



ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ


ANLAŞMALI BOŞANMA ve SONUÇLARI

DİLAN SÜMER TURĞUT


ARALIK, 2019

Tez Başlığı: **Anlaşmalı Boşanma ve Sonuçları**
Tezi Hazırlayan: **Dilan SÜMER TURĞUT**

Sosyal Bilimler Enstitüsü Onayı

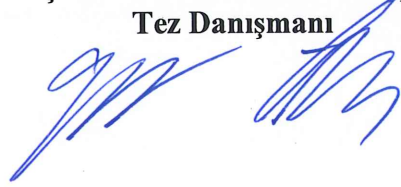

Prof. Dr. Mehmet YAZICI
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

Bu tezin yüksek lisans derecesi elde etmek için gerekli koşulları sağladığını onaylıyorum.


Prof. Dr. İbrahim Sahir ÇÖRTOĞLU
Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı

Bu tez tarafımdan incelenmiş olup yüksek lisans tezi olarak uygun bulunmuştur.

Doç. Dr. Gamze TURAN BAŞARA
Tez Danışmanı



Tez Jüri Tarihi: 09/12/2019

Tez Jüri Üyeleri:

Prof. Dr. Cemal OĞUZ (Çankaya Üniv.)

Doç. Dr. Gamze TURAN BAŞARA (Çankaya Üniv.)

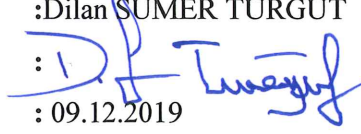
Dr. Öğretim Üyesi Yasemin DURAK (Kırıkkale Üniv.)





ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

Bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları alıntılıdığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.

Ad, Soyad :Dilan SÜMER TURĞUT
İmza : 
Tarih : 09.12.2019

ÖZET

ANLAŞMALI BOŞANMA ve SONUÇLARI

SÜMER TURĞUT, Dilan

Yüksek Lisans Tezi

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Danışman: Doç. Dr. Gamze TURAN BAŞARA

Aralık 2019, 66 sayfa

Anlaşmalı boşanma davası, uzun ve yıpratıcı süren boşanma davalarına nazaran, tarafların kısa sürede daha az yara alarak istenilen sonuca varmasını sağlamaktadır. Anlaşmalı boşanma davası Türk Medeni Kanunu'nda evliliği sona erdiren sebeplerden biri olarak kabul edilmiştir. Bu düzenlemeye göre eşlerin iradeleri ve düşünceleri esas olmaktadır.

Taraflar, evliliğin gerçekleşmesi üzerinden bir yıl geçmesiyle, kanunun aradığı şartların gerçekleşmesi durumunda hakim kararıyla anlaşmalı boşanma davası yoluna gidebilirler.

Çalışmamızda boşanma kavramı, anlaşmalı boşanma koşulları, anlaşmalı boşanma davasının hukuki niteliği ve sonuçları; 4721 sayılı TMK, Yargıtay içtihatları ve doktrindeki görüşler kapsamında incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Özel Hukuk, Anlaşmalı Boşanma, Boşanma.

ABSTRACT

CONSENSUAL DİVORCE AND RESULTS

SÜMER TURĞUT, Dilan

M.Sc., Department of Occupational Health and Occupational Safety

Supervisor: Doç. Dr. Gamze TURAN BAŞARA

Aralık 2019, 66 page

By consensual divorce, long and wearing divorce suits become relatively less damaging for both parties and take lesser time to obtain the desired results. In Turkish Civil Code consensual divorce is accepted as one of the reasons to end marriage. according to this regulation will and thoughts of the spouses are essential.

Parties may resort divorcing by decision of the judge one year after the marriage if all the legal conditions are fulfilled.

In our study the notion of divorce, conditions of consensual divorce, legal qualifications of consensual divorce suit and its results are examined in the scope of Turkish Civil Code number 4721, related Supreme Court decisions and doctrinal views.

Keywords: Private Law, Consensual Divorce, Divorce

TEŞEKKÜR

Bu alıŐma sırasında; değerli vaktini esirgemeden sorularımı hiçbir zaman cevapsız bırakmayan, tez danıŐmanım Doç. Dr. Gamze TURAN BAŞARA'ya, bu süreçteki sonsuz destekleri için kıymetli annem Gln SÜMER ve babam Cevdet SÜMER'e ayrıca değerli eşim Ozer TURęUT ve biricik kızım Zeynep Karen TURęUT'a teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT.....	v
TEŞEKKÜR.....	vi
KISALTMALAR CETVELİ	xi
GİRİŞ	1

I. BÖLÜM

EVLİLİK BİRLİĞİNİN SONRA ERME SEBEPLERİNDEN BİRİ OLARAK BOŞANMA	3
I-BOŞANMA KAVRAMI	3
II. BOŞANMADA BENİNSENEN SİSTEMLER.....	5
A. Boşanma Yasağı Sistemi.....	5
B. Boşanma Serbestisi Sistemi.....	6
C. Hakim Kararıyla Boşanma Sistemi	7
III. BOŞANMANIN DAYANAĞINI OLUŞTURAN İLKELER	8
A. Kusur İlkesi	8
B. İrade İlkesi	8
C. Temelden Sarsılma İlkesi	9
D. Elverişsizlik İlkesi	10
E. Eylemli Ayrılık İlkesi	10

IV. TÜRK MEDENİ HUKUKUNUN BENİMSEDİĞİ İLKELER.....11

II. BÖLÜM

ANLAŞMALI BOŞANMANIN ÖZELLİKLERİ VE KOŞULLARI12

I. ANLAŞMALI BOŞANMANIN ÖZELLİKLERİ12

1. Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması İlkesine Dayanan Boşanma Sebebi Olması 12
2. Çekişmesiz Yargı Faaliyeti Olması.....13
3. Tarafların Serbest İradelerinin Rol Oynaması14

II. ANLAŞMALI BOŞANMANIN KOŞULLARI15

A. Evliliğin En Az Bir Yıl Sürmüş Olması16

B. Eşlerin Boşanmak Üzere Birlikte Başvurmaları veya Bir Eşin Açtığı Davayı Diğerinin Kabul Etmesi.....18

1. Eşlerin Mahkemeye Birlikte Başvurusu.....18

2. Eşlerin Birinin Açtığı Davayı Diğerinin Kabul Etmesi19

C. Hakimin Tarafları Dinlemesi Koşulu.....21

1. Anlaşmalı Boşanma Davasında Tarafların Bizzat Dinlenmesi21
2. Anlaşmalı Boşanmada Tarafların İmzaları Alınmalıdır.....23

3. İradenin Serbestçe Açıklanması23

4. Eşlerin Saiklerinin Dikkate Alınıp Alınmayacağı.....25

D. Hakimin Anlaşma Şartlarını Boşanmanın Mali Sonuçları ile Çocukların Durumları Yönünden Uygun Bulması.....27

1. Anlaşmanın Hukuki Niteliği ve Şekli27

2. Anlaşmada Yer Alması Gereken Unsurlar28

a. Mali Konular	28
aa.Mal Rejiminin Tasfiyesi	28
bb.Maddi Tazminat.....	30
cc.Manevi Tazminat	32
dd.Yoksulluk Nafakası	33
b. Çocuklara İlişkin Düzenlemeler.....	37
aa.Velayet Hakkı	37
bb.İştirak Nafakası.....	40
cc.Çocukla Kişisel İlişki Kurulması Hakkı	41
3. Hakimin Müdahalesi	44
4. TMK'nın 166/3. Maddesinde Düzenlenen Anlaşma ile 184/1,b.5. Maddesinde Düzenlenen Anlaşmanın Farkı	45

BÖLÜM III

ANLAŞMALI BOŞANMADA USULİ MESELELER.....	48
I. ANLAŞMALI BOŞANMA DAVASININ HUKUKİ NİTELİĞİ	48
II. GÖREVLİ ve YETKİLİ MAHKEME.....	50
A. Görevli Mahkeme.....	50
B. Yetkili Mahkeme	50
III. ANLAŞMALI BOŞANMADA TARAFLARIN TARAF ve DAVA EHLİYETİ....	51
A. Taraf Ehliyeti.....	51
B. Dava Ehliyeti	51
IV. ANLAŞMALI BOŞANMA DAVASINDA KUSUR ARAŞTIRMASI.....	53
V. ANLAŞMALI BOŞANMA KOŞULLARININ GERÇEKLEŞMEMESİ HALİNDE İZLENECEK USUL	55

SONUÇ	56
KAYNAKÇA.....	61



KISALTMALAR CETVELİ

<i>ABD</i>	:Ankara Barosu Dergisi
<i>AD</i>	:Adalet Dergisi
<i>AÜHFD</i>	:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<i>bkz.</i>	:Bakınız
<i>C.</i>	:Cilt
<i>dn.</i>	:Dipnot
<i>E.</i>	:Esas
<i>f.</i>	:Fıkra
<i>İBD</i>	: İstanbul Barosu Dergisi
<i>İBK</i>	:İçtihadı Birleştirme Kararı
<i>HD</i>	:Hukuk Dairesi
<i>HFD</i>	:Hukuk Fakültesi Dergisi
<i>HGK</i>	:Hukuk Genel Kurulu
<i>HMK</i>	:Hukuk Muhakemeleri Kanunu
<i>HSK</i>	:Hakimler ve Savcılar Kurulu
<i>HUMK</i>	:Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
<i>K.</i>	:Kanun
<i>k.</i>	:Karar
<i>m.</i>	:Madde
<i>parg.</i>	:Paragraf

<i>RG</i>	:Resmi Gazete
<i>s.</i>	:Sayfa
<i>S.</i>	:Sayı
<i>t.</i>	:Tarih
<i>TAAD</i>	:Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
<i>TBB</i>	:Türkiye Barolar Birliği
<i>TBK</i>	:Türk Borçlar Kanunu
<i>TMK</i>	:Türk Medeni Kanunu
<i>TTK</i>	:Türk Ticaret Kanunu
<i>vs.</i>	:Ve sair
<i>vd</i>	:Ve devamında
<i>Y</i>	:Yargıtay
<i>YD</i>	:Yargıtay Dergisi
<i>YHGK</i>	:Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
<i>YİBK</i>	:İçtihadı Birleştirme Kararı
<i>ZGB</i>	: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanun)

ANLAŞMALI BOŞANMA ve SONUÇLARI

GİRİŞ

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun TMK'nın 166. maddesi hükmü ile anlaşmalı boşanmaya ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Tarafların irade ilkesine göre boşanma yönündeki iradelerini belirli koşulların gerçekleşmiş olması halinde açıklamaları ile evlilik birliğinin sarsılması ilkesinin gerçekleştiği kanun koyucu tarafından kabul edilmiştir.

743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 134. maddesinde "İmtizaçsızlık" ya da "Şiddetli geçimsizlik" başlığı ile genel boşanma nedenlerini düzenlemiştir. Türk Kanunu Medenisi'nin 134. maddesi 4.5.1988 yılında çıkan 3444 Sayılı Yasa ile değişmiş, başlığı "Evlilik birliğinin sarsılması veya müşterek hayatın yeniden kurulamaması" olarak düzenlenmiştir. Türk Kanunu Medenisi 01/01/2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı "Türk Medeni Kanunu" ile yürürlükten kaldırılmıştır. 743 Sayılı Yasanın 3444 sayılı yasayla değişik 134. maddesinin 4721 Sayılı Yasadaki karşılığı 166. maddedir.

743 Sayılı Yasanın 134/3. maddesi için ve 4721 sayılı yasanın 166/3. maddesi için öğretisi ve uygulamada "anlaşmalı boşanma" deyimini kullanmak yerleşik hale gelmiştir. Anılan düzenlemeler son cümleleri dışında paralellik arz etmektedir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 166/3 maddesi hükmüne göre evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde, evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu durumda boşanma kararı verilebilmesi için, hakimin tarafları bizzat dinleyerek, iradelerini serbestçe açıkladığına 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 kabulü halinde boşanmaya hükmolunur.

Anlaşmalı boşanma genel ve mutlak boşanma nedeni olarak nitelendirilmektedir. Anlaşmalı boşanma kusur unsuruna yer vermeyen, evlilik birliğinin sarsılmasını boşanma sebebi olarak kabul eden bir düzenlemedir. Burada tarafların ikrarının hakimi bağlamayacağı kuralının uygulanmayacağı ifadesiyle TMK'nın 184/3. maddesine yollama yapmaktadır. Çünkü TMK'nın 184/3. maddesi tarafların boşanma konusundaki ikrarının hakimi bağlamayacağını belirtmektedir. Öyle ki kanun koyucu anlaşmalı boşanmayla ortak hayatı devam ettirmede ruh ve inancını tamamen yitirmiş eşlere kanun dışı yollara gitmek yerine anlaşmalı boşanmayla kanuni imkan tanımıştır.

Anlaşmalı boşanmada mal rejiminin tasfiyesi, tazminat, nafaka konuları, çocuk olması halinde çocukla kişisel ilişkinin ne şekilde kurulacağı, kadın için soyadının değiştirilip değiştirilmeyeceği gibi boşanmayla meydana gelen yenilik doğuran sonuçların tamamı anlaşma konusu yapılabilmektedir. Düzenlenen anlaşmanın içeriğinin kanunlarda yer verilemeyen hususlarla çatışması ve hakkaniyet ilkesinin ihlali halinde hakim anlaşmayı reddeder.

Anlaşmalı boşanma başvurusunun söz konusu olabilmesi için tarafların en az bir yıl süre ile evli kalmış olmaları gerekir.

Anlaşmalı boşanmayı konu alan çalışmanın birinci bölümünde boşanma kavramı açıklanarak boşanmada benimsenen ilkeler ve sistemlerine yer verilmiştir.

İkinci bölümde ise çalışmanın temelini oluşturan anlaşmalı boşanmanın koşulları ve özelliklerine değinilerek anlaşmanın hukuki niteliği ve şekli, anlaşmada yer alması gereken unsurlar, hakimin müdahalesi ile TMK'nın 166/3. maddesinde düzenlenen anlaşma ile m. 184/1,b.5. maddesinde düzenlenen anlaşmanın farkına yer verilmiştir.

Üçüncü bölümde ise, anlaşmalı boşanmanın hukuki niteliği ile görevli ve yetkili mahkeme, anlaşmalı boşanmada dava ve taraf ehliyeti, anlaşmalı boşanmada kusur ehliyeti ve anlaşmalı boşanma gerçekleşmemesi halinde izlenecek yol anlatılmak suretiyle çalışmamız tamamlanmıştır.

I. BÖLÜM

EVLİLİK BİRLİĞİNİN SONRA ERME SEBEPLERİNDEN BİRİ OLARAK BOŞANMA

I-BOŞANMA KAVRAMI

Boşanma da, kanunda düzenlenen ve ölüm gibi, gaiplik gibi, evliliği sonra erdiren hallerden biridir. Henüz eşler hayatta iken onlar arasındaki evlilik münasebetine son vermek demek olan boşanma, aile hukukunun en fazla ihtilaf doğuran ve o nisbette dikkat çeken konularındandır¹.

Gerçekten, evlilik, prensip itibariyle evlenenlerin hayatı boyunca devam edecek bir hukuki ilişki olarak görülmektedir. Karı koca arasındaki bu münasebetin, daha onlar hayatta iken ortadan kalkmaması gerekir. Bunda eşler kadar toplumun da faydası vardır. Çünkü aile toplumu meydana getiren en küçük insan topluluğudur. Toplumun dirlik ve düzen içinde devam etmesi, dağılmaması, yeni nesillerin sıhhatli, sağlam, karakterli, iyi yetişmiş bir nesil olabilmesi için gereklidir².

743 sayılı Medeni Kanun Medenisinde "irade ilkesine" dayanan eşlerin karşılıklı anlaşmak suretiyle boşanması görüşü"nü kabul edilmemiş ve boşanma sebepleri arasında

¹ AKINTÜRK, Turgut; Aile Hukuku Dersleri, Ankara, 1967, s. 187; KILIÇOĞLU Ahmet; Aile Hukuku, 2.Bası, Ankara, 2016, s.110; OĞUZMAN Kemal/DURAL Mustafa, Aile Hukuku, İkinci Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1998, s.111; ÖNCÜ Özge; Eşlerin "Anlaşmalı Boşanma"Çerçevesinde Mal Rejiminin Tasfiyesine Yönelik Olarak Yaptıkları Anlaşmalar ve Bu Anlaşmaların Uygulamada Doğurduğu Sorunlar,Dokuz Eylül ÜNİVERSİTESİ Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan,İzmir, 2017, s.796.

² AKINTÜRK, s. 187.

görülmemektedir.Fakat 743 sayılı Kanunda değişikliğe gidilerek anlaşmalı boşanma kavramı eklenmiş ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanun da bu değişikliği benimseyerek aynı boşanma sebebini 166/3. maddesinde düzenlemiştir³.

743 Sayılı Yasanın 134/3. maddesi için ve gerekse 4721 sayılı yasanın 166/3. maddesi için öğretide ve uygulamada "anlaşmalı boşanma " ifadesini kullanmak yerleşik hale gelmiştir⁴.

Kanunda bir boşanma sebebi için belirli "olgular" bulunması gerekiyorsa özel boşanma sebebi, boşanmanın yasal koşulu olarak ileri süren olgular belirlenmeyip de evlilik birliğinin temelden sarsılması yeterli görüldüğü takdirde genel boşanma sebebi söz konusudur. Gerek anlaşmalı gerekse TMK'nın 166. maddesine göre açılan davalar genel boşanma sebebine göre açılmış kabul edilir⁵.

Boşanmada başka bir ayırım da mutlak-nispi boşanma nedenleri şeklindedir. Açılan boşanma davasında boşanma nedeni olarak kabul edilen olguların varlığının kanıtlanması yeterli görülüyor ve artık ayrıca evlilik birliğinin temelinden sarsılmış ve davacı için ortak hayatın çekilmez, ortak hayatın kendisinden beklenemez olmasının araştırılması gerekiyorsa mutlak boşanma nedeni bulunmaktadır. Olguların kanıtlanması yeterli olmayıp da "çekilmezlik, beklenmezlik koşulu" aranıyorsa nispi boşanma nedeni kabul edilmektedir⁶.

Yasa koyucu,166. madde hükmünde yapılan bu değişiklikle ve yeni düzenlemeyle, evliliğin devam etmesinin taraflar için faydasız olduğu, taraflara bu durumu devam ettirmenin sıkıntı yarattığı hallerde boşanmak isteyen eşleri hukuka uygun olmayan çareler bulmaktan tamamen kurtarmıştır. Fakat bunun keyfi bir düzenlemeyle olamayacağı, eşlerin bunu bazı şartlar altında gerçekleştirebileceği düzenlenmiştir. Nitekim TMK. tarafların bir yıl süreyle evli kalmaları durumunda, bir eşin açtığı davanın diğerinin kabulü veya birlikte başvuruları ile kanun için aranan diğer şartları da taşımaları halinde anlaşma yoluyla boşanabileceklerini düzenlemiştir.

³ AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ KARAMAN, Derya; Aile Hukuku, İkinci Cilt, İstanbul, 2013, s. 269; Tutumlu, Mehmet Akif; Boşanma Yargılaması Hukuku, Cilt II, Seçkin Kitapevi, Ankara, 2009, s.1046; ÖNCÜ, s.796.

⁴ DOĞAN, İzzet; "Anlaşmalı Boşanma", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 81, Sayı 5, İstanbul, 2007, s. 1933.

⁵ DOĞAN, s. 1934.

⁶ DOĞAN, s. 1934.

TMK'nın 166/3. maddesi, kusur unsuruna değinmeyen ve evlilik birliğinin sarsılmasını, boşanma sebebi olarak kabul eden bir düzenlemedir. Bu düzenlemeye göre eşlerin iradeleri ve düşünceleri esas olmalıdır. Anlaşmalı boşanmayla kanun eşlere basit, önceden belirledikleri kurallara uyararak, çabuk bir şekilde evlilik birliğini sonra erdirme şansı tanımaktadır. Anlaşmalı boşanma davalarında, eşlerin birlikte dava açmaları veya açılan davayı diğlerinin kabul etmesi durumunda evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı karinesi bulunmaktadır. Bu bir karine olduğu için, aksinin ispat edilmesi mümkün değildir⁷.

II. BOŞANMADA BENİNSENEN SİSTEMLER

Tarih boyunca boşanma konusunda birbirinden oldukça farklı ve zıt boşanma sistemlerinin kabul gördüğü ve benimsendiği görülmektedir. Bu sebeple boşanmada getirdikleri çözüm yollarına göre boşanmada benimsenen sistemleri; boşanma yasağı sistemi, boşanmanın tarafların serbest iradesine bağlı olan sistem ve hakim kararına bağlı olduğu sistem olarak incelemek mümkündür.

A. Boşanma Yasağı Sistemi

Boşanmayı red eden bu sistem evliliğin sonsuzluğu görüşünü kabul eden toplumlarda rastlanmaktadır. Boşanmayı kabul etmeyen bu görüş Katolik Kilisesi'nce çok uzun dönem uygulanmış olan görüştür. Bu görüşe göre evlilik Hıristiyanlar arasında kutsal olgulardan sayılıyor ve evliliğin kocanın iradesiyle değil ölümle son bulacağı kabul ediliyordu⁸.

Bu sistemde boşanma mümkün olmasa da hakim bazı durumlarda ayrılık kararı verebilmekteydi⁹.

Bu görüşü benimseyenler, evliliğin bireysel zevkler gözetilerek değil, özellikle nesillerin oluşması ve yetiştirilmesi için kurulduğu düşüncesinden hareketle, evlilik

⁷ ARAS, Bahattin; "Anlaşmalı Boşanma Davalarında Tarafların Tazminat ve Nafaka Taleplerinin Karara Bağlanması", Terazi Hukuk Dergisi, Temmuz, Sayı 47, Ankara, 2010,s. 74-75.

⁸ AKINTÜRK T./ATEŞ, s.237.; GENCCAN Ömer Uğur; Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku, Ankara 2010, s.93; ZEVLİLİLER A., ACABEY M. B. ve GÖKYAYLA K.E.;Medeni Hukuk, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1999,s.967.

⁹ CEYLAN Ebru; Türk İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Ocak 2006, s. 8; SALEH Muhsen Abdulkader; Türk ve Irak Hukukunda Genel Sebeplere Dayanarak Boşanma ve Sonuçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s.42; AKINTÜRK s. 234.;VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet,"Boşanma Sebeplerinin Hukuk Tarihi, Kilise Hukuku ve Hukuk Politikası Bakımından Umumi Suretle Tetkiki", Cemil Bilsel'e Armağan, İstanbul, 1939, s.686.

birliğinin devamlılık içermesinin gerekliliğini savunmaktadır.Boşanma izni vermeyen görüşe yoneltlen eleőtiriler içerisinde en onemlisinin, boşanma olmaması halinde evlilik ancak eşlerin birisinin ölümü ile sonra ereceği ve bu durumda eşlerden herhangi birinin evliliği bitirmek, eőinden kurtulmak adına her türlü yola başvurabilecek olmasdır¹⁰.

Uzun yıllar boyunca Katolikliğin etkisi altındaki devletlerin hukuk sistemlerinde, boşanmaya yer vermeyen görüş hakim olmuőtur¹¹. Fakat gerçek yaőamın ihtiyaçları ve çağın akıőı karőtısında bu görüş varlığını devam ettirememiőtir¹². 16. yüzyıldan başlamak üzere Protestanlık evlilik birliğine mahkeme kararıyla son verebileceğini kabul etmiőtir¹³.

B. Boşanma Serbestisi Sistemi

Boşanma serbestliğinde, bireylerin karőtılıklı irade ile evlilik bağını kurabildikleri gibi yine serbest iradeleriyle evlilik birliğini sonlandırabileceği düőüncesi hakimdir. Böylece taraflar karőtılıklı rıza ile kurdukları evlilik birliğini taraflardan birisinin dinlenmesi ile sonlandırabilirler. Serbesti sisteminde söz hakkı genel olarak erkeğe tanınmaktadır¹⁴.

Boşanmanın tamamen geçici heveslerle ve tarafların bu keyfiyetine kalmış biçimde eşlerin her istedikleri zaman ve iőlerine gelmeyince anlaşarak tek yanlı olarak ortadan kaldıracabilecekleri bir beraberlik değildir.Bu nedenle boşanmayı tamamen serbest kılan sistem doğru olmaz. Ailenin huzur ortamının devam etmesi gereken eşlerin karőtılıklı olarak güven ve anlayış içinde birlikteliklerini devam ettirilmeleri gereken bu kurum olduğu tarafların keyfi olarak karőtılıklı iradeyle bu kuruma son vermelerinin eşlere zarar vereceği, bu nedenle bu hususta hakimin vereceği boşanma kararı ile evlilik birliğinin sonra ermesi gerektiği kabul edilmektedir¹⁵.

¹⁰ YALIN, Şeyda Şanlı; Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, İstanbul Aydın Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, Temmuz, 2017, s.5.

¹¹ AKINTÜRK, s. 234.

¹² VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, Ailenin ilesi-Boşanma, İstanbul 1976, s.136.

¹³ GÜRSOY, Kemal T.; "Boşanma Hukukunun Tarihi Geliőtimine Genel Bir Bakış ve Boşanma Sebeplerinde En Yeni Eğilimler", Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, 1925-1975, C. II, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara 1977, s.72.

¹⁴ AKINTÜRK T;ATEŞ, s.238.

¹⁵ ZEVKLİLER, s.968.

Boşanmanın serbest olması görüşü birçok hukuk sistemi tarafından kabul edilmiştir. Roma Hukukunda, Cermen Hukukunda, Babil ve İbrani Hukuklarında ve İslam Hukukunda kocanın tek yanlı açıklaması ile boşanma imkanı getirilmiştir¹⁶.

C. Hakim Kararıyla Boşanma Sistemi

Bu sistemin kabul edilmesi halinde ancak boşanma yoluyla evlenme sonlandırılır. Hakim hükmüyle boşanmanın gerçekleşebilmesi için bunun kanunda öngörölmüş sebebe dayanması gerekmektedir. Birçok çağdaş ülkede uygulanan bir görüş olup belirli sebeplere dayanarak hakim kararıyla boşanma sistemidir¹⁷.

Bu anlayış "Katolik Kilisesi Hukuku" karşısında tepkisel bir yaklaşım olarak "Protestan Kilisesi Hukuku" tarafından ortaya atılmış bir boşanma sistemi olarak yer almakta ve boşanma yasağı ile boşanma serbestisi arasında ortalama her iki görüşü de barındıran nitelikler taşımaktadır¹⁸.

İsviçre-Türk Hukukunda benimsenen bu sistem, Avrupa'nın çeşitli ülkelerinde de benimsenmiştir¹⁹.

Günümüzde, bir çok hukuk sisteminde eşlere boşanma imkanı verilmektedir.Eşlerin iyi gitmeyen evliliğini sürdürmesimde ısrarcı olmak eşlere zarar verdiği gibi beraberinde ailedeki çocuklarada zarar vererek topluma yara almış bireylerin katılmasına sebep olmaktadır.Aile toplumumuzun en önemli parçasıdır. Kişiler evlilik kararı vermeden önce çok yönlü düşünerek karar vermeli ve sonrasında evliliği gerçekleştirmelidir.Fakat evliliğin devam etmesi ailedeki tüm bireylere zarar veriyorsa evliliği sonlandırmayı talep etme hakkı iki tarafa da verilerek bu yasalar çerçevesinde hakim kararıyla gerçekleşmelidir.

¹⁶ AKINTÜRK Turgut, Türk Medeni Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, C. II, 9. Bası, İstanbul, 2004, s.231.

¹⁷ GENÇCAN Ömer Uğur; Boşanma Hukuku, Yetkin Yayınları, 2006, Ankara, s. 73; ZEVKLİLER,s.969.

¹⁸ AKINTÜRK T./ATEŞ, s. 239.

¹⁹ ZEVKLİLER/ACABEY/ GÖKYAYLA ,s.969-970.

III. BOŞANMANIN DAYANAĞINI OLUŞTURAN İLKELER

Boşanmanın dayandığı ilkeler kusur ilkesi, irade ilkesi, temelden sarsılma ilkesi, elverişsizlik ilkesi ve eylemli ayrılık ilkesi olmak üzere beş noktada toplanabilir.

A. Kusur İlkesi

Kusur ilkesi farklı ülkelerin boşanma hukuklarına uzun süre hakim olmuştur. Bu ilkeye göre boşanma, ancak taraflardan birinin kusurlu olması halinde gerçekleşir. Boşanma davası açma hakkı, tabiiyatıyla kusurlu olmayan eşe tanınır. Kusur ilkesi, tamamen zarar gören ve menfaati ihlal edilen eş için önemli bir koruma sağlarken, kısmen kabahatli tarafa karşı bir ceza olmaktadır²⁰.

Kusur ilkesinin tartışmasız kabulü mümkün değildir. Aksi takdirde, tarih boyunca bir boşanma sebebi olarak kabul edilmiş bulunan akıl hastalığı olgusu da, bu eşe yüklenecek bir kusur olamayacağından akıl hastalığı nedeniyle boşanmaya karar vermek mümkün olmayacaktır. Buna ilaveten bu ilkeye göre eşlere yüklenilebilecek bir kusur sözü konusu olmamakla beraber evliliğin devamı onlar için sürdürülemez bir hal aldığı takdirde boşanma gerçekleşemeyecektir. Bunun sonucu olarak aralarında karakter farklılıkları olan birbirine karşı yeterli uyum hiç bir zaman gösteremeyecek olan insanların, aile olarak yaşamaya zorlanması gibi çekilmez bir durum ortaya çıkar²¹.

B. İrade İlkesi

Bu ilke değerlendirildiğinde boşanmak için eşlerin rızaları yeterlidir. Evlilik birliği tarafların özgür iradesiyle kurulduğuna göre yine onların iradeleriyle sonra erdirilebilir²². Eşlerin karşılıklı olarak anlaşması ile evliliğin bitirilmesi durumunda, bu tartışmasız serbest boşanma ilkesidir²³.

²⁰ AKINTÜRK T./ATEŞ, s.240; ÖZTAN, Bilge; Aile Hukuku, Turhan Kitapevi, 6. Bası, Ankara, s.639-640; ZEVLİLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 970-971; TUTUMLU, Mehmet Akif; Evliliğin Butlanı Boşanma, Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2006, s.22.

²¹ AKINTÜRK T./ATEŞ, s.240; ARAS, Bahattin; Boşanma Davalarında Yargılama Usulü ve Aile Mahkemeleri, s.11; SALEH, s.47; ÇAKIN, Akın; Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma, Ankara, s.17.

²² ŞENER, Esat; Medeni Kanun'un Aile ve Neseb Bölümünde Çatışan Eğilimler, Ankara Hukuk Ellinci Yılı Armağanı, C.2, Ankara, 1977, s.224.

²³ AKİPEK, İhsan; Mukayeseli Hukuk Bakımından Boşanma Sebepleri, Ankara, 1952, s.12; ERGÜN, Ömer; TMK'nın 166. Maddesinde Düzenlenen Boşanma Nedenleri, Akader, Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, Diyarbakır, 2005, s.433.

Bu ilkeye karşı tek yanlı irade beyanı kabul edilirse, serbest boşanmaya dönüşebileceği hususunda eleştiri getirilmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki hakim boşanmaya ancak tarafların boşanmak istemeleri üzerine karar verebilir²⁴.

Aile Hukukunda 12 Mayıs 1988 tarihine kadar bu sistemi benimişti. Ancak 3444 sayılı Kanun ile Türk Kanunu Medenisinin 134. maddesinde yapılan değişiklikten sonra Türk Hukukunda da, bazı koşullar altında bu ilkeye yer verilmiştir²⁵.

C. Temelden Sarsılma İlkesi

Bu ilkeye göre, evlilik birliği temelinden sarsılmış ise artık bu birliğin devamını istemenin hiç bir faydası ve anlamı olmamaktadır. Nitekim evlilik birliği her şeyden önce eşlere ve çocuklara mutluluk getirmeli, onların gelişmelerine yardımcı olmalıdır. Bu birlik temelinden sarsılmış ve ailenin düzeni bozulmuş ise, mutluluk değil, elem ve üzüntü getirir; bundan böyle artık toplumun da bu birliğin devamından hiç bir yararı kalmaz²⁶.

Aile birliğinin temelinden sarsılması, ilkesi²⁷ için kusurlu olup olmama aranmamaktadır. Temelinden sarsılma ilkesi için aranan evlilik kurumunun gayesini yitirmiş olmamasıdır. Bu nedenle kusur miktarının da önemi yoktur²⁸. Evliliği devam ettirmek eşler için imkansız bir hal almış ve her iki taraf içinde bu durum büyük sıkıntılara neden olacak ise böyle bir durumda evlilik temelinden sarsılmış sayılır. Evlilik birliğinin temelinden sarsılması için tarafların kusuru aranmaz. Eşlerin kusuru olmasa dahi onları istemediği bir evliliği devam ettirmeye zorlamanın aileye ve topluma faydası bulunmamaktadır. Bu durum eşler ve çocuklar için ağır neticeler doğurabilir. Ailenin ve toplumun huzuru gözetilerek taraflar iradeleri önemsenererek kendilerine zarar verecek evliliği devam ettirmelerini onlardan beklememeliyiz²⁹.

Bu ilke, temelinden sarsılma ilkesi gibi sübjektif değil, objektif esaslara dayanmakta olduğu gibi, boşanma hususunda hakime çok geniş bir takdir yetkisi vermektedir. Bu özelliğinden ötürü diğer ilkelere göre çok daha uygundur³⁰.

²⁴ ÖZTAN Bilge, Aile Hukuku, Turhan Kitapevi, 6. Bası, Ankara, 2015, s.642.

²⁵ ZEVLİLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 972.

²⁶ AKINTÜRK/KARAMAN Ateş, s. 241.

²⁷ FEYZİOĞLU, Feyzi Necmettin, Aile Hukuku, İstanbul, 1986, s. 253.

²⁸ VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet; Türk Medeni Kanunu, C. II, Aile Hukuku, İstanbul, 1969, s.177.

²⁹ ZEVLİLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s.971-972.

³⁰ AKINTÜRK/KARAMAN Ateş, s. 241.

D. Elverişsizlik İlkesi

Diğer ilkelerden daha sonra ortaya çıkan elverişsizlik veya diğer adıyla uygunsuzluk ilkesi, eşlerden birinde, ortaya çıkan bedensel veya ruhsal bozukluklarından dolayı evlilik hayatını ve özellikle ondan doğan sorumlulukları yerine getirmeye elverişsiz bir duruma gelmiş ise, artık bu evliliğe son vermek gerekmektedir. Bedensel ve ruhsal bozukluklara örnek olarak kısırlık, iktidarsızlık, akıl hastalığı cinsi sapıklık ve altsoylar (kuşaklar) için tehlikeli hastalıklar sıralanabilir³¹.

Evlilik birliği iyi ve kötü günde beraberliği öngörmektedir, bu da ancak eşlerin karşılıklı fedakarlıklarıyla gerçekleşebilir. Bu sebeple eşler, birbirlerinin kusurlarına ve hatalarına karşı anlayış göstermelidirler. Fakat bu anlayış ancak bir noktaya kadar gerçekleşebilir. Eşlerden birindeki elverişsizlik hali artık evliliğin devamını çekilmez hale getiriyorsa boşanma davası açılabilir. Sonuç olarak eşlerden biri, bedeni veya ruhi yönden evliliği sürdürme yeteneğini yitirirse, diğer eş mahkemeden evlilik bağının boşanmayla sona ermesini isteyebilir³².

E. Eylemli Ayrılık İlkesi

Eylemli ayrılık ilkesi, uzun zamandan beri ayrı yaşayan ve kendilerinde artık ortak yaşamı sürdürme isteği kalmamış ve bu durum kendi aralarında epey kökleşmiş eşler yönünden geçerli olmaktadır³³. Bu ilke kanunumuzda da düzenlenmiştir.³⁴

Bu ilke değerlendirilirken eşlerin kusurlu olup olmadıkları ehemmiyet taşımaz³⁵. Eylemli ayrılık ilkesi için tarafların ne kadar süreden beri ayrı yaşadıklarına bakılır, bu süre ülkeden ülkeye farklılıklar taşımaktadır. Tarafların ayrı yaşayacakları müddet konusunda toplumlar tarafından kabul edilmiş bir kural yoktur. Sürenin uzunluğu tarafları birbirinden uzaklaştırırken, kısa sürede karar vermek ise evlilik birliğinin devamı konusunda sağlıklı düşünemeyi engelleyebilir.

³¹ AKINTÜRK/KARAMAN Ateş, s. 241.; ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 972.

³² ÇAKIN, s.20; CEYLAN, s.14; SALEH, s.49.

³³ ANIL, Yaşar Şahin; Boşanma Sebebi Olarak Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Geçimsizlik, İstanbul, 2008, s.22.

³⁴ GENÇCAN, Boşanma Hukuku, 2006, s. 76.

³⁵ ÖZDEMİR, Nevzat; Türk – İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, 2003, İstanbul, s.18; SEÇER Öz;"İsviçre ve Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma ve Fiili Ayrılık Sebebiyle Boşanma" Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Kasım-Aralık, Sayı 63-64, Aralık, 2009, s.62.

IV. TÜRK MEDENİ HUKUKUNUN BENİMSEDİĞİ İLKELER

İncelenen tüm ilkelerden temelinden sarsılma ilkesi Türk Medeni Kanunu tarafından genellikle kabul edilmiş ilkedir. Bunun dışında ilkelere de Kanunda yer verilmiştir. Önceki Medeni Kanunda esas itibarıyla temelden sarsılma ilkesini kabul edilmekle birlikte, bunun yanında kusur ilkesi ile elverişsizlik ilkesine de yer verilmişti³⁶. 3444 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik neticesinde ise irade ve fiili ayrılık ilkeleri de Kanunda yer almıştır³⁷.

Medeni Kanunumuzda boşanma sebepleri belirlenirken bir tek ilkeye bağlanmadığı, tam aksine birden çok ilkeyi ve hatta son değişiklikle mevcut bütün ilkeleri benimseyerek adeta bir "karma sistem" e yer verdiği rahatlıkla söylenebilir³⁸.

Türk Medeni Kanunu tarafından benimsenen görüş, tarafların iradeleri dikkate alınarak, her hangi bir baskı altında olmadan kanunda yazan nedenlerle ve hakim kararıyla boşanmaktır³⁹.

Boşanma davalarında hakimin süreç içindeki rolünün ve görevinin belirlenmesi oldukça önem taşır. TMK 184. maddesinde, hakimin özellikle ve öncelikle boşanma sebeplerinin gerçekleştiği konusunda vicdanen ikna olması gerektiğini; 170/3. maddesinde ise ortak hayatın yeniden kurulabilmesi olasılığı bulunduğu hallerde hakimin boşanma yerine ayrılığa karar verebileceği hükme bağlanmıştır. Bu örnekler doğrultusunda boşanma davaları bakımından taleple bağlılık ve taraflarca getirme ilkelerinin farklılaştığını, kimi zaman uygulanmadığını söylemek mümkündür⁴⁰

Tarafların boşanmasının yasaklayarak eşleri devamını istemedikleri bir kurumun varlığını sürdürmek hususunda katı kurallar koymak ne de kadın ve çocukların varlığını yok sayan serbestlik ilkesini belirlemek yerinde değildir. Tarafların yasada belirtilen sebeplerin gerçekleşmesi durumunda mahkeme kararıyla boşanmasına karar vermek gerekmektedir.

³⁶ AKINTÜRK/KARAMAN Ateş, s. 242.

³⁷ ZEVLİLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s.975; TOS Ekrem, "Çağdaş Ailenin Ulusal ve Evrensel Tanımı ve Sorunları", Manisa Barosu Dergisi, Yıl:3, s.7,1983, s.59-60.

³⁸ AKINTÜRK/KARAMAN Ateş, s.243.; KANDİL Seher, Türk Hukukunda Terk Sebebiyle Boşanma, Ankara,2006, s.26-27.

³⁹ ARAS,Boşanma Davalarında Yargılama Usulü ve Aile Mahkemeleri, s.17.

⁴⁰ KAZANCI, İdil Tuncer; Anlaşmalı Boşanma Kararlarının Medeni Usul Bakımından Niteliği,Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,Cilt:11, Sayı:145-146, Eylül-Ekim, 2016,s.759.

II. BÖLÜM

ANLAŞMALI BOŞANMANIN ÖZELLİKLERİ ve KOŞULLARI

I. ANLAŞMALI BOŞANMANIN ÖZELLİKLERİ

1. Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması İlkesine Dayanan Boşanma Sebebi Olması

Anlaşmalı Boşanma hükümleri ayrı bir kanun maddesi altında düzenlenmemiştir. Bu düzenleme son derece yerindedir ⁴¹.

TMK'nın 166. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkrasında bazı haller, evlilik birliğinin temelden sarsılmasına ilişkin kesin karineler olarak öngörülmekte ve bu fıkralardaki şartların gerçekleşmesi durumunda boşanma mümkün kılınmaktadır. TMK'nın 166/3. maddesinde yer verilen durumda "evlilik birliğinin temelden sarsılmış olduğu" hakkında "kesin kanuni karinenin varlığı konusunda bir ihtilaf bulunmamaktadır. Kanun evlilik birliğinin temelden sarsıldığına dair karinenin aksine ispatına izin vermediği için, burada bir "kesin karinenin" varlığı anlaşılmaktadır. Mahkemenin evlilik birliğini, ortak yaşamı sarsan olayları, maddi nedenleri araştırma yetki ve yükümlülüğü bulunmamaktadır. Somut olayda evlilik birliği temelden sarsılmamış olsa bile, birlikte başvuru ve davanın kabulü halinde evlilik birliğinin temelden sarsılmış olduğu kabul edilir. Bu konuda hakimin herhangi bir taktir yetkisi bulunmamaktadır. Neticede, TMK'nın 166/3. maddesinde aranan şartlar gerçekleştiği taktirde hakim evlilik kurumunun gerçekten sarsılmış olup olmadığını araştırmayacağı gibi, eşlerin kusurunu da araştırmayacaktır. Çünkü kanundaki düzenlemede

⁴¹ AKINTÜRK/KARAMAN Ateş; Aile Hukuku, s. 269; DOĞAN, s.1936; Tutumlu Mehmet Akif; Evliliğin Butlanı Boşanma, Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Adalet Yayınevi, s.234.

tarafların kusuruna ilişkin bir şart bulunmamaktadır⁴².Anlaşmalı boşanmada eşlerin kusurlu olup olmadıkları göz önünde tutulmamaktadır⁴³.

2. Çekişmesiz Yargı Faaliyeti Olması

Çekişmesiz yargı ile çekişmeli yargıyı ayıran en önemli kriteri çekişmesiz yargıda "ihtilaf (niza-çekişme)" yokluğunun olmasıdır. Şöyle ki çekişmesiz yargıda mahkeme, ilgililer arasında mevcut bir ihtilaf hakkında karar vermez. Bu ölçüte göre mahkemelerin baktığı ve ilgililer arasında ihtilafı olmayan tüm işler çekişmesiz yargıdır⁴⁴. Örneğin; evlenmeye izin verilmesi, isim değiştirilmesi, mirasçılık belgesi verilmesi, vasiye dava açmak ya da satış için izin verilmesi gibi⁴⁵

Türkiye'de çekişmesi yargı faaliyetlerini düzenleyen özel bir kanun var olmadığı, bu faaliyetler çeşitli kanunlarda dağınık olarak bulunduğu, TMK'nın 166/3 maddesinde düzenlenen ve çekişmesiz yargı faaliyeti olduğu kuşku götürmeyecek olan anlaşmalı boşanma, mahkemeler tarafından çekişmeli bir yargı faaliyetiymiş gibi yürütülmeye çalışılmaktadır. Anlaşmalı boşanma prosedüründe çekişmeli yargıya ilişkin terminoloji kullanılmakta, çekişmesiz bölüm için de dava tabiri kullanılmaktadır⁴⁶. Akıntürk'e göre bu konuda belirsizlikler bulunmaktadır⁴⁷. Öztan, anlaşmalı boşanmanın "çekişmesiz" yargı olduğu görüşünü kabul etmiştir⁴⁸. Tutumlu, yasal düzenlemede terminolojik özensizlik bulursa da, anlaşmalı boşanmanın çekişmesiz yargı alanına dahil bir boşanma nedeni olduğunu belirtmiştir⁴⁹. Özdemir de TMK. 166/3. maddesinde çekişmesiz yargı faaliyeti düzenlendiğini düşünmektedir⁵⁰. Yargıtay kararlarında anlaşmalı boşanmanın çekişmesiz yargıya giren bir hukuki düzenleme olduğu yönünde açık bir görüş bildirmemiştir.

Netice olarak Medeni Kanunumuzun 166/3 maddesinde de bir çekişmesiz yargı faaliyeti düzenlendiği söylenebilir. Boşanma ve yan sonuçları konusunda anlaşmış eşlerin, birlikte başvurmaları veya birinin açtığı davanın diğerinin kabulü durumunda,iradeleri

⁴² ÖZDEMİR, Nevzat, s. 112-114, SEÇER Öz,Fiili Ayrılık, s.42.

⁴³ ÖZTAN Bilge, Aile Hukuku,s.640.

⁴⁴ KURU Baki; Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, 1995, s.40.

⁴⁵ DOĞAN İzzet,Aile Hukuku, Legal Hukuk Dergisi, Cilt 2, Sayı 14,2004, s. 374.

⁴⁶ SEÇER Öz, Fiili Ayrılık, s. 42.

⁴⁷ AKINTÜRK/ KARAMAN, s. 270 .

⁴⁸ ÖZTAN, Bilge; Aile Hukuku, s. 692.

⁴⁹ TUTUMLU, Mehmet Akif, Boşanma Yargılaması Hukuku, Cilt II, Seçkin Kitapevi, Ankara, 2009, s.1066.

⁵⁰ ÖZDEMİR, s117-118.

birbiriyle uyum içinde olan taraflar kanundaki usuller çerçevesinde, boşanma olanağı sağlanmış olması karşısında bu durumun çekişmeli olduğu söylenemez⁵¹. Birlikte başvuruda, başvurudan itibaren ise çekişmesiz yargı; bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde ise, kabul anına kadar çekişmeli, kabulden itibaren ise çekişmesiz yargı söz konusu olacaktır. Türk öğretisi ve uygulamalarında, bir eşin diğerinin açtığı davayı kabul etmesi hali, çekişmeli yargı olarak nitelendirilmekte ve bu konuda yargı türü açısından bir tereddütten söz edilmemektedir⁵². Tartışmalı olan husus ise "eşlerin birlikte başvurması" halinin hangi yargı türüne tabi olduğudur⁵³.

Netice olarak ortaya konulan düşünceler anlaşmalı boşanmanın hukuki niteliğini tam olarak ortaya koymakta yetersiz kalmaktadır. Bu hususta tarafların davayı ortak dilekçe vermek suretiyle birlikte açıkları veyahut da anlaşmalı boşanma sebebi dışında açılıp, karşı eş tarafından kabul edilen diğer sebeplere dayalı boşanma davalarında ortada çekişmesiz bir yargı niteliğinin oluştuğu konusunda şüphe bulunmamaktadır. Tarafların tek başına diğer eşin hiç bir aşamada kabulü olmadığı veya sonradan da onay vermediği davayı açması çekişmesiz yargı olarak kabul edilemez. Tüm bu hususlar değerlendirildiğinde anlaşmalı boşanma davalarında ne davalı ne davacı taraf bulunmayıp, anlaşmalı boşanma davalarında sui generis bir yapı bulunmaktadır⁵⁴.

3. Tarafların Serbest İradelerinin Rol Oynaması

Anlaşmalı boşanma davasında boşanmaya karar verilebilmesi için hakimin tarafları kendisinin dinlemesi ve taraflar beyanlarının her hangi bir baskı ürünü olmadığına kanaat getirmesi gerekmektedir⁵⁵. Bu davada tarafların iradelerini serbestçe açıkladıklarına kanaat getirilmemişse gerekçeleri açıklanarak evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle boşanma (TMK. m. 166 f. I-II) yönünde deliller toplanarak bir karar verilmelidir⁵⁶.

Tarafların hiçbir baskı altında kalmadan serbest iradeleriyle boşanma yönünde beyanda bulunup bulunmadıklarının tespitinde hakimin başvuracağı nesnel bir ölçüt yoktur.

⁵¹ SURLU Mehmet Handan; Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, Beta, 2016, s.745.

⁵² SURLU, s.745.

⁵³ SURLU, s.745.

⁵⁴ İPEK, Ali İhsan; Türk Hukukunda Genel Boşanma Sebepleri, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s.95-96.

⁵⁵ GENÇCAN Ömer Uğur; Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku, 2010, Ankara, s.600.

⁵⁶ GENÇCAN Ömer Uğur; Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku, s.600.

Duruşmalarda eşlerden birinin boşanma isteksizliğinin belirlenmesi halinde, hakimin denetleme görevini özenle yerine getirmesi gereklidir⁵⁷. Örneğin, kabul açıklaması sırasında üzüntüsünü açıkça belli eden ,ağlayan ya da "eşim istediği için ben de kabul ediyorum" diyen eşin iradesinin özgür olduğu kabul edilemez⁵⁸. Böyle bir durumla karşılaşan hakimin 4787 Sayılı Yasaya göre tarafları psikolog gibi bir uzmana sevk ederek rapor alması doğru olur⁵⁹.

Hakim takdir yetkisini kullanarak ve gerekli bütün araştırmaları yaptıktan sonra boşanma iradesinin ciddi olup olmadığı ayrıca tarafların serbest iradelerine dayanıp dayanmadığına karar verecektir. Hakimin eşlerin boşanmaya yönelik iradelerinde sakatlık halinin var olup olmadığı konusunun araştırılması hususunda geniş taktir yetkisi vardır. Hakimin tarafları dinlemesi kamu düzenindedir.

II. ANLAŞMALI BOŞANMANIN KOŞULLARI

Anlaşmalı boşanma için TMK'nın 166/3. maddesine göre, evlilik en az bir yıl sürmesi halinde, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi durumunda evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu durumda boşanma kararı verilebilmesi için, hakimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerini serbestçe açıkladıklarına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilebilecek düzenlemeyi uygun bulması gerekmektedir. Hakim tarafların ve çocukların menfaatlerini nazara alarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü halinde boşanmaya hükmolunur. Bu durumda TMK'nın 184'üncü maddenin (3) numaralı bendi hükmünü uygulanmayacağı öngörülmektedir⁶⁰.

⁵⁷ DOĞAN, İstanbul Barosu Dergisi, s. 1937; AYAN Mehmet/AYAN Nurşen; Kişiler Hukuku,8. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2016, Ankara, s.90-91.

⁵⁸ DOĞAN, İstanbul Barosu Dergisi, s.1937; GENÇCAN Ömer Uğur, Boşanma Hukuku, 2010, s.587; TUTUMLU, s.235; SEÇER,49.

⁵⁹ DOĞAN, İstanbul Barosu Dergisi, s. 1937.

⁶⁰ ERGÜN Zafer, Boşanma Davaları Nişanlanma-Evlenme-Butlan-Velayet-Kişisel İlişki-Nafaka-Maddi ve Manevi Tazminat, 4. Baskı, Ankara, 2009, s .96.

A. Evliliğin En Az Bir Yıl Sürmüş Olması

Eşlerin anlaşmalı boşanabilmeleri için kanunun aradığı ilk koşul, evliliğin en az bir yıl sürmüş olması gereğidir. Bu koşulun gerçekleşip gerçekleşmediği hakim tarafından re'sen araştırılacak ve bir yıllık süre dolmamış ise anlaşmalı boşanmaya karar veremeyecektir⁶¹. Yargıtay ayrıca bu durumun kamu düzenine ilişkin olduğunu da belirtmektedir⁶².

Eşlerin bir yıllık süreyi bir arada geçirmesi şart değildir. Kanun koyucu bu düzenlemeyi eşlerin boşanma kararını acele vermesini önlemek ve eşlerin birbirini iyice tanımadan boşanmaya kalkışmalarının önüne geçmek için yapmıştır⁶³. Kanun evliliğin en az bir yıl sürmesini aradığından, bir yıllık sürenin başlangıcı, en erken evlenmenin kurulduğu tarihtir⁶⁴.

Kanununda söz edilen bir yıllık süre dava şartıdır⁶⁵. Dava şartları, yargılamanın esasına girilip incelenmesi ve yargılamanın ilerlemesi bakımından varlığı kesin suretle aranır⁶⁶.

Öğretide bir görüş, bir yıllık süre dolmadan dava açılması durumunda bazı hukukçular diğer koşullar incelenmeden davanın red edilmesi gerektiği yönündedir. Diğer bir görüşe göre anlaşmalı boşanma davasının bir yıllık süre dolmadan açılması halinde yargılama ekonomisi bakımından dava reddolunmalı, taraflara kanıtlarını bildirmesi için süre verilerek evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olup olmadığı araştırılmalıdır⁶⁷. Yargıtay bir yıllık süre dolmadan açılan davalarda evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olup olmadığının resen araştırılması gerektiğini, bu durumda taraf delillerinin sorulup toplanıp birlikte değerlendirilmesi, sonucunda evlilik birliğinin temelden sarsılıp sarsılmadığı araştırılması gerektiği düşüncesindedir⁶⁸.

⁶¹ ÖZDEMİR, s.120.; SEÇER, Fiili Ayrılık, s.44; AKINTÜRK/KARAMAN, s.270; GENÇCAN, Boşanma Hukuku, s.586; ERGÜN 97; TUTUMLU, Evliliğin Butlanı, 234; DOĞAN, s.1934.

⁶² Y2HD.,10.12.1997,12360-13465.

⁶³ GENÇCAN, Ömer Uğur, Boşanma Hukuku, Ankara, 2006, s.357, DOĞAN İzzet, s.1934.

⁶⁴ ÖZDEMİR, s.123.

⁶⁵ ÖZDEMİR, s.124.

⁶⁶ KURU Baki/ARSLAN Ramazan/ Ejder YILMAZ; Medeni Usul Hukuku,22. Baskı, Ankara, 2013, s.244; OĞUZMAN Kemal/DURAL Mustafa, Aile Hukuku, İkinci Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1998, s.128; HATEMİ Hüseyin /SEROZAN Rona; Aile Hukuku, 1993, s.238.

⁶⁷ DOĞAN İzzet, İstanbul Barosu Dergisi, s.1935.

⁶⁸ Yargıtay 2. HD 07.11.2007 T. ve 1911/15180.

Evlilik kurumunda evliliğin en az bir yıllık sürenin dolması durumunda eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde evlilik birliği temelinden sarsıldığı kabul edilir⁶⁹.

Örneğin eşlerin 20.05.2019 da evlendikleri, davanın ise 20.07.2019 da açıldığı bir durumda kanunun aradığı bir yıllık süre geçmediğinden boşanmanın TMK'nın 166/3. maddesi hükümlerine göre gerçekleşmesi mümkün olmamaktadır. Bu durumda davanın 166/1-2 maddesi çerçevesinde incelenip değerlendirilme yapması gerekmektedir⁷⁰.

Evliliğin bir yıl sürmüş olması koşulu re'sen getirilip dosyaya konulması zorunlu olan nüfus aile kayıt örneğinin onaylı suretinin incelenmesiyle anlaşılacaktır.

Öğretide bir görüş⁷¹ anlaşmalı boşanmanın gerçekleşmesi için evliliğin bir yıl sürmüş olmasının aramanın yerinde bir düzenleme olmadığını, tarafların aralarındaki anlaşmazlığı meydana getiren durumların bir yıllık süreden önce veya sonra ortaya çıkabileceği bu durumda eşlerin boşanma isteği ile hakime gidebilmelerini bir süre şartına bağlı tutmanın haklı görülemeyeceğini belirtmektedir. Diğer bir görüşe göre⁷² anlaşmalı boşanmaya başvurabilmeleri için evliliğin kurulmasından itibaren bir yıllık sürenin geçmesi isabetlidir. Eşler bir yıllık süreyi geçirmeden aralarında anlaşarak, içlerinden birinin mahkemeye evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle başvurmasını ve boşanmanın elde edilmesini sağlayabilirler. Kanun koyucunu amacı süre koşulu getirerek eşlerin bir kez daha düşünmelerini ve daha yerinde bir değerlendirme yapmasını sağlamak ise o taktirde

⁶⁹Yargıtay 2. HD 26.09.2005 T. ve 10527/12785 sayılı kararına göre; "...Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesi ile "Evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde evlilik birliği temelinden sarsılmış" ilkesini getirmiştir. Dosyadaki nüfus kaydından tarafların 15.10.2004 tarihinde evlendikleri ve davanın açıldığı tarihte henüz bir yıllık sürenin dolmadığı anlaşılmıştır. Mahkemece tarafların gösterdikleri delillerin toplanarak, MK'nın 166/1-2 maddesindeki şartların oluşup oluşmadığı araştırılıp sonucuna göre bir karar vermesi gerekirken, MK'nın 166/3 maddesinde öngörülen bir yıllık süre şartı gerçekleşmeden tarafların kabulüne dayanarak boşanmaya karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır." Yargıtay 2. HD 03.04.2008 T. ve 7001/4662 sayılı kararına göre; "...Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesi ile "Evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin davasını diğer eşin kabul etmesi halinde evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır" hükmü getirilmiştir. Dosyadaki nüfus kaydından tarafların 15.10.2004 tarihinde evlendikleri ve davanın açıldığı tarihte henüz bir yıllık sürenin dolmadığı anlaşılmıştır. Mahkemece, tarafların gösterdikleri deliller toplanarak, TMK'nın 166/1-2 maddesindeki şartların oluşup oluşmadığı araştırılıp sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, TMK'nın 166/3 maddesinde öngörülen bir yıllık süre şartı gerçekleşmeden tarafların kabulüne dayanarak boşanmaya karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır."

⁷⁰GENÇCAN Ömer Uğur, Boşanma Hukuku, 2010, s.587.

⁷¹ÖZDEMİR, s.123.

⁷² SEÇER ÖZ, s.45.

bu amaca uygun olacak şekilde bir yıllık süre ortak hayatın devam etmesi gereken süre olarak öngörülmektedir⁷³.

B. Eşlerin Boşanmak Üzere Birlikte Başvuruları veya Bir Eşin Açtığı Davayı Diğerinin Kabul Etmesi

1. Eşlerin Mahkemeye Birlikte Başvurusu

TMK'nın 166/3. maddesinde anlaşmalı boşanma için eşlerin birlikte başvurabileceklerine açık bir şekilde değinilmiştir. Fakat bu şekilde mahkemeye başvurduklarında bu başvurunun nasıl olacağına ilişkin maddede bir açıklık bulunmamaktadır. Bu hususta iki olasılık akla gelmektedir. Birinci durumda eşler bir araya gelip boşanma dilekçesi yazarak altını imzalayıp mahkemeye sunmaları halinde yargılamanın başlaması söz konusu olacaktır. İkinci durumda ise uygulamada görüldüğü gibi anlaşmalı boşanma davası için tek imzalı dilekçe yeterli olacaktır⁷⁴.

Boşanmanın gerçekleşmesi amacıyla karı koca birlikte başvurarak anlaşmalı şekilde boşanmak isteyebilirler. TMK'nın m. 166/3 maddesinde eşlerin birlikte başvurabileceği açıklandığı halde bu davada hangisinin davacı ve davalı olacağı belirsizdir⁷⁵.

Anlaşmalı boşanma talebinde bulunan eşler beraber başvurdukları takdirde bu eşlerden hangisinin davacı hangisinin davalı olduğu hususunu belirlemek önem taşımaktadır. Bu durumun uygulamada karışıklığa neden olmaması için duruşma sırasında hakim tarafından hangi tarafın davacı hangi tarafın davalı olduğu belirlenerek zapta geçilmesi en doğru çözüm olacaktır.

Akıntürk, eşler boşanmak üzere önceden aralarında anlaşarak başvuruda bulunabilirler. Başka bir anlatımla boşanma davasını beraberce açabilirler. Böyle bir durumda çekişmeli yargı türünden olan boşanma davasında eşler birlikte başvurduklarına göre acaba dava dilekçesinde her ikisi de hem davacı, hem davalı olarak mı gösterilecektir?

⁷³ SEÇER Öz, Fiili Ayrılık, s.45; DOĞAN, İstanbul Barosu Dergisi, s.1935; TUTUMLU, Evliliğin Butlanı, s.235; ERGÜN, s.97; GENÇCAN, Boşanma Hukuku, s.587.

⁷⁴ SEÇER, Fiili Ayrılık, s. 46; ERGÜN, s.97; ARAS, s.73; DOĞAN, İstanbul Barosu Dergisi, s.1936; GENÇCAN, Boşanma Hukuku, s.589.

⁷⁵ GENÇCAN, Boşanma Hukuku, 2010, s.589.

Yoksa bu boşanma sebebi dolayısıyla boşanma, her iki eşin ortaklaşa bir dilekçe vermeleri biçiminde çekişmesiz yargı türü olup olmadığını tartışmaktadır⁷⁶.

Kılıçoğlu, boşanma bir nizalı kaza olduğuna ve açılacak davada taraflardan biri davacı iken diğeri davalı olduğuna göre eşlerin ortak bir dilekçe ile boşanma için başvurmaları halinde usul hukuku açısından önemli sorunlar ortaya çıkabilir. Ancak burada ortak dilekçede eşlerin yine birisi davacı gösterilecek, davalı gösterilen diğere eş de bu davayı kabul iradesini imza ile onaylayacaktır⁷⁷.

Yargıtay uygulamasına göre ise boşanma davası çekişmeli yargı faaliyetidir. Buna rağmen anlaşmalı boşanma kanun hükmünün içeriği itibariyle bir çekişmesiz yargı faaliyetidir, bu sebeple birlikte başvuru durumunda dava başından beri çekişmesiz yargıya tabi olurken, başka bir nedenle açılmış olan boşanma davasında yargılamanın ilerleyen herhangi bir bölümünde eşlerin anlaşmaları halinde artık anlaşma anına kadar çekişmeli yargı faaliyeti olan boşanma davası anlaşmadan itibaren çekişmesiz yargı faaliyeti olarak vuku bulmaktadır. Yargıtay son dönem kararlarında açık bir şekilde olmasa da anlaşmalı boşanmanın çekişmesiz yargı faaliyeti olacağı konusunda fikir beyan etmiştir⁷⁸.

2. Eşlerin Birinin Açtığı Davayı Diğereinin Kabul Etmesi

Anlaşmalı boşanma için tarafların birlikte başvurmaları, şartı bulunmamaktadır. Eşlerden birinin TMK'nın 166/3. maddesine göre açmış olduğu davasının bulunması koşuluyla diğere eş bu davanın herhangi bir aşamasında kabul ederek anlaşmalı boşanma gerçekleştirilebilir⁷⁹.

Anlaşmalı boşanma davası gerçekleştirmek isteyen eşlerin TMK'nın 166/3. maddesi uyarınca tek başvuru harcıyla birlikte dava açabilirler⁸⁰. Yargıtay da bu konuda aynı görüştedir⁸¹.

⁷⁶ AKINTÜRK, s.262.

⁷⁷ KILIÇOĞLU Ahmet; "Boşanmayla İlgili Olarak Medeni Kanunumuzda Yapılan Son Değişiklikler", İçinde: Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 1988/3, s.387.

⁷⁸ Y 2HD,12.02.2008, 4531-1409.

⁷⁹ GENÇCAN, Boşanma Hukuku, 2006, s.359, AKINTÜRK/KARAMAN; Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, s. 270.

⁸⁰ GENÇCAN, Boşanma Hukuku, 2010, s.589.; ÖZÜĞURLU Ali İhsan, Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları, Ankara, 2011 s.479-480.

⁸¹ Yargıtay 2. HD, 15.03.1990 t. 11382-2844 sayılı hükmünde; "...743 sayılı Medeni Kanunun 134/3. maddesi: evlilik en az bir yıl sürmüş ise eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğereinin davasını kabul

Yargıtay'ın iki başvuru harcının zorunlu olduğu kararları da bulunmaktadır.Fakat taraflar birlikte başvurarak zaten iradelerinin birbiriyle örtüştüğünü, bu durumda davalı ve davacı olmak üzere iki tarafın olduğu kabul edilemeyeceği, eşler arasında çekişme olmadığı bu durumda iki ayrı başvuru harcından söz edilemeyeceği ifade edilmektedir.Karşı oyda anlaşmalı boşanma davasında eşlerden birinin "davalı" olduğu başka bir deyişle "çekişme çıkaran taraf" olduğu düşünülemeyeceği ifade edilmiştir⁸².

Boşanma davası devam ederken, boşanma davasının her hangi bir kısmında tarafların birbiriyle anlaşması durumunda başından beri çekişmeli devam eden dava anlaşmalı boşanma durumuna dönüşecektir. Davanın her bölümünde tarafların bu iradesini açıklaması mümkündür⁸³.

Yargıtay, özel boşanma sebeplerinden birine dayalı olarak açılmış olan boşanma davasının devamı sırasında davalının davanın her hangi bir aşamasında davayı kabul etmesi ile tarafların anlaşmalı boşanmayı gerçekleştiremeyeceğini, ancak usulüne uygun bir şekilde yapılacak bir ıslah durumunda bunun mümkün olacağını kabul etmektedir⁸⁴.

Eşlerden birinin açtığı davayı diğerinin kabul etmesi, hiçbir baskı altında olmadan özgür iradeyle oluşması gerekir. Bu hususta hakimin başvuracağı nesnel bir ölçüt yoktur. Duruşmada eşlerden birinin isteksizliğini belirtmesi halinde, hakim denetleme görevini özenle yerine getirmesi gerekir⁸⁵. YHGK 2.11.1994, E.2-406,K.685 kararında anlaşmalı boşanma davasının yargılaması sırasında, önce açılan boşanma davasını kabul eden davalının, bir sonraki duruşmada önceki kabulünün serbest irade ile olmadığını belirterek

etmesi halinde evlilik birliğinin temelinden sarsılmış sayılacağını, bu halde boşanma kararı verilebilmesi için hakimin bizzat tarafları dinleyerek iradenin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi halinde boşanmaya karar verebileceğini hükme bağlamıştır. Sözü edilen madde genel usul kurallarından ayrılmış, eşlerin birlikte kaleme alacakları dilekçe ile boşanma davası açabileceklerini kabul etmiştir. Karı koca boşanmaya ilişkin dilekçelerini birlikte kaleme almışlardır. Harçlar yasasının bir sayılı tarifesi uyarınca da tek bir başvurma harcı yatırılmıştır. Koca tarafından ikinci bir başvurma harcının yatırılmamış olması onun davasının bulunmadığı anlamını taşımaz. Dava kadının ve kocanın boşanma isteklerini içermektedir. Koca hüküm kesinleşmeden 12.03.2002 tarihli dilekçesi ile kendi davasından feragat etmiştir. Feragat tek yanlı bir hukuki işlem olup, karşı tarafın kabulüne bağlı bulunmamaktadır. Gerçekleşen bu durum karşısında kocanın kendi davasının feragat sebebiyle reddine karar vermek üzere hükmün bozulması gerekmiştir."

⁸² Y 2HD,12.02.2008, 4531-1409.

⁸³ SEÇER,Fiili Ayrılık, s. 48; GENÇCAN,Boşanma Hukuku,s.592; AKINTÜRK/KARAMAN, s.270; DOĞAN, İstanbul Barosu Dergisi, s.1937.

⁸⁴ Y2 HD,11.1.1995, 13182/15.

⁸⁵ DOĞAN,İstanbul Barosu Dergisi, s. 1937; AKINTÜRK/KARAMAN, s.270; GENÇCAN, Boşanma Hukuku, s.595; SEÇER, Fiili Ayrılık, s. 48.

kabulünden dönmesi halinde, mahkemece anlaşmalı boşanma kararı verilemeyeceğine hükmetmiştir.

C. Hakimin Tarafları Dinlemesi Koşulu

Anlaşmalı boşanma davasında anlaşmanın sağlanabilmesi için tarafların iradelerini açıklamaları gerekmektedir. İrade açıklamasında; taraflar bizzat dinlenmelidir, tarafların imzaları alınmalıdır. Eşlerden biri vesayet altında ise TMK'nın 166/1. maddesi hükmüne göre inceleme yapılmalıdır ⁸⁶.

1. Anlaşmalı Boşanma Davasında Tarafların Bizzat Dinlenmesi

Tarafların hakim tarafından bizzat dinlenilmemesi halinde anlaşmalı boşanma kararı verilemez. Taraflar ister birlikte başvursunlar isterlerse bir eşin açtığı davanın diğerince kabul edilmesi durumunda hakim tarafları bizzat dinleyecektir. Hakimin tarafları gözlemlemesi bu davalarda kanun koyucu tarafından çok önemsenererek; ancak hakimin tarafların boşanmasında serbest iradesine dayandığı sonucuna varırsa anlaşmalı boşanmaya karar verebilecektir ⁸⁷.

Eşlerin bizzat o davanın duruşma hakimi tarafından dinlenilmesi zorunlu ve bu husus kamu düzenindedir. Eşlerin her ikisi ya da birinin istinabe-talimat yolu ile dinlenilmesi geçerli olmaz. Yine sağlık vs. gibi nedenlerle duruşmaya gelmeyen eşin, keşif yolu ile dinlenmesine hiçbir engel yoktur⁸⁸.

Hakimin, anlaşmalı boşanma konusunda karar verebilmesi için tarafların iradelerini açıklarken hertürlü etkiden uzak kendi hür iradesiyle beyanda bulunduğunu hususunu anlamalıdır ⁸⁹.

Doğan, eşler hakim huzurunda bizzat dinlenmiş olsalar bile, o duruşmada karar verilmemiş ise ve mahkemede hakim değişikliği olmuş ise kararı veren hakim tarafından

⁸⁶ SEÇER, Fiili Ayrılık, s. 48; TUTUMLU, Evliliğin Butlanı, s.235; ERGÜN, s.450; GENÇCAN, Boşanma Hukuku,s.593.

⁸⁷ AKINTÜRK Turgut; Türk Medeni Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, 2. Cilt, 10. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2006, s.280.

⁸⁸ DOĞAN, s. 1938; GENÇCAN, Boşanma Hukuku, s.593; ERGÜN, s.98; SEÇER, Fiili Ayrılık, s.49.

⁸⁹ ERGÜN, s.99.

yeniden dinlenmesi yasanın amacına daha uygun olacaktır. Çünkü hakimın eşlerin açıkladıkları iradenin özgürce oluşup oluşmadığı tanısı çok önemlidir.⁹⁰

Anlaşmalı boşanma davasında taraflar bizzat hakim tarafından dinlenmelidir. Aile Mahkemesi hakiminin iradelerin serbestçe açıklandığına kanaat getirebilmesi için hem davacı eşi hem davalı eşi bizzat dinlemesi şarttır. Anlaşmalı boşanma davalarında iki tarafında hazır bulunup, bizzat anlaştıklarını beyan etmez veya hakim tarafından anlaşmaları uygun bulunmaması durumunda taraflardan delilleri sorulup, toplanması sonucunda evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olup olmadığının TMK'nın 184. maddesi çerçevesinde taktiri gerekirken, davacı asil dinlenilmeksizin davacı vekili ve davalının beyanı ile boşanma hükmü kurulmuş olması usul ve yasaya aykırıdır. Anlaşmalı boşanma davasında verilen kararın uzun süre sonra tebliğe çıkarılması açıklanan iradenin samimi olmadığını göstergesidir.⁹¹

Aile mahkemesi hakiminin tarafların iradelerin serbestçe açıklandığı hususunda fikir beyan etmesi için hem davacıyı hem davalıyı aynı anda bizzat dinlemesi gerekir, talimat yoluyla dinleme anlaşmalı boşanmada bizzat dinleme yerine geçmez⁹².

Hakimin tarafları dinlemesi kamu düzenindedir ve emredicidir⁹³. Kanun tarafların bizzat dinlenmesini öngördüğünden vekilin beyanı ile anlaşmalı boşanma yoluna başvurulamaz. Avukatın vekâletnamesinde özel yetkisinin olması durumu değiştirmez. Davacının bulunduğu duruşmada vekilinin beyanı alındığı halde davacının imzalı beyanı bile alınmamış ise anlaşmalı boşanmaya karar verilemez⁹⁴.

Anlaşmalı boşanma davasında eşlerden birinin vasi ile temsil edilmesi durumunda dava TMK'nın 166/1. ve 2. maddesinde göre sürdürülmelidir. Yasa eşlerin bizzat dinlenmesini öngördüğünden hukuki ehliyeti olmayan bir eş anlaşmalı boşanma yolu ile boşanamaz, kişiye sıkı sıkıya bağlı olan boşanma hakkı vasi tarafından kullanılamaz⁹⁵.

⁹⁰ DOĞAN, İstanbul Barosu Dergisi, s. 1938.

⁹¹ Y2HD, 29.09.2005, 10528-13106"...Tarafların anlaşarak boşanma taleplerine ve bu yönde hüküm almalarına rağmen, hüküm tebliğ verilmeyip bir yıl birlikteliğin sürdürülmesi, açıklama iradenin samimi olmadığını gösterir. Bir yıl sonra hükmün tebliğ ettirilmesi MK.'nın 2. maddesi ile bağdaşmaz."

⁹² GENÇCAN, Boşanma Hukuku, 2010, s.594-595.

⁹³ SEÇER, Fiili Ayrılık, s. 49.

⁹⁴ ERGÜN Zafer, s. 98.

⁹⁵ DOĞAN, İstanbul Barosu Dergisi, s.1939.

2. Anlaşmalı Boşanmada Tarafların İmzaları Alınmalıdır

Anlaşmalı boşanma davalarında duruşma zaptına geçirilen beyanı kendisine HMK'nın 151. maddesine göre imzalatılmalıdır⁹⁶.

Dava dilekçesinde dava konusu (anlaşmalı boşanma) olarak gösterilip , tarafların dinlenerek davacı ve davalı tarafın imzalı beyanlarının alınması yeterlidir. Davacı eşin ya da davalı eşin zapta geçirilen beyanı kendisine imza ettirilmemiş ve okunmamış ise bu zapta dayanılarak anlaşmalı boşanma kararı verilmesi olanaksızdır⁹⁷.

Duruşma tutanağında tarafların imzalarını alınmaması halinde anlaşmalı boşanmanın şartlarının tam olarak oluştuğu kabul edilemez⁹⁸.

Taraflar boşanma konusundaki anlaşmalarını yazılı bir metin şeklinde dosyaya sunabilecekleri gibi, sözlü olarak da kararı verecek mahkemede bizzat açıklayabilirler. Bu durumda sözlü açıklamanın hakim tarafından duruşma tutanağına yazılarak eşlere imzalatılması zorunludur. Duruşma tutanağındaki anlaşma beyanında tarafların imzaları olmaması halinde TMK'nın 166/3. maddesine göre boşanmaya hükmedilemez. Mahkemece bu durumun taraflara açıklanması, tarafların tutanağı imzalamaktan kaçınmaları halinde, TMK'nın 166/1. maddesi kapsamında delillerin incelenip karar verilmesi gerekir. Bu durumda TMK'nın 166/3. maddesi uyarınca boşanmaya karar verilmesi mümkün değildir⁹⁹.

3. İradenin Serbestçe Açıklanması

Hakim tarafların anlaşmalı boşanma konusunda iradelerinin hiçbir baskı altında olmadığına kanaat getirmelidir. Eşler hiçbir baskı altında kalmadan anlaşmalı boşanma protokolünü hür iradeleri altında imzaladıkları konusunda hakimi ikna etmelidir. Fakat bazen eşler birbiri üzerinde baskı ve zorlama kurarak anlaşmalı protokoldeki şartları imzalamak hususunda karşı tarafı ikna edebilirler. Bu durumun önüne geçmek amacıyla hakim tarafları hem birlikte hem ayrı ayrı dinlemelidir.¹⁰⁰

⁹⁶ GENÇCAN, Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku, 2010,s.595; DOĞAN, İstanbul Barosu Dergisi,s.1939; SEÇER,Fiili Ayrılık, s.46, ERGÜN, 98.

⁹⁷ GENÇCAN, Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku, 2010, s.595-596.

⁹⁸ Yargıtay 2 HD., 12.11.1990 T., 4932-10713 sayılı kararı.

⁹⁹ Yargıtay 2 HD., 22.06.2009 T., 10158-12081 sayılı kararı.

¹⁰⁰ ERGÜN Zafer, s.98, ÜLKÜ Atmaca Hande, Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma Protokolü, Doktora Tezi, İstanbul, 2017, s. 57.

Eşlerden birinin vesayet altına alındığı durumlarda vasinin iradesini boşanma yönünde açıklaması ile anlaşmalı boşanma yönünde karar verilemez. Bu durumda vasi ile diğer tarafın gösterecekleri deliller toplanıp, TMK'nın 166/1-2 maddesine göre bu husus değerlendirilir¹⁰¹.

Hakim, takdir yetkisini kullanarak ve gerekli bütün araştırmaları yaptıktan sonra boşanma iradesinin ciddi olduğuna ve serbestçe oluştuğuna karar verebilir, hakim eşlerin boşanmaya yönelik irade beyanlarında bir sakatlık halinin var olup olmadığını kontrolle yükümlüdür ve bu hususta geniş taktir yetkisine sahiptir¹⁰².

Taraf iradelerinin açıklanıp açıklanmadığı hususu kamu düzenine ilişkin bir husus olduğundan hakimin bu konuda takdir yetkisini oldukça geniştir. Hakim bu hususta taktir yetkisini kullanmadan evvel her türlü incelemeyi yapması gerekmektedir. Şüphe halinde salt eşlerin beyanlarıyla bağlı kalmayacaktır. Açıklanan iradenin özgür bir iradenin ürünün olmadığını tespit etmesi durumunda boşanma talebi gerekçesiyle reddedilecektir¹⁰³.

Hakimin anlaşmalı boşanma davalarında eşleri ayrı ayrı ayrıca bir dahaki celse beraber dinlemesinde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Böylece iş yükünün fazla olduğu uygulamada hakimin taraflar hakkında gözlemi daha doğru olacaktır. Hakimin tarafların iradesinin baskı altında kalmadan özgürce verildiğine ikna olması gerekir¹⁰⁴.

Yargıtaya göre tarafların anlaşmalı boşanma davalarında, anlaşarak boşanma taleplerine ve bu yönde hüküm almalarına rağmen, hükmün tebliğ verilmeyip bir yıl birlikteliğin sürdürülmesi, açıklanan iradelerinin samimi olmadığını göstermektedir. Yargıtay isabetli olarak bir yıl sonra hükmün tebliğ ettirilmesi TMK'nın 2. maddesiyle bağdaşmayacağı görüşündedir.¹⁰⁵

¹⁰¹ Yargıtay 2 HD., 31.10.2007 T., 12680-14604 sayılı kararında;..."Davacı koca tarafından Türk Medeni Kanununun 166/1. maddesine dayalı evlilik birliğinin temelinden sarsıldığından bahisle açılan davada davalı kadının vesayet altına alınarak kısıtlandığı ve duruşmaların velayeti altına konulan babası tarafından sürdürüldüğü anlaşılmıştır. Mahkemece tarafların anlaşmaları üzerine Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesi gereğince boşanma kararı verilmiştir. Hakim huzurda vasinin iradesini boşanma doğrultusunda açıklamış olması, boşanma isteğinin şahsa bağlı haklardan olması sebebiyle sonuç doğurmaz. Asilin dinlenme olanağı da yoktur. 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 etmekle yetinilmiştir."

¹⁰² SEÇER ÖZ, Fiili Ayrılık, s. 48-49; ERGÜN, s.98; DOĞAN, İstanbul Barosu Dergisi, s.1939.

¹⁰³ YALIN Şeyda Şanlı, s. 39.

¹⁰⁴ YALIN Şeyda Şanlı, s. 38.

¹⁰⁵ Yargıtay 2 HD., 25.03.2009 T., 3032-5522 sayılı kararında;..."Tarafların anlaşarak boşanma taleplerine ve bu yönde hüküm almalarına rağmen, hüküm tebliğe verilmeyip üç yıl birlikteliğin sürdürülmesi açıklanan

4. Eşlerin Saiklerinin Dikkate Alınıp Alınmayacağı

Anlaşmalı boşanma davalarında eşleri boşanmaya iten sebep veya saik hakim tarafından sorulmamalıdır¹⁰⁶.

Anlaşmalı boşanma davalarında evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurmaları ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Hakimin boşanmaya karar verebilmesi için bu birlikte başvuru veya birinin davasının diğeri tarafından kabul edilmesi yeterli değildir. Hakim bu beyanların evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı yönünde taraflarda oluşan samimi bir kanaat ve serbest bir iradenin ürünü olduğunu anlaması gerekir¹⁰⁷.

Fakat hemen ifade etmeliyiz ki bu karardan hemen sonra yargıtay görüş değiştirerek, davacının babasından dulluk maaşı alma amacıyla davayı açmış olabileceği şeklinde ifade edilen konunun saike ilişkin olması sebebiyle boşanma hususunda iradeyi ortadan kaldırmadığı, söz konusu madde koşulları oluştuğundan boşanmaya karar verilmesi gerekirken kanun maddesi yorumunda yanılıya düşülmesini doğru bulmamıştır¹⁰⁸. Yargıtayın anlaşmalı boşanmada saik konusundaki görüşü henüz netleşmemiş olup, bazı kararlarda saik arayacağı izlenimi vermektedir.

Saik sözcüğü ile bir hukuki işlemin yapılmasına asıl olan maksatlar ve gayeler anlaşılmaktadır. Saik yerine Türkçe güdü veya iç nedenler sözcüğünü kullanmakta mümkündür¹⁰⁹.

3444 sayılı kanun ile hukukumuzda giren anlaşmalı boşanma hükümleri ile uzun yıllar süren boşanma davaları problemine önemli bir rahatlama olanağı getirmiş bu davalarda bir artış gözlemlenmiştir. Fakat bir kısım anlaşmalı boşanma davalarında

iradenin samimi olmadığını gösterir. Tarafların halen aynı adreste birlikte oturdukları da tebliğ parçalarından anlaşılmaktadır. Bir yıl sonra hükmün tebliğ ettirilmesi Medeni Kanunun 2. maddesiyle bağdaşmaz. Bu nedenle hukuka aykırı hükmün bozulması gerekmiştir. Yargıtay 2 HD., 18.02.2004 T., 16350-1814 sayılı kararında;..."Taraflar 10.11.1999'da anlaşmalı boşanmışlar ancak birliktelik devam etmiş, 23.03.2002 tarihinde birliktelikten çocuk Ayberk dünyaya gelmiş, koca boşanma ilamını 2.7.2003 'te davalı yana tebliğe çıkarmıştır.Tarafların boşanma kararına rağmen evlilik birliğini sürdürmeleri karşısında hakim önündeki açıklamaları serbest ve samimi bir irade ürünü olmadığını göstermektedir. Davacı kocanın boşanma kararından sonra yaklaşık 3 yıl karı koca gibi yaşantısını sürdürmesi, evliliğin devamı hususunda güven vermesi ve 3 yıl sonra 3 yıl önceki mali şartlarla boşanmayı sağlamak üzere kararı tebliğe çıkarması Medeni Kanunun 2. maddesiyle bağdaşmaz. Hükmün bozulması gerekmiştir."

¹⁰⁶ TUTUMLU, Boşanma Yargılaması Hukuku,s.157; DOĞAN, İstanbul Barosu Dergisi, s. 1939; GENÇCAN, Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku, 2010, s.597.

¹⁰⁷ Yargıtay 2 HD., 17.01.1991 tarih, 7288-9704 sayılı karar.

¹⁰⁸ Yargıtay 2 HD., 20.10.1993 tarihli 8625-9559 sayılı karar.

¹⁰⁹ DOĞAN, İstanbul Barosu Dergisi ,s. 1939.

tarafların rasyonel amaç dışında boşanma talebinde buldukları sosyolojik bir vaka olarak bilinmektedir. Örneğin, yurt dışında iş bulmak üzere yabancı bir kadınla evliliğin yapılmasını sağlamak; alacaklıdan mal kaçırmak, kadının babasından dulluk maaşı alabilmek gibi¹¹⁰. Aslında bu tür yasal başvurular, özünde kanuna karşı hile hallerini kapsamaktadır.

Uygulamada taraflar asıl niyetlerini açıkça dilekçelerinde belirtmeleri veya mahkemede sözlü olarak dile getirmeleri söz konusu değildir. Bu durumda hakim yasal koşulları tamamen taşıyan anlaşmalı boşanma taleplerini kabul etmek dışında karar verme olanağı bulunmamaktadır. Yukarıda anlattığımız gibi kanuna karşı hile bile saiki dosyaya yansıtılmamakta, sosyolojik bir vaka olarak bilinmektedir. Hakimin dosyaya yansımayan böyle bir durumu kişisel bilgi ve yorumu ile hükme dayanak yaparak davanın reddine karar vermesi bozma nedenidir¹¹¹.

Anlaşmalı boşanma davasında tarafların saik konusunda açıklama yapma yükümlülüğü bulunmazken, eşlerin iradelerinin her hangi bir baskı altında olup olmadığı hususunu hakimin denetleme zorunluluğu vardır.Hakim için anlaşmalı boşanma davalarında tarafların sonuca hangi iç nedenle gittiği önem taşımamaktadır.Hakimin sorumluluğunda kalan husus eşlerin boşanma sonucunda aldıkları kararın her hangi bir baskı altında kalmamış olduğu yönünde araştırma yapmak olup, saik hususu bu noktada önem taşımamaktadır¹¹².

¹¹⁰ TUTUMLU,Boşanma Yargılaması Hukuku, s.157; GENÇCAN, Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku, s.598; TOPÇUOĞLU Hamide, Kanuna Karşı Hile (Kanundan Kaçınma Yolları), Doktora Tezi, Seliloz Basımevi, İzmit, 1950, s.188.

¹¹¹ TUTUMLU, Boşanma Yargılaması Hukuku , s.158.

¹¹² TEKİN Helin Neval, Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2017, s. 65.

D. Hakimın Anlaşma Şartlarını Boşanmanın Mali Sonuçları ile Çocukların Durumları Yönünden Uygun Bulması

1. Anlaşmanın Hukuki Niteliği ve Şekli

TMK'nın 166/3 maddesine göre yapılacak anlaşma hakimın katılımı bulunsun ya da bulunmasın, anlaşmalı boşanmaya karar verilebilmesi için aranan maddi unsurlardandır. Eşlerden her hangi birinin anlaşmadan vazgeçmeleri anlaşmalı boşanma kararı verilebilmesi için gerekli unsurdan birinin yokluğu sonucunu doğurur¹¹³.

Eşler arasında yapılan anlaşma, boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin taraflarca düzenlenen hakimın özel onayına bağlı özel hukuk sözleşmeleridir¹¹⁴.

İsviçre Hukuku'nda, eşlerin Anglo-Sakson geleneğinde yapıldığı gibi evlenme sırasında bir boşanma anlaşması yapmaları hususunda bir engel olmadığını belirtilmektedir. Ayrıca bir eşin, koşullar değiştiğinde veya zamanında verilmiş tavizlerin artık bulunmadığı durumlarda, davanın açılmasından uzun yıllar önce böyle bir anlaşmanın yapılmasına rıza göstereceğini düşünmesinin çok zor olduğu belirtilmektedir¹¹⁵.

Eşlerin anlaşmalı protokol metnini yazılı ya da sözlü olarak hakime sunmaları konusunda herhangi bir sakınca bulunmamaktadır. Fakat anlaşmalı boşanma metninin yazılı olarak düzenlenmesinin bir çok avantajı bulunmaktadır, öncelikle şekil şartı olarak yazılılığın getirdiği avantajlardan taraflar faydalanabilmektedir. Yazılı şekil taraflar açısından anlaşmanın koşullarını incelerken daha dikkatli düşünme avantajı sağlarken, hakimın protokolün şartlarını rahat bir şekilde denetimini sağlar. Eşler yazılı anlaşma üzerinde ayrıntılı düşünüp buna göre karar verirler. Ayrıca anlaşma metninin yazılı olması hakimın metni önceden okuyup inceleme fırsatı vermektedir¹¹⁶.

Seçer, anlaşmalı boşanmaya karar verilebilmesi için lege feranda tarafların yaptığı protokolün geçerli olması bakımından yazılı şekilde yapılmasının tarafların faydasına olacağı düşünülmektedir. Anlaşmalı boşanma kararı verilebilmesi için tarafların anlaşma

¹¹³ ÖZDEMİR, s.156, ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 694.

¹¹⁴ YILMAZ-BİLGİN, Esra Pınar, Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, İstanbul, 2016,s.72.

¹¹⁵ SEÇER ÖZ, Anlaşmalı Boşanmada Eşlerin Aralarında Yaptıkları Anlaşma, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S. 2, 2016. s. 259-286.

¹¹⁶ ÖZDEMİR, s.170, YILMAZ-BİLGİN, s.76.

metninin tüm ayrıntıları üzerinde hem fikir olmaları ve bunu serbest iardeleriyle gerçekleştirildiği konusunda hakimin onayı olmalıdır. Yazılı şekil şartının, kanunen geçerli şekil şartı haline getirilmesi, tarafların anlaşmalı boşanma yoluna giderken daha dikkatli düşünmeye sevk edecek, bu hususta düşünmeden acele bir karar almalarının önüne geçecektir.¹¹⁷

2. Anlaşmada Yer Alması Gereken Unsurlar

a. Mali Konular

Eşlerin anlaşma ile düzenleyebilecekleri başlıca mali konular, eşlerin birbirlerinden talep edebilecekleri maddi ve manevi tazminat miktarı ile yoksulluk nafakasıdır¹¹⁸.Eşlerin katılma alacağını da bu kapsamda saymak gerekir¹¹⁹.

Ölüme bağlı tasarrufların hükümsüzlüğü ve mal rejimi tasfiyesini de mali konular arasında sayılabilir¹²⁰. Anlaşmalı boşanmada tarafların boşanmanın mali sonuçlarına ilişkin anlaşmış olmaları, anlaşmalı boşanmanın maddi koşullarındandır. Bu kavramlar aşağıda açıklanmıştır.

aa.Mal Rejiminin Tasfiyesi

Anlaşmalı boşanmayı düzenleyen TMK 'nın 166/3. maddesinde tarafların mal rejimi tasfiyelerine ilişkin bir atıf bulunmamaktadır. Fakat bu anlaşmalı boşanma protokolünde mal rejimi tasfiyesine ilişkin bir hüküm bulunmayacağı anlamına gelmemektedir¹²¹.Kanun'un 179. maddesi üst kenar başlığından başlayarak, boşanma halinde tarafların tabii oldukları mal rejimine ilişkin kanun hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir .Bu durumda, boşanma anlaşmalı olsa dahi mal rejiminin tasfiyesi söz konusudur. Öte yandan protokolün mali unsurları içinde ölüme bağlı tasarruflar ve mal rejiminin tasfiyesine ilişkin hususların yer alması protokol açısından sakınca yaratmadığı

¹¹⁷ SEÇER, s. 259-286.

¹¹⁸ GENÇCAN, Boşanma Hukuku, 2010, s.603; SEÇER, İsviçre ve Türk Hukuklarında Anlaşmalı Boşanma ve Fiili Ayrılık Sebebiyle Boşanma, s.52.

¹¹⁹ DOĞAN, İstanbul Barosu Dergisi ,s. 1940.

¹²⁰ YALIN, s.70.

¹²¹ ÖNCÜ, s.813.

gibi tarafların bu hususu anlaşma konusu yapmaları mümkün olmaktadır veya anlaşmalı boşanmada mal rejiminin tasfiyesinde genel boşanma hükümleri uygulanır denilebilir ¹²².

TMK'nın mal rejiminin boşanmaya dayalı olarak sonra ermesini dava tarihi itibarıyla belirlemiştir (TMK, m. 225). Rejimin sonra ermesi itibarıyla de tasfiye edilmesi söz konusu olmakta ve tasfiye şeklinin anlaşma veya dava yolu ile mümkün olduğu belirtilmektedir. Anlaşmalı boşanmada kural olarak anlaşma kapsamında olmasa da tarafların tasfiye sözleşmesi üzerinde anlaşması gerekmektedir. Nitekim TMK'nın 166/3. maddesi kapsamında anlaşmalı boşanmaya ilişkin kurallar dairesinde üzerinde anlaşma sağlanmış olması gereken hususların "boşanmanın mali sonuçları" ile "çocukların menfaatleri" konusunda bir anlaşmazlığın kalmaması gerektiğinin göz önüne alındığında mal rejiminin tasfiyesi de bu kapsamda değerlendirilmektedir. Bu durumda kanun ifadesindeki "boşanmanın mali sonuçları" ifadesinden, TMK'nın 174. maddesi ile düzenlenmiş olan maddi manevi tazminat ile yoksulluk nafakasının anlatıldığı anlaşılmaktadır ¹²³.

Boşanma anlaşmasında taraflar maddi tazminat, manevi tazminat ve yoksulluk nafakasına ilişkin hususları düzenlemiş iseler de ya da eşlerden birinin bu haklardan feragat ettiği söz konusu ise ve bu feragat anlaşmadan ya da tarafların beyanlarından açık bir biçimde anlaşılabilirse sorumluluğun taraflarda olması gerekecektir. Fakat burada tarafların özen göstermesi gereken husus, Türk Hukukunda kişiye sıkı sıkıya bağlı olan tasarruf haklarına ilişkin önceden vazgeçmenin mümkün olamayacağıdır. Anlaşmalı boşanmada tarafların "boşanmanın mali sonuçları"na ilişkin beyanları aralarındaki diğer alacaklara (eşya, ziynet, birlikte alınan taşınmazlar vs.) ilişkin olmayıp düzenlenen protokol içeriğinde varsa şayet birbirinden kişisel eşya veya ziynet eşyası talebinde bulunmayacakları, maddi ve manevi tazminat talep etmeyecekleri şeklindeki ifadelerde geçerlilik taşımayacaktır. Boşanma anlaşması bu alacaklara yönelik paylaşımların ve anlaşmaların yapılmış olduğu , birbirlerine karşı bu alacaklarla ilgili dava hakkının bulunmadığı

¹²² ÖZDEMİR, 2003, s. 171.

¹²³ YALIN, Şeyda Şanlı, s.71-72; AKINTÜRK/ATEŞ, s.295.

yönündeki taahhüt, kabul beyanlarının varlığını ihtiva eder nitelikte olmalıdır¹²⁴. Yargıtayın da bu konuyla ilgili görüşü benzer doğrultudadır¹²⁵.

Taraflarca kabul edilebilecek olan anlaşmalı boşanmaya ilişkin düzenlemenin tasfiyeye ilişkin bölümlerinin de mahkeme tarafından uygun bulunması şarttır. Tarafların tasfiyeye ilişkin malların tamamının değil bir bölümünün üzerinde anlaşmaya varmalarında herhangi bir engel bulunmamaktadır¹²⁶.

Mal rejiminin tasfiyesinin anlaşmalı boşanmanın zorunlu içereğine girmediğini ifade eden görüş, mal rejiminin tasfiyesinin boşanmanın ferî niteliğinden olmadığı doğrultusunda düşünülmektedir. Öğretide mal rejiminin tasfiyesinin, boşanmanın ferî sonuçlarından olmadığı anlatılmaktadır. Sonuç olarak tarafların anlaşmalı boşanmada boşanabilmenin ferî-i niteliğindeki konularında anlaşmaları şart ve yeterli görülmüştür¹²⁷.

bb.Maddi Tazminat

Bir kimsenin mal varlığında iradesi dışında ortaya çıkan eksilmeyi aynı nitelikte bir değer koyarak ya da para itibarıyla ona denk veya eşit başka bir değer koyarak gidermek hususundaki zarar verenin yükümlülüğüne tazminat yükümlülüğü adı verilmektedir. Maddi tazminatın kapsamı gerçek zarar ile sınırlıdır. Malvarlığında meydana

¹²⁴ YALIN, Şeyda Şanlı, s.72.

¹²⁵ YHGK 27.05.2009 T.,2009/2-158E., 2009/217 K."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 ile çocukların durumları üzerinde anlaşma şartı, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 174. maddesinde düzenlenen boşanma nedeniyle maddi ve manevi tazminat, Kanununun 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 verilmemiş ise, tarafların aralarındaki akdi ilişkiyi tasfiye ettikleri kabul edilemez.Taraflar arasında düzenlenerek yoksulluk ve 182. maddesinde düzenlenen iştirak nafakası talep haklarına ilişkindir.Anlaşmada ayrıca yer verilmemiş ise tarafların arasındaki 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 yönelik 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 davacının katkı payı alacağına ilişkin beyan veya düzenleme içermediği açık bulunmasına göre, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki karar da direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır."

¹²⁶ YALIN, Şeyda Şanlı, s.73.

¹²⁷ ÖNCÜ, s.815.

gelen fiili zararlar yanı sıra, zarara yol açan olay olmasaydı malvarlığında meydana gelebilecek olan artış ya da yoksun kalınan kar da gerçek zararın içinde yer almaktadır.Malvarlığının mevcut miktar ve değeri zarar verici olay neticesinde azalmaktadır¹²⁸.

TMK'nın 174/1. maddesinin "*Mevcut ve beklenen menfaatleri boşanma yüzünden zedelenen kusursuz ya da daha az kusurlu taraf, kusurlu taraftan uygun bir maddi tazminat isteyebilir*". Buna göre maddi tazminat istemenin ilk koşulu; maddi tazminat isteyen eşin boşanmada hiç kusurunun bulunmaması ya da kusurunun daha az olmasıdır.

Kusursuzluk, doktrinin de benimsendiği gibi , mutlak bir kusursuzluk olarak kabul edilmez.Açılan boşanma davasında taraflardan birinin hiç kusurunun bulunmaması sık rastlanılan bir hal değildir.Bu açıdan, kusursuzluğun tespitinde bakılacak olan husus, tazminat isteyen eşin, herhangi bir kusurunun bulunup bulunmadığı değil de, boşanma sebebinde kusurunun bulunup bulunmadığıdır.Diğer bir anlatımla, tazminat talep edenin kusuru ile boşanma sebebinin oluşması anlamında uygun illeyet bağı varlığı aranmaktadır. Tazminat isteyen tarafın kusuru, boşanmaya sebep olan olaylara oranla ikinci derecede olması halinde hakim tazminata hükmedebilir¹²⁹.

Daha az kusurlu olmadan anlaşılması gereken tazminat isteyen eşin de boşanmaya sebep olan olaylarda kusuru bulunmaktadır.Fakat bu kusur oranı kendisinden tazminat istenenden daha azdır.

Bir diğer koşul davalı tarafın kusurlu olmasıdır.Davalı boşanma sebebinde kusurlu olmalıdır.Boşanmaya kusuru ile sebep olmayan eşten tazminat istenemez. Örneğin davacının akıl hastası olması halinde, çekilmezliğin oluşmasında kusuru olmadığı için, ondan tazminat istenemez.

Üçüncü koşul davacının mevcut ya da beklenen bir menfaatinin zedelenmesidir.Mevcut bir menfaatin zarar görmesi doktrin ve uygulamada bazı örnekler verilebilir; eşlerden birinin özellikle kadının kaybettiği nafaka, mal rejiminden kaynaklanan hakların ya da ticarethanenin tasfiyesinden kaynaklanan kayıp sayılabilirken, beklenen

¹²⁸ ÜLKÜ, s.97-98; AKINTÜRK/ATEŞ, s.295; ZEVKLİLER, s.1017; ÖZTAN, Aile Hukuku, s.98; OĞUZMAN/DURAL, s.143; ERGÜN, s.1413.

¹²⁹ DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan/GÜMÜŞ Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2018, s. 147.

menfaatin zedelenmesine, boşanma anında henüz gerçekleşmemiş, fakat evlenme devam etseydi ileride gerçekleşmesi beklenen menfaatlerdir.

TMK 174. maddesi maksadı kusursuz ya da daha az kusurlu olanın zararının tazmin edilmesidir. Tazmin edilmesi gereken zarar kanunun ifadesi ile, mevcut ya da beklenen bir menfaat ihlalidir. Bu nedenle tarafların boşanma konusunda değil de başka bir sebeple meydana gelen zarar TMK 174/1. maddesine göre tazmin edilemez. Fakat TBK 49. maddesine göre haksız fiile dayanarak tazminat talep edilebilmektedir¹³⁰.

cc. Manevi Tazminat

Manevi tazminat da maddi tazminatla bazı ayrımlar dışında birbirine benzer niteliktedir. TMK'nın 174/2. maddesinin manevi tazminattan söz edilebilmesi için daha az kusurlu olan kişinin kişilik haklarının saldırıya uğramış olması gerekir. Kişilik haklarının saldırıya uğraması, hakların mahiyetine ve bu sebepten dava açmış olan davacının duyduğu elem ve üzüntünün derecesine göre değerlendirilir. Boşanma neticesinde davalı eşin davranışları ile davacının manevi ıstıraba maruz kalması, psikolojik anlamda sıhatinin bozulması veya boşanmayla birlikte aleyhinde bir takım dedikoduların oluşturulması gibi durumlardan söz edilebilir¹³¹.

TMK'nın 174/2. maddesine göre manevi tazminatta ilk koşul davalının kusurlu olmasıdır. Davalının kusurunun ağır olması aranmaz, davalının herhangi bir kusuru yeterli görünmektedir. Gerçekten anlaşılacağı gibi, davacının hiç kusursuz olması aranmamaktadır, davalıya göre daha az kusurlu olması manevi tazminat talep etmek için yeterlidir.

Bir diğer koşul davacının kişilik haklarının zedelenmesidir. Bu zedelenmenin ağır olması MK 174/II'de aranmamıştır. Fakat zedelenmenin manevi tazminatı haklı gösterecek derecede olması gerekir.

TMK 174/2. maddesine göre, hakim manevi tazminat olarak, paradan başka bir şeye karar veremez. Manevi tazminatın miktarına hakim karar verir ve defaten ödenmesi gerekir, manevi tazminatın irat şeklinde ödenmesine karar verilemez¹³².

¹³⁰ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 147.

¹³¹ YALIN, s. 77; ERGÜN, s. 1414; KILIÇOĞLU, s. 164; GENÇCAN, Boşanma Hukuku, s. 856; OĞUZMAN/DURAL, s. 145; ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 109; ZEVKLİLER, s. 1029.

¹³² DURAL Mustafa, ÖĞÜZ Tufan, GÜMÜŞ Mustafa Alper, s. 149-150.

Manevi tazminat, maddi tazminat gibi dava sürecinde talep edilebileceği gibi boşanma kararının sonrasında yeni bir dava dilekçesiyle de istenebilecektir. Manevi tazminat hakimin resen verebileceği bir karar niteliğinde değildir¹³³. Boşanma davasında yargılama bitene kadar manevi tazminat talebinde bulunabilir, yargılama bittikten sonra vuku bulan manevi tazminat talebini içeren dilekçenin reddi gerekir. Bu nitelikte bir karar tazminat yönünden kesin hüküm oluşturmaz. Boşanma davasından sonra manevi tazminat talebi yeni bir davadır¹³⁴.

Anlaşmalı boşanmada taraflar tazminat isteğini yasal adı ile nitelendirmeleri gerekmektedir, Örneğin, tazminat istiyoruz derken bu tazminat maddi tazminat mı yoksa takımlarla ilgili bir alacak mı, eşin işten çıkarılmasına ilişkin bir tazminat mı olduğu hususu açıkça belirtilmelidir¹³⁵.

dd. Yoksulluk Nafakası

Boşanma durumunda ortaya çıkan meydana gelen mali sonuçlardan bir diğeri ise yoksulluk nafakasıdır. Tarafların boşanma protokolünde yoksulluk nafakasını talebine yer vermiş ancak yoksulluk nafakasının ilgili her hangi bir düzenlemeye gitmemesi durumunda hakim yoksulluk nafakasının miktarını belirlemek zorundadır. Taraflar anlaşmalı boşanma protokolünde yoksulluk nafakası talep etmemeleri halinde ise hakim bu durumu taraf beyanlarıyla değerlendirip, uygunluğu mümkün ise onaylaması gerekir¹³⁶.

Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz. Bu noktada nafakanın süresiz, geçimi için olmak kaydıyla ve ödeyecek kişinin ekonomik gücü doğrultusunda olması gerekir. Yoksulluk nafakasının süresiz olduğu kanun tarafından açıkça düzenlenmiştir. 3444 sayılı kanun ile yapılan değişiklikten sonra yoksulluk nafakası süresinin ve kusura dayalı olmasının kaldırılması doktrinel tartışmaların sonra ermesini sağlamıştır. Önceki kanun da kusurlu eşin bir yıl süre ile ödemesi söz konusu iken 4721 sayılı Kanun da mali gücü yüksek olan eşin süresiz olarak yoksulluk nafakası ödemesi düzenlenerek, şartlara göre

¹³³YALIN, s.78; ERGÜN, s. 1414; KILIÇOĞLU, Aile Hukuku, s.164; GENÇCAN, Boşanma Hukuku, s.856; OĞUZMAN/DURAL, s. 145; ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 109; ZEVKLİLER, s.1029.

¹³⁴ YALIN, s.78.

¹³⁵ DOĞAN, İstanbul Barosu Dergisi, s. 1940.

¹³⁶ YALIN, Şeyda Şanlı, s.73; ÖZTAN, Medeni Hukukun Temel Kavramları, s.446; AKINTÜRK/ATEŞ, s.302; GENÇCAN, s.856; ZEVKLİLER, s.1034; ÖZTAN, Aile Hukuku, s.842; OĞUZMAN/DURAL, s.146; KILIÇOĞLU, Aile Hukuku, s.169.

nafaka miktarında yeniden düzenleme yapabilme imkanı tanınmıştır.Yoksulluk nafakasının maddi manevi tazminattan ayrı olan yanlarının başında da kusurdan bağımsız ve süresiz olması gelmektedir¹³⁷.

Yoksulluk nafakasının üst sınırı, ödeyecek olanın mali gücüdür.Başka bir anlatımla, nafaka yükümlüsünün ödeme gücü talepte bulunanın yoksulluk içine düşmemesi amacıyla gerekli miktardan az ise, hakim ödeme imkanına göre uygun olan miktara karar verir.Yükümlünün hiç ödeme imkanı yoksa yoksulluk nafakasına hükmedilemez. Aksi düşünülduğünde nafaka yükümlüsünün varlıklı olması, onu talep edenin yoksulluğunu giderecek miktardan daha fazla miktarda nafaka ödemesine karar verilmesi düşünülemez. Çünkü yoksulluk nafakasının gayesi, talepte bulunanın yoksulluğunu gidermek, yani onun mutlak ihtiyaçlarının giderilmesidir; amaçlanan şey evli olduğu zamanki hayat seviyesini devam ettirmek veya refah içinde yaşamasını sağlamak değildir¹³⁸

Anlaşmalı boşanma davalarında takı eşya, taşınmaz alacağına katkı gibi hususların düzenlenmesi zorunlu değildir. Mal rejiminin tasfiyesi mali konularda anlaşarak gerçekleştirilemez. Yoksulluk ve iştirak nafakaları hakkındaki anlaşmalara dayanan hükümlerin şartları gerçekleştiğinde, bu koşulların sonradan açılacak davalarla değiştirilmesi ve uyarlanması mümkündür.

Eşler dava açarak, açtıkları bu davada maddi manevi tazminat haklarını saklı tutmaları halinde durum ne olacaktır? Bu durumda eşler arasındaki anlaşmazlıklar henüz çözüme kavuşmamıştır. Taraflar arasında mali konularda anlaşmanın olmadığı bu durumda hakim tarafından anlaşmaya karar verilmesi imkan dahilinde değildir¹³⁹.

¹³⁷ ÜLKÜ, s.106.;YALIN, Şeyda Şanlı, s.74,

¹³⁸ DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan/GÜMÜŞ Mustafa Alper, s. 152.

¹³⁹ Y.2HD.,13.01.2015 tarihli,16344-169 sayılı kararında "...Tarafların irade beyanları esas alınarak boşanmalarına karar verilebilmesi için, diğer şartların yanında boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda tam olarak anlaşmış olmaları, hakim de taraflarca kabul edilmiş düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Tazminat haklarının saklı tutulması, bu husustaki ihtilafın devam ettiğini ve bu ihtilafın çözümünün ileriye bırakıldığını gösterir. Başka bir ifade ile "tazminat hakları saklı tutulmak" suretiyle anlaşmalı boşanmaya kararı verilemez. Bu husus nazara alınmadan "tazminat haklarının saklı tutulması" suretiyle Türk Medeni Kanununun 166/3 maddesi gereğince boşanma kararı verilmesi doğru bulunmamıştır. Taraflar boşanmanın mali sonuçları üzerinde anlaşamadıklarına göre, gösterdikleri deliller toplanarak davanın Türk Medeni Kanununun 166/1-2 maddesi çerçevesinde değerlendirilip, hasıl olacak neticesine göre karar

Hakimin denetiminden geçmiş anlaşmalı boşanma davasında, taraflar önceden tazminat ve nafaka talebinde bulunmamış ise sonradan dava açarak bu talepte bulunup, bulunamayacakları hususunda görüş birliği yoktur. Doktrinde bir görüş,¹⁴⁰ hakim bu noktalara ilişkin bir hüküm kurmayarak taraflar arasında bu konularda bir netlik sağlanamamıştır. Bu yönüyle tarafların kararın kesinleşmesinden sonra nafaka ve tazminat taleplerinin yerinde olduğu görüşü savunulmaktadır.

Diğer bir görüşü göre ise davanın başında maddi ve manevi tazminat ve yoksulluk nafakası talebinde bulunulmamış ise eşlerin sonradan dava açarak bu hususlarda talepte bulunması mümkün değildir. Anlaşmalı boşanma yönünde hakimin hüküm verebilmesi için tarafların anlaşmanın mali sonuçları ile çocukların durumu konusunda kesin olarak anlaşmış olmaları gerekir. Eğer anlaşma metninde mali konularda herhangi bir düzenleme yoksa tarafların bu hususu kasıtlı olarak düzenlememiş oldukları kabul edilir. Daha önceki anlatımlarımızda bir çok kez belirttiğimiz üzere tarafların anlaşmalı olarak boşanma hususunda dava açabilmeleri için anlaşma metnine konu olan veya olmayan tüm noktalarda serbest iradeyle karar vermiş olmaları gerekir. Hal böyleyken tarafların muhtemelen değindikleri ama düzenleme yapmak istemedikleri tazminat ve yoksulluk nafakası için sonradan dava açılarak talepte bulunulması hakkaniyete uygun değildir¹⁴¹.

İştirak nafakasında ise durum farklıdır, Tarafların anlaşmalı boşanma protokolünde iştirak nafakası düzenlememeleri halinde hakimin resen iştirak nafakasına hükmedebilir. Ayrıca boşanmaya karar verilmiş ise çocuklar yönünden nafakanın belirlenmesinde kamu yararı olduğundan, boşanma kararından sonra da iştirak nafakası talep edilebilir¹⁴².

Mali konulara ilişkin ikinci olarak tartışılması gereken, yargılama sırasında mali sonuçlarla ilgili düzenleme olmaksızın, kanunun bu hükmü gözetilmeden hakim tarafından boşanma kararı verilmesi ve mahkeme kararının kesinleşmesi halinde talep edilmeyen tazminat ve nafaka alacaklarının talep edilip edilmesinin mümkün olup olmayacağıdır.

verilmesi gerekirken, bu yön nazara alınmadan hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.

¹⁴⁰ ÖZTAN, Aile Hukuk, s. 694.

¹⁴¹ ÖZDEMİR, s.160

¹⁴² ARAS, s. 74.

Yargıtay ortada şeklen kesinleşmiş olsa bile, kanunun aradığı maddi bir koşulun gerçekleşmemesinden dolayı mevcut bir karardan bahsedilemeyeceği gerekçesiyle bu duruma anlaşmada yer alması bile, eş tarafından bu talep ileri sürülebileceği kanısındadır¹⁴³.

Yargıtay anlaşmalı boşanma protokolünde tarafların anlaştığı bir davada, yoksulluk nafakası talebinde bulunulmuş olmasına karşın, bu konuda bir karar verilmemiş olması halinde, yoksulluk nafakası ile ilgili olarak mahkemece verilmiş olumlu veya olumsuz bir kararın mevcut olmaması halinde, ayrı bir dava ile yoksulluk nafakası isteminde bulunulabileceğini kabul etmiştir¹⁴⁴.

Anlaşmalı boşanma davasında TMK. 166/3. maddesine göre boşanmanın mali sonuçları ile ilgili olarak tarafların anlaşması dışında mahkemenin her hangi bir takdir yetkisi söz konusu değildir. Bu konuya ait anlaşma mahkemece uygun bulunmuyorsa hakimin görevi taraflardan gerekli gördüğü değişiklikleri yapmalarını istemek ancak onların kabulü halinde boşanmaya karar vermektir. Mahkemenin kendisini tarafların yerine koyarak, kendi takdirine göre maddi ve manevi tazminat ile yoksulluk nafakasına hükmetmesi mümkün olmaz¹⁴⁵.

Eşler tarafından hazırlanacak anlaşmanın duruşma zaptına yazılması veya mahkemeye sunulması gerekir. Taraflar anlaşmayı mahkemeye sunmadıkça yargılamaya devam edilmesi mümkün değildir. Bu hüküm konularak kanun koyucu tarafından sağlanılmak istenen eşlerin evlilik birliğinin onarılmaz biçimde yara almasını önlemektir. Bir anlamda, kendi yaralarını ve çocukların çıkarlarını düşünemeyecek duruma gelen eşlerin böyle bir anlaşma ile gelecekte daha sağlıklı ve adil olmayan şartların meydana gelmesine engel olmuştur. Zaten eşlerin anlaşmasına dayalı boşanmalarda bir bakıma iki davacı ve iki davalı vardır. İki tarafta bir an önce boşanmayı sağlayabilmek için kendi geleceğini tehlikeye atabilir ve ileride kendileri için zararlı sonuçlar doğuracak girişimlerde bulunabilir. Örnek verecek olursak davacı bütün mal varlığını karşı tarafa bırakmaya razı olabilir.

¹⁴³ SEÇER, Fiili Ayrılık, s. 53.

¹⁴⁴ Yargıtay HGK. 26.05.1993 tarih, 2/107-205.

¹⁴⁵ TUTUMLU, Evliliğin Butlanı Boşanma, Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, s.238.

Taraflar arasında imzalanan mali planın mahkemeye sunulması şarttır mahkeme böylece eşlerin eksiksiz tüm malvarlığı görür, taşınır ve taşınmaz malların ayrıntılı dökümü yapılarak tarafların tekliflerinin ne derece adil ve hakkaniyete uygun olduğunun belirlenmesi mümkün hale gelir. Kamu düzenine yönelik olarak hakime doğrudan araştırma ve karar verme yetkisi tanıyan bu hükmün, mahkemelerce gerektiği gibi kullanılmaması halinde malvarlığını mahkemeden hatta bütün bir evlilik boyunca diğerinden gizleyen kötü niyetli eşe hukuki himaye sağlanmış olup, iyi niyetli eş açısından gelecekte çok ciddi sıkıntılar doğar. TMK'nın 166/3. maddesine dayalı davalarda boşanmaya ve hatta yargılamaya devam olunabilmesi için hakimin bu hususları irdelemesine imkan tanıyacak, tarafların tüm malvarlıklarını ve buna bağlı olarak bunların paylaşılma yollarını ayrıntılı olarak gösteren bir anlaşmanın mahkemeye tevdi edilmesi vazgeçilmez bir koşul olarak arayacaktır¹⁴⁶.

Toplumumuzda anlaşmalı boşanmanın pazarlık konusu sadece kanunda değinilen noktalar değildir. Bunun dışında özellikle hiç bir gelir kaynağı olmayan kadının, hayatının geri kalanında kimseye muhtaç olmaması hususunda kendini garanti altına almak için, tarafların oturdukları ev boşanmada büyük bir pazarlık konusu olmaktadır.Eşler bu noktada boşanmanın anlaşmalı bir şekilde ve hızla gerçekleşmesi için kimi zaman tek malvarlığı olan evini diğer tarafa vermeyi kabul etmektedir.Tüm bu nedenlerle mali konulardaki düzenlemelerin hakimin onayından geçmesi büyük önem taşımaktadır.¹⁴⁷

b. Çocuklara İlişkin Düzenlemeler

TMK'nın166/3 maddesine göre eşlerin boşanabilmek için çocukların durumu konusunda da anlaşmış olmaları gerektiği belirtilmiştir. Çocukların durumu ile, boşanmadan sonra çocuğun velayetinin hangi tarafta kalacağı, velayet kendisinde kalmayan eş ile çocuk arasında ne şekilde kişisel ilişki kurulacağı ve çocuk için ödenecek iştirak nafakası ifade edilmek istenmiştir¹⁴⁸.

aa.Velayet Hakkı

¹⁴⁶ ERGÜN, s. 99.

¹⁴⁷ ERGÜN, s.100.

¹⁴⁸ SEÇER, s. 54; GENÇCAN, Fiili Ayrılık, s.857.

Velayet, ebeveynler ile çocuk arasında doğumla ve diğer nedenlerle kurulmuş olan soybağı ilişkisinin neticesidir. Velayet aslında kanunun küçükleri temsil amacıyla ana babaya küçüklerin temsili ve korunması noktasında yüklediği görevler ve görevlerin gereği olan hakları ifade ettiği söylenebilir¹⁴⁹.

Aile birliği devam ederken velayet çocukların bir anlamda çatısı olmakla birlikte ailenin dağılması yani boşanma durumunda çocukların çatısız kalmaları; güven duygularından yoksunlaşmaları, boşanmanın psikolojik yükünü üstlenmeleri gibi sorunlar ortaya çıkmaktadır¹⁵⁰.

Evlilik devam ederken, kural olarak ana ve baba tarafından birlikte kullanılan velayet hakkı, boşanma neticesinde, hakim tarafından ana ve babadan birine verilir. Boşanma durumunda bizim hukukumuda velayetin ana baba tarafından birlikte kullanılması kabul edilmemiştir¹⁵¹.

TMK 182/1 maddesiyle velayetin kime verileceği konusunda hakime çok geniş bir takdir yetkisi verilmektedir. Hakim imkanı doğrultusunda ana babayı dinleyecek; çocuk vesayet altındaysa vasi ve vesayet makamının düşüncesini alabilecektir; fakat hakim tüm bunlarla bağlı olmayarak çocuğun menfaatini gözeterek karar verecektir. Ana ve babanın anlaşmış olması hakimi bağlamayacak, sadece çocuğun menfaati doğrultusunda karar verirken ona yardımcı olacaktır. Hakim çocuğun menffatini düşünerek çocuğun velayet altına alınmasına karar vermek yerine onu vesayet altına alabilir. Fakat bunun için ana ve baba açısından velayetin kaldırılması sebeplerinden biri olmalıdır¹⁵².

Velayetin kime verileceği hususunda hakim için ana ölçüt çocuk kimin yanında kalırsa daha iyi yetişeceğine ilişkindir. Tarafların mali durumu ya da boşanmadaki kusurları çok büyük rol oynamamaktadır. Hakim için önemli olan çocuğun iyi yetişeceği birine verilmesidir. Boşanma gerçekleştikten sonra bir çocuğun daha doğması halinde, bu çocuğun velayetinin kime verileceği hususunda ayrı bir dava açılması gerekmektedir. Aksi

¹⁴⁹ TUTUMLU, Boşanma Yargılaması Hukuku, s.1391, YALIN, Şeyda Şanlı, s.81; GENÇCAN, Boşanma Hukuku, s.613.

¹⁵⁰ YALIN, Şeyda Şanlı, s.81.

¹⁵¹ DURAL Mustafa/ ÖĞÜZ Tufan/GÜMÜŞ Mustafa Alper, s. 142.

¹⁵² GENÇCAN, Boşanma Hukuku, s.613; DURAL Mustafa /ÖĞÜZ Tufan/GÜMÜŞ Mustafa Alper, s. 142-143.

taktirde velayet kendiliğinden boşanma kararında diğer çocukların velayetinin verildiği anne ve babaya geçmez¹⁵³.

TMK'nın 183. maddesine göre; "*Ana ve babanın başkasıyla evlenmesi, başka bir yere gitmesi veya ölmesi gibi olguların zorunlu kılması halinde hakim, re' sen veya ana babadan birinin istemi üzerine gerekli önlemleri alır*" Çocuğun velayetine ilişkin karar nihai bir karar değildir. Durumun değişmiş olması halinde hakim resen veya tarafların talebi üzerine daha farklı bir karar verebilir. Çocuk kendisine bırakılmış ana ya da babanın ölmesi durumunda velayet kendiliğinden diğerine geçmeyeceği, bu hususta hakimin karar vermesi gerektiği, hakimin bu durumda gerek görmesi halinde çocuğu vesayet altına alabileceği anlaşılmaktadır. Yeniden evlenme velayetin ana babadan alınması için yeterli bir neden değildir, başka olguların da bu durumu haklı göstermesi gerekmektedir. Örneğin yeni eşin çocuğa kötü davranması, velayete sahip ana ya da babanın, yeni evlilikten olan çocuklarına öncelik tanınması gibi¹⁵⁴.

Çocuğun bulunduğu yere uyum sağlamada güçlük çekecek şekilde sürekli yer, okul ve sosyal çevre değiştirmesine neden olacak anlaşmanın varlığı halinde ise; hakimin bu anlaşmayı uygun bulmayarak çocuğun menfaatlerine doğrultusunda değişiklikler yapması mümkündür. Örneğin eşlerin anlaşmalı boşanma metninde her sene velayetin ayrı bir şehirde yaşayan anne ve babaya verilmesi hususunda anlaşmalarının çocuğun menfaatini zedeliyeceği açık bir şekilde anlaşılmaktadır. Anne ve baba birbirine çok yakın yerlerde oturuyor ise, zamana bağlı olarak çocuğun yer değişikliği yapması çocuğun yaşamında sıkıntıya neden olmayacak ise bu taktirde hakim protokolü onaylayarak, anlaşmada velayete ilişkin konularada zamana dayalı düzenlemeleri yaparak hükümüne eklemelidir¹⁵⁵.

Anlaşmalı boşanma hükmünde yer alan velayete ilişkin düzenlemelerde hakim çocuğun menfaatini her şeyin üzerinde tutmalıdır¹⁵⁶. Çocuğun menfaati gözetilerek

¹⁵³ DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan/GÜMÜŞ Mustafa Alper, s. 142-143.

¹⁵⁴ DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan/GÜMÜŞ Mustafa Alper, s.143.

¹⁵⁵ YALIN, Şeyda Şanlı, s.84.

¹⁵⁶ Yargıtay 2.HD, T. 08.06.2016, E 2016/10221, K 2016/11280 "...Velayet hususu, çocukları ilgilendiren konuların en başında gelir.Velayet düzenlemesinde; çocukla ana-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 gelişimin gerçekleştirmesi için, çocuğa, sosyal ekonomik, kültürel koşulların sağlanmış olmasıdır. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 3. ve 6. maddeleri idrak çağındaki çocukların kendilerini ilgilendiren konularda görüşünün alınması ve görüşlerine gereken önemin

çocuğun kime verileceği konusunda karar verilir.Çocuğun velayeti konusunda genelde anneden yana karar verilir. Anenin yeniden başka biriyle evlenmesi velayet konusunda verilen kararın değişmesine neden olmaz. Fakat bazı durumlar çocuğun velayetinin anneye verilmesini engeller.Bunlar velayet hakkının kullanılmasını engelleyen nedenlerdir.Velayet konusunda hakim gerekli görmesi durumunda pedegoglardan çocukla ilgili bilgi almaktadır¹⁵⁷.

Kural olarak eşlerin anlaşmalı boşanma hükümleri değerlendirerek çocukla olan ilişki ve bu ilişkinin şeklini kendi durumlarına uygun bir şekilde düzenleyebilirler. Velayet kamu düzenini ilgilendirdiğinden bu hususa ilişkin düzenlemeler mutlak suretle hakimden denetiminden geçmelidir.Eşlerin ancak her konuda mutabakat sağlamaları halinde anlaşmaya boşamaya karar verilebilir. Taraflar diğer tarafın çocukla ne kadar aralıklarla ilişki kuracağını ve bu konuya ilişkin diğer tüm hususları düzenlerler. Bu konu taraflarca gözardı edilirse hakim bu konuda mutlaka düzenlemeye gitmelidir.¹⁵⁸ Hakim, çocukların beden ve ruhsal gelişme bakımından, gelişimini ön planda tutarak, tarafların sözleşmelerine müdahale edebilir¹⁵⁹.Bu doğrultuda yaragıtay kararları da bulunmaktadır¹⁶⁰.

bb.İştirak Nafakası

Boşanma durumu, kendisine velayet verilmemiş olan ana ya da babanın çocuğun bakım masraflarına katılma sorumluluğunu sonlandırmamaktadır.Aslında çocuğun bakım giderleri, velayet kendisine verilmiş kişiye aittir.Fakat TMK 182/2. maddesine göre, diğer

verilmesini öngörmektedir. Çocukların üstün yararı gerektirdiği takdirde, görüşlerinin aksi karar vermesi mümkündür."

¹⁵⁷ ÜLKÜ, s.82.

¹⁵⁸ ERGÜN, s.101.

¹⁵⁹ DOĞAN, s. 1941.

¹⁶⁰ Y2HD 11.05.1998 tarih, E.4785, K.5678 sayılı hükmünde"...5 aylık ortak çocuk anne bakım ve şefkatine muhtaçtır. Anne sütünden yeteri kadar yararlanması gerekir. Çocuğun sağlığı için gerekli olan anne sütünden ve şefkatinden yoksun bırakılmasına ilişkin anlaşmanın kabulü olası değildir..." Y. 2 H.D., 24.01.2007 tarih, 12647-351 sayılı kararında;"...Taraflar aralarında düzenledikleri 25.04.2006 günlü protokolü mahkemeye ibraz etmiş ve 1.5.2006 günlü oturumda da protokol hükümleri çerçevesinde karar verilmesini istemişlerdir. Protokolün birinci maddesi çerçevesinde müşterek çocukların anneye verilmesi ve baba ile hafta sonları, Cumartesi ve pazar günleri kişisel ilişki kurulması kararlaştırılmıştır. Yargılama sırasında tarafların anlaştıkları kişisel ilişki sürelerine hakim tarafından müdahale edilmemiştir.Mahkeme tarafların anlaşmaları doğrultusunda karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır."

tarafıta gücü oranında bu masraflara katılmak zorundadır. Hakim iştirak nafakasına re'sen hükmeder¹⁶¹.

Davacı eş, ergin çocuk için nafaka isteyemez, bakım ve eğitim giderleri kural olarak ergin olmayan çocuklar için öngörölmüřtür¹⁶². Davacı eş, ergin çocuk için nafaka isteyemez. Ayrıca çocuklara boşanma kararı kesinleşene kadar verilen nafaka iştirak nafakası değil tedbir nafakasıdır. Hakim iştirak nafakasına hükmederken nafaka ödeyecek olan tarafın mali gücünü, çocuğun ihtiyaçlarını ve çocuk kendisine bırakılmış tarafın ekonomik durumunu gözönüne almalıdır¹⁶³, çocuğuk kendisine bırakılan anne baba çalışamayacak durumdaysa ve başka bir geliri de yoksa iştirak nafakası ödemez. Taraflar aralarında nafaka miktarını kararlaştırabilirler. Fakat tabiki bu anlaşmanın geçerliliği hakim onayına tabidir. Çocuk kendisine bırakılmamış tarafın çocuğun okuması amacıyla harcamada bulunması halinde, harcamış olduğu meblağın ödeyeceği iştirak nafakasından indirilmesi gerekir¹⁶⁴.

cc.Çocukla Kişisel İlişki Kurulması Hakkı

Boşanma sonucunda çocuğun velayetinin ana ya da babadan birine verilmesiyle, sadece diğerinin çocuk üzerindeki velayeti sonra erer, fakat çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkı devam eder. TMK'nın 182/1. maddesi bunu açıkca düzenlemiştir. Hakim boşanmaya karar verirken, kendine velayet verimeyen tarafın çocuk ile ilişkisini düzenlemek zorundadır. Bunu yanında TMK'nın 323. maddesinde "*Ana ve babadan her biri, velayeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurmasını isteme hakkına sahiptir*" denilerek, sadece velayete sahip olmayan ana ya da babanın değil, velayet hakkına sahip olmakla birlikte, çocuğun başkasının koruması ya da gözetimine bırakılması halinde de ana ya da babanın çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin bir talep hakkının olduğunu tekrar etmiştir. Fakat belirtmek gerekirken, her ne kadar TMK'nın 323.

¹⁶¹ DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan/GÜMÜŞ Mustafa Alper, s.146; ARAS,s.85; GENÇCAN, s.858; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 285-286; YÜCEL Sevtap, Yargıtay Kararları Işığında Anlaşmalı Boşanma Davası Sonrasında Nafaka ve Tazminat Talepleri, Hakemli Makale, AndHD, Cilt:4-Sayı:1-s.249; TUTUMLU, Boşanma Yargılaması Hukuku, s.1389; GENÇCAN, Aile Mahkemesi Davaları, s.605.

¹⁶² YALIN, Şeyda Şanlı, s.85.

¹⁶³ DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan/GÜMÜŞ Mustafa Alper, s.146.

¹⁶⁴ YALIN, Şeyda Şanlı, s.85.

maddesinde talep aranmaktaysa da boşanma durumunda bu şart değildir.Çünkü hakim TMK 'nın182. maddesine göre bu hususu kendiliğinden düzenler¹⁶⁵.

Hakim çocuk ile kendisine velayet verilmemiş olan ana ya da baba arasındaki kişisel ilişkiyi düzenlemeden önce, tıpkı velayetin verilmesinde olduğu gibi, mümkün olması halinde ana babayı dinler ve çocuk vesayet altındaysa vasi ve vesayet makamının görüşünü alır.Fakat bu durumun hakimnin takdirini kullanması halinde hakime yardımcı olacaktır yoksa onu bağlamaz¹⁶⁶.

Çocuklar boşanan eşlerden hangisine bırakılmış ise, velayette o eşe ait olacaktır.Diğer eşin çocuklar üzerindeki velayet hakkı o andan itibaren son bulmaktadır.Fakat bu velayet hakkı son bulan tarafın hiç bir şekilde çocuklar ile kişisel ilişki kurmayacağı anlamına gelmez.Başka bir anlatım ile velayet hakkı olmayan eşin çocuklarla görüşme onları sevme ve alıp gezdirme gibi hakları vardır.Ayrıca çocukların velayet hakkı olmayan taraf ile de görüşmesi çocukların gelişimi açısından oldukça önemlidir.TMK'nın 182. maddesinin birinci fıkrasında hakimnin boşanma ve ayrılığa karar verirken çocuğun velayeti hakkında da karara bağlamasını hükmünü içermektedir.Anılan fıkrada velayetin bırakılmasında hakimnin olanak buldukça, ana ve babayı dinlemesini ve çocuk velayet altınada ise, vasiinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra ana ve babanın haklarını ve çocukla olan ilişkisini düzenlemesi yoluna gidilmiştir.Fıkrada yer alan olanak buldukça ifadesi çok net değildir. Burada kast edilen hakim delilleri serbestçe topladıktan sonra, velayetle ilgili kararı verecektir. Fakat hakimnin mutlaka ana babayı dinlemesi gerekir¹⁶⁷.

TMK'nın 166/3. maddesine dayalı boşanma davasında hakim tarafların ve çocukların menfaatleri doğrultusunda anlaşmalı boşanma protokolünde gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Fakat bu değişiklikler ancak taraflarca da kabulü halinde boşanmaya hükmolunur. Taraflarca hazırlanan protokolde belirlenen çocukla kişisel ilişki süreleri değiştirildiği ve taşınmaz mal hakkında hüküm kurulması durumunda tarafların

¹⁶⁵ GENÇCAN, Boşanma Hukuku, s.858; DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan/GÜMÜŞ Mustafa Alper, s.144; ZEVLİLİLER, Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Aile Hukuku, s.1038.

¹⁶⁶ DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan/GÜMÜŞ Mustafa Alper, s.144; YÜCEL Sevtap, s.249.

¹⁶⁷ YALIN, Şeyda Şanlı, s.86-87.

görüşü alınarak sorulmalı, tarafların uygun bulmamaları halinde TMK'nın 166/1. maddesine göre delilleri sorulup bu çerçevede bir hüküm kurulmalıdır¹⁶⁸.

Kişisel ilişki süresinin mahkemenin takdirine bırakılıp bırakılmayacağı yönünde Yargıtay 2 HD. olumlu görüş bildirirken Gençcan, taraflar arasında görülen anlaşmalı boşanma (TMK'nın 166/3. maddesi) davasının duruşmasında davacı ve davalının "*kişisel ilişki konusunu mahkemenin takdirine bırakıyorum*" ifadeleri ile kişisel ilişki konusunda bir anlaşma "olmadığı halde" hakim tarafından "kendi dilediği/istediği gibi" bir kişisel ilişki düzenlemesi yapılarak tarafların boşanmalarına karar verildiği ve kararın kişisel ilişkide yapılan düzenlemeye "karşı çıkılarak" davalı tarafından temyiz edilmesi hususunda karşı oy kullanılmamış¹⁶⁹.

Aile mahkemesi hakiminin taraflarca sunulan boşanma düzenlemesini uygun bulması şarttır. Hakim anlaşmalı boşanma metninde tarafların ve çocukların menfaatlerini gözeterek gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Mahkeme kendini tarafların yerine koyarak değişikliği kendiliğinden gerçekleştiremez. Hakim anlaşmalı boşanma protokolünde taraflara nedenini açıklamak koşuluyla gerekli gördüğü değişiklikleri yaparak tarafların da bu değişiklikler doğrultusunda gerekli düzette yapmalarını ister. Anlaşmalı boşanma kararı taraflar bu değişiklikleri kabul ederse verilebilir. Bu sebeple aile mahkemesi hakimi tarafından çocukların durumu hususunda (iştirak nafakası, velayet, kişisel ilişki) anlaşma gerçekleşmeden boşanma kararı verilemez¹⁷⁰.

Yukarıdaki durumda aile mahkemesi hakimi tarafından; tarafların kişisel ilişki konusunda beyanları alınmalı, taraflar kişisel ilişki konusunda anlaşılırsa anlaşma doğrultusunda boşanma kararı verilmeli, kişisel ilişki tarafların ya da çocuğun yararına değilse gerekli gördüğü değişiklikleri yapmalarını istemeli, değişiklik kabul edilirse anlaşma doğrultusunda boşanma kararı verilmeli, taraflar kişisel ilişki konusunda anlaşamazlarsa dava dosyasında anlaşmalı boşanmanın koşullarının oluşmaması sebebiyle evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle boşanmaya (TMK. m. 166 f. I-II) yönelik olarak varsa delilleri toplanarak sonucuna göre karar verilmesi gerekir¹⁷¹.

¹⁶⁸ Y. 2 H.D., 24.01.2007 T., 12647-351 sayılı kararı.

¹⁶⁹ Y. 2 H.D., 08.11.2006 T., 8145-45212 sayılı kararı.

¹⁷⁰ Y. 2 H.D., 13.06.2006 tarih, 3502-9398 sayılı kararı.

¹⁷¹ GENÇCAN, Boşanma Hukuku, 2010, s.600-611.

3. Hakimin Müdahalesi

Anlaşmalı boşanmanın gerçekleşebilmesi için, kanunda belirtildiği üzere, boşanmanın mali sonuçları ve çocukların durumu konusunda uzlaşmaya varmak zorundadır. Eşler üzerinde uzlaştıkları düzenlemeyi hakimin onayına sunacaklardır. Hakimin tarafların önüne getirdiği düzenlemeyi özellikle eşlerin ve çocukların menfaatleri açısından denetlemesi gerekmektedir. Anlaşmada kanuna aykırılık varsa, anlaşmanın şartları bir taraf için mali açıdan sömürülme, kullanılma oluşturuyor ise, taraflardan birinin kanunda yer alan düzenlemelerden ayrılarak yeni bir anlaşma yapması için uygun sebepleri yoksa ve hakkaniyet prensibi altında taraflardan birinin kanundaki düzenlemeden ayrılması adil olmayan sonuçlara götürüyorsa ya da anlaşma taraflardan birinin adaletsiz sonuç yaratacaksa anlaşmada yer alan hükümler belirsiz ise anlaşma yapıldıktan sonra tarafların durumunda değişiklik olmuş ise hakim anlaşmayı onaylamayacaktır¹⁷².

TMK'nın 166/3. maddesinde hakimin eşlerin önüne getirdikleri düzenleme ile bağlı olmadığı, anlaşmada uygun bulacağı değişiklikleri yapabileceği anlatılmıştır. Anlaşmayla bağlı olmamadan kast edilen hakimin, anlaşmalı boşanma metninde önüne gelen düzenlemeyi vicdenen çocukların ve eşlerin menfaatlerine uygun bulmaması halinde, bu protokolle bağlı olmadığı, düzenlemenin menfaatlere uygun hale getirilmesini taraflardan isteyebileceği anlaşılmaktadır. Anlaşmanın hakim tarafından keyfi olarak uygun bulunmaması söz konusu olamaz. Hakim eşlerin mahkemeye sundukları düzenleme, tarafların ve çocukların zararına sonuç doğuracak bir husus gördüğü takdirde, bu olumsuz sonuçları gidermek adına eşlere düzenleme üzerinde değişiklik yapılması için süre verecektir. Hakimin önerisinin kabulü halinde ne şekilde giderilebileceğinin açıklaması gerekir. Eşler tarafından düzenlenen anlaşmalı boşanma metni hakime sunulur hakim bu sözleşmede gerekli gördüğü düzenlemeleri yapar ve tarafların bu değişiklikleri yapması için onlara süre verir. Kısacası hakim taraflara değişiklikleri yapma konusunda imkan tanımadan boşanma talebini geri çeviremez¹⁷³.

¹⁷² SEÇER, Fiili Ayrılık, s.56; DOĞAN, İstanbul Barosu Dergisi,1939; ERGÜN, s.100; GENÇCAN, Boşanma Hukuku, s.601.

¹⁷³ SEÇER, Fiili Ayrılık, s. 56-57, ÖZDEMİR, s.171.

TMK'nın 184/b.3 maddesi hükmü, eşlerin anlaşmasına dayalı boşanmada davalarında uygulanmamaktadır.¹⁷⁴.

4. TMK'nın 166/3. Maddesinde Düzenlenen Anlaşma ile 184/1,b.5. Maddesinde Düzenlenen Anlaşmanın Farkı

Anlaşmalı boşanmanın kanunun yasal düzenlemelere uygun bir şekilde gerçekleşmesi amacıyla taraflar kanunun mutlak suretle üzerinde anlaşılmasını istediği hususlarda iradelerinin birliğine gitmesi ve bu düzenlemeyi hakim onayına sunmaları gereklidir. boşanmanın mali sonuçları ve çocukların durumuna ilişkin düzenlemeleri hakim onayına sunmak zorundadır. Bu hususlara ilişkin yapılan düzenlemeler hakim onayına sunulmaması halinde eşlerin anlaşmalı boşanmaya ilişkin başvuruları reddedebilecektir.

3444 sayılı Kanunla yapılan değişiklik neticesinde, yan sonuçları açısından TMK'da boşanmada birbirine benzeyen fakat birbirinden ayrı iki anlaşma düzenlenmiştir. Bu maddeleri incelediğimizde TMK'nın 184/1,b.5. maddesinde yer alan anlaşma ve 166/3. maddesinde yer alan anlaşmadır¹⁷⁵. TMK'nın 184/1,b.5. maddesinde çekişmeli olarak devam eden bütün boşanma davalarında uygulanmaktadır¹⁷⁶. Fakat TMK'nın 184/1,b.5. maddesinde anlaşmalı boşanma davalarında uygulanamaz. Anlaşmalı boşanmanın kendi mahiyetine uygun kendine özgü bir düzenleme olan TMK'nın 166/3. maddesinde ayrıntılı yer almıştır. Sonuç olarak bu iki ayrı kanun maddesinde düzenlenen anlaşmalar birbirinden farklıdır¹⁷⁷.

TMK'nın 184/1,b.5. maddesi gereğince anlaşmalı boşanma gerçekleşmeden, çekişmeli olarak devam eden yargılamalarda taraflar anlaşma yaparak bu anlaşmayı hakim onayına sunabilirler¹⁷⁸. TMK 184/1,b.5. madde sözleşme yapılması koşulu gerçekleştiğinde anlaşma yapılmamış olsa dahi, taraflarca davanın kanıtlanmış olması koşuluyla boşanma kararı verilebilir. TMK'nın 184/1,b.5. maddesinde düzenlenen hükümde anlaşmalı boşanma hükümlerinden farklı olarak, taraflar aralarında anlaşmaya varamamış

¹⁷⁴ AKINTÜRK/ ATEŞ KAHRAMAN, s.273.

¹⁷⁵ TEKİN Helin Neval, s. 84-85.

¹⁷⁶ TEKİN Helin Neval, s. 84-85.

¹⁷⁷ TEKİN Helin Neval, s. 84-85.

¹⁷⁸ YETİK Nurten; Boşanma, Anlaşmalı Boşanma ve Mal Rejimleri, Ankara, 2008,s.179; OĞUZMAN Kemal/DURAL Mustafa, Aile Hukuku, İstanbul 1994, s.148.

olması halinde hakim davayı reddetmeyecek, buna ilişkin düzenlemeleri kendiliğinden gerçekleştirecektir¹⁷⁹.Anlaşmalı boşanmada ise tarafların çocukların durumu ve mali sonuçlara ilişkin eşlerin bütünüyle anlaşması ve bu anlaşmanın hakim tarafından uygun bulunması şarttır.Bu durum sağlanamadığı takdirde dava reddedilecektir¹⁸⁰. İki ayrı düzenlemenin ortak noktası ise, hakimin onayı ile sonuç doğuruyor olmasıdır¹⁸¹.



¹⁷⁹ GRASSINGER, Gülçin Elçin, "Boşanma Davasında Eşlerin Boşanmanın Tali Sonuçlarına İlişkin Konularda Anlaşma Yapmaları ve Konu İle İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararı",İHFİM. Prof. Dr. Türkan Rado'ya Armağan , C.55, S.3, 1997, s.233-241.

¹⁸⁰ ÖZDEMİR, s.156; GRASSINGER, s.237.

¹⁸¹ GRASSINGER, s.137.

BÖLÜM III

ANLAŞMALI BOŞANMADA USULİ MESELELER

I. ANLAŞMALI BOŞANMA DAVASININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Anlaşmalı boşanma ile eşler arasında yapılan sözleşme, boşanmanın yan sonuçlarının da eşler arasında düzenlendiği hakimin özel onay şartına bağlı özel hukuk sözleşmesidir¹⁸².

Yenilik doğuran hak ile kişi tek taraflı irade beyanıyla hukuki sonuç meydana getirme hakkı kazanır. Anlaşmalı boşanma davası neticesinde verilen hüküm bozucu yenilik doğuran bir hüküm niteliğindedir. Mevcut durumun bozulması, mevcut durumun değiştirilmesi veya yeni bir hukuki durum yaratılması bu hakkın kullanılmasıyla kazanılabilir¹⁸³.

TMK 166/3 maddesi hükmü gereği anlaşmalı boşanma hükümleri çerçevesinde boşamak isteyen taraflar aralarında düzenlemiş oldukları protokolü mahkemeye sunmak ve bu hususlarda gerekli düzenlemelerin hakim tarafından yapılmasına imkan sağlanıp istenilen tüm bu aşamalardan geçildikten sonra, yargılamanın her üç süjesinin de katılımı ile ortaya çıkan bu anlaşma, boşanma kararı ile birlikte kararın (hükümün) ve yazılı kararın sonuç (ilamın hüküm sonucu) kısmında yer almalıdır¹⁸⁴.

Anlaşmalı boşanma (TMK'nın 166/3) davasında hüküm net ve infazda tereddüt yaratmayacak şekilde oluşturmalıdır. Düzenlemeye atıf yapılarak hüküm fıkrası oluşturulamaz, düzenleme, eda emri taşıyacak şekilde hüküm fıkrasına yazılmalıdır¹⁸⁵.

¹⁸² Yılmaz, Bilgin, s.72.

¹⁸³ OĞUZMAN/DURAL, s.6; TUTUMLU, Boşanma Yargılaması Hukuku, s.1047.

¹⁸⁴ ÖZDEMİR, s. 180.

¹⁸⁵ GENÇCAN, , Boşanma Hukuku, 2006, s.381.

Mahkemece tayin olunan duruşma gününden önce açılan celsede dinlenen TMK'nın 166/3. maddesi uyarınca beyanda bulunulup boşanması kabul edilen kadın ile sonraki duruşmaya gelen kadının kimlikleri konusunda çelişki olduğu anlaşılmaktadır. Bu çelişkinin giderilmesi karışıklığa neden olmaması gerekmektedir¹⁸⁶.

Verilen kararda hükmün infazında tereddüt yaratmayacak şekilde hüküm kurulması gerekmektedir. Dava TMK'nın 166/3. maddesine ilişkin boşanma davasıdır. Eşler bir kısım edimlerin gerçekleşmesi hususunda anlaşmışlardır, bu edimler infazda tereddüt yaratmayacak açıklıkta olmalıdır. Bu nedenle duruşmadaki anlaştıkları konular ile tarafların sunmuş oldukları protokol aynı doğrultuda olmalıdır. Taraflar bir kısım edimler karşısında boşanma hususunda anlaşmışlardır. Bu edimlerin infaz edilebilmesi için eda emri taşıyan hüküm fıkrasında gösterilmeleri gerekir¹⁸⁷. Anlaşmalı boşanma davasında düzenlemenin tasdiki şeklinde de karar verilemez. Düzenlemenin tamamının hüküm fıkrasına infazında karışıklığa neden olmayacak şekilde geçirilmesi gerekmektedir¹⁸⁸.

Yargıç gerekçeli karar kısmında anlaşmalı boşanma koşullarında onay verdiği düzenlemeleri tek tek belirteceği gibi onay vermediği hususları da çok açık bir şekilde belirtmelidir¹⁸⁹.

Yukarıda da anlatılanlardan anlaşıldığı gibi tarafların beraber başvurmaları veyahut bir eş tarafından açılan davanın yargılamanın herhangi bir bölümünde onayı halinde evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı kanaatine varılarak boşanmanın çekişmesiz yargı faaliyeti olduğu yönünde hükme varılacaktır¹⁹⁰. Anlaşmalı boşanma durumunda hakim kendiliğinden herhangi bir araştırma ve delil toplama yoluna gitmeyecektir. Hakim tarafların getirdikleri delillerle bağlıdır¹⁹¹.

¹⁸⁶ Y2HD, 06.05.2004 tarih, 4891-5908 sayılı kararı.

¹⁸⁷ Y2HD, 06.05.2004 tarih, 4891-5908 sayılı kararı.

¹⁸⁸ Y2HD, 07.11.2005 tarih, 12503-15200 sayılı kararında "...Dava TMK'nın 166/III maddesine dayalı anlaşmalı boşanmaya ilişkindir. 1.6.2005 havale tarihli" boşanmaya ve sosyal ve mali sonuçlarına ilişkin anlaşmada gelecek yıllarda nafaka artış oranı, soyadı kullanmaya izin otomobildeki hisse satışı ve bedelin ne şekilde ödeneceğine v.s. dair hükümler mevcuttur. Hüküm fıkrasında ise sadece "taraflarca ibraz edilen protokolün tasdikine" değinilmekle yetinilmiştir. Protokoldeki hükümlere hüküm fıkrasında yer verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir.

¹⁸⁹ YETİK, Nurten; Boşanma Anlaşmalı Boşanma ve Mal Rejimleri, 2008, Ankara, s. 183.

¹⁹⁰ ÖZDEMİR, s. 117; ÖZTAN, Aile Hukuku, s. 729.

¹⁹¹ TUTUMLU, s.1054.

II. GÖREVLİ ve YETKİLİ MAHKEME

A. Görevli Mahkeme

4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun göre aile hukukundan doğan dava ve işler aile mahkemesinde görülmektedir¹⁹².

Aile Mahkemesi kurulamayan yerlede bu davalara aile mahkemesi sıfatıyla asliye hukuk mahkemesi tarafından bakılır. Boşanma davalarında asıl görevli mahkeme aile mahkemeleridir.

B. Yetkili Mahkeme

Bir davanın yer itibariyle bize nerede görüleceğini gösteren mahkemeye yetkili mahkeme denmektedir. Yetkili mahkeme bir davaya nerede bakılacağı hususunda karışıklıklara engel olarak davanın nerede görüleceği anlamında taraflara yol gösterme anlamında büyük önem taşımaktadır.¹⁹³

TMK'nın 168. maddesi hükmü gereği boşanma ve ayrılık davalarında yetkili mahkeme, eşlerden birinin yerleşim yeri veya davadan önce son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesidir¹⁹⁴. Fakat bu konu kesin yetki kuralı olup olmadığı yönünden doktrinde tartışmalıdır. Bir grup yazar Türk Medeni Kanun'un konuya ilişkin düzenlemelerinin kesin yetki kuralı olduğunu savunmaktadır¹⁹⁵. Diğer bir görüşe göre yetki konusunda boşanma ve ayrılık davalarında kesin yetki kuralı söz konusu değildir. Davacı yukarıda anlatılan sebeplerden birine dayanarak boşanma davası açabilirler. Davacı bu hakkını kullanmadığı takdirde seçim hakkı davalıya geçecektir ve davalı yetki itirazında bulunarak yetkili mahkemeyi bildirecektir¹⁹⁶.

TMK ve HMK irdelendiğinde boşanma ve ayrılık davasının hangi yer mahkemesinde açılması gerektiği irdelendiğinde kesin yetki kuralını kabul etmek

¹⁹² GENÇCAN, Ömer Uğur, 6100 sayılı HMK Hükümlerine Göre Boşanma Usul Hukuku Yargıtay Uygulaması Bilimsel Açıklama ve Son İçtihatlar, Ankara 2016, s.115; KÖSEOĞLU, Bilal, "Aile Mahkemesinin Görev Sınırları", Antalya Barosu Dergisi, Yıl 25, S. 5/51, Antalya 2004, s. 70; KARAGÜLMEZ Ali/URAL, Sami Sezai, Açıklamalı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri Kanunu, 2. Baskı, Ankara, 2003, s.17.

¹⁹³ KURU/ASLAN/YILMAZ, s. 165.

¹⁹⁴ OĞUZMAN/DURAL, s.133.

¹⁹⁵ KURU/ASLAN/YILMAZ, s. 164./PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 10. Bası, Ankara, 2013, s.165.

¹⁹⁶ AKINTÜRK T./ATEŞ, s. 278.

kanaatimizce daha uygun olmaktadır. Yani davacı boşanma davasının madde metninde belirtilen bu üç mahkemenin birinde, ya eşlerden birinin son altı aydan beri oturdukları yerde , eşlerden birinin yerleşim yeri mahkemesinde açması gerekmektedir. Bu yerler için getirilen yetki kuralı kesin yetkiyi ifade etmektedir.

III. ANLAŞMALI BOŞANMADA TARAFLARIN TARAF ve DAVA EHLİYETİ

A. Taraf Ehliyeti

Medeni Hukuk anlamında hak ehliyetine sahip olduğu takdirde davada taraf ehliyetide bulunduğu kabul edilmektedir.Taraf ehliyeti medeni hukuk anlamında görünen haklardan yararlanma ehliyetinin usul hukukunda görünen halidir.Davada taraf olabilme anlamına gelen ve taraf olma ehliyetine sahip olma ile kişilerin sahip olduğu hakların bütünüdür.¹⁹⁷

Boşana davasının kimlerin açabileceği incelendiğinde, bu davanın sınırlı ehliyetsizlerden ayırt etme gücüne sahip kısıtlıların yasal temsilcilerinin iznine muhtaç olmadan bizzat kullanabilecekleri, ayrıca vekilin özel vekalet yetkisi verme şartıyla bu davayı açabileceği, boşanma davası açma hakkının kişiye sıkı sıkı bağlı haklardan olduğu anlaşılmaktadır¹⁹⁸.

B. Dava Ehliyeti

Dava ehliyeti, bir kimsenin bir davayı davacı veya davalı olarak bizzat veya atayacağı bir temsilci ile takip edebilme durumudur.Dava ehliyeti, fiil ehliyetinin medeni usul hukukunda büründüğü şeklidir, bu durumda eylem yeteneğine sahip karı ve koca dava ehliyetine sahiptir¹⁹⁹.

Boşanma davasında davacı ve davalı olabilmek için tarafların ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmamaları yeterlidir²⁰⁰.

¹⁹⁷AKINTÜRK/ATEŞ s.277; TEKİN Helin Neval, s. 90.

¹⁹⁸AKINTÜRK T./ATEŞ, s. 278.

¹⁹⁹GENÇCAN, Tazminat-Nafaka, s.135;AKINTÜRK/ATEŞ, s.278.

²⁰⁰TEKİN Helin Neval, s. 91.

Ayırt etme gücüne sahip ve kıstlı olmayan ergin kişiler tam dava ehliyetine sahiptir.Bu kişilerin dava açma hakkı bulunmaktadır²⁰¹.

Bir kimsenin ayırt etme gücü olmasına karşılık kişi, ergin değilse veya hakkında kısıtlılık kararı alınmış ise, o kimse sınırlı ehliyetsiz sınıfına girmektedir. Bu durumda ehliyetsizlik asıl ehliyet istisnadır²⁰². Bizim için önem taşıyan gurup ise ayırt etme gücüne sahip kısıtlılardır²⁰³.

Ayırt etme gücüne sahip kıstlılar, TMK'nın 16. maddesine göre kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanırken yasal temsilcilerinin onayına ihtiyaç duymazlar. Çünkü bu kişiler her ne kadar temyiz kudretine sahip olmuş olsa da durumlarından ötürü kendilerine vasi atanmış kişilerdir²⁰⁴.

TMK 14. maddesine göre bu ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyeti yoktur. Bu durumda ayırt etme gücüne sahip olmayan eşin boşanma davasını bizzat açma hakkı bulunmamaktadır. Ayırt etme gücünü kaybetmiş eşler için temsil hükümlerinin de geçerli olması kabul edilemez. Tam ehliyetsizlerin yerine yasal temsilcilerinin boşanma davası açabileceği kabul edilmemektedir²⁰⁵.

Tam ehliyetsiz davalıya karşı boşanma davası açabilmektedir. Fakat davayı davalıyı temsilen yasal temsilci devam ettirir. Dava ehliyeti dava şartlarındandır, dava ehliyeti bulunmayan davacının, açmış olduğu dava, dava şartı bulunmadığından dolayı mahkeme tarafından resen incelenerek davanın esasına girilmeden reddedilmelidir.Dava ehliyeti bulunmayan davacının, yasal temsilcisine davaya icazet verebilmesi için uygun bir süre verilmeli, yasal temsilcinin davaya icazet vermesi halinde davaya onun huzurunda devam edilmelidir²⁰⁶.

Boşanma davası açma hakkı, daha önce de belirttiğimiz üzere ayırt etme gücüne sahip kişiler tarafından bizzat kullanılacaktır. Çünkü bu hak kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır.Bu konuda herhangi bir tartışma bulunmayarak açık bir şekilde düzenlenmiştir. Boşanma davasında tam ehliyetsiz eşin boşanma davası açması gerektiğinde ise nasıl bir yol izleneceği konusunda doktrin yol göstermektedir. Böyle bir

²⁰¹TUTUMLU, Boşanma Yargılaması Hukuku, s.210.

²⁰²ÖZTAN, Bilge; Medeni Hukukun Temel Kavramları, Turhan Kitapevi, 17. Bası, Ankara, 2005, s.247.

²⁰³TEKİN Helin Neval, s. 91.

²⁰⁴TEKİN Helin Neval, s. 91-92.

²⁰⁵GENÇCAN,Tazminat-Nafaka, s.137.

²⁰⁶GENÇCAN,Tazminat-Nafaka, s.137.

durumda tam ehliyetsiz adına yasal temsilcisinin boşanma davası açması mümkün olmaktadır²⁰⁷.

Fakat TMK'nın 166/3. maddesi hükmünden faydalanılarak yasal temsilcinin anlaşmalı boşanma davasını tam ehliyetsiz açması mümkün değildir²⁰⁸. Çünkü kanun, tarafların mali konular ve çocukların durumu konusunda serbest iradeyle anlaşarak bu düzenlemenin hakim onayından geçmesini aramaktadır²⁰⁹. Davacı ayırt etme gücüne sahip değilse bu mümkün olmamaktadır.

IV. ANLAŞMALI BOŞANMA DAVASINDA KUSUR ARAŞTIRMASI

TMK 174/1. maddesine göre; *"Mevcut veya beklenen menfaatleri boşanma yüzünden zedelenen kusursuz ya da daha az kusurlu taraf, kusurlu taraftan uygun bir maddi tazminat isteyebilir"* Bu durumun şartları ise şunlardır:²¹⁰

Boşanma davalarında bir tarafın hiç kusurunun bulunmaması haline nadiren rastlanılmaktadır. Kusursuzluk ararken de bu nedenle mutlak bir kusursuzluktan söz edilemez. Kusur durumunda önemli olan tazminat isteyen eşin, herhangi bir kusurunun bulunup bulunulmaması değil de boşanma sebebinde kusurunun bulunup bulunmadığıdır. Başka bir anlatımla tazminat talep edenin kusuru bulunup bulunmadığıdır. Tazminat talep edenin kusuru ile boşanma sebebinin oluşması arasında uygun illiyet bağı olup olmadığıdır. Tazminat isteyen tarafın kusuru, boşanmaya sebep olan olaylara oranla tali derecede olması durumunda hakim tazminata karar verebilir.

4721 sayılı TMK'nın 174/1. maddesinde yer alan mevcut veya beklenen menfaatlerin boşanma yüzünden zedelenen kusursuz veya daha az kusurlu taraf, kusurlu taraftan uygun bir maddi tazminat isteyebilir düzenlemesi anlaşmalı boşanan eşlere de uygulanabilir.

Yargı TMK'nun 174/3. maddesi hükmü anlaşmalı boşanma davalarında kesinlikle uygulanacağı kanaatindedir. Anlaşmalı boşanma davasında 'tam kusurlu eş' bile anlaşma olursa maddi tazminat alabilir. Oysa tam kusurlu eş TMK'nın 174/1. maddesi hükmüne göre hiçbir şekilde maddi tazminat alamaz. Bu sebeple anlaşmalı boşanma davasında maddi

²⁰⁷ TEKİN Helin Neval, s. 91-92.

²⁰⁸ TEKİN Helin Neval, s. 93.

²⁰⁹ TEKİN Helin Neval, s. 93.

²¹⁰ DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan/GÜMÜŞ Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, s. 145-146.

tazminat isteyen tam kusurlu olsa bile tazminat alabileceğine göre kusur araştırmasının hiçbir işlevi olmaz. Başka bir anlatımla anlaşmalı boşanma davasında kimin kusuru ne olursa olsun bu husus maddi tazminat istemeyi engellemez. O halde anlaşmalı boşanma davalarında kusur araştırması yapılamaz. Zira tam kusurlu eş bile anlaşmalı boşanma gerçekleştirebilir.

TMK'nın 174/1. maddesi hükmünün anlaşmalı boşanma davalarında uygulanacağı bir an bile kabul edilse bile tarafların boşanma sebebi taraflardan birinin kusurlu davranışı değil tarafların boşanma konusunda anlaşmasından ibarettir. Başka bir anlatımla taraflardan birinin kusuru ile boşanma kararı verilmediği konusunda kesin hüküm vardır. Kesinleşen boşanma kararı gerekçesi ve boşanma sebebi tarafları olduğu gibi Yargıtay'ı da bağlar²¹¹.

TMK'nın 166/3. maddesine göre ise; *"evliliğin en az bir yıl sürmüş olması ve eşlerin birlikte başvurmaları veya bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde evlilik birliğinin temelinden sarsılmış"* sayılacağı hükme bağlanmıştır. Bu fıkra ile aksi ispatlanamayan bir kanuni karine bulunmaktadır. Fıkra da belirtilen koşulların oluşması halinde evlilik birliğinin temelinden sarsıldığını ispat etmek mümkün olmamaktadır.

TMK'nın 166/3. maddesi düzenlemesinin kanuni karine sayılması taraflarca kendisine başvuru mahkemenin, karşılaştığı somut olayda evlilik birliğini sarsan olayları, maddi nedenleri araştırma yükümlülüğü taşımayacağı, evlilik birliği sarsılmamış olsa bile ortak başvuru veya davanın kabulü ile evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılacak. Bu konuda hakimin takdir yetkisi bulunmayacağı anlamına gelir²¹².

²¹¹ Y. 2. HD., 03.04.2008 tarih ve 3109-4707 sayılı kararı.

²¹² SEÇER, s. 42

V. ANLAŞMALI BOŞANMA KOŞULLARININ GERÇEKLEŞMEMESİ HALİNDE İZLENECEK USUL

Tarafların anlaşmalı boşanma konusunda aralarında kararlaştırdıkları şartlarının gerçekleşmemesi durumunda, bu davaya anlaşmalı boşanma davası olarak devam edilmesi mümkün değildir. Bu durumda usul ekonomisi hükümleri de dikkate alınarak yargılamaya TMK'nın 166/1-2-4. veya TMK m161-165. maddeleri doğrultusunda devam olunup olunmaması konusunun tartışılması gerekmektedir²¹³.

Bu konuda görüş birliği bulunmamaktadır. Hakimin taleple bağlı olduğu, tarafların boşanma davası açmaları halinde iddia ve savunmalarıyla bağlı olduğu taraflar başka boşanma nedenleriyle dava açmış olsa bile talep dışına çıkamayarak davayı reddetmesi gerektiği savunulmaktadır²¹⁴. Bu görüşün tam karşıtı görüşler de mevcuttur²¹⁵.

Eşlerin anlaşmalı boşanma hususunda TMK'nın 166/3. maddesi kapsamında boşanmak için mahkemeye başvurusu halinde, bu boşanmanın gerçekleşebilmesi için bir takım şartlar aranmaktadır. Yargılama sırasında bu şartların gerçekleşmediğinin anlaşılması durumunda usul ekonomisi ve davanın gelmiş olduğu aşama değerlendirerek davanın reddi yerine davanın çekişmeli yargıya dönüştürülerek devamı daha sağlıklı bir yol olacaktır. Yargıtay da birçok kararında bu görüş doğrultusunda karar vermiştir. Anlaşmalı boşanmanın şartlarının gerçekleşmediği ileri sürülerek tarafların o süre zarfında harcamış olduğu emek ve zamanı görmezden gelmek hakkaniyete uygun düşmemektedir²¹⁶.

Taraflar boşanma konusunda TMK'nın 166/3. maddesi doğrultusunda anlaşmalarına rağmen yargılama sırasında karşılıklı anlaşmanın kabul edilmemesi durumunda bu boşanma talebi geri çevrilmemeli boşanma çekişmeli olarak devam ettirilmelidir. Bu durum usul ekonomisine katkı sağlayacağı gibi tarafların tekrar dava açmasını bekleyerek yıpranmalarının önüne geçmektedir.

²¹³ DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper, s.124

²¹⁴ YALÇINKAYA, Namık/ KALELİ, Şakir; Yeni Boşanma Hukuku, C. I, Ankara,1988, s. 2061.

²¹⁵ TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, 7. Baskı, İstanbul, 1990, s.248.

²¹⁶ Y. 2. HD., T. 12.07.2012, E. 2012/11337, K.2012/19728.

SONUÇ

TMK'nın 166/3. maddesi ile düzenlenen anlaşmalı boşanma, günümüzde hemen tüm çağdaş ülke hukuklarında bulunmaktadır. Evlilik birliğini sona erdirmek isteyen eşlerin, bu iradelerine değer verilerek, anlaşma ile birliğin çözülmesi konusunda eşlere öncelik tanınması, birey iradesinin üstün tutulmasının sonucudur.

Eşlerin ortak dilekçe ile mahkemeye başvurmaları ya da uygulamada görüldüğü gibi, bir eşin imzasını taşıyan dilekçenin mahkemeye verilmesi anlaşmalı boşanma prosedürünün başlaması için yeterli olacaktır. Bir eşin açtığı davayı diğerinin kabul etmesi halinde ise, göz önünde bulundurulması gereken husus, özel boşanma sebeplerine dayanarak açılan davalarda da anlaşmalı boşanmanın sağlanabileceğidir.

Anlaşmalı boşanma için tarafların düzenleyecekleri anlaşma, boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumunu kapsamalı, hakimin anlaşmada uygun bulmadığı ve değiştirdiği hükümleri, taraflarca kabul etmelidir. Ayrıca hakim tarafları dinlemeli ve tarafların anlaşmalı boşanmaya serbest iradeleriyle karar verdiklerine ikna olmalıdır.

Yasa koyucu, TMK'nın 166. maddesinde yapılan bu değişiklik ile kanunun düzenlediği bazı şartların gerçekleşmesi ile evliliklerini devam ettirmekte güçlük çeken ve evliliğin devamının kendilerinden beklenemeyen çiftlerin hukuk dışı yollara gitmesi yerine onlara böyle bir imkan tanınmış olup, tarafların hukuk dışı yollara gitmesini engellemiştir.

Nitekim TMK'nın 166/3. maddesine göre boşanmada boşanma kararı verilebilmesi için, hakimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına ikna olması ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması gerekir. Hakim tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin kabulü halinde boşanmaya hükmolunur.

Tarih boyunca boşanma konusunda birbirinden oldukça farklı boşanma sistemlerinin benimsendiği görülmektedir. Bu sebeple boşanmada getirdikleri çözüm

yollarına göre boşanmada benimsenen sistemleri çeşitli başlıklar altında incelemek mümkündür.

Anlaşmalı boşanmaya hangi yargı türüne girdiği tartışmalıdır. Çekişmesiz yargı ile çekişmeli yargıyı ayıran en önemli kriterin çekişmesiz yargıda "ihtilaf (niza-çekişme)" yokluğunun olduğu kabul edilmektedir. Şöyle ki çekişmesiz yargıda mahkeme, ilgililer arasında mevcut bir ihtilaf hakkında karar vermez. Bu ölçüte göre mahkemelerin baktığı ve ilgililer arasında ihtilafı olmayan tüm işler çekişmesiz yargı olduğu söylenebilir. Anlaşmalı boşanmanın hangi yargı türüne girdiği konusunda kesinlik yoktur.

Anlaşmalı boşanma (TMK. m. 166 f. III) karar verilebilmesi için hakimin tarafları kendisinin dinlemesi ve taraflar beyanlarının her hangi bir baskı ürünü olmadığına kanaat getirmesi gerekmektedir. Anlaşmalı boşanma davasında tarafların iradelerini serbestçe açıkladıklarına kanaat getirilmemişse gerekçeleri açıklanarak tarafların evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle boşanma (TMK. m. 166/1,2. maddeleri) davası yönünde deliller toplanarak bir karar verilmelidir.

Tarafların boşanması için en birinci koşul, evliliğin bir yıl sürmüş olmasıdır. Bu koşul yargılamaya yapan hakim tarafından resen araştırılır ve eğer bu koşul gerçekleşmez ise anlaşmalı boşanmaya karar veremeyecektir. Yargıtay ayrıca bu durumun kamu düzenine ilişkin olduğunu da belirtmektedir.

TMK'nın 166/3. maddesinde anlaşmalı boşanma için eşlerin birlikte başvurabileceklerine açık bir şekilde değinilmiştir. Fakat bu şekilde mahkemeye başvurduklarında bu başvurunun nasıl olacağına ilişkin maddede bir açıklık bulunmamaktadır. Bu hususta iki olasılık akla gelmektedir. Birinci durumda eşler bir araya gelip boşanma dilekçesi yazarak altını imzalayıp mahkemeye sunmaları halinde yargılamanın başlaması söz konusu olacaktır. İkinci durumda ise uygulamada görüldüğü gibi anlaşmalı boşanma davası için tek imzalı dilekçe yeterli olacaktır.

Anlaşmalı boşanma için eşlerin birlikte başvurmaları şartı bulunmamaktadır. Eşlerden birinin TMK'nın 166/3. maddesine göre açılmış bir davasının bulunması koşuluyla diğer eş bu davanın herhangi bir aşamasında kabul ederek anlaşmalı boşanma gerçekleştirilebilir.

Anlaşmalı boşanma davasında anlaşmanın gerçekleştirilebilmesi tarafların iradesini hiç bir baskı altında olmadan açıklaması gerekmektedir. Bu irade açıklamasının hiç bir

baskı altında olmadan tarafın hür iradesiyle verdiği hakim tarafından denetlenmelidir. Bunun sağlanabilmesi için tarafların bizzat dinlenmesi gerekir. Taraf yerine veli, vasi ya da temsilcinin dinlenilmesi tarafın dinlenilmesi yerine geçmez.Hakim tarafları bizzat dinlemediği sürece anlaşmalı boşanmaya karar veremez.Başka bir söyleyişle, bu sebebe dayanan boşanma davasında hakimin eşleri huzuruna davet ederek bizzat dinlemesi "olmazsa olmaz" şart niteliğindedir.

Hakim anlaşmalı boşanma davasında taraflar arasında ortaya konan iradenin her türlü etkiden uzak özgür bir isteğin sonucu olarak ortaya koymalıdır. Taraflar hakimi, özgür iradelerine dayanarakhiçbir baskı ve tehdit altında kalmaksızın anlaşmalı boşanmak isteklerine ikna etmelidir. Ancak bazen eşlerden birisi protokoldeki şartlarda boşanmak istemeyebilir buna rağmen diğer eşin baskı ve zorlaması neticesinde iradesini açıklaması durumunda, hakim tarafları ayrı ayrı dinleme yoluna başvurur.

Anlaşmalı boşanma davalarında evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurmaları ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Hakimin boşanmaya karar verebilmesi için bu birlikte başvuru veya birinin davasının diğeri tarafından kabul edilmesi yeterli değildir. Hakim bu beyanların evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı yönünde taraflarda oluşan samimi bir kanaat ve serbest bir iradenin ürünü olduğunu anlaması gerekir.

Kanun koyucu tarafların boşanmak konusundaki iradesi ile bir ilkenin unsurlarının gerçekleştiğini söylemek istemektedir.Yasa koyucu tarafların irade ilkesine göre; boşanma yönündeki isteklerini belirli koşulların gerçekleşmesi durumunda evlilik birliğinin temelinden sarsılma ilkesiyle desteklemektedir.Yasa koyucu bu desteği her evlilik için vermemektedir. Bu durunmda evlilik en az bir yıl sürmüş ise bu aşamadan sonra eşler boşanma konusunda anlaşılırlarsa evlilik birliğinin temelinden sarsıldığını ve ortak hayatı çekilmez hale getirdiğini kabul edebiliriz.

TMK'nın 166/3. maddesine göre yapılacak anlaşma hakimin katılımı bulunsun ya da bulunmasın, anlaşmalı boşanmaya karar verilebilmesi için bulunması gereken maddi unsurlardandır. Eşlerden her hangi birinin anlaşmadan vazgeçmeleri anlaşmalı boşanma kararı verilebilmesi için gerekli unsurdan birinin yokluğu sonucunu doğurur.

Eşler arasında yapılan anlaşma, boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin taraflarca düzenlenen hakimin özel onayına bağlı özel hukuk sözleşmeleridir.

Eşlerin anlaşma ile düzenleyebilecekleri başlıca mali konular, eşlerin karşılıklı talep edebilecekleri maddi ve manevi tazminat miktarı ile yoksulluk nafakasıdır. Çocuklar için iştirak nafakasını da bu kapsamda saymak gerekir.

Anlaşmalı boşanmada taraflar tazminat isteğini yasal adı ile nitelendirmeleri gerekmektedir. Örneğin; tazminat istiyoruz derken bu tazminat maddi tazminat mı yoksa takımlarla ilgili bir alacak mı, eşin işten çıkarılmasına ilişkin bir tazminat mı olduğu hususu açıkça belirtilmelidir.

TMK'nın 166/3. maddesinde, eşlerin boşanabilmek için çocukların durumu konusunda da anlaşmış olmaları gerektiği belirtilmiştir. Çocukların durumu ile, boşanmadan sonra çocuğun velayetinin hangi tarafta kalacağı, velayet kendisinde kalmayan eş ile çocuk arasında ne şekilde kişisel ilişki kurulacağı ve çocuk için ödenecek iştirak nafakası ifade edilmek istenmiştir.

Eşler üzerinde uzlaştıkları düzenlemeyi hakim onayına sunacaklardır. Hakimin tarafların önüne getirdiği düzenlemeyi özellikle eşlerin ve çocukların menfaatleri açısından denetlemesi gerekmektedir. Anlaşmada kanuna aykırılık varsa, anlaşmanın şartları bir taraf için mali açıdan sömürülme, kullanılma oluşturuyor ise, taraflardan birinin kanunda yer alan düzenlemelerden ayrılarak yeni bir anlaşma yapması için uygun sebepleri yoksa ve hakkaniyet prensibi altında taraflardan birinin kanundaki düzenlemeden ayrılması adil olmayan sonuçlara götürüyorsa ya da anlaşma taraflardan birinin adaletsiz sonuç yaratacaksa anlaşmada yer alan hükümler belirsiz ise anlaşma yapıldıktan sonra tarafların durumunda değişiklik olmuş ise hakim anlaşmayı onaylamayacaktır.

Anlaşmalı boşanma davası neticesinde hakim tarafından verilen hüküm bozucu nitelik doğuran bir hüküm olarak kabul edilir.Boşanmaya karar verilmekle evlilik birliği sonra erer.

Anlaşmalı boşanma davasında kusur araştırması yapılamayacağı anlaşılmaktadır. Yargıtayın bazı kararlarında değinildiği üzere maddi tazminat talep edilebilmesi için TMK 174/1. maddesinden anlaşıldığı üzere mevcut veya beklenen menfaatlerin boşanma yüzünden zedelenen kusursuz veya daha az kusurlu taraf, kusurlu taraftan uygun bir maddi tazminat isteyebilir düzenlemesi anlaşmalı boşanan eşler için de geçerlidir.

Netice itibariyle anlaşmalı boşanma, tarafların önceden belirledikleri kurallara uyarak daha kolay ve sancısız bir şekilde evlilik birliğini sonra erdirme imkanına sahip

oldukları bir yol olarak kabul edilebilir. Toplumun temelini oluşturan ailenin korunması ve sonrasında bireyin korunması adına anlaşmalı boşanmaya kanunun yer vermesi isabetli olmuştur



KAYNAKÇA

Aras, Bahattin; "*Anlaşmalı Boşanma Davalarında Tarafların Tazminat ve Nafaka Taleplerinin Karara Bağlanması*", Terazi Hukuk Dergisi, Temmuz, Sayı 47, Ankara, 2010, s.74-85

Aras, Bahattin; *Boşanma Davalarında Yargılama Usulü ve Aile Mahkemeleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.

Akıntürk, Turgut/ Ateş Karaman, Derya; *Aile Hukuku, İkinci Cilt*, İstanbul, 2013.

Akıntürk, Türk Medeni Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, 2. Cilt, 10. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2006.

Akipek, İhsan; *Mukayeseli Hukuk Bakımından Boşanma Sebepleri*, Ankara, 1952.

Anıl, Yaşar Şahin; *Boşanma Sebebi Olarak Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Geçimsizlik*, İstanbul, 2008.

Ayan Mehmet/Ayan Nurşen; *Kişiler Hukuku*, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.

Ceylan Ebru; *Türk İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları*, Ocak, 2006.

Çakın, Akın; *Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma*, Ankara, 2007.

Doğan, İzzet; "*Anlaşmalı Boşanma, İstanbul Barosu Dergisi*", Cilt 81, Sayı 5, İstanbul, 2007, s.1933-1937.

Doğan, İzzet; "Aile Hukuku", Legal Hukuk Dergisi, Cilt 2, Sayı 14,2004, s.373-375.

Dural Mustafa/Öğüz Tufan/Gümüş, Mustafa Alper; Türk Özel Hukuku Cilt 3, Aile Hukuku, İstanbul, 2018.

Ergün, Ömer; *"TMK'nın 166. Maddesinde Düzenlenen Boşanma Nedenleri, Akader, Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan"*, Diyarbakır, 2005, s.431-457

Ergün Zafer; Boşanma Davaları Nişanlanma-Evlenme-Butlan-Velayet-Kişisel İlişki-Nafaka-Maddi ve Manevi Tazminat, 4. Baskı, Ankara, 2009.

Feyzioğlu, Feyzi Necmettin; Aile Hukuku, İstanbul, 1986.

Gençcan, Ömer Uğur; 6100 sayılı HMK Hükümlerine Göre Boşanma Usul Hukuku Yargıtay Uygulaması Bilimsel Açıklama ve Son İctihatlar, Ankara, 2016.

Gençcan Ömer Uğur; Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku, Ankara,2010.

Gençcan, Ömer Uğur; Boşanma Hukuku, Ankara,2006.

Grassinger, Gülçin Elçin, *"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, s. 233-241.

Gürsoy, Kemal T.; *"Boşanma Hukukunun Tarihi Gelişimine Genel Bir Bakış ve Boşanma Sebeplerinde En Yeni Eğilimler, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı"*, 1925-1975, C. II, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara, 1977,s.1-45.

Hatemi, Hüseyin /Serozan Rona; Aile Hukuku, 1993.

İpek, Ali İhsan; Türk Hukukunda Genel Boşanma Sebepleri, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008.

Kandil,Seher; Türk Hukukunda Terk Sebebiyle Boşanma, Ankara,2006.

Karagülmez, Ali/Ural, Sami Sezai; Açıklamalı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri Kanunu, 2. Baskı, Ankara,2003.

Kılıçoğlu, Ahmet; *"Boşanmayla İlgili Olarak Medeni Kanunumuzda Yapılan Son Değişiklikler"*, İçinde: Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 1988, s.383-392.

Kılıçoğlu, Aile Hukuku, 2.Bası, Ankara, 2016.

Köseoğlu, Bilal, *"Aile Mahkemesinin Görev Sınırları"*, Antalya Barosu Dergisi, Yıl 25, S. 5/51, Antalya, 2004,s.70-74.

Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/ Ejder, Yılmaz; Medeni Usul Hukuku, 22. Baskı, Ankara, 2013.

Kuru, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, 1995.

Oğuzman, Kemal/Dura, Mustafa; Aile Hukuku, İkinci Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1998.

Öncü, Özge; *"Eşlerin "Anlaşmalı Boşanma"Çerçevesinde Mal Rejiminin Tasfiyesine Yönelik Olarak Yaptıkları Anlaşmalar ve Bu Anlaşmaların Uygulamada Doğurduğu Sorunlar"*,Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan,İzmir, 2017, s.793-835.

Özdemir, Nevzat; Türk – İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, İstanbul, 2003.

Özüğurlu, Ali İhsan; Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları, Ankara, 2011.

Öztan, Bilge; Aile Hukuku, Turhan Kitapevi, 6. Bası, Ankara,2015.

Öztan, Bilge; Medeni Hukukun Temel Kavramları, Turhan Kitapevi, 17. Bası, Ankara, 2005.

Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 10. Bası Ankara, 2013.

Saleh, Muhsen Abdulkader; Türk ve Irak Hukukunda Genel Sebeplere Dayanarak Boşanma ve Sonuçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

Seçer, Öz;"İsviçre ve Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma ve Fiili Ayrılık Sebebiyle Boşanma" Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Kasım-Aralık, Sayı 63-64, Aralık, 2009,s.39-69.

Seçer, Öz; "Anlaşmalı Boşanmada Eşlerin Aralarında Yaptıkları Anlaşma", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S. 2, 2016,s.259-286.

Şener, Esat; "Medeni Kanun'un Aile ve Nesep Bölümünde Çatışan Eğilimler", Ankara Hukuk Ellinci Yılı Armağanı, C.2, Ankara,1977,s.218-239.

Surlu, Mehmet Handan; "Eşlerin Birlikte Başvurmasına Dayalı Anlaşmalı Boşanma İsteminin Medeni Usul Hukuku Açısından Anlamı Üzerine Bir İnceleme" Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, Beta, 2016.

Tekin, Helin Neval; Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2017.

Tekinay, Selahattin Sulhi; Türk Aile Hukuku, 7. Baskı, İstanbul, 1990.

Topçuoğlu, Hamide; "Kanuna Karşı Hile (Kanundan Kaçınma Yolları)", Doktora Tezi, Selüloz Basımevi, İzmit,1950.

Tos, Ekrem, "*Çağdaş Ailenin Ulusal ve Evrensel Tanımı ve Sorunları*", Manisa Barosu Dergisi, Yıl:3, s.7,1983, s.51-88.

Tutumlu, Mehmet Akif; Boşanma Yargılaması Hukuku, Cilt II, Seçkin Kitapevi, Ankara, 2009.

Tutumlu, Mehmet Akif; Evliliğin Butlanı Boşanma, Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2006.

Ülkü, Atmaca Hande; Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma Protokolü, Doktora Tezi, İstanbul,(2017).

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, Ailenin Çilesi-Boşanma, İstanbul,1976.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet,"*Boşanma Sebeplerinin Hukuk Tarihi, Kilise Hukuku ve Hukuk Politikası Bakımından Umumi Suretle Tetkiki*", Cemil Bilsel'e Armağan, İstanbul, 1939,s.667-695.

Yalın, Şeyda Şanlı; "Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma", İstanbul Aydın Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, Temmuz, 2017.

Yalçınkaya, Namık/ Kaleli, Şakir; Yeni Boşanma Hukuku, C. I, Ankara,1988.

Yetik, Nurten; Boşanma, Anlaşmalı Boşanma ve Mal Rejimleri, Ankara,2008.

Yılmaz-Bilgin, Esra Pınar; *"Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma"*, Yüksek Lisans Tezi , İstanbul, 2016.

Yücel, Sevtap; *"Yargıtay Kararları Işığında Anlaşmalı Boşanma Davası Sonrasında Nafaka ve Tazminat Talepleri"*, Hakemli Makale, AndHD, Cilt:4-Sayı:1., s.239-257.

Zevkliler A., Acabey M. B. ve Gökyayla K.E.; *Medeni Hukuk*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1999.

