

T.C.
İSTANBUL AYDIN ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



TÜRK HUKUKUNDA ANLAŞMALI BOŞANMA

YÜKSEK LİSANS TEZİ

ŞEYDA ŞANLI YALIN
(Y1412.220006)

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Ebru CEYLAN

TEMMUZ 2017

ÖNSÖZ

Tez çalışmam sırasında kıymetli bilgi, birikim ve tecrübeleri ile bana yol gösterici ve destek olan değerli danışman hocam sayın Doç. Dr. Ebru CEYLAN'a, ilgisini ve önerilerini göstermekten kaçınmadığı için sonsuz teşekkür ve saygılarımı sunarım.

Çalışmalarım boyunca yardımını hiç esirgemeyen değerli eşim Tolga YALIN'a, değerli arkadaşlarım Sibel AYBAR'a, Seden DÜRÜSTKAN'a ve Burcu KANDEMİR'e teşekkürü bir borç bilirim.

Çalışmalarım boyunca maddi manevi destekleriyle beni hiçbir zaman yalnız bırakmayan değerli annem Sema ŞANLI'ya, babam Necdet ŞANLI'ya, abim Şükrü ŞANLI'ya da sonsuz teşekkürler ederim.

TEMMUZ,2017

Sevda ŞANLI YALIN

İÇİNDEKİLER

Page

ÖNSÖZ	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	v
ÖZET	vi
ABSTRACT	vii
1. GİRİŞ	1
BOŞANMA KAVRAMI VE KAPSAMI	
1.1. Kavram ve Kapsam Olarak Boşanma	2
1.1.1. Genel Olarak	2
1.1.2. Boşanmanın Kapsamı	3
1.2. Boşanmaya İlişkin Sistemler	4
1.2.1. Boşanma yasağı sistemi	5
1.2.2. Boşanma serbestliği sistemi	6
1.2.3. Hâkim kararıyla boşanma sistemi	6
1.3. Boşanmanın Dayanağını Oluşturan İlkeler ve Türk Medeni Kanununun Kabul Ettiği İlkeler	7
1.3.1. Boşanmanın dayandığı temel ilkeler	7
1.3.1.1. Kusur ilkesi	7
1.3.1.2. Evlilik birliğinin temelinden sarsılması ilkesi.....	8
1.3.1.3. İrade ilkesi	11
1.3.1.4. Elverişsizlik ilkesi	12
1.3.1.5. Fiili ayrılık ilkesi	13
1.3.1.6. Türk Medeni Kanununun benimsediği ilkeler	15
1.4. Boşanmanın Hukuki Niteliği	16
2. ANLAŞMALI BOŞANMANIN ŞARTLARI	
2.1. Türk Hukukunda Eşlerin Anlaşma Yoluyla Boşanması	18
2.1.1. Genel olarak	18
2.1.2. Şartları	21
2.1.2.1. Evliliğin en az bir yıl sürmüş olması.....	21
2.1.2.2. Eşlerin boşanmak üzere birlikte başvurmaları veya bir eşin açtığı davayı diğerinin kabul etmesi	26
2.1.2.3. Hâkimin tarafları bizzat dinlemesi	34
2.1.2.4. Hâkimin anlaşma şartlarını boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumları yönünden uygun bulması.....	39
3. ANLAŞMALI BOŞANMAYA KONU OLAN ANLAŞMALARIN SONUÇLARI VE YAN SONUÇLARI	
3.1. Anlaşmanın Özelliğinin Belirtilmesi.....	45
3.2. Hâkimin Onayına Kadar ve Onayından Sonra Sözleşmenin Durumu	49
3.2.1. Onay öncesinde	49
3.2.2. Onay sonrasında	51

3.3. Hâkimin Onaydan Önce Sözleşmeye Müdahalesi	52
3.4. Hâkimin Onayından Sonra Sözleşmenin İptali, Sözleşmeden Dönme, Fesih ve Uyarılma Sorunları	57
3.5. Mehir Kavramı ve Yan Sonuç Sözleşmesi Kapsamına Girip Giremeyeceği Meselesi.....	62
3.5.1. Kavram olarak.....	62
3.5.2. Mehir borçlanması ve yan sonuç sözleşmesi kapsamına girip girmeyeceği meselesi.....	62
4. ANLAŞMALI BOŞANMANIN EŞLERLE İLGİLİ SONUÇLARI	
4.1. Kişisel Sonuçlar	65
4.1.1. Yeniden evlenebilme imkanı doğması ve kadının bekleme süresi	65
4.1.2. Kişisel durumun değişmesi	66
4.1.3. Tarafların yasal mirasçılık durumlarının sona ermesi.....	69
4.2. Mali Sonuçlar	70
4.2.1. Mal rejiminin tasfiyesi	70
4.2.2. Yoksulluk nafakası.....	73
4.2.3. Maddi ve manevi tazminat.....	75
5. ANLAŞMALI BOŞANMANIN ÇOCUKLARLA İLGİLİ SONUÇLARI	
5.1. Velayet Hakkı.....	81
5.2. İştirak Nafakası	84
5.3. Çocukla Kişisel İlişki Kurulması Hakkı	86
5.4. Çocuklara İlişkin Önlemlerin Değiştirilmesi	88
6. SONUÇ.....	90
KAYNAKLAR	93
ÖZGEÇMİŞ	

KISALTMALAR

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İçtihadı Birleştirme Dergisi
İMK	: İsviçre Medeni Kanunu
K.	: Karar
m.	: Madde
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
UÜHD	: Uludağ Üniversitesi Hukuk Dergisi
YKD	: Yargı Kararları Dergisi

TÜRK HUKUKUNDA ANLAŞMALI BOŞANMA

ÖZET

3444 Sayılı Yasa ile yapılan düzenlemeler sonrasında anlaşmalı boşanmanın Türk Hukuku'nda yer bulması öncesinde Eski Medeni Kanun'un taraflara anlaşma konusunda 150/V madde hükmü uyarınca boşanmanın yan sonuçları için anlaşma imkanı tanıdığı görülmektedir. Yapılan değişiklikle bu husus korunmuş, beraberinde yeni bir madde ile (TMK m.166/III) boşanmaya karar verilmesi, mali sonuçları ve çocukların velayetleri hususunda da tarafların anlaşabilmesine olanak tanınmıştır. Böylelikle tarafların boşanmaya karar vermeleri halinde birlikte başvurmaları veya birinin başvurusunu diğerinin kabul etmesi halinde anlaşmalı boşanma başlığı ile dava kurulabilir olmuştur.

Tarafların en az bir yıl süre ile evli kalmış olmaları süre şartı ile açılabilen anlaşmalı boşanma davasında, boşanmanın velayet, nafaka, tazminat gibi sonuçları üzerinde anlaşmaya varılabildiği takdirde hakim boşanmaya hükmedebilmektedir. Bu noktada önemli olan, tarafların özgür iradelerini beyan etmeleri ve anlaşmanın özgür irade ile sağlanmış olması gerekmektedir. Yoksulluk nafakası ve iştirak nafakası gibi hususlarda taraflar anlaşmış olsalar bile hakimin uygun görmemesi halinde bu hususlara ilişkin anlaşma yok hükmünde olup hakimin takdirine muhtaçtır. Bununla birlikte boşanmanın doğurduğu sonuçlardan olan mal rejiminin tasfiyesi de yine tarafların tabi oldukları mal rejimi kaideleri doğrultusunda gerçekleşebilmekte, kanunlarla belirlenmiş hususlara ilişkin aksi yöndeki anlaşma konuları geçerlilik taşımamaktadır.

Anahtar Kelimeler: *Boşanma, Anlaşmalı Boşanma, Anlaşmalı Boşanmada Taraflar, Anlaşmalı Boşanmada Çocuklar.*

CONSENSUAL DIVORCE IN TURKISH LAW

ABSTRACT

It's seen that the Old Civil Code gives the parties the opportunity to deal with the side effects of the divorce under the provisions of Article 150 / V, before the legal divorce takes place in the Turkish Law after the ammendments made by the Law No. 3444. This change has been preserved and it has been possible for the parties to agree on a divorce decision with a new substance (TMK m.166 / III), financial results and children's custody. Thus, if the parties decide to divorce, they can apply together, or if one's application is accepted by another, a case can be settled with a signed divorce title.

An agreed divorce case can be sued if the spouses are married for at least one year. If the parties can agree on the consequences of divorce, such as custody, maintenance, compensation, the judge can rule divorce. What is important at this point is that the parties must declare their free will and the agreement must be provided with free will. Even if the parties agree on matters such as the poverty of alienation and participation, the agreement on these matters is not provided and the judge should discretion in case the judge does not approve it. However, the liquidation of the property regime resulting from the divorce can also take place in the direction of the asset regimes of which the parties are natural, and the otherwise mutually agreed issues concerning the matters specified by the law do not apply.

Keywords: *Divorce, Consensual Divorce, Parties in the Consensual Divorce, Children in the Consensual Divorce.*

1. GİRİŞ

Boşanma, hukuk sistemlerinde tarafların karşılıklı rızalarına dayalı olarak kurulan evlilik birliğinin yine taraflardan birisinin veya her ikisinin istemi ya da hukuki koşulların oluşması neticesinde mahkeme kararı ile –bir kısım sistemlerde farklılık göstermekle birlikte– sonlandırılması olarak özetlenebilecektir. Taraflardan yalnız birinin isteği doğrultusunda gündeme gelen boşanma çekişmeli olarak ifade edilirken her ikisinin isteği ve karşılıklı rızaları doğrultusunda meydana gelmesi veya biri tarafından açılan davaya diğ erinin de katılması halinde anlaşmalı boşanma kavramı söz konusu olmaktadır.

Anlaşmalı boşanma, hukuk sistemlerinde evlilik birliğinin temelinden sarsılması halinde tarafların bu birliği karşılıklı anlaşarak sona erdirmelerine fırsat tanıyan ve hukuk sistemlerinde bu yönü itibariyle yenilik olarak kabul edilen bir kurum olarak görülmektedir. Boşanmanın daha önceki uygulamalarda erkek tekelinde olması veya mahkemece takdir edilmesi söz konusu iken değ iş en dünya şartları ve toplumsal yapılarla birlikte kadın veya erkeğin boşanma konusunda karşılıklı iradelerinin de geçerlilik kazandığı görülmektedir. Öyle ki önceki uygulamalarda İsviçre, Alman ve Türk hukuklarındaki örneklerde kusur ilkesinin baskın belirleyici olduğu ve hükmün kusurluluk perspektifinden kurulduğu görülmektedir. Anlaşmalı boşanmayı uygulamaya koyan hukuk sistemlerinde ise kusurluluk durumuna bakılmaksızın tarafların boşanma hususunda anlaşmaları halinde evlilik birliği sonlandırılabilir.

Anlaşmalı boşanmada yapılan anlaşmanın yazılı olarak kurulması ve anlaşma hususlarının hakim huzurunda serbest irade ile beyanı kural olarak iş letilmektedir. Kuralın temelinde, taraflardan herhangi birinin baskı altında anlaşmaya taraf olmaları ve böylelikle haklarından mahrum bırakılmalarının önüne geçilmesidir. Bu bağlamda kanun koyucu iradenin serbest olarak beyan edildiğine kanaat getirmeli ve ikna olmalıdır. Aksi takdirde anlaşmanın geçerliliğini kabul etmeme ve anlaşma şartlarına müdahale etme yetkisi bulunmaktadır.

Anlaşmalı boşanmada taraflar birçok hususu anlaşma konusu yapabilmektedirler. Mal rejiminin tasfiyesi, tazminat, nafaka konuları, çocuk olması halinde çocukla kişisel ilişkinin ne şekilde kurulacağı, kadın için soyadının değişip değişmeyeceği gibi boşanmayla meydana gelen yenilik doğuran sonuçların tamamı anlaşma konusu yapılabilmektedir. Düzenlenen anlaşmanın muhtevasının kanunlarla düzenlenmiş hususlarla çatışması halinde ve hakkaniyet ilkesinin ihlalinde hakim anlaşmayı reddederek boşanmaya imkan tanımayacaktır. Örnek olarak, kadının boşanmayla birlikte yoksulluğa düşeceği yönünde hakimin kesin kanaati oluşması ve sözleşmede yoksulluk nafakası hakkının kadına verilmemiş olması gibi bir durumda hakim şartları gözeterek uygun bir nafakaya önerebilecektir.

Süreye ilişkin olarak ise anlaşmalı boşanma başvurusunun söz konusu olabilmesi için tarafların en az bir yıl süre ile evli kalmış olmaları gerekmektedir. Süre, kural olarak işletilmekle birlikte süreye ilişkin farklı uygulamaların olduğu da görülmektedir.

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nda Anlaşmalı Boşanmayı ele aldığımız bu çalışmanın birinci bölümünde boşanma hususu ele alınmış ve boşanmaya ilişkin mevcut ve önceki sistemler irdelenerek boşanmanın dayanağını oluşturan durumlara değinilmiştir.

İkinci bölümde ise anlaşmalı boşanma konusuna değinilerek hangi şartlarda anlaşmalı boşanmanın mümkün olabileceği hususları ele alınmıştır. Araştırmanın üçüncü bölümü anlaşmalı boşanmaya konu olan anlaşmanın mahiyeti, şartları ve düzenlenme biçimi ile birlikte hakimin sözleşme üzerindeki yetki ve takdir hakkına değinilmiştir.

Araştırmanın dördüncü ve beşinci bölümleri anlaşmalı boşanmanın sonuçlarıyla ilgilidir. Dördüncü bölümde anlaşmalı boşanmanın eşler için (kişisel) sonuçları ele alınmış ve beşinci bölümde de çocuklara ilişkin sonuçlara değinilmiştir.

1.1. Kavram ve Kapsam Olarak Boşanma

1.1.1. Genel Olarak

“Boşanma”, bozucu yenilik doğuran nitelikte bir sonuç üreten ve mahkeme kararı ile diğer bir ifadeyle dava yolu ile sona erebilen aynı zamanda “kişilik işlemi hakkı” olarak ifade edilmektedir (Hatemi/Kalkan Oğuztürk, 2014). Boşanma, eşler henüz

hayatta iken bir eşin kanunun müsaade ettiği sebeplerden birine veya birkaçına dayanarak dava açmak suretiyle evlilik ilişkisini bitirme isteminin hakim tarafından onaylanması neticesinde meydana gelen hukuki bir sonuç olarak da nitelendirilmektedir (Akıntürk ve Ateş, **Aile**, 2016; Gençcan, 2016; Gençcan, 2015). Kişilik işlemi hakkı olmasının getirisi olarak “kanuni temsil düşmanlığı” nitelik ve özelliğini de bünyesinde barındırmaktadır (Akıntürk ve Ateş, 2016). Bunun yanı sıra iradi temsil de yani herhangi bir zamanda boşanma davası açmak için vekâlet verilemeyecek şekilde bir temsil yolu ile evlilik birliğinin sona erdirilmesi istem hakkı olarak görülmektedir (Hatemi/Kalkan Oğuztürk, 2014). Bu hak bizzat kullanılmakla birlikte hak sahibinin vekalet vermek suretiyle dava yolunda vekil kullanabilme hakkı söz konusudur (Hatemi/Kalkan Oğuztürk, 2014; Akıntürk ve Ateş, **Medeni**, 2016).

Boşanmanın diğer bir tanımı ise, evlenme anında mevcut olması gerekmeyen bir sebeple açılan yenilik doğuran dava sonunda verilen ilam ile geçmişe etkili olmayarak evliliğe son verilmesidir. Boşanma, evliliğin yargıç kararı ile ortadan kaldırıldığı durumlardan birisi olarak da tanımlanmaktadır (Ceylan, 2006).

Tarihi gelişim seyrine bakıldığında eskiden beri var olan boşanma kurumu, İslam Hukuku’nda da yer bulmakla birlikte boşama hakkının kocanın tekelinde olduğu görülmektedir. Bu hak, mahkeme kararı olmaksızın kullanılabilirdiği gibi kocanın istediği zaman bu haktan yararlanmasının da mümkün olduğu görülmektedir. İslam Hukuku’nda “tâlâk” olarak adlandırılan boşanma müessesesi bir kısım şartlara bağlı olmakla birlikte uygulamada kocanın ağzından çıkacak olan “boş ol” lafzının üç kere tekrarlanması (talak-ı selase) ile gerçekleşmiş oluyordu. Bu noktadan sonra kocanın karısı ile tekrar evlenmesi mümkün olmayıp ancak, kadının başka bir erkekle evlenmesi (hülle) ve sonrasında da yeni kocasının isteği üzere ondan boşanması neticesinde kocasıyla yeniden evlenmesi mümkün olabilmekteydi (Yılmaz, 2014; Özdemir, 2003).

1.1.2. Boşanmanın Kapsamı

4721 sayılı “Türk Medeni Kanunu”nda evliliği sona erdiren sebeplerden birisi olarak anılan boşanma, eşlerden birinin gaipliği, ölümü, evlilik işleminin hükümsüzlüğü gibi hususlarla benzer nitelikte değerlendirilmiştir. Boşanma, bir kişilik işlemi hakkı olması ve evliliği sona erdiren sebepler içerisinde kişilerin iradesine dayalı istem

neticesinde meydana gelmesi itibariyle kanunda önem arz etmekte ve ayrı bir bölüm olarak ele alınmaktadır. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun ikinci bölüm başlığı altında m.161 ve m.184 aralığındaki maddeler boşanmaya ilişkin hükümleri düzenlemektedir (Akıntürk ve Ateş, 2016).

1.2. Boşanmaya İlişkin Sistemler

Tarihsel seyri içerisinde boşanma, hukuk sistemlerinin çeşitli dayanaklara bağlı olarak birbirinden farklı görüşlerle ele aldığı bir kurum olmuş ve zaman içerisinde bu görüşler şekillenirken birbirlerinden de etkilenmişlerdir (Vatansever, 2011). Bu görüşlerden birisi bireysellik temelli olan ve boşanmayı büyük ölçüde kabul eder bir yaklaşıma sahip, tarafların istekleri, iradeleri ve menfaatleri doğrultusunda kurulan evlilik bağının yine bu hususlara uyumsuz hale gelmesi durumunda ortadan kaldırılmasını doğal karşılayan bireyci görüştür. Bireyci görüşe göre evlenme kurumu kurulurken sorgulanmadığı gibi ortadan kalkarken de sorgulanmamalıdır. Kişi iradesi üzerine başka bir irade kurulamayacağını savunarak boşanmayı bireysel anlamda değerlendiren ferdiyetçi görüşün karşısında ise evlilik birliğinin devamlılığının zaruriyetini savunan toplumcu görüş bulunmaktadır. Toplumcu görüş, toplumun temel yapısı olan ailenin korunması, ferdi keyfiyetler karşısında muhafaza altında tutulması ve geleceğin teminatı olarak çocukların yetiştirilmesi gibi bir role sahip olan ailenin bir arada tutulmasının önemli olduğunu aksi durumda borçlar hukukundaki herhangi bir adi sözleşmeden farkı kalmayacağını savunmaktadır. Dolayısıyla boşanmanın kolaylaştırılmasının evliliği bir deneme kurumuna dönüştürebileceği ve önemine karşın hak ettiği ihtimamı göremeyeceği de bu görüş taraflarınca savunulan hususlardandır (Gençcan, 2015; Vatansever, 2011).

Günümüze kadar oluşan boşanma sistemleri de bu görüşlerden yola çıkarak oluşturulmuş ve bazı hukuk sistemi boşanmayı yasaklarken bazılarında da boşanma serbest bırakılmıştır. Bunların yanı sıra günümüzde uygulama bulan hakim kararına bağlı boşanma sistemi ise, hem bireylerin keyfiyetçiliğinin önüne geçilmesi hem de toplumsal yararların gözetilmesi ve bunların yanı sıra bireylerin sürdürülemez durumda olan bir evlilik sistemine de hapsedilmemesi için oluşmuş olan boşanma sistemi olarak karşımıza çıkmaktadır.

1.2.1. Boşanma yasağı sistemi

Boşanmayı reddeden bu sistem evliliğin sonsuzluğu görüşünü benimseyen toplumlarda görülmektedir. Boşanmayı kabul etmeyen bu görüş X. Yüzyıldan itibaren Katolik Kilisesi Hukuku tarafından benimsenmiş ve uzun süre uygulanmış olan görüştür.

Bu görüşe göre evlilik Hıristiyanlar arasında kutsal olgulardan sayılıyor ve evliliğin kocanın iradesiyle değil ölümle son bulacağı kabul ediliyordu (Akıntürk ve Ateş, 2016).

Katolik Kilisesi, boşanma yasağının doğuracağı kişisel ve toplumsal zararları hafifletmek için ayrılık kurumunu kabul etmiştir. Buna göre ortak hayatın eşler için çekilmez hale gelmesi halinde ayrılığa hükmedilebilir (Cin, 1988).

Bu sistemin dayanağını İncil teşkil etmektedir. Hıristiyanların mukaddes kitabı olan İncil'in hükümleri temel alınarak oluşmuş olan bu sistemde "Allah'ın birleştirdiğini kul ayıramaz" ilkesinden hareketle boşanmanın dini temelli bir yasakla değerlendirildiği görülmektedir. Bununla birlikte evlilik birliği Hıristiyanlar arasında mukaddesattan sayıldığı gibi bu bağın ancak ölümle çözülebileceği görüşü hakimdir (Gençcan, 2015; Tutumlu, 2009).

Bu görüşe göre, evlilik bağının tamamen ve tam olarak kaldırılması söz konusu değildir. Yalnız zina ve sair ağır hallerde ayrılık mümkündür. Asıl anlamı itibarı ile yatakta, masada ve konutta birlikte olmama demek olan ayrılığa hakim sürekli olarak veya geçici bir süre için hükmedebilir (Akıntürk, 2008).

Bu görüşü benimseyenler, evliliğin bireysel zevkler gözetilerek değil, özellikle nesillerin oluşması ve yetiştirilmesi için kurulduğu düşüncesinden hareketle, evlilik birliğinin devamlılık içermesinin gerekliliğini savunmaktadırlar (Aras, 2011). Bu sebeple, boşanma bazı devletlerde Katolik Hukukunun etkisiyle ve ailenin korunması neden gösterilerek zorlaştırılmıştır. Bu konumda olan ülkelerden İspanya ve İtalya örneklerinde yakın döneme kadar boşanma yasağının uygulama bulduğu görülmekle birlikte (Doğan, 2010) değişen dünya koşulları bu yasağın zamanla ortadan kalkmasında etkili olmuştur. Boşanmaya yer vermeyen görüşe yöneltelen eleştiriler içerisinde en önemlisinin, boşanma olmaması halinde evlilik ancak eşlerin birisinin ölümü ile sona ereceği ve bu durumda eşlerden herhangi birinin evliliği bitirmek, eşinden kurtulmak adına her türlü yola başvurabileceği olduğu görülmektedir.

1.2.2. Boşanma serbestliği sistemi

Boşanma serbestisi olmayan görüşün tam olarak karşıtı bir görüş olup ferdiyetçi yaklaşıma dayanmaktadır. Boşanma serbestliğinde, bireylerin karşılıklı irade ile evlilik bağı kurabilmeleri gibi yine serbest iradeleriyle de evlilik birliğini sonlandırabileceği görüşü hakimdir. Böylece, taraflar karşılıklı rıza ile kurdukları evlilik birliğini taraflardan birisinin dilemesi halinde sonlandırabilmektedirler. Serbesti sisteminde genelde söz hakkı erkeğe tanınmakla birlikte kadının da bu konuda söz hakkı bulunmaktadır*. Bu görüşü benimseyen hukuk sistemlerinde tarafların anlaşma neticesinde boşanmalarına müsaade edilebilmesiyle birlikte hakimin vereceği boşanma kararının da geçerliliği kabul görmektedir. Roma, Babil, Cermen ve İbrani Hukuklarında bu sistemin varlığı görülmektedir. İslam Hukuku'nu kabul etmiş Müslüman Türk topluluklarında da bu kurum "talak" adıyla bulunmakla birlikte İslamiyet öncesinde ise kötü muamele, zina, eşlerden herhangi birinin evliliğe ilişkin görevlerini aksatması ya da yerine getirmemesi, ağır hakaret gibi sebepler doğrultusunda boşama hakkı kadına ve kocaya eşit şekilde verilen bir hak olarak kendini göstermektedir (Akıntürk ve Ateş, 2016).

1.2.3. Hâkim kararıyla boşanma sistemi

Bu görüş "Katolik Kilisesi Hukuku" karşısında tepkisel bir yaklaşım olarak "Protestan Kilisesi Hukuku" tarafından ortaya konmuş bir boşanma sistemi olarak literatürde yer bulmaktadır ve boşanma yasağı ile boşanma serbestisi arasında ortalama ve her iki görüşü de kısmen barındıran nitelikler taşımaktadır (Akıntürk ve Ateş, **Aile**, 2016; Gençcan, 2015).

Fransız İhtilali'nden bu yana, boşanmanın ancak muayyen sebeplerin bulunması halinde caiz sayıldığını görmekteyiz (Vatansever, 2011).

Bu görüşe göre boşanma yoluyla evliliğe son vermek mümkündür. Yalnız bunun kanunda öngörölmüş bir sebebe dayanması ve ayrıca hakimin hükmüyle gerçekleşmesi şarttır. Birçok çağdaş ülkede uygulanan bir görüş olup belirli sebepler dayanarak hakim kararıyla boşanma sistemidir (Gençcan, 2015). Diğer bir ifade ile

* Bu duruma örnek olarak İslam Hukuku'nda erkeğin boşama hakkını kadına verebildiği ve kadının buna karşılık belirli koşullar altında erkeği boşayabildiği de görülmektedir. Bu durum ve uygulamalara ilişkin geniş için bkz. Saadet Maydaer, "Klasik Dönem Osmanlı Toplumunda Boşanma (Bursa Şer'iyye Sicillerine Göre)" **UÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi**, 16(1), 2007, ss.299-320.

nedene dayalı boşanma görüşünü kabul etmiş olan ülkelerde boşanma, ancak kanunda öngörülmüş olan genel bir boşanma sebebinin veya ayrı ayrı sayılan sebeplerden birinin var olması halinde söz konusu olabilmektedir (Akıntürk 2008).

Avrupa'nın çeşitli ülkelerinde benimsenen bu sistem, kural olarak İsviçre-Türk Hukuk Sistemince de benimsenmiştir (Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 2008; Ceylan, 2006).

Bugün, modern hukuk sistemlerinde, eşlere boşanma imkânı verilmesi gereği büyük ölçüde kabul edilmiştir. Burada esas olarak, boşanmanın hangi sebeplere dayanması gerektiği, boşanmanın mutlaka bir yargı kararına ihtiyaç duyması karşısında eşlerin karşılıklı rızalarının boşanmaya etkisi gibi konular gerek hukuk tarihi, gerekse yürürlükteki hukuk sistemleri bakımından ilgi çekici hukuk problemlerini oluşturmaktadır.

1.3. Boşanmanın Dayanağını Oluşturan İlkeler ve Türk Medeni Kanunun Kabul Ettiği İlkeler

Ülkeler, hukuk politikasında boşanma sebeplerini belirlerken, dayanacağı ilkeleri kendi toplumunun özelliklerini temel alarak gözetmektedir (Gençcan, 2015). Boşanmanın dayandığı ilkeler kusur ilkesi, irade ilkesi, temelden sarsılma ilkesi, elverişsizlik ilkesi ve eylemli ayrılık ilkesi olmak üzere beş noktada toplanabilir.

1.3.1. Boşanmanın dayandığı temel ilkeler

Boşanma kurumu dört temel ilke üzerinden gerçekleşmektedir. Bu ilkeler, kusur, temelden sarsılma, irade ve elverişsizlik olarak belirtilmektedir. Yeni Türk Medeni Kanunu'nun önceki kanunda 04.05.1988 tarih ve 3444 sayılı kanunla yapılan düzeltmeyi de aynen uyguladığı ve 166. maddenin son fıkrasında düzenlediği yapıya göre fiili ayrılık ilkesinin de beşinci boşanma ilkesi olarak göz önüne alınması gerektiği görülmektedir.

1.3.1.1. Kusur ilkesi

Kusur ilkesi birçok hukuk sisteminde egemen unsurlardan başında yer almış, bu ilkeye göre ancak eşlerden birinin kusurlu olması halinde boşanmanın mümkün olduğu savunulmuştur (Öztaş, 2004). Kusur ilkesinin hakim olduğu sistemlerde boşanma davası açma hakkı da yine kusurlu olmayan eş lehine tanınmaktadır. Bu

ilke doğrultusunda kusurlu veya daha az kusurlu olan taraf bir anlamda cezalandırılmakla birlikte kadının menfaatleri ve şahsiyetinin korunması gözetildiği ve ilkenin önemli bir caydırıcı araç olduğu dile getirilmektedir. Kusur ilkesi, kadının maddi ve manevi şiddet görmesi, tecavüze maruz kalması gibi durumlarda onu koruyucu mahiyette tezahür etmekte, zira bu durumlarda kadın için ortak hayatın devam ettirilmesi imkansız hal almaktadır (Akıntürk ve Ateş, 2016). Bu türden kusurların varlığı halinde hakim evlilik birliğinin temelden sarsılması (genel sebep) ilkesine dayalı olarak boşanmaya hükmedebilecektir.

Kusur ilkesine göre kusurlu eş boşanma davası açamaz. Zira hukukun evrensel bir ilkesine göre “kimse kendi kusuruna dayanarak hak elde edemez” (Kaçak, 2007).

Kusur ilkesine eleştiriler yöneltilmiştir. Kusur ilkesi mutlak olarak kabul edilemez. Zira kabul edildiği takdirde, tarih boyunca bir boşanma sebebi olarak kabul edilmiş bulunan akıl hastalığı olgusunda, bu eşe yüklenecek bir kusur olmayacağından akıl hastalığı sebebiyle boşanmaya karar vermek mümkün olmayacaktır (Akıntürk ve Ateş, 2016; Anıl, 2008). Buna ek olarak bu ilkeye göre eşlere yükletilebilecek bir kusur söz konusu olmamakla beraber evliliğin devamı onlar için imkânsız bir hal aldığı takdirde de boşanmaya imkân olmayacaktır (Akıntürk ve Ateş-Karaman, 2016). Nitekim eşler arasındaki karakter farklılıkları ya da birbirlerine karşı gerekli uyumu hiçbir zaman gösteremeyecek olan insanların, aile olarak yaşamaya zorlanması gibi çekilmez bir durum ortaya çıkacaktır (Anıl, 2008).

Boşanmada kusur ilkesi, bu ilkeye bağlı hareket edildiği durumlarda her iki eşe de kusur atfının mümkün olmadığı, fakat evlilik birliğinin devamının da imkânsız olduğu hallerde, evlilik birliğini sona erdirmenin imkânsızlaşacağı; eşlerin boşanabilmek için birbirlerine daima kusur yüklemeye çalışmalarının barışma ihtimalini güçleştireceği noktalarından eleştirilmektedir (Velidedeoğlu, 1960).

1.3.1.2. Evlilik birliğinin temelinden sarsılması ilkesi

Evlilik birliğinin sarsılması, birçok boşanma sebebinin dayanağını oluşturmaktadır. Anlaşmalı boşanmada dahi hakim kararının boşanma yönünde olmasının temelinde yine evlilik birliğinin sarsılmış olması karinesi ve yeniden tesis edilememesi hususları dikkate alınmakta ve bu surette boşanmaya hükmedilebilmektedir. Ayrıca,

diğer boşanma sebeplerinin de (zina*, hayata kast ve onur kırıcı davranışlar, suç işleme, haysiyetsiz yaşam sürme, terk, akıl hastalığı vs.) evlilik birliğinin sarsılmasına sebebiyet vermesi ve bu birliğin yeniden kurulamaması halinde ancak boşanmaya hükmedildiği görülmektedir. Velidedeoğlu (1960), evlilik birliği temelinden sarsılmışsa, artık bu evliliğin fertlere ve topluma menfaati dokunmayacağından bu ilkeyi “içtimai mülhaza (toplumsal menfaat) prensibi” olarak ifade etmektedir.

Bu itibarla gerek anlaşmalı gerekse çekişmeli boşanmanın temel odağının evlilik birliğinin temelinden sarsılması olduğunu ifade etmek yerinde olacaktır.

Türk Medeni Kanun’da, evlenme yoluyla taraflar (eşler) arasında kurulmuş olan evlilik birliğinin hukuki mahiyetine ilişkin doğrudan bir düzenleme getirmemiştir. Ancak, evlilik birliğine ilişkin hükümlerden hareketle evlilik birliğinin niteliği görülebilecektir. Bu bağlamda evlilik birliği, eşler arasında kurulan, eşlere çeşitli haklar vermekle birlikte, yükümlülükler de yükleyen, tüzel kişiliği olmayan, hem Anayasa’da hem de Medeni Kanun tarafından özel olarak korunan bir birliktir (Akıntürk, 2008). Hukukun evlilik birliğini bu denli önemle gözetmesinin temelinde, hem bireyler hem de toplum açısından evlilik birliğinin önem arz etmesinden ileri gelmektedir. Ancak, hukukun gösterdiği itina dahi bu birliğin temelinden sarsılması gibi bir durumu engelleyememektedir. Bu noktada artık mevcut birliktelik, hem bireylere hem de topluma fayda üretmekten ziyade zarar verici bir mahiyete bürünecektir ve boşanma konusunda hakime oldukça geniş takdir serbestliği tanıyan mahiyette bir boşanma sebebi olarak kabul edildiği kanısındayız.

4721 Sayılı Medeni Kanun’unda m.166 ile düzenlenen evlilik birliğinin sarsılması hususu aynı maddenin birinci fıkrası ile “*Evlilik birliği, ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olursa, eşlerden her biri boşanma davası açabilir.*” şeklindeki düzenleme ile eşlerden birinin evlilik birliğinin sarsılması durumunda dava açma hakkını tanımış ve 168’nci maddede de bu davanın görülmesinde yetkili mahkemenin eşlerden birinin yerleşim yeri veya dava öncesinde son defa ve altı ay birlikte ikamet edilen (oturulan) yer mahkemesi olduğuna işaret etmiştir.

* İstisnaen, evlilik dışı ilişkinin evlilik birliğini sarsmayabileceği gibi bir düşünce ancak diğer eşin bu durumu affettiği ve -her ne kadar TMK’ de yer almasa da hakkın kötüye kullanımını önlemek adına- bu duruma rıza gösterdiği durumlarda mümkündür (Velidedeoğlu, 1960)

Aile birliğinin temelden sarsıldığı yönünde kanaat oluşması noktasında eşlerden herhangi birinin kusuru aranmamaktadır. Nitekim bu kusur, kişilerin iradesi dışında gerçekleşen sağlık, davranış, yaşam koşulları gibi hususlardan da ileri gelebilmektedir. Bu sebepten evlilik birliğinin sarsılması ilkesi kusur ilkesinden bağımsız işler niteliktedir. Bununla birlikte, her kusurlu olay evlilik birliğini sarsmayacağı gibi* kusur olmaması durumunda dahi evlilik birliğinin sarsılması durumunda boşanmaya karar verilmesi uygun olacaktır (Anıl, 2008). Yukarıda da bahsedildiği gibi böylesi bir durum bireylere ve topluma faydadan ziyade zarar getirebilecek ve hatta taraflar arasında husumet oluşmasına ve karşılıklı zarar doğuran eylemlere yönlenmelerine bile sebep olabilecektir.

Evlilik birliğinin sarsılmasının ölçüsü ise, somut olayda eşlerin evliliği sürdürmesi kendilerinden artık beklenemeyecek olmasıdır. Eşlerden birisinin bedenen veya ruhen herhangi bir hastalığa yakalanması**, birbirlerine karşı olumsuz tavır veya duygular edinmeleri, sorumlulukların yerine getirilmemesinde süreklilik içeren tavırlar gibi nedenler örnek olarak gösterilebilmektedir ve hakimnin takdirinde belirleyici unsurlar olarak yer almaktadır (Akıntürk ve Ateş, 2016).

Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasının bir diğer niteliği de anlaşmalı boşanma şartlarını ve özelliklerini barındırdığı yönünde değerlendirilebilecektir. MK. m.166/II hükmünde ifade edildiği şekliyle “*Evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurusu ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi hâlinde, evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu hâlde boşanma kararı verilebilmesi için, hâkimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi...*” anlaşmalı boşanma durumu evlilik birliğinin temelinden sarsılması ilkesine karine oluşturmaktadır.

Bu itibarla “evlilik birliğinin (ortak hayatın) çekilmez hale gelmesi” ile “evlilik birliğinin sarsılmış olması” kavramları arasındaki ilişki yönünden konunun değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

* Ankara 5. Aile Mahkemesi, 08.11.2007 T., 2006/607 E., 2007/1166 K.

** Örnek olarak, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nda bu duruma ilişkin olarak “Akıl Hastalığı” başlığı altında düzenleme getirilmiş ve taraflardan birinin akıl hastası olması, diğer taraf için bu hastalığın hayatı çekilmez kılması durumunda ve hastalığın da resmi sağlık kurulu raporuyla tespit edilmesi koşuluyla mahkemeye başvurulması halinde boşanmaya hükmedilebileceği hükmüne bağlanmıştır. TMK, m.165

Evlilik birliğinin sarsılmış olması kavramı ile ortak hayatın çekilmez hal almasının bir içiçelik sergilediğini söylemek mümkündür. Nitekim evlilik birliğinin sarsılma düzeyinin belirleyicisi olarak ortak hayatın çekilmezlik düzeyinin ortaya konması önem arz edecektir. Bu durumda ortak hayatı sürdürmenin davacı açısından mümkün olup olmayacağı evlilik birliğinin devam ettirilip ettirilemeyeceğinin de işareti durumundadır. Hakim burada taraflardan evlilik birliğinin devamını isteyip istememe noktasında kendi iradesini işletecek ve sarsılmanın mahiyetine bağlı olarak ortak hayatın devamlılığını öngörebilecektir (Hatemi/Kalkan Oğuztürk, 2014).

Bu durum için Gençcan (2015), “ev” ve “deprem” ilişkisi benzetmesiyle belirgin bir izahta bulunmuştur. Evlilik birliğini “ev”e benzetmekle birlikte boşanma sebeplerini de deprem şeklinde nitelemekte ve her ev için aynı şiddette depremin aynı etkileri doğurmayacağına belirtmektedir. Bu tanımlamadan hareketle “Evlilik birliğinin temelinden sarsılması”, depremin şiddeti olarak belirtilmiş ve “Çekilmezlik” düzeyi de evin dayanıklılığını nitelendirmektedir. Herhangi bir evin çok küçük şiddetlerde depremde yıkılabileceği gibi bir başkasınınsa çok şiddetli depremlere dayanabilmesi mümkün olacaktır. Burada dayanıklılık düzeyinin hakim tarafından belirlenmesi ve her evin farklı dayanıklılıklara sahip olması, yargıdaki takdir farklılıklarının da temel kaynağını teşkil ettirmektedir (Gençcan, 2015).

1.3.1.3. İrade ilkesi

Evlilik birliği, tarafların iradesi ve karşılıklı rızaları ile kurulduğu gibi boşanma da yine tarafların iradeleri doğrultusunda oluşan bir durumdur. İrade ilkesi doğrultusunda boşanmanın gerçekteşmesi için tarafların rıza göstermeleri yeterli olmaktadır (Gençcan, 2015).

Tarafların rızai beyanları ile boşanmanın gerçekteşmesi boşanma serbestisi sistemi ile örtüşmektedir ve Türk hukukunda bu durum eleştirilere maruz kalmıştır. Nitekim, boşanmanın hakim kararına bağlı olduğu bir işleyiş içerisinde bu durumun işleyişe aykırı olduğu açıktır (Akıntürk ve Ateş, 2016). Eski Medeni Kanun’da bu durum benimsenmiş olmakla birlikte 1988 yılında bu uygulamada değişikliğe gidilmiş ve yeni kanun ile bu duruma belirli koşullar altında ve kısmen yer verilmiştir *.

* Medeni Kanun’un 166’ncı maddesinde eşlerin iradeleri doğrultusunda boşanmanın gerçekteşmesi noktasında bir yıllık evlilik süresinin varlığı koşulu beraberinde eşlerin birlikte mahkemeye başvurmaları veya diğer eşin başvuruyu kabul etmesi halinde irade ilkesinin işleyebildiği görülmektedir. Ancak, yine aynı madde hükmünce tarafların iradeleri doğrultusunda bu yola

İrade ilkesinde temel olan tarafların “rızaya bağlı olarak” boşanma iradelerini ortaya koymalarıdır. Ancak çeşitli durumlarda rızadan yoksun bırakılarak irade beyanının oluşması ve özellikle anlaşmalı boşanmada iradenin başkasının tasarrufunda oluşması gibi durumlar meydana gelmektedir. Bu durumların önüne geçilmesinin gereği olarak kanun, “irade beyanının hakim huzurunda gerçekleşmesi” koşulunu şart koymuştur. Bu durum, evvelki kanunda anlaşmalı boşanmanın taraflar arasında noter huzurunda yapılan bir sözleşmeyle sağlanmasının sakıncalarını gidermek maksadıyla yeni Kanunun getirdiği düzenlemelerdendir (Hatemi / Kalkan Oğuztürk, 2014). Taraflardan birinin diğerini tehdit etmek suretiyle irade fesadına mahal vermesi ihtimali noter huzurundaki sözleşmelerde daha rahat vücut bulabileceği gibi noterde yapılan irade beyanının rızai olup olmadığı da yine noterlik tarafından soruşturulmayacaktır. Ancak hakimin bu noktada sorumluluğu devreye girmekle birlikte iradenin rızai olmadığı yönünde şüphesi veya kanaati olduğu durumlarda, tehdit altındaki iradenin sakatlanmaması için ilgili ayrı kanun hükümlerini de işletebilecektir. Diğer taraftan boşanma, irade ilkesine göre değil diğer hususlar doğrultusunda hakim kararı ile gerçekleştirilebilecektir.*

1.3.1.4. Elverişsizlik ilkesi

Elverişsizlik veya uygunsuzluk şeklinde ifade edilen bu ilkenin temelinde, eşlerden birinin evlilik birliğinde bulunmaya veya diğer bir ifadeyle evliliği devam ettirmeye elverişsiz ya da devam ettirmesinin zararlarının olacağı durumların varlığı yatmaktadır. Evlilik birliğinde, eşlerin karşılıklı hak ve yükümlülükleri olduğu gibi

başvurduklarını hakim huzurunda beyanları ve başkaca bir irade etkisinde kalmadan serbestçe kabul ettiklerini ifade etmeleri gerektiği de yine kanun ile belirlenmiş koşullardandır. Bu durumun gerçekleşmesi halinde ise tarafların ikrarlarının hakimi bağlamayacağı hükmü uygulanmamakta ve irade ilkesi yürütülmektedir. TMK, m.166

* Yargıtay 2.HD, 2012/23500 E., 2012/27564 K. sayılı kararında “Geri çevirme kararı üzerine dosyaya alınan Konya 6. Sulh Ceza Mahkemesinin 12.06.2012 tarihli ve 2012/189-1068 sayılı kararından; davacının boşanma davasını kabul etmesi için davalıyı tehdit ettiği; davalının; eşinin tehdit ve korkutması sonucu boşanma davasının 27.12.2011 tarihli oturumuna gelip davayı kabul ettiği ve davacıdan maddi ve manevi tazminat ile nafaka istemediği yönünde beyanda bulunduğu sabit kabul edilerek davacının tehdit suçundan sonuç olarak beş ay hapis cezası ile cezalandırılmasına, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği görülmüştür. Bu karar 28.06.2012 tarihinde kesinleşmiştir. Ceza mahkemesinin cezai sorumluluğu tespit eden kararı, hukuk hakimini bağlar. (BK. m. 53, 6098 s. TBK. m. 74/1) Bu karar karşısında davalının anlaşmalı boşanma hükmüne esas alınan yönündeki irade açıklamasının tehdit ve davacının baskısı altında alındığı ve serbest iradesini yansıtmadığı kabul edilmelidir. Davalının hükme esas alınan irade beyanı elde edildiğine göre, tarafların boşanma ve ferilerinde anlaşma içinde oldukları kabul edilemez. Böyle bir durumda da, Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesine göre boşanma kararı verilemez. Öyleyse, tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde gösterecekleri deliller toplanarak Türk Medeni Kanununun 166/1-2. maddesi şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği saptanıp, ulaşılabilecek sonucuna göre karar verilmelidir.” şeklindeki ifadesiyle duruma ilişkin belirgin bir örnek teşkil etmektedir. (kazanci.com)

(Akıntürk ve Ateş, 2016) bu yükümlülüklerin yerine getirilmesi de elverişlilik olarak tanımlanabilecektir.

Taraflardan birinin evlilik birliğine ve diğerine karşı olan yükümlülüklerini kusurlu veya kusursuz olarak yerine getirmemesi durumunda elverişsizlik durumu gündeme gelmektedir. Eşlerden birinin elverişsiz hale geldiğinde diğer eşin elverişsizlik nedeniyle boşanma talep hakkı doğmaktadır. Ancak, elverişsizlik durumlarından akıl hastalığının oluşması durumunda kanun, bu hastalığın ortak yaşamı çekilmez kılacak düzeyde olmasını ve bu rahatsızlığın geçme imkanının olmadığına resmi sağlık kurumlarınca onanması durumunda ayrılığa hükmedilebileceğini şart koşmaktadır (TMK, m.165).

Ancak evlilik birliği de fedakarlık gerektiren bir kurum olmakla tarafların birbirlerine eksiklik ve hatalar konusunda anlayışlı davranmaları beklenir. Elverişsizlik ilkesi dayanağı ile boşanma davası açılabilmesi için davacı taraf için elverişsizlik konusunun ortak hayatı çekilmez hale getirdiğinin ispatı gerekli olmakla birlikte akıl hastalığı, cinsel sapıklık, iktidarsızlık, bulaşıcı ve cüzam nevi'nden hastalıklar ve kısırlık gibi hastalıkların bulunması hukuken elverişsizlik sebepleri sayılabilmekte ve boşanmaya hükmedilebilmektedir (Akıntürk ve Ateş, **Aile**, 2016).

1.3.1.5. Fiili ayrılık ilkesi

Evlilik birliği eşlerin yaşamlarını birlikte sürdürmelerini gerektirir. Eğer eşler uzun zamandan beri bir araya gelmiyor ve evlilik birliğinin devamını istemiyorlarsa, ortada fiili bir ayrılığın varlığı kabul edilmekte ve bu ilke gereği boşanma istenebilmektedir.

Fiili ayrılık, eşlerin doğal sebepler (iş seyahatleri, yurtdışında çalışma gibi haller) dışında ortak hayatı birlikte sürdürme isteğinin kalmadığı durumlarda sürekli ve ayrı yaşamaları sıklaşmışsa, bu nedenle ayrı yaşıyorlarsa fiilen ayrıldılar ve evlilik birliğinin sarsıldığı kabul edilmektedir. (Gençcan, 2015)

Türk Medeni Kanunu'na 3444 sayılı değişiklik ile giren fiili ayrılık ilkesi yeni Medeni Kanunu'nda da m. 166/IV'de düzenlenmiştir. Yapılan düzenlemeye göre, "*boşanma sebeplerinden herhangi birisiyle açılmış bulunan davanın reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleştiği tarihten itibaren başlayarak üç yıl geçmesi halinde, her ne sebeple olursa olsun ortak hayat yeniden kurulamamışsa evlilik birliği temelinden*

sarsılmış sayılır ve eşlerden birinin istemi üzerine boşanmaya karar verilir” denmektedir.

Fiili ayrılık ilkesine göre eşlerin boşanma talebinde bulunabilmelerinde ayrı yaşadıkları süre belirleyicilik taşımaktadır. Taraflardan herhangi birinin kusurlu olup olmadığı veya evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olup olmadığına bakılmaksızın bu ilkenin uygulanmasında, ayrı yaşanan sürenin sağlıklı bir biçimde belirlenmesi gereklilik teşkil etmektedir. Fiili ayrılık süresinin kısa olması tek yanlı boşanmaya, uzun süreli fiili ayrılık hali ise, kişinin hayatında belirsizliklere yol açabilir. Fiili ayrılık sürelerinin çeşitli ülkelerde genel olarak bir ila on yıl arasında değişmekte olduğu Medeni Kanun’da 3 yıl olarak ifade edilen bu sürenin genel ortalamada beş yıl dolaylarında bulunduğu görülmektedir. (Akıntürk ve Ateş, **Aile**, 2016).

Diğer taraftan fiili ayrılığa ilişkin olarak eşlerden birinin evlilik birliğini sonlandırmak üzere bu birlikten doğan sorumlulukların yerine getirmemek amacıyla diğerini terk etmesi, haklı veya haksız bir nedenden ortak konuttan başka bir yerde yaşamaya devam etmesi ve ortak konuta dönmemesi gibi hallerde ortak konutta kalan eşin dava açmak için bu terk müddetinin altı ay olmasını bekleme zorunluluğu söz konusudur. Diğer taraftan, bu terk süresi içerisinde yine dava açılabilmesi için TMK. m.164/II hükmü uyarınca aile konutunda kalan eşin 4 aylık süreyi doldurmak kaydıyla noterden veya mahkeme kanalıyla diğer eşe ihtarda* bulunması ve eve dönme çağrısı yapması gerekmektedir. Bu koşullar sağlanmasına rağmen terk eden eş yine aile konutuna dönmez, bunu da haklı sebeplerle gerekçelendiremezse ve altı aylık süreyi doldurursa diğer eşin dava açma ve boşanma talep etme hakkı doğacaktır. Bu süreler, re’sen kamu düzenini ilgilendirmesi ve özellikle de dava şartı olması bakımından hakim tarafından dikkate alınması ve araştırılması gerekmektedir(Akıntürk ve Ateş, **Aile**, 2016; Gençcan, 2015). Ancak, fiili terk tek başına boşanma sebebi olmayıp** bu ilke doğrultusunda açılan davada evlilik birliğinin temelinden sarsıldığının delillerle sabit olması gerekmektedir.***

* İhtarın mahiyetine ve unsurlarına ilişkin daha geniş bilgi için bkz. Akıntürk ve Ateş, **Aile...**, s.256-258.

** Yargıtay 2. HD, 2016/13531 E., 2016/12519 K. (<http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/>)

*** Yargıtay 2. HD, 2015/26795 E., 2016/11902 K. (<http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/>)

1.3.1.6. Türk Medeni Kanununun benimsediği ilkeler

Türk Hukuk Sistemi, boşanma hususunda öncelikli olarak “sulha teşvik” ilkesini işletmektedir.^{iv} Sulhun sağlanamadığı durumda yargılamanın usule uygun olarak devam ettirilerek esas hakkındaki hükme varılması benimsenmiştir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun boşanma ile ilgili hükümlerinin düzenlenmesinde tek bir esastan hareket edilmemiştir (Öztan, 2004). Başka bir anlatım ile Türk Medeni Kanunu karma sisteme yer vermiştir. Buna göre boşanma sebeplerinin tek tipten oluşmadığını, bazı boşanma sebeplerinde birden çok ilkeye dayanılmış olduğunu görmekteyiz (Gençcan, 2015).

Temelden sarsılma ilkesi, Türk Medeni Kanunu tarafından genellikle kabul edilmiş bulunan ilkedir. Fakat bu ilke kanunun kabul ettiği tek ilke değildir. Nitekim kanun koyucu önceki Medeni Kanunda esas itibarıyla temelden sarsılma ilkesini benimsemiş olmakla birlikte, bunun yanında kusur ilkesi ile elverişsizlik ilkesine de yer vermiştir (Akıntürk ve Ateş-Karaman, 2016).

743 sayılı eski Türk Medeni Kanunu tarafından kabul edilmiş üç ilkeye 3444 sayılı Kanunla 4.5.1988 tarihinde iki ilke daha eklenmiştir. Önceki Medeni Kanunun 134. (şimdiki 166.) maddesine değişiklik yapılmış ve irade ilkesine dayanan bir boşanma sebebi ile eylemli ayrılık ilkesine dayanan bir başka yeni boşanma sebebi kabul edilmiştir. Bu son iki ilke yeni Medeni Kanun tarafından da benimsenerek aynen korunmuştur.

Bu ilkelerin benimsendiğini Türk Medeni Kanunu’nun çeşitli boşanma sebeplerinde görmekteyiz:

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),

^{iv} 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun’un 7/1 maddesinde “Aile mahkemeleri, önlerine gelen dava ve işlerin özelliklerine göre, esasa girmeden önce, aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması bakımından eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek bunların sulh yoluyla çözümünü, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik eder. Sulh sağlanamadığı takdirde yargılamaya devam olunarak esas hakkında karar verilir” denmektedir. Maddedeki “sulha teşvik” emredici hükümde olmakla birlikte boşanma öncesinde ailenin korunmasına ilişkin kanunun tutumunu da ortaya koymaktadır. Bu hükümden hareketle Türk Medeni Kanunu’nun boşanma davalarında benimsediği ilkelerin başında sulha teşvikin geldiği söylenebilecektir.

- Suç işleme sebebiyle boşanma (TMK m. 163),
- Terk sebebiyle boşanma (TMK m. 164) davalarında,

Elverişsizlik ve evlilik birliğinin sarsılması ilkesinin akıl hastalığı sebebiyle boşanma (TMK m. 165) davalarında, evlilik birliğinin sarsılması ilkesinin evlilik birliğinin temelden sarsılması sebebiyle boşanma (TMK m. 166 f. I-II) davalarında, kısmen irade ilkesi, kısmen de evlilik birliğinin sarsılması ilkesinin anlaşmalı boşanma (TMK m. 166 f. III) davalarında ve eylemli ayrılık ilkesinin eylemli ayrılık sebebiyle boşanma (TMK m. 166 f. IV) davalarında benimsenmiş olduğunu söylenebilir (Gençcan, 2015).

1.4. Boşanmanın Hukuki Niteliği

Boşanma, hukuki yapısı ve niteliği itibariyle yenilik doğuran bir karar hükmündedir. Bu sebeple boşanmanın hukuki niteliği aynı zamanda boşanmanın sonuçlarına işaret etmektedir. Boşanma kararı ister bir ayrılık sonunda doğrudan doğruya, ister boşanma davası sonunda verilmiş olsun kararın kesinleşmesiyle evlilik sona erer (Oğuzman/Dural, 1994). Bu karar ile birlikte birtakım sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Bunlara boşanmanın hukuki sonuçları denilmektedir. Boşanma kararı bozucu yenilik doğuran kararlardandır. Bu karar geriye yürümez. Boşanma kararı kesinleştiği andan itibaren ileri doğru hüküm ifade eder (Özüğür, 2013; Köprülü/Kaneti, 1986). Dolayısıyla karar kesinleşmeden önce eşlerin birinin ölümü halinde, sağ kalan eş ölen eşe mirasçı olur. Buna karşılık, boşanma kararının kesinleşmesinden sonra eşlerin arasında olan mirasçılık hakkı son bulur (Hatemi/Kalkan ve Oğuztürk, 2014). Eşlerden birinin boşanma sürecinde ölmesi ise evliliğin ölümle sonlanması olarak değerlendirilmektedir.*

Boşanmanın genel sonucu, eşler arasındaki evlilik birliğinin sona ermesidir. Boşanma kararından itibaren eşler, artık evli kişi olmaktan çıkarlar ve boşanmış kişi durumunu kazanırlar. O andan itibaren karı kocanın evlilik birliği gereği olarak birbirlerine karşı olan hak ve yükümlülükleri son bulacaktır (Hatemi/Kalkan Oğuztürk, 2014; Zevkliler, 2008).

* Boşanma sürecinde taraflardan birinin ölmesinin doğurduğu sonuçlarla ilgili geniş bilgi için bkz. Hülya Taş-Korkmaz, “Boşanma Davasında Sağ Kalan Eşin Bu Sıfatla Mirasçılığına Son Vermek Amacıyla Mirasçılar Tarafından Davaya Devam Edilmesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 1413-1482.

Boşanma ile boşanan için bağlayıcı kişisel ve mali bazı sonuçlar doğmaktadır. Bu sonuçların bir kısmı kendiliğinden, bir kısmı ise, hakimin kararında göstermesi halinde ortaya çıkmaktadır. Kararda gösterilen hususların bir kısmını hakim kendiliğinden kararlaştırırken, diğer bazı sonuçlara hükmedebilmesi ise, tarafların bu hususlara ilişkin olarak talepte bulunmasına gerekir. (Özta, 2004).

Boşanmanın hukuki sonuçlarından bazıları her boşanmada kesinlikle ortaya çıkmaktadır. Bazıları ise, her boşanmada ortaya çıkmaz. Örneğin, varsa çocukların velayetinin hangi tarafa bırakılacağı, iştirak nafakası, miras menfaatlerinin sona ermesi ve malların tasfiyesi gibi sonuçlar her boşanmada görülebilen sonuçlardır. Buna karşılık yoksulluk nafakası, maddi ve manevi tazminat gibi sonuçlar her boşanmada mutlaka söz konusu değildir (Akıntürk ve Ateş-Karaman, 2016).

Boşanmanın hukuki sonuçlarını çeşitli açılardan ayırım yapmak mümkündür. Doktrinde, (boşanmanın asli sonuçlar - boşanmanın arızı sonuçları) , (boşanmanın şahsi sonuçları - boşanmanın mali sonuçları), (boşanmanın eşlerle ilgili sonuçları - boşanmanın çocuklarla ilgili sonuçları) ve (boşanma kararının muhtevası - boşanma kararının sonuçları) biçimindeki ayrımlarda konunun incelendiği görülmektedir (Akıntürk ve Ateş, **Aile**, 2016; Ceylan, 2006).

Bu çalışmada boşanmanın sonuçları, anlaşmalı boşanmanın sonuçları perspektifinden ele alınacak ve bu sonuçlar, taraflar ve çocuklar için irdelenecektir.

2. ANLAŞMALI BOŞANMANIN ŞARTLARI

2.1. Türk Hukukunda Eşlerin Anlaşma Yoluyla Boşanması

2.1.1. Genel olarak

1907 yılında yürürlüğe girmiş olup 1999 yılına kadar da herhangi bir değişiklik yapılmamış olan “İsviçre Medeni Kanunu”nda * kusur ve akıl hastalığı unsurlarını özel boşanma sebeplerinden kabul edilmesinin diğer kanunlardan istisna olarak “evlilik birliğinin temelinden sarsılması” hususunu da boşanmanın genel sebepleri arasında değerlendirmektedir. Farklılaşan toplumsal yapı ve unsurları ile birlikte boşanma nedenlerinde de farklılaşmalara ihtiyaç doğmuş ve bu doğrultuda İsviçre Medeni Kanunu’nda anlaşmalı boşanma yönünde değişiklik söz konusu olmuştur (Hausheer, 2007). Bu değişiklik, Türk Medeni Kanunu’na da yansımış ve 22.11.2001 tarihinde kabul edilen 4721 sayılı Medeni Kanun’un m.166/3 bu hususa ilişkin düzenleme yer bulmuştur.

Türk Medeni Kanunu’nun 166. maddesinin üçüncü fıkrası;

“Evlilik en az bir yıl sürmüştür ise, eşlerin birlikte başvurusu ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde, evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu halde boşanma kararı verilebilmesi için, hakimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın malî sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hakim, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü halinde boşanmaya hükmolunur. Bu halde tarafların ikrarlarının hakimi bağlamayacağı hükmü uygulanmaz.”

şeklindeki hükmü ile anlaşmalı boşanmanın şartlarının düzenlendiği görülmektedir.

* Almanya, Fransa ve bazı Avrupa ülkelerinde oluşan gelişmeler doğrultusunda İsviçre’de de eşlerin eşitliği ilkesini sağlamak için 1 Ocak 1988 tarihinde Evlilik Birliği Hukuku’nda yürürlüğe sokulan değişikliklerle ilgili geniş bilgi için bkz. Cengiz Koçhisarlıoğlu, İsviçre’de Evlilik Birliği Hukukundaki Son Gelişmeler, Prof. Dr. Jale Akipek’e Armağan, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya, 1991, ss. 431-452.

743 sayılı Önceki Türk Medeni Kanunu irade ilkesine dayanan eşlerin karşılıklı anlaşmak suretiyle boşanma görüşünü benimsememiş ve boşanma sebepleri arasında anlaşmalı boşanma sebebine yer vermemiş idi (Tutumlu, 2009; Akıntürk, 2002). Ancak uygulamada, bu tür boşanma davaları fazlaca yer almaktaydı. Hakim, taraflar arasında gerçekten şiddetli geçimsizlik bulunduğu, artık tarafların bir arada yaşamalarının mümkün olmadığı kanaatine vardığı takdirde boşanmaya karar verebiliyordu (Özta, 2004). Türk Hukuku'na anlaşmalı boşanma ilk kez 12.5.1988 tarihli ve 3444 sayılı Kanun'la girmiştir. Bu düzenleme ile, modern toplum yapısında olması gereken bir boşanma şekli de Türk Medeni Kanunu'nda yerini almıştır (Hatemi/Kalkan Oğuztürk, 2014; Kaçak, 2004).

Türk Medeni Kanunu m.166/III, kusur unsuruna yer vermeyen ve evlilik birliğinin sarsılmasını, boşanma sebebi olarak kabul eden bir hükmü içermektedir. Bu hükme göre, eşlerin iradeleri ön plandadır (Özta, 2004). Türk kanun koyucusu bu boşanma sebebini ayrı bir isim ve bağımsız bir madde biçiminde düzenlememiş, en az bir yıl devam etmiş olan evlilikte eşlerden birinin açtığı davayı diğerinin kabul etmesi veya her iki eşin birlikte boşanma başvurusunda bulunmasını, evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olduğuna bir karine saymıştır (Akıntürk ve Ateş-Karaman, 2016). Yargıtay bir kararında* *“Evlilik en az bir yıl sürmüşse, eşlerin birlikte başvurmaları ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır.”* diyerek bunu vurgulamıştır.”

Kanunda anlaşmalı boşanmanın gerek ve yeter koşuluna ilişkin zikredilen hüküm ilk bakışta tarafların isteklerine bağlı olarak boşanmanın düzenlendiği şekilde algılanabiliyor olsa da özü itibarıyla tarafların keyfi boşanma isteklerini karşıladığını söylemek mümkün olmayacaktır. Fıkra da gözetilen prensip, madde hükmünün tamamında olduğu gibi evlilik birliğinin temelinden sarsılması koşulunun somut olmasıdır (Özta, 2004).

1976 yılında yasalaşmış ve hala yürürlükte olan Alman Medeni Kanunundaki boşanma şartlarına göre, bir çift bir yıl ayrı yaşıyor ve boşanmanın sonuçlarına ilişkin bir anlaşma yapılmışsa, boşanma dilekçesinin kabul edilmesi gerektiği yönündedir (Odendahl, 2008). İsviçre Hukuku'nda her iki eşin de boşanmayı istemesi ve tüm gerekli belgeleriyle boşanmanın sonuçlarına ve çocuklara ilişkin bir anlaşma olması ve birlikte başvurmaları halinde İsviçre Medeni Kanunu'nun 111.

* Yargıtay 2.HD, 10.04.2004 T., 2003/4172 E., 2003/5279K. (kazanci.com)

maddesi gereğince, çekişmesiz bir boşanma muhakemesi uygulama alanı bulmaktadır (Hausheer, 2007). Anılan maddede ortak arzuya dayanan boşanma başlığı altında anlaşmalı boşanmayı, eşlerin boşanmanın sonuçlarında anlaşıp anlaşmadıklarına göre, tam ve kısmi anlaşmalı olmak üzere iki ayırım yapılmıştır. İsviçre’de olduğu gibi Almanya ve Fransa’da da anlaşmalı boşanma bir çekişmesiz yargı faaliyeti olarak kabul edilmektedir (Özdemir, 2003). Türkiye’de ise, bu konu ile ilgili fikir birliği yoktur. Bazılarına göre anlaşmalı boşanma davasını (Akıntürk, 2002) “çekişmesiz yargı türüne sokmak mümkün değildir”; bazılarına göre (Öztan, 2004) ise bu tür davalar “çekişmesiz yargıya tabidir”.

Anlaşmalı boşanma imkanının sağlanması ile eşlere, basit ve önceden belirlenmiş koşullara uyararak, süratli bir şekilde evlilik birliğini sona erdirmeye olanağı tanınmış olmaktadır (Özdemir, 2003).

Eşlerin anlaşmaları, evlilik birliğinin temelinden sarsılmış bulunduğu konusunda bir karine yaratmaktadır. Başka bir ifade ile eşlerin aralarında anlaşmaları, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığını ortaya koyar (Öztan, 2004).

Türk Medeni Kanunu, eşlerin anlaşmasını boşanma için yeterli saymamıştır. Uygulamada tarafların anlaşması bazen boşanmayı sağlamakta, bazen sağlamamaktadır (Tutumlu, 2009). Buna ek olarak tarafların birlikte başvurduğu ya da birinin davasını diğerinin kabul etmesi durumlarında Türk Medeni Kanunu’nun 184. maddesinin 3. fıkrasındaki “tarafların ikrarının hakimi bağlamayacağı” yolundaki hükmün uygulanamayacağı düzenlenmiştir (Akıntürk ve Ateş, 2016; Kaçak, 2004).

Uygulamada bazen eşlerden birinin veya her ikisinin vekilinin anlaşma beyanında bulunarak boşanmaya karar verilmesini istedikleri görülmektedir. Kanun, hakimin eşleri bizzat dinlemesi şartını aramakta, sadece vekillerin anlaşma beyanlarına dayanılarak boşanmaya karar verilmesine olanak tanımamaktadır (Şimşek, 2007).

Eşlerin anlaşması yoluyla mahkemenin boşanmaya karar vermesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlar Türk Medeni Kanunu’nun 166. maddesinin üçüncü fıkrasından çıkarılabilir. Yargıtay bir kararında * “*En az bir yıl sürmüş evliliklerde, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde evlilik birliğinin temelinden sarsılmış sayılabileceği öngörülmüştür.*

* Yargıtay 2HD, 01.07.2002 T., 2002/7971 E., 2002/8779 K.

Bu halde dahi boşanma kararı verilebilmesi için, hakimin tarafları bizzat dinlemesi, iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması gerekmektedir” şeklindeki hüküm ile anlaşmalı boşanmaya karar verilebilmesinin şartlarına işaret etmektedir.

2.1.2. Şartları

Süre bağlamında, anlaşmalı boşanma başvurusunun kabulü için evliliğin en az bir yıl sürmüştüğü olması kriteri gözetilirken bununla birlikte eşlerin boşanmayı birlikte kabul etmeleri veya eşlerden birinin açtığı boşanma davasını diğer eşin de kabul etmesi gerekmektedir*. Bunun yanı sıra, hakimin taraf beyanlarını bizzat dinleyerek tarafların beyanlarının iradi olarak, baskı altında olmadan oluştuğuna ve anlaşmanın şartlarının da eşler ve çocuklar için uygun olduğuna kanaat getirmesi gerekmektedir. Bahsedilen bu dört hususun varlığı kanun ile zorunlu kılınmış ve bu doğrultuda Yargıtay kararlarında** da bu koşullar doğrultusunda hüküm kurulduğu görülmektedir. Medeni Kanun’un 166/3 maddesi doğrultusunda anlaşmalı boşanmanın şartlarının aşağıdaki şekliyle dört başlık altında ele alınması uygun olacaktır.

2.1.2.1. Evliliğin en az bir yıl sürmüştüğü olması

2.1.2.1.1. Genel olarak

Eşlerin anlaşarak boşanabilmeleri için evliliğin en az bir yıl sürmüştüğü olması gerekmektedir. Yargıtay da kararında*** “Evlilik en az bir yıl sürmüştüğü, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır...” diyerek bu hükmü yenilemiştir.

Bu şartın varlığı hakim tarafından resen dikkate alınacak ve bir yıllık süre dolmamış ise anlaşmalı boşanmaya karar verilmeyecektir (Özdemir, 2003). Evlilik bir yıl sürmüştüğü demek ki evlendirme memuru huzurunda iradenin açıklandığı tarihten bir yıl süre geçmiştir. Bu süre içinde ortak yaşamın sürmüştüğü olması veya olmamasının

* Yargıtay 8. HD, 28.02.2017 T., 2015/13072 E., 2017/2745 K.

** Yargıtay 2HD, 04.10.2004, E.2004/9760, K.2004/11194 “*Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesi uyarınca anlaşmalı boşanmaya karar verilebilmesi için, hakimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerini serbestçe açıkladıklarına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır.*” şeklindeki ifadesi örnek teşkil etmektedir.

*** Yargıtay 2.HD, 14.12.1998 T., 1998/12095 E., 1998/13582 K. (<http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/>)

anlaşmalı boşanmaya bir etkisi yoktur (Gençcan, 2007). İsviçre Medeni Kanunu'nda anlaşmalı boşanma için evlilik sonrası bir süreye yer verilmemiştir (Özdemir, 2003).

Davanın açıldığı tarihte henüz bir yıllık süre dolmamış ve yargılama sırasında bir yıllık süre dolmuş ise, bu sürenin dolduğu tarihten sonra alınmak şartıyla tarafların irade beyanları alınmışsa artık davanın açıldığı tarihte dava şartı bulunmamakla birlikte sonradan eksiklik giderildiğinden anlaşmalı boşanmanın bu şartının gerçekleştiğinin kabul olunması gerekir (Bulut, 2007).

Türk Hukuku her ne kadar ayrı yaşama şartını aramamışsa da, evlenmenin üzerinden bir yıl geçmesini öngörmüştür. Kanun koyucunun bir yıllık süreyi koyarken, eşlerin kendilerini boşanmaya götürebilecek geçimsizliklerin varlığını sağlıklı olarak bir yıldan önce göremeyeceklerini var saymış (Özdemir, 2003) ve yeni evlenen eşlere birbirlerini tanımaları için fırsat vermek istemiştir. Buna ek olarak, ani kızgınlık veya öfke ile boşanmaya başvurulmasının önüne geçilmek istenmiştir (Tutumlu, 2009). Diğer bir taraftan bu süre şartı çeşitli nedenlerle çok kısa bir süreli evlenme yaparak, hemen sonra boşanma imkanının elde edilmesini ortadan kaldırmaktır (Öztan, 2004).

Bir yıllık sürenin kısaltılması ya da kaldırılması hususunda görüşler ortaya koyulduğu gibi, bu sürenin fevkalade kısa olduğu, daha uzun süreye ihtiyaç bulunduğu yönünde görüşler de öğretilmektedir (Çakın, 2007).

2.1.2.1.2. Hükümün amacı

Farklı dünyalardan, kültürlerden ve en önemlisi yaşam tarzından iki insanın evlendikten sonra birbirlerine uyumu ve geçimi derhal beklenebilecek bir durum değildir. Dolayısıyla tartışmalar, uyumsuzluklar bir evlilikte kaçınılmaz bir durumdur. Yeter ki tüm bu uyumsuzluklar istikrar kazanmasın ve eşler tarafından aşılabilirsin. Bu yüzden yasa koyucu bir yıllık süreyi belirlerken eşlerin evliliğe ve birbirlerine uyum sürecini göz önünde tutmuş ve bu süreçte ani ve fevri kararlar ile evlilik gibi kutsal bir müessesenin yıkılmasını engellemek istemiştir . Fakat tüm bunlara rağmen bu süreçte eşlerin fiilen bir arada olup birlikte yaşamalarını aramamıştır. Söz konusu durum doktrinde bir çelişki olarak ifade edilmiş ve sürenin bu suretle amaca hizmet eder mahiyette olmadığı; dolayısı ile de gerekli ve yerinde bir şart olmadığı (Özdemir, 2003) belirtilmiştir*.

* Yeni medeni kanun öncesi uygulamalarda karşılaşılan aksi yöndeki görüş için Şener'e, "...süreye ilişkin bu engel gayet yerinde ve mantıkidir. Eşler bir yıldan önce ortak yaşama bilincine tam

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

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

olarak varamadıklarından, aşırı duygusallıkla yuvalarını yıkabilirler. Amaç bu sonucu engellemektir. Kanun koyucu insanların bu zayıf yönünü gözeterek, iyice düşüncelerini sağlamak için böyle bir süre koymuştur.” Şeklinde görüş bildirmektedir. Esat Şener, **Tüm Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2000, s.4

* Öztan, anlaşmalı boşanmanın şartların incelenmeden boşanmayı kolaylaştırıcı bir uygulama olması hususunda anlaşmanın yeterli olmayacağı görüşünü savunmakta ve bu hususta “...sadece bir yıllık evlilik süresi öngörülmesi fevkalade kısadır; çünkü evlilik birliğini yürütebilmek için tarafların bir seneden daha uzun bir süreye ihtiyaçları vardır. İlk krizden sonra, yeterince düşünülmeden dava açılmamalıdır. Evlilik birliğinin her durumda yürümesinin imkansız olduğu hallerde eşler zaten M.K. m. 134/1’e dayanarak dava açabilirler. Bu itibarla rızai boşanmaya imkan tanımak suretiyle boşanmanın çabuklaştırılmasının, eşler yönünden fazla bir yarar getireceği düşünülemez.” şeklinde görüş belirtmektedir. (Öztan, 2004)

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

2.1.2.1.3. Anlaşmalı boşanma davasında anlaşmalı ayrılığın yeri

Türk Boşanma Hukuku'nda TMK. m.166/III hükmüne dayalı anlaşmalı boşanma davasında eşler anlaşmalı ayrılık talebinde bulunamayacakları gibi, hakim de re'sen ayrılık hükmü tesis edemez (Hatemi/Kalkan Oğuztürk, 2014; Akıntürk / Ateş-Karaman, 2016; Dural/Öğüz/Gümüş, 2008; Yalçınkaya/Kaleli, 1988; Oğuzman/Dural, 1998).

Eşlerin anlaşmalı boşanma talepleri gibi anlaşmalı ayrılık talep edemeyecekleri hususu doktrinde farklı birçok gerekçe ve fikirlerle tartışma konusu olmuştur. Bir görüşe göre (Öztañ, 2004), eşler nasıl anlaşmalı boşanma talep edebiliyorlar ise, eşlerin anlaşmalı ayrılıkta talep etmeleri mümkün olmalıdır (Öztañ, 2004; Özdemir, 2003).

Diğere bir görüşe göre ise, eşlerin anlaşmalı ayrılık talep etmeleri mümkün değildir (Öztürk, 2015). Bu görüşte olan yazarlara göre ayrılık kurumu, anlaşmalı boşanmanın mahiyeti ile bağdaşmazken (Tutumlu, 2009), anlaşmalı boşanma halinde boşanmanın yan sonuçları sözleşmesinin yapılması zorunluluğı (Hatemi/Serozan, 1993) ayrılık kurumu ile sonuçlandırılmamasının doğal sonucudur.

Yine başka bir görüşe göre, TMK m.166/III hükmü ile açılmış bir anlaşmalı boşanma davası temelinde evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olması esasına dayandığından artık bu evliliğin yeniden kurulması gibi bir ihtimal bulunmadığından, çekilemez hale gelmiş bir evliliğin devamının yahut iyileşmesinin beklenmesi mümkün değildir. (Oğuzman/Dural, 1994; Dural/Öğüz/Gümüş, 2008) Öyle ki, artık taraflar evliliğin devamının çekilmez ve beklenemez olduğu hususunda anlaşmaya varmış olduklarından bu hususun ayrıca bir delil ve olgu ile araştırılması hususunda hakimin takdir hakkı dahi elinden alınmıştır (Tutumlu, 2009; Öztañ, 2004; Oğuzman/Dural, 1994; Dural/Öğüz/Gümüş, 2008).

Anlaşmalı boşanma davasında ayrılık hükmünün tesis edilemeyeceğine ilişkin bir başka görüşün gerekçesi ise, bir boşanma davasında ayrılık hükmü verilmesindeki amaç, Hakimin mevcut tüm delil ve olguları değerlendirmesi sonucu, tarafların ileride mevcut evliliğı devam ettirme ihtimalinin var olmasından kaynaklanmaktadır. Oysa TMK. m.166/III hükmü ile açılan anlaşmalı boşanma davasında tarafların herhangi bir delil ve olgu getirmeleri ve evlilik birliğinin sarsıldığı hususunda bir ispat sürecine girmeleri gibi bir durum mevzu bahis değildir. Dolayısı ile hakimde

ayrılık hükmü verilmesi için ileride evliliğin devamına ilişkin bir kanının oluşması ihtimalinin varlığı düşünülemez (Öztürk, 2015).

Öyle ki, TMK. m.166/III hükmü uyarınca açılan anlaşmalı boşanma davasında hakimin boşanma kararı verebilmesi için tarafları bizzat dinlemesi ve bu hususta taraf iradelerinin serbest olarak açıklandığı sonucuna kanaat etmesi gerekmektedir. Zira hakimin takdir hakkı tarafların boşanma saiklerine ilişkin değildir. Sadece hakim iradelerin özgürce açıklanıp açıklanmadığı hususunu takdir ve tayin edecektir. Şu halde “bu fıkradaki şartlar çerçevesinde her ikisi de boşanma isteyen taraflar karşısında, hakimin, barışma ümidi görerek ayrılığa karar vermesine yol açabilecek tek vakıa, onun her iki tarafı bizzat dinledikten sonra boşanma konusundaki özgür iradelerinin gerçekte az çok tereddütlü ve kendilerinin kararsız olduğu sonucuna ulaşmasıdır. Bu gibi durumlarda, TMK. 138/3 gereği “ayrılığa hükmetmesine bir engel yoktur” (Kocayusufpaşaoğlu, 1990)* görüşüne katılmak mümkün değildir. Böyle bir durumda dahi ayrılığa karar verilemez; ancak boşanma iradelerinin özgürce oluşmadığı hususunda kuşkunun uyanması halinde artık dava tümüyle reddedilmelidir (Özdemir, 2003).

Bu kapsamda çözüm olarak 1984 Tarihli Öntasarı ve 1985 Tarihli Tasarı döneminde 3444 Sayılı Kanun’un hükümet tasarısında** olduğu gibi, ve fakat tasarıdaki kadar uzun bir süre olmaksızın, eşlerin başvurusu üzerine hakimin evliliğin devamı hususunda varacağı kanaat üzerine makul bir süre tam anlamıyla ayrılık olmasa da tarafların düşünmeleri için makul bir süreye hükmetmesi imkanının çok daha faydalı olacağı görüşündeyiz***. Öyle ki, bu süreçte eşler deyim yerinde ise ayrılığın ve dolayısı ile boşanmanın gerçek tarafı ile yüzleşecek ve kendilerine sağladığı faydalar ile verdiği zararları tespit edebileceklerdir. Bu süre sonunda boşanma kararı verildiği takdirde bu karar artık çok daha sağlam bir iradenin ürünü olacak ve haliyle daha gerçekçi olacaktır. Aksi yöndeki karar ise zaten arzu edilmeyen boşanma olgusunu ortadan kaldıracaktır.

* Gereğeyle ilişkin karşı görüş için bkz. (Tutumlu, 2009; Öztürk, 2015)

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

*** Benzer düzenleme 11.07.1975 tarihli Boşanma Reformu Kanunu ile Fransız Medeni Kanunu'nun 231. maddesi ile düzenlenmiştir. Buna göre hakim, boşanma iradelerini beyan eden taraflara üç aylık bir düşünme süresi tanıyarak bu süre sonunda boşanma iradelerini tekrar açıklamalarını ve her halukarda altı ay içerisinde yenilenmeyen boşanma talepleri sona ermiş olacaktır. (Yalçınkaya/Kaleli, 1988)

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

2.1.2.2. Eşlerin boşanmak üzere birlikte başvurmaları veya bir eşin açtığı davayı diğerinin kabul etmesi

Anlaşmalı boşanma mahiyeti itibari ile irade birliğine ve bütünlüğüne dayanmaktadır. Dolayısı ile anlaşmalı boşanmanın gerçekleşebilmesi için bütün hukuk sistemlerinde genel geçerli olmazsa olmaz koşul, eşlerin boşanma hususunda iradelerinin şüpheye mahal vermeyecek şekilde açıkça birleşmesidir. Medeni Kanun'umuzun m.166/III hükmü eşlerin iradelerinin birleştiğini, davanın eşler tarafından müştereken ikame edildiği ya da bir eşin açmış olduğu davanın diğer eş tarafından kabul edildiği yani eşlerin yargılama esnasında anlaşmaları sureti ile ortaya çıktığı hallerde kabul etmektedir. Elbette ki bu irade özgür bir irade ürünü olarak kendini göstermelidir. Dolayısı ile özgür irade beyanları ile birlikte kanunun aradığı diğer şartlarında gerçekleşmesi ile artık evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı kabul edilerek başkaca inceleme ve araştırma yapılmaksızın hakim boşanmaya karar verecektir.

2.1.2.2.1. Eşlerin mahkemeye birlikte başvurusu

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

Kılıçoğlu (2002)'na göre, boşanma bir çekişmeli yargı faaliyeti olduğu için anlaşmalı boşanma ancak bir eşin açmış olduğu davanın diğer eş tarafından kabul edilmesi sureti ile yani gerçek anlamda davacı ve davalı sıfatlarının kazanılması ile gerçekleşir

(Kılıçoğlu, 2002). Öyle ki, böylesi bir görüşün kabulü anlaşmalı boşanmada eşlerin birlikte başvurma hakkını tümüyle ortadan kaldırmakta ve sadece eşlerden birisi tarafından açılmış davanın diğer eş tarafından kabul edilmesi yolu ile anlaşmalı boşanmanın gerçekleşeceğini göstermektedir. Böyle bir sonuç ise oldukça açık ve net ifade edilmiş TMK. m.166/III hükmü karşısında bir çelişki arz edeceği için kabulü mümkün değildir.

Yalçınkaya ve Kaleli (1988)'ye göre; kanun hükmünde bulunan “eşlerin birlikte başvurabileceği” ifadesi yanlış anlaşılabilir şekilde düzenlenmiş olup buradaki asıl gaye eşlerin iradelerinin boşanma hususunda birleşmesi olarak düşünülmelidir. Söz konusu irade birliği ise zaten hakim tarafından dinlenmesi şartı ile ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla irade birliğinin görünümünü en başta dava ikame edilirken ortak başvuru ile göstermeye gerek yoktur (Yalçınkaya/Kaleli, 1988). Yine bu görüşte de TMK. m.166/III hükmünde yer alan eşlerin birlikte başvurabileceği açık ifadesi yok sayılmaktadır. Dolayısıyla bu görüşü de kabul etmek mümkün değildir.*

Yargıtay'ın uygulamasına göre** ise boşanma davası hiç şüphesiz bir çekişmeli yargı faaliyetidir. Fakat anlaşmalı boşanma kanun hükmünün mahiyeti itibari ile bir çekişmesiz yargı faaliyetidir. Dolayısıyla birlikte başvuru halinde dava başından beri çekişmesiz yargıya tabi olurken, başka bir sebeple açılmış boşanma davasında yargılamanın ilerleyen herhangi bir safhasında eşlerin anlaşmaları halinde artık anlaşma anına kadar çekişmeli yargı faaliyeti olan boşanma davası anlaşmadan itibaren bir çekişmesiz yargı faaliyeti olarak kendini göstermektedir (Özdemir, 2003; Öztan, 2004)***. Dolayısıyla ile kanunun yanlış anlaşılmaya yol açacak şekilde

* Yazarın görüşüne yönelik eleştiriler için bkz. (Kırbaş, 1994; Özdemir, 2003).

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

*** Aksi yönde görüş için bkz. Akıntürk, **a.g.e.**,s.270.

düzenlendiği görüşü, net bir şekilde ifade edilmiş kanun hükmünü yok saymayla sonuçlanır ve böylesi bir durumu da kabul etmek mümkün değildir. Anlaşmalı boşanmayı çekişmesiz yargı faaliyeti olarak kabul eden görüşe göre, böylesi bir durumda Usul Hukuku bağlamında davacı ve davalı terimleri gerçek anlamda yerini bulmaz; dolayısı ile gerçek anlamda bir davanın varlığından söz edilemeyeceği için artık davacı ve davalıdan değil ancak “dilekçe verenler, talepte(istemde) bulunanlar, boşanmak isteyenler”den bahsetmek daha uygun olur (Özdemir, 2003). Böylelikle birlikte başvurma iradesinin mahiyeti de gereği gibi yerine getirileceği için bu görüşün ayrıca Usul Hukuku bağlamında da yerinde olduğu kanısını taşımaktayız.

Kırbaş (1994) ise daha farklı bir yaklaşımla eşlerin birlikte başvuramaları halinde anlaşma iradesinin daha işin başında yerine getirilmediği için hakim tarafından başkaca bir inceleme ve araştırma yapılmasının gerekli olmadığı; kamu düzenine ilişkin olan böylesi bir şartın yerine getirilmemesi sebebiyle artık hakimin tarafları bizzat dinlemesinin ve boşanmanın sonuçları üzerine tarafların anlaşmalarını sağlamasının uygun olmadığını ileri sürmektedir (Kırbaş, 1994). Söz konusu görüş, anlaşmalı boşanmanın eşlerden biri tarafından açılmış davanın diğeri tarafından da kabul edilerek gerçekleştirilebileceğini düzenleyen TMK. m.166/III hükmünü yok sayar mahiyette olması hasebiyle kabulü mümkün değildir (Özdemir, 2003).

Anlaşmalı boşanma halinde, eşlerin boşanma hususunda iradelerinin birleştiği anda artık evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı kabul edilmektedir. Boşanmaya sebep olan vaka ve olayların ayrıca dermeyan edilmesi gerekmemektedir (Öztan, 2004). Bu safhada artık tarafların boşanma sebeplerine ilişkin olayları ve gerekçeleri mahkemeye açıklamalarına ve bildirmelerine gerek yoktur. Yeter ki, tarafların birbirlerine uygun boşanma isteklerini yansıtan iradeleri hür ve özgür bir biçimde açıklansın. Dolayısı ile tarafların ortak iradelerini yansıtan boşanma talepleri ile artık evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı kabulü aksi ispat edilemez mahiyette bir karine olarak kabul edilmektedir (Kırbaş, 1994). Burada yazarın hem karine şeklinde ifade edip hem de aksinin ispatını yok sayması kendi içinde bir çelişki oluşturmaktadır. Bu yüzden tarafların boşanma iradelerinin birleştiği noktada artık evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı kabulünü salt karine şeklinde değil ancak kesin karine ya da faraziye şeklinde yorumlamanın hukuksal açıdan daha uygun olacağı görüşündeyiz.

2.1.2.2.2. Bir eşin açtığı davanın diğer eş tarafından kabulü

2.1.2.2.2.1. Kabul beyanı ve beyandan dönme

Türk Medeni Kanunu m.166/III hükmü açıkça ve net bir ifade ile bir eş tarafından açılmış olan davanın diğer eş tarafından kabulü halinde artık anlaşmalı boşanmaya dayalı davanın sübut edeceğini düzenlemiştir. Davanın kabulü, davacının taleplerini davalı tarafın kısmen ya da tamamen kabul etmesi ile yargılamanın sona erdirilmesini sağlayan taraf işlemidir (HMK. m. 308). Davanın kabulü, davalının tek taraflı irade açıklaması ile nihai hükmün kesinleşmesine kadar gerçekleştirilebilir (HMK. m.310). Dava kısmen kabul edilebileceği gibi tamamen de kabul edilebilir. Davanın kısmen kabulü halinde yargılama sadece kabul edilen talebe ilişkin son bulurken, kabulün gerçekleşmediği başkaca talepler bakımından devam etmektedir (Kuru/Arslan/Yılmaz, 2013). Davanın kabulü, mahkemeye verilecek bir dilekçe ile gerçekleştirilebileceği gibi yargılama sırasında sözlü beyanın duruşma tutanağına derc edilmesi ile de gerçekleştirilebilir (HMK. m. 309). Kabul tek taraflı irade açıklaması ile gerçekleştiği için ayrıca davacının ya da mahkemenin kabulüne bağlı değildir. Davanın kabulü, kabul edilen kısım açısından mevcut ihtilafı bütünüyle ortadan kaldırdığı için mutlak surette kayıtsız ve şartsız gerçekleştirilmelidir (HMK. m. 309/IV).

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

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

"... Davacı koca sebebine dayanarak boşanmalarına karar verilmesini istemiş, mahkemece davalının 26.5.2006 tarihli oturumdaki "davayı kabul beyanına dayanılarak Türk Medeni Kanununun 166/3. Maddesi gereğince tarafların boşanmalarına karar verilmiştir. Türk Medeni Kanununun 166/3. Maddesi ancak Medeni Kanunun 166. Maddesine dayanan davalarda

Baskın görüş (Hatemi/Kalkan Oğuztürk, 2014; Kırbaş, 1994; Öztan, 2004) Yalçinkaya ve Kaleli, 1988 ve Yargıtay uygulaması, davanın kabulü halinde TMK. m.166/III hükmü ile anlaşmalı boşanmaya karar verilebilmesi için davanın mutlaka evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olması sebebine dayanan TMK. m.166/I ve II hükmü ile açılması gerektiğidir (Öztan, 2004; Akıntürk/Ateş, 2016; Hatemi/Serozan, 1993; Kırbaş, 1994).

Karşıt görüşte olanlara göre ise, davanın mutlak surette evlilik birliğinin temelinden sarsılması hukuki sebebine dayandırılarak açılmasına gerek yoktur (Oğuzman/Dural, 1994; Özdemir, 2003). Boşanma davası kanunda yer alan başkaca bir sebeple de açıldığı hallerde yine davalı eş tarafından davanın kabulü halinde anlaşmalı boşanma hükümleri uygulanmalıdır. Ancak bu halde başkaca sebebe dayandırılan iddiaların ispatı hususunda tarafların ikrarının hakimi bağlamayacağını öngören TMK. m.184/III hükmü yine varlığını korur (Oğuzman/Dural, 1994).

Öyle ki, ikrar, vakaların ispatının gerekliliğini ortadan kaldırmasına karşın; davanın kabulü yargılamanın sona ermesine sebep olan bir taraf işlemidir. Dolayısı ile davanın kabulü halinde anlaşmalı boşanmaya dayanılarak karar verilmesi halinde TMK. m.184/III hükmünün yok sayıldığı görüşüne (Kırbaş, 1994) ilişkin eleştirel görüş (Özdemir, 2003) bütünüyle yerinde ve uygundur. Ayrıca akıl hastalığı sebebi ile açılmış boşanma davasında, artık tam ehliyetsiz eşin anlaşma hususunda iradesinin noksanlığı ve temsilci vasıtası ile iradenin ortaya konulmasının mümkün olmaması dolayısı ile böyle bir durumda anlaşmalı boşanma yoluna gidilerek karar verilmesi yerleşik Yargıtay Kararları ile mümkün değildir (Özdemir, 2003)*.

gerçekleşebilir (Y.2.HD.nin 11.5.1992 tarihli 5157-5357 sayılı 11.1.1995 tarihli 13182-152 sayılı kararları) Türk Medeni Kanununun 166. maddesine dayalı açılmış bir dava olmadığı halde ve Türk Medeni Kanununun 184/3, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 95/2. Maddeleri uyarınca kabulün hukuki sonuç doğurmayacağı gözetilmeden boşanma hükmü tesisi doğru değildir. Mahkemece taraf delilleri toplanarak Türk Medeni Kanununun 164. maddesi çerçevesinde değerlendirilip sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken bu yön gözetilmeden yazılı şekilde Türk Medeni Kanununun 166/3. Maddesi uyarınca hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.” (Yargıtay 2. HD., 2006/16638 E., 2007/5405 K., 02.04.2007 T. (Gençcan, Boşanma, 2015).

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

Şu durumda TMK. m.166/I ve II hükmü ile akıl hastalığı sebebi dışında başka bir boşanma sebebi ile açılan davada anlaşmalı boşanma yoluna gidilebilmesi ancak davanın ıslahı ile mümkün olmalıdır.

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

TMK. m.166/I ve II hükmü ile m.165 hükmü dışında başka bir sebeple açılan boşanma davasında, davanın ıslah edilmek sureti ile evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeni boşanma davası şeklinde ikame edilerek, kabul beyanı ile anlaşmalı boşanma imkanı verilmesi makul ve uygun bir çözüm yoludur. Bu hususta Yargıtay'ın olumlu görüş bildirdiği kararları mevcuttur.*

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

*... Davacı koca Türk Medeni Kanununun 166/1. maddesi gereğince evlilik birliğinin temelinden sarsıldığından bahisle açtığı davada yargılama sırasında davalı kadının vesayet altına alınarak kısıtlandığı ve davanın velayeti altına konulan annesi tarafından takip edildiği anlaşılmaktadır. Mahkemece, tarafların anlaşmaları üzerine Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesi gereğince boşanmalarına karar verilmiştir. Hakim huzurunda vasinin iradesini boşanma doğrultusunda açıklamış olması, boşanma isteğinin “şahsa sıkı sıkıya bağlı” haklardan olması sebebiyle sonuç doğurmaz. Davacı asilin akıl hastalığı nedeniyle dinlenmesi olanağı olmadığı gibi; dinlense bile beyanının bağlayıcılığı yoktur. Davacının akıl hastalığı hukuki nedenine dayalı boşanma davası da olmadığına göre; akıl hastası olan davalının hareketleri iradi olmadığından, Türk Medeni Kanununun 166/1. Maddesine dayalı davanın reddi gerekirken; yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.” (Yargıtay 2. HD. 18.12.2012 T., 2012/13695 E., 2012/30690 K.,; Bir başka kararında ise boşanma sonucunun temyiz sebebi olmaması halinde akıl hastalığının re'sen gözetilerek hükmü bozmayacağı sonucuna varmıştır. “... Akıl hastalığı hukuki sebebine dayalı boşanma talebi de olmadığına göre davanın reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru değildir. Ancak bu yön temyiz edilmediğinden bozma nedeni yapılmamış yanlışlığa işaret edilmekle yetinilmiştir...” Yargıtay 2. HD. 31.10.2007 T., 12680 E.,14604 K., (Gençcan, **Boşanma**, 2015).

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

Kırbaş (1994), anlaşma iradesinin muhakkak davanın başında gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu yüzden ilk duruşmadan sonra gerçekleşecek kabul beyanına, eşlerin anlaşma yolu ile boşanmasına imkan verecek şekilde bir sonuç bağlamak mümkün olmamalıdır (Kırbaş, 1994). Böyle bir görüş tarafların ihtilafsız ve sorunsuz bir şekilde boşanmalarına imkan sağlayan çağdaş ve modern düzenleme niteliği arz eden anlaşmalı boşanma imkanını ciddi bir biçimde sınırlandıracağı için tarafımızca yerinde görülmemektedir. Öyle ki, böylesi bir uygulama durumunda herhangi bir sebeple ilk celseyi kaçırmış tarafları zorla birbirlerine kusur atfettirmek zorunda bırakacak ve istem dışı eşlerin boşanma sonrası ilişkilerine ciddi suretle zarar verecektir. Özellikle bu durumun kanunun sınırlandırması sebebiyle gerçekleştiği hallerde ise hukuk kurallarını toplumsal ilişkiler çerçevesinde düzenlemek görevi üstlenen kanun koyucunun faydadan çok zarara sebep olması ihtimali ise kuvvetle muhtemel olacaktır. Dolayısı ile söz konusu görüşe katılmamaktayız.

Bir başka görüşe göre ise, kabulün muhakkak yargılamanın başında yapılmasına gerek yoktur. Dolayısı ile yargılamanın herhangi bir safhasında deliller toplandıktan sonra bile kabul beyanı ile anlaşmalı boşanma sonucuna gidilebilir. Ancak, kabul beyanının hükmün açıklandıktan sonra gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Öyle ki, hüküm açıklandıktan sonra artık kabul beyanının hüküm doğurabilmesi mümkün değildir (Öztaş, 2008; Yalçınkaya/Kaleli, 1998).

Bir diğer tarafımızca da kabul edilen görüşe (Özdemir, 2003) göre ise, Usul Hukuku'nun genel kuralından ayrılmaya gerek ve lüzum yoktur. Dolayısı ile kararın kesinleşmesi anına kadar yargılamanın her safhasında kabul beyanı hüküm doğurmalı ve anlaşmalı boşanmanın diğer şartları aranarak bu kapsamda gereği gibi yargılamanın yapılması sağlanmalıdır (Özdemir, 2003).

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

hususla hakimi ikna etmesine gerek yoktur (Kırbaş, 1994). Dolayısı ile davanın kabulünün Usul Hukuku gereği doğrudan sonuç doğurması boşanma davalarında kendini göstermemektedir.

Davaya son veren taraf işlemi niteliğindeki davanın kabulü halinde artık ihtilaf halindeki dava konusu ortadan kalkar ve maddi anlamda kesin hüküm sonucu doğar (HMK. m.311). Dolayısı ile artık aynı taraflar arasında aynı hukuki sebeple yeni bir dava ikame edilemez. Davalı, mahkeme henüz kabul beyanına yönelik nihai hüküm tesis etmemiş olsa bile kabul beyanından rücu edemez. Ancak bu safhadan sonra sadece irade bozukluğu hallerine dayanılabilir (HMK. m.311/II). Böyle bir halin varlığı halinde ise henüz nihai hüküm tesis edilmemişse aynı dava içerisinde ve fakat nihai hüküm tesis edilmiş ise ayrıca açılacak kabulün feshine yönelik bir davada bu husus dermeyeran edilir (Kuru/Arslan/Yılmaz, 2013).

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

Bir görüşe göre, kabul beyanının mahkemeye ulaşmasından sonra bu defa hakimin tarafları bizzat dinlemesi şartı gündeme gelmektedir. Dolayısı ile hakimin tarafları bizzat dinlemesi anına kadar ya da en azından bu safhada davalı eş kabul beyanından sebep belirtmeksizin dönebilmelidir ve Yargıtay'ın tavrı da bu yöndedir*. Artık hakimin bizzat dinlemesi safhasından sonra ise kabul beyanından dönülmesine imkan verilmemesi gerekir (Kırbaş, 1994).

Özdemir (2003)e göre, Usul Hukukunda yer alan kabul beyanından dönülemeyeceği kuralı anlaşmalı boşanma davalarında uygulanamaz. Anlaşmalı boşanma halinde karar şekli anlamda kesinleşinceye kadar davalı kabul beyanından dönebilmelidir (Özdemir, 2003). Yazar, burada görüşünü gerekçelendirirken bir eşin diğerinin davasının kabulü halinde evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olduğu yolunda kesin bir kanuni karine getirdiğini; fakat davalının yalın olarak davayı kabulünün boşanma sonucuna gitmeye yetmediğini dile getirmiştir (Özdemir, 2003).

Bu noktada yalın olarak davanın kabulünün ne anlama geldiğini ve aradaki farkı anlayabilmiş değiliz. Sonuç olarak tek bir istem var -boşanma talebi- ve dava boşanma davası, dolayısı ile boşanma talebinin kabulü ile boşanma davasının

* Yargıtay 2. HD, 20.02.2017 T., 2017/979 E., 2017/1642 K.; Yargıtay 2.HD, 15.02.2017 T., 2015/22591 E., 2017/1508 K.; Yargıtay 2. HD, 07.02.2017 T., 2016/7470 E., 2017/1221 K. (emsal.yargitay.gov.tr)

kabulünün farklı bir anlama bağlanmasının ve bu kapsamda farklı bir hukuki sonuca yöneltmesinin uygun olmadığı kanısındayız. Öyle ki anlaşmalı boşanma iradesi ortaya konulurken tarafların sebep ve gerekçe bildirmelerine gerek yoktur. Hür ve özgür bir biçimde verilmiş boşanma iradesi ile birlikte TMK. m.166/III'de yer alan diğer şartların varlığı ile sonuca gitmek için yeterlidir.

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

2.1.2.3. Hâkimin tarafları bizzat dinlemesi

İster eşler birlikte başvurmuş olsun, isterse bir eşin açtığı davanın diğer eş tarafından kabulü ile gerçekleşmiş olsun, anlaşmalı boşanma yolu ile TMK. m.166/III hükmüne

* "...tarafların boşanma konusundaki yalın kabulleri tek başına hukuki sonuç doğurmaz. Zira hakim tarafların iradelerini serbestçe açıklamış oldukları hususunda nesnel verilere dayalı belirtilere inanmış bu konuda vicdani kanaatinin oluşmuş olması gerekir. Davalı bir sonraki oturumda 'beni evden attı, bu nedenle istemeyerek duyulan tepki sonucu boşanmayı kabul ettim' şeklindeki beyanıyla açıklamasının serbest irade ürünü olmadığını bir anlık tepkinin yarattığı öfkeden kaynaklandığını açıklamakla, iradesinin hür bir iradeye dayalı olmadığını belirtmiştir. Belirtilen kabul beyanının serbestçe açıklanan bir irade ürünü olduğu konusunda kuşku yaratılmıştır. Kuşkulu olan bir olayda hür iradenin varlığından söz edilemez. Hakim buna rağmen olayın hür irade ürünü olduğunu kabul ediyorsa bunu kanuni gerekçeleriyle açıklamakla yükümlüdür. Diğer yönden davacının açtığı boşanma davasından feragat etmesi mümkün görülmemektedir. Hatta anlaşma koşullarının varlığı dahi feragatin geçerliliğini ortadan kaldırmaya yeterli olmamaktadır. Dairenin ve Hukuk Genel Kurulu uygulamaları da bu yönde kararlılık kazanmıştır. Davalı için kabul edilen feragatin davacı için kabul edilmemesi eşitlik ilkesine de aykırılık oluşturur." Aynı görüşte (Özdemir, 2003).

dayanılarak sonuca gidilebilmesi için eşlerin hakim tarafından bizzat dinlenmiş olması gereklidir.

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

Anlaşmalı boşanma davası, ister davanın kabulü ile ya da isterse ortak boşanma talebi ile gerçekleştirilmiş olsun her iki durumda da ölçüt açıklanan iradelerin özgür irade beyanı olup olmadığı meselesidir. Beyanların özgür irade ürünü olup olmadığı hususunda ise hakim gerekli her tür inceleme ve araştırmayı yapmakla yükümlüdür. Bu hususta kanun gerekçesinde de belirtildiği gibi hakimin serbest ve geniş bir takdir yetkisi mevcuttur. Aynı şekilde hakim kendisine tanınan bu denli geniş takdir yetkisini ise kullanırken her tür inceleme ve araştırmayı şüpheye mahal vermeyecek derecede özenle yerine getirmekle yükümlüdür. Kaldı ki, 3444 Sayılı Kanun gerekçesinde hakimin tarafları bizzat dinlemesi şartı konulmasının sebebi iradenin özgür bir irade olup olmadığının saptanması içindir (Yalçınkaya/Kaleli, 1998). Bu hususta hakim boşanma taleplerinin dayandığı olgular ile altta yatan sebeplerin varlığını aramayacak ve fakat iradeyi sakatlayan hallerin (TBK. m. 30 vd.) varlığı hususunda inceleme ve araştırma yapacaktır (Öztaş, 2008).

Taraf iradelerinin özgürce açıklanıp açıklanmadığı meselesi kamu düzenine ilişkin bir mesele olduğundan bu hususta hakimin takdir hakkı oldukça geniştir (Gençcan, 2015; Yalçınkaya/Kaleli1988; Kırbaş, 1994)** . Hakim bu hususta takdir hakkını

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

** ".Medeni Kanunun 3444 Sayılı Kanunla değişik 134/1. maddesine göre, eşlerin birlikte başvurmaları ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına karinesi sayılır. Başka bir ifade ile, böyle bir durumda hakimin takdir hakkı sonuca etkili olmamakta ve evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına ilişkin delillerin toplanmasına da gerek bulunmamaktadır. Ne var ki, Medeni Kanunun 3444 Sayılı Kanunla değişik 134/3. maddesi, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına ilişkin boşanma hukuki sebebinin varlığı konusunda takdir hakkını ortadan kaldırırken hakime de boşanmaya karar verebilmesi için zorunlu üç unsurun

kullanmadan evvel her türlü araştırma ve incelemeyi yapacaktır. Dolayısı ile şüphe halinde salt eşlerin beyanları ile bağlı kalmayacaktır. Açıklanan iradenin özgür bir irade ürünü olmadığı tespit halinde ise bu defa boşanma talebi gerekçesi ile birlikte reddedilecektir (Dural/Öğüz/Gümüş, 2008)*. Sonuca gidilmesini gerektiren tarafların iç iradeleri ise TMK. m.166/III hükmü temelli anlaşmalı boşanma davalarında aranmayacaktır.** Öyle ki, TMK. m.166/III hükmünün açık ifadesi ile hakimin boşanma kararı verebilmesi için eşleri bizzat dinlemesi ve bu dinleme esnasında açıkladıkları iradelerinin özgürce oluştuğuna kanaat etmesi gerekmektedir. Bu sebeptir ki bu hususta vekaletnamesinde özel bir yetki bulursa dahi bu defa HMK. m.78 hükmü burada uygulanamayacak ve vekil aracılığı ile hareket edilemeyecektir.*** Yine aynı şekilde açıklanan irade beyanlarının özgürce

varlığını kendiliğinden (re'sen) araştırma yetkisi ve yükümlülüğü vermiştir. Buna göre aranacak hususlar; evlilik birliğinin en az bir yıl sürmüş olması, boşanmaya ilişkin olmak üzere tarafların iradelerinin yargılamada serbestçe açıklanmış bulunması ve boşanmanın mali sonuçları ile ilgili olarak taraflarca mahkemeye bir anlaşma (düzenleme) metninin sunulması ya da bu husustaki anlaşmanın tutanağa geçirilmiş olmasıdır. Bu yön, kamu düzenine ilişkin olup mahkemece re'sen gözetilmesi ve herhangi birinin yokluğu halinde açılan davanın reddi gerekmektedir.” Yargıtay 2. HD., 22.02.1990 T., 1989/10796 E., 1990/2176 K., (YKD., 16(9), Eylül 1990, s.1295-1296.)

* “Taraflar, 5.11.2009 tarihli oturumda bizzat beyanda bulunarak, boşanma ve fer'ileri konusunda anlaşmalarını, dosyaya sundukları protokol gereğince boşanma kararı verilmesini istemişlerdir. Beyanları zapta geçirilmiş ve imzaları alınmıştır. Bu durumda, Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesindeki boşanma koşulları oluşmuştur. Anlaşmalı boşanma koşullarının oluştuğu ve karar vermeye bir engel bulunmadığı oturumda herhangi bir sebeple karar verilememiş ve duruşma başka bir güne bırakılmışsa tarafların (asılların) bizzat sonraki oturumlarda da hazır bulunma zorunluluğu bulunmamaktadır. Tarafların, Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesi kapsamında oluşan ve taraflarca bizzat hakime bildirdikleri, iradelerinin serbest iradeleri olmadığına ilişkin kanaatin dayanağı ve gerekçesi gösterilmeden, hata, hile, tehdit altında alındığı da iddia ve ileri sürülmemiş ve bu konuda herhangi bir kanıt da gösterilmemiş olduğundan; bu beyanlarının hakimi bağlayacağı gözetilmeden, Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesi gereğince boşanma kararı verilmesi gerekirken, yazılı şekilde davanın reddi doğru görülmemiştir.” Yargıtay 2. HD., 19.07.2011 T., 2010/9743 E., 2011/12657 K. (kazanci.com)

** “...Mahkemece davanın reddine esas alınan “davacının babasından dulluk maaşı almak düşüncesi ile davayı açmış olabileceği” şeklinde ifade edilen saike ilişkin olup boşanma konusunda serbest iradeyi ortadan kaldırmaz...” (Yargıtay 2. HD., 8625 E., 9559 K., 20.10.1993 T.) Aynı dairenin daha sonra değişen ve istikrar kazanan aksi görüşü hakim olsa da anlaşmalı boşanma davalarının mahiyeti gereği uygun bir yaklaşım olmamıştır. “...tarafların yetim aylığı alma, eşin borcu sebebiyle malları takip ve hacizden kurtarma gibi mali sebeplerle boşanma isteğinde birleşmeleri, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına karine oluşturacak bir irade açıklaması olamaz...” Yargıtay 2. HD., 17.01.1991 T., 7288 E., 9704 K.; Yargıtay 2. HD., 01.07.1992 T., 238 E., 9704 K., (kazanci.com)

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

“... Taraflar hazır bulunup, bizzat anlaşmalarını açıklamaz veya hakim, tarafların anlaşmalarını uygun bulmaz ise, taraflardan delilleri sorulup, toplanması sonucunda evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olup olmadığı anılan Kanunun 184. Maddesi çerçevesinde takdiri gerekirken,, davalı asil dinlenilmeksizin vekilinin beyanı ile yetinilerek davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır...” Yargıtay 2. HD., 07.12.2004 T., 12769 E., 14617 K.;

oluşturduğuna ilişkin bir diğer kıstas iradelerin samimi olması gerektiğidir (Gençcan, n, 2016). Yargıtay yerleşik kararları ile uzun süre tebliğe çıkarılmamış kararın dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağı için anlaşmalı boşanma yolu ile hüküm tesisini usul ve yasaya aykırı bulmaktadır*. Bu hususta eleştirel görüşe göre, eşlerin özgürce oluşmuş iradelerinin tespit anı hakim bizzat dinleme anıdır; dolayısı ile bu an itibari ile özgür iradenin gerçekleştiği saptanmış ise artık TMK m. 166/III hükmü ile sonuca gidilmesi uygun olup sonrasında gelişen olaylarla aksi bir düşünceye hakim olmak doğru değildir (Özdemir, 2003).

Hakim, anlaşmalı boşanma talebinde bulunan eşleri bir arada ya da ayrı ayrı dinleyebilir (Dural/Öğüz/Gümüş, 2008); fakat her ikisini de aynı celsede dinlemesi

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

“...Taraflar hazır bulunup, bizzat anlaşıklarını açıklamaz veya hakim, tarafların anlaşmalarını uygun bulmaz ise, taraflardan delilleri sorulup toplanması sonucunda evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olup olmadığının Medeni Kanununun 184. maddesi çerçevesinde takdiri gerekirken, davacı ve davalı dinlenilmeksizin taraf vekillerinin beyanı ile yetinilerek eksik inceleme ile boşanma hükmü kurulmuş olması usul ve yasaya aykırıdır...”(Yargıtay 2. HD., 13.03.2006 T., 2005/18939 E., 2006/3200 K., (Gençcan, **Boşanma**, 2016).

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

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

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

“...tarafların anlaşarak boşanma taleplerine ve bu yönde hüküm almalarına rağmen, hüküm tebliği verilmeyip üç yıl birlikteliğin sürdürülmesi, açıklanan iradelerinin samimi olmadığını gösterir. Üç yıl sonra hükmün tebliğ ettirilmesi Türk Medeni Kanununun 2. maddesindeki dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz. Bu nedenle kararın bozulması gerekmiştir.” Yargıtay 2. HD., 25.03.2009 T., 3032 E., 5522 K.;

“...Tarafların anlaşarak boşanma taleplerine ve bu yönde hüküm almalarına rağmen, hüküm tebliği verilmeyip bir yıla yakın birlikteliğin sürdürülmesi, açıklanan iradelerinin samimi olmadığını gösterir. Tarafların halen aynı adreste birlikte oturdukları da tebligat parçalarından anlaşılacaktır. Bir yıl sonra hükmün tebliğ ettirilmesi Medeni Kanununun 2. maddesi ile bağdaşmaz. Bu nedenle hukuka aykırı olan hükmün bozulması gerekmiştir.” Yargıtay 2. HD., 19.10.2005 T.11674 E., 14473 K., Gençcan, **Boşanma**, 2016).

gerektiği görüşünün (Gençcan, 2016) aksine ayrı celselerde dinleme ile aynı celsede dinleme arasında özgür iradenin saptanması hususunda ciddi bir fark olmayacağı kanısı ile tarafları bir arada dinlemenin güçlük yaratacağı hallerde, ayrı celselerde de dinlenebileceği görüşünü (Özdemir, 2003) daha yerinde bulmaktayız. Pek tabî ki hakim isterse ayrı celsede dinlenmiş eşlerin bir kez daha aynı celse içerisinde dinlenmesine ve hatta defalarca da dinlenmesine karar verebilir. Bu husus uygulamada güçlük yaratmış olsa da iş yükünün hayli fazla olduğu Aile Mahkemeleri'nde hakimın gözlemlerini bir sonraki celse kuvvetle unutulabilme olasılığı karşısında yasa hükmünün amacını gerçekleştirmede oldukça yerinde bir yaklaşımdır. Bu doğrultuda daha evvel hakim huzurunda dinlenmiş ve her nasılsa o celse karar verilemediği durumlarda bir sonraki celsede hakim değişikliği söz konusu olmuş ise eşlerin bu defa kararı verecek olan hakim tarafından tekrar ve bizzat dinlenmesi uygun olacaktır. Zira geniş takdir hakkı sahibi hakim tarafların beyan ettikleri iradenin özgürce oluştuğu hususunda kani olmalı ve bunun için her tür inceleme ve araştırmayı yapmalıdır. Hal böyle olunca pek tabî ki HMK. m. 197 hükmü ile eşlerden birinin istinabe ile beyanının alınarak hüküm tesisi TMK. m.166/III hükmü temelli anlaşmalı boşanma durumunda uygulanamayacaktır (Gençcan, 2016).^{*} Fakat aynı hakim tarafından bizzat dinlemenin gerçekleştirilmesine olanak tanıyan HMK. m. 149 hükmü ile tarafların rızası olmak şartı ile, ses ve görüntü nakledilmesi yolu ile tarafların aynı anda fiilen duruşmaya katılmaları sağlanarak TMK. m.166/III hükmü temelli anlaşmalı boşanma sonucuna gidilmesinde herhangi bir sakınca görülmemektedir (Gençcan, 2016).

Hakim tarafından bizzat dinlenerek duruşma tutanağında geçirilen tarafların beyanları ise HMK. m.154 gereği imza ettirilmelidir (Gençcan, 2016). Taraflara okutulmamış ve tutanağa imzaları attırılmamış ise HMK. m.156 hükmü ile ispatı mucip hale gelen yargılama neticesi verilen karar Usul Hukuku bağlamında geçerli olmayıp aynı zamanda kanun hükmüne açıkça muhalefet eder nitelik arz edecektir^{**}.

* Uygulamada böyle bile olsa, burada hükmün amacına aykırılı oluşturduğu gerekçesi ile, İsviçre sisteminde ki gibi dinlemenin istinabe yolu ile ve ayrıca yazılı ve telefon aracılığı ile de gerçekleştirilebileceğini savunmaktadır. (Özdemir, 2003).

** "... Duruşma tutanağında tarafların imzalarının alınmadığı anlaşılmıştır. Türk Medeni Kanununun 166/3. Maddesi şartları oluşmadan, tarafların delilleri sorulmadan ve gösterilen deliller getirilip, tanıkları dinlenmeden olayların varlığının kabulü sonucu, boşanmaya karar verilmesi usul ve yasa hükümlerine aykırıdır." (Yargıtay 2. HD. 13622 E., 14897 K., 13.12.2004 T.) (Gençcan, **Boşanma**, 2016)

"... Somut olayda; duruşma tutanağındaki anlaşma beyanında tarafların imzaları bulunmadığından Türk Medeni Kanununun 166/3. maddeye göre boşanma kararı verilemez. Mahkemece bu

2.1.2.4. Hâkimin anlaşma şartlarını boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumları yönünden uygun bulması

2.1.2.4.1. Genel olarak

Aile Hukuku'nda boşanmanın hukuk tarafından önem kazanmasına ve yıllarca araştırma ve inceleme konusu oluşturmasına sebep olan en önemli husus boşanmanın yarattığı sonuçlar olmuştur. Öyle ki, taraflar boşanma ile birlikte isterlerse birbirlerini hiç görmez ve farklı hayatlar kurarak bu hayatın içerisinde birbirleri ile hiçbir ilişki ve bağ kurmayabilirler. Bunun için pek tabî ki boşanmanın yarattığı sonuçlar hususunda da tarafların ihtilafsız bir anlaşmaya varmış olması gerekmektedir. Bu sebeple yasa koyucu TMK m. 166/III hükmü ile anlaşmalı boşanma sonucuna varılabilmesi için aynı zamanda eşlerin boşanmanın yarattığı hukuki sonuçlar üzerinde anlaşmış olmasını şart koşmuştur. Böylece madde hükmü gereği boşanma kararı veren eşler, evvela boşanmanın mali sonuçları ile çocukların velayeti hususunda bir anlaşmaya varacaklar ve bu anlaşmayı hakimin onayına sunacaklar. Bu doğrultuda hakimin anlaşmayı uygun bulduğu hallerde TMK. m.166/III hükmü gereğince anlaşmalı boşanma sonucuna gidilecektir. Boşanmanın fer'i neticelerini oluşturan eşlerin malvarlıkları ile çocuklar hususunda eşlerin anlaşmaya varmalarının akabinde hakimin anlaşmayı uygun bularak onaylaması şarttır (Esener, 1951). Böylelikle eşler tarafından gerçekleştirilen anlaşma hakimin onayına sunularak boşanmanın fer'i sonuçlarına ilişkin kararın hakim tarafından verileceği genel kuralı da korunmuş olacaktır (Köprülü/Kaneti, 1986). Boşanmanın sonuçlarına ilişkin taraflara verilen böylesi bir imkan ise hem tarafların kendi menfaatlerini daha iyi korumalarına imkan tanıyacak hem de iş yükü bir hayli fazla olduğu bilinen mahkemelerin ve hakimin yükünü önemli miktarda azaltmış olacaktır (Esener, 1951).

durumun taraflara açıklanması, tarafların tutanağı imzalamaktan kaçınmaları halinde; Türk Medeni Kanununun 166/1. maddesi çerçevesinde delillerin sorulup işlem yapılması gerekirken yazılı şekilde Türk Medeni Kanununun 166/3. Maddesi uyarınca boşanmaya karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Karşı oy: Hükmü temyiz eden davalı temyiz dilekçesinde, anlaşmalı boşanma kararına esas teşkil eden 04.04.2008 günkü oturumdaki beyanının doğruluğunu kabul etmektedir. Tutanağın sahteliği yönünde de bir iddiası yoktur. Temyiz eden davalının da kabulünde olan beyanlara göre Türk Medeni Kanununun 166/3 madde koşulları gerçekleşmiştir. Karardan sonra davalının anlaşmalı boşanmadan feragatinin mümkün olmadığı da dairemizin yerleşik içtihadıdır. İleriği taraflarca inkar edilmeyen hakim huzurundaki ikrarların, sırf imza noksanı nedeniyle geçersiz sayılması ve hükmün bu nedenle bozulması şeklinde oluşan sayın çoğunluğun görüşüne katılmıyorum.” (Yargıtay 2. HD. 22.06.2009 T., 10158 E., 12081 K., (Gençcan, **Boşanma**, 2016) Bu hususta HMK. m.156 hükmüne aykırılık oluşacağı için karşı oy sahibinin görüşünün uygun olmadığı kanaatindeyiz.

Yasa koyucu TMK. m.166/III hükmü ile “Hakimin taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır.” diyerek bu hususu emredici bir hukuk kuralı olarak kabul etmiştir. Bunun doğal sonucu olarak da anlaşmalı boşanmanın maddi koşullarından olan hakimin tarafları bizzat dinlemesi şartında olduğu gibi hiç şüphesiz hakimin boşanmanın mali sonuçları ile çocukların velayeti hususunda taraflarca düzenlenecek anlaşmayı uygun bulması koşulu da kamu düzenindedir (Özdemir, 2003; Öztan, 2008; Oğuzman/Dural, 1994). Bu yüzdendir ki, bu hükümle yasa koyucu bir yandan taraf iradelerine önem verirken diğer yandan da hakimin müdahalesine ve onayına üstünlük tanımaktadır. Böylelikle yargılama hızlı bir şekilde neticelenebilecek ve haliyle usul ekonomisi şartı gereği gibi yerine gelmiş olacağı gibi boşanma sonrası eski eşler arasındaki ilişkiler daha sağlıklı devam edecektir (Esener, 1951). En önemlisi ise kişisel menfaatlerin çatıştığı böylesi bir durumda taraflar “kusur savaşı” içerisine girmeyecekler.

Hakim, boşanmanın mali sonuçları ile çocukların velayeti hususunda tarafların yapmış oldukları anlaşmayı uygun bulmaz ise TMK. m.166/III hükmü ile tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir.* Fakat hakim tarafından yapılacak olan değişiklikler hususunda bu defa yeniden tarafların anlaşmalarının sağlanması şarttır**. Böylelikle hakime tanınan üstünlük bir kez daha teyit edilmiş ve hakimin sadece onay mercii görevi görmeyeceği belirtilmiştir.

* “...Medeni Kanununun 134/3. maddesi gereğince boşanmaya karar verilebilmesi için boşanmanın mali sonuçlarını ve çocukların durumunu da belirten anlaşmayı hakimin tarafları bizzat dinleyerek uygun bulması şarttır. Taraflar tanzim ettikleri protokolü mahkemeye sunarak boşanmaya karar verilmesini istemiş iseler de davacı kadın ve çocuklar için belirtilen nafakaların ve kadın için tazminatın niteliği açıklanmamıştır. Bu durumda mahkemece nafakalar ile tazminatın niteliğinin taraflardan açıklattırılması, uyuşmaları halinde buna göre nafaka ve tazminat taktiri ile boşanmaya karar verilmesi aksi halde taraflardan delillerinin sorularak, toplanıp sonucuna göre karar verilmesi gerekir...” Yargıtay 2. HD., 28.02.2002 T., 2002/2106 E., 2002/2558 K., (kazanci.com)

** “Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesi uyarınca anlaşmalı boşanmaya karar verilebilmesi için, hakimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerini serbestçe açıkladıklarına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hakim, tarafların ve çocukların menfaatlerini gözönünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü halinde boşanmaya hükmolunur. Taraflar 18.5.2004 tarihli son oturumda mahkemeye sundukları 15.5.2004 tarihli protokol uyarınca boşanmalarına karar verilmesi istemişlerdir. Mahkemece üçüncü kişileri ilgilendirdiği gerekçesi ile 3.3. ve 3.4. maddelerde belirtilen hususlar dışında protokolün tasdikine karar verilerek, protokolde gösterilen diğer hususlara uygun boşanma hükmü kurulmuştur. Üçüncü kişileri ilgilendirdiğinden bahisle, protokolün 3.3 ve 3.4 maddelerine hükümde yer verilmemesi, protokolde değişiklik yapılması niteliğindedir. Bu konuda tarafların beyanlarının alınması zorunludur. Mahkemece yapılan bu değişiklik hakkında taraflardan bir beyan alınmamış olması nedeniyle Türk Medeni Kanununun 166/3. madde koşulları gerçekleşmediğinden, yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 2. HD., 04.10.2004 T., 2004/9760 E., 2004/11194 E. (kazanci.com)

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

2.1.2.4.2. Anlaşmanın konusu

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

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

* “Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesi uyarınca anlaşmalı boşanmaya karar verilebilmesi için hakimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerini serbestçe açıkladıklarına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hakim tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü halinde boşanmaya hükmolunur. Hüküm fıkrasının 8. bendinde “ Anılan mülkiyet ve intifa devirleri, duruşmanın yapıldığı tarih ile kararın kesinleşeceği tarih arasında yapılmasına, satışlar ve devirler fiilen gerçekleştikten sonra boşanma ilamının kesinleşmesine “ denilmiştir. Böylece kararın kesinleşmesi davacının inisiyatifine bırakılmıştır. Boşanma kararı şarta bağlı olarak verilemez. Mahkemece protokole müdahale edilmesi gerekir. Mevcut hali ile anlaşmanın uygun görülmesi ve buna dayalı olarak boşanmaya karar verilmesi doğru değildir. Bu açıklamalar doğrultusunda kararın bozulması gerekirken, ilk inceleme sırasında bu husus gözden kaçmış, hüküm yanılı sonucuna onanmıştır. Bu itibarla davalının karar düzeltme isteğinin kabulü ile dairemiz onama kararının kaldırılması, hükmün bozulması gerekmiştir.” Yargıtay 02.05.2005 T., 2. HD. 2005/6126 E., 2005/7139 K. (kazanci.com)

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

şekilde,* çocuğa ödenecek nafaka miktarını ve ödeme şekli (TMK. m.182) gibi konuları serbestçe belirleyebileceklerdir (Kırbaş, 1994; Esener, 1951). Bu hususlarda tarafların anlaşmaya varamadığı ya da anlaşmanın hakim tarafından onaylanmadığı durumlarda bu defa boşanmanın fer'i sonuçlarına ilişkin kararı hakim re'sen düzenler (Esener, 1951). Fakat hakim tarafından düzenlenen bu hususların mutlaka taraflarca kabul edilmesi, anlaşmanın yeni tesis edilen sonuçlarla birlikte taraflarca kabul edilmesi şarttır**. Hakim tarafından müdahale edilen hususlarda ve yapılan değişikliklerde taraflar anlaşmaya varamaz iseler bu defa hakim anlaşmayı tümüyle reddedip boşanmanın fer'i sonuçlarına ilişkin düzenlemeyi re'sen yapacaktır (Özdemir, 2003). Böyle bir durumda ise TMK. m.166/III hükmünde yer alan

* "...Medeni Kanununun 134/3. maddesi gereğince boşanmaya karar verilebilmesi için; diğer hususların yanında, hakimin boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hakim tarafların ve çocukların menfaatinin nazara alınarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü halinde boşanmaya hükmolunur. Davada; hakimin denetim görevini yerine getirmediği ve madde şartlarının gerçekleşmediği anlaşılmakta ise de boşanma, temyize gelmediğinden bu yön bozma sebebi yapılmamıştır. Ancak, ana yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri, ahlaki gelişmesine engel olacağı yönünde ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadığı ve hemen meydana gelecek tehlikelerin varlığı da ispat edilmediği halde, ana bakım şefkatine muhtaç Uğur'un, babanın velayetine bırakılması usul ve kanuna aykırıdır..." Yargıtay 2. HD. 01.02.1993 T., 1992/13460 E., 1993/664 K. (kazanci.com)

“...Müşterek çocuk Arda 30.01.2006 doğumludur. Birbuçuk yaşındadır. Velayeti anneye bırakılan çocukla baba arasında ayın her Cumartesi günü anne yanında kişisel ilişki kurulması annenin velayet hakkını kısıtlayacak niteliktedir. Değişen şartlar karşısında velayetin değiştirilmesi ve kişisel ilişkinin yeniden düzenlenmesi de imkan dahilindedir. Bu kuralı bertaraf edecek şekilde ileriki uzun yılları içine alacak şekilde kişisel ilişki kurulması da doğru görülmemiştir...” Yargıtay 2. HD. 12.04.2007 T., 2007/17160 E., 2007/6186 K., (<http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb>)

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

b-Davalı kadının yoksulluk nafakası isteği bulunmamaktadır. İstek olmaksızın kadın yararına yoksulluk nafakası verilmekle kadın yararına yoksulluk nafakası yönünden hak doğmuştur. Ancak davalı kadın temyiz dilekçesinde nafakayı temyiz ettiğine göre kendi lehine doğan bu haktan feragat etmiştir. Yoksulluk nafakası yönünden de feragat sebebiyle gerekli kararın verilmesi için hükmün bozulması gerekmiştir.” (Yargıtay 2. HD., 2004/3807 E., 2004/4741 K., 14.04.2004 T.

“Aslında 3444 sayılı yasa değişikliğinden önce de tarafların hakimin onayını almak koşuluyla boşanmanın eki (Fer'i) niteliğindeki konularda anlaşma yapmaları mümkün görülmekte idi (M.K. m. 150). Ancak uygulamada bu hüküm mali konularla sınırlı tutulmuş, velayetin düzenlenmesi bu hükmün dışında tutulmuştur. Yeni düzenleme bu konuya da açıklık getirmiş, eşlerin çocukların velayeti konusunda da anlaşma yapabileceklerini açıklığa kavuşturmuştur. Anılan yasal düzenleme velayetin belirli koşullarla eşler arasında serbestçe düzenlenebileceğine olanak sağlamış olduğundan anlaşma gereğinin yerine getirilmesinin istenmesi de mümkün hale gelmiştir. Belirtilen yasal düzenleme karşısında Medeni Kanununun 148. maddesinin uygulama alanı daralmıştır. Hakim Medeni Kanununun 272 ve sonraki maddeleriyle öngörülen durumların bulunması halinde anlaşmaya müdahale ile çocuk hakkında uygun hüküm kurabilir. Somut olayda davalı velayetin alınması veya kaldırılmasını (nez) gerektiren bir nedenin varlığını ileri sürmediğine ve böyle bir durumun varlığı saptanmadığına göre anlaşma hükümlerine uygun hüküm kurulması gerektiğinin düşünülmemesi doğru bulunmamıştır.” Yargıtay 2. HD., 28.09.1995 T., 1995/8706 E., 1995/9558 K. (kazanci.com)

anlaşmalı boşanmanın maddi koşulları yerine gelmediği için bu defa davaya çekişmeli usulde devam edilecektir*.

Boşanmanın fer'i sonuçlarına ilişkin olarak taraflar sadece TMK. m.166/III hükmüne dayalı olarak değil çekişmeli boşanma davalarında da anlaşma yoluna gidebilirler. Türk Medeni Kanunu 184. maddenin 5. fıkrası hükmü ile taraf iradelerine üstünlük tanınan böylesi bir anlaşma da yine 166. maddenin 3. fıkrası hükmünde olduğu gibi hakim tarafından onaylanmadıkça geçerli olmaz. Hal böyle olmakla beraber TMK. m.184/V hükmünde bahsi geçen anlaşmalar ihtiyari nitelik arz ederken TMK. m.166/III temelli anlaşmalı boşanma davalarında hükmün nazara alınmak sureti ile sonuca gidilebilmesi için fıkrası hükmünde bahsi geçen anlaşma zaruridir (Özdemir, 2003; Kırbaş, 1994).

Başlıca mali hususları içermesine rağmen başkaca, örneğin, erkeğin soyadının boşanmadan sonrada kadın tarafından kullanılabilmesi gibi hususlarında anlaşma kapsamına girebilmesi mümkündür (Hatemi/Serozan, 1993). Bu hususta her ne kadar yasa koyucu sadece boşanmanın mali sonuçları ile çocukların velayeti hususundan bahsetmiş olsa da MK. m.141 hükmünün 14.11.1990 tarihli 3678 Sayılı Kanunla değişmesi ile artık kadın, kusuru dahi değerlendirilmeksizin menfaati varsa kocasının soyadını kullanmaya devam edebilecektir**. Sürekli olarak gelişen ve değişen

* “Taraflar boşanmanın mali sonuçları hususunda anlaşamamışlardır. Evlilik en az bir yıl sürmüşse, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu halde boşanma kararı verilebilmesi için hakimin, tarafları bizzat dinleyerek iradelerin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları, çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Bu halde tarafların ikrarlarının hakimi bağlamayacağı (TMK. m.184/3) hükmü uygulanmaz (TMK. m.166/3). Taraflar tek bir konuda anlaşamamış olsalar dahi, Türk Medeni Kanununun 166. maddesinin 1.,2. ve 4. fıkralarına göre değerlendirme yapılmalıdır. Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesi şartları oluşmadan, tarafların delilleri sorulmadan ve gösterilen deliller getirtilip, tanıkları dinlenmeden olayların varlığının kabulü sonucu, boşanmaya karar verilmesi usul ve yasa hükümlerine aykırıdır.” (Yargıtay 2. HD., 12857 E., 14507 K., 23.12.2002 T.) (Gençan, **Boşanma**, 2016).

** Bu hususta Aksi görüşe katılmakla birlikte buna göre, “... Soyadı bir ticari değer değildir. Kocanın kişiliğini ilgilendirir. Hakim, bir ticari ortaklığın sona ermesini değil, bir boşanma davasının sonuçlarını düzenlemektedir. Kadın; kızlık soyadına kocasının soyadını eklemeli, boşanma veya butlan halinde, bir de 'cinsiyet değişikliği' dolayısı ile evlenmenin feshi halinde, bu ek soyadını mutlak olarak terk etmelidir. Koca; üstelik boşanmada kusurlu olan eski karısının boşanmadan sonra da kendi soyadını taşımasına katlanma zorunda bırakılamaz. Bu kural; 'ismin gasbı' hukuka aykırı eylemine hukuki bir kılıf giydirmeye yetkisini hakime vermiştir.” (Hatemi/Serozan, 1993) “Bu yeni düzenleme adın kişilik ögesini oluşturma karakteriyle ve kimlik belirleme işleviyle bağdaşmaz. Kimlik ve kişilik çarpıtılır, çevrede yeni görünüm ve yanıltıcı imajlar yaratılır. Soyadını bir firmaya ya da markaya çevirip kadınla erkek arasında bir pazarlık metnina dönüştürebilir. Asalet ya da varlık çağırışını yapan cazip adları kazanıp sonradan koruyabilmek için, özellikle boşanmanın kolaylaştırılmış olmasından da yararlanılarak ticari ve danışıklı evlilikler kurma çılgını açılabilir. Vatandaşlık kazanma evlilikleri gibi soyadı kazanma evlilikleri gelişebilir. Üstelik bu düzenleme Avrupa ile entegrasyonun olduğu bu dönemde, Avrupa'da

toplumda özellikle kadının sosyal ve çalışma hayatında aktif rol oynaması bu hususta daha geniş bir yorum yapma ihtiyacını doğurmuş olmasına rağmen soyadının önemine binaen bu anlaşma kapsamı dışında kalması gerektiği şeklindeki aksi yönde görüşe ilişkin gerekçelerle katılmaktayız. Hal böyle olmakla beraber şartların değişmesi halinde kocanın bu izni TMK. m.173/III hükmü gereği kaldırma hakkı mevcuttur. Elbette ki, geniş yorum yapılırken boşanmanın doğurduğu kanuni sonuçlara sadık kalınacak ve bu sonuçlara ilişkin anlaşma yapılamayacaktır (Oğuzman/Dural, 1994; Yalçınkaya/Kaleli, 1998). Böylece boşanmış eşler birbirlerine yasal mirasçı olamayacakları gibi evlilik birliği devam ederken yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflardan doğan menfaatlerde son bulacaktır (Kırbaş, 1994). Eski Medeni Kanun'un 146. maddesinin 2. fıkrası hükmü ile kesin olan bu kural Medeni Kanun değişikliğinden sonra Türk Medeni Kanun'un 181. maddesinin 1. fıkrası hükmüne taşınmıştır. Yeni düzenleme ile kural olarak boşanmış eşler birbirlerine yasal mirasçı olamayacakları ve boşanmadan önce yapılmış ölüme bağlı tasarrufların, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça, son bulacağı belirtilmiştir. Böylece taraflar arasında boşanma öncesi yapılmış ölüme bağlı tasarruflar taraf iradeleri ile istenirse boşanma sonrasında da devam edebilecektir.

gözlenen bir eğilime, evlilik sırasında bile ortak soyadan vazgeçme (herkese ayrı soyadı tahsisi) eğilimine de ters düşer.” Rona Serozan, Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu Değişikliklerinin Özellikle Yabancı Para Borçlarına ve Bunların Teminat Altına Alınmalarına İlişkin Değişikliklerin Eleştirilmesi, **İBD**, C.LXV, S.1-2- 3, 1991, s.199.

3. ANLAŞMALI BOŞANMAYA KONU OLAN ANLAŞMALARIN SONUÇLARI VE YAN SONUÇLARI

3.1. Anlaşmanın Özelliğinin Belirtilmesi

Türk Hukuku'nda akit, mukavele gibi kavramlarla da anılan sözleşme, tarafları arasında kanuni müeyyideler dairesinde oluşan ve genelde borç ilişkisi doğuran gerçek ve tüzel kişiler arasında olabilen kanunen de tanınmış sorumluluklar bütünü olarak tarif edilebilmektedir (Erzurumluoğlu, 2013). Boşanma Hukukunda ise boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin tarafların anlaşma hususlarını ihtiva eden ve borç doğuran sözleşmelerden ayrı olarak sadece tarafların iradesine uygunluğu yeterli olmayıp TMK. m.166/III ve TMK. m.184/V hükümleri gereği hâkim onayına da muhtaç sözleşmelerdir. Bu yönü itibariyle boşanma sözleşmeleri borç doğuran sözleşmelerden farklılaşmakta ve ayrı bir mahiyete bürünmektedir.

3444 Sayılı Yasa ile anlaşmalı boşanmanın Türk Hukuku'nda yer almasından evvel de Eski Medeni Kanun döneminde taraflara 150. maddenin 5. fıkrası ile çekişmeli boşanmada boşanmanın yan sonuçları üzerine anlaşma imkanı verilmiştir. Söz konusu düzenleme kanun değişikliğinden sonrada aynen korunmuş ve halen yürürlükte olan Türk Medeni Kanunu m.184/V hükmü ile uygulanmaya devam edilmektedir. Anlaşmalı boşanmanın Türk Hukuku'na girişi ile birlikte ayrı bir kanun maddesi ile (EMK. m.34/III, TMK. m.166/III) taraflara, anlaşmalı boşanma durumunda boşanmanın mali sonuçları ve çocukların velayeti hususlarında anlaşmaları ve bu anlaşmanın hakim tarafından uygun bulunması şartı getirilerek, boşanmanın yan sonuçları üzerine anlaşmanın sağlanması anlaşmalı boşanma davasının maddi koşulunu teşkil etmiştir.

Türk Medeni kanununda boşanmanın fer'i sonuçlarının belirlenmesi adına sözleşme yapılmasını mümkün kılan iki madde düzenlemesi bulunmaktadır. Bunlardan birisi olan ve anlaşmalı boşanmaya ilişkin şartları düzenleyen TMK m.166/III hükmünce tarafların boşanmanın mali sonuçları ile çocuğun velayeti hususunda anlaşmalarını

gerekli kılınmıştır* . Diğer taraftan TMK m.184/V kapsamında, herhangi bir sebepten açılmış bir boşanma davasında taraflara boşanmanın yan sonuçları üzerinde anlaşmalarına imkan sağlanmış ve anlaşmalı boşanma davasındakinin aksine zorunlu olmayan boşanma veya ayrılığın fer'i sonuçları şeklindeki sözleşmelerin (Grassinger, 1997) varlığı görülmektedir. Her iki sözleşmede birbirlerine benzer gibi dursa da aslında birbirinden çok farklıdır. TMK m.166/III hükmü kapsamında taraflarca kabul edilen düzenleme anlaşmalı boşanma davasının görülmesi için zorunlu olan ve anlaşmalı boşanma dışında başkaca bir sebeple açılmış boşanma davasında uygulanabilme olanağı bulunmayan bir sözleşme olmasına karşın TMK. m.184/V hükmü ile imkan tanınan, boşanma veya ayrılığın fer'i sonuçlarına ilişkin anlaşmalar ise çekişmeli, yargıda her ne sebeple olursa olsun açılmış bir boşanma davasında uygulanabilen; fakat uygulanması zorunlu olmayan, anlaşamama halinde hakim tarafından boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin re'sen de karar verebileceği sözleşmelerdir. Her ikisinde ortak nokta ise hakimin onaylaması şartı ile hüküm ve sonuçlarını doğurmasıdır (Grassinger, 1997).

Doktrinde çoğunluk görüşe göre (Öztan, 2003; Velidedeoğlu, 1969; Köprülü/Kaneti, 1986; Yalçınkaya/Kaleli, 1988), boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin taraflarca düzenlenen sözleşmeler hakimin onay şartına bağlı özel hukuk olduğunu belirtmektedir (Öztan, 2004; Esener, 1951; Köprülü/Kaneti, 1986). Sözleşmenin şarta bağlı bir sözleşme olduğu hususunda kuşku yoktur. Öyle ki, sözleşmenin kurulup hüküm ifade edebilmesi için mutlak surette hakimin onayı şarttır (Özdemir 2003).

Sözleşmenin onaylanması için hakime sunulduğu takdirde taraflardan biri sözleşmenin onaylanması talebinden vazgeçebileceği gibi, hakimin uygun bulmaması halinde de sözleşmeyi onaylamaması ya da değişiklik yaparak taraflara yeniden anlaşma iradelerinin sağlanması için taraflara sunması söz konusu olacaktır. Böylesi bir durumda TMK. m.184/f.5 hükmü ile boşanma ve ayrılığın fer'i sonuçlarına ilişkin bir sözleşme söz konusu olduğunda taraflar anlaşmayı kabul etmez iseler bu defa hakim sözleşmeyi tümüyle redderek re'sen karar verir (Esener, 1951; Özdemir, 2003). Oysa ki, TMK. m.166/III hükmü sebepli taraflarca kabul

* Çocuğun velayeti üzerine tarafların anlaşması duruşma başında olabileceği gibi temyiz aşamasında da yeni bir akit düzenlenerek taraflar bu konuda anlaşabilecekleri ve ortak kanaat oluşturdukları ebeveyne çocuğun velayetinin bırakılmasını istemeleri mümkün olmaktadır. Yargıtay 2. HD, 20.02.2017 T., 2016/19196 E., 2017/1654 K. (emsal.yargitay.gov.tr)

edilen sözleşmenin varlığında boşanmanın yan sonuçları üzerine hakim re'sen hüküm tesis edemez; ancak taraflardan yapmış olduğu değişiklikler hususunda anlaşmalarını teklif eder. Tarafların anlaşamamaları halinde ise bu defa yargılama TMK. m.166/III hükmü temelli anlaşmalı boşanma davasından çekişmeli TMK. m.166/I ve II hükmü temelli evlilik birliğinin sarsılması sebebi boşanma davasına dönüşür.

Sözleşmenin bazı maddelerinin onaya engel olduğu hallere değinecek olursak, bu defa mali nitelikte olmayan bu hususların geçersiz sayılması halinde tarafların farazi iradelerine bakılarak, şayet bu haliyle sözleşmenin kurulması isteniyorsa bu defa Borçlar Hukuku'nun genel kuralından hareketle sözleşmenin TBK. m. 27/II hükmü gereği kısmi hükümsüzlüğü yoluna gidilerek bu şekilde sözleşmenin devamı, ayakta kalması sağlanacaktır (Kırkbeşoğlu, 2011).

Türk Medeni Kanunu m.166/III hükmü ile anlaşmalı boşanma sonucuna gidebilmek için taraflar arasında düzenlenecek sözleşmenin zorunlu olduğunu daha evvel birçok defa belirtmiş idik. Yasa koyucu söz konusu sözleşmenin içeriği hususunda ise fıkra hükmünde yalnızca boşanmanın mali sonuçları ile çocukların velayeti hususunda anlaşma yapılması gerektiğini belirtmiş olsa da bu hususa ilişkin asgari bir düzenleme getirmiş olduğu makul ve mantıklı bir yaklaşım olarak benimsenmiştir (Özdemir, 2003; Hatemi/Serozan, 1993). Gerçekten de bu hususta Borçlar Hukuku'nun sözleşme yapma serbestisine ilişkin genel kuralından farklı bir düşünceye sahip olmayı gerektirecek bir sebep bulunmamaktadır. Böylece TBK. m.26 hükmü gereği taraflar sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içerisinde özgürce tayin edebileceklerdir. Dolayısı ile boşanmanın doğurduğu kanuni sonuçlar ve bizzat hakimin düzenlemesi zaruri olan hususlar dışında taraflar yalnız boşanmanın mali sonuçları ve çocukların velayeti hususunda değil kanunun izin verdiği diğer başkaca hususlarda da sözleşme yapabileceklerdir (Özdemir, 2003, Elçin-Grassinger, 1997). Boşanmanın mali sonuçları ile çocukların velayeti hususunda tarafların yapmış oldukları sözleşme, anlaşmalı boşanma sonucuna engel olmayacağı gibi, başkaca hususlarda yapılmış böyle bir sözleşme ise anlaşmalı boşanmanın maddi koşulunu teşkil etmeyecektir.* Ancak, her durumda kesinlikle

* "...Taraflar, kural olarak bir sözleşmenin içeriğini, kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler. (E. BK. m. 19, 6098 s. TBK. m. 26) Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin

boşanmanın çocuklara ilişkin sonuçları ile mali sonuçları üzerinde anlaşma sağlanmış olmak durumundadır. Bu durumda ise taraflarca sözleşme kapsamında düzenlenmemiş hususların herhangi bir bağlayıcılığı olmayacağı* gibi düzenlenmesi zorunlu olmayan hususların düzenlenmiş ve hakim tarafından tasdik edilmiş olması şartıyla artık taraflar arasında bağlayıcılığında**kuşku yoktur. Son olarak sözleşmenin şekli hususunda ne TMK. m.166/III hükmünde ne de TMK. m.184/f.5 hükmünde herhangi bir açıklık bulunmamasına karşın makul ve mantıklı olan sözleşmenin yazılı (Özdemir, 2003; Dalamanlı/Kazancı/Kazancı, 1991) ve hatta noterde düzenlenmiş resmi şekilde yapılmasıdır (Hatemi/Serozan, 1993).

geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı hükümsüz olur. (E. BK. m. 19/2, 20, 6098 s. TBK. m. 27) Borçlar Kanununda yer alan, sözleşme özgürlüğüne getirilen genel nitelikteki bu sınırlamalar, boşanma anlaşmaları için de evleviyetle geçerlidir. Çünkü Borçlar Kanunu, Türk Medeni Kanununun beşinci kitabı olup, onun tamamlayıcısıdır. (6098 s. TBK. m. 646) O halde hakim, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ve konusu imkansız olan hükümler taşıyan bir boşanma protokolünü esas alarak boşanma kararı veremez ve böyle bir protokolü tasdik edemez...” (Yargıtay 2. HD., 2013/11644 E., 2014/1866 K., 04.02.2014 T. (<http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/>))

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

** “...dava, davacı-davalı kadının boşandığı kocasının soyadını kullanmasına izin verilmesi isteğine ilişkindir (TMK. m.173). Tarafların Bodrum 2. Asliye Hukuk (Aile) Mahkemesinin 2007/318 Esas ve 2008/41 Karar sayılı ilamıyla anlaşmalı olarak (TMK. m.166/3) boşanmalarına ve 07.02.2008 tarihli boşanma protokolünün tasdikine karar verilmiş, bu karar 05.05.2008 tarihinde kesinleşmiştir. Mahkemece tasdik olunan 07.02.2008 tarihli protokolün 6. maddesinde “davalı-davacı Füsun Nalbantoğlu'nun boşanma kararından sonra davalı-davacı boşandığı eşinin soyadını kullanmayacağı kararlaştırılmıştır. Taraflar, tasdik olunan protokolle kocanın soyadını kullanmama konusu da dahil olmak üzere boşanmanın tüm sonuçları hakkında anlaşmış ve boşanma kararı bu haliyle kesinleşmiştir. Gerçekleşen bu durum karşısında, boşanma gerçekleştirildikten sonra tasdik olunan protokole ve kesin hükme aykırı olarak, boşanan eşin kocanın soyadını kullanmasına izin verilmesi yönündeki talebin reddi gerekirken, kabulü doğru görülmemiştir.” Yargıtay 2. HD., 17.12.2012 T., 2011/20000 E., 2012/30601 K., (Gençcan, **Boşanma**, 2016).

Hatami/Kalkan Oğuztürk (2014) “...Kanaatimce, MK. 134/III’deki sözleşmeyi şekil açısından bizim hukuk uygulamamızda ‘sözleşme’ anlamını yitirip ‘yazılı akıt’ anlamı kazanan ‘mukavele’ olarak anlamak gerekir” şeklindeki gerekçesi ve çözümü oldukça yerinde ve uygun düşmektedir. Kaldı ki, taraf iradelerinin şüpheye mahal vermeyecek derecede özgürce açıklandığı ve sözleşmenin hiçbir ihtilaf olmaksızın gerçekleşmesinin arandığı anlaşmalı boşanma davalarında hiç değilse bu denli bir zaruret olması gerekmektedir. Doktrinde bir diğer görüşe (Köprülü/Kaneti, 1986; Tekinay, 1990; Oğuzman/Dural, 1998) ve Yargıtay uygulamasına göre ise, eşler aralarında yazılı bir sözleşme yaparak mahkemeye sunabilecekleri gibi sözlü beyanda da bulunabilirler; fakat her iki halde de sözleşme şartları duruşma tutanağına geçirilir. Böylece mahkemece karara konu olan bu hususlara ilişkin duruşma tutanağı ayrıca taraflara imza ettirilir.*

3.2. Hâkimin Onayına Kadar ve Onayından Sonra Sözleşmenin Durumu

3.2.1. Onay öncesinde

Hakimin onayına kadar, taraflarca düzenlenmiş boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin sözleşmenin hukuki niteliği hususunda temelde başlıca iki görüş hakim olmuştur(Demir, 1994).

Birinci görüşe göre (Demir, 1994), boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin sözleşme tarafların birlikte düzenleyecekleri bir taleptir. Söz konusu talep bir iddia mahiyetinde olup, dava dışı hiçbir hukuki değer ifade etmemektedir. Dolayısı ile bu

* “...Türk Medeni Kanunu’nun 166/3. maddesi uyarınca anlaşmalı boşanmaya karar verilebilmesi için, hakimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerini serbestçe açıkladıklarına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hakim tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü halinde boşanmaya hükmolunur. Taraflar, 29.06.2009 tarihli protokolü duruşmada tekrar etmişler ve bu protokol uyarınca boşanmaya karar verilmesini talep etmişlerdir. Protokolün mahkemece de uygun görüldüğü ve tasdik edildiği verilen ara kararlar zapta geçirilmiştir. Anlaşmalı boşanmaya karar verilirken, protokolün (anlaşma) tasdiki hükmü yanında, protokol hükümlerinin de hüküm fıkrasına geçirilmesi gerekir. Ne var ki, velayeti anneye verilen çocukla baba arasında kurulan kişisel ilişki protokole uygun olarak düzenlenmediği gibi; protokolün 4. maddesine de hükümde hiç yer verilmemiştir. Mahkemece kendiliğinden yapılan kişisel ilişki değişikliğini kabul edip etmediklerinin taraflardan sorulması, değişikliği kabul ettikleri takdirde; protokolün 4. maddesine de yer verilerek Türk medeni Kanunu’nun 166/3. maddesi gereğince anlaşmalı boşanmaya karar verilmesi; anlaşamamaları halinde ise, Türk Medeni Kanunu’nun 166/1-2. maddesi gereğince taraflardan delilleri sorulup, gösterildiği takdirde delillerin toplanması ve sonucu uyarınca karar verilmesi gerektiğinin düşünülmemesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir...” Yargıtay 2. HD. 2009/17648 E., 2010/19842 K., 29.11.2010 T., (kazanci.com)

sözleşmeler hiçbir surette özel hukuk sözleşmesi sayılamaz. Sulh sözleşmesi sayılması yahut benzerlik oluşturması ise mümkün değildir. Sulh sözleşmesinde hakimin görevi tespit yapmaktır. Oysa boşanmanın yan sonuçları üzerine sözleşmede ise hakim tespit yapmaz; sadece çocuğun ve tarafların menfaatini göz önünde tutarak kanuni sınırlamalar ve re'sen karar vermesi zorunlu hususlar kapsamında bir inceleme yoluna gider (Demir, 1994). Dolayısı ile sulh sözleşmesi sayılmasına imkan yoktur. İkinci görüşe göre (Grassinger, 1997; Esener, 1951; Köprülü/Kaneti, 1986; Öztan, 2003; Tekinay, 2008; Yalçinkaya/Kaleli, 1988) ise boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin sözleşme bir özel hukuk sözleşmesidir (Öztan, 2004; Yalçinkaya/Kaleli, 1988). Bu ikinci görüşe göre, boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin sözleşme hakim tarafından onaylanmaz ise boşanma talebi reddolunacaktır. Daha doğru bir ifade ile böylesi bir durumda artık tarafların anlaşmalı olarak boşanabilmelerine imkan yoktur. Anlaşmalı boşanma kapsamında TMK. m.166/III hükmü kapsamında boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin sözleşme dava içerisinde düzenlenebileceği gibi davadan öncede düzenlenebilmektedir. Uygulamada gözlemlediğimiz kadarıyla çoğunlukla taraflar boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin sözleşmeyi dava açılmadan evvel düzenleyerek dava dilekçesi ekinde mahkemeye sunmakta ve pek tabii ki bu hususlara ilişkin iradelerini duruşma esnasında hakime bizzat yinelemektedirler. Bu kapsamda sözleşmenin davadan önce ya da dava sırasında düzenlenmesi açısından herhangi bir fark yoktur (Grassinger, 1997). Dolayısı ile artık taraflar arasında akdedildikten sonra hakimin onay sürecine kadar sözleşme Borçlar Hukuku anlamında hukuki bir sözleşme niteliğini haiz olup taraflar sözleşme hükümleri ile bağlı kalacaktır (Grassinger, 1997). Söz konusu bağlılık sözleşmenin hakim tarafından onaylanmamasının istenebileceği gerekçesine dayanmaktadır (Grassinger, 1997). Öte yandan yapılan sözleşme resmi ve yetkili makamlarca değil karşılıklı taraf iradelerinin birleşmesi ile meydana gelmiştir. Gerçekten de taraflar dava öncesinde ya da dava sırasında yaptıkları sözleşmeyi hakim tarafından onaylanana kadar değiştirebilir ya da hakimden onaylanmamasını talep edebilir. Hal böyle iken, hakimin onayına kadar sözleşmenin hiçbir hukuki değer taşımadığını söylemek mümkün olmamaktadır ve bu noktaya kadar cayma hakkı saklı kalmaktadır*

* Yargıtay 2.HD, 20.02.2017 T., 2017/846 E., 2017/1645 K.,(emsal.yargitay.gov.tr)

Türk Medeni Kanun'un 184. maddesinin 5. fıkrası hükmünde (EMK. m.150/f.5) bahsi geçen boşanma ve ayrılığın yan sonuçlarına ilişkin sözleşme sulh sözleşmesine de benzer görülmektedir (Esener, 1951). Sulh Sözleşmesi, tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanları ile kurulan, her iki tarafında karşılıklı edimleri ile gerçekleşen, ihtilafı yahut tereddütlü bir meseleyi sona erdiren sözleşmedir. Sulh sözleşmesi mahkeme önünde yapılabileceği gibi mahkeme dışında da (HMK 298 md.313-315) yapılabilir. Sulh sözleşmesinin konusunu tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konular oluşturmaktadır. Dolayısı ile tarafların tasarruf yetkilerinin bulunmadığı hususlar sulh sözleşmesinin konusunu oluşturamaz (Kuru/Arslan/Yılmaz, 2013). Bu kapsamda boşanma davası sulh sözleşmesine konu olarak sonlandırılmaz iken boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin sulh sözleşmesi yapılabilir (Kuru/Arslan/Yılmaz, 2013). Bu yönleri ile boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin sözleşmeler sulh sözleşmesine benzemektedir (Esener, 1951).

Bir başka görüşe göre TMK. m.184/f.5 hükmüyle düzenlenen boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin sözleşme hakim onaylaması tamamlayıcı şartına bağlı bir sözleşme olarak görülmektedir. Bir diğer görüş ise, yapılan sözleşmenin etkisi kanun gereği ileride gerçekleşmesi şüpheli bir olguya bağlanmış olduğu için bu sözleşmeleri kanuni şartla bağlı sözleşmeler olarak nitelendirmektedir (Akıntürk, 1970). Onay şartının gerçekleşmediği durumda sözleşmenin kesin olarak hüküm ifade edeceğini söylemek mümkün değildir. Dolayısı ile ya eksiklik giderilecek ve sözleşme hakim tarafından onaylanmayacak ya da onaylanmayacağı kesin olarak saptandıktan sonra sözleşme kesin olarak hükümsüz olacaktır (Esener, 1951). Böylesi bir durumda ise hakim onay sürecine kadar sözleşme askıda olacaktır. Fakat sözleşme yine taraflar arasında bağlayıcı sayılacak ve tek taraflı fesih mümkün olmayacaktır (Özdemir, 2003). Görüşümüze göre, her iki görüş kapsamında da sözleşmenin bir özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmesine engel bulunmamaktadır.

3.2.2. Onay sonrasında

Boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin sözleşme, ister çekişmeli boşanma davasında TMK. m.184/f.5 hükmü kapsamında düzenlensin isterse de anlaşmalı boşanma davasında TMK. m.166/III hükmü kapsamında düzenlensin sözleşmenin görülmekte olan dava kapsamında sonuç doğurabilmesi için mutlak surette hakim tarafından

onaylanması gerekmektedir. Açık ve anlaşılır olmak kaydı ile kanunun aradığı şartları haiz ve taraf menfaatlerine aykırı olmayan bir sözleşmenin ise onaylanmasına engel bir durum söz konusu olmayacaktır (Özdemir, 2003). Hakimin onayından sonra sözleşmenin hukuki niteliğinin belirlenmesi hususundaki görüşleri başlıca iki grupta toplamak mümkündür (Demir, 1994).

Birinci görüşe (Egger, 1943) göre, boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin sözleşme, hakimin onayından sonra da öncesindeki gibi özel hukuk sözleşmesi olma niteliğini korur; onay aksi bir düşünceye mahal vermez.

İkinci görüşe göre, boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin taraflar arasında akdedilen sözleşme artık onayla birlikte özel hukuk sözleşmesi olmaktan çıkmakta ve boşanma kararının bir parçasını oluşturmaktadır. Onay öncesi taraflar arasında özel hukuk sözleşmesi niteliğini haiz boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin sözleşme artık hakimin onayı ile mahkeme kararına konu olacağından nihai hüküm mahiyetini haiz olacağı kabul edilmektedir (Esener, 1951). Gerçekten de onay öncesi taraflar arasında klasik anlamda bir özel hukuk sözleşmesi niteliğini haiz olan boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin sözleşmelerin onay sonrasında ilam konusu olması ve icra kabiliyetini haiz olması hasebiyle ikinci grup görüş daha uygun ve mantıklı olmaktadır (Demir, 1994).

3.3. Hâkimin Onaydan Önce Sözleşmeye Müdahalesi

Türk Medeni Kanunu'nun 166. maddesinin 3. fıkrası hükmüne göre, anlaşmalı boşanma kararı verebilmek için hakimin boşanmanın mali sonuçları ile çocukların velayeti hususunda taraflarca düzenlenen sözleşmeyi onaylaması şarttır. Boşanmanın yan sonuçları üzerine taraflarca düzenlenen bu sözleşmenin mecburi olduğunu ve yasa koyucu tarafından belirtilen bu hususların asgari bir düzenleme içerdiğini belirtmiş idik. Taraflar dilerse boşanmanın kanuni sonuçları ile hakim tarafından re'sen karar verilmesi gereken hususlar dışında sözleşme kapsamına başkaca hususları da dahil etmeleri olanaklıdır. Bu hususta herhangi bir azami sınır belirlenmemiştir (Öztañ, 2008). Bu defa bu hususlara ilişkin düzenlenen sözleşmenin de hakim tarafından onaylanması gerekmektedir. Hakim bu hususlara ilişkin olarak da tarafların ve çocukların menfaatinin gereklerine uygun olarak sözleşmeye müdahale edebilir. Ancak hakim tarafından müdahale edilen bu hususlarda yapılan değişikliklerin yine taraflarca açıkça ve şüpheye mahal vermeyecek şekilde kabul edilmesi gerekmektedir.

Hakim evvela taraflar arasında düzenlenmiş sözleşmeyi Borçlar Hukuku'nun sözleşmelerin içeriği kapsamında TBK. m. 27 hükmüne göre kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygunluğu ve konusunun imkansız olup olmaması ile TBK. m. 30 vd. hükümlerine göre irade bozukluklarına ilişkin bir inceleme ve araştırma yapacaktır. Bu hususların varlığına ilişkin bir tespitin yapılması halinde artık sözleşme kesin olarak hükümsüz sayılacaktır.

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

Bu kapsamda hakime tanınan takdir yetkisi oldukça geniş olup mali hususlara ilişkin yetkisi taleple bağlı kalmak kaydıyla*, bu yetkinin ne şekilde kullanılacağını Yargıtay bir kararında açıkça ifade etmiştir**.

* "...davacı 28.09.2004 tarihli oturumdaki imzalı beyanı ile nafaka ve tazminat talebi olmadığını belirtmiştir. Bu yön nazara alınmadan davacı yararına yoksulluk nafakası, maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi doğru olmamıştır. Tedbir nafakası her an doğup işleyen alacak niteliğindedir. Davacı 28.09.2004 günlü oturumda nafaka istemediğini beyan etmekle birlikte 09.06.2005 tarihli celsede yeniden tedbir nafakası istediğine göre kadın yararına 09.06.2005 tarihinden başlamak ve boşanma hükmünün kesinleştiği tarihe kadar devam etmek üzere tedbir nafakasına hükmedilmesi gerekirken dava tarihinden itibaren tedbir nafakası verilmesi de doğru olmamıştır." Yargıtay 2. HD., 30.01.2006 T., 2005/16313 E., 2006/545 K. (kazanci.com)

"...Davacının yoksulluk nafakası isteği bulunmamaktadır. İstek olmadığı halde davacı yararına yoksulluk nafakasına hükmedilmesi usul ve yasaya aykırıdır. (HUMK. md. 74, HMK. md. 26)." Yargıtay 2. HD., 12.10.2011 T., 2010/14396 E., 2011/15561 K. (kazanci.com)

** "...Gerçekten de boşanma kararına ulaşmış eşlerin içinde buldukları ruhsal durum ve duygusal ortam gerek kendileri ve gerekse müşterek çocuklarla ilgili olarak her zaman sağlıklı bir karar vermelerini engellemektedir. Bazen de boşanmayı çok arzu eden eşin bu sonuca ulaşabilmek için ileride kendini büyük mağduriyetlere düşürebilecek koşulları gereğince ve yeterince düşünmeden ve özellikle menfaatlerini dikkate almadan her şeyden vazgeçebilecekleri dikkatten uzak tutulamaz. Diğer taraftan ender olaylarda olsa bile eşlerden biri diğer eşin ya da onun yakınlarının cebir, hile ve tehditleriyle boşanmanın fer'i sonuçlarıyla ilgili olarak önemli ölçüde feragat gösterebilir. Hatta davacı eş dahi biran önce boşanmayı sağlayabilmek ve bu yükten kurtulabilmek için kendi geleceğini tehlikeye atabilir. Örneğin, bütün mal varlığını davalıya bırakmaya razı olabilir. İşte bütün bu ve benzeri hallerde boşanmanın ileride eşlerden biri ya da çocuklarla ilgili olarak adaletsiz, haksız ve çok ciddi sakıncalar doğurmaması için yasa koyucu tarafların boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hakkında hakimin açık müdahalesini zorunlu görmüştür. O kadar ki taraflar hakimin değişiklik önerilerini benimsememeleri halinde anlaşmaya rağmen davanın reddi anılan 134. maddede hükme bağlanmıştır. Çünkü söz konusu yasa hükmünün dayandığı temel ilke; rızaya dayalı boşanmada hakimin gerekli müdahaleyi yapması ve taraf yararları ile çocukların korunması açısından adil, mantıklı ve hakkaniyete uygun mali koşulları belirleyerek kalıcı bir dengeyi gerçekleştirmesidir. Kuşkusuz hakimin böyle bir yetkiyi haklı, adil ve taraflarla çocukların yararlarına uygun bir biçimde kullanabilmesi için yalnızca eşlerin sosyal ve ekonomik durumlarıyla ilgili beyanlarına itibar etmemesi, doğrudan araştırma yapması, ilgili yerlere yazı yazarak eşlerin taşınır ve taşınmaz mallarını ve gelir durumlarını gerçeğe uygun bir biçimde tespit etmesi gerekmektedir. Ancak bu şekilde sağlıklı bilgilere sahip olması halindedir ki

Karara muhalif üyenin görüşü ve gerekçesi ise anlaşmalı boşanmanın ruhuna ve amacına daha uygun nitelik arz etmekte olup; Buna göre, “Medeni Kanunun 3444 Sayılı Kanunla değişik 134/3. maddesi uygulaması bakımından sayın çoğunluğun açıklamalarına katılmamak mümkün değildir. Ancak, tarafların hakim önüne getirmeleri gereken anlaşmanın kapsamında ihtilaf toplanmamaktadır. Kanun vazı Medeni Kanununun 150/5. maddesinde yer alan kurala paralel olarak çocukların durumunun ve boşanmanın mali sonuçlarının çözümlenmesini hakim kontrolüne tabi tutmuş ve boşanma kararının bir şartı olarak benimsenmiştir. Tabii ki fiili duruma uygun düşer bir problem varsa hakim huzuruna getirilecektir. Mesela tarafların çocukları yoksa çocukların durumu hakkında beyanda bulunmadınız binaenaleyh Medeni Kanununun 134/3. maddesinden yararlanamazsınız demek mümkün olmadığı gibi taraflar arasında boşanmadan kaynaklanan bir mali problem yoksa bu konuda beyanda bulunmadığından söz ederek isteğin kanunun hükümlerine uygun bulmamakta mümkün değildir. Aksi düşünce “Kanunen sarahat olmadıkça hiç kimse kendi lehine olan... hakkını talebe icbar olunamaz” (HUMK. 79) kuralı ile bağdaşmaz.” şeklindedir.

Yargıtay tarafından boşanmanın mali sonuçlarına ilişkin hakim sözleşmeye müdahalesi hususunda, bu yetkinin ne şekilde kullanılacağına ilişkin açıklama Eski Medeni Kanun m.134/III hükmünü etkisiz kılacağı düşüncesi ile eleştirilmekte idi (Kırbaş, 1994). Gerçekten de hakime bu denli tabir-i caizse köklü bir araştırma görevi yüklenmesi anlaşmalı boşanma yolundan sağlanması beklenen faydaya aykırı olacaktır. Öyle ki, hiç kuşkusuz hakim taraflarca düzenlenmiş olan boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin sözleşmeyi tasdik makamı olarak inceleyip araştırmaksızın onaylamayacaktır. Lakin tarafların iç iradelerini ortaya çıkarmaya çalışırcasına bu denli uçsuz bucaksız bir araştırmaya da zorlanması uygulamada oldukça güç ve hatta imkansız olacaktır. Tarafların boşanmanın sebepleri hususunda saiklerinin önem taşımadığı anlaşmalı boşanma yolunda yine boşanmanın yan sonuçları üzerine de ve özellikle mali sonuçlara ilişkin kısımlarda da taraf saiklerinin bu denli ayrıntılı bir

hakim kendisine tevdi edilen anlaşmanın (düzenlemenin) gerçeklere uygun düşüp düşmediğini belirleyebilir, dolayısıyla taraflarla çocukların mevcut ve gelecekteki yararları açısından hakkaniyete uygun bir denge kurulabilir. Aksi takdirde mahkemece hiçbir araştırma yapılmadan taraflarca boşanmanın mali sonuçlarıyla ilgili olarak tevdi edilen anlaşma (düzenleme) aynen benimsenirse Medeni Kanunun kabulünden bu yana Türk Boşanma Hukukunda altmış yılı aşkın bir süre benimsenmemiş rızaya dayalı boşanma amacına ulaşmamış ve öncelikle eşlerle çocuklar sonrada toplum açısından önemli sakinler doğurmuş olur... Yargıtay 2. HD., 1989/6979 E., 1989/8850 K., 02.11.1989 T., (YKD., C.16, Şubat 1990, S.2, s.194- 195.)

inceleme ve araştırmaya tabi tutulmasına gerek yoktur (Kırbaş, 1994). Kaldı ki, tarafların birbirlerine karşı hileli hareketlerle birbirlerinden saklamış oldukları gerçeklerin sonradan öğrenilmesi halinde de bu defa irade bozuklukları söz konusu olacak ve irade bozukluklarına ilişkin talepler dermeyan edilecektir.

Çocuğun velayeti hususuna gelindiğinde ise, velayet kavramı kamu düzenine ilişkin bir mesele olup Türk Medeni Kanunu'nda tanımlanmamıştır. Ancak içeriği hususunda Kanun'un 339. maddesi açıklayıcı nitelik arz etmektedir. Doktrinde yapılan tanımlamalara göre ise velayet, küçüğün veya kısıtlı ergin çocuğun korunması, bakımı ve özellikle temel ihtiyaçlarının karşılanması ile geliştirilmesi açısından ana ve babanın çocukların şahsi özelliklerinin geliştirilmesi ve mali hususlara ilişkin korunmanın sağlanması için çocuğun temsili hususunda sahip oldukları hak, ödev ve yetkiler bütünüdür (Hatemi/Kalkan Oğuztürk, 2014).

Türk Medeni Kanunu 166. maddenin 3. fıkrası hükümü hakime tarafların ve çocuğun menfaati gerektirdiği takdirde anlaşmaya müdahale yetkisi vermiştir. Burada açıklanması gereken husus çocuğun menfaatinden ne anlaşılması gerektiğidir. Çocuğun menfaatinin içeriği kapsamına genel olarak çocuğun bedensel, zihinsel, duygusal, ruhsal ve ahlaki gelişimi girmektedir (İmamoğlu, 2005). Bunların yanı sıra aynı zamanda çocuğun menfaatine ilişkin hususlara sosyal, ekonomik ve hukuki menfaatlerde dahil olmaktadır (Hatemi/Kalkan Oğuztürk, 2014). Dolayısı ile hakim çocukların velayetine ilişkin sözleşmeye müdahale ederken öncelikle temel olarak bakımları, yetiştirilmeleri, eğitim ve terbiyeleri hususunda inceleme ve araştırma yapacaktır (Yalçınkaya/Kaleli, 1988). Bu hususlara ilişkin gözetilen yararda çocuğun duygusal tatmini ve ana ve baba ile ilişkisinin bu

doğrultuda düzenlenmesi icab edecektir.* Çocuğun maddi menfaatleri hususunda ise tayin edilecek iştirak nafakası ise her somut olayda çocuğun temel ihtiyaçları, bakım

* "...Küçük E. 1.6.1999 doğumludur. Ana bakımı şefkatine ihtiyacı vardır. Velayet kendisine verilmeyen davacı ile kurulan kişisel ilişki yetersizdir. Gece anne yanında kalacak şekilde ilişki düzenlenmesi gerekirken bu yön dikkate alınmadan hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır..." Yargıtay 2. HD., 08.03.2002 T.2002/1084 E., 2002/3167 K.;

"...4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 166/3. maddesi uyarınca boşanmaya karar verilebilmesi için hakim taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması gerekir. Hakim tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü halinde boşanmaya hükmolunur. 25.7.2013 tarihli protokolde ve aynı tarihli oturumda taraflar müşterek çocuğun velayetinin davacı anneye verilmesini kabul etmişler, ancak küçükle baba arasında kurulacak kişisel ilişki konusunda bir düzenleme yapmamışlar ve konuyu hakim takdirine bırakmışlardır. Kişisel ilişki, anlaşmalı boşanmada hakim tarafından re"sen düzenlenmiştir. Hakim tarafından bu hususta taraflardan kabul ettikleri bir düzenleme istemesi, kabul edilen düzenlemeyi uygun bulması veya gerekli gördüğü

ve giderleri ile eğitim masrafları göz önünde tutularak aleyhine nafaka kararı verecek kişinin maddi durumu göz önünde tutularak tespit ve tayin edilecektir (Köprülü/Kaneti, 1986).

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

değişikliğin taraflarca kabulü halinde buna uygun kişisel ilişki düzenlemesine gidilmesi gerekirken, kişisel ilişkiye dair düzenleme konusunda tarafların beyanı alınmaksızın hüküm kurulması doğru bulunmamıştır...”Yargıtay 2. HD., 26.02.2014 T., 2013/21567 E., 2014/3915 K.; “...Mahkemece kişisel ilişki günleri düzenlenirken tarafların beyanları alınmadığı gibi, bu konuda ibraz edilen protokole itibar edilmeme nedenleri de karar yerinde tartışılmamıştır. (TMK. 166/3 m.) Mahkemece yapılacak iş, taraflardan kişisel ilişki günleri konusunda beyanlarının alınması, Türk Medeni Kanununun 166/3. madde uyarınca anlaşma koşullarının uygun bulunması halinde anlaşma gereğince karar verilmesi, uygun bulunmaması durumunda ise sebeplerini belirterek uygun göreceği düzenlemeyi yapması bu düzenlemenin taraflarca kabulü halinde anlaşmalı boşanmaya karar verilmesi gerekir. Bu yön nazara alınmadan protokole aykırı şekilde her yıl Temmuz ayı süresince baba ile çocuk arasında kişisel ilişki tesis edilmesi doğru olmamıştır...” Yargıtay 2. HD., 07.03.2005 T.1498 E., 3386 K. (Gençcan, **Boşanma**, 2016).

* “...Eşler anlaşma protokolünü mahkemeye ibraz ederek bu protokolünü mahkemeye ibraz ederek bu protokol uyarınca boşanmaya karar verilmesini istemişlerdir. Hakim protokole müdahale etmemiştir. (TMK. 166/3 m.) Gerçekleşen bu durum karşısında velayetlerin babaya verilmesi gerekirken protokol dışına çıkılarak yazılı şekilde hüküm tesisi doğru değildir...” Yargıtay 2. HD., 14.04.2004 T., 3807 E., 4741 K.; “...Mahkemece; protokole aykırı velayet düzenlemesi yerinde görülmediği gibi 13. parseldeki 9 numaralı bağımsız bölümün tapusunu iptali ile davalı adına tesciline, aracın mülkiyetinin de kadına ait olacağına tespitine karar verilerek yerde protokole atıf yapılması da isabetsizdir...” Yargıtay 2. HD., 09.04.2002 T.4194 E., 4994 K., (Gençcan, **Boşanma**, 2016).

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

3.4. Hâkimin Onayından Sonra Sözleşmenin İptali, Sözleşmeden Dönme, Fesih ve Uyarılama Sorunları

Boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin taraflarca düzenlenen anlaşmanın hakimin onaylamasından öncede bir hukuki değere sahip olduğuna ve bu anlamda bir özel hukuk sözleşmesi sayılması gerektiğinden daha evvel bahsetmiş idik. Bu kapsamda sözleşme artık hakimin onaylaması anından itibaren değil geçmişe etkili olarak kurulduğu andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Fakat elbette boşanma kararı ileriye etkili olarak hüküm ve sonuç doğuracaktır. Dolayısı ile onaydan önceki dönemde taraflardan birinin tek başına sözleşmeden dönmesi mümkün olmayacaktır. Bu hususta karşıt görüşe göre, korunması gereken her daim evlilik birliği olmalıdır; bu yüzden de taraflardan her birine onay sürecine değin sözleşmeden dönme imkanı tanınmalıdır. Her durumda ise taraflar sebeplerini belirterek hakimden anlaşmanın onaylanmamasını talep edebilirler. Böyle bir halde zaten TMK. m.166/III hükmü şartları oluşmadığından anlaşmalı boşanma yolu da ortadan kalkmış olacaktır. Hakimin onayından sonra ise artık taraflar arasında özel hukuk sözleşmesi niteliğini haiz anlaşma bu defa boşanma ilamının bir parçası niteliği kazanır ve nihai hüküm oluşturur (Egger, 1943). Bu safhadan sonra ise mahkemelerin nihai hükümlerine tabi olur ve artık taraflar kanun yolu açık mahkeme kararı olarak karara ilişkin itirazlarını ancak üst derece mahkemesine başvurarak dile getirirler (Kuru/Arslan/Yılmaz, 2013).

Anlaşmalı boşanma davası sonucu verilen kararlar bir çekişmesiz yargı kararı (Özdemir, 2003) olsa da temyiz etmekte hukuki menfaati bulunan taraf için HMK. m.361 hükmü gereği kanun yolları açıktır. Anlaşmalı boşanma sonucu boşanma kararına yönelik temyiz halinde Yargıtay, temyiz edenin anlaşmalı boşanma iradesinden rücu ettiğini belirterek yargılamanın çekişmeli usulde devam etmesi gerektiğini belirtmektedir.* Bu karara muhalif olan üye kararı kanaatimizce hukuken daha geçerli kabul görmelidir. Muhalif görüşe göre;

* "...Taraflar Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesi uyarınca boşanmışlar, hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir. Anlaşmalı boşanma yönünde oluşan karar kesinleşinceye kadar eşlerin bu yöndeki diğer bir ifadeyle gerek boşanmanın mali sonuçları, gerekse çocukların durumu hususunda kabul edilen düzenlemeleri kapsayan irade beyanından dönmelerini engelleyici yasal bir hüküm bulunmamaktadır. Anlaşmanın bozulması ile anlaşmalı boşanma hükmü bütünüyle geçersiz hale gelir (HUMK.md.439/2). Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesi gereğince boşanmalarına karar verilse dahi davacının anlaşmalı boşanma hükmünü gerçekleştiren anlaşmaya rağmen temyiz etmesi davadan açıkça feragat etmedikçe anlaşmalı boşanma yönündeki

“...Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesinde yer alan düzenlemeye göre; evliliğin en az bir yıl sürmüş olması koşuluyla, davalının “davayı kabul” beyanı, “evlilik birliğinin temelinden sarsılmış sayılması” için gerekli ise de, boşanma kararı verilmesi için, yalın “kabul” yeterli değildir. Bunun yanında, hakimin tarafları bizzat dinlemesi, irade beyanlarının serbestçe açıklandığına ilişkin kanaate ulaşmış olması ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca yapılan düzenlemeyi uygun bulması da şarttır. Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesinde yer alan düzenlemeye göre, boşanma davalarında yalın “kabul”, boşanma kararı verilmesi için yeterli değildir. Bunun yanında, hakimin tarafları bizzat dinlemesi, boşanma konusundaki irade beyanlarının serbestçe açıklandığına kanaat getirmiş olması ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca yapılan düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Somut olayda hakim tarafları bizzat dinlediğine, tarafların boşanma konusunda ki irade beyanlarının serbestçe açıklandığına ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca yapılan düzenlemenin uygun olmadığına ilişkin bir iddia da ileri sürülmediğine göre, davalının “davayı kabulü” hukuki sonuç doğurur.

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

Sayın çoğunluk, “davacının, hüküm kesinleşinceye kadar irade beyanından dönmesini engelleyici yasal bir hüküm bulunmadığını, kararın temyiz edilmesiyle anlaşmalı boşanma hükmünün bütünüyle geçersiz hale geleceğini” kabul etmektedir. Bu görüşe yukarıda açıklanan sebeplerle katılma olanağı yoktur. Böyle bir yaklaşım, her türlü kötüye kullanmalara kapı açar ve Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesiyle getirilen düzenlemeyi etkisiz kılar. Olayda protokol şartlarına uygun hüküm tesis edilmiştir ve protokolde kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu

iradesinden rücu niteliğinde olup, bu halde anlaşmalı boşanma davasının “çekişmeli boşanma” (TMK m. 166/1-2) olarak görülmesi gerekir...” Yargıtay 2. HD., 10.03.2015 T., 2014/20325 E., 2015/4097 K., (<http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/>)

düzenine ve kişilik haklarına aykırı bir şart da bulunmamaktadır. Öyleyse kararın bozulmasını gerektirecek yasal bir sebep yoktur. Bu bakımdan sayın çoğunluk görüşüne katılmıyorum. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davacının yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddi ile usul ve kanuna uygun olan hükmün onanması gerektiği düşüncesiyle bozma kararına iştirak edemiyorum...”

Çocukların durumu hususunda ise Türk Medeni Kanunu çocuğun menfaatlerinin gerekliliği ve velayet hususunun kamu düzenine ilişkin özel ve nitelikli bir konu olması hasebiyle ayrı bir düzenlemeye gitmiştir. Böylece çocukların velayeti ve kişisel ilişkinin tesisi ile ilgili olarak ortaya çıkacak yeni olguların ve durumların varlığı ile çocukların menfaatlerinin gerektirdiği hallerde bu husus kesinleşmiş bir boşanma kararının varlığına rağmen yeniden düzenlenebilecektir (Kırbaş, 1994). Yasa koyucu Türk Medeni Kanunu 183. madde hükmü ile ana veya babanın bir başkası ile evlenmesi, başka bir yere gitmesi ya da ölümü gibi yeni olguların ortaya çıkması halinde gerekli değişikliklerin yapılması hususunda tarafların talepte bulunabileceği gibi hakimin de re’sen düzenleyebileceğini belirtmektedir. Ancak hal ve durum ne olursa olsun gerçekleşen olguların çocuğun velayet görevinin ihmaline sebep olması gerekmektedir. Yoksa tek başına olguların gerçekleşmesi velayet hakkının geri alınması için yeterli değildir.*

Boşanmanın mali sonuçlarına ilişkin konularda ise, yasa koyucu kesinleşmiş bir boşanma davasında karar verilen maddi tazminat ve nafaka alacaklarına ilişkin olarak alacaklı tarafın yeniden evlenmesi ya da taraflardan birinin ölümü halinde söz konusu alacakların kendiliğinden son bulacağını; yasal evlilik olmaksızın alacaklı tarafın bir başkası ile fiilen evli gibi yaşaması, yoksulluğunun ortadan kalkması veya haysiyetsiz hayat sürmesi halinde ise mahkeme kararıyla söz konusu alacakların kaldırılabilirliğini düzenlemiştir (TMK. m.176). Yargıtay, anlaşmalı boşanma davası içerisinde yoksulluk nafakasına ilişkin bir talepte bulunmayan tarafın temyiz

* “...Taraflar anlaşmalı boşanma sonucu boşanmışlar ve küçüğün velayeti davalı anneye verilmiş bilahare davacı tarafından açılan velayetin nez’i davası da reddedilerek kesinleşmiştir. Velayet kendisine verilen kadının evlenmiş olması tek başına velayet değiştirilmesini gerektirmez. Davalının velayet görevini ihmal ettiği ispat edilememiş olup davanın reddi gerekirken kabulü doğru görülmemiştir...” Yargıtay 2. HD. 05.02.2003 T., 2003/309 E., 2003/1676 K., (kazanci.com)

“...Dava, velayetin değiştirilmesi isteğine ilişkindir. Taraflar 20.8.2009 tarihinde kesinleşen karar ile anlaşmalı olarak boşanmışlardır. Bu dava ise 2.9.2009 tarihinde açılmıştır. Boşanma davasından sonra davalının velayet hakkını ihmal ettiği kanıtlanamamıştır. Türk Medeni Kanununun 183. ve 349. maddesi koşulları oluşmamıştır. Davanın reddi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır...”Yargıtay 2. HD. 2010/15325 E., 2011/11034 K., 21.06.2011 T.

aşamasında bu yönde bir talepte bulunamayacağına* karşı sözleşme kapsamında belirlenen yoksulluk nafakasının koşulların değişmesi halinde sonradan açılacak bir dava ile yeniden düzenlenebileceğine karar vermektedir** .

Anlaşmalı boşanma kapsamında uygulamada en sık karşılaşılan problem, tarafların boşanma sürecinin verdiği halet-i ruhiye içerisinde bir an önce boşanmak ve bunun için her şeye katlanmak adına tam olarak düşünmeden önerilen her teklifi kabul etmeleri ve çoğu zaman gurur meselesi yapıp karşı taraftan herhangi bir talepte bulunmamaları; fakat sonrasında verdikleri bu kararlarından pişman olup dönmek istemeleridir. Öyle ki, Türk Hukuku'nda anlaşmalı boşanma kapsamında eşlere bunun yarattığı sonuçlar üzerine düşünme süresi tanınmamıştır. Bu sebeptendir ki, düşünme süresinin düzenlenmemiş olması uygulamada daha sonra ortaya çıkan sakıncaları sebebiyle bir eksiklik olarak görülmektedir. Böyle bir düşünme süresinin varlığında ise bu defa anlaşmalı boşanma yolunun en büyük avantajlarından süratle sonuca erişme hakkı ortadan kalkacağı için ayrı bir tartışma konusu olacaktır.

Böyle bir durumda boşanma kararının kesinleşmesinden sonra tarafların kendi aralarında karar ve sözleşmeden farklı bir anlaşma yapabilecekleri ve bunun klasik anlamda bir Borçlar Hukuku sözleşmesi sayılabileceği savunulsa da (Grassinger, 1997), ihtilaf halinde geçerliliğine ilişkin olumlu bir görüş bildirmek olanaklı değildir. Öyle ki, kesinleşmiş mahkeme kararının aksine yapılan sözleşmelerin yargı organlarınca korunması olanaklı değildir.

Eski Medeni Kanunu döneminde boşanma hükmünün kesinleşmesinden sonra mali hususlara ilişkin talep edilebilecekler hususunda ise Yargıtay İçtihadı Birleştirme

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

** “Somut olayda; taraflar arasındaki anlaşmalı boşanma kararında, kadın yararına aylık 300 TL yoksulluk nafakasına hükmedilmiş, nafakanın her yıl ÜFE oranında artırılacağı kararlaştırılmıştır. Davalı-davacı kadın yoksulluk nafakasının 300 TL'den, 500 TL'ye arttırılmasını talep etmiş, mahkemece yoksulluk nafakasının 500 TL'ye yükseltilmesine karar verilmiştir. Toplanan deliller ve davalı-davacı kadın vekilinin 18.03.2014 tarihli oturumdaki beyanı dikkate alındığından tarafların sosyal ve ekonomik durumlarında, protokolden sonra önemli bir değişiklik olmadığı, edimler arasındaki dengenin, umulmadık gelişmeler yüzünden sonradan bozulmadığı anlaşılmaktadır. O halde mahkemece yoksulluk nafakasının anlaşmalı boşanma protokolünde belirtildiği şekilde ÜFE oranında arttırılmasına karar verilmesi gerekirken, bu yön gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.” Yargıtay 2. HD., 01.10.2014 T., 2014/12403 E., 2014/19006 K. (kazanci.com)

Kararı ile bunun yalnızca manevi tazminat kapsamında kusursuz eş tarafından zamanaşımı sürelerine uymak kaydı ile mümkün olabileceği belirtilmiştir*. Maddi tazminat ve nafaka alacaklarına ilişkin olarak ise hükmün kesinleşmesinden sonra talepte bulunulamayacaktır. Bu doğrultuda, boşanma hükmünün kesinleşmesinden sonra bu hususların yeniden gündeme getirilerek talep edilmesi uygun değildir (Hatemi/Serozan, 1993; Kırbaş, 1994)**. Öyle ki, böyle bir hakkın varlığı halinde bunun kötüye kullanılması ihtimali fazlaca görülebileceği gibi, anlaşmalı boşanmanın mahiyetine aykırı olarak bu durum boşanmanın mali sonuçlarına ilişkin kısımda ihtilafların devam etmesine sebep olacaktır (Hatemi/Serozan, 1993).

Yeni Medeni Kanunla birlikte boşanma sonrası doğan dava hakları TMK m.178 hükmü gereği bir yıllık zaman aşımı süresine tabidir. Bu durumda katkı payı alacağı ile edinilmiş mallara katılma taleplerinin boşanma kararının kesinleşmesinden sonra talep edilebilme zamanaşımı süresi düşünülmektedir. Öyle ki bu hususlara ilişkin tarafların anlaşmaları zorunlu değildir***. Eşler arasında kural mal rejiminin (yasal mal rejimi/edinilmiş mallara katılma rejimi) (TMK. m. 202/I, m.218-241) uygulanması asıl ise de eşler, mal rejimi sözleşmesiyle kanunda belirlenen diğer rejimlerden birini yani mal ayrılığı rejimi (TMK. m. 242-243), paylaşmalı mal ayrılığı rejimini (TMK. m. 244-255), mal ortaklığı rejimini (TMK. m. 256-281) kabul edebilecekleri (TMK m. 202) gibi kanunda öngörülen sınırlar içinde kural mal rejimi (yasal mal rejimi/edinilmiş mallara katılma rejimi) ile ilgili farklı anlaşmalar da yapabilirler (Kılıçoğlu, **Edinilmiş**, 2002).

Türk Medeni Kanununun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde özel hukuk alanına giren çekişme konusu tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır. Başka bir anlatımla Türk Medeni Kanununun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, sadece medenî hukuk ilişkilerinde değil Ticaret Hukuku, İş Hukuku vs. gibi özel hukuk alanına giren tüm özel hukuk ilişkilerinde uygulanacaktır (Gençcan, 2016). Bu kapsamda Çoğunluk görüşüne göre, 6098 sayılı TBK. m. 146 maddesinde “kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir” düzenlemesi yer almakta olup, katılma alacağında

* YİBK., 22.01.1988 T.,1986/5 E., 1988/1 K. (<http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/>)

** Bu hakkın manevi tazminatın yanı sıra maddi tazminat ve nafaka alacakları için de tanınması gerektiği yönde görüş için bkz. Tekinay, 2002; Oğuzman/Dural, **a.g.e.**, s.142.

*** “...Bu bakımdan tarafların anlaşmalı boşanma protokolü yaparken mal rejimi konusunda anlaşmaları zorunlu değildir. Bu konuda anlaşma sağlanamaması boşanma davasının reddi sonucunu doğurmaz. Ve anlaşmalı boşanmaya bir etkisi olamaz...” Yargıtay 8. HD., 10.06.2014 T.2014/5316 E., 2014/11905 K. (<http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/>)

zamanaşımı süresi TBK m. 146 (mülga 818 sayılı BK m. 125) uyarınca on (10) yıl olarak uygulanmalıdır (Ceylan, 2006; Şıpka, 2008; Dural/Öğüz/Gümüş, 2008). Ayrıca bu hususta Türk Medeni Kanunu'ndan önceki döneme ilişkin katkı payı alacağına on yıl; fakat katılma payı alacağına bir yıllık zamanaşımı süresine tabi olması gerekliliği savunulsa da (Kılıçoğlu, **Edinilmiş**, 2002) , her iki halde de, yani hem katkı payı alacağına hem de katılma payı alacağına ilişkin taleplerin bir yıllık zamanaşımı süresine tabi olması gerektiği görüşü (Hatemi/Kalkan Oğuztürk, 2014) boşanma davası sonrası taleplerin uzunca bir süreye tabi tutularak eski eşleri birbirlerine karşı dava tehditi ile karşı karşıya bırakma sonucu doğuracağından çok daha yerindedir.

3.5. Mehir Kavramı ve Yan Sonuç Sözleşmesi Kapsamına Girip Giremeyeceği Meselesi

3.5.1. Kavram olarak

İslam Hukuku'nun evlilik müessesesinde kadın için tanımlanmış olduğu mehir, erkeğin kadına vermesi gereken ve karşılıklı anlaşma ile miktarı belirlenen para veya maddi hak olarak ifade edilebilir. Dolayısı ile mehir, İslam Hukuku'na aykırı başlıktan farklıdır. Mehrin tespiti, eğer evlenme sözleşmesi esnasında yapılırsa bu "mehrmüsemma (adı konulmuş mehir)" olarak adlandırılır. Bunun aksi durumda ise yani evlenme sözleşmesi esnasında tespiti yapılmamışsa "mehr-i misil" olarak ifade edilmektedir (Hatemi, 2012). Her hâlükârda mehir, dini nikah sözleşmesi esnasında nikah kıyan tarafından taraflara sorulmak suretiyle ve şahitler huzurunda miktar ve mahiyeti ile belirlenip bir kağıda yazılarak kadına teslim edilmek suretiyle belgelenmiş olmaktadır. Görüleceği gibi mehir, İslam Hukuku'nun kadına tanıdığı şahsi bir hak niteliğindedir. Kadının mehir hakkını dilediği şekilde tasarruf yetkisi bulunmakla birlikte dilerse bunu kocaya da bağışlayabilmektedir.

3.5.2. Mehir borçlanması ve yan sonuç sözleşmesi kapsamına girip girmeyeceği meselesi

Nikah sözleşmesinin şartlarından mı yoksa sonuçlarından mı olduğuna ilişkin olarak mehrin sınıflandırılmasında maliki hukukçular, şartlardan yana görüş bildirmekte ve mehrin olmaması halinde nikahın geçersiz sayılacağını ifade etmektedirler. Bu bakış açısı doğrultusunda nikahın geçersizliği İslam Hukuku açısından oldukça önemli

sakıncalara da işaret etmekte dolayısıyla mehir hakkının usulü ile kullanılması ağır bir koşul olmakla birlikte İslam Hukuku'nda önemli bir yer tutmaktadır (Hatemi, 2012). Günümüzde nikah işlemi, kamu görevlisi olan nikah memuru huzurunda yapılmakta ve tarafların iradi açık beyanlarına dayalı olarak nikah kurulmaktadır (TMK. m. 142). Öte yandan toplum yapısı itibariyle büyük bir çoğunluk resmi nikah ile birlikte dini nikahı işlemini de yaptırmakta ve böylelikle de mehir borçlanmasının yanı sıra bu hususların mer'î hukuktaki önemi göz ardı edilemez bir hususu teşkil etmektedir.

Anlaşmalı boşanmanın Türk Hukuk sistemine girişiyle birlikte kadının boşanma sonuçlarına karşın korunması hedeflenmiş olmaktadır. Buna karşın İslam Hukuku, bu amacı çok daha önce gözetmiş ve kadının boşanmanın sonuçları bakımından maddi anlamda korunmasını sağlamak açısından mehir borçlanmasını uygulamaya koymuştur (Hatemi/Kalkan Oğuztürk, 2014).

Mehir kurumu ile hukuki anlamda amaçlanmış olan kadının menfaati, boşanma sonrasında kadının yaşayabileceği yoksulluğa ve yeni bir hayat kurmasına yardımcı olacak karşılığı teminini sağlamaktır. Bu itibarla, kadının anlaşmalı boşanmada kocadan nafaka ve tazminat alacaklarının yanı sıra mehir hakkını talep etmesi ve bu talebin hakim onayından sonra geçerli olması yerinde bir uygulama olacaktır (Hatemi/Serozan, 1993). Sadece kadına yönelik bu hakkın kadının tasarrufunda olması, gerek görmesi halinde bağışlayabilmesi ve nikah sözleşmesinde kurulması itibariyle kişiye özgü bir hak olma niteliği dikkate alındığında, nafaka ve tazminata hükmedilmesinin yanı sıra mehir hakkının da onaylanması hakkaniyetli bir uygulama olacaktır. Bu hak, niteliği itibariyle düşünüldüğünde sebepsiz zenginleşme hususu olarak değerlendirilmemesi gerektiği açıktır.

Mehrin bağışlanması, bağışlama kapsamında değerlendirilmekte ve bağışlanan lehinde sonuç doğurmak üzere bağışlayanın kazanımlarından karşılıksız olarak bağışlanana kazandırmayı taahhüt ettiği sözleşme niteliğindedir (Oğuzman/Öz, 2013). Fiili ehliyeti olan herkes bağışlama yapabildiği gibi eşler arasındaki bağışlamada miras hukuku ve mal rejiminden kaynaklı hakları saklı tutulmaktadır. Yine bağışlamanın geçerliliği TBK m.288 hükmü uyarınca yazılı yapılmak suretiyle

mümkündür. Bağışlamaya ilişkin bu özellikler itibariyle Yargıtay'ın mehir hakkına bağışlama niteliği kazandırması yerinde bir yaklaşım olarak nitelendirilebilir* .

4. ANLAŞMALI BOŞANMANIN EŞLERLE İLGİLİ SONUÇLARI

Boşanma, netice itibariyle ileriye dönük ve emredici nitelikte sonuç doğuran hukuki bir eylem niteliğindedir (Ceylan, 2006). Sonuçlar, ailenin tüm bireylerini etkilediği gibi düzenlemeler de tüm bireylere yönelik olarak yapılmaktadır. Eşlere ilişkin sonuçlar mali ve kişisel olmak kaydıyla iki ayrımda ele alınmaktadır. Anlaşmalı boşanmada ise bu sonuçların anlaşma konusu yapılmış olması veya hakimin anlaşmada yer almayan, muğlak veya hukuki uygunluğu bulunmayan hususları takdiri söz konusudur.

Boşanma kararının kesinleşmesinin ardından evlilik birliği son bulmaktadır. Bununla birlikte evlilik birliğinin getirdiği kişisel durumlar da sonlanmakta; kişilerin durumları değişmekte, eşler yeniden evlenebilmekte özgür olmakta, takiben evlilik birliği son bulmuş, eşlerin yeniden evlenme imkanı oluşmuş, kişisel durumları

* “Davacı, 4.4.1983 günlü dilekçesi ile; 21.2.1983 tarihinde kesinleşen ilamla boşandığı eski eşi davalıya evlilik birliği sırasında verdiği 21.9.1980 tarihli mehir senedinin iptalini istemiştir. Yerel Mahkeme, davacının bağıştan rücu sebebini, evlenme akdinin feshini talep tarihi olan 11.10.1980 gününde öğrendiğine göre, davanın BK.nun 246. maddesinde yazılı bir yıllık yasal süre içinde açılmamış olması nedeniyle reddine karar vermiş, davacının temyizi üzerine Özel Daire; “BK.nun 246. maddesindeki süre, hak düşürücü olmayıp, zamanaşımına ilişkindir. Evlilik birliği devam ettiği müddetçe eşler arasında zamanaşımı işlemeyeceği için ve taraflar 21.2.1983 tarihinde kesinleşen ilamla boşandıklarından işin esasının incelenmesi gerekir” gerekçesi ile kararı bozmuş, yerel mahkeme önceki kararda yazılı nedenlerle direnmiştir.” Yargıtay HGK., 25.02.1987 T., 1986/2382 E., 1987/ 122 K.

“Davacı davalı Harun ve İ.Ethem 5.02.1999'da açtıkları dava ile Şerife ile Harun'un evlenmeleri sırasında düzenlenen 16.07.1993 tarihli “Mehir Senedi “başlıklı senedin terk nedeni ile Borçlar Kanununun 244. maddesi şartları oluştuğundan iptaline, bu senede konu eşya Şerife elinde bulunduğundan istirdadına, almadığında bedelinin tahsiline karar verilmesini istemişlerdir. Şerife ile Harun evli iken Şerife kendisine Medeni Kanununun 132. maddesi uyarınca gönderilen ve kadına 08.05.1997 günü tebliğ edilen ihtara uymaması sebebiyle boşanmışlar, karar temyiz edilmeyerek 18.12.1998 tarihinde kesinleşmiştir. Bu davada davacıların Borçlar Kanununun 246. Maddesinde gösterilen hak düşürücü süreyi geçirip geçirmediklerinin belirlenmesi önem kazanmaktadır. Borçlar Kanununun 244.maddesi uyarınca “Bağışlanan, bağışlayana yahut yakınlarından birince karşı ağır bir cürüm irtikap ederse yada bağışlanan, bağışlayana veya ailesi için kanunen mükellef olduğu vazifelere karşı ehemmiyetli bir surette riayetsizlikte bulunur ise “bağışlayan bağıştan rücu ile bağışlananın elinde ne kalmış ise onun iadesini dava edebilir. Görüldüğü gibi rücu sebebi bağışlananın fiilidir. Rücu sebebi fiilin başka bir hukuki sonucu değildir. Fiilin tamamlandığı anda bağışlananın rücu hakkı doğar...” Yargıtay 2. HD., 28.05.2001 T., 2001/6546 E., 2001/8276 K. (kazanci.com)

değişmiş, mirasçılık vasfı ortadan kalkmış ve kadın için bekleme süresi başlamış olmaktadır.

Bu bölüm altında anlaşmalı boşanmanın kişilere ilişkin sonuçları kişisel sonuçlar ve mali sonuçlar şeklinde ayrıma tabi tutularak irdelenmeye gayret edilmiştir.

4.1. Kişisel Sonuçlar

4.1.1. Yeniden evlenebilme imkanı doğması ve kadının bekleme süresi

Boşanma, anlaşmalı veya çekişmeli de olsa boşanmaya hükmedildiği an itibariyle meydana gelen sonuçların başında evlilik birliğinin sona ermesi gelmektedir. TMK m.185/I hükmünde evlilik birliğinin evlenme ile kurulmuş olduğu ifade edilmekle birlikte (Akıntürk ve Ateş, **Medeni**, 2016), boşanma da evlilik birliğini son erdirici mahiyette hukuki bir işlem olarak kendini göstermektedir. Boşanma kararının en önemli ve en başta gelen sonucu, evlenme töreninin yapılmasıyla birlikte doğmuş bulunan evlilik birliğinin kararın kesinleştiği anda hukuken sona ermesidir (Akıntürk ve Ateş, **Medeni**, 2016). Böylelikle, evlilik birliğinin taraflara yüklemiş olduğu görev ve sorumluluklar da yine boşanma ile son bulmaktadır (Kaçak, 2000). Bununla birlikte, kararın kesinleşmesinin ardından hakimin almış olduğu geçici önlemler varsa bunlar da ortadan kalkacak ve artık evlilik birliğinin temsili ve korunması söz konusu olmayacaktır (Öztan, 2004).

Bozucu yenilik doğuran bir hüküm niteliğinde olan boşanma sonrasında meydana gelen yenilikler kendiliğinden oluşur ve bu yenilik durumu herkese karşı öne sürülebilen bir sonuç olarak kendini gösterir.

Bununla birlikte TMK m.132/I hükmünün “*Evlilik sona ermişse, kadın, evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün geçmedikçe evlenemez.*” ifadesi uyarınca kadın için bekleme süresinin başladığı görülmektedir. Bekleme süresi erkek için söz konusu olmayıp soy bağıyla ilgilidir.

Anne ile çocuk arasındaki soybağı kendiliğinden kurulan bir soybağı olması özelliğinin yanı sıra ihtilafli durumlarda da çocuğu kimin doğurduğu yani biyolojik annesinin kim olduğu aranır*. Zira “*çocuğu doğuran kadın, anadır*” karinesinin kesin karine olması (Akıntürk ve Ateş, **Aile**, 2016) da bu durumdan ileri gelmektedir. Bu

* Y. 20.HD, T.08.06.2016, E. 2016/5285, K.2016/7135

karine, gerek önceki Medeni kanunumuzda gerekse 4721 Sayılı Medeni Kanunda aynı biçimde anılmakta ve evlilik içi doğan çocuğun anasının doğuran kadın olduğu ifade edilmektedir (Hatemi/Kalkan Oğuztürk, 2014).

Öte yandan, baba ile kurulan soybağında ise kural annedekinden farklılıklar göstermekte ve evlilik içi doğum, ana ile evlilik, tanıma ve hakim hükmü yolları ile kurulabilmektedir. Evlilik ile kurulan soybağının sahih olması için evlilik başlangıcı itibariyle en az 180 en fazla 300 gün içerisinde çocuğun dünyaya gelmiş olması gerekliliği söz konusudur. Bu süreler dışında çocuk dünyaya gelmiş ise ve babanın itirazı olmaz ise yine babalık bağı evlilik içerisinde doğmuş çocukta olduğu gibi sahih olarak kurulmaktadır (Hatemi/Kalkan Oğuztürk, 2014;). Bu sebepten, evliliğin sonlanması itibariyle yasa koyucu maksimum süreyi baz alarak bu süre zarfında doğacak çocuğun soybağının belirlenmesinde soruna mahal vermemektedir.

Yine TMK m.132/II ifadesi uyarınca doğum olması halinde üçyüz günlük süre sona ermektedir. Bununla birlikte aynı maddenin üçüncü fıkrasında “*Kadının önceki evliliğinden gebe olmadığına anlaşılması veya evliliği sona eren eşlerin yeniden birbiriyle evlenmek istemeleri hâllerinde mahkeme bu süreyi kaldırır*” ifadesiyle de bekleme süresinin ortadan kaldırılacağı hallere işaret edilmektedir. Kadının bekleme süresi, anlaşmalı boşanma için de aynı kurallar dairesinde yürümektedir.

Tarafların anlaşarak evlilik birliğini sonlandırmalarının akabinde her iki taraf için de yeniden evlenme imkanı doğmuş olacaktır. Boşanma kararının kesinleşmesiyle ikinci evlenmeyi engelleyen mevcut evlilik ortadan kalktığı için, erkek hemen, kadın ise yukarıda ifade edilen üçyüz günlük yasal bekleme süresini tamamlamak veya süreyi iptal eden ispatı mümkün olan hususları öne sürerek yeniden başka birisiyle evlenebileceklerdir (Ceylan, 2006).

4.1.2. Kişisel durumun değişmesi

Boşanma neticesinde meydana gelen kişisel durumlardan bir diğeri ise tarafların kişisel durumlarıdır. Erkek için yalnızca medeni durumun değişmesi söz konusu iken kadın için bunun yanı sıra soyadının değişmesi de söz konusu olmaktadır (Ceylan, 2006).

4721 Sayılı TMK m. 173’de “*Boşanma halinde kadın, evlenme ile kazandığı kişisel durumunu korur; ancak, evlenmeden önceki soyadını yeniden alır. Eğer kadın*

evlenmeden önce dul idiyse hakimden bekarlık soyadını taşımasına izin verilmesini isteyebilir.

Kadının, boşandığı kocasının soyadını kullanmakta menfaati bulunduğu ve bunun kocaya bir zarar vermeyeceği ispatlanırsa, istemi üzerine hakim, kocanın soyadını taşımasına izin verir.

Koca, koşulların değişmesi halinde bu iznin kaldırılmasını isteyebilir” hükmü ile boşanma sonrası kişilerin durumlarına ilişkin izahlar yer almaktadır.

Kanun maddesi, kadının kocasının soyadını kullanmasını hakimin inisiyatifine bıraktığı ve beraberinde, “kadının menfaati”nin yanı sıra “bir zararı olmaması” kıstaslarını gözettiği görülmektedir. Koca ancak bu durumla ilgili zarara uğrarsa veya farklı koşullar oluşursa soyadının kullanılmasının kaldırılmasını talep edebilmekte ve yine mahkeme bu talebi uygun bulursa kadın kocasının soyadını kullanmaya devam etmekten alıkonulabilmektedir.

Eski Medeni Kanun’da bu durum 14.11.1990 tarih ve 3678 sayılı kanun ile yapılmış olan değişiklikle uygulama bulmuş ve değişiklik öncesinde boşanma ile kaybedilen soyadı hakkı artık kadının talebi ile kullanılabilir olmuştur. 743 Sayılı eski TMK’da bu duruma ilişkin olarak m.141 hükmünde düzenleme yapılmıştır. (Moroğlu, 1999) 4721 Sayılı TMK’da ise bu değişiklik m.173’de aynı şekliyle korunmuştur. Bu yaklaşım doktrinde farklı görüşlerin oluşmasına da sebep olmuştur.

Kanun maddesinin birinci fıkrasında bahsedilen “boşanmadan önceki durumun korunması” ifadesi bireyin evlenme ile erginlik, kayın hısımlığı, vatandaşlık gibi durumlarını ifade etmekle birlikte (Gürsoy ve Bulut 2007) medeni hali artık “boşanmış”^{*1} olup koruduğu durum medeni halini kapsamamaktadır (Ceylan, 2006).

Kanun koyucu, kişisel durumların korunacağı yönündeki hükmüne madde içerisinde bir istisna getirerek kişisel durumlara dahil olan soyadının normal şartlar altında kadın için boşanma sonrasında evlenmeden önceki soyadına dönme şeklinde düzenleme yoluna gitmiştir (Akıntürk ve Ateş, **Aile**, 2016).

* Nüfus cüzdanı düzenlenirken medeni hali hanesine boşanmış, dul, evliliği fesh edilmiş gibi ifadelerin yerine kişinin talebi ile bekar ifadesi yazılabilmektedir. Ancak, nüfus kaydında bu durum belge düzenlenmesi halinde belgede açıklama olarak yer almaktadır. Nüfus Hizmetleri Kanunu’nun uygulanmasına ilişkin yönetmelik, 29.09.2006 Tarihli Bakanlar Kurulu kararı ile 23.11.2006 T., ve 26355 Sayılı RG.

TMK m.173/II'de kadının kocasının soyadını talep etme hakkı düzenlenmiş ve hakim onayı ile birlikte bu durum mümkün kılınmıştır. Hakimin onayının temelinde, kadının bu duruma ilişkin menfaatinin söz konusu olması ve kocanın bu durumdan zarar görmemesi gözetilmektedir. Bununla birlikte kadının talebi de esas alınmaktadır (Öztañ, 2004) (Gürsoy ve Bulut, 2007). Yargıtay'ın bu yöndeki tavrı da kanunla paralellik arz etmektedir. Nitekim bir kararında** *“Toplanan delillerden, tarafların 26 yıl evli kaldıkları, davacı kadının bu süre içinde çeşitli üniversitelerden mezun olduğu ve diplomalarında, yüksek lisans tezlerinde, katılım belgelerinde, sertifikalarında, bankacılık işlemleri ile emeklilik işlemlerinde evlilik soyadını kullandığı anlaşılmaktadır. Toplanan delillerle davacının davalının soyadını kullanmasının davalıya bir zarar vermeyeceği, davalının soyadının kullanılmasında davacının menfaatinin bulunduğu kanıtlanmıştır. Türk Medeni Kanunu'nun 173/2. maddesi koşulları gerçekleşmiştir. Davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yetersiz gerekçe ile reddi doğru bulunmamıştır...”* şeklinde hüküm kurmak kaydıyla kadının menfaati icabı olan talebinin kabul edilmesi gerektiğine işaret etmektedir.

Kanunun öngördüğü bu düzenleme, yazar, sanatçı veya iş kadını gibi vasıfları bulunan ve evlilik soyadı ile tanınmış olup bunu devam ettirmesi menfaat doğuran durumdaki kişiler için bir anlamda gereklilik olarak değerlendirilmektedir (Ceylan, 2006; Akıntürk/Ateş, **Aile**, 2016). Bu değişikliğin doğru olmadığını söyleyenler de bulunmaktadır (Hatemi/Kalkan Oğuztürk, 2014)*.

İlgili kanun maddesine ilişkin bir diğer ayrıntı da birinci fıkrada belirtilen boşanmadan sonra durumun korunmasına ilişkin hususun yalnızca kadınlar için geçerli olmayıp erkek açısından da geçerli olduğudur. Erkek, her ne kadar soyadını koruyor olsa da evlilikle erginlik, kan hısımlığı gibi evlilikle kazandığı durumları kadımla aynı biçimde korumaktadır (Dural/Öğüz/Gümüş, 2008). Bu sebepten maddenin birinci fıkrası boşanmış erkek için de aynı kapsamda algılanmalıdır.

** Y. 2HD, 19.03.2009 T., 2007/19005 E., 2009/5094 K. (kazanci.com)

* Hatemi, soyadının, boşanmadan sonra kullanılabilmesine ilişkin düzenlemeye karşı soyadının ticari unvan, marka, firma ismi gibi hususlarla benzer muamele görmemesi gerektiğini ve doğrudan aile bireylerinin kişisel varlık alanını ilgilendirdiğini bu nedenle de kadının boşandıktan sonra kocasının soyadını taşıması veya bu yönde kanuni düzenlemenin yersiz olduğunu savunmaktadır.

4.1.3. Tarafların yasal mirasçılık durumlarının sona ermesi

Boşanma ile birlikte meydana gelen bir diğer kişisel değişiklik te tarafların birbirlerinin yasal mirasçısı olmasının sona ermesidir. TMK m.181 ifadesinde bu durum, *“Boşanan eşler, bu sıfatla birbirlerinin yasal mirasçısı olamazlar ve boşanmadan önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflarla kendilerine sağlanan hakları, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça, kaybederler.”* şeklindeki ifade ile uygulama bulmaktadır. Normal şartlar altında bu durum devam geçerli olmakla birlikte davanın neticeye bağlanmasından önce yani davanın devam ettiği sırada davacının ölmesi ve mirasçılardan birisinin davaya devam etmesi halinde durum değişebilmekte ve davalının kusurunun ispatlanması halinde ise *“aksi tasarruftan anlaşılmadıkça”* ifadesi gereği durum değişmektedir. Davacının ölmesi halinde aynı maddenin ikinci fıkrası *“yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır”* demek suretiyle ölüme bağlı olarak mirasçılığın yasal olarak belirlenmesinin madde hükmü ile olduğuna işaret etmektedir. Doktrinde, sağ kalan eşin mirastan pay alması konusunun tartışmalı olduğu görülmektedir. Bununla birlikte aksi görüşün varlığı da söz konusudur. Bu noktada, sağ kalan eşin mirastan pay alması yönündeki görüşün dayanaklarını daha tutarlı olması hasebiyle genel kanaat bu yönde oluşmuş ve şartların oluşması halinde sağ kalan eşin mirastan pay alması mümkün kılınmıştır. (Ayan, 2016)

Bu hususu düzenleyen TMK m.181 hükmü doğrultusunda ölen eşin mirasçılarının sağ kalan eşin boşanma konusunda kusurlu taraf olduğunu ispatlamalarıdır. Bu durumda, sağ kalan eşin kusurlu bulunması halinde mirastan pay alamaması mümkün olmaktadır.

Ancak, boşanma davalarının tamamında kusur denetimi yapılmamakla birlikte; davanın reddini takip eden üç yıllık sürenin ardından tarafların bir araya gelmesinin imkansız olması halinde boşanmaya hükmedildiği davalar ve özellikle de anlaşmalı boşanma davalarında kusur denetimi söz konusu olmamaktadır. Doktrinde bir görüşe göre, bu tür davalarda mirasçıların kusur tespiti isteme haklarının olmayacağı yönünde iken* bir diğer görüş, mirasçılık talebinin boşanma hükmü dışında

* Yargıtay “...2-Davacı mirasçılarını davayı Türk Medeni Kanununun 181/2. maddesinde yazılı eşlerin kusur nisbetinin belirlenmesi yönünden talep edeceklerini beyan etmiş ve delil göstermişlerdir. Bu konuda davalıya da usulüne uygun önel verilmesi, gösterdiği taktirde taraf delillerinin toplanması sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik araştırma ve inceleme ile yazıl şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir... MUHALEFET ŞERHİ Türk Medeni Kanununun 166/son maddesiyle ilgili davada öncelikli koşul, üç yıllık fiili ayrılık süresinin geçmesi ve bu süre içerisinde her ne sebeple olursa olsun ortak hayatın yeniden kurulamamasıdır.

değerlendirilerek boşanma nedeninin mirasçılığa gerekçe olarak gösterilmemesi gerektiğini savunmaktadır. Nitekim, kanun maddesinde boşanma türlerine göre bir ayırım gözetilmediğinden anlaşmalı boşanma için bu durum anlaşma konusu olarak ele alınması gerektiği kanaatindeyiz. Gerek kanun maddesi gerekse doktrindeki görüşlerin çatışması itibariyle mirasçılık hususunun anlaşmalı boşanma için ayrıca ele alınması ve bu hususta düzenlemeye gidilmesinin yararlı olacağı görülmektedir.

Kaçak (2007) ise bu husus için eşler arasında miras bağının bulunmasını evliliğin devam ediyor olmasına bağlamakta ve eşlerin boşanmasından sonra ölüm olması halinde ise mirasçılıktan söz edilmemesi gerektiğini savunmaktadır.

4.2. Mali Sonuçlar

Türk Hukuku'nda boşanma ile eşler için meydana gelen mali sonuçlar; ölüme bağlı tasarrufların hükümsüzlüğü, mal rejimi tasfiyesi, maddi ve manevi tazminat ile yoksulluk nafaka başlıklarını içermektedir.

Anlaşmalı boşanmanın fer'i sonuçlarından olan mali sonuçlar, anlaşmalı boşanmada boşanma protokolünde karara bağlanmış hususlar olma özelliği taşımaktadırlar. Zira anlaşmalı boşanmada, tarafların boşanmanın mali sonuçlarına ilişkin olarak anlaşmış olmaları, anlaşmalı boşanmanın maddi koşullarındandır (Öztañ, 2004). Bununla birlikte boşanan tarafların bu konuda yapmış oldukları anlaşmalarının hakim tarafından onaylanması da yasal bir zorunluluktur (MK. md. 166/III).

4.2.1. Mal rejiminin tasfiyesi

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun ikinci bölümünde "Evlilik Birliğinin Sarsılması" kenar başlığı altında yer alan m.166/III hükmü, anlaşmalı boşanma olarak anılmakta ve fıkra hükmünde; "*Evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi hâlinde, evlilik birliği*

Boşanma kararı verilebilmesi için eşlerin kusur durumlarının araştırılması söz konusu değildir. Önceki dava reddedilmiş, bu davada davalı kadının kusurlu olmadığı kabul edilmiş ve karar kesinleşmiştir. Davacı koca, Türk Medeni Kanununun 166/son maddesi uyarınca açtığı bu davada üç yıllık fiili ayrılık süresinin dolması nedenine dayanmış, davalı kadının kusurlu olduğuna ilişkin bir iddiaya yer vermemiştir. Ölümü üzerine davaya devam eden mirasçılarının, kocanın boşanma nedeni yapmadığı olaylara dayanarak kadının kusurlu olduğunu kanıtlama olanakları bulunmamaktadır. Kusur durumuna ilişkin tanıkların dinlenmesi sonuca etkili olmayacaktır. Bu nedenle yerel mahkeme kararının onanması gerektiği düşüncesiyle sayın çoğunluğun bozma kararına katılmıyorum." Gökçen Topuz, "Boşanma Davası Sırasında Eşlerden Birinin Ölmesi Halinde Mirasçıların Davaya Devam Etmelerinin Usul Hukuku Bakımından Yol Açtığı Sorunlar" **TAAD**, 3(10), 2012, s.87, dn.46.

temelinden sarsılmış sayılır. Bu hâlde boşanma kararı verilebilmesi için, hâkimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın malî sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hâkim, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü hâlinde boşanmaya hükmolunur. Bu hâlde tarafların ikrarlarının hâkimi bağlamayacağı hükmü uygulanmaz” tarafların anlaşmalarının boşanmaya konu olabileceği ifade edilmektedir. Kanun ifadesinde, tarafların mali sonuçlara ilişkin düzenlemelerinin hakim tarafından uygun bulunmasına işaret edilmiş ancak bu mali sonuçların detayına inilmemiştir. Dolayısıyla bu noktada boşanmanın mali sonuçları üzerinden hareketle anlaşmalı boşanmanın mali sonuçları ortaya konabileceği gibi anlaşmanın asli unsurları doğrultusunda da mali sonuçların ne şekilde belirlenip anlaşma konusu olacağına tespiti cihetine gidilebilecektir.

Madde ifadesinde, tarafların mal rejimi tasfiyelerine ilişkin bir atıf bulunmamakla birlikte boşanmanın sonucu olan mal rejimi tasfiyesinin de bu protokolda yer alamayacağı anlamı taşımamaktadır. Kanun’un 179. maddesi üst kenar başlığından başlayarak, boşanma halinde tarafların tabii oldukları mal rejimine ilişkin kanun hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir. Bu halde, boşanma anlaşmalı olsa dahi mal rejiminin tasfiyesi söz konusudur. Öte yandan protokolün mali unsurları içerisinde ölüme bağlı tasarruflar ve mal rejiminin tasfiyesi hususlarının yer alması protokol açısından sakınca yaratmadığı gibi tarafların bu hususu anlaşma konusu yapmaları mümkün olmaktadır (Özdemir, 2003) veya anlaşmalı boşanmada mal rejiminin tasfiyesinde genel boşanma hükümleri uygulanır denilebilmektedir (Ceylan, 2006).

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’na mal rejiminin boşanmaya dayalı olarak sona ermesini dava tarihi itibarıyla belirlemiştir (TMK, M.225). Rejimin sona ermesi itibarıyla de tasfiye edilmesi söz konusu olmakta ve tasfiye şeklinin anlaşma veya dava yolu ile mümkün olduğu belirtmektedir ve anlaşmalı boşanmada kural olarak anlaşma kapsamında olmasa da tarafların tasfiye sözleşmesi üzerinde anlaşmaları gerekmektedir. Nitekim m.166/III kapsamında anlaşmalı boşanmaya ilişkin kurallar dairesinde üzerinde anlaşma sağlanmış olması gereken hususların “*boşanmanın mali sonuçları*” ile “*çocukların menfaatleri*” konusunda bir anlaşmazlığın kalmaması

gerektiğinin olduğu göz önüne alındığında mal rejiminin tasfiyesi de bu kapsamda değerlendirilmek durumundadır. Bu halde, kanun ifadesindeki “boşanmanın mali sonuçları” ifadesinden, TMK m.174 ile düzenlenmiş olan maddi ve manevi tazminat ile m.175’de zikredilen yoksulluk nafakası hususlarının işaret edildiği anlaşılmalıdır².

Boşanma anlaşmasında taraflar maddi tazminat, manevi tazminat ve yoksulluk nafakasına ilişkin hususları düzenlememişlerse yada eşlerden birinin bu haklarından feragat ettiği söz konusu ise ve bu feragat anlaşmadan yada tarafların beyanlarından açık bir biçimde anlaşılabilirse sorumluluğunun taraflarda olması gerekecektir. Ancak, bu noktada dikkat edilmesi gerekenin, Türk Hukuku’nda kişiyle sıkı sıkıya bağlı olan tasarruf haklarına ilişkin önceden vazgeçmenin söz konusu olmadığıdır. Anlaşmalı boşanmada tarafların “boşamanın mali sonuçları”na ilişkin beyanları aralarındaki diğer alacaklara (eşya, ziynet, birlikte alınan taşınmazlar vs.) ilişkin olmayıp (Gençcan, 2016) düzenlenen protokol içeriğinde varsa şayet birbirlerinden kişisel eşya veya ziynet eşyası talebinde bulunmayacakları, maddi ve/veya manevi tazminat talep etmeyecekleri şeklindeki ifadeler de geçerlilik taşımayacaktır. Boşanma anlaşması, bu alacaklara yönelik paylaşımların ve anlaşımaların yapılmış olduğu, birbirlerine karşı bu alacaklarla ilgili dava haklarının bulunmadığı yönündeki taahhüt, kabul ve beyanların varlığını ihtiva eder nitelikte olmalıdır. Yargıtay’ın bu yöndeki tavrı da benzer niteliktedir* .

² Topuz, **a.g.m.**, s.88

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

İsviçre Hukuku, Türk Hukuku'ndan farklı olarak "tam anlaşmalı boşanma"da anlaşmanın özellikle ihtiva etmesi gereken hususlarını evlilik rejiminin tasfiyesi, iştirak nafakası, yardım sandığı gibi bazı mali sonuçlar içeren hususları ve aile konutunun tahsisinin belirlenmesi şeklinde uygulamaktadır.** Ayrıca, eşler anlaşmanın diğer fer'i sonuçları üzerinde anlaşmış olsalar dahi mal rejiminin tasfiyesinde anlaşmaya varılamadığı durumda bu hususu ayrı bir dava konusu edilebilmektedir (Ceylan, 2006).

Tasfiyeye ilişkin düzenlemeler hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemenin anlaşmalı boşanma davasına bakan mahkeme tarafından uygun bulunması şarttır. Tasfiyeye konu malların tamamının işbu anlaşmada konu edilmesi zorunlu olmadığı gibi taraflar malların tamamı üzerinde değil, yalnızca bir bölümü üzerinde anlaşmaya varmış olabilirler. Bu durum anlaşmanın geçerli olmadığı anlamına gelmeyecektir.

4.2.2. Yoksulluk nafakası

Boşanma neticesinde meydana gelen mali sonuçlardan bir diğeri de yoksulluk nafakasıdır. Tarafların boşanma protokolünde yoksulluk nafakasına ilişkin anlaşmalarını belirtir içerik bulunmaması halinde hakim yoksulluk nafakasını belirlemek durumundadır. (TMK. m. 175). Diğer taraftan tarafların yoksulluk nafakasının olmaması yönünde bir kabulleri söz konusu olması halinde ise hakimin bu durumu taraf beyanları ile değerlendirip, uygunluğu mümkün ise onaylaması gerekmektedir (TMK. m.166/III). Yargıtay, anlaşmalı boşanmada tarafların yoksulluk nafakasına ilişkin olarak her hangi bir talepte bulunmamasını, davacının o tarihte yoksulluğa düşmediği yönünde kesin hüküm oluşturduğu şeklinde kabul etmiştir*. Bu hususta farklı görüşler bulunmakla birlikte**, kanaatimizce yerinde bir yaklaşımdır.

** Sinem Üstün Erdoğan, "4721 Sayılı Türk Medeni Kanununa Göre, Mal Rejimi Tasfiyesinin Anlaşmalı Boşanma Davalarında Düzenlenen Protokol ile Gerçekleşmesi", <http://yasaizleme.org.tr/4721-sayili-turk-medeni-kanununa-gore-mal-rejimi-tasfiyesinin-anlasmali-bosanma-davalarinda-duzenlenen-protokol-ile-gerceklesmesi/>, Erişim Tarihi: 24.12.2016

* Yargıtay 2. HD., 07.03.1997 T., 1997/1032 E., 1997/2584 K. (kazanci.com)

** Öztan, Yargıtay'ın bu konudaki görüşüne katılmamakta ve bu durumda "boşanan eşlerden birisinin boşanma anında yoksulluğa düşmediği hususunda kesin bir karinenin olmadığını ileri sürmektedir. Kanımızca, burada tartışılması gereken husus kesin karine olup olmadığı değil, usul hukuku hükümlerine göre, mahkemenin verdiği kararının boşanan taraflar bakımından kesin hüküm oluşturup oluşturmadığıdır. Yargı denetiminden geçen ve yargılama yolları tamamlanmış her hukuksal karar taraflar açısından kesin hüküm niteliğindedir" şeklinde görüş belirtmektedir. (Öztan, 2004)

Bir diğ er mali husus olan yoksulluk nafakası da yine anlaş ma metni içerisinde düzenlenebilen konulardandır. TMK m.175 “Boş anma yüzünden yoksulluğ a düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koş uluyla geçimi için diğ er taraftan mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir.

Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz” şeklinde düzenlenmiştir. Bu noktada nafakanın süresiz, geçimi için olmak kaydıyla ve ödeyecek tarafın mali gücüyle orantılı olarak belirlenmesi gerektiğ i kanun metninden açıkça görölmektedir. Diğ er taraftan yoksulluk nafakasının süresiz olduğ u da yine kanun ile sabit kılınmış kıstaslardandır. Taraflar anlaş malı boş anmada nafaka konusunu belirleyebilecek ve bu konu mahkemede taraflarca onaylandığ ında geçerlilik kazanacaktır. 3444 Sayılı kanun ile yapılan değ iş iklikten sonra yoksulluk nafakası süresinde ve kusura dayalı olmasının kaldırılmasında doktrindeki tartışmaları ortadan kaldıracak bir yeniliğ e kavuş muştur. Önceki kanunda kusurlu eş in bir yıl süre ile ödemesi söz konusu iken 4721 sayılı Kanun’da mali gücü yüksek olan eş in süresiz olarak yoksulluk nafakası ödemesi düzenlenmiş ve şartlara göre de nafaka miktarında yeniden düzenleme yapabilmenin yolu açılmış tır (Akıntürk ve Ateş, **Medeni**, 2016). Yoksulluk nafakasının maddi manevi tazminattan ayrı olan yanlarının başında da kusurdan bağımsız ve süresiz olması gelmektedir.

Yoksulluk nafakası, ceza veya tazminat niteliğ inde değ ildir. Bilakis, boş anmadan sonra yoksulluğ a düşecek olan tarafı koruma amacına yönelik olarak öngörölmüş bir hükümdür⁶⁷⁵. Yoksulluk nafakasına hükmedebilmek için boş anmaya karar verilmiş olmalıdır. Bu şartı Türk Medeni Kanunu’nun 175. maddesindeki (boş anma yüzünden) ifadedden çıkarabiliriz. Yargıtay bir karında* “*Yoksulluk nafakasına hükmedilebilmesi için tarafın istekte bulunması gereklidir, ancak bu isteğ in mutlaka dava dilekçesinde bulunması gerekmez yargılama aş amasında da yoksulluk nafakası isteğ i dile getirilebilir. Öte yandan yoksulluk nafakasına hükmedilebilmesi için boş anmaya karar verilmiş olması zorunludur*” diyerek boş anmaya karar verilmesinin zorunlu olduğ unu vurgulamış tır.

Hakimin, yoksulluk nafakasına karar verebilmesi için yoksulluğ a düşen tarafın talepte bulunması gerekmektedir. Talep olmadan hakim resen yoksulluk nafakasına karar veremez . Yargıtay bir kararında “*Yoksulluk nafakasına hükmedilebilmesi için diğ er yasal koş ulların yanında öncelikle miktarı da belirtilmek suretiyle bu konuda*

* YGHD, 22.12.2010, E.2010/2-649, K.2010/683 (emsal.yargitay.gov.tr)

açık talebin bulunması zorunludur. Yoksulluk nafakası ile ilgili talep bulunmadığı halde istek dışına çıkılarak nafakaya hükmedilmesi hatalıdır” diyerek bunu teyit etmiştir. Yoksulluk nafakası boşanma davası içinde ve onun devamı sırasında talep edilebileceği gibi, boşanma davası sonuçlandıktan sonra açılmış ayrı bir dava ile talep edilebilecektir (Kaçak, 2007). Boşanma davasından sonra açılacak yoksulluk nafakası davasında tarafların kusuru boşanma davası içindeki kanıtlara göre değerlendirilir (Şimşek, 2007).

Önceki Türk Medeni Kanunu'nun 144. maddesi değişmeden önce, nafaka talep eden tarafın kusursuz olması gerekiyordu. 3444 sayılı Kanundan sonra yoksulluk nafakası talep edecek olan tarafın hiç kusursuz değil de daha az kusurlu olması yeterlidir. Buna karşın, talepte bulunan tarafın boşanmada daha kusurlu olması durumunda, yoksulluğa düşmüş olsa bile, lehine nafakaya karar verilemez (Dural/Öğüz/Gümüş, 2008).

Yoksulluk nafakası talep eden tarafın kusurunun, diğer tarafın kusurundan ağır olup olmadığı somut olayın özelliklerine göre belirlenmelidir. Tamamen kusurlu eş lehine yoksulluk nafakasına hükmedilmeyecektir. Hakimin takdir edeceği yoksulluk nafakasının, bunu ödeyecek olan tarafın mali gücüyle orantılı olması gerekmektedir (Akıntürk ve Ateş-Karaman, 2016; Ceylan, 2006). Nafaka yükümlüsünün ödeme gücü yoksa, yoksulluk nafakasına karar verilmez. Buna karşılık, nafaka yükümlüsünün varlıklı olması halinde, onun talep edenin yoksulluğunu giderecek miktardan daha fazla ödemesine karar verilmesi olamaz (Dural/Öğüz/Gümüş, 2008). Nafaka davacı tarafın zorunlu gereksinimlerine yeterli miktarda olmalıdır, yoksa evlilik imkanlarının aynısını sağlayacak bir miktara hükmedilmesi zorunlu değildir (Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 2008).

4.2.3. Maddi ve manevi tazminat

Boşanmanın doğurduğu bir diğer sonuç ise tazminat hakkıdır. TMK, boşanmada kusurlu olmayan yada daha az kusura sahip olan taraf için boşanmadan kaynaklı uğrayacağı zararların tazminini isteme hakkı tanımaktadır. TMK 174/I hükmünde bu husus *“Mevcut veya beklenen menfaatleri boşanma yüzünden zedelenen kusursuz veya daha az kusurlu taraf, kusurlu taraftan uygun bir maddî tazminat isteyebilir”* şeklindeki kanun hükmü ile uygulama bulmaktadır (Ceylan, 2006).

Maddi tazminat tarafların* boşanma neticesinde uğrayacakları zararın karşılığı olarak kanunun gözettiği “kusurluluk” dairesinde mahkemece miktarı belirlenen ve isteme bağılı gündeme gelebilen hususlardandır. Doktrinde kusurluluk kıstası tamamen kusurlu ya da kusursuz şeklinde kesinlik ihtiva etmemekte ve daha az kusurlu olan tarafın tazminat isteme hakkı olduğu şeklinde uygulama bulmaktadır. Önceki Medeni Kanunda kusursuzluk mutlak şartı aranırken yeni Medeni Kanun bu hususta düzenlemeye gitmiş ve “daha az kusurlu” kıstasını uygulamaya koymuştur (Özüğür, 2013).

Medeni kanunda tazminatın gerekçesi, kişinin uğrayacağı zarar veya boşanma ile hanel gelececek olan menfaatlerin varlığı olarak ifade edilmektedir. Bu menfaatler, evlilik birliğinin devam ettiği süre itibarıyla var olan ancak boşanma ile zarara uğrayacak olan kazanımlar, varlıklar ve benzer hususlar şeklinde tanımlanmaktadır. Bunlara dair taraflardan herhangi birinin zarar uğraması söz konusu olduğu durumda tazminat talep etme hakkı da söz konusu olabilmekte ve talebin değerlendirilmesi ile birlikte miktarının belirlenmesi de mahkemece yapılmaktadır (Akıntürk ve Ateş, **Aile**, 2016).

Anlaşmalı boşanmada tazminat konusu anlaşma protokolünde maddi ve manevi tazminat hususları ele alınabildiği gibi bu hususlara değinilmemiş olması halinde dava görülürken de talep edilebilme imkanı söz konusudur. Nitekim Yargıtay’ın bir kararında taraflar arasında tazminat hususlarının sözleşme ile karara bağlandığı ve bu doğrultuda işlem yapılmasının usule uygunluğu dile getirilmektedir. Bunun yanı sıra, anlaşmalı boşanma davasının karara bağlanmasından sonra farklı durumların oluşması halinde tazminat talebinin mümkün olduğu da görülmektedir. Aynı Yargıtay kararı, kadının anlaşmalı boşanma zannı üzerine boşanmaya taraf olduğu ve bu sebepten yanılıya uğratarak mağdur edildiğini, davanın anlaşmalı değil çekişmeli hal aldığı ve hükmün anlaşma üzerine kurulduğu sebepten erkeğe tazminat yükümlülüğü yüklemiştir*.

* Medeni Kanun, tazminat davalarında eşlerin yerine tarafların lafzını kullanmaktadır. Bu ifade biçimi, tazminatın boşanmanın gerçekleşmesinden sonra da talep edilebileceğinden ileri gelmektedir. (Akıntürk/Ateş, **Medeni**, 2016)

* “Davacı tarafından açılan boşanma davasının yapılan yargılaması neticesinde tarafların eşit kusurlu kabulü ile boşanmalarına, tarafların 29.04.2014 tarihli oturumdaki beyanlarında karşılıklı olarak nafaka, maddi, manevi tazminat, eşya, yargılama gideri, avukatlık ücreti istemediklerini beyan edip imzaları ile beyanlarını onayladıkları anlaşıldığından, bu konularda karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiş, mahkeme hükmü davalı kadın tarafından kusur belirlemesi, tazminatlar, yargılama giderleri ve vekalet ücreti yönünden temyiz edilmiştir.

Uygulamada ve kanunda görülen o ki, anlaşmalı boşanmada maddi ve manevi tazminat hususları yapılan protokolde ele alınmak ve varılan anlaşmanın da mahkemece değerlendirilerek hakimin inisiyatifinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Hakim, bu hususlara ilişkin olarak yapılan anlaşmayı ve şartları uygun görür, tarafların bu yöndeki beyanlarının gerçekliğine kanaat getirirse anlaşma şartları doğrultusunda karara varmalıdır. Aksi durumda, sözleşmede anılmayan tazminata ilişkin olarak yanılginın veya yanlış yönlendirilmenin neticesinde taraflardan herhangi biri yasal hakkından mahrum bırakılmış olabilecektir.

Manevi tazminat da maddi tazminatla bazı ayrımlar dışında benzer niteliktedir. Manevi tazminatın söz konusu olabilmesi için TMK m.174/II hükmünde *“Boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevî tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir.”* şeklinde düzenleme getirilmiştir. Kanun hükmündeki manevi tazminat kıstasının daha az kusurlu olan kişinin kişilik haklarının saldırıya uğraması durumunun varlığı görülmektedir.

Kişilik haklarının saldırıya uğraması, hakların mahiyetine ve bu sebepten dava açmış olan davacının duyduğu elem ve üzüntünün derecesine göre değerlendirilmektedir. Boşanma neticesinde davalı eşin davranışları ile davacının manevi ıstıraba maruz kalması, psikolojik açıdan sıhhatinin bozulması veya boşanmayla birlikte aleyhinde birtakım dedikoduların oluşturulması gibi durumlar şeklinde özetlenmektedir (Akıntürk ve Ateş, **Medeni**, 2016).

Dairemizce " toplanan delillerden evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olan olaylarda eşine hakaret eden davacı erkek tamamen kusurludur. Davalıya atfı mümkün hiçbir kusur gerçekleşmemiştir. Bu durumda açıklanan nedenle isteğin reddi gerekirken, yasa hükümlerinin yorumunda yanılığa düşülerek boşanmaya karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır. Ancak bu yön temyiz edilmediğinden bozma nedeni yapılmamış yanlışığa değinilmekle yetinildiği belirtilerek kadının temyiz itirazları reddedilerek karar onanmıştır. Onama ilamına karşı davalı kadın tarafından karar düzeltme isteminde bulunulmuştur. Dairemizce yapılan karar düzeltme incelemesi neticesinde, davalı kadının 29.04.2014 tarihli duruşmadaki beyanı, anlaşmalı boşanma olacağı inancıyla "birbirlerinden maddi ve manevi tazminat, yargılama giderleri, avukatlık ücreti talebinin olmadığını bildirmiş olması, dava çekişmeli boşanmaya dönüştükten sonra maddi ve manevi tazminat istediğini ifade etmiş olması karşısında, tazminatlara ilişkin haklarından feragat olarak nitelendirilemez. Hal böyle iken kusuru bulunmayan davalı kadının tazminat taleplerinin (TMK m. 174) kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır. Ne var ki, davalı kadının temyizi üzerine yapılan ilk incelemede bu husus gözden kaçtığından, hüküm tüm yönleriyle onanmıştır. Davalının bu yönlerle ilişkin karar düzeltme talebi açıklanan sebeple yerinde görüldüğünden kabulüne, Dairemiz ilamının onamaya ilişkin bölümünün davalı kadının maddi ve manevi tazminat talepleri hakkında karar verilmesine yer olmadığına yönelik hükümlere münhasır olarak kaldırılmasına, hükmün davalı kadının maddi ve manevi tazminat talepleri yönünden açıklanan sebeplerle bozulmasına karar verilmesi gerekmiştir." Yargıtay 2. HD., 16.06.2016 T., 2016/5706 E., 2016/11775 K. (<http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/>)

Manevi tazminat, maddi tazminat gibi dava sürecinde talep edilebildiği gibi boşanma kararından sonra da yeni bir dava dilekçesi ile istenebilecektir (Akıntürk ve Ateş-Karaman, 2016; Özüğür, 2013). Manevi tazminat, hakim in re'sen verebileceği bir karar niteliğinde de değildir (Kaçak, 2007). Yargıtay bir kararında * *“Boşanma davasında, yargılama bitene kadar, manevi tazminat talebinde bulunulabilir. Yargılama bittikten sonra vuku bulan manevi tazminat talebini muhtevi dilekçenin reddi gerekir. Bu nitelikte bir karar manevi tazminat yönünden kesin hüküm oluşturmaz. Boşanma davasından sonra manevi tazminat talebi yeni bir davadır.”* demek suretiyle bu hususu teyid etmektedir.

Taraflardan birinin manevi tazminat isteyebilmesi için diğer tarafın kusurlu olması şarttır. Ancak, kanun koyucu davalının kusurunun ağır olmasını aramamıştır (Öztañ, 2004; Dural/Öğüz/Gümüş, 2008). Başka bir ifade ile manevi tazminat isteyen eşin tamamen kusursuz olması şart değildir (Öztañ, 2004). Burada önemli olan kusurun ağır olup olmaması değil, davalı tarafın diğer tarafın kişilik hakkına saldırıda bulunurken kusurlu olmasıdır (Akıntürk ve Ateş-Karaman, 2016).

Akıl hastalığı veya eşlerin karakterlerinin uyuşmaması sonucu ortaya çıkan evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebine dayanan boşanma davalarında manevi tazminata hükmedilmesi mümkün değildir (Ceylan, 2006). Yargıtay * *“Hareketleri iradi olmayan kocaya kusur yüklenmeyeceğine göre, kadının maddi ve manevi tazminat istemi reddedilmelidir.”* şeklindeki kararıyla bu duruma işaret etmektedir

Türk kanun koyucu, boşanma sonunda ödenecek manevi tazminat açısından sadece zararın ağırlığını öngörmüş, buna karışık kusurun ağırlığı aranmamıştır. Böylece, diğer eş hafif kusurlu olsa da, ondan manevi tazminat istenebilecektir. Fakat kusursuz olan eşten bu tazminat istenemez (Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 2008; Zevkliler, 2008).

Davacının kusuru ile davalının kusuru eşit ise ya da davacının kusuru davalınınkinden daha fazla ise, manevi tazminat söz konusu olmaz (Dural/Öğüz/Gümüş, 2008). Bu husustaki Yargıtay kararı ** *“ Boşanma sebebiyle maddi ve manevi tazminata hükmedilebilmesi için, diğer koşulların yanı sıra, tazminat talep eden tarafın, boşanmada kusursuz ya da diğerine oranla az kusurlu*

* Yargıtay 2HD, 11.01.1996 T., 1995/13618 E., 1996/186 K. (kazanci.com)

* Yargıtay HGK, 20.02.2008T., 2008/2-131 E., 2008/152 K. (YKD, C. 35, S.5, 2009, S. 817).

** Yargıtay 2HD, 26.05.2001T., 2010/7953 E., 2011/9213 K., Yargıtay'ın Aynı Konu İle İlgili Kararı Y2HD, 07.11.2005 T., 2005/12862 E., 2005/15091 K. (YKD, C. 32, S.4, 2006, S. 568).

olması zorunludur. Taraflar eşit kusurlarıyla boşanmaya sebep olmuşlarsa, maddi ve manevi tazminata hükümlenemez.” İfadesi ile kusura ilişkin tavrını sergilemektedir.

Fakat manevi tazminat ödenmesiyle belirli bir oranda olsa da bir manevi tatmin duygusu sağlanacaktır(Ceylan, 2006). Yargıtay bir kararında*** “*Türk Medeni Kanununun 174/2. maddesi, boşanmaya sebebiyet vermiş olan olaylar yüzünden kişilik hakları saldırıya uğrayan tarafın, kusurlu olandan manevi tazminat isteyebileceğini öngörmüştür. Toplanan delillerden evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olan olaylarda tazminat isteyen kadının ağır ya da eşit kusurlu olmadığı, bu olayların kişilik haklarına saldırı teşkil ettiği anlaşılmaktadır. O halde mahkemece, tarafların sosyal ve ekonomik durumları, tazminata esas olan fiilin ağırlığı ile hakkaniyet kuralları dikkate alınarak kadın yararına uygun miktarda manevi tazminata hükmedilmesi gerekir.*” şeklinde ki hükmü kadının manevi tazminata ilişkin haklılıklarına işaret etmektedir.

Manevi tazminata hükmedilebilmesi için boşanma ile davacının talep ettiği manevi zararın arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Davalı eşin boşanmaya sebep olan kusurlu davranışlarından doğan bir manevi zarar meydana gelmelidir (Ceylan, 2006).

Hakim manevi tazminat olarak paradan başka bir şeye karar veremez. Buna ek olarak manevi tazminatın miktarını hakim belirler (Dural/Öğüz/Gümüş, 2008). Hakim bu miktarı belirlerken boşanmaya yol açan olayın ağırlığını göz önünde tutacaktır. Ayrıca manevi tazminatın miktarı davalının mali gücüyle orantılı olması gerekmektedir (Akıntürk ve Ateş-Karaman, 2016). Yargıtay bir kararında* “*Bir tarafın zenginleşmesine yol açacak sonuçlar doğurur miktarda manevi tazminat takdiri, müesseseyi amacından saptırır. Hakim, tazminat miktarını saptarken, bir yandan kişilik hakları zedelenen tarafın, ekonomik ve sosyal durumunu ve boşanmada kusur bulunup bulunmadığını ve varsa kusur derecesini, fiilin ağırlığını; öbür yandan da, kişilik haklarına saldırıda bulunanın kusur derecesini, ekonomik ve sosyal durumunu göz önünde bulundurmak zorundadır.*” diyerek manevi tazminatının miktarının belirlenmesinde önemli olan hususları belirtmiştir. TMK

*** Yargıtay HGK, 19.03.2008 T., 2008/2-252 E., 2008/267 K. (kazanci.com)

* Yargıtay 2HD, 20.12.2010 T., 2009/20380 E., 2010/21505 K. (<http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/>)

m.176/II hükmünce, hakim tarafından belirlenen manevi tazminatın irat biçiminde ödenmesi kanunen söz konusu olamamaktadır.



5. ANLAŞMALI BOŞANMANIN ÇOCUKLARLA İLGİLİ SONUÇLARI

Boşanma sonrasında çocuklarla ana baba arasında kişisel ve mali ilişkiler bir anlaşma ile düzenlenebilir. Eşler arasında bir anlaşma bulunmadığı takdirde, hakim kendiliğinden bu durumu düzenler. Boşanan tarafların velayet konusunda anlaşmaların hakimi bağlamaz. Hakim böyle bir anlaşmaya karşın anlaşmanın tamamen aksine karar verebilir. Türk Hukukunda boşanmanın çocuklarla ilgili sonuçlarını çocukların velayeti, iştirak nafakası, çocuklar ile kişisel ilişkiler ve çocuklarla ilgili önlemlerin değiştirilmesi şeklinde irdelenecektir.

5.1. Velayet Hakkı

Velayet, ebeveynler ile çocuk arasında doğumla veya diğer nedenlerle kurulmuş olan soybağı ilişkisinin getirdiği doğal bir sonuçtur. Velayet, kanunun ana babaya küçüklerin temsili ve korunması noktasında yüklediği görevler ve görevlerin gereği olan hakların ifadesi şeklinde de yorumlanmaktadır (Gençcan, 2016).

Velayetin kanunda yer alış biçimi TMK m.336 hükmünce, “*Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velayeti birlikte kullanırlar.*

Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hali gerçekleşmişse hakim, velayeti eşlerden birine verebilir.

Velayet, ana ve babadan birinin ölümü halinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir.” şeklinde ifade edilmektedir.

Ailenin mevcudiyeti durumunda velayet, çocukların bir anlamda çatısı olmakla birlikte ailenin dağılması yani boşanma durumunda çocukların çatısız kalmaları; güven duygusundan yoksunlaşmaları, boşanmanın psikolojik yükünü üstlenmeleri gibi sorunlarla karşılaşmaları şeklinde sonuçlar ortaya çıkmaktadır (Öztan, 2004). Bu sebeple, boşanma kararı ile birlikte çocuklar açısından ilk giderilmesi gereken sorun çocuğun velayetinin kimin üzerinde kalacağıdır (Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 2008).

Boşanmayla evliliğin son bulmasının yanı sıra birlikte kullandıkları velayet hakkı da bu noktadan sonra taraflardan her hangi birine bırakılmak durumundadır. Diğer bir ifadeyle artık çocuğun velayetinin anne ve babasının boşanmadan sonra birlikte kullanması mümkün olmayacaktır. Velayet hakkı her iki tarafa da bölünemeyeceğinden ötürü bu hakkın taraflardan birine verilmesi zaruri olmaktadır. Böylesi bir ayrıma giderek çocuğun velayetinin taraflardan birine verilmesi tercihinin var olabilmesi için şüphesiz ki çocuğun tarafların müşterek çocukları olması gerekecektir. Ancak bu durumda velayet taraflardan birisine verilebilecek, aksi durumda velayet çocuğun öz annesinde veya babasında kalacaktır. Çocuğun müşterek olması hususunda boşanmadan önce veya sonra doğmasının ayırıcı bir tarafı bulunmamaktadır. Bununla birlikte, velayet verilirken çocuğun cinsiyeti veya tarafların taleplerinden ziyade çocuğun yüksek menfaati göz önünde tutulmaktadır (Özta, 2004).

Türk kanun koyucusu çocukların velayetinin taraflardan hangisine bırakılacağı konusunda belli ölçütler koymamış, bunu tamamen hakimin takdirine bırakmıştır (Akıntürk/Ateş Karaman, 2015). Velayetin kapsamı, çocuğun yüksek menfaatinin korunmasıyla doğrudan ilişkilidir (Ceylan, 2006). Bu konuda hakime çok geniş bir takdir yetkisi tanımıştır (Akıntürk, 2008). Çocuk kendisine bırakılmayan taraf artık yasal temsilci değildir. Boşanma halinde velayet hakkı düzenlenirken çocuğun yaşı, sağlık durumu, eğitimi, ananın bakım şefkatine muhtaç olması, alıştığı ortam, ana babanın özel yaşamları ve onların ekonomik durumlarının göz önüne alınması gerekmektedir (Oy, 2008). Diğer bir anlatım ile, hakim, çocuğun hangi tarafça daha iyi bakılıp yetiştirileceğini takdir eder*. Eğer çocuğun çıkarı gerektiriyorsa, icabında

* Hakimin bu konudaki takdir yetkisi, çocuğun menfaatini gözeterek bakım koşulları, velayeti alacak olanın yeterli ölçüde çocuğa zaman ayırıp ayıramayacağı, çocuğun eğitim, gelişim ve korunma ihtiyaçlarını karşılayıp karşılayamayacağı gibi hususları kapsayacak biçimde yapılmaktadır. Ayrıca, velayet anne babadan herhangi birine verilmesine rağmen bu koşulların olumsuz geliştiğinin ispatı ile birlikte Mahkemenin velayet hakkını değiştirme takdiri söz konusu olabilecektir. Nitekim bu yöndeki bir Yargıtay kararında “...annenin başka bir erkekle evli olmaksızın yaşamayı ve dava devamında evlenmesinin velayetinin değiştirilmesi sebeplerinden biri olduğu ve annenin çocukların okula gidiş geliş saatleri ve okuldan alınıp bırakılması konusunda yeterli özeni göstermediği” gerekçesiyle davanın kabulü ile velayetlerin değiştirilmesine karar verilmiştir.

Velayet düzenlenmesinde; çocukla ana ve baba yararının çatışması halinde, çocuğun yararına üstünlük tanınması gereklidir. Çocuğun yararı ise; çocuğun bedensel, fikri ve ahlaki bakımdan en iyi şekilde gelişebilmesi ve böyle bir gelişmenin gerçekleştirilmesi için, çocuğa sosyal, ekonomik ve kültürel koşulların sağlanmış olmasıdır. Çocuğun bu konulardaki üstün yararını belirlerken; çocuk yetişkin biri olmuş olsaydı, kendisini ilgilendiren bir olayda, kendi yararı için ne gibi bir karar verebilecekti ise, çocuk için karar verme makamındaki kişinin de aynı yönde vermesi

boşanmada kusurlu olan, örneğin zina yapan eşe bile çocuk verilebilir (Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 2008).

Hakim, boşanmada velayet hakkının kime bırakılacağını, boşanma kararında görür. Velayeti ana babadan birine verilmesi kural değildir. Başka bir anlatım ile hâkim gerekli bulursa, velayeti ana babadan alarak çocuğa vasi tayin eder. Yargıtay bir kararında * *“Velayet kendisine bırakılan annenin bu vazifesini ağır surette ihlal etmesi karşısında velayetin nez’i gerekir. Kadının, evlilik dışı ilişki yaşadığı erkeğin kızına gösterdiği fena ve uygunsuz davranışlarına, cinsel istismarına karşı çıkmaması velayetin nez’i sebebidir. Küçüğün gerçek babası velayeti ifa edemeyecek durumda olduğundan, küçüğe vasi atanmak suretiyle velayetin anneden kaldırılması gerekir”* demek suretiyle kanun yaklaşımını teyit etmektedir.

Bu durum, velayeti kendisinde olmayan tarafın dava açması ve iddialarını ispat edebilmesi neticesinde de gerçekleşmektedir. Yani velayeti kendisinde olmayan taraf velayet sahibinin görevlerini yerine getirmediği iddiasını mahkeme nezdinde ispatlaması halinde velayeti kendi üzerine alabilecektir. Aksi taktirde velayet sahibinde kalacaktır **.

Çocuğun velayetinin ana babadan alınıp bir vasi tayin edilmesi halinde, ana babanın çocukla kişisel ilişki kurmalarına engel olmaz. Yargıtay bir kararında *** *“Mahkeme çocuğu ana babanın velayeti altında bırakılmasını faydalı görmezse bir vasi nasbedebilir. Ancak bu hal, ana veya babanın çocukla şahsi ilişkisini engellemez.”* diyerek bunu teyit etmiştir.

Görüldüğü üzere, Türk Hukukunda boşanma veya ayrılık halinde velayetin ana babadan birine verilmesi zorunlu değildir. Kaynak kanun olan İsviçre Medeni Kanunu’ndaki düzenleme ise bu konuyu farklı bir şekilde düzenlemiştir. Gerçekten

gereken karar; yani çocuğun farazi düşüncesi esas alınacaktır.” şeklinde hüküm kurulmuştur. Yargıtay 2.HD, 21.02.2017 T., 2016/16629 E., 2017/1767 K.

* Yargıtay 2HD, 03.03.2003 T., 2003/1468 E., 2003/2270 K.; Y2HD, 23.01.2007, E.2006/10576, K.2007/220 (YKD, C. 33, S.3, 2007, s. 451).

** “...Taraflar, 08/04/2015 tarihinde kesinleşen karar ile anlaşmalı olarak boşanmışlar ve velayet davalı babaya verilmiştir. Bu dava ise, 04/12/2015 tarihinde açılmıştır. Boşanma davasından sonra davalı babanın velayet görevini kötüye kullandığı veya ihmal ettiği kanıtlanamamıştır. Türk Medeni Kanununun 183. ve 349. maddesi koşulları oluşmamıştır. O halde, mahkemece velayetin değiştirilmesi davasının reddi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve kanuna aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 2. HD., 19.12.2016 T., 2016/20713 E., 2016/16180 K.

*** Yargıtay 2HD, 18.09.1992, E.1992/7547, K.1992/8176 (YKD, C. 19, S.1, 1993, s. 17).

anılan kanunun 133. maddenin birinci fıkrası velayetin ana babadan birisine verilmesini öngörmüştür.

Velayet hakkının kime bırakılacağı konusunda belirleyici olan tarafların istekleri değil, çocukların menfaati ölçütüdür. Gerçekten Türk kanunu çocuklarla ilgili diğer düzenlemelerde olduğu gibi, hep çocuğun yararının gözetilmesi ilkesinden hareket etmiştir (Öztaş, 2004). Yargıtay bir kararında* “*Boşanma durumunda ana yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri, ahlaki gelişmesine engel olacağı yönünde ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadığı ve hemen meydana gelecek tehlikelerin varlığı da ispat edilmediği halde ana bakım, şefkatine muhtaç çocuğun babanın velayetine bırakılması usul ve kanuna aykırıdır*” diyerek velayetin bırakılmasında çocuğun menfaatini esas almıştır.

Hakim anlaşmalı boşanma yargılamasında eşlerin velayet konusundaki düzenlemeleri ile bağlı olmamasına rağmen, bu anlaşmadaki düzenleme hakim tarafından haklı gerekçeler gösterilmedikçe de reddedilmemelidir (Oktay-Özdemir, 2009).

Buna karşılık, velayet konusu ile ilgili karar alınırken, eşlerin yaşları, boşamada kusurlu olup olmadıkları o derece önemli değildir. Önemli olan çocuğu hangi tarafın daha iyi yetiştirebileceği ve bakılacağı, eğitim ve öğreniminin daha iyi sağlanacağıdır (Ceylan, 2006; Akıntürk, 2008).

Çocukların sayısı birden fazla olduğu takdirde, bazılarının velayetinin bir tarafa, bazılarınınınkinin diğer tarafa verilmesi mümkündür. Fakat önemli bir sebep olmadıkça bu yola gitmemek ve kardeşleri birbirinden ayırmamak doğru olur.

5.2. İştirak Nafakası

Türk Medeni Kanunu'nun 182. maddesi “ *...Bu eş çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır.*

Hakim, istem halinde irat biçiminde ödenmesine karar verilen bu giderlerin gelecek yıllarda tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre ne miktarda ödeneceğini karara bağlayabilir. “ hükmüne yer vermiştir.

* Yargıtay 2HD, 15.11.1999T., E.1999/10455, K.1999/12290 (kazanci.com)

Çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi yükümlülüğü doğal olarak çocuk kendisine bırakılmış olan tarafa ait olacaktır (Akıntürk ve Ateş, **Aile**, 2016). Ancak diğer tarafın çocuğa bakma yükümlülüğü ortadan kalkmaz. Çünkü bu yükümlülük velayete bağlı değil, ana baba olmaya bağlıdır. Bu sebeple çocuk kendisine verilmeyen taraf da çocuğun geçim ve eğitim giderlerine katılmakla yükümlüdür (Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 2008).

Bakım ve eğitim giderleri, kural olarak ergin olmayan çocuklar için öngörülmüştür. Ergin olanların nafaka istemeleri halinde, ana ve babaya karşı ayrı bir dava açmaları gerekmektedir (Özta, 2004). Başka bir anlatım ile davacı eş, ergin çocuk için nafaka isteyemez (Şimşek, 2007). Şunu da belirtmemiz gerekir ki, çocuklara boşanma kararının kesinleşme tarihine kadar verilen nafaka iştirak nafakası değil tedbir nafakasıdır (Gençcan, 2016).

Hakim iştirak nafakasını belirlerken nafaka ödeyecek olan tarafın mali gücünü, çocuğun ihtiyaçlarını ve çocuk kendisine bırakılmış olan tarafın ekonomik durumunu göz önünde bulundurmak zorundadır (Akıntürk, 2008).

Taraflar aralarında yapacakları bir anlaşma ile nafaka miktarını kararlaştırabilirler. Yalnız bu anlaşmanın geçerli olması için, hakimin yapılan anlaşmayı onaylaması şarttır. Taraflar mahkeme dışı sulh yapamazlar (Özta, 2004).

Türk Medeni Kanunu'nun 182. maddesinin ikinci fıkrasının hükmüne göre velayetin kullanılması kendisine bırakılmayan taraf çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır. Bu nedenle iştirak nafakası kendiliğinden verilir (Gençcan, 2016).

Çocuk kendisine bırakılmamış olan tarafın çocuğun okuması için harcamalarda bulunması halinde, harcamış olduğu meblağın ödeyeceği iştirak nafakasından indirilmesi gerekir (Akıntürk ve Ateş, **Medeni**, 2016).

Çocuk erginliğe ulaşınca kadar iştirak nafakası ödenmeye devam edilir. Yargıtay bir kararında * “... Davacı Meryem ile davalının boşanmaları sonucu velayeti davacı anneye bırakılan Selcan 11.09.1981 doğumlu olup dava tarihi olan 30.6.2000 tarihinde ergindir. Bu halde davacı Meryem, Selcan için iştirak nafakası isteyemez.” diyerek bunu teyit etmiştir. Ergin olduktan sonra da çocuk ancak Türk Medeni

* Yargıtay 2HD, 04.02.2002, E. 2002/17620, K. 2002/1272 (Gençcan, **Boşanma**, 2016).

Kanunu'nun 364. maddesine göre ana babadan (şartları varsa) yardım nafakası isteyebilecektir (Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 2008; Öztan, 2004).

5.3. Çocukla Kişisel İlişki Kurulması Hakkı

Türk Medeni Kanunu'nun 182. maddesinin birinci fıkrası "*Mahkeme boşanma veya ayrılığa karar verirken, olanak buldukça ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler.*" hükmüne yer vermiştir.

Aynı maddenin ikinci fıkrası ise "*Velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık eğitim ve ahlak bakımından yararları esas tutulur. ...*" hükmünü içermektedir.

TMK m.324 hükmünde "*Ana ve babadan her biri, diğerinin çocuk ile kişisel ilişkisini zedelemekten, çocuğun eğitilmesi ve yetiştirilmesini engellemekten kaçınmakla yükümlüdür.*"

Kişisel ilişki sebebiyle çocuğun huzuru tehlikeye girer veya ana ve baba bu haklarını birinci fıkra da öngörülen yükümlülüklerine aykırı olarak kullanırlar veya çocuk ile ciddi olarak ilgilenmezler ya da diğer önemli sebepler varsa kişisel ilişki kurma hakkı reddedilir veya kendilerinden alınabilir." denmektedir.

Çocuklar boşanan eşlerden hangisine bırakılmışsa, velayet de o eşe ait olacaktır. Diğer eşin çocuklar üzerindeki velayet hakkı o andan itibaren sona erer. Yalnız bu, velayet hakkı sona ermiş olan tarafın hiçbir şekilde çocuklar ile kişisel münasebet kurmayacağı anlamına gelmez (Ceylan, 2006). Başka bir anlatım ile velayet hakkı olmayan eşin çocuklarla görüşme, onları sevmeye ve alıp gezdirme gibi hakları vardır. Türk kanun koyucusu da bunu açıkça belirtmiştir (Akıntürk, 2008). Buna ek olarak çocukla velayet hakkına sahip olmayan taraf arasında ilişki kurulması, çocuğun hem ana hem babasıyla olan ilişkilerini geliştirme imkanı sağlar (Öztan, 2004).

Türk Medeni Kanunu'nun 182. maddesinin birinci fıkrasında hakimin boşanma veya ayrılığa karar verirken çocuğun velayet hakkının da karara bağlanmasını hükmünü içermektedir. Anılan fıkra da, velayetin bırakılmasında hakimin olanak buldukça, ana babayı dinlemesini ve çocuk vesayet altında ise, vasinin ve vesayet makamının

düşüncesinin aldıktan sonra, ana babanın haklarını ve çocukla olan ilişkilerini düzenlemesi yoluna gitmesini düzenlemiştir.

Fıkırdaki yer alan olanak buldukça kavramı açık değildir. Hakim delilleri serbestçe topladıktan sonra, velayetle ilgili kararı verecektir. Yalnız hakimin ana babayı mutlaka dinlemesi gerekmektedir (Özta, 2004).

743 sayılı önceki Türk Medeni Kanunu'nun 148. maddesinin birinci fıkrasına göre, hakimin velayet hakkını hangi tarafa vereceğini kararlaştırmadan önce ana babayı dinlemesi zorunluydu (Gençcan, 2016).

Hakim çocuk kendisine bırakılmayan tarafın çocuk ile ne zaman ne şekilde ilişki kurabileceğini kararlaştırmak zorundadır. Hakim bunu boşanma kararında açıkça belirleyecektir (Akıntürk ve Ateş, **Aile**, 2016). Yargıtay bir kararında * “ *Mahkeme, boşanmaya veya ayrılığa karar verirken; velayet kendisine verilmeyen eşle çocukların kişisel ilişkisini düzenlemek zorundadır. Kişisel ilişkinin düzenlenmesinde, çocukların, özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararları esas tutulur*” diyerek bunu teyit etmiştir.

Türk kanun koyucusu kişisel ilişkinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararlarının esas tutulmasını öngörmüştür. Yargıtay bir kararında** “ *Boşanma ve ayrılığa karar verilirken ana ve babanın hakları ve çocuk ile olan kişisel ilişkileri düzenlenmek zorundadır. Velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararları esas tutulur.*” diyerek bunu vurgulamıştır.

Hakim çocukların velayeti ve şahsi ilişki tesisi ile ilgili takdir hakkını kullanırken ana babanın anlaşmasını ve çocuğun fikrini (mümkün ise) de göz önünde bulundurarak, somut olayın özelliklerine göre karar verir. Örneğin belli bir yaşa gelmiş çocukların ziyaret hakkı düzenlenirken onların istekleri göz önünde tutulur. Yalnız hâkim bu istekle bağlı değildir (Özta, 2004).

Çocuk kendisine verilmemiş olan tarafın hakimin belirleyeceği gün ve saatlerde çocuk ile temas etmesine, onunla görüşmesine, onu gezdirmesine, yedirip içirmesine, giydirmesine diğer taraf engel olamaz (Akıntürk, 2008). Velayetin ana babadan

* Yargıtay 2HD, 26.02.2004T., E. 2004/1369, K. 2004/2266 (kazanci.com)

** Yargıtay 2HD, 28.09.2004T., E. 2004/7936, K. 2004/10798 (kazanci.com)

kaldırılmasında durum aynıdır. Yargıtay bir kararında^{***} “*Velayet hakkının kaldırılması, ana babanın çocukları ile kişisel ilişki kurma hakkını da ortadan kaldırmaz. Ana babasından veya bunlardan birinden ayrılmasına karar verilen çocuğun, kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça ana babanın ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve sürdürme hakkı, çocuğun temel haklarındanadır. Bu tür kişisel ilişki çocuğun sadece yüksek yararları gerektirdiği takdirde veya ana babanın bu hakları amacına aykırı kullanmaları halinde kısıtlanabilir veya engellenebilir*” diyerek bunu teyit etmiştir.

Türk Medeni Kanunu’nun 324. maddesinin hükmü gereğince, kişisel ilişkinin çocuğun eğitimini, yetişmesini engellemeyecek, zedelemeyecek şekilde düzenlenmesine dikkat edilmelidir. Kişisel ilişkinin kapsamının belirlenmesinde de yine esas olan çocuğun yararlarıdır. Anılan maddenin ikinci fıkrasına göre kişisel ilişkinin sürdürülmesinde çocuğun huzuru tehlikeye girer veya ana baba kişisel ilişki haklarını çocuğun eğitimi ve yetiştirilmesini engelleyecek biçimde kullanırsa veya çocuk ile ciddi olarak ilgilemezler ya da başka önemli sebepler var ise kişisel ilişkiler hakkı reddedilir veya kendilerinden alınır. Yargıtay bir kararında^{*} “*Davacı çocukları ile tedbiren kişisel ilişki kurulmasını istemiştir. Küçüklerin ve tarafların durumlarına göre ana babalık duygularının tatmini yanında küçüklerin bedeni ve fikri gelişimini olumsuz etkilemeyecek biçimde, gerekirse uzman görüşü alınarak, bir karar verilmelidir.*” diyerek bunu teyit etmiştir.

İlişki kurma hakkına bağlı olarak TMK’den farklı olarak İsviçre Medeni Kanunu’nda bilgi edinme hakkı da söz konusudur. İlgili Kanunun 275. maddesinde bu hususa ilişkin düzenleme yapılmış olup, velayeti kendisinde olmayan ebeveynin velayeti üzerinde bulundurandan çocuğun durumuyla ilgili bilgi edinme hakkına sahip olduğu ifade edilmektedir (Ceylan, 2006).

5.4. Çocuklara İlişkin Önlemlerin Değiştirilmesi

Türk Medeni Kanunu’nun 183. maddesi “Ana veya babanın başkasıyla evlenmesi, başka bir yere gitmesi veya ölmesi gibi yeni olguların zorunlu kılması halinde hakim, re ‘sen veya ana babadan birinin istemi üzerine gerekli önlemleri alır.” hükmüne yer vermiştir.

^{***} Yargıtay 2HD, 16.01.2012, E.2011/2727, K.2012/204 (YKD, C. 38, S.3, 2012, s. 439).

^{*} Yargıtay 2HD, 10.10.2008, E.2008/9467, K.2008/13057 (YKD, C. 35, S.2, 2009, s. 235).

Türk kanun koyucusu yukarıdaki maddede çocukların ihtiyaçları açısından bir değişikliğin orta çıkması halinde, boşanma kararında hükme bağlanan çocuğa ilişkin düzenlemenin mahkemece değiştirilebileceğini öngörmüştür (Öztan, 2004).

Boşanmanın çocuklarla ilgili sonuçları, yani velayetin ana veya babadan birine bırakılması, çocuk kendisine bırakılmamış olan tarafın çocuk ile kişisel ilişki kurması ve iştirak nafakası, kesin ve nihai bir hukuki durum yaratmazlar. Bilakis yeni şartlara göre sonradan tamamen veya kısmen değiştirilebilirler (Akıntürk ve Ateş, **Medeni**, 2016). Değiştirme imkanı yeni olguların zorunlu kılması halinde doğacaktır.

Türk Medeni Kanunu'nun 183. maddesinde sayılan haller sınırlı değildir. Gerçekten (gibi) demek suretiyle bunlara benzer diğer olgu ve olayların da bu maddenin kapsamına girdiğini belirtmek istemiştir.

Gerek velayet hakkına sahip olacak tarafın değiştirilmesi, gerekse de kişisel ilişkinin sınırlandırılması veya değiştirilmesi ancak çocuğun menfaatinin gerekli olduğu zaman verilebilecek bir karardır. Yargıtay bir kararında “ *Davalının çocuğun davacı ile kişisel ilişkisini engellediği, çocuğun aile bağlarını özellikle fikri gelişmesini kötü etkileyecek bir davranış içerisine girdiği anlaşıldığından, velayetin değiştirilmesine karar verilmesi gerekir.* ” diyerek bunu teyit etmiştir.

İştirak nafakası, boşanma kararı sırasında talep edilmişse, hakim kararında irat şeklinde ödenen nafakanın, gelecek yıllarda tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre ne miktarda ödeneceğini düzenleyebilir.

6. SONUÇ

Türk Hukuk Sisteminde, 4721 Sayılı “Türk Medeni Kanunu”nun 166/III’üncü maddesiyle düzenlenmiştir. "Evlilik birliğinin sarsılması" kenar başlığıyla ifade bulunan madde hükmünde tarafların boşanma hususunda ortak irade sergilemeleri durumunda evlilik birliğinin sarsıldığı hususunun kesinlik kazandığı kabulü ile dava açılabilen ve şartların sağlanması halinde boşanmaya hükmedilebilmektedir. Bu düzenleme, günümüz çağdaş hukuk sistemlerinin hemen hepsinde uygulama bulmakla birlikte, boşanma yasağı, boşanma serbestisi ve hakim kararıyla boşanma sistemlerinde uygulama bulan durumların karmaşıklığı şeklinde uygulandığı sistemlerin varlığı da söylenebilecektir. Türk Hukuk Sistemi’nde bu durum net bir ifade ile hangi boşanma sistemine dahil olduğu belirtilmese de uygulamada boşanma serbestisi ve hakim kararıyla boşanma sisteminin birlikte uygulandığı söylenebilmektedir.

Bu noktada, Anayasa’nın 41’nci maddesi uyarınca toplumda ailenin korunması ve toplumsal düzene hukukun müdahalesi noktasında boşanmanın sadece kişilerin kendi iradelerine bırakılması yerine hukukun bu iradeleri denetlemesi ve tarafların haklarını gözetmesi açısından karma sistemin daha sağlıklı olduğu, ancak açık hususların netliğe kavuşturulmasıyla daha sağlıklı bir sistem oluşacağı aşikardır.

Boşanma Hukuku’nda çağdaş ve daha insancıl bir yaklaşım olarak değerlendirilebilecek olan anlaşmalı boşanma, çekişmeli boşanmaya nazaran tarafların dağılan bir aile ile birlikte birbirleri ile bir anlamda savaşmalarına da engel olabilmektedir. Nitekim çekişmeli boşanmada tarafların haklı çıkmak adına birbirlerine türlü suçlar isnat etmeleri, ithamlarda bulunmaları ve birer düşman gibi ayrılmaları mümkün iken anlaşmalı boşanmada bu durumlar hakkaniyetli bir anlaşma ile ortadan kaldırılabilen ve hatta boşanmadan sonra bile taraflar birbirlerine saygı gösterecek gerekçeler üretebilmektedirler. Özellikle de çocuk olan evliliklerin bitiminde bu durum daha bir önem kazanmakta ve çocukların yetiştirilmesi noktasında ayrı olsalar bile her iki tarafın da sorumlulukları devam etmektedir. Bu sorumlulukları yerine getirirken bir araya gelmelerinde sorun çıkması söz konusu

olabileceğinden, anlaşmalı boşanma bu notada daha insancıl bir sonuç olarak değerlendirilmelidir.

Önceki Medeni Kanun'da kusurluluk ilkesi hakim unsur iken yeni kanunla bu durum değişmiş ve daha az kusurlunun dava açma hakkının olması yerine tarafların anlaşmaları halinde herhangi birinin dava açması ve diğer tarafında bu davaya katılması yeterli olmuştur. Bu yenilik, ortak hayatın çekilmezliği noktasında kasti veya kasıt dışı davranışlarla kusurlu duruma düşecek olanın daha fazla psikolojik baskı altında kalmasını ve bu sebepten kusur düzeyini artırması da engellenmiş olacaktır.

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nda anlaşmalı boşanmaya ilişkin düzenlemeler incelendiğinde, başvurunun yapılabilmesi için eşlerin en az bir yıl evli kalmış olmaları ve bu süreden önce anlaşmalı boşanma için başvuramayacakları görülmektedir. Bu süre, genel kanaatte az olarak görülmektedir. Nitekim, ailenin korunması hususu perspektifinde, bir evliliğin oturması, tarafların birbirlerine uyum sağlamaları gibi durumlar için bir yıllık süre yeterli olmadığı kanaatindeyiz. Toplumumuzda, evliliğin oturması için en az beş yıl gerekeceği şeklinde bir kanaatin var olduğu da dikkate alındığında bu sürenin en az iki yıl olarak düzenlenmesi yerinde olacağı gibi tarafların birbirini algılayıp uyum sağlanıp sağlanamayacağına karar verilmesi noktasında da yeterli olacaktır. Kanunun genel yaklaşımı, ailenin korunması da dikkate alarak taraflara üç yıllık ortak hayatın yeniden inşasına ilişkin süre tanıdığı mahkeme kararlarından da görülmektedir. Bu sürenin tanınmasında hukukun ilişkilere destekleyici ve terapi yönünde daha etkin müdahalesi söz konusu olması halinde süre anlam kazanacaktır. Aksi takdirde taraflar boşanma başvurusu öncesindeki gibi yaşamaya devam edecekler ve aile birliğinin tamiri çokta mümkün olmayabilecektir. Diğer taraftan gerçek anlamda boşanma zarureti olan durumlarda ise bu sürenin uzatılması taraflara zarar verebileceği gibi farklı eğilimlere girmelerine de neden olabilecektir. Bu halde, hakimin süreye ilişkin inisiyatifi önem taşımakta ve sürenin belirlenmesinde hali hazırda iradenin bertarafı nedeniyle taraflar bir arada tutulmasa da bir yıllık süre istisnai haller için belirlenmelidir. Bununla birlikte, genel itibariyle boşanmaların azaltılması veya anlamsız sayılabilecek sebeplerden aile birliğinin bozulmaması için evlilik birliğinin kurulmasında önlem alınmalı, eşlerin uyumu veya evlilik için uygunluğunun belirlenmesi için toplumsal

düzen ile çatışmayacak yöntemler geliştirilerek hukukla da ilişkilendirilmesinin sağlıklı sonuçlar üreteceği kanaatindeyiz.

Uygulamada soruna mahal verebilecek hususlardan birisi de tarafların bizzat hakim karşısında iradelerini beyan etmeleridir. Bu durum, her iki tarafında mahkemeye gelebildikleri durumda sorun teşkil etmemekle birlikte, taraflardan birinin mahkemeye katılamayacak durumda olması; yurt dışına veya başka bir şehre taşınmış olması gibi katılmasında imkan güçlükleri olan durumlarda gelişen teknoloji de dikkate alınarak beyanları görüntülü kitle iletişim araçları ile alınabilmeli, yine bu durumda hakim irade serbestisi konusunda tereddütte bulunduğu tarafları mahkemeye çağırabilmelidir.

Anlaşmalı boşanmada önemli hususlardan birisi de çocuğun velayeti konusudur. Velayet konusunda tarafların anlaşması halinde mahkeme bu anlaşma doğrultusunda hüküm kurmaktadır. Ancak, çocuğun yüksek menfaati ile anlaşmanın çatışıp çatışmadığı yine mahkemece araştırılması gereken hususlar içerisinde olmalıdır. Bu noktada çocuğun görüşünün alınabildiği durumlarda anlaşma olsa dahi değerlendirmeye tabi tutulmalı ve yüksek menfaati gözetilerek hüküm kurulmalıdır.

Netice itibariyle, anlaşmalı boşanmanın incelendiği bu çalışmada yeni Medeni Kanun'un daha çağdaş ve eşitlikçi yaklaşımlar sergilediği uygulamaları hayata geçirdiği söylenebilmektedir. Yenilikçi hukuk yaklaşımıyla öncelikli olarak ailenin korunması sonrasında ise bireylerin korunması doğrultusunda anlaşmalı boşanma kurumu sürekli iyileştirilmelidir.

KAYNAKLAR

Akıntürk T. ve Ateş D., (2016), *Türk Medeni Hukuku-Aile Hukuku*, 18. Baskı, Beta: İstanbul.

Akıntürk T. ve Ateş D.,(2016), *Medeni Hukuk*, 22. Baskı, Beta: İstanbul.

Akıntürk T., (1970), Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerine Bir İnceleme, *AÜHFD.*, 27(3-4), ss.227- 228.

Akıntürk T., (2002), *Yeni Türk Medeni Kanununa Uyarlanmış Aile Hukuku*, Beta: İstanbul.

Akıntürk T., (2008), *Aile Hukuku*, 11. Baskı, C.2, Beta: İstanbul.

Anıl Y. Ş., (2008), *Boşanma Sebebi Olarak Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması: Geçimsizlik*, Beta Yayınları: İstanbul.

Aras B., (2011), *Boşanma Davalarında Yargılama Usulü ve Aile Mahkemeleri*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi: Ankara.

Ayan M., (2016), *Miras Hukuku*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık: Ankara.

Bulut H., (2007), *Aile Hukukunda Velayet ve Nafaka Davaları*, Beta: İstanbul.

Ceylan E., (2006), *Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları*, GSÜ Yayınları: İstanbul.

Cin H.,(1988), *Eski Hukukumuzda Boşanma*, Selçuk Üniversitesi Yayınları: Konya.

Çakın A., (2007) *Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma*, Bilge Yayınevi: Ankara.

Dalamanlı L., Kazancı F. ve Kazancı M., (1991), *Türk Medeni Kanunu*, Kazancı Yayınları: İstanbul.

- Demir N., (1994), Boşanmanın Fer'i Sonuçlarına İlişkin Sözleşmeler, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü: İstanbul.
- Doğan İ., (2010), *Milletlerarası Aile Hukuku ve Milletlerarası Usul Hukuku*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık: Ankara.
- Erzurumluoğlu E., (2013), *Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları: Ankara.
- Esener T., (1951), Boşanmanın Fer'i Neticelerine Dair Mukaveleler, *AÜHFD*, VIII(3-4), ss.610-628.
- Gençcan Ö. U., (2007), *4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu*, 2. Baskı, C.1, Yetkin Yayınları: Ankara.
- Gençcan Ö. U., (2015), *Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku*, Yetkin Yayınları: İstanbul.
- Gençcan Ö. U., (2016), *Aile Mahkemesi Davaları*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları: İstanbul.
- Grassinger G. E., (1997), "Boşanma Davasında Eşlerin Boşanmanın Tali Sonuçlarına İlişkin Konularda Anlaşma Yapmaları ve Konu İle İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararı", *İHFM*, Prof. Dr. Türkan Rado'ya Armağan, LV(3), İstanbul, ss.235-242.
- Hatemi, H. (2012). *İslam Hukuku Dersleri*, İstanbul: Sümer Kitapevi.
- Hausheer H., (2007) Yeni İsviçre Boşanma Hukuku'nun Önemli Yenilikleri, *İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Alınışının 80. Yılı*, (Ed. Ali Çivi), İstanbul.
- İmamoğlu S. H., (2005), Yeni Medeni Kanundaki Düzenleme ve Velâyete Hakim İlkeler Çerçevesinde Tedip Hakkının Değerlendirilmesi, *AÜHFD*. 54(1), ss.165-190.

- Kaçak N., (2004), *Boşanma Nafaka Mal Rejimleri Velayet*, Seçkin Yayınları: Ankara.
- Kaçak N., (2007), *Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma Davaları*, Seçkin Yayınları: Ankara.
- Kılıçoğlu A., (2002) Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, 2. Bası, Turhan Kitabevi: Ankara.
- Kılıçoğlu A., (2002), *Türk Medeni Kanununda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı*, Turhan Kitapevi: Ankara.
- Kırbaş Ö., (1994), Türk Hukukunda Eşlerin Anlaşmasına Dayanan Boşanma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü: İstanbul.
- Kırkbeşoğlu N.,(2011), *Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük*, Vedat Kitapçılık: İstanbul.
- Kocayusufpaşaoğlu N., (1990), Medeni Kanunun 3444 Sayılı Kanunla Değiştirilmiş 134. Maddesinin 3. Ve 4. Fıkraları Çerçevesinde Açılan Boşanma Davalarında Hakim Ayrılığa Hükmedebilir mi?", *Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan*, Bayrak Matbaacılık: İstanbul, ss.113-121.
- Koçhisarlıoğlu C., (1991), İsviçre'de Evlilik Birliği Hukukundaki Son Gelişmeler, *Prof. Dr. Jale Akipek'e Armağan*, Selçuk Üniversitesi Yayınları: Konya, ss. 431-452.
- Köprülü B. ve Kaneti S.(1986), *Aile Hukuku*, Özdem Kardeşler Matbaası: İstanbul.
- Kuru, B., Arslan, R. ve Yılmaz, E. (2013). *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları: Ankara
- Maydaer S., (2007), Klasik Dönem Osmanlı Toplumunda Boşanma (Bursa Şer'iyye Sicillerine Göre), *UÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 16(1), ss.299-320.
- Nazan M., (1999), *Kadının Soyadı*, Beta: İstanbul.

- Odendahl H. W., (2008), “Boşanma ve Boşanmada Kusur Meselesi Üzerine Düşünceler”, *Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan*, Turhan Kitabevi: Ankara.
- Oğuzman M. K. / Dural M., (1998), *Aile Hukuku*, 2. Bası, İstanbul, 1998.
- Oğuzman M. K. ve Öz M. T., (2013), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.I, İstanbul.
- Oktay-Özdemir S., (2009), Boşanma Davalarında Çocuklara İlişkin Kararlar Bakımından Çocuğun Dinlenme Hakkı, *Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ'ye Armağan*, C.2, Vedat Kitapçılık: İstanbul.
- Oy, O. (2008). Boşanmanın Hukuki Neticeleri: Nafaka, Tazminat, Velâyet, Mal Paylaşımı ve Aile Konutu. İstanbul: Beta Yayınevi.
- Özdemir N., (2003), *Türk-İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma*, Beta: İstanbul.
- Öztan B., (2004), *Aile Hukuku*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık: Ankara.
- Öztürk A., (2015), *Aile Hukukunda Ayrılık*, Seçkin Yayınevi: İstanbul.
- Özüğür A. İ., (2013), *Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık: Ankara.
- Şener E., (2000), *Tüm Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık: Ankara:
- Şıpka Ş., (2008), Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde, Tasfiyeyi ve Katılma Alacağını Talep Hakkına İlişkin Zamanaşımı Süreleri”, *Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan*, Ankara.
- Şimşek M., (2007), *Aile Mahkemelerinin Görevine Giren Davalar ve Yargılama Usulü*, Adalet Yayınevi: Ankara.
- Taş-Korkmaz H., (2014), Boşanma Davasında Sağ Kalan Eşin Bu Sıfatla Mirasçılığına Son Vermek Amacıyla Mirasçılar Tarafından Davaya Devam Edilmesi, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Özel Sayı, ss. 1413-1482.

- Tekinay S. S., (1990), *Türk Aile Hukuku*, 7. Bası, Filiz Kitabevi: İstanbul.
- Topuz G., (2012), Boşanma Davası Sırasında Eşlerden Birinin Ölmesi Halinde Mirasçılarının Davaya Devam Etmelerinin Usul Hukuku Bakımından Yol Açtığı Sorunlar, *TAAD*, 3(10), ss.69-94.
- Tutumlu M. A., (2009), *Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku*, C.2, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık: Ankara.
- Vatansever M., (2011), Eski Türk Hukukunda Boşanma ve Günümüz Hukukuyla Karşılaştırılması, *Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü: İzmir.
- Velidedeoğlu, H. V. (1969) *Türk Medeni Hukuku Cilt II Aile Hukuku*; İstanbul
- Yalçinkaya, N. & Kaleli, Ş. (1988). *Yeni Boşanma Hukuku*. Cilt I. Türk Hava Kurumu Basımevi: Ankara.
- Yılmaz A., (2014), İslam Aile Hukukunda Boşama Yetkisi ve Kadının Boşanması, *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, 7(32), ss.350-354
- Zevkliler A., Acabey M. B.ve Gökyayla K.E., (2008), *Medeni Hukuk*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık: Ankara, 2008.

ÖZGEÇMİŞ

