Boşanmanın Fer'i Hükümlerine Dair Yapılan Sözleşmelerin Hakim Tarafından Tasdiki

Boşanmanın fer'i sonuçlarına ilişkin taraf iradelerini önemseyen kanun koyucu, eşlere bu hususlarda sözleşme imkanı tanımış; hakimi de devreye sokarak hem mali konular hem de çocuklar açısından iyi bir gelecek planlaması yapılması adına önemli bir denge oturtmuştur. İşte bu yüzden, hakimin yapacağı denetim büyük bir ehemmiyet arz etmekte olup bunun sonucunda vereceği karar da sözleşmenin hüküm doğurup doğurmayacağını belirleyecektir.

Öncelikle bu konuda klasikleşmiş bir kural olarak hakim tarafından onaylanmayan yan sonuç sözleşmelerinin muteber olmayacağını ısrarla tekrar etmek gerekir.³²² Buna göre; sözleşmenin sonuç doğurması için hakimin tasdiki şarttır.

³²¹ ÇANDARLI/BERKİ , a.g.e., s. 105

³²² "anlaşmalı boşanma şartı"

Eşler arasında düzenlenecek bu yan sonuç sözleşmelerinde mal rejimlerine ilişkin konuların yer almasının bir zorunluluk olup olmadığı ise tartışmalıdır.³²³ Bir kısım müellifler, bunların sözleşmede bulunmasını şart koşarken bir kısım müellifler ise mal rejimlerinin boşanmanın fer'ileri olmadığından bahisle bunların sözleşmede yer almasının şart olmadığını; hatta yer almamasının bir şart olduğunu dile getirmektedirler. Çünkü, bu konulara ilişkin talepler ancak boşanma hükmü kesinleştikten sonra karara bağlanabilmektedir. Bazı yazarlar ise, mal rejimleriyle alakalı hususların sözleşmede yer almasının bir şart olmadığını vurgulamakla beraber eşler sözleşmede yer verilmesi halinde bunların da hakim dikkatinden kaçmaması gerektiğini ifade etmektedirler. Aslına bakılırsa, Yargıtay'ın da bu konudaki görüşü davaya göre değişiklik arz etmekte; yüksek mahkemenin bu sorundaki tavrında belli bir oy birliği sağlanamamaktadır.³²⁴

Daha önce defalarca değindiğimiz gibi taraf ve çocuk menfaatlerinin gerektirdikleri ile sözleşmeler hukukunda vaz edilen temel ilke ve kurallar, hakim tarafından onay denetiminde göz önünde bulundurulacak en önemli hususlardandır.

Belirtilmelidir ki; taraflar hakim onayından önce sözleşmede değişiklikler yapabilecekleri gibi, yapılması istenilen değişikliklerin hakim tarafından da incelenmesini isteyebilirler.

Onay aşamasında; hakim, sözleşmede değişiklik öngördüğünde ve sözleşmeyi de bu değişik haliyle taraflara sunduğunda, tarafların bu müdahaleyi kabul etmemesi halinde, re'sen hareket ederek sözleşmeyi hükümsüz kılar ve boşanmanın fer'ine ilişkin konularda normal bir boşanma davasında karar aşamasında takdir gücünü nasıl kullanacak ve hangi ölçütleri göz önünde bulunduracaksa o şekilde hareket eder.³²⁵ Çünkü TMK 184/4.hükmü uyarınca boşanmanın fer'ine ilişkin tasarrufların sonuca bağlanmasında ilke olarak benimsenen fonksiyon, kusur araştırılması ve diğer ölçütlerin göz önünde bulundurulacağı bir hakim tahkikatıdır. Oysa, anlaşmalı boşanma davasında ilke, tarafların iradesinin işlevselliği olduğu için böyle bir durumda hakim, taraflara birbirleriyle anlaşmayı ve kendilerine sunduğu değişik haliyle sözleşmeyi kabul etmelerini önerir.³²⁶

Yukarıda da değindiğimiz haliyle anlaşmalı boşanma dışında diğer boşanma kurumlarında boşanmanın fer'ilerinin karara bağlanmasına ilişkin ilke olarak benimsenen, hakim kararına ve takdirine öncelik verilmesi olduğu için tarafların bu sözleşmede anlaşmalı boşanmadaki gibi mali konuların ve çocukların durumunun bütünü düzenlemesi şart değildir. Taraflar, bu sözleşmede kendilerince sonuca bağlayabildikleri hususlara yer verip diğerlerini hakim takdirine bırakabilirler. Ancak yoksulluk nafakası hususunda herhangi bir düzenleme yapmamaları ve dava sırasında yoksul düşen eşin buna ilişkin talebini sözlü olarak

³²³ ÇANDARLI/BERKİ, a.g.e., s. 96

³²⁴ GENÇCAN, a.g.e., (2), s. 587, "...dava Medeni Kanununun 166/1.maddesine dayanılarak açılmıştır. Taraflar velayet ve mallar konusunda anlaşmamışlardır. Eşler tek bir konuda anlaşmamış olsalar dahi, Medeni Kanununun 166/3.maddesi uyarınca boşanmaya karar verilemez.", Yargıtay'ın bu görüşüne Ömer Uğur Gençcan katılmamaktadır.

³²⁵ YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s. 73, CEYLAN, a.g.e., s. 135

³²⁶ "anlaşmalı boşanmanın temel mahiyeti.", GENÇCAN, a.g.e. (2), s. 548

belirtmemesi, hakim tarafından re'sen dikkat çekilecek husus olmadığı için yoksulluk nafakası verilmemesi sonucunu doğuracaktır.

II- Mehir Borcu

a. Genel olarak

Daha önce de açıkladığımız gibi, İslam hukuku diğer tabii hukuk anlayışlarıyla paralel olarak, boşanma müessesesini hoş karşılamamaktadır.³²⁷ Nitekim Hazreti Muhammed (sas) bu tespiti karşılar surette; “Allah’a en sevimsiz olan helal, talaktır.” demiştir.³²⁸ Hakeza, İslam’ın kutsal kitabı Kur’an da “karılarınız size itaat ederse, onları incitmeye bahane aramayın.” Şeklindeki bir ayetiyle de, yine belirttiğimiz ifadeyi açıklar niteliktedir.³²⁹

Yukarıda yaptığımız genel açıklamadan sonra özel olarak mehre geçecek olursak; mehir, İslam hukukunda kocanın karısını keyfî olarak boşamasını engellemek için ileri sürülen bir şart olarak görülmektedir.³³⁰ Kadının boşanma ve ölüm halinde korunması için mehir tayini gerekir. Nitekim Medeni Kanunda yapılan değişiklik ile, “ anlaşmalı boşanma” halinde, özellikle kadının korunması için boşanmanın ferî sonuçları sözleşmesinin hazırlanmış olması ve hakimin tasdikine sunulması aranır. İslam Hukuku bunu başlangıçta aramıştır.

İslam Hukukunda kural olarak kadına boşanma ve butlan tazminatı (mehir) verilmelidir. Aksine haklı ve önemli bir gerekçe olmadıkça, evlilik sırasında kendisine sağlanan konuttan da çıkarılmamalıdır.³³¹ Bu görüş ise çok kabul gören bir görüş değildir.³³² Kadın mehir borçlusu değil alacaklısı olduğundan ileride mehir alacağı konusunda ihtilaf çıkmaması için, kadın boşanmak istiyorsa dava yolu ile boşanmalıdır. Erkek evlilik birliğinin sarsılmasından sorumlu ise, kadın “mehir” ini de alır, sadece kocasından soğuduğu için boşanmak istiyorsa mehrinden vazgeçerek boşanabilir. Bu konuda anlaşmalı boşanmada mümkündür.³³³

³²⁷ “İslam dininde boşanma, Allah’ın en sevmediği bir helal olarak kabul edilmektedir.”

³²⁸ Resulullah (asm) Müslüman ailelere boşanmayı tavsiye etmez ve bu konuda;

“Allah’ın en ziyade nefret ettiği mübah..” cümlesini sarfetmiştir., Kütüb-i Sitte, sorusor- cevapbul.com

³²⁹ Mehmet Akif Aydın, İslam - Osmanlı Aile Hukuku, s. 103, GENÇCAN, a.g.e., s. 92

³³⁰ Hüseyin Hatemi, İslam Hukuku Dersleri, s. 119

³³¹ HATEMİ, a.g.e., s. 120

³³² HATEMİ, a.g.e., s. 121

³³³ HATEMİ, a.g.e., s. 121

Bizce erkek ve kadının yaratılışları gereği ve bunu da bir sonucu olarak fiziksel, ruhsal ve toplumdaki fonksiyonel yapılarına göre hak ve mükellefiyetler yükleyen İslam Hukukunda mehir borcunun öngörülmesi eşler arasında olan adalet mekanizmasının işlemesine hizmet eder. Sosyal hayatta daha pasif ve buna bağlı olarak yetki ve hakları daha kısıtlı olan kadınla, erkek arasındaki bu dengesizliğin giderilmesini sağlamaya yöneliktir. Dolayısıyla İslam hukukunun kendi farklı yorumları içerisinde “mehir” kurumunun adalet sağlayıcılığı kıyaslaması yapılabilir. Ancak bu kıyaslama, islam hukukunda söz konusu olacaktır. Erkek ile kadın arasında, birbirleriyle girecekleri işlemlerde herhangi bir ayırım öngörmeyen ve dolayısıyla yaratılış ve toplumsal gerçekleri bu işlemlerden soyutlayan modern hukukta böyle bir kurumun düzenlenmesi zaten etkisiz kalacağından, mehir borcunun “örnek gösterilecek bir adalet kurumu” varsayımı sonucuna ulaşılamayacaktır.

Kur’an öğretmek taahhüdü Şiiler ve Şafilere dışında kalan müelliflerce geçerli bir mehir müessesesi olarak görülmemektedir.

Mehir mevzusunun bizi ilgilendiren ciheti ise, 743 sayılı Medeni Kanununun yürürlüğe girmeden kadına verme mükellefiyeti altına girilen mehir borcunun, bu kanun döneminde gerçekleştirilen boşanma davalarında kadına ödenmesinin gerekip gerekmeyeceğidir.

b. Mehir Borcunun Yan Sonuç Sözleşmesinin Kapsamına Girip Girmeyeceği Meselesi

Öncelikle mehrin nikah sözleşmesinin bir şartı mı yoksa sonucu mu olduğu tartışmasına değinmek gerekir.

Maliki hukukçulara göre mehir, nikah sözleşmesinin şartlarından bir olduğundan mütevellit kendi içinde mehir kararlaştırılmasını içermeyen bir nikah sözleşmesi geçersizdir. Bu yaklaşım, diğer bütün geçerlilik şartlarını taşısa bile salt mehri kendi içinde ihtiva etmediği için nihah sözleşmesini çok kolay bir şekilde geçersiz olarak nitelemesi bakımından biraz radikal bir yaklaşımdır.³³⁴ Maliki müçtehidlerinin bu konudaki yaklaşımı şüphesiz İslam’ın mehre ne kadar önem verdiğini göstermek içindir fakat lafzi üstünde “evlilik birliğinin temel neticelerinden biri”³³⁵ olarak sayılması açısından mehir, zaten kendiliğinden eşlerin iradesinden bağımsız bir şekilde nikah sözleşmesinde vuku bulduğu için kalıbının biraz daha katılaştırılmasının bir manası yoktur.

Günümüz hukukunda nikah sözleşmesinin geçerlilik kazanması için tarafların buna ilişkin karşılıklı ve birbirine uyan beyanlarını resmi memur önünde tecelli ettirmeleri şarttır.

³³⁶Ancak, yüzyıllar boyunca toplumumuzun ilişkilerini tanzim eden İslam Hukuk ve Geleneği, her ne kadar resmi hayattan soyutlanmasına rağmen toplum hayatımızda ve ekseriyetle muhafazakar ve mütedeyyin kesmin yaşadığı bölgelerde etkisini hissettirmeye devam ettirdiği

³³⁴ YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s. 98

³³⁵ AYDIN, a.g.e., s. 103-104

³³⁶ YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s. 97-98, “bu aynı zamanda sözleşmeler hukukundan doğan bir şarttır.”

içindir ki; evlilik birliğinin kurulmasında sadece resmi makamlar değil aynı zamanda “ imam nikahı” gibi dini, geleneksel müesseseler de aktif rol oynamaktadır.³³⁷ Bundan bahisle, dini nikahın da devreye girdiği evliliklerde söz konusu olabilen mehir borçlanması mevzusunun pozitif hukuktaki teknik karşılığının da belirlenmesi elzemdir.

Anlaşmalı boşanmanın hukukumuzda girişinin en temel gayelerinden biri nasıl ki kadını korumak olmuş ise³³⁸; mehir müessesesi ile İslam Hukuku da kadını, erkeğin onu keyfi boşanmasından veya boşandıktan sonraki maddi zorluktan korumak gayesi gütmüştür.³³⁹

Mehir borçlanmasının temel işlevi, boşandıktan sonraki hayatında kadını korumak olduğu düşünüldüğünde, anlaşmalı boşanma davasında hakimin de uygun görmesi ile beraber, kadın lehine mehir bedelinin verilmesinin hukuki bir sakıncası olmayacağı ortaya çıkacaktır. Zira, mehirin pozitif hukuk tekniği açısından karşılığının, sağlararasıda sonuç doğurma kabiliyetine haiz ve bir tarafın diğer tarafa malvarlığından bir değer bağışlamayı üstlendiği bir “ bağışlama sözleşmesi” olduğunu vurgulamak gerekir. Dolayısıyla hukuk düzeninde eşler arasında boşanmayla birlikte bir anlam ifade edeceği kararlaştırılan –ki burada eşler arasında tecelli eden irade uyuşmasının İslam hukukunun bu konudaki emrinin bir etkisi olduğu unutulmamalıdır- ve geçerli bir sözleşmeyle doğan bir borca anlaşmalı boşanma davasında da hakimin kayıtsız kalması düşünülemez.³⁴⁰ Bu sebeple, mehirin varlığından ve bir bağışlama sözleşmesi olarak geçerliliğinden şüphe edilmemesi gereken hallerde anlaşmalı boşanma davasında da hakimin bu konuyu hükme bağlaması gerekir.³⁴¹

Yargıtay’ın da mehirin bir bağışlama sözleşmesi olduğu yaklaşımını hukukileştiren kararları vardır.³⁴²

³³⁷ YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s. 98

³³⁸ YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s. 98,

³³⁹ GENÇCAN, a.g.e., s. 92, AYDIN, a.g.e., s. 103

³⁴⁰ YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s. 98

³⁴¹ YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s. 98

³⁴² “...davacının davası bir eda davası niteliğinde olup, davalıda kaldığı iddia edilen eşya ve altınların aynen iadesi olmazsa bedelinin tahsili istenmiştir. Mahkemece bu eda davasının kabulüne yani aynene iade ya da tahsiline istemin reddine dair bir karar verilmelidir. Mahkemece bir kısım altınlara ve taşınmaza ilişkin davanın reddine karar verilmiş ancak **MEHİR SENEDİNDE YAZILI ALTIN VE EŞYALAR** ile ilgili kabul ya da redde ilişkin bir karar verilmemiş; bu altın ve eşyaların tarafların müşterek mülkiyetinde olduğunun tespitine karar verilmiştir. Davacı tarafça açılan bu eda davasında olumlu ya da olumsuz bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile tespit kararı verilmesi doğru olmadığından hükmün bozulması gerekmiştir..”,Y6HD,2006/7535 E.N,2007/10553 K.N.,karara.com

SONUÇ

Evlilik, her zaman kendini oluşturan kişiler, bu kişilerin birliktelik içerisinde kendi aralarında kurmuş oldukları olumlu-olumsuz ilişkiler gibi temel sacayaklar üzerinde oturtulan; geçmişten günümüze kaynakları ne olursa olsun, herhangi bir akıl veya mantık sistematiğine dayanıp dayanmadığına bakılmaksızın hemen hemen bütün hukuk düzenlerinin ona karşı kayıtsız kalmayarak başlangıcını-birliktelik sırasındaki ilişkilerini-sonunu düzenleme ihtiyacı götüğü en temel birlikteliklerden biridir.

Biz de bu çalışmamızda, başından beri evlilik birliğinin sona erme şekillerinden biri olan boşanmanın alt görünülerinden “anlaşmalı boşanma”yı; sona eren birliktelikten sonraki hayatlarında eşlerin mali dengelerini ve çocuklarının durumlarını düzenleyebilecekleri “boşanmanın yan sonuç sözleşmeleri”ni, her zaman evliliğin temel dinamiklerine vurgu yaparak, göndermede bulunarak incelemeye çalıştık.

Anlaşmalı boşanma, Türk Medeni Kanununu’nun 166/3. maddesinde düzenlenen bir boşanma şekli olup aslında evliliğin yukarıda anlattığımız temel mahiyetiyle örtüşür biçimde, toplumsal ihtiyaçların da gerektirmesiyle beraber hukuk düzenimize ve özelde boşanma hayatımıza girmiş önemli bir kurumdur. Hukuk düzenimize yeni girmesi hasebiyle uygulamada birtakım sıkıntıların doğmaması adına “anlaşmalı boşanma” müessesesini ilmi yönden detaylı bir şekilde ele almak elzemdir. Buna göre anlaşmalı boşanmanın amacına ulaşılması, teorik düzlemde değinildiğinden çok daha uygulamasal sorunun çözülmesini gerektirmektedir. Aslında, Türk Toplumunu anlaşmalı boşanmaya yabancı değildir. Çünkü önceki hukuk sistemimizde pratik hayatta “ muhaalaa” adı verilen boşanma usulü ile pek çok evlilik birlikteliğine son verildiği söz konusudur. O zaman, dayanağı toplumun kökeninde olan bir hukuki anlayışa hali hazırdaki yargı mekanizmasının ayak uydurması için büyük bir potansiyelin mevcut olduğunu; bu konudaki toplumsal ve kurumsal tikanıklıkların çözülmesi için yapılacak arayışta köken olarak bize yabancı gelen hukuk düzenlerine öncelik vermek yerine mevcut toplumun yapıtaşlarına uygun önceki hukuk sistemimizde aynı konuya nasıl yaklaşıldığını saptayıp, orijinal çözümler üretmek, kanımızca daha akılcı ve işlevsel olacaktır.

Evlilik birliğinin sona erdirilmesinin zaten insan da olumsuz duyguları tetikleyici ve kaçınılmaz bir olgu olduğu düşünüldüğünde hiç değilse bunun hem eşlere hem çocuklara hem de kamu düzenine en az zarar vererek gerçekleştirilmesi için önem ifade eden anlaşmalı

boşanma, bu konuda aslında toplumsal birtakım infiallerin önüne geçmiştir. ESRA PINAR YILMAZ BİLGİN'in³⁴³ de dediği gibi, eşlerin uzun zaman boyunca zeten evlilik birliğinde nihayet diyemedikleri “menfaat çatışması” çeşmekeşliğinin, toplumsal veya normalsal nedenlerle bitmek bilmeyen uyuşmazlıkların mekanı olmuş ve bundan mütevellit işlevini hızlı bir şekilde yerine getirme kabiliyetini yitirmiş yargı mekanizmasına taşınması, en çok geleceğimizi temin etme potansiyeline sahip aile çocuklarına zarar vermekte; bunun da etkisi sonunda topluma sirayet etmektedir. Hal bu iken, anlaşmalı boşanma kurumuna başvurmanın bir hak olarak tanınmaması söz götürmez bir şekilde kamunun dirliğini - esenliğini tehlikeye atmak olurdu. Ayrıca eşleri, evlilik birliğinde meydana gelen maddi vakılarda kimin kusurlu olup kimin olmadığını zorla araştırmaya sevkeden diğer boşanma kurumlarının içine hapsetmek, onların evliliği sona erdirmeye iradesine ve isteğine aykırı olacağı için, bireyin iradesine ve faaliyet alanlarında kendine değeri yadsınamaz surette özgürlük tanıyan “modern birey teorisi” nin de ihlal edileceğini gösterecektir. Bütün bunlardan hareketle; anlaşmalı boşanma kurumu, özellikle eşlerin iradesinin etkili olmasını sağlaması münasebetiyle, modern “birey teorisi” yaklaşımına kendi alanında daha uygundur. Dolayısıyla, anlaşmalı boşanmanın günümüzde gerçekleştirilen boşanma usullerinden en yaygın olanlarından biri olması sevindiricidir.

Anlaşmalı boşanmanın en temel hususiyetlerinden biri olan “ eşlerin aynı yöndeki iradelerinin etkililiği ” durumunu da sonuca kavuşturmak gerekir. Şöyle ki; 21. yy. insanı, artık eski yüzyıllara nazaran biraz daha kendini aktif kılmış ve kendi üzerinde tahakkümünü hissettiği birtakım beşeri veya doğüstü güçlerin etkisinden kurtulmaya kendini meylettirmiş bir profildedir. Bu halinin doğruluk payının üzerinde durulmaksızın, insanların kendilerini ön plana çıkarmalarına hukuk sistemlerinin de kayıtsız kalmayıp, bu ahvale uygun hukuk teknikleri geliştirmeleri gerekir. İşte anlaşmalı boşanma davasında eşlerin iradesine bu derece tanınan üstünlük, modern zamanın insan görüntüsünün hukuk sistemlerine yansıyan en önemli örneklerinden biridir. Bu durumda, kendi dönemindeki hukuk sistemlerinden farklı olarak, İslam Hukuku'nun eski zamalarda beridir; eşlere, kendi serbest iradelerini aynı yönde uzlaştırmaları imkanını sağlayıp bunu da “muhalaa” adı altında sistemleştirmesi ve disiplinleştirmesi, kendinin ne kadar rasyonel ve insan mahiyetine uygun bir hukuk sistemi olduğunun göstergesidir.

Medeni Kanunumuzun 166/3. maddesinde düzenlenen anlaşmalı boşanma kurumunun en temel öğelerinden biri hiç şüphesiz, eşlerin karşılıklı ve birbiriyle uyuşan iradelerini, evlilik birliğinin sona ermesinden sonra hayatlarının nasıl şekilleneceğini belirlemede etkili kılmasıdır. Bu ise, eşlerin kendi maddi gelecek dengelerini belirleyen mali konuları ve çocukların boşanmadan sonraki durumunu düzenleyen bir sözleşmeyle mahkeme huzuruna çıkmasıyla fonksiyonel hale gelir. Ancak teoride ifade edilebildiğinden daha fazla bu işlem uygulamada birtakım tartışmaları da gündeme getirecek kadar içinde karışıklık barındırmaktadır. Şöyle ki; anlaşmalı boşanmada eşler arasında düzenlenen bu sözleşmenin unsurlarına ilişkin mahkeme sırasında eşler arasında en ufak bir anlaşmazlık davanın çekişmeli

³⁴³ YILMAZ BİLGİN, a.g.e., s. 102

yargılamaya dönmesine sebep olmaktadır. Bu durum da, eşlerin hiç istemediği bir mahkeme sürecini ifade ettiğinden, tarafların, bu davanın geçmişe etkili olarak iptal edilmesini sağlayarak kendi istedikleri bir şekilde yürümesini isteyecekleri yeni bir anlaşmalı boşanma davası daha açmak zorunda kalmalarına ve ayrı bir dava için de mahkeme masrafı ödeme yükümlülüğü altına girmelerine sebep olmaktadır. Halbuki; belki de mahkemede uyuşmazlığa düşülen husus üzerinde taraflara yeniden düşünme fırsatı tanıyıp çekişmesiz yargılama sürecini ayakta tutmak daha iyi olacaktır. Zira, gerçekten de pratik hayatta kontrol edildiğinde, eşlerin sözleşmedeki esasları, o anki durumun onlar üzerinde oluşturduğu psikolojik baskı ve hukuki bilgi yetersizliği sebebiyle olgunca düşünemedikleri ortaya çıkmakta; eğer bu yanlış tavrı benimsemeselerdi daha isabetli karar alacakları ve dava aşamasında uyuşmazlığa düşmeyecekleri saptanmaktadır. Hal bu iken, hukuk normlarının da eşlere bu konuda daha iyi düşünebilmeleri, kendi ve çocuklarının maddi ve manevi gelecekleri hakkında daha isabetli karar almalarını sağlayacak hukuk tekniklerini içermeleri; anlaşmalı boşanma ve bu kurumun en temel sacayaklarından biri olan ya sonuç sözleşmesinin işlerlik kazanması adına ehemmiyet arz edecek nitelikte bir tedbir olarak göze çarpmaktadır. Örneğin; eşler arasında yapılan bu sözleşmenin geçerlilik kazanması için yazılılık şartı; hatta bunun da yetkili ve teorik donanıma sahip bir kişi huzurunda yapılması şartı getirilebilir. Nitekim, eşlerin bu konudaki teorik ihtiyacının, verdiği bilgi tartışılır platformlardan karşılanması, yukarıda değindiğimiz istenmeyen sonuçların doğmasına ortam hazırlayan nedenlerdendir.

Anlaşmalı boşanmanın en önemli maddi unsurlarından birinin, eşlerin bu kurum kapsamında mahkemeye herhangi bir şekil şartına bağlı kalmadan mali dengelerine ve çocukların durumuna müteallik sunmaları gereken “ boşanmanın yan sonuç sözleşmeleri ” olduğunu belirttik. Şimdi ise bu yan sonuç sözleşmelerinin başka boşanma sebeplerinde de eşler tarafından düzenlenebileceğini ifade etmemiz gerekecektir. Anlaşılan o ki; kanunkoyucu, eşlere öteden beri kendi iradelerini yansıtan ve boşanmanın fer’ilerine yönelik sözleşme yapma yetkisi vermesi, onların evlilik birliği süresince vuku bulan maddi vakıa ve olgulara dış dünyadan ve nihayetinde devletten daha vakıf olmalarından mütevellit bu birliğin sona ermesinin birtakım sonuçlarının da yine onlar tarafından belki daha iyi tanımlanacağını düşünmesindedir. Zaten bu konuda onların irade uyuşmalarına önem verilmemesi abes olurdu. Ayrıca bu sözleşmelerin boşanma davasında hakimnin de varacağı karar odaklarında ona yol gösterici olması ve davanın eşler arasında en fazla menfaat çatışmasına neden olan hususlarda tıkanmaması adına önemli bir fonksiyonu icra ettiği de söz götürmez bir gerçektir.

Sonuç olarak, anlaşmalı boşanma davasında varlığı bir şart olan; diğer boşanma davalarında ise düzenlenmesi tarafların takdirine bırakılmış “ boşanmanın yan sonuç sözleşmeleri ”, günümüzde boşanma davaları alanında yukarıda lafzını ettiğimizden çok daha fazla işleve sahip olmakta; özellikle, belli bir duygu birliği istikrarını devam ettirmeye niteliği açısından imkan vermeyen ve tarafların hemen sonlandırmak istediği evliliklerde de, karşımıza çıkması kuvvetle muhtemel hukuk tekniği olarak önemli bir mahiyet arz etmektedir.

KAYNAKÇA

AKINTÜRK, Turgut (2008). Aile Hukuku. Beta Yayınları, İstanbul

AKINTÜRK, Turgut (1996). Aile Hukuku. A.Ü.F.H. Yayınları, Ankara

AKINTÜRK, Turgut (2016). Aile Hukuku. Beta Yayınları, İstanbul

ARSLAN, Ramazan - YILMAZ, Ejder – TAŞPINAR AYVAZ, Sema (2016). Medeni Usul Hukuku. Yetkin Yayınevi, Ankara

ARAL, Vecdi (1991). Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, Filiz Kitabevi, İstanbul

AYDIN, Mehmet Akif (1985). İslam - Osmanlı Aile Hukuku. İstanbul

BAŞARAN, B. (1999). Ailenin Yargılama Hukuku. Mevzuat Dergisi. Yıl-2. Sayı.15.

CEYLAN, Ebru (2006). Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları. Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul

CİN, Halil (1985). Eski Hukukumuzda Boşanma. Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya

ÇANDARLI, Zahid - BERKİ, Osman Fazıl (1949). Medeni Kanun ve Devletler Hususi Hukukunda Boşanma - Ayrılık ve Buna Mütedair Yargıtay Kararları. Güney Matbaacılık, Ankara

ÇİVİ, Ali (2007). İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Alınışının 80.yılı. Entegre Matbaacılık. İstanbul

DURAL, Mustafa - Öğüz, Tufan - Gümüş, Mustafa Alper (2015). Türk Özel Hukuku (Aile Hukuku). Filiz Kitabevi, İstanbul. Cilt.III

DURMUŞ, Betül (2016). Bireysel Başvuru Kararlarında Demokratik Toplumda Gereklik Ölçütü. Güncel Hukuk Dergisi. İstanbul

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

ERGÜN, Zafer (2009). Boşanma Davaları, Adalet Yayınları. Ankara 4.bası

ESENER, Turhan (1951). Boşanmanın Fer’i Neticelerine Dair Mukaveleler, AÜHFD. C.V III, S.3-4

GENÇCAN, Ömer Uğur (2006). Boşanma Hukuku. Seçkin Yayıncılık, Ankara

GENÇCAN, Ömer Uğur (2006). Boşanma (tazminat-nafaka) Hukuku. Seçkin Yayıncılık, Ankara

GÜRSOY, Kemal Tahir (1975). Türk Hukukunda Rıza İle Boşanma. A.Ü.H.F. Yıl Armağanı, Ankara

HATEMİ, Hüseyin - OĞUZTÜRK, Burcu Kalkan (2016). Aile Hukuku. Vedat Kitapçılık, İstanbul

HATEMİ, Hüseyin (2012) İslam Hukuku Dersleri. Sümer Kitabevi, İstanbul

KAÇAK, Nazif (2010). Boşanmada Mal ve Paraların Paylaşımı. Seçkin Yayıncılık, İstanbul

KILIÇOĞLU, Ahmet (2016). Aile Hukuku. Turhan Kitabevi, Ankara

KÖSEOĞLU, Bilal - KOCAAĞA, Köksal (2009). Aile Hukuku Ve Uygulaması - Bilimsel Görüşler ve Yargı İçtihatlar. Türkiye Barolar Birliği Yayınları

KURU, Baki (2016). İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku. Legal Yayınevi, İstanbul

KÖPRÜLÜ, Bülent – KANETİ, Selim (1985-1986). Aile Hukuku. Özdem Kardeşler Matbaası, İstanbul

ÖZDEMİR, Nevzat (2003). Türk - İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma. Beta Yayınları, İstanbul. I.Bası

ÖZEKES, Muhammet (?). Çekişmesiz Yargı. Türkiye Adalet Akademisi HMK Toplantısı. metinozderin.av.tr

ÖZUĞUR, Ali İhsan (2013). Boşanma, Ayrılık Ve Evlenmenin İptali Davaları-Evlilik Birliğini Sona Erdiren Sebepler. Seçkin Yayınevi, Ankara

ÖZTAN , Bilge (2016). Aile Hukuku. Turhankitabevi, Ankara

ÖZTÜRK, Ali (2015). Aile Hukukunda Ayrılık. Legal Yayınevi, İstanbul

RÜZGARESEN, Cumhur (2013). Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi. Legal Yayınevi, Ankara

ŞANVER, Şerafettin (2009). Evliliğin Kırmızı Çizgileri-Boşanma Davaları El Kitabı. Bilge Yayınevi, Ankara

ŞEKER, Hilmi (2012). İlkeler Işığında Ön İnceleme Kurumu. İstanbul Barosu Yayınları

TEKİNAY, Selahattin Sulhi (1982). Türk Aile Hukuku. Fakülteler Matbaası, İstanbul

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet (1950). Türk Medeni Hukuku (Aile Hukuku). İstanbul Matbaacılık, İstanbul

YALÇINKAYA, Namık - KALELİ, Şakir (1988). Yeni Boşanma Hukuku. Türk Hava Kurumu Basımevi, Ankara

YEŞİLOVA, Bilgehan (?) Yargılama Diyalektiği, TBB Dergisi, barobirlik.org.tr.

YETİK, Nurten (2006). Açıklama ve Yargıtay Kararları İle Boşanma, Anlaşmalı Boşanma ve Mal Rejimleri. Bilge Yayınları, İstanbul

YILMAZ, Ejder (?). Usul Ekonomisi, ankara.edu.tr

YILMAZ BİLGİN, Esra Pınar (2016), Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma. Onikilevha Yayıncılık, İstanbul

ZEVKLİLER, Aydın - GÖKYAYLA, Emre (2016). Borçlar Hukuku Özel Hükümler. Turhan Kitabevi, Ankara

ZEVKLİLER, Aydın (1986). Medeni Hukuk. D.Ü.H.F. Yayınları, Diyarbakır

WEBSİTELERİ

www.kararara.com/forum/viewtopic.php?+-47&=4558

www.kararara.com/yargitay/6hd/yrgtyk8877.htm

www.kararara.com/forum/viewtopic.php?htmlf=38&t=3583

www.kitaplar.ankara.edu.tr/dosyalar/pdf/385.pdf

www.dergiler.Ankara.edu.tr./dergiler/38/263/2367.pdf

www.tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2010-86-577

www.mevzuatdergisi.com/1999/o3a/04.htm

www.tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2010-86-577

<http://ilknurtemel.av.tr/boşanmadaki-hukuki-sebep-islahla-değiştirelemez>

EKLER

ANLAŞMALI BOŞANMA PROTOKOL ÖRNEĞİ

İSTANBUL () AİLE MAHKEMESİ SAYIN HAKİMLİĞİ'NE, ANLAŞMALI BOŞANMA PROTOKOLÜ

Davacı eş ADINIZ SOYADINIZ ve davalı eş EŞİNİZİN ADI SOYADI karşılıklı olarak anlaşma sureti ile boşanmaya karar vermiş olup işbu protokol taraflar arasında tanzim edilmiştir. Bu protokol uyarınca;

I. BOŞANMA HUSUSU:

Davacı ADINIZ SOYADINIZ tarafından davalı eş EŞİNİZİN ADI SOYADI aleyhine açılan boşanma davası davalı eş tarafından kabul edilmiştir.

II. VELAYET:

Tarafların evlilik birliğinden doğan müşterek çocuk'nın velayeti anneye verilecektir. Müşterek çocuğun velayetinin anneye verilmesi hususunda taraflar tam bir mutabakat içindedir.

III. NAFKA VE TAZMİNAT HUSUSU:

1. Davalı baba, çocuk için her ay toplamda 1,000.00.-TL (BinTürkLirası) nafaka ödeyecektir. (Nafaka bedeli her yılın 1 Ocak tarihinde geçen yılın TÜFE oranında arttırılacaktır.)
2. Ayrıca müşterek çocuğun mevcut Koleji'ndeki (veya her hangi bir özel okulda) eğitim giderinin tamamını (Okul taksitleri, okul servisi, yemek ve kitap giderleri ve bu giderlerin her türlü vergileri) davalı baba ödemeyi kabul ve taahhüt etmiştir. Ödemelerin zamanında yapılmaması halinde davacı eş işbu paraları öder ve davalı eşe rücu eder.
3. Davalı eş, müşterek çocuğun özel sağlık sigorta poliçelerini aynı şartlarda devam ettirmeyi ve bu poliçeye ilişkin prim bedellerini ödemeye kabul ve taahhüt etmektedir.
4. Tarafların karşılıklı olarak birbirlerinden maddi, manevi tazminat ve nafaka talepleri bulunmamaktadır.

IV. ORTAK MALLAR VE KİŞİSEL EŞYA PAYLAŞIMI:

Taraflar ortak malların ve kişisel eşyaların paylaşımı konusunda tam bir mutabakat içindedir;

1. ... adresindeki dairede mevcut ev eşyalarının tamamı davacı eşe bırakılacaktır.
2. Trafikte davacı eş adına tescilli bulunan ... plakalı ... marka otomobil davacı eşe ait olacaktır.
3. Trafikte davalı eş adına tescilli bulunan ... plakalı ... marka otomobil davalı eşe ait olacaktır.

Yukarıda belirtilenler haricinde başka bir ortak mal bulunmamaktadır.

V. ÇOCUKLA ŞAHSİ MÜNASEBET:

Davalı baba müşterek çocuğunu normal zamanlarda;

1. Her hafta sonu Cuma akşamı saat 19.00'dan Pazar akşamı 19.00'a kadar kendi ikametgâhında kalmak sureti ile görecektir,
2. Her ayın ikinci hafta sonu Pazar günü davacı eş ile geçirecek,
3. Dini bayramların ilk iki gününde,
4. Milli bayramların yarım gününde,
5. Kış sömestir tatilinin 1 haftası ve
6. Yaz tatilinde ise dört hafta süresince davalı babanın müşterek çocuğu görmesi hususunda davacı eş ile mutabakata varılmıştır.

Beş maddeden oluşan iş bu protokol kendi içinde bir bütündür ve taraflarca hiçbir etki ve baskı altında kalmaksızın .../.../2015 tarihinde imza altına alınmıştır. Herhangi bir nedenle anlaşarak boşanma gerçekleşmediği takdirde hükümsüzdür. Tarafların birbirlerinden avukatlık ücreti ve mahkeme masrafı talebi bulunmamaktadır. ³⁴⁴

³⁴⁴

<http://www.akkaslaw.com/avukat-anlasmali-bosanma-protokolu-ornegi.html>

