

T.C.
İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

TÜRK HUKUKU'NDA ANLAŞMALI
BOŞANMA DAVASI VE HUKUKİ SONUÇLARI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

ZEYNEP YARGIÇ

1600007208

Anabilim Dalı : Özel Hukuk

Programı : Özel Hukuk

Tez Danışmanı : Dr. Öğr. Üyesi Nihal URAL

MAYIS 2020

T.C.
İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

TÜRK HUKUKU'NDA ANLAŞMALI
BOŞANMA DAVASI VE HUKUKİ SONUÇLARI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

ZEYNEP YARGIÇ

1600007208

Anabilim Dalı : Özel Hukuk

Programı : Özel Hukuk

Tez Danışmanı : Dr. Öğr. Üyesi Nihal URAL

Jüri Üyeleri: Dr. Öğr. Üyesi Hande DENİZ (İstanbul Okan Ünv.)

Doç. Dr. Cem AKBIYIK

MAYIS 2020

Üniversite : T.C İstanbul Kültür Üniversitesi
Enstitü : Lisansüstü Eğitim Enstitüsü
Anabilim Dalı : Özel Hukuk
Programı : Özel Hukuk
Tez Danışmanı : Dr. Öğr. Üyesi Nihal Ural
Tez Türü Ve Tarihi : Mayıs 2020

ÖZ

Türk Hukuku'nda Anlaşmalı Boşanma Davası ve Hukuki Sonuçları

ZEYNEP YARGIÇ

Bu çalışma T.C İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsünde yüksek lisans tezi olarak hazırlanmıştır.

Çalışmamız; anlaşmalı boşanma davalarını konu edinmekle, anlaşmalı boşanma davalarının tarihsel gelişim içindeki yerini, anlaşmalı boşanmanın islam Hukuku, Roma Hukuku ve Kara Avrupası'ndaki yeri ile özellikle Türk Hukukundaki yerini, anlaşmalı boşanma davasının Şart ve usullerini, çekişmeli boşanma davaları ile kıyasen incelenmesini, anlaşmalı ve çekişmeli boşanma davalarının doğurduğu hukuki sonuçlar ile eşler ve çocuklar yönünden kişisel ve mali sonuçları yer almaktadır.

Konumuza ilişkin yürürlükten kalkan Medeni Kanun ile yürürlükteki Medeni Kanun karşılaştırma ve değişikliklerine de değinilmiştir. Gerek anlaşmalı boşanmalarda gerekse de çekişmeli boşanma davaları neticesinde özellikle çocuklar yönünden ortaya çıkan sonuçları ile eşlerin çocuklara ve birbirlerine karşı görev ve yükümlülüklerinden de ayrıca bahsedilmiştir.

Çocuklar yönünden; velayet, velayetin kaldırılma ve değiştirilme sebepleri ile kişisel ilişki konuları da gerek anlaşmalı boşanmada gerekse de kıyasen çekişmeli boşanma davalarında örnekler verilerek irdelenmiştir. Hukukumuzda yeni giren ortak velayet kavramı ve getirdiği yeniliklere de anlaşmalı boşanma yönünden değinilmiştir.

Eşler yönünden ise hem anlaşmalı hem çekişmeli boşanma davalarında mali ve kişisel doğacak sonuçlardan bahsedilmiştir. Arabuluculuğa ve özellikle aile arabuluculuğuna da değinilmiştir.

Çalışmamız sırasında doktrinden ve hukuk duayenlerinin görüşlerinden ve özellikle Yargıtay kararlarından yararlanılmış ve kıyaslamalar yapılarak karşılaştırılmalı görüşlere de yer verilmiş, konulara ilişkin kanaatlerimiz ile uygulamadan örneklere de yer verilmiştir.

Anahtar Sözcükler: Anlaşmalı Boşanma, Anlaşmalı Boşanma Davasının şartları, Anlaşmalı Boşanma Davalarının Usulü, Çekişmeli Boşanma Davaları ile Anlaşmalı Boşanma Davalarının Hukuki ve Kişisel Sonuçları, Eşler Yönünden Anlaşmalı Boşanmanın Sonuçları, Çocuklar Yönünden Anlaşmalı Boşanmanın Sonuçları, Arabuluculuk Kavramı, Aile Arabuluculuğu, Ortak Velayet Kavramı ve Anlaşmalı Boşanmada Kullanım Alanları

University : Republic of Turkey Istanbul Kültür University
Institute : Institute Of Graduate Education
Department : Private Law
Program : Private Law
Thesis Supervisor : Assoc. Prof. Dr. Nihal Ural
Type and Date of The Thesis : May 2020

SUMMARY

In Turkish Law, Uncontested Divorce Lawsuits and Legal Consequences

ZEYNEP YARGIÇ

This study was prepared as a master's degree thesis at Republic of Turkey, Istanbul Kültür University, Institute of Graduate Education.

Our study deals with the subject of uncontested Divorce lawsuits and includes the place of uncontested divorce lawsuits in historical development; the place of the uncontested divorce in Islamic Law, Roman Law and civil law and especially in Turkish Law; conditions and procedures of uncontested divorce

lawsuits; comparative research with contested divorce lawsuits; legal consequences of uncontested and contested divorce lawsuits, personal and financial consequences for spouses and children.

Regarding the subject, the comparison and amendments of the Old Civil Code and the New Civil Code are also mentioned. Both the results of uncontested divorce and contested divorce lawsuits, especially in terms of children, and the duties and obligations of spouses towards children and each other are also mentioned.

In terms of children; custody, reasons for abolition and modification of custody and personal relationship issues have been examined by giving examples both in uncontested divorce and contested divorce lawsuits. The new concept of joint custody and the innovations it has brought into our law are also mentioned in terms of uncontested divorce.

In terms of spouses, financial and personal consequences of both uncontested and contested divorce lawsuits are mentioned. Also mediation and specially family mediation is told in this case.

During the study, the doctrine and the opinions of the law doyens/doyennes and in particular the decisions of the Supreme Court were used, and comparative opinions were made by making comparisons, and my opinion about the subjects and examples from the practices were also included.

Keywords: Uncontested divorce, Conditions of Uncontested Divorce, Procedures of Uncontested divorce, Legal and Personal Consequences of Contested and Uncontested Divorce Lawsuits, The Results of Uncontested Divorce In Terms of Spouses, The Results Of Uncontested Divorce In Terms of Children, Mediation, Family Mediation, Concept of Joint Custody and Fields of Usage of It In Uncontested Divorce

ÖNSÖZ

Tez çalışmam sırasında bana, tüm bildiklerini aktaran, gelişim sağlamam için özveri gösteren ve destek veren değerli hocam Dr. Nihal Ural'a ve her aradığımda yardımını esirgemeyen ve öğretmek için çabalayan Doç. Dr. Cem Akbıyık hocama samimi ilgileri için sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

Çalışmamda teknik desteğini sunan ve çalışmaktan bıkmayan değerli arkadaşım Soykan Özçelik'e ve beni hayattaki her adımında sorgusuz sualsiz destekleyen ve yol gösteren, hayattaki en büyük şansım ailem; emekli öğretim üyesi babam Mehmet Dahir Yargıç ile emekli öğretim üyesi annem Rabia Altuğ Yargıç'a derin ve duacı sevgilerimle...

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	i
SUMMARY.....	iii
ÖNSÖZ.....	v
1. GİRİŞ	1
1.1 Boşanma Kavramı ve Tarihi Gelişimi.....	1
1.1.1 Boşanma Kavramı.....	4
1.1.2 Boşanma Hukukunun Tarihi Gelişimi içinde Anlaşmalı Boşanmanın Yeri.....	5
1.1.2.1 İslam Hukukunda.....	5
1.1.2.2 Roma Hukukunda.....	8
1.1.2.3 Kara Avrupası Hukuklarında.....	10
1.1.3 Anlaşmalı Boşanmanın Türk Hukukuna Girişi ve Türk Hukukundaki Yeri.....	13
2. BİRİNCİ BÖLÜM	18
TÜRK HUKUKUNDA ANLAŞMALI BOŞANMA DAVASI.....	18
2.1 GENEL OLARAK	18
2.2 ANLAŞMALI BOŞANMANIN ŞARTLARI.....	19
2.2.1 Tarafların Boşanmayı Birlikte Talep Etmeleri Yahut Bir Eşin Açtığı Boşanma Davasını Diğer Eşin Kabul Etmesi.....	20
2.2.2 Anlaşmalı Boşanmanın Bir Çekişmesiz Yargı Faaliyeti Olması.....	21
2.2.3 Evlilik Birliğinin En Az Bir Yıl Sürmüş Olması	22
2.2.4 Hakimın Tarafları Bizzat Dinlemesi Ve İradelerinin Serbestçe Açıklandığına Kanaat Getirmesi Gereği.....	24
2.2.4.1 Taraflar Bizzat Duruşmaya Katılmaları.....	24
2.2.4.2 Tarafların Serbest İradeleri İle Boşanma Talebinde Bulunmaları.....	26
2.2.4.3 Boşanmaya İten Sebebin Gerçek Anlamda Araştırılmaması.....	27
2.2.4.4 Hakimın Tarafların Kabul Ettikleri Anlaşmayı Uygun Bulması Gereği.....	30
2.2.4.4.1 Tarafların Ortak Hazırladıkları Yahut Tarafın Hazırladığı Diğerinin Kabul Ettiği Bir Anlaşma Protokolünü Mahkemeye Sunmaları.....	30
2.2.4.4.2 Anlaşma Protokolündeki Boşanma Sonrası Mali Konuları ve Çocukların Durumuna İlişkin Düzenlemeler.....	35
2.2.4.4.3 Anlaşma Protokolündeki Mal Rejimi Tasfiyesine İlişkin Anlaşmalar.....	39

2.2.4.4.4	Hakimin Protokolde Değişiklikler Yapma Yetkisi.....	43
2.2.4.4.5	Protokol Maddelerinin İnfazı Kabil ve Tereddüde Yer Vermeyecek Olması.....	46
2.2.4.4.6	Hakim Tarafından Onaylanmayan Protokolün Geçersizliği (TMK.m.184/5).....	48
2.2.4.4.7	Protokolün Hakim Tarafından Onaylandıktan Sonra İlam Niteliğini Taşımaması.....	53
2.2.4.4.8	Anlaşmanın Mahkeme İlamının Sonuç Kısmında Yer Alması.....	55
2.2.4.4.9	Protokol Hükümlerinin Hakim Tarafından Düzenlenmesi.....	57
2.3	BOŞANMA KARARI VE USULÜ ETKİLERİ.....	58
2.4	ANLAŞMALI BOŞANMA KARARINA KARŞI KANUN YOLLARI.....	64
2.4.1	İstinaf Yoluna Başvurma.....	64
2.4.1.1	İstinaf Mahkemesinin Kararı.....	65
2.4.1.2	Onama Kararı (Kabul Kararı).....	65
2.4.1.3	Kararın Bozulması/Yeni Bir Karar Verilmesi İle Red Kararı İle İlk Derece Mahkemesine Geri Gönderilmesi Kararı.....	65
2.4.2	Temyiz Yoluna Başvurma.....	66
2.4.2.1	Onama Kararı.....	68
2.4.2.2	Değiştirerek-Düzelterek Onama Kararı.....	68
2.4.2.3	Bozma Kararı.....	68
2.4.3	Yerel Mahkemenin Bozmaya Uyması Yahut Direnmesi.....	69
2.4.3.1	İstinaf Mahkemesinin Verdiği Kararlardaki Durum.....	69
2.4.3.2	Yargıtay'ın Bozma İlamına Uyan İlk Derece Mahkemesinin Kararlarındaki Durum.....	69
2.4.4	OLAĞANÜSTÜ KANUN YOLU-YARGILAMANIN İADESİ.....	69
2.5	ANLAŞMALI BOŞANMADA TARAFLARCA DAVAYI SONA ERDİRME YOLLARI.....	71
2.5.1	Anlaşmalı Boşanma Davasından Feragat.....	71
2.5.2	Sulh-Feragat-Kabul Ve Uzlaşma Yollarının Davaya Etkisi.....	75
2.6	ARABULUCULUK VE AİLE ARABULUCULUĞU KAVRAMI.....	81
2.6.1	Arabuluculuk Kavramı ve Tarihi Gelişimi.....	81
2.6.2	Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği.....	87
2.6.3	Aile Arabuluculuğu Kavramı.....	90

3. İKİNCİ BÖLÜM

BOŞANMA DAVASININ HUKUKİ NETİCELERİ.....	95
--	----

3.1 GENEL OLARAK.....	95
3.2 BOŞANMANIN EŞLER YÖNÜNDEN SONUÇLARI.....	96
3.2.1 EŞLER YÖNÜNDEN KİŞİSEL SONUÇLARI.....	96
3.2.1.1 Evlilik Birliğinin Sona Ermesi ile Eşlerin Yeniden Evlenebilme İmkânı Kazanmaları.....	97
3.2.1.2 Kadının Evlenme İle Edindiği Kişisel Durumunu Boşanmaya Rağmen Koruması.....	99
3.2.1.2.1 Boşanma Sonrası Kadının Soyadının Değişmesi.....	101
3.2.1.2.2 Eşlerin Artık Birlerine Mirasçı Olamamaları.....	104
3.2.1.2.3 Boşanan Eşler Arasında Cebri icra Yasağının Kalkması.....	109
3.2.2 BOŞANMANIN EŞLER YÖNÜNDEN MALİ SONUÇLARI.....	111
3.2.2.1 MALLARIN TASFİYESİ.....	112
3.2.2.2 MADDİ TAZMİNAT.....	114
3.2.2.2.1 Boşanmada Maddi Tazminat ve Maddi Tazminat İsteyebilme Şartları.....	114
3.2.2.2.2 Maddi Tazminat isteyebilmek için Boşanmış Olma Şartı.....	114
3.2.2.2.3 Maddi Tazminat İsteyenin Kusursuz Ya da Daha Az Kusurlu Olması Gereğinin Çekişmeli Boşanmalar Sadece İçin Geçerli Olması.....	115
3.2.2.2.4 Maddi Tazminatın Talep Süresi Ve Zamanaşımı.....	116
3.2.2.2.5 Tazminat Tutarının Belirlenme şekli.....	118
3.2.2.2.6 Gerek Anlaşmalı Boşanmada Gerekse De Çekişmeli Boşanmada Maddi Tazminat Talebinin Taraflarca Net ifade Edilmesi Gereği.....	119
3.2.2.2.7 Tazminatın Ödenme şekli	122
3.2.3 MANEVİ TAZMİNAT.....	128
Manevi Tazminatın şartları.....	128
3.2.3.1 Manevi Tazminat İsteyebilmek için Kişinin Kişilik Haklarının Sarsılması Gerekliliği	128
3.2.3.2 Manevi Tazminat İsteyebilmek için Boşanma Davası Kesinleşmesi Şartı	131
3.2.3.3 Manevi Tazminat Talep Etme Süresi.....	131
3.2.3.4 Anlaşmalı Boşanma Kararı Kesinleştikten Sonra Tazminat Talep Etme İmkânı.....	132
3.2.3.5 Manevi Tazminat Ödenme Şekli.....	134
3.2.3.6 Manevi Tazminat Belirlenme Şekli.....	135
3.2.3.7 Manevi Tazminatta Faiz Meselesi	136

3.2.3.8	Mirasçılarının Manevi Tazminat Talep Hakkı.....	137
3.2.4	YOKSULLUK NAFAKASI.....	138
3.2.4.1	Yoksulluk Nafakasının şartları.....	138
3.2.4.1.1	Boşanma Ve Talep şartı.....	138
3.2.4.1.2	Talep Eden Eşin Kusurlu Ya da Daha Az Kusurlu Olması.....	139
3.2.4.1.3	Nafaka İsteyene Eşin Yoksulluğa Düşecek Olması Ve Nafaka Yükümlüsü Eşin Maddi Durumu Orantısında Nafaka Takdiri.....	141
3.2.4.1.4	Nafakanın Süresi.....	142
3.2.4.1.5	Nafakanın Ödenme şekli.....	143
3.2.4.1.6	Yoksulluk Nafakasının Kaldırılması.....	143
3.2.4.1.7	Nafaka Davasında Yetkili Ve Görevli Mahkeme.....	145
3.2.4.1.8	Zamanaşımı Mevzuu.....	145
3.2.4.1.9	Anlaşmalı Boşanma Protokolünün ihlali ve Alacaklı Eşin Hukuki İmkanları.....	147
4.	ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	150
	BOŞANMANIN ÇOCUKLAR YÖNÜNDEN SONUÇLARI.....	150
4.1	Velayet Kavramı Ve Ortak Velayet Sorunsalı.....	159
4.2	Velayetin Değiştirilmesi ve Kaldırılması.....	159
4.2.1	Velayetin Değiştirilmesi Kavramı.....	159
4.2.1.1	Ana Yada Babanın Başkası İle Evlenmesi-Başka Yere Gitmesi.....	160
4.2.1.2	Velayet Hakkı Kendisine Tevdi Edilen Ana Ya Da Babanın Ölümü.....	161
4.2.1.3	Çocuğun Hayatında Vuku Bulan Yeni Olgular Esaslı Değişiklikler Sebebi İle Velayetin Değiştirilmesi.....	162
4.2.2	Velayetin Kaldırılması Kavramı.....	163
4.2.2.1	Ana babanın çocuğa karşı yeterli ilgiyi göstermemesi Veya Çocuğa Karşı Yükümlülüklerin Ağır Biçimde Savsaklaması.....	163
4.2.2.2	Ana Babanın Çocuk Üzerinde Velayet Görevini Gereği Gibi Yerine Getirememesi Nedeni ile Velayetin Kaldırılması.....	168
4.3	Kişisel İlişki Kurulması.....	172
4.4	İştirak Nafakası.....	178

SONUÇ.....	185
KAYNAKÇA.....	187



1. GİRİŞ

1.1 BOŞANMA KAVRAMI VE TARİHİ GELİŞİMİ

Evlenme en eski hukuki sözleşmelerden biridir. Gerek din toplumlarında gerekse de batılı ülkelerde evlenme kavramı her zaman kabul görmüştür. Ailenin kutsallığı, soyun devamı her toplum için önemli olmuştur. Ancak aile kavramı zaman içinde sosyal değişiklikleri göre evrilmiştir. Mahiyeti ve yapısı zaman içinde çokça değişimlere geze kalmıştır. Toplum yapılarının farklılığı ve toplumlardaki farklı gelenekler de aile kavramının değişmesine sebebiyet vermiştir.

Eski devirlerde aile kavramı, sadece bir aile reisinin yönetimi ve otoritesi altında korunan kendilerini dışa karşı koruyan geniş bir insan topluluğu iken bu topluluk zamanla küçülmüş ve günümüzde çekirdek aile düzenine dönmüştür. Eskiden bu aile topluluğu ne kadar geniş olursa ailenin varlığını dışa karşı korumaları, yaşamlarını kolaylıkla idame ettirebilmeleri, ihtiyaçlarını karşılayabilmeleri o kadar kolay olurdu. Oysa ki günümüzde sosyal ve ekonomik hayatın da değişmesi ile ailenin de küçülmesine sebebiyet vermiştir. Modern hayat herkesin kendi hayatını kendisinin sağlamasını, kendi düzenini kendisinin kurmasını sağlamıştır. Öyle ki zamanın akışıyla, koloni yaşamlarından, kalabalık aile düzenlerinden çekirdek ailelere geçiş yaşanmıştır.

Aile tarihin her aşamasında ve farklı kültürlerde hep gündemde olan özel ilgi gösterilen bir kurum olmuştur.¹ Aile kurumu için, evlilik birliği içerisinde eşlerin birbirleri ile ve doğacak çocukları ile birlikteliklerini, yaşamlarını ömür boyu sürdürmek ve paylaşmak amacı ile bir arada yaşamayı hedefleyen bir kurum olup aile, toplumun temeli ve en küçük birimidir.² Aile kurumunun toplum için büyük bir önemi vardır zira aile esasına dayanmayan bir toplumda sağlıklı bireyler yetişemez.³

¹ AKINTÜRK, TURGUT; Türk Medeni Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku,C.2.İstanbul 2002,s.5

² ÖZTAN, BİLGE; Aile Hukuku, Sevinç Matbaası Ankara 1979,s.4

³ FEYZİOĞLU'na göre ailenin üç işlevi bulunmakta olup birincisi kadın ile erkeğin yasal çatı altında neslin devamını sağlaması, ikincisi ekonomik işlev olup aile bireylerinin temel ihtiyaçları olan barınma,geçinme yeme içme vesair ihtiyaçlarını karşılamak ve son olarak da ahlaki işlev çerçevesinde topluma yararlı bireyler yetiştirmektir.Aynı yönde bkz.KÖPRÜLÜ,BÜLENT KANETİ,SELİM, Aile

Aile kurumu, Medeni Kanunumuz MK.M.185⁴e de atıf yapılarak, bir ev halkı olarak birlikte yaşayanlar topluluğu, eşlerin ortak çocukları aileye dahil olurlar şeklinde tanımlanmıştır.⁵Aile denilince akla kan bağının birleştirdiği kişiler topluluğu akla gelmekte ise de ⁶ evlenme yahut evlat edinme ile de kan bağı bulunmayan kişilerin aile topluluğu oluşturduğu kabul edilmektedir. ⁷

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde ⁸aile için şu ifadeler kullanılmıştır: “Aile cemiyetin tabii ve temel unsurudur; cemiyet ve devlet tarafından korunmak hakkına haizdir” denmiştir. Öte yandan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 16. Maddesinde de “Evlenme çağına gelen erkek ve kadın, bu hakkın istimalini tanzim eden milli kanunlar dairesinde, evlenmek ve bir aile kurmak hakkına maliktir” denilmiştir. Aileye her toplumda değer verilmiştir. Aile; birlikte yaşayan, ekonomik işbölümü ve üreme süreci ile nitelenen ve yetişkin üyeleri, çocuğun sorumluluğunu kabul eden; soy, evlenme ve evlat edinme yolu ile akraba olan, bir dereceye kadar devamlı bir insan grubudur.⁹

Aile ve evlilik kurumu, her toplumda farklılıklar gözetir.¹⁰ Siyasi düzen, bilim ve teknolojiye dayalı faktörler sebebi ile her toplumun milli aile düzeni birbirinden farklıdır. Genel anlamda aile sürekli bir birlikteliği amaçlasa da değişen şartlar ve ilerleyen zaman zarfında aile düzeni değişebilir. Kuşkusuz ki aile, ancak sağlıklı bir evlilik birliği ile mümkündür. Birlikte yaşamayı istemeyen yahut tercih etmeyen bireylerin sağlıklı aile kurmaları da mümkün değildir. Toplumun en küçük birimi olan aile, kişilerin topluma ilişkin bilgi ve yeteneklerinin de edinildiği ilk

Hukuku s.4, BOZOVALI,HALUK s.3,TANDOĞAN,HALUK,Aile Hukuku Ders Notları, Ankara 1965,s.2 /AYAN,SERKAN;Evlilik Birliğinin Kournması,Türkiye Barolar Birliği,2011.

⁴ 4721 sayılı Medeni Kanunumuz 08.12.2001 yılında Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiş olup, Kanunun üçüncü bölümünde evliliğin genel hükümleri başlığı altında 185.maddesinde hak ve yükümlülükler yer vermiş ve maddede evlenme ile eşler arasında evlilik birliği kurulur demiştir.

⁵ HATEMİ, HÜSEYİN,KALKAN OĞUZTÜRK, Aile Hukuku,Vedat Kitabevi 2016 bası, s.3-4

⁶ BİLGİN, s.41,TANDOĞAN HALUK,Aile Hukuku s.1

⁷ OĞUZOĞLU, HÜSEYİN CAHİT, Aile Hukuku s.3

⁸ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu’nun Haziran 1948’de hazırlayarak Aralık 1948’de yayımladığı Birleşmiş Milletler GENEL Kurulunun Paris oturumunda kabul edilen 30.maddelik insan hak,eşitlik ve özgürlüklerini savunan ve Magna Carta adı ile anılan bildirisiidir.

⁹ Hukuk Felsefesi Ve Sosyolojisi Arşivi, İstanbul Barosu Sempozyumu İstanbul 2014, ÇAKIR, SABRİ ; Türkiye’de Evli Kadınlar Ekseninde Evlilik/Aile Algısı Ve Boşanma Olgusu ; s.75

¹⁰ ZEVLİLİLER,AYDIN,HAVUTÇU,AYŞE; Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk, Ankara 2002, s. 217; ZEVLİLİLER,A-ACABEY, M-GÖKYAYLA, EMRE, Medeni Hukuk B.6 Ankara 2000, s.666; OĞUZMAN, KEMAL-DURAL,MUSTAFA , Aile Hukuku, s. 1; TEKİNAY,SELAHATTİN SULHİ, (Aile) s. 1; VELİDEDEOĞLU,HIFZI VELDET,Aile Hukuku C.2, s. 4; KÖTELİ, ARGUN,Evliliğin Hukuki Niteliği Ve Evlilik Dışı Beraberlikler, 1991, s. 21 vd.; SAYMEN FERİT HAKKI -ELBİR,HALİD KEMAL ,Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku C.3 s. 2

kurumdur.¹¹ Evlenme ve aile kurma ne kadar doğal ise boşanma da o kadar doğaldır. Aile kurmak, birlik olmak, soyun devamını sağlama ihtiyacı her toplum için ne denli önemli ve vazgeçilmez ise boşanma da belirli şartların varlığı halinde bireyleri daha sağlıklı hale getirecekse tercih edilmesi son derece olağandır. Hayatın olağan akışı içinde evliliğin temelini oluşturan sevgi, saygı, güven, sadakat ve ilginin kaybedilmesi ile evliliğin sürekli olacağı ve hayat boyu devam edeceği inancının da kaybedilmesi mümkündür.¹²

Tarihsel dönemlere bakarsak; örneğin İslam Hukukunda evlenme sürekli bir birliktelik olarak değerlendirilmiş ancak boşanmaya da cevaz verilmiştir.¹³ İslam Hukuku bu hakkı sadece kocaya tanımış ancak bazı şartların varlığı halinde kadına da bu hakkı vermiştir. Batılı ülkeler ve Kara Avrupası'nda ise boşanma kimi ülkelerce kabul görmekte ise de kimi ülkelerce de çok sert bir bakış açısı ile reddedilmiştir. Evlenme kavramı nasıl ki toplumun ahlaki ve dini değerleri ile ilintili ise boşanmada da yine dinin etkisi görülmektedir, bahsedersek; örneğin; Yahudilik'te ve Hristiyanlık'ta aile kurma hakkı nasıl ki erkeğe verildi ise boşanma hakkı da yalnız erkektedir.¹⁴

Fransa'da Katolik Kilisesi hukuku evlilik birliğini ebedi sayarken ve ancak ölümle son bulmasını kabul ederken Sovyet Rusya'da tarafların beyanı ile boşanma serbestisi mümkün idi. Roma, Cermen, İslam İbrani Hukuklarında boşanma kavramları pek çok aşamalardan geçmiş, bazen tek taraflı bazen de eşlerin ortak rızası ile serbest boşanma sistemini benimsemişlerdir.

Türk Hukukunda da belirli sebeplerin varlığı ve hakimın hükmü ile mümkün görülmüştür. Aile kavramına bakış nasıl ki her ülkede değişiyorsa boşanma kavramına bakış da aynı şekilde değişiklik göstermektedir.

¹¹ CANATAN K., YILDIRIM E; Aile Sosyolojisi, İstanbul: Açılım Kitap, 2012, s.68 <http://acikerisim.ticaret.edu.tr> E.T.14.03.2019

¹² CANSAL, E; Boşanmanın Dayandığı Hukuki Esaslar, Ankara Hukuk Fakültesi 50.Yıl Armağanı, c.2 Boşanma Hukuku Haftası, Ankara 1977, s.71 Tekin, Heval Nevin; Anlaşılmalı Boşanma, Seçkin Yayınları Ocak 2019, s.90 vd.

¹³ ERDOĞAN, SUAT, İslam Hukukunda Kadının Boşanma Hakkı, Grafiker Yayınları 2018

¹⁴ KAVAL, MUSA; İlahi Dinlerde Kadının Kıymet Problemi, Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler E-Dergisi, Akademik Bakış Dergisi, sayı 55, Mayıs-Haziran 2016, s.312-314

Anlaşmalı boşanma kavramı Türk Hukukuna 1988 Medeni Kanun değişikliği ile giriş yapmış ise de öncesinde pek çok aşama ve uygulamalardan geçmiş, başkaca kanunları örneksemiş, çokça eleştirilmiştir. Ayrıntılı olarak değinilecektir.

Çalışmamız dört bölümden oluşacak olup, ilk bölüm boşanma kavramı, tarihçesi ve boşanmada benimsenen sistemler ve anlaşmalı boşanmanın Türk Hukuk Sistemine girişi, ikinci bölümde anlaşma boşanmanın özellikleri, koşulları, üçüncü bölümde eşler arasında yapılan anlaşma ve hukuki niteliği, içeriği, kapsamı ve son olarak dördüncü bölümde de usul ve sonuçlara ilişkin hususlara değinilmiştir. Ayrıca arabuluculuk kavramı boşanma yönünden irdelenmiş, teoride ve pratikte yaşanan farklılıklara Yargıtay kararları ile çözümler bulmaya çalışılmıştır.

1.1.1. Boşanma Kavramı

Boşanma, bütün ömrü birlikte geçirilmesi hedeflenerek yapılan bir evliliğin kimi sebeplerden dolayı sonlanması anlamına gelmektedir. Yahut başka bir deyişle boşanma, eşlerden birinin kanunla belirlenmiş olan nedenlerden en az birine dayanarak açtığı dava neticesinde mevcut olan evlilik birliğinin sona erdirilmesi olarak tanımlanmıştır.¹⁵ Boşanma, evliliklerini gereği gibi sürdüremeyen, birlikte yaşayamayan, evlilikten beklenen her tür faydayı sağlayamayan eşlerin ihtiyacı olarak da tanımlanmıştır.¹⁶ Boşanma meselesi toplumla çok yakından alakalıdır, zira sosyal düzenin temeli ailedir.¹⁷ 4721 sayılı Medeni Kanunumuzda boşanma evliliği sona erdiren sebeplerden biri olarak sayılmıştır. Boşanma tarihine bakıldığında boşanmanın kabul edilirliliği; yöntemleri, toplumların dini ve ahlaki değerleri ile yakından ilgilidir. Zaman değiştikçe boşanmanın da sistematiği değişmiştir. Boşanma kavramı her toplum ve mezhebe göre farklı addedildiği gibi sebep ve sonuçları da farklılık göstermiştir. Tarihi gelişime baktığımızda boşanmanın çok eski devirlerden bu yana uygulana geldiğini görmekteyiz.

¹⁵ DURAL,M, ÖĞÜZ,T, GÜMÜŞ,A,Türk Özel Hukuku Cilt3 Aile Hukuku,İstanbul 2016 s.100

¹⁶ YETİK,N.,Boşanma,Anlaşmalı Boşanma ve Mal Rejimleri,Bilge Yayınevi,Ankara 2005 s.5

¹⁷ VELİDEDEOĞLU,H.V, ,Türk Medeni Hukuku 2 cilt, Aile Hukuku,İstanbul 1965, s.9 / Toplumsal Yaşam Ve Hukuk,İstanbul 1983,s.10

1.1.2 Boşanma Hukukunun Tarihi Gelişimi İçinde Anlaşmalı Boşanmanın Yeri

1.1.2.1 İslam Hukukunda

İslam hukukuna göre evlilik; mutlu bir hayat sürdürmek ve iyi bir nesil yetiştirmektir.¹⁸ Evlilik güzel gayelerle insanın kendi soyunu devam ettirmesi amacı ile mutlu bir hayata adım demektir. Öyle ki, nikah, İslamda ibadet olarak da görülmüştür.¹⁹ İslam Hukuku evliliği nasıl meşru görmüş ise boşanmaya da karşı çıkmamıştır. Her ne kadar tasvip etmese de mümkün kılmış, tümü ile yasaklamamıştır. Her evlilikte mutluluk mümkün değildir. Kimi zaman eşlerden kaynaklı nedenlerle kimi zaman zorunlu nedenlerle (hastalık, ölüm) evlilikler bitme noktasına gelebilir. Bu haller mevcut ise evli kalmak daha büyük felaketlere sebebiyet vereceğinden boşanmak daha sağlıklıdır. Boşanmaktan başka çare kalmadığında en az zararla kurtulmayı hedeflemek gerekir.

İsviçre’li hukukçu Egger de aynı görüşü yakın dönemde şu şekilde ifade etmiştir. ‘‘Daimi bir bağlılığı istihdaf eden evlenme iradesi bu yüksek gayesini gerçekleştirmekten uzak olabilir. Evlilik, eşlerin tamamlanmasına ve tekamülüne artık hizmet edemediği, vakfı nefis karşılığı olmadığı, imkansız veya çekilmez bir hal aldığında evlilik manasını kaybetmiş demektir, bu takdirde hukuki bağ çözülmelidir’’ der.²⁰

Boşanma, karı koca arasındaki evliliğin çözülmesi anlamındadır²¹ ve İslamiyette ancak zorunlu sebeplerle mümkün olmaktadır ve boşanma yetkisini elinde tutan sadece kocadır ki buna talak yetkisi denilmektedir.²² İslam hukukunda boşanma, talak tabiri ile ifade bulmuştur ve hiçbir nedene dayalı olmadan ve resmi makama ihtiyaç duymadan sadece erkeğin iradesine tabi tutularak gerçekleşen bir boşanma yetkisidir.²³ Bu yetkinin kocaya tanınmasının sebebi kadının akli

¹⁸ <https://sorularlailslamiyet.com>, E.T. 15.03.2019

¹⁹ PAÇACI, İ.Sosyal Hayattaki Değişim Sürecinde İslam Aile Hukuku, İslam Hukuku Araştırma Dergisi 2008

²⁰ ERDEM, SABRİ, Yerli Yabancı İlmî ve Kazai İçtihatlarla Aile Hukuku, İstanbul Matbaacılık, 1966, s.125

²¹ ÖZDEMİR, N, Türk İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, Beta Yayınları, İstanbul 2003

²² AKGÜNDÜZ, A. İstanbul, 2012 İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı Özel Hukuk 1C.2 s.267

²³ CİN, HALİL ; Eski Hukukumuzda Boşanma , 2.Baskı, Selçuk Üniversitesi Yayını, Konya 1988

melekelerinin erkeğe göre daha zayıf olmasına olan inanç olup, bu yetkinin kadına verilmesi halinde kadının aciz aklı ile ani kararlar vereceğinin düşünülmesidir.²⁴

Zira erkek aklı daha isabetli ve akılcı kararlar vereceği düşünüldüğünden talak gibi ciddi yetki erkeğe tanınmıştır.²⁵ Talak yetkisi üç ayrı şekildedir ve ilki kocanın isteği ile ikinci karısı ile anlaşarak ve sonuncusu da mahkeme kararı ile (tefrik) olandır.²⁶

Tefrikte mahkemeye başvuran ve ayrılmak isteyen kadındır.²⁷ Erkeğin bunu kabul edip etmemesinin bir önemi yoktur. Hakim eğer kadının boşanma isteme gerekçelerini haklı görürse boşanma gerçekleşir. İslam Hukukunda tefrike kazai boşanma adı da verilmektedir.²⁸ Ancak bunun da bazı şartları vardır. Sadece kocada bulunan ve evliliğin fiilen devamına mani bir hastalık veya kusur, tefrik sebebi sayılmaktadır. Bunun yanı sıra hakim, gerekli şartlar bulunmadığı için hukukî ve meşru olmayan bir evliliği sonlandırabilir. Bir kimsenin süt kardeşiyle, iddet içinde bulunan bir kadınla ve müşrik bir eşle evli olduğunun anlaşılması gibi durumlarda mevcut evlilik mahkeme tarafından geçersiz kabul edilerek, tarafların ayrılmasına hükmedilir.²⁹ Ancak tefrikin sebeplerinin sınırlı olması mahkeme kayıtlarına az girmesine sebebiyet vermiştir. Bu eşlerin tefrik edilmesine yönelik kısıtlamalar ancak 1917 yılında çıkarılan Hukuk-ı Aile Kararnamesinde çözüme kavuşturulmuştur.³⁰ Kararname sayesinde kocasında evliliğin sürdürülmesine mani bir kusur bulunan ya da kocası cüzam gibi hastalıklara yakalanan veya evlendikten sonra kocası akli dengesini kaybeden kadın mahkemeye boşanma talebiyle müracaat edebilir.

Ayrıca kocası ortadan kaybolan ve ölü mü diri mi olduğuna dair herhangi bir haber alamayan kadın da kocasından ayrılmak üzere mahkemeye başvurabilir.³¹

²⁴ KARAPIÇAK, RUKİYE; Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Ana Bilim Dalı İslam Hukuku Bilim Dalı, Tefviz-İ Talak, Yüksek Lisans Tezi, Konya 2006, s.2 vd.

²⁵ EROĞLU, SELAHATTİN; Talak Hakkında Kuran-ı Kerim'in Genel Tutumu, <https://dergipark.org.tr/en/pub/auifd/issue/40695/490254>, s.159, Yıl 1987.

²⁶ ASLAN, BEDRİ, Boşanma Yetkisi Hakkında Yapılan Tartışmalar, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi Cilt 11 sayı 55, Şubat 2018.

²⁷ MAYDAER, S., Klasik Dönem Osmanlı Toplumunda Boşanma, Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi cilt 16 sayı 1, 2007 s.299-320 (Osmanlı'da boşanma olarak anılacaktır.)

²⁸ AYDIN, MEHMET AKİF, Osmanlı Araştırmaları, Osmanlı Hukukunda Kazai Boşanma-Tefrik, s.5 vd.

²⁹ MAYDAER S., Osmanlı'da Boşanma, s.316 ; Karaman, Hayreddin, Mukayeseli İslam Hukuku, c. I, s. 368

³⁰ 1917 tarihli Hukuk-ı Aile kararnamesi (H.A.K) md.119-123

³¹ 1917 tarihli Hukuk-ı Aile kararnamesi (H.A.K) md.119-123

Bunların dışında şiddetli geçimsizlik sebebi ile boşanmak isteyip de başvuran eşin boşanma sebepleri araştırılır, tarafların kusurları araştırılır, araları düzeltilmeye çalışılır. Kusurun kimse olduğu tespit edilir, eğer kusur erkekte ise tefrik kadında ise muhala'a yoluna gidilir idi.³² Bu uygulama Kuran-ı Kerim'de de yer almasına rağmen, 1917 tarihli kararnameye kadar Osmanlı Devrinde uygulama uygulama alanı bulmamıştır.³³

Talak yetkisi genellikle tek taraflı olan yetkiyi, yani kocanın yetkisini kasteder.³⁴ Talak yetkisi, İslam hukukunda mezheplere göre de farklılık göstermektedir. Şafi hukukçulara göre eşlerin belli bir bedel karşılığında birbirlerinden ayrılması olarak nitelendirse de kadının bu bedeli kabulünden sonra talak gerçekleşir. Caferiler ancak eşler arasında bir huzursuzluk varsa talakı mümkün kılar. Malikilere göre de belli bir bedel karşılığı boşanmadır.³⁵ İslam Hukukunda "O talak iki defadır. Her birinden sonra kadını ya iyilikle tutmak, ya da güzellikle ayırmak gerekir."³⁶

İslam Hukuku talak yetkisini sadece kocaya tanımış ise de anlaşma yoluyla kadına da cevaz vermiştir. Boşanma hukukundaki anlaşmalı boşanma İslam Hukukunda hul' ve muhala'a olarak anılmakta idi.³⁷ Şöyle ki, karı ile koca arasında evlilik hayatı çekilmez hale geldiği zaman, Kur'an'ın tavsiye ettiği "muhâla'a" yoluna başvurulurdu.³⁸ Eğer zorunlu sebepler varsa örneğin ahlaki sebepler, kocadan kaynaklanan zihni ve fiziki kusurlar varsa muhala'a yani anlaşma yolu ile kadının kocasından ayrılmasına izin vermektedir. Ancak tek taraflı olarak erkeğin bu hakkı rastgele ve keyfi kullanmaması için de kadına mehir borcu, iddet nafakası ödemesi ve onun barınma masraflarını karşılaması şartı getirilmişti.

³² 1917 tarihli Hukuk-ı Aile kararnamesi (H.A.K) md.130

³³ MAYDAER S.,Osmanlı'da Boşanma s.317

³⁴ PAÇACI, İ.s.24

³⁵ YARGI, MEHMET ALİ, Bedel Karşılığı Boşanma ve Muhala'a Uygulamaları, M.Ü İlahiyat Fakültesi Dergisi, 42 (2012/1), 141-172 , s. 142 vd., BİLGİN,ESRA PINAR, Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, On iki levha Kitabevi, İstanbul, Ocak 2016 s.8 -9.

³⁶ Bakara Suresi 2/229

³⁷ BİLGİN, E. s.7

³⁸ ÇELİK, B.Ö; Genel Boşanma Sebebi Olarak Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, Yüksek Lisans Tezi Ankara 2015

Kadın ise bu haklarından vazgeçme şartı ile her zaman boşanma isteğinde bulunabilirdi.³⁹ Kuranı Kerimde de kocanın karısına mehir⁴⁰ vermesi caiz görülmüştür.⁴¹

Ayrıca İslam Hukuku sadece taraflar arasında geçimsizlik varsa bu muhala'aya cevaz vermekte idi. Aksi halde hul' u caiz kabul etmezdi.⁴² Kuran'ı Kerim de de bahsolunduğu üzere boşanmanın kaçınılmaz olduğu durumlarda başvurulmalı, öncesinde ayrılığa gitmemek için her türlü yol denenmeli, en son çare olarak boşanma seçilmelidir.⁴³

Boşanma kararından evvel erkeğin evliliği kurtarmak için barış girişimlerine girmesini, ilişkiyi düzeltme gayesi ile hareket etmesini gerekli görmüştür.⁴⁴ Tüm bunlara rağmen yine de talak, boşanma gerçekleşecekse iki şahit önünde olması caiz kılınmıştır.⁴⁵ Buhârî de, boşamanın sünnete uygun olabilmesi için, tıpkı evlenmesinin iki şahit huzurunda olduğu gibi boşamanın da iki şahit huzurunda yapılmış olmasını da gerekli görmektedir.

1.1.2.2 Roma Hukukunda

Roma Hukukunda evlilik tarafların iradesine bağlı kılınan bir kurum olmakla tek taraflı irade ile de boşanma mümkün idi.⁴⁶ Boşanmanın gerçekleşmesi için hakimın müdahalesine lüzum yok idi. Roma'da boşanmaya ilişkin resmi kurallar mevcut olmadığı gibi hakimın kararına da ihtiyaç duyulmazdı, boşanma sebeplerine ihtiyaç yoktu.⁴⁷ Klasik devir ve sonrasında da evlenme nasıl taraf iradesi ile mümkün ise boşanma da yine taraf iradesi ile sonlandırılıyordu.

³⁹ ÇELİK. B.Ö ; s.8

⁴⁰ Mehir, İslam Hukukunda erkeğin evlenirken kadına verdiği yahut vermeyi taahhüt ettiği özellikle ziynet eşyası olan mal veya hediyedir. Günümüzde de bu uygulama halen sürdürülmekte olup, erkek kadına şahit eşliğinde mehir bağışlamakta ve aralarında bunu bir protokole bağlamaktadırlar.

⁴¹ Bakara Suresi 229.ayette '' ..kadının erkeğe fide vermesinde her iki taraf içinde günah yoktur ve Nisa Suresi 4.ayette de ''..eğer gönül rızası ile o mehrlerin bir kısmı size bağışlanırsa onu da afiyetle yiyin''.. demektir.

⁴² TÜRCAN, T ,Talak-Bayin ve Fesih,s.504

⁴³ Nisa Suresi 4/19

⁴⁴ HATEMİ ,H, İslam Hukuku Dersleri, Sümer Kitabevi, İstanbul 2012 s.120

⁴⁵ HATEMİ, H; İslam s.120

⁴⁶ AKINTÜRK, T; ATEŞ, D, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, Beta Yayınları, 2.Cilt,İstanbul 2016

⁴⁷ OĞUZÖĞLU,C; Medeni Hukuk 2 Aile Hukuku, Ankara 1958, s.84 /ARAS,B; Roma Hukukundan günümüze Boşanma Davalarında Yargılama Usulü ve Günümüz Aile Mahkemeleri ,Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,Yüksek Lisans Tezi,Ankara 2006

Roma Hukukunda boşanma taraflar arasında evlilik niyetinin sona ermesi halinde evlilik bağının ortadan kalkması olarak tanımlanmıştır.⁴⁸ Roma Hukukunda boşanmaya ilişkin olarak devlet tarafından düzenlenmiş bir boşanma kurumu yoktu, boşanma için hakimin kararına ihtiyaç duyulmadığı gibi müdahalesine de gerek duyulmazdı.⁴⁹ Roma’da eşlerden birinin diğerine evliliği bitirme arzusunu açıklayan beyan açıklamasına “Repudium”⁵⁰ ve “Divortium”⁵¹ denilmekte idi.⁵² Bu irade beyanı açıklaması Romalılar için yazılı kanunlardan yahut hakim kararından daha etkin olmuştur.⁵³ İlerleyen dönemlerde Roma’da boşanmayı düzenleyen bazı kanunların varlığına rastlanmakta ise de tarafların anlaşmasına daha çok önem verilmiş ve taraf iradesi ön planda tutulmuştur.⁵⁴ Görülüyor ki Roma hukukunda anlaşmalı boşanma kurumu her zaman geçerli olmuştur.⁵⁵ Romalılara göre uzlaşma, evlenmeyi, uzlaşmazlık boşanmayı getirir.⁵⁶

Cermen Hukukunda boşanma, kısırlık yahut kadının zinası, cana kast gibi zorunlu hallerde kadının evden uzaklaştırılması şeklindeydi ancak bu durumlarda erkek karısını boşayabiliyordu.⁵⁷ Cermen Hukukunda evlenme kadının kocasına bir miktar para ya da mal karşılığı teslimi ile başlar ve bu sözleşmeyi yapanlar tarafından istenildiğinde sona erdirilirdi.⁵⁸ Cermen Hukukunda kadının zinası söz konusu olamazdı, buna karşılık erkek hiçbir sebep ya da gerekçe göstermeden kadını evden atabilir, evliliğe son verebilirdi.

⁴⁸ TAHİROĞLU,B/ ERDOĞMUŞ,B, Roma Hukuku Meseleleri, İstanbul 2001 s.220

⁴⁹ ARAS,BAHATTİN,Roma Hukukunda Evlenme ve Boşanma, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,Ankara 2006, s.218

⁵⁰ UMUR,ZİYA,Roma Hukuku Lügati, İstanbul 1984, s.183 ; Repidum, Roma’da gerek nişanlılığı gerekse de evliliği sona erdiren ve eşlerden birinin evlilik bağını çözdüğünü bildiren irade beyanı olup zaman içinde tek taraflı boşanma iradesi beyanı açıklaması olarak kullanılagelmiştir.

⁵¹ Divortium; sadece evlenmeden sonra yapılabilirdi, nişanlı bir kadın divortium yapamazdı /Aras.B.s.53

⁵² GÖNENÇ,FULYA İLÇİN,Roma Hukukunda Boşanma Atatürk Üniversitesi EHFD,Cilt VII,Sayı 1-2, 2003, s.646

⁵³ ARAS,B.,Roma Hukukundan Günümüze Boşanma Davalarında Yargılama Usulü ve Günümüz Aile Mahkemeleri Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,Özel Hukuk (Roma Özel Hukuku) Anabilim Dalı,Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2005,s.53-54

⁵⁴ TAHİROĞLU,B/ ERDOĞMUŞ,B,s.220

⁵⁵ OĞUZUĞLU,C, s. 84; VELİDEDEOĞLU,H.V,s.177

⁵⁶ VELİDEDEOĞLU ,H.V, s.9

⁵⁷ AKINTÜRK, T. s.236

⁵⁸ VATANSEVER, M, Eski Türk Hukukunda Boşanma ve Günümüz Hukuku ile Karşılaştırılması, Yüksek Lisans tezi 2011,İzmir

Germenlerden sonraki dönem olan Frank döneminde bu şartlar biraz daha genişletilmiş ve kadına kocasının kendisine kötü davranması halinde onu terk etme hakkı tanınmıştır.⁵⁹

1.1.2.3 Kara Avrupası Hukuklarında

Boşanma yönünden dini faktörlerden en çok etkilenen yerin Fransa olduğunu söylemek mümkündür.⁶⁰ Kilise hukukunda evliliğin ölene kadar sürdürülmesi inancı hakim olup, evliliğin sonsuz temelli olduğuna ilişkin sert ve katı bir yaklaşım sergilenmiştir.⁶¹ Kilise, aile üzerindeki otoritesini de korumayı hedeflemiş ve boşanmayı yasaklamıştır.⁶² Bu boşanma yasağına karşın, eşlerden birinin zinası halinde evliliği sona erdirmek yerine ayrılık kurumu kabul edilmiştir. Hakim kararı ile gerçekleştirilen ayrılık ise sofrada, yatakta, meskende ayrılık manasına gelmekte olup yine bu halde dahi boşanma ancak ölümle mümkün olmaktadır.⁶³ Eğer karı koca arasında cinsi münasebet gerçekleşmiş ise evlilik bağının çözülmesi imkansız idi.⁶⁴ Yalnızca zina ve sair ağır hallerde yatakta, masada ve meskende ayrılığa karar verilebiliyordu.⁶⁵ Ayrılık kararı sürekli olarak(perpetua) verilebileceği gibi, geçici süreliğine(temporaria) de verilebiliyor ve her iki durumda da evlilik devam ediyordu.⁶⁶ Cinsel ilişkinin gerçekleşmemesi durumunda ise evlilik bağı papanın emirnamesiyle çözülebiliyordu.⁶⁷ Corpus Juris Civilis’de de ifade edildiği üzere ‘‘Hiçbir beşeri kuvvet evlilik bağına çözemez, yalnız ölüm buna kadirdir. Ancak ayrılığa cevaz vardır ki bu da evlilik birliğini ortadan kaldıramaz, daimi ayrılığa münhasıran zina sebebi ile müsaade olunur ancak muvakkat ayrılığa da hakim karar verir demekteydi.⁶⁸

⁵⁹ GÜRSOY,K,T.,Boşanma Hukukunun Tarihî Gelişimine Bir Bakış ve Boşanma Sebeplerinde En Yeni Gelişmeler, Ankara Hukuk Fakültesi 50.Yıl armağanı Cilt 2, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara 1977

⁶⁰ Bilgin E, s.14

⁶¹ SCHWARZ(DAVRAN),Aile Hukuku 1, 2.Bası İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1946, s.131 (Aile Hukuku olarak anılacaktır.)

⁶² AKSAR, Y; 3444 sayılı Kanunla Değiştirilen Medeni Kanunun 134.Maddesine göre Boşanma Türleri, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1995 s.4

⁶³ SCHWARZ (DAVRAN),Aile Hukuku, s.130 / VELİDEDEOĞLU,H.V.s.5

⁶⁴ İncildeki ‘‘Tanrı’nın birleştirdiğini insan ayırmamalıdır’’ sözünden almaktadır (St. Marcus kitabı X 9-12; St. Lucas kitabı XVI 18)Çelik, B.Ö., s.7

⁶⁵ VELİDEDEOĞLU, H.V, s.5

⁶⁶ VELİDEDEOĞLU, H.V, s.5

⁶⁷ SCHWARZ s.131-132 /AKINTÜRK,T.s.238

⁶⁸ EGGER,A ,ÇAĞA T , İsviçre Medeni Kanunu Şerhi 2.Cilt Aile Hukuku, Zürich 1943, s.138

Fransız Devrimi ile boşanma hakkı bireye tanınmış ve dinin etkileri azaltılarak 20 Eylül 1972 tarihli kanun ile anlaşmalı boşanmaya imkan tanınmıştır. Tarihi gelişim içinde Protestanlık, Katolizmin katı düşüncesinden sıyrılmış ve evliliğin ancak ölümle sona ermesi fikri insan doğasına aykırı görülerek yumuşatılmış ve hakim kararı ile sona erdirilmesi mümkün hale getirilmiştir.⁶⁹

Hatta sonraki dönemlerde Sovyet Rusya’da da olduğu gibi eşlerin anlaşmaları ve birbirlerine uygun irade beyanı ile memur önünde boşanmaları gerçekleştirilmekte idi.

Ancak Fransa uzun yıllar boşanma hukukunda istikrar sağlayamamış, ihtilal sonrası çıkarılan 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu ile anlaşmalı boşanmaya cevaz vermiş ise de bunu da bazı sınırlamalarla mümkün kılmıştır.⁷⁰ Bunlar; koca için 25 karı için 21 yaşın tamamlanmış olması, evliliğin en az 2 yıl en çok 20 yıl sürmüş olması, eşlerin anne babalarının bunlar yoksa büyük anne ve babalarının boşanmaya icazet verdiklerinin resmi belge ile belgelendirilmesi ve boşanmanın sonuçlarından olan velayet konusunda eşlerin anlaşmaları ve mevcut malvarlıklarının yarısını ortak çocuklara bırakılmış olmaları şart koşulmuş idi.⁷¹ Bu hükümler ancak 1816 yılına kadar uygulama alanı bulabilmiş, 1884 yılına kadar ülkede boşanma tamamen kaldırılmıştır. 1884 yılında yeniden boşanmaya izin verilmiş ancak boşanma hakkını bu defa da kusursuz eşe tanımıştır.⁷² Fransız Medeni Kanunu’nun boşanmaya ilişkin hükümleri 11 Temmuz 1975 yılında yeniden değerlendirilmiş ve karşılıklı anlaşma ile anlaşmalı boşanma kurumu uygulanagelmıştır. Dini açıdan bakıldığında, Katolik Kilise Hukukunun hakimiyetinde çok uzun yıllar kalan Fransa çok yakın zaman olan 1975 yılında anlaşmalı boşanmaya evet demiş, son dönemde ise 2007 yılında dönemin cumhurbaşkanı Nicholas Sarkozy’nin girişimi ile Fransa’da anlaşmalı boşanma yönünden özel ve radikal bir düzenleme yapılmış ve çiftlerin boşanma konusunda anlaşması halinde boşanmalarının noter önünde olacağına ilişkin kanuni reform getirilmiştir.⁷³ Yargıçlar Sendikası ve Ulusal Baro Konseyi ve Paris Barosu buna şiddetle karşı çıkarken boşanmanın ancak bir hakim kararı ile olabileceği,

⁶⁹ GÜRSOY, K.T, s.3

⁷⁰ GÜRSOY; s.130

⁷¹ GÜRSOY ; s.132, BİLGİN E, s.15

⁷² YALÇINKAYA,N/KALELİ,Ş; Boşanma Hukuku Cilt 1Tük Hava Kurumu Basımevi, Ankara 1988 s.106

⁷³ www.iha.com.tr /haber-fransada-bosanmalari-artik-noter-yapacak-621674 E.T. 18.03.2019

evliliğin noter tarafınca bitirilmesinin mümkün olmadığını ifade etmiştir. Adalet Bakanlığı ise bunun sadece kısa süren ve çocuksuz evlilikler ile mal paylaşımı konusunda anlaşma sağlanan durumdaki evlilikler için getirildiği açıklaması yapmıştır⁷⁴. Anlaşmalı boşanmanın bu denli kolaylaştırılmasının Fransa’da evlilik dışı ilişkileri çoğaltacağı, velayet ve vesayeti de yakında mahkemelerden çıkacağı düşüncesi de ülkede hakim olmuştur. Zira hala birçok ülkede boşanma yasağı devam etmekte birçok ülkede de evliliğin kutsallığını koruma amaçlı olarak zorlaştırılmaktadır. Bugün, Katolikliğin ağır etkisi altındaki ülkelerde boşanma yasağı hala uygulanmaya devam etmektedir.⁷⁵

Almanya ‘daki siyasi kaos, hukukun da birliğini bozmuş olup, 1794 tarihli Prusya Kanunu boşanmaya izin verirken anlaşmalı boşanma için çocuksuz olma şartını koyuyordu.⁷⁶ Bu kanunla anlaşmalı boşanma bir boşanma sebebi olarak sayılmamış, akıl hastalığı sebebi ile boşanma hariç boşanmada mutlak kusur ilkesi benimsenmiştir.⁷⁷ Sonrasında siyasi birliğin sağlanması ile 1900 tarihinde yürürlüğe giren Alman Medeni Kanunu uzlaşmacı bir yaklaşım ile boşanmayı kabul etmiş ancak anlaşmalı boşanmaya cevaz vermemiştir. 1938 tarihli Alman Evlilik Kanunu ile mutlak kusur ilkesi görüşü de terk edilmiş ve boşanmalar kusura dayanan ve kusura dayanmayan olarak ayrıştırılmıştır.⁷⁸ Ta ki 1977 Yılında yürürlüğe giren Evlilik ve Aile Reformu Hakkında Kanun ile boşanmaya ilişkin kurallar Alman Medeni Kanunu içine alınmış ve anlaşmalı boşanmaya olanak tanınmıştır ve anlaşmalı boşanma da boşanma sebepleri arasında yerini almıştır.⁷⁹

Anlaşmalı Boşanma en iyi İsviçre Zurich Kantonunda uygulama alanı bulmuştur.⁸⁰ Evlilik birliğinin hakim hükmü olmaksızın tarafların karşılıklı anlaşması ile sona erdirebilmesi hali İsviçre Zurich Kantonlarında ortaçağın sonuna kadar uygulama alanı bulmuştur. 1854 tarihli Zurich Medeni Kanunu zina, cana kast, akıl

⁷⁴<http://www.hurriyet.com.tr/gundem/fransa-bunu-tartisiyor-bosanmak-icin-hakim-sart-mi-8151863>
E.T 18.03.2019

⁷⁵ Katolik ülkelerden Portekiz 1910, İtalya 1974, İskoçya 1976, Brezilya 1978, İspanya 1981, İrlanda 1997, Şili 2004’te, Malta ise 2011 yılında boşanmayı kabul etmiştir. Mevcut durumda dünyada Vatikan’dan başka boşanmayı yasaklayan tek Katolik ülke olarak Filipinler kalmıştır. (Özcan B s.7)

⁷⁶ ÖZDEMİR, N., s. 14

⁷⁷ EGGER (ÇAĞA) s.142

⁷⁸ YALÇINKAYA, N./KALELİ, Ş., Yeni Boşanma Hukuku cilt I-II ,Türk Hava Kurumu Basımevi Ankara 1988,s.128

⁷⁹ ÖZDEMİR, N.; s.14

⁸⁰ VATANSEVER, M, s.36

hastalığı, uzun süre haber alınamaması ve terk nedenlerinin yanında anlaşmalı boşanmayı da kabul etmiş idi.⁸¹

Fakat İsviçre'nin farklı kantonlarında farklı uygulamalar süre gelmiştir. İsviçre'de 1874 tarihli Ahvali Şahsiyenin Tespit ve Tescili ve Evlenme Hakkında Federal Kanun kabul edilmiştir. Bu kanun Fransa'da kabul gören Medeni Kanundaki boşanmayı örneksemiş ise de Fransa'daki kabul edilen kusur ilkesi yerine şiddetli geçimsizlik ve evlilik birliğinin temelinden sarsılması ilkesini kabul ederek daha modern bir görüş sergilemiştir⁸² ve anlaşmalı boşanma İsviçre Medeni Kanununa Girmiştir.⁸³

Görüleceği üzere boşanma kurumu tarihi gelişim içinde bazı Avrupa Birliği üye ülkelerde 50 yıl öncesine kadar yasal değildi.

Eurostat verilerine baktığımızda yasal düzenleme neticesinde 48 yıl önce İtalya'da, 38 yıl önce İspanya'da, 22 yıl önce İrlanda'da ve yedi yıl önce Malta'da boşanma imkanı tanınmıştır.⁸⁴

Avrupa'da boşanmaya etki eden etmenler çok çeşitli olup uzun yıllar tartışılmış, zamana göre de değişiklik göstermişlerdir. Hükümetin ve kilisenin boşanma üzerindeki baskın ve katı politikaları, boşanmanın taraflarca ve toplum açısından kültürel kabulü, çiftlerin farklı etnik kültür ve kökenden olmaları, çiftlerin evlilik öncesi birlikte yaşamaları, boşanma maliyetinin yüksek olması, müşterek çocuk olması ve mal paylaşımı bunlardan bazılarıdır.

1.1.3 Anlaşmalı Boşanmanın Türk Hukukuna Girişi Ve Türk Hukukundaki Yeri

Anlaşmalı boşanma kavramı, 4 Nisan 1926 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe giren 743 sayılı Medeni Kanun düzenlemesinde yer almamakta idi. 743 sayılı Medeni Kanunumuz eşlerin anlaşması

⁸¹ VATANSEVER, M, s.36

⁸² EGGER, s. 140; SCHWARZ, s. 135

⁸³ ÖZDEMİR, S.O ;İsviçre'de Yasal Değişiklikler ve Mahkeme İçtihatları Işığında Evlenme Ve Boşanma Hukukunda Gelişmeler, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, İstanbul 1996, s. 47

⁸⁴ KIRAL, E, Avrupa Birliği Ülkelerinin Boşanma Oranı Analizi, Uluslararası Ekonomi ve Yenilik Dergisi 4 (1)2018, 19-38 ; <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/451811>; E.T.18.03.2019

ile boşanmayı kabul etmiyordu.⁸⁵ İrade ilkesine dayanan ve eşlerin karşılıklı anlaşması ile boşanması görüşünü benimsememiş ve boşanma sebepleri arasında anlaşmalı boşanmayı dahil etmemiş idi.⁸⁶ Kaldı ki bir çok Avrupa ülkesinde dahi boşanma hususu yeni sayılabilecek dönemde dahi kabul edilmemiş iken ülkemizde 1926 yılında düzenlenmemesi son derece normaldir.

İsviçre Medeni Kanunu'na 1988 yılında yapılan bir değişiklikle eşlerin boşanma hususunda anlaşmaları sebebi de eklenmiştir. Son olarak da Yeni Medeni Kanunumuz bu boşanma sebebini 166 maddesine 3.fıkra olarak almıştır. Bu tarihten evvel ise eşler aralarında anlaşırken şiddetli geçimsizlikten dava açıyor ve boşanmaları gerçekleşiyordu. Bu getirilen düzenleme ile bir arada yaşamak istemeyen çiftlerin hukuk dışı yollara sapsmaları engellenmiş, gayri meşru yollarla ilişki yaşamaların önü kapanmış ve eşlerin zorla ortak hayatta bulunmalarının önüne geçilmiştir.

Zira bu fikri ilk ortaya atan da 1936 yılında Milaslı Av.GadFranko olmuştur⁸⁷ Anlaşmalı boşanma yolunda ilk öneriler Av.GadFranko tarafından dile getirilmiştir. Kendisi de artık evliliğin devamının çiftlerden beklenemeyecek hal alması her iki tarafça da kabul edildikten sonra mahkemeye başka bir sebeple başvurarak davayı ispatlamaya çalışmanın hiç bir anlam ifade etmeyeceğini ve bunun hukuki bir yararı da olmayacağı fikrini savunmuştur. Ancak bu fikirler hemen kabul görmemiş ve 1984 tarihli Türk Medeni Kanunu Ön tasarısına kadar tartışılmıştır. Hatta bu hususta kamuoyunda anketler dahi yapılmış, anlaşmalı boşanma ankete katılanlarca fikir olarak kabul edildi ise de Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu tarafından ıslah edilen 1971 tarihli Öntasarı da anlaşmalı boşanma hususunda bir maddeye yer verilmemiştir. İlgili tasarının anlaşmalı boşanma konusunda bir düzenlemede yer alacak olmasının bir takım zararlara sebebiyet vereceği düşünülerek bu bahis kapatılmıştır.⁸⁸Bu fikre göre, evliliğin anlaşmalı olarak sonlandırılması özgürlüğü yeni evli çiftler için bir güvence olacak ve en ufak bir tartışmada hemen boşanma yolunun seçilecek olması tehlikesi düşünülerek buna fırsat verilmemesi sağlanmıştır. Ayrıca istenildiği zaman boşanılacak olması düşüncesinden yola çıkılarak kısa

⁸⁵ ÖZDEMİR, N, s.17

⁸⁶ AKINTÜRK.T, ATES,D, s.269

⁸⁷ GÜRSOY, K,T,s.147 / GAD FRANKO MİLASLI, Hukuki Bilgiler Mecmuası/BİLGİN,E.P,s.23

⁸⁸ BİLGİN, E, P, s.24

evliliklere yol açılmış olacaktır. Örneğin mut'a nikahı⁸⁹ da bu sayede meşrulaştırılacaktır. Ayrıca birçok yuva taraflar sabırsız davrandığından yıkılacak, ailede sarsıntılar, toplumda parçalanmalar yaşanacaktır. Bununla beraber sırf vatandaşlık vb. yaratmak için sahte evlilikler de ortaya çıkacaktır.⁹⁰ 1971 sayılı ön tasarının mimarlarından olan Prof. Dr. Velidedeoğlu'nun da anlaşmalı boşanmayı desteklemediği görülmekte, kadının toplumdaki yerini sağlamlaştırmadığı müddetçe kadının aleyhine olacağı, süreli evlilikleri destekleyeceği, evliliğin kutsallığını zedeleyeceğini, ani kararlarla yuvaların yıkılacağını, yıkılan yuvalardan mutsuz çocuklar yetişeceğini, bunun da toplumsal bir yıkıntıya sebebiyet vereceğini savunmuştur.⁹¹ Ayrıca erkeklerin de eşlerini anlaşmalı boşanmaya razı edebilmek için kötü yollar deneyeceklerini, ezilenin yine kadın olacağını savunmuştur.⁹² Yargıtay 2 Hukuk Dairesi Başkanı Esat Şener de karşıt görüş sergilemiş ve anlaşma olması halinde hakimin müdahalesi ve takdir hakkının kalkacağını ve keyfi bir düzene döneceğini, bunun kabul edilemeyeceğini ve ailenin kutsallığı ile bağdaştırılamayacağını savunmuştur.⁹³ Dönemin Adalet Bakanı Mahmut Esat Bozkurt da anlaşmalı boşanma fikrine karşı çıkmıştır. Oysa karşıt görüşler de mevcuttur. Tıpkı katıldığımız Av. GadFranko' nun düşüncesinde olduğu gibi, mutsuz çiftleri bir arada zorla yaşamaya mecbur etmek insanın özgür iradesine aykırıdır ve anlaşmalı boşanma yolu ile mahkeme önüne çıkan çiftlerin geçimsizliklerini ispatlamaya yönelik hayatlarını deşifre etmek zorunda kalmamalıdır. Ayrıca her iki taraf da kabul ettikten sonra başka deliller ile geçimsizliklerini ispatlamak tarafları sadece yıpratmaktan öteye geçmeyecektir. Eşler birbirlerine mutlu bir hayat sunamadıktan sonra devlet zoru ile onları bir arada tutmanın topluma ne faydası olabilir? Ancak 1936 yılında GadFranko tarafından ileri sürülen bu görüşler 1975 yılına kadar kabul görmemiştir. 1943 yılında Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan anlaşmalı boşanmaya ilişkin bir kanun teklifi hazırlanmış, Bakanlığa ve meclise gönderilmiş ise de sonradan vazgeçildiği 1971 tarihli Ön tasarıdan anlaşılmaktadır.⁹⁴ 1971 yılında Ön tasarıda kusur ilkesi doğrultusunda daha az kusurlu eşe dava hakkı tanınmış ve

⁸⁹ Muta Nikahı, Şii toplumunda belirli bir bedel karşılığında kadınla kısa süreliğine yapılan evlilik olarak tanımlanmaktadır.

⁹⁰ BİLGİN, E, s.24

⁹¹ VELİDEDOĞLU, H.V, Ailenin Çilesi Boşanma, Çağdaş Yayınları, İstanbul 1976

⁹² VELİDEDOĞLU, H.V, s.329-330

⁹³ TEKİN, H.N, s.22; Şener Esat Medeni Kanunun Boşanma Bölümünde Yapılan Değişiklikler, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, s.70,1991

⁹⁴ ÖZDEMİR N, s.18

kusura dayalı dava şartının sadece davalı tarafça ileri sürülmesi halinde dikkate alınacağı hükme bağlanmıştır. Sonrasında 1984 yılında Türk Medeni Kanunu Ön tasarısı Ve Gerekçesi adı altında ‘‘Evlilik Birliğinin Sarsılması’’ başlığı ile 130/3 hükmü ile eşlere anlaşmalı boşanma hakkı tanınmıştır.⁹⁵

Hali hazırda yürürlükte bulunan Medeni Kanunumuz 166.maddesinin dört cümleden oluşan ve anlaşmalı boşanmayı düzenleyen 3.fikrasının ilk iki cümlesi aynen 1984 tarihli ön tasarıdan alıntılanmıştır. 1984 tarihli ön tasarı üzerinde hükümet çalışmalar yapmış ve hükümet, boşanma konusunda anlaşılan eşlerin boşanmayı talep edebilmeleri için birlikte başvurmaları halinde yahut birinin açtığı davayı diğerinin kabulü halinde, hakim tarafları boşamadan evvel bir yıldan az, iki yıldan fazla olmamak üzere takdir edeceği süre kadar ‘‘ayrılığa’’ hükmeder. Eşler bu sürede bir araya gelmedikleri takdirde birinci fıkradaki hal gerçekleşmiş sayılır. Hakim bu anlaşma gerekli gördüğü değişiklikler yapar ve bu değişiklikler taraflarca da kabul edilirse hakim tarafları boşar.⁹⁶ Hükümet tasarısında 134.maddenin 3.fikrasında anlaşmalı boşanma için öngörülen 1 yahut 2 yıllık ayrılık süresi kaldırılmış ve evliliğine en az bir yıl sürmesi gereği 1984 tarihli ön tasarıdaki gibi geri getirilerek anlaşmalı boşanma kurumu Medeni Kanunumuza girmiştir.

1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Medeni Kanunumuzda da anlaşmalı boşanma ‘‘Evlilik Birliğinin Sarsılması’’ başlığı altında 166.maddenin 3.fikrasında aynen eski MK.134/3 ifadesi ile aynen korunmuştur.

Gelinen aşamalara ve tarihsel sürece baktığımızda anlaşmalı boşanma Türk Boşanma Hukukunda bir devrim, reform niteliğinde olmuştur. Zira genel olarak Avrupa Hukukuna bakıldığında ‘‘kusura dayalı boşanma ilkesinin benimsendiği görülecektir. Hukukumuzda olduğu gibi birçok Avrupa ülkesinde de bu ilke benimsenmiş durumdadır. Sadece belli bazı boşanma sebeplerinde kusur aranmamıştır. Bu durumda kusur şartının aranmadığı anlaşmalı boşanma kabul edilmiştir.

⁹⁵ Evlilik en az bir yıl sürmüştse, eşlerin birlikte başvurusu yahut bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu halde boşanma kararı verilebilmesi için hakim tarafları bizzat dinleyerek iradelerini serbestçe açıkladıklarına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabule dileyen düzenlemeyi uygun bulması şarttır.

⁹⁶ ÖZDEMİR,N.s.21-22

Avrupa’da en çok kabul gören boşanma sebebi evlilik birliğinin temelinden sarsılmasıdır. Örneğin Almanya’da kusura dayanan boşanma sebebi terk edilmiş ve evlilik birliğinin temelinden sarsılması boşanma sebebi sayılmıştır. Anlaşmalı boşanmanın temeli de evlilik birliğinin temelinden sarsılmasıdır. Keza Fransız Hukukunda Türk hukukuna benzer olarak kusura dayanan boşanma sebepleri kabul edilmiştir. İsviçre’de de Alman hukukunda olduğu gibi durum aynıdır.⁹⁷

Bazı Avrupa ülkeleri eşler arasında boşanmanın sonuçlarına ilişkin bir sözleşmenin varlığını şart koşarken evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebepli bir boşanma davasında adı geçen ülkelerde boşanmanın sonuçları üzerinde bir anlaşma aranmaktadır.⁹⁸ Bunlarla beraber anlaşmalı boşanma davasının görülebilmesi için boşanmanın sonuçları üzerinde tarafların anlaşmasına hiç gerek olmadığı ülkeler de mevcut iken⁹⁹ belirli konularda –özellikle velayet hususlarında-sözleşme yapıldığı da görülmektedir.

Sonuç itibarı ile anlaşmalı boşanma kurumu insanların hayatını kolaylaştıran bireyin özgür iradesinin üstün tutulduğu çağdaş bir sistemdir. Eşlerin boşanma hususunda anlaşma sağlamış olmaları kavga ve kaos ortamından çiftlerin uzaklaşmasını, sağlıklı bireyler yetiştirmesini bu yolla sağlıklı bir toplumun var edilmesini amaçlamakta olup, özgür iradesine yaraşır bir kurum olarak kişilik haklarını da korumaktadır. Her ne kadar ülke olarak bu hakka geç kavuştu isek de günümüzde anlaşmalı boşanmayı tercih eden çiftlerin sayısı azımsanmayacak kadar çoktur.¹⁰⁰ Devletin görevi; bir araya gelmesi, ortak bir yaşam sürmesi mümkün olmayacak çiftleri zorla bir araya getirmek için boşanma şartlarını zorlaştırmak değil, boşanma sonucunda sağlıklı bir hayat sürecektir olan çiftlerin hayatını kolaylaştırmak olmalıdır. Zira bu şekilde evliliğin müşterek çocukları da bu süreçten psikolojik olarak daha az etkilenecek, kısa sürede yeni hayatlarına adım atabilecek, olaylardan ötürü travmatize olmayacak ve taraflar arasındaki uyuşmazlığı en az yara ile

⁹⁷ CEYLAN,EBRU; İsviçre, Belçika, Fransa, İspanya, İtalya Hukukundaki Boşanma Sebeplerinin Türk Hukuku İle Mukayesesi ve Değerlendirilmesi, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/596091>

⁹⁸ Almanya, Macaristan, İrlanda, İspanya gibi ülkeler, boşanma sonuçları yönünden çiftler arasında bir sözleşme yapılmasını ararken, Avusturya, Belçika, Bulgaristan, Portekiz ve Fransa boşanmanın sonuçları üzerinde anlaşma aramaktadırlar./Ceylan, E.s.322

⁹⁹ Çek Cumhuriyeti, İngiltere, Galler, Finlandiya, İtalya, Hollanda, Norveç, Polonya, Rusya, İskoçya, İsveç/ Ceylan E.s.323 vd.

¹⁰⁰ Türkiye İstatistik Kurumu Nüfus Ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü, 02.03.2017 tarih ve 24642 sayılı Evlenme ve Boşanma İstatistikleri, 2016 araştırması / tuik.gov.tr

atlabileceklerdir. Devletin görevi boşanan bireylerin ruhsal sağılığını dengede tutmak ve ortak çocukların yararı için işbirliği içinde olmak olmalıdır.

2. BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA ANLAŞMALI BOŞANMA DAVASI

2.1 GENEL OLARAK

1926 Sayılı Medeni Kanunumuz kaynağını 1907 sayılı İsviçre Medeni Kanunundan almış olup, boşanma imkanını belli boşanma nedenleri dahilinde hakim hükmü ile mümkün kılmıştır. 4721 sayılı Medeni Kanunumuz da bu kanunun izinden gitmiş, çok nedenli boşanma sistemini benimsemiştir.¹⁰¹

4721 sayılı Türk Medeni kanunun düzenlediği genel boşanma sebepleri; evlilik birliğinin temelinden sarsılması (TMK.m.166 f.I-II) ,anlaşmalı boşanma (TMK.m.166 f.III) ve eylemli ayrılık sebebi ile boşanma (TMK.m.166 f.IV) dır. Anlaşmalı Boşanma, Türk Medeni Kanununu düzenlendiği genel boşanma sebepleri içindedir, aynı zamanda mutlak boşanma sebebidir.¹⁰²

Anlaşmalı boşanmanın ‘’genel boşanma sebepleri’’ arasında bulunmasının gerekçesi ise eşlerin birlikte başvurmasının evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına ilişkin karine olgusunu taşımasından ileri gelmektedir. Ortak hayatın çekilmez olduğuna dair kanaatle boşanma kararı verilmesi sonucunu doğurmaktadır.¹⁰³

TMK.m.161-165 maddeleri beş adet özel boşanma sebebi saymıştır.¹⁰⁴ Bunlar, zina, pek kötü veya onur kırıcı davranış, hayata kast, suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme, terk ve akıl hastalığıdır. Özel boşanma sebepleri kanunda sınırlı sayıda

¹⁰¹ ÖZDEMİR, N, s.99 / TUTUMLU,M.A,Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku,Cilt 2, Seçkin Yayınları,Ankara 2005, s.878

¹⁰² Mutlak boşanma sebebi mevcut ise mahkemeye bakan hakim bu sebebin evliliğe etkisini incelemeyen boşanma kararı verecektir. Mutlak Boşanma sebepleri; zina, hayata kast, pek fena muamele, terk, hayata kast, eylemli ayrılık sebebi ile boşanma ve anlaşmalı boşanmadır.(TMK.m.166)

¹⁰³ ANIL, Y,Ş, Boşanma Sebebi Olarak Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Geçimsizlik, Beta Yayınları, İstanbul 2008 s.29

¹⁰⁴ÖZDEMİR, N, s.99

belirlenmiştir. Bu boşanma nedenlerinden birine dayalı olarak açılan boşanma davasında bu olgunun ispatlanması gerekmektedir.

2.2 ANLAŞMALI BOŞANMANIN ŞARTLARI

Anlaşmalı boşanmaya ilişkin hükümler gerek 743 sayılı Türk Medeni Kanununda 134/3 maddesinde gerekse de 4721 sayılı MK.m.166/3 maddesinde “evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurması yahut bir eşin diğer eşin açtığı davayı kabul etmesi halinde evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır”¹⁰⁵. Bu halde boşanma kararı verilebilmesi için hakimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır.

Hakim tarafların ve çocukların menfaatini nazara alarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca kabulü halinde boşanmaya hükmolunur. Tarafların ikrarı hakimi bağlayamayacağı hükmü uygulanmaz.

Burada madde incelemesine bakarsak; hakim kusur araştırması yapmamakta ¹⁰⁶, irade ilkesi doğrultusunda eşlere, önceden belirledikleri koşullara uyarak süratli bir biçimde evlilik birliğini sona erdirmeye imkanı tanımaktadır.¹⁰⁷

Burada kanun koyucu; tarafların iradesi göz önüne alınarak belli koşulların gerçekleşmiş olması durumunda evlilik birliğinin sarsılması ilkesini destekliyorum düşüncesindedir.¹⁰⁸

Anlaşmalı boşanmada özel olguların ileri sürülmesi ve bu olguların kanıtlanması gerekmemekte olup, anlaşmalı boşanma her iki tarafın da mutabakat sağladığı genel boşanma olarak tanımlanmaktadır.¹⁰⁹ Anlaşmalı boşanma genel boşanma sebebidir.

¹⁰⁵ TMK.m.166/3 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 halde boşanma kararı verilebilmesi için, hakimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hakim, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü halinde boşanmaya hükmolunur. Bu halde tarafların ikrarlarının hakimi bağlamayacağı hükmü uygulanmaz.

¹⁰⁶ ÖZDEMİR, N.s.114

¹⁰⁷ ÖZTAN, B; Aile Hukuku, 5.bası, Turhan Kitabevi ,s.415

¹⁰⁸ GENÇCAN, Ö.U, Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2010 s.586

Ancak bu ilkeler doğrultusunda anlaşmalı boşanmaya karar verilebilmesi için bazı şartların varlığı gerekmektedir.

Bunlar;

2.2.1 Tarafların boşanmayı birlikte talep etmeleri yahut bir eşin açtığı boşanma davasını diğer eşin kabul etmesi

Burada kanun koyucu anlaşmalı boşanma davasının açılabilmesi açısından iki seçenek sunmuştur.

Birincisi,

-Birlikte başvurma olup,

İkincisi ise;

-TMK.m.166/1.madde hükmüne göre açılmış olan davayı diğer eşin kabulü olmak üzere eşlere iki seçenek tanınmıştır. Eşlerin anlaşmalı boşanabilmesi için birlikte dava açmaları şart değildir. Eşlerden birinin 4721 sayılı kanunumuz 166/3 maddesi gereği açmış olduğu boşanma davasını diğer eş davanın herhangi bir safhasında kabul ederek taraflar arasında anlaşmalı boşanma gerçekleşecektir.

Ancak birlikte başvurma halinde kim davacı kim davalı olacaktır, taraf sıfatı belirsizdir.¹¹⁰ Akıntürk burada eşler birlikte davayı açabileceklerine göre dava dilekçesinde her ikisi de hem davacı hem davalı sıfatını mı haiz olacaktır diye çelişkilere yol açtığını ancak uygulamada kadınların davada davacı sıfatı ile dilekçede yer almak istediklerini ve buna ilişkin bir adet geliştiğini de dile getirmektedir.¹¹¹

Bir başka görüş ise eşlerin birlikte başvurmamaları halinde anlaşma iradesinin daha en başından yerine getirilmediği hasebi ile hakimin başka bir inceleme ve araştırma yapmasının gerekli olmadığı görüşündedir.¹¹² Ancak bu görüş bir eşin açtığı davayı diğerinin kabul etmesini düzenleyen hükme aykırılık teşkil ettiğinden kabulü mümkün değildir.

¹⁰⁹ HATEMİ, KALKAN OĞUZTÜRK, s.121

¹¹⁰ GENÇCAN, Ö.U,s.589 / AKINTÜRK,T.s.270

¹¹¹ AKINTÜRK,T.,ATEŞ D,s.270

¹¹² BİLGİN E. s.48

2.2.2 Anlaşmalı Boşanmanın Bir Çekişmesiz Yargı Faaliyeti Olması

Anlaşmalı boşanma için eşlerin birlikte mahkemeye başvurması hali usul hukuku bakımından çokça eleştirilmiş olup, boşanmanın çekişmeli mi yoksa çekişmesiz bir yargı faaliyeti olduğu doktrinde uzun süre tartışılmıştır. Mahkemelere intikal eden işin çekişmeli mi yoksa çekişmesiz mi olacağının kıstası “çekişme yokluğu ölçütü”dür.¹¹³ Doktrinde çekişmesiz yargı “nizasız kaza”, “hasımsız dava” isimleri ile anılmıştır.¹¹⁴

Çekişmeli yargıda ortada bir ihtilaf varken ve bunun çözümü aranırken, çekişmesiz yargıda bir talep hakkında karar verilir.¹¹⁵ Çekişmesiz yargı, hukukun, mahkemelerce, HMK.m.382/1’deki üç ölçütten birine veya birkaçına göre çekişmesiz yargıya giren işlere uygulanması olarak tanımlanmıştır.¹¹⁶ HMK.m.382’deki haller tahdidi olmayıp bunların da dışında ilgililer arasında uyuşmazlık olmayan haller, ilgililerin ileri sürülebileceği herhangi bir hakkın bulunmadığı ve hakimin resen harekete geçtiği haller olarak nisbi çekişmesiz yargı işleri de vardır.¹¹⁷

Buna göre taraflar arasında bir ihtilaf, çekişme olmayan haller çekişme yokluğu ölçütüne göre çekişmesiz yargı işinden sayılır. Çekişmesiz yargı işleri dava değildir.¹¹⁸ Anlaşmalı boşanmanın şartlarına da bakıldığında da çekişmesiz bir yargı faaliyeti olduğu MK.m.166/3 madde lafzından da anlaşılmaktadır.

Şöyle ki, eşlerin birlikte başvurması yani taraf sıfatının olmayışı, birinin açtığı davayı diğerinin kabul etmesi, ihtilaf yokluğu hali taraflar arasında bir çekişme olmadığını, ispat faaliyetine, delil ikamesine gerek bulunmadığını, anlaşılan eşlerin

¹¹³ KURU,B. İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları,Kasım 2018 2.Baskı,s.654

¹¹⁴ BUDAK,ALİ CEM;KARAASLAN,VAROL, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı,Adalet Yayınevi,Ankara 2018, s.321

¹¹⁵ TUTUMLU,M.A,s.1052

¹¹⁶ 6100 sayılı HMK.m.382’de çekişmesiz yargı işleri hukukun, mahkemelerce, ilgililer arasında uyuşmazlık olmayan hâller, ilgililerin, ileri sürülebileceği herhangi bir hakkının bulunmadığı hâller ve hakimin resen harekete geçtiği haller olarak kişiler hukukunda, borçlar hukukunda,ticaret ve eşya hukukunda, icra iflas hukukunda ve çeşitli kanunlarda bentler halinde sayılmıştır.

¹¹⁷ KURU,B.;s.654

¹¹⁸ KURU,B.; Çekişmesiz yargıda “dava deyiminin yeri yoktur, dava deyimi yalnızca çekişmeli yargıya konu edilebilen bir terimdir ve aynı zamanda “davalı ve davacı “yerine ilgililer kavramı çekişmesiz yargıda kullanılması gereken kavramlardır demektedir.,s.655 vd.

kanunda belirtilen usul izlenerek boşanma olanağının sağlanmış olması, basit yargılıma usulüne tabi olması ve inşai nitelikte-yenilik doğurucu etkisi olması karşısında mahkemece yürütülecek faaliyetin çekişmeli yargı olduğu da söylenemeyecektir.¹¹⁹

Öğretide çoğunlukla anlaşmalı boşanmanın çekişmesiz yargı işi (!)olduğunu savunulurken karşıt görüşler de bulunmaktadır.¹²⁰ Yargıtay da bu konuda zaman içinde çok farklı kararlar vermiş¹²¹ ancak son olarak 2009 yılı çekişmeli yargıya tabi olduğunu düşünürken sonrasında 2014 yılında görüş değiştirmiş ve çekişmesiz yargı faaliyeti olduğuna kanaat getirmiştir.¹²²

Anlaşmalı boşanmanın çekişmesiz yargı işi olduğunu savunan yazarlarımızın görüşüne katılmakla, madde 166/3'ün gerek uygulanma biçimi gerekse de mahiyeti itibarı ile, çekişmesiz yargı faaliyeti olduğu kanaatindeyiz.

Anlaşmalı boşanma davasında boşanma konusunda iradeleri örtüşen iki taraf vardır, davalı ve davacı sıfatı ayrı değildir, burada bu düşünceyi savunan ve bahsettiğimiz tüm yazarların da dediği gibi ‘‘ilgililer’’ vardır, davalı- davacı sıfatı yoktur ve ortada bir uzlaşmazlık da yoktur. Dolayısı ile ihtilaf olmayan yerde bir dava da olamayacağı gözetildiğinde çekişmesiz bir yargı faaliyeti olduğuna kanaatimizce şüphe bulunmamaktadır.

2.2.3 Evlilik Birliğinin En Az Bir Yıl Sürmüş Olması

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu anlaşmalı boşanma için evlilik birliğinin en az bir yıl sürmüş olmasını şart koşmuştur. Yani bir yılı doldurmamayan evliliklerde anlaşmalı boşanma mümkün değildir.¹²³

¹¹⁹ ÖZDEMİR,N.s117,ÖZTAN.B.s.421

¹²⁰ Öztan,Tutumlu, Özdemir,Kuru, Budak; anlaşmalı boşanma faaliyetinin çekişmesiz yargı işi olduğunu savunurken Akıntürk ve Kılıçoğlu; bu konuda çekimser bir yaklaşım sergilemiştir. /Öztan, s.421,Özdemir s.117, Tutumlu s.1057 ,Budak,s.282 / Akıntürk.s.262,Kılıçoğlu,s.38

¹²¹ Y2HD ; 27.01.1992 tarih, 325/592K, 2HD.10.03.2003 tarih, 417275279 sayılı, 04.02.202 tarih 635/1145 sayılı kararlarında görüşünü örtülü olarak belirtmektedir.

¹²² Y2HD. E.2009/16712,K.2009/19816 16.11.2009 tarihli kararında çekişmeli olarak kabul etmiş iken, Y2HD.E.2013/26237,K.2014/10618 ,08.05.2014 tarihli kararında çekişmesiz yargı faaliyeti olduğunu savunmuştur.

¹²³Y2HD.E.2006/6904K.2006/14059,T.16.10.2006,Y2HD.E.2005/189939,K.2006/3200,T.13.03.2006, Y2HD.E.2007/1911,K.2007/15180K.,T.07.11.2007 Tarihli anılan kararlarda bir yıllık süre olmdan anlaşmalı boşanma davası açılması halinde delillerin toplanıp şartların araştırılarak boşanmaya karar verilemsi gerekliliği vurgulanmıştır. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

Ancak bu hükme karşılık günümüzde uygulamada anlaşmalı olarak ayrılmak isteyen taraflar bir yılı doldurmamışlar ise davalarını çekişmeli olarak açmakta ve çekişmeli olarak bir yıldan evvel sonlandırmaktadırlar.

Böyle bir sürenin konması evlilik birliğini korumak adına, eşlerin birbirlerini tanımaları ve ani kararlar vererek boşanma kararı almalarının önüne geçmek amaçlıdır. Aksi hali “ömür boyu devamı arzulanan” evlilik kurumunun kutsallığı ile örtüşmeyeceği düşünülmektedir.¹²⁴ Özdemir ise bu bir yıllık sürenin kanundan çıkarılması gerektiğini, bir yıl sonrasında da boşanmayı gerektirecek olaylar yaşanabileceğini ve boşanma konusunda kesin olarak anlaşmış eşler için bu süre sınırlamasının geçerli olmadığını bizzat ifade etmektedir.¹²⁵

Ancak kanun koyucu bu “asgari “bir yıllık sürede eşlerin birlikte yaşamalarını şart koşmamıştır. Bu sürenin birlikte geçirilmesinin yahut geçirmemesinin anlaşmalı boşanmaya bir etkisi yoktur.¹²⁶

Bu bir yıllık süre hakim tarafından kendiliğinden araştırılacaktır. Eğer bir yıllık sürenin dolmadığı anlaşılırsa hakim diğer koşulları incelemeksizin davayı reddedilmelidir.¹²⁷Süre şartı yokluğu varsa hakim anlaşmalı boşanma kararı veremeyecektir.¹²⁸

Ancak Yargıtay bazı kararlarında¹²⁹ da bir yılın dolmadığı anlaşmalı boşanma istemli dosyalarda süre yönünden davayı reddetmeyip, artık anlaşmalı boşanma yapılamayacağını fakat davada evliliğin temelinden sarsılıp sarsılmadığının araştırılması gereğini savunmaktadır. Taraflara anlaşmalı olmasa da evlilik birliğinin

¹²⁴ AKINTÜRK. T, s.270

¹²⁵ ÖZDEMİR, N, s.123

¹²⁶ GENÇCAN, Ö.U, s.587

¹²⁷ OĞUZMAN/ DURAL,s.128

¹²⁸ Y2HD.E.2007/16486K.2008/16566T.3.12.2008,Y2HD.E.2010/4082K.2011/5690K.T.31.03.2011 ilgili kararda hakim bir yıllık süre dolmadığından dava şartı sebebi ile anlaşmalı boşanma davası red sebebi yapılmıştır.Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

¹²⁹ Y2HD.E. 2008/19546,K. 2010/1158,T. 21.1.2010 tarihli kararında bir yıllık süre koşulu gerçekleşmediğinden davanın reddine karar verilmesi gerekirken boşanmaya karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bununla beraber Y2HD.E. 2016/16989,K. 2018/553,T. 15.1.2018 sayılı kararında da tam tersi olarak bir yıllık süre tamamlanmaması karşısında anlaşmalı boşanmaya karar verilemeyeceği ancak davanın md.166/1-2 doğrultusunda boşanmaya karar verilmesi öngörülerek verilen anlaşmalı boşanma kararı bozma sebebi yapılmıştır.

temelinden sarsılmasını ispatlama imkanı tanımakta ve boşanmayı MK.166/1-2-4 doğrultusunda boşanabileceklerinin imkanı tanınmaktadır.¹³⁰

Her ne kadar dava anlaşmalı olarak açılmış ise de şartlarının yokluğu sebebi ile taraflara çekişmeli davaya geçmesinde bir engel görülmemiş ancak evlilik birliğinin temelinden sarsıldığıının ispatlanması aranmıştır. Bu olanaktan sadece MK.m.166/1-2-4 yönünden değil özel boşanma nedenlerinden de yararlanabileceklerdir.¹³¹ Burada anlaşmalı boşanma davası koşullarının oluşmaması halinde davanın çekişmeli davaya dönüşmesi söz konusu olacaktır.¹³²

Eski Medeni Kanunumuzda bir de bu bir yıllık sürenin ne zaman başlayacağı sorunsalı mevcut idi. Kanun evliliğin en az bir yıl sürmüş olmasını aradığından bu süre evlenme akdinin kurulduğu tarih olmalıdır.¹³³ Eski Medeni Kanunumuzda bu süre tarafların evlendirme memurunun yönelttiği sorulara olumlu ve sözle cevap vermeleri anında evlenme akdedilmiş olmaktaydı. Yeni kanunumuzda evlenmenin tarafların her biri evlendirme memuruna iradelerini olumlu sözlü verdikleri anda kurulacağını kanuni düzenleme ile sağlamıştır. Bu MK.m.166/3 gereği olan bir yıllık süre de, bu tarihten itibaren başlayacaktır.

2.2.4 Hakimın Tarafları Bizzat Dinlemesi ve İradelerin Serbestçe Açıklandığına Kanaat Getirmesi Gereği

2.2.4.1 Tarafların Bizzat Duruşmaya Katılmaları

Anlaşmalı boşanmada ister tek taraflı başvuru ile ister açılmış davayı diğer tarafın kabulü ile olsun, TMK.m.166/f.3¹³⁴ hükmü gereği hakim tarafları bizzat

¹³⁰ GENÇCAN .Ö.U, Öğreti ve Uygulamada Boşanma, s.649 vd.

¹³¹ ÖZDEMİR.N,s.121

¹³² Y2HD.E.2012/11337K.2012/19728T.12.7.2012 sayılı kararda, dava; 166/3 gereğince açılmış ancak koşulları oluşmadığından dava anlaşmalı boşanmadan çıkıp çekişmeli boşanmaya dönmüştür, bu durumda 166/1 gereği karar verilmesi gerekirken davanın reddi bozma sebebi sayılmıştır.-Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

¹³³ ÖZDEMİR,N, s.124

¹³⁴ TMK.m.166/f.3 maddesi anlaşmalı boşanma kurumunu düzenlemiş olup, bazı şartlara tabidir. Maddeye bakarsak, evlilik en az bir yıl sürmüş ise ve eşlerin birlikte başvurmaları ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde, evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu halde boşanma kararı verilebilmesi için, hakim tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususundaki ve tarafların da kabul ettiği düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hakim, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü yerlerde değişiklikler yapabilir. Bu değişikliklerin

dinlemekle yükümlüdür. TMK.m.166/f.3 doğrultusunda anlaşmalı boşanma kararı verilebilmesi için hakimin tarafların özgür iradeleri ile boşanmak istedikleri kanaatine varması gerekmektedir.¹³⁵ Taraflardan birinin özgür iradesi dışında tehdit ve hile ile boşanmaya razı edilmesi durumunda boşanma kararı verilemez.¹³⁶ Şöyle ki bahsi geçen Yargıtay kararında, eşlerden birinin boşanma iradesini diğer eşin tehdidi altında açıklaması karşısında serbest irade olmadığı ve boşanma kararı verilemeyeceği hükme bağlanmış, anlaşmalı boşanma kabul görmemiştir.¹³⁷

Hakimin dinleme sırasında tarafların gerçekten boşanma kararını özgür iradeleri ile verip vermediklerini gözlemlene imkanı mevcuttur.¹³⁸ Serbest iradeleri ile boşanma hususunda karar veren eşlere boşanma hakkı tanınacaktır.¹³⁹ Kaldı ki davayı vekilleri ile takip eden tarafların da duruşmaya davet edilerek hakim tarafından davacı ve davalının bizzat dinlenmesi gerekmektedir.¹⁴⁰ Bu hususta Yargıtay'ın çok sayıda kökleşmiş kararı mevcuttur.¹⁴¹ Davacı ve davalı asiller dinlenmeksizin sadece vekillerinin beyanına dayalı olarak anlaşmalı boşanma kararı verilemeyecektir.¹⁴² Örneğin taraflardan birinin yurtdışında olması durumunda hakim, duruşmada vekilinin beyanı ile karar vermesi usul ve yasaya aykırıdır, tarafların bizzat dinlenilmesi emredici hüküm olup yasal zorunluluktur.¹⁴³

taraflarca kabulü halinde boşanmaya hükmolunur. Taraflar ikrarları hakimi bağlamaz hükmü uygulanmaz.

¹³⁵ Y2HD.E.2004/6734,K.2004/7700,T.14.06.2004 Yargı Dünyası Dergisi, Sayı 104, Ağustos 2004, E.T.27.03.2019 sayılı kararında tarafların özgür iradeleri ile boşanmak istediklerini beyan etmelerini aramıştır.

¹³⁶YALIN,ŞANLI,ŞEYDA,Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma Yüksek Lisans Tezi, Temmuz 2017

¹³⁷ Y2HD.E.2012/23500,K.2012/27564,T.19.11.2012, E.T.27.03.2019 sayılı kararında davacının tehdit ve baskı altında alınan irade beyanının boşanma iradesini yansıtmayacağının kabulü gerektiği ve sakatlanan bir irade açıklamasının 166/3 gereği boşanma kararı doğurmayacağı vurgulanmıştır.-Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

¹³⁸ BİLGİN,E, s.57

¹³⁹ AKINTÜRK.T, s.271

¹⁴⁰ TEKİN,s.93

¹⁴¹Y2HD.E.2010/18621K.2011/19302,T.22.11.2011 sayılı kararında taraflar hazır bulunup bizzat anlaşmalarını açıklamaz veya hakim tarafların anlaşmalarını uygun bulmaz ise taraflardan delilleri sorulup toplanması sonucunda evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olup olmadığının TMK.md. 166/1-2 çerçevesinde takdiri gerekmektedir.-Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

¹⁴²Y2HD.E.2005/18939K.2006/3200,T.13.03.2006 sayılı kararında davacı ve davalı dinlenilmeksizin taraf vekillerinin beyanı ile yetinilerek eksik inceleme ile boşanma hükmü kurulması usul ve yasaya aykırıdır. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

¹⁴³ YETİK,N, Açıklama ve Yargıtay Kararları ile Boşanma, Anlaşmalı Boşanma Ve Mal rejimleri, Bilge Yayınevi 2005, s.126

Bunun gibi taraflardan birinin cezaevinde olması durumunda anlaşmalı boşanma davası, cezaevindeki tarafın hakim huzuruna bizzat çıkarılarak iradesini huzurda beyan etmesi gereklidir.¹⁴⁴

2.2.4.2 Tarafların Serbest İradeleri İle Boşanma Talebinde Bulunmaları

Hakimin geniş ve serbest takdir hakkı vardır. Tarafların iradelerinin boşanmaya uygun olduğunu tespit etme yükümlülüğü mevcuttur. Örneğin taraflardan birinin duruşma sırasında ağlaması durumunda hakim, tarafın, serbest irade ile boşanma kararı verdiğine kanaat getirmese davayı çekişmeli boşanma davası haline getirip taraflara delillerini sunmaları için süre vermelidir. Hakim gerekli gördüğü takdirde tarafları birkaç kez de dinleyebilecektir. Bu dinleme işlemi yalnız hakim tarafından ayrı ayrı da yapılabileceği gibi aynı anda da yapılabilir ancak her şartta tutanağa geçirilmesi gerekmektedir.¹⁴⁵ Ayrıca tarafların imzalarının da alınması gerekmektedir. Tutanakların taraflarca okunup imzalatılmaması şekil şartı eksikliğinden red sebebi sayılacaktır.¹⁴⁶

Davacı asilin ve davalı asilin duruşmaya katılıp da beyanlarının alınmaması anlaşmalı boşanma davasının şekil koşullarının oluşmadığından reddine karar verilmesi gerekmekte olup bozma sebebidir. Şöyle ki anlaşmalı boşanmanın usul şartlarından biri tarafların duruşmada bizzat hazır bulunmalarıdır. Tarafların hazır olmadığı ve serbest iradelerini hakim karşısında açıklamadığı yahut sadece vekillerin katılarak boşanmaya karar verilmesini istedikleri duruşmada çıkan boşanma kararı bozma sebebidir.¹⁴⁷ Tarafların hazır bulunmadıkları durumlarda uygulamada ikinci bir duruşma günü verilmekte ise de bu her zaman geçerli olmayıp davanın anlaşmalı boşanmadan çıkarak çekişmeli boşanmaya dönüşü ve boşanma sebeplerinin ispatı yoluna girilmesi de çok sık karşılaşılan bir durumdur.

¹⁴⁴ KIRMIZI,M, s.105

¹⁴⁵ DURAL,M/ÖĞÜZ,T/GÜMÜŞ,A,M, Türk Özel Hukuku Cilt3 Aile Hukuku ,Filiz Kitabevi İstanbul 2018, s.124

¹⁴⁶ GENÇCAN,Ö.U, s.596

¹⁴⁷ Y2HD.E.2010 /18621 K.2011 / 19302 T.22.11.2011 tarihli kararda tarfaalrın bizzat duruşmaya katılmaları ve beyanlarını sunmaları gerektiği, vekillerin beyanları ile hüküm kurulamayacağından aksi yöndeki karar bozma sebebi sayılmıştır.

Boşanma davalarında tarafların kabul ve ikrarı hakimi bağlamaz.(TMK m.184/3) Burada usul hukuku bakımından ikrarın tanımını yapmakta fayda vardır. İkrar, davanın taraflarının aleyhlerine olan bir vakıanın gerçek olduğunu kabul etmeleri anlamını taşımaktadır.¹⁴⁸ HMK gereği, ikrar edilmiş vakıalar çekişmeli sayılmaz.(m.187/2) Tarafların yahut vekillerinin mahkeme önünde ikrar ettikleri vakıalar çekişmeli olmaktan çıkar ve ispatı gerekmez. (HMK.m.188/1) Ancak boşanma yargılaması bunun istisnası olup, 184/3 gereği tarafların her türlü ikrarları ile hakimın bağlı olmadığıdır. Burada anlatılmak istenen hakimın delilleri serbestçe takdir edeceğidir yani boşanma yargılamasında usul hakimın vicdanen boşanma davasının dayandığı vakıaların varlığına kanaat getirmesidir.¹⁴⁹ Tarafların bu konudaki beyanları hakimi bağlamaz ve boşanma kararını sadece tarafların beyanına dayandırarak veremez ancak bu 166/3 gereği açılan boşanma davalarında hakim tarafları bizzat dinleyerek serbest iradeleri ile boşanmak istediklerine kanaat getirecek, boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hakkında sunulan protokolü uygun bularak boşanmaya karar verecektir. Dolayısı ile tarafların ikrarlarının hakimi bağlamayacağı kuralı 166/3’de uygulama alanı bulmayacak olup madde 184/3’ün istisnasıdır.

Ayrıca tarafların başka bir mahkemede istinabe yolu ile dinlenmeleri de mümkün değildir. Ancak ses ve görüntü nakil yoluyla tarafların aynı anda duruşmaya katılmaları sağlanarak her iki tarafın da rızası ile HMK.m.149 gereği dinlenme yapılabilir ise¹⁵⁰ de bu uygulamada zaman yönetimi açısından ve usulen kabul edilmemektedir.

2.2.4.3 Boşanmaya İten Sebebin Gerçek Anlamda Araştırılmaması

Hakim, tarafları dinlerken anlaşmalı boşanmada kusur araştırması yapmaz. Ayrıca taraflar da ne sebeple boşandıklarını açıklamak zorunda değildirler. Hakimın iradenin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi anlaşmalı boşanma davasında karar vermesi için yeterlidir. Boşanmaya iten sebep araştırılmaz çünkü evlilik birliği temelden sarsılmış sayılır.

¹⁴⁸ BUDAK,A.C; s.222

¹⁴⁹ TMK.m.184 gereği boşanma yargılaması Hukuk Usulu Muhakemeleri Kanununa tabi olup, 3.maddede yer alan “tarafların bu konudaki her türlü ikrarları hakimi bağlamaz” kuralı saklıdır.

¹⁵⁰ GENÇCAN,O,U.s.697

Önemli olan hakimın tarafların boşanma kararının altında yatan nedenleri araştırması değil, özgür, baskı altında olmadan ve iradelerini sakatlayan bir durum olmaksızın bu boşanma kararını verdiklerine kanaat getirmesidir.¹⁵¹ Aile mahkemesi hakimi saik denetimi yapmaz. Anlaşmalı Boşanmada boşanma sebebi sorgulanamaz ve davanın reddine karar verilemez.¹⁵² Mahkeme hakiminin işi sadece tarafların iradelerinin serbest olduğunu denetlemek olmalıdır.¹⁵³

Yargıtay da saike ilişkin düşüncenin serbest iradeyi önceden ortadan kaldırmayacağını savunurken sonradan görüş değiştirmiş ve kaldırabileceği kanaatine varmıştır. Bizim kanaatimiz ise hakimın tarafların serbest iradeleri ile boşanma kararı verdiklerine emin olduktan sonra boşanmaya iten sebepleri araştırmasının anlaşmalı boşanma ruhuna aykırı olacağıdır. Tarafların özgürce boşanma kararı verdiklerini hakime açıklamaları boşanma kararı için yeterli olması gerektiği kanaatindeyiz.

Ancak buna karşıt görüş olarak hakimın tarafların boşanmalarındaki asıl sebebin dul maaşı almak, hacizden kurtulmak, hileli bir takım hukuki işlemler olması ihtimali de göz önüne alınması gerektiği, hakimın tarafların bu saikleri araştırması gerektiği ve böyle bir kanaate erişirse de davayı reddetmesi gerektiği de savunulmaktadır.¹⁵⁴ Bu gibi durumlar muvazaalı anlaşmalı boşanma olarak nitelendirilmektedir.¹⁵⁵ Şöyle ki, muvazaa kavramı; irade ile beyan arasında üçüncü kişileri aldatmak maksadı ile bilerek ve isteyerek uygunsuzluk meydana getirmek anlamına gelmektedir.¹⁵⁶ Muvazaalı işlem üçüncü kişileri aldatmak maksadı ile

¹⁵¹ ÖZDEMİR N. s.151

¹⁵² TUTUMLU, M.A, s.1061

¹⁵³ Y2HD,E.1990/1721,K.1990/6558,T.25.06.1990 sayılı kararda tarafların duruşmada boşanma sebebini söylememeleri karşısında ısrarcı davranmaları mahkeme hakimince iradenin serbest açıklanmadığına kanaat sayarak davayı reddetmesi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur. Kazancı Bilgi Bankası

¹⁵⁴ İPEK, A.İ, Türk Hukukunda Genel Boşanma Sebepleri, Ankara 2008, s.108

¹⁵⁵ Y2HD,E. 2013/12074,K. 2013/19313,T. 8.7.2013 sayılı kararında tarafların anlaşmalı olarak boşandıkları ve hakim tarafından tasdik edilip boşanma hükmüne geçirilen boşanma protokolü ile eşlerden biri lehine gayrimenkulün temlikinin taahhüt edildiği ancak yerine getirilmediği ve tapu kaydının iptali ile kendi adına tesciline karar verilmesini istenmiş; davalıdan alacaklı olan üçüncü şahıs tarafından da; davacı Serpil ve Bekir'e karşı bağımsız olarak açılan dava ile, borçlusu olan davalı Bekir'in, aleyhine yürütülen icra takibinin kesinleşmesinden sonra kendisinden mal kaçırmak amacıyla taşınmazını, boşanma protokolüyle eşine devretmeyi taahhüt ettiğini, bu ikisi arasındaki "gayrimenkul temlik vaadi"ne ilişkin işlemin muvazaalı olduğunu ileri sürülmüştür. Davada işlem muvazaalı olup olmadığının araştırılması ve sonuca göre gereği hüküm kurulması gerektiği yönünde karar verilmiştir.

¹⁵⁶ DALAMANLI, L. Aktin Feshi ve İptali Davaları, Ankara 1971. s. 83 ; EREN, s. 315 ; YILMAZ, E. Hukuk Sözlüğü, Ankara 2001, s. 617; ESENER, T, Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, İstanbul 1956, s. 7.; İNAN, A. N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. Kitap, Ankara

yapılması sebebi ile tarafları hukuki sonuç alacak bir borç altına sokmaz.¹⁵⁷ BK.Md. 18/1'e göre, bir sözleşmenin şekli ve şartlarını tayinde, iki tarafın sözleşmenin gerçek niteliğini gizlemek için kullandıkları isim ve deyimlere bakılmayarak onların birbirine uygun gerçek iradelerini aramak gerekir. Tarafların üçüncü kişilerden mal kaçırmak, mal varlığını anlaşıma çerçevesinde diğer eşe devretmek, hukuken boşanma gerçekleştiği halde fiili birlikteliğe devam etme halleri muvazaalı boşanma çerçevesinde değerlendirilmektedir, bu tip işlemler Türk Borçlar Kanununun 19 (önceki MK. md. 18) ve İcra ve İflas Kanununun 277 vd. maddelerine dayalı "muvazaa sebebiyle tasarrufun iptaline" ilişkindir. Boşanma kararı bozucu yenilik doğurucu bir hak olup¹⁵⁸, kararın kesinleşmesi ile hüküm ve sonuçlarını doğurur. Taraflar arasında gerçekte yapılan görünürdeki işlemle muvazaa anlaşması farklıdır.¹⁵⁹ Taraflar burada hukuki işlemi sırf görünüşte yapmakta, bu sebeple kendileri hakkında hiç bir hüküm ve sonuç doğurmayacağı hususunda anlaşmış bulunmalıdırlar. Burada devir sağlayan görünüşteki işlem, muvazaalı işlemidir. Buradan yola çıkarak tarafların karşılıklı anlaşarak gerçekte boşanma kastı olmadan altında yatan gizli sebeplerle boşanma konusunda danışıklı hareket ederek boşanmalarını hüküm altına aldirmaları "muvazaalı anlaşmalı boşanma," olarak adlandırılmaktadır ki bu durum en çok sosyal Güvenlik Kurumu dul maaşları için başvurulmuş danışıklı bir yöntemdir.¹⁶⁰ Sosyal Güvenlik Kurumundan dul maaşı alabilmek için evli olmamak yahut evli olduğu halde sonradan boşanan veya dul kalan kız çocuklarına ölüm aylığından mahrum kalmamak maksadı ile son dönemlerde bu tip durumlarla karşılaşmaktadır yahut alacaklılardan mal kaçırmak

1971. s. 247 vd, KARAYALÇIN, Y. Muvazaa (Danışık) Hileli Anlaşma-Miras Bırakanın Muvazaası,,Prof. Dr.Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, s. 343-371, İstanbul 1999. s. 43 , KILIÇOĞLU, A,s. 115 vd

¹⁵⁷ Muvazaa kavramı, ortada görünen bir durumun gerçeğe uymaması anlamına gelir ve danışıklı dövüş gibi danışıklı bir işlem olan muvazaada hayatta yer alan, uyumsuzluklara konu olan ve ancak görünürdeki işlem ile altında yatan işlemin farklı olduğu irade ile beyanın örtüşmediği hileli işlemlerdir. /Günay,Meryem; Ankara üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Roma Hukukundan Günümüze Muvazaa Kavramı,Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007, s.45 vd.

¹⁵⁸ OĞUZMAN, M. K. / ÖZ, M.T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2000, s. 109, ÖZDEMİR,N. s.13 vd

¹⁵⁹ Muvazaanın unsurları, görünürdeki işlem, muvazaa anlaşması ve aldatma kastı olup, nisbi muvazaada bunlara ek olarak gizli işlem unsuru da vardır.

¹⁶⁰ AKBIYIK,CEM; Boşanmaya Rağmen Boşanılan Kişi İle Birlikte Yaşamaya Devam Edilmesi Halinde Gelir Ve Aylıkların Kesilmesi Meselesi, Fasikül Hukuk Dergisi, Şubat 2019 / Y.23CD,E. 2015/228,K. 2015/36,T. 25.3.2015 tarihli kararında SGK'yı dolandırmak maksadlı olarak tarafların boşandıkları ve boşanma hükmü sonrasında da fiilen beraber yaşamaya devam etmeleri hali tespit edilmiş ise de bunun nitelikli dolandırıcılık kapsamına girmeyeceği boşanan eşlerin birlikte yaşamaya devam etmelerine engel bir yasanın olmadığı ve yasal şartları oluşmadığından ilgili suçtan sanıklara beraat kararı verilmiştir.

saiki ile anlaşmalı boşanma yoluna gidilmekte, boşanma hükmünden sonra taraflar yine mevcut evlilik hayatlarını sürdürmektedirler.¹⁶¹ Muvazaayı doğuran ve altında yatan işlemi gizleyen tüm hukuki işlemler ispata tabi olup, tek başına iptal sebebi değil ise de TMK.m.2/2 uyarınca hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşımaktadır.¹⁶²

2.2.4.4 Hakimin Tarafların Kabul Edecekleri Anlaşmayı Uygun Bulması Gereği

2.2.4.4.1 Tarafların Ortak Hazırladıkları Yahut Bir Tarafın Hazırladığı Diğerinin Kabul Ettiği Bir Anlaşma Protokolünü Mahkemeye Sunmaları

Rızaya dayalı boşanma davasında diğer bir önemli faktör de tarafların hazırlayacakları protokolü hakime sunmaları, hakimin de bu protokolü uygun gördüğü ölçüde anlaşmalı boşanmaya karar verebilmesidir.¹⁶³ Boşanmaya dayalı sonuçlar önemlidir, ki bu sonuçlar tarafların boşanma sonrası geri kalan ömürlerinde hayatlarını şekillendirecek olan şartlara bağlıdır.

Çocukların durumu ve boşanmanın mali sonuçları yönünden tarafların anlaşma sağlamış olmaları gerekmektedir ki bu madde anlaşmalı boşanmanın şartlarındandır.¹⁶⁴ Boşanmanın eki niteliğindeki bu şartlarda anlaşma sağlanmış olması da TMK.m.166/3 şartlarındandır.¹⁶⁵

Aralarında boşanma kararı alarak ve bu irade doğrultusunda anlaşarak mahkemeye başvuran çiftler mahkemeye anlaştıkları hususların belirlendiği bir protokol sunmak zorundadırlar. Bu protokolün hakim tarafından onaylanması zorunludur ki boşanmaya karar verilebilsin.

¹⁶¹ Y2HD,E. 2014/28164,K. 2015/875,T. 4.2.2015 tarihli kararında muvazaa sebebi ile tarafların boşandığını ileri sürerek kararını iptalini istemiş ise taraflardan birinden "alacaklı" olan kişinin, eşlerin "anlaşmalarına" (TMK. m. 166/3) dayanılarak verilmiş olan boşanma kararını, "muvazaaya" dayandığından bahisle yargılamanın yenilenmesi yoluyla kaldırılmasını isteme hakkı mevcut değildir. Çünkü boşanma davası 166/3 şartları dahilinde ve hakim denetiminden geçerek karar bağlanmıştır.

¹⁶² AKBIYIK,C.a.g.e.makale, s.640 vd.

¹⁶³ TUTUMLU, M.A,s.1034

¹⁶⁴ TMK.m.166/3 boşanma kararı verilebilmesi için, hakimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır

¹⁶⁵ TUTUMLU,M.A,s.1042

Protokolün yazılı olması şart değildir, sözlü olarak da tutanağa geçirilmesi şartı ile kabul edilir.¹⁶⁶ Ancak uygulamada ve öğretide de yaygın görüşe göre yazılı olarak sunulmasının hakim in incelemesi üzerinde rahatça karar verebilmesi ve daha kullanışlı olması açısından ve eşlerin dinlenmesinden önce hakim in anlaşmayı incelemesini kolaylaştırdığını ifade etmektedir.¹⁶⁷

Ayrıca yazılı olmasının eşlerin ani kararlar almasını engelleyeceği ve şartlar üzerinde düşünme imkanı getireceğinden kanun koyucu tarafından da tercih sebebi olarak addedilmiştir.¹⁶⁸

Böyle bir protokol sunulmadan yargılamaya devam olunamaz.¹⁶⁹ Tarafların çocukların velayeti, ve mali konular üzerinde sağladıkları anlaşmayı hakim in de onaylaması gerekmektedir.¹⁷⁰ TMK.m.166/3 de hakim in onayını şart koşmuştur. Şüphesiz ki hakim in boşanmanın mali sonuçları ile çocukların velayeti hususundaki anlaşmayı uygun bularak kabul etmesi de kamu düzeninden sayılmıştır. Burada taraf iradesine değer verilirken hukukun üstünlüğü de ön plana alınmıştır.¹⁷¹

Ayrıca bahsi geçen protokolün sadece mahkemeye sunulması tek başına da yeterli değildir, sözlü yargılamada tarafların bu şartları kabul etmiş olmaları ve tutanağa geçirilmiş olması da gerekmektedir.¹⁷²

Anlaşmalı boşanma davası, ister davanın kabulü ile ya da isterse ortak boşanma talebi ile gerçekleştirilmiş olsun her iki durumda da ölçüt açıklanan iradelerin özgür irade beyanı olup olmadığı meselesidir.

Beyanların özgür irade ürünü olup olmadığı hususunda ise hakim gerekli her türlü inceleme ve araştırmayı yapmakla yükümlüdür.¹⁷³ Şayet anlaşmalı olarak açılan boşanma davasında anlaşma, taraflardan birinin tek taraflı olarak hazırlayarak

¹⁶⁶ ÖZTAN, B.s.697

¹⁶⁷ ÖZDEMİR, N,s.170,GENÇCAN,Ö,U,s.698 vd.

¹⁶⁸ SEÇER, Ö, Anlaşmalı Boşanmada Eşlerin Yaptıkları Anlaşma, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/417812> E.T. 28.03.2019

¹⁶⁹ TUTUMLU, M.A, s.1058

¹⁷⁰ ESENER,T, Boşanmanın Feri Neticelerine Dair Mukaveleler, AÜHFD, C.VIII, s.610

¹⁷¹ BİLGİN, E. s.64

¹⁷² TUTUMLU, M.A , s.1058

¹⁷³ ŞANLI,YALIN,ŞEYDA,Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, İstanbul Aydın Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi 2007,s.34 /Y2 HD,E. 2002/10809,K. 2002/11773, T. 10.10.2002 kararında tarafların serbest iradeleri doğrultusunda hakim in karar vereceğinden bahsetmektedir.

diğerine belirttiği protokolde irade fesadı durumları varsa¹⁷⁴ bu takdirde hakim bunu gözardı edemeyecektir.¹⁷⁵ Hakim kanundan doğan geniş takdir hakkını kullanırken tarafların iradelerinin serbest olup olmadığının denetiminde her türlü inceleme ve araştırmayı yapacaktır.¹⁷⁶ Burada hakime düşen boşanma taleplerinin dayandığı olgular ile altında yatan sebeplerin varlığını araştırmak değil, iradeyi sakatlayan hallerin varlığının saptanması olacaktır.¹⁷⁷ Hakim ancak tarafların boşanma konusundaki iradelerinin baskı altında oluşup oluşmadığını ve bu iradelerin baskı altında açıklanmış olup olmadığını araştıracaktır.¹⁷⁸ Zira taraf iradelerinin serbestçe açıklanması 166/3 gereği boşanma şartıdır. Bunun için de hakimin, tarafları bizzat dinlemesi gerekmektedir.¹⁷⁹ İrade fesadı durumları varsa yani hakim taraflardan birinin irade açıklamasını baskı altında verdiğini yahut sağlıksız bir irade ile boşanmayı ve anlaşma şartlarını kabulünü açıkladığına kanaat getirirse boşanma davasını reddedecektir.¹⁸⁰ Ancak taraflardan birinin serbest iradesini etkileyen olgular belirlenerek gerekçede gösterilmeden boşanma talebi reddedilemez.¹⁸¹ Şöyle ki, iradesinin sakatlandığını ileri süren, davalı eşin sunduğu deliller yerel mahkemede Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 222-225.madde hükümlerine göre incelenmelidir. Eğer iradenin sakatlandığı hususta hakimin tespit ve kanaati varsa anlaşmalı boşanma şartları gerçekleşmeyecektir.¹⁸² Taraflardan birinin boşanmaya yönelik iradesi tehdit ve korkutma ile elde edilmiş ise tarafların boşanma ve

¹⁷⁴ BK.m.30 İrade bozukluklarını düzenleyen madde yanılma hallerinden bahsetmiş olup, sözleşme kurulurken esaslı yanılmaya düşen taraf o sözleşme ile bağlı olmaz demektir.

¹⁷⁵ YHGK,E. 2017/2-1941,K. 2019/475,T. 18.4.2019 tarihli kararında tarafların anlaşmalı boşanma hususunda ve protokol şartlarında anlaşarak dava açtıkları ve anlaşmalı olarak boşandıktan sonra davalı tarafından kararın temyiz edilerek davacının hileli davranışlarla kendisini kandırdığını ve anlaşmalı boşanmaya zorlandığı ileri sürmüştür. Temyiz mahkemesi durumun irade fesadının varlığı saptandıktan sonra davaya mevcut tespit edilen duruma göre devam edilmesi gerektiği, çekişmeli davaya dönmeyeceği hususunda görüş bildirmiş ise de bu görüş çoğunlukla kabul görmemiş ve davanın çekişmeli davaya dönmesi gerektiği konusunda ortak görüş benimsenmiştir.

¹⁷⁶ YALÇINKAYA,KALELİ,s.2062

¹⁷⁷ ÖZTAN,B.s.131

¹⁷⁸ TEKİN,N,H. s.91, SEÇER,Ö,s.49

¹⁷⁹ KILIÇOĞLU,M,s.114, ÖZTÜRK,N,s.102,SEÇER,Ö.s.48

¹⁸⁰ ÖZTAN,B.s.416,DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.121

¹⁸¹ Y2HD,E. 2010/9743,K. 2011/12657,T. 19.7.2011 sayılı kararında taraf iradesinin serbest olmadığı ileri sürülmüş ancak hile ikrah durumları ileri sürülmeden ve herhangi bir gerekçe gösterilmeden boşanmaya karar verilmemiş olması bozma sebebi yapılmıştır.

¹⁸² TMK.m.166/3 gereklerinden biri de taraf iradelerinin serbestçe açıklanması olup, buradaki amaç özgür irade ile tarafların boşanma kararı vermeleridir. Hakim tarafları bizzat dinlemeli ve boşanma yönündeki taraf iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirip üzerinde anlaşma sağlanan boşanmanın mali sonuçları ve çocuklarla ilgili düzenlemenin uygun bulunması halinde boşanma gerçekleşecektir.

feri'lerine yönelik bir anlaşma içinde oldukları söylenemez ve 166/3 çerçevesinde boşanma şartları oluşmayacağından boşanma kararı verilemez.¹⁸³

Kanun ve usul hükümlerine uygun olarak tarafların boşanma ve fer'ilerinde irade birliğine dayanan bir boşanma kararı ve 166/3 uyarınca yapmış oldukları anlaşmalı boşanma sözleşmesinin, TBK.m.27 ve devamı uyarınca kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı yahut imkansız olma yönünden denetlenebileceği gibi, karara esas alınan irade beyanındaki (hata, hile ve ikrah gibi) sakatlık hallerinin varlığı, bu hususta ciddi delillerin gösterilmesi durumunda geçersizliği istenebilecektir. Bu şartlarda dava 166/3 gereği son bulmaz, anlaşmanın bozulması ile anlaşmalı boşanma hükmü bütünüyle geçersiz hale gelir (HUMK.md.439/2). Bu halde anlaşmalı boşanma davasının "çekişmeli boşanma" (TMK m. 166/1-2) olarak görülmesi gerekir.¹⁸⁴ Ancak bahsettiğimiz üzere, iradesinin sakatlandığını ileri süren eşin, buna ilişkin iddiasının kanıtlanması hâlinde boşanma çekişmeli hâle gelecektir. Bu nedenle irade sakatlığını ileri süren eşin bu konudaki delilleri toplanmalı, irade sakatlığı tespit edilmeli, aksi hâlde ise geçersizliği kabul edilerek çekişmeli boşanmanın sonuçlarına göre karar verilmesi gerekir.¹⁸⁵

Bununla beraber, Anlaşmalı boşanma yönünde oluşan karar kesinleşinceye kadar eşlerin bu yöndeki diğer bir ifadeyle gerek boşanmanın mali sonuçları, gerekse çocukların durumu hususunda kabul edilen düzenlemeleri kapsayan irade beyanından dönmesini engelleyici yasal bir hüküm bulunmamaktadır. Bu halde anlaşmalı boşanma davasının "çekişmeli boşanma" (TMK m. 166/1-2) olarak görülmesi gerekir.

¹⁸³ Y2HD.E.2012/23500,K.2012/27564,T.19.11.2012 tarihli kararında tehdit ile boşanma iradesi açıklandığı anlaşıldığı ileri sürülerek serbest iradenin yokluğundan bahsedilmiş ve taraflar arasında bir anlaşmanın varlığından söz edilemeyeceği ve 166/1-2 doğrultusunda delillerinin toplanması gereği hükme bağlanmıştır.

¹⁸⁴ Y2HD,E. 2014/16819,K. 2015/3251,T. 2.3.2015 sayılı kararında boşanma iradesinden dönme kararı karşısında davanın anlaşmalı görülemeyeceği ve çekişmeli olarak devamı gerektiğindne bahsedilmiştir.

¹⁸⁵ YHGK,E. 2017/2-1941,K. 2019/475,T. 18.4.2019 sayılı kararında temyiz eden eş,anlaşmalı boşanmanın irade fesadı hallerinin varlığı altında gerçekleştiğini, davadan feragat ettiğini beyanla hükmü süresinde temyiz ettiği /anlaşmanın diğer tarafı olan eşin hüküm kesinleşinceye kadar anlaşma iradesinden dönmesini engelleyici yasal bir hüküm bulunmadığından taraflara iddia ve savunmalarını bildirmesi ve delillerini sunması için imkan verilerek davaya "çekişmeli boşanma" olarak davaya devam edilmesi gereği hükme bağlanmıştır.

Usul hukuku bakımından bakarsak; HMK.311.maddeye göre kabul, kesin hükmün sonuçlarını doğurur ve ancak irade bozukluğu hâlleri söz konusu ise kabulün iptali istenebilir, bunun dışında kabulden dönülemez. Eşler arasında yapılan anlaşmanın eşlerden biri tarafından sözleşmeden dönmek suretiyle tek taraflı olarak sona erdirilmesi Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca mümkün değildir. Zira Türk Borçlar Kanununda, özel hükümlerle getirilen dönme hükümleri hariç tutarsak; genel hükümlere göre bakıldığında tek taraflı sözleşmeden dönmeye olanak tanıyan bir hüküm bulunmamaktadır. Anlaşmalı boşanma davalarında ise "kabulün" doğurduğu tek sonuç evlilik birliğinin sarsıldığı olgusunun ispatlandığıdır, ancak "yalın kabul" boşanma kararı vermeye yetmemektedir.¹⁸⁶ Bu nedenle, TMK'nın 166/3. maddelerinin uygulandığı bir davada davanın kabulü şekli ve maddi hukuk anlamında hükmün kesinleşmesi sonucunu doğurmadığından hükmün kesinleşmesine kadar davalının kabul beyanından dönmesi mümkündür.¹⁸⁷ Çünkü bu durumda anlaşmalı boşanma koşullarının gerçekleştiğinden söz edilemez.¹⁸⁸ Taraflardan birinin anlaşmadan dönme iradesi ile davayı temyiz etmesi, davanın samimi bir iradenin mahsülü olmadığına, hâkimin anlaşmalı boşanma şartlarının oluşup oluşmadığı konusunda gerekli her türlü araştırmayı yapmadığına kanaattir. Hukuk Genel Kurulunun ilgili kararında dava kesinleşinceye kadar bu iradeden dönülebileceği ve davaya çekişmeli boşanma olarak devamı edileceği yönünde görüş bildirilmiştir.¹⁸⁹ Taraflar karar kesinleşinceye kadar iradelerinden dönebilirler ve davadan feragate ilişkin talepleri ve barışma iradeelrini açıklamaları davanın reddini gerektirir.¹⁹⁰

Bunlarla birlikte anlaşmalı boşanma iradesinden dönen eş, davasından karar kesinleşinceye kadar açıkça feragat etmedikçe anlaşmalı boşanma yönündeki iradesi

¹⁸⁶ SEÇER,Ö. Anlaşmalı Boşanmada Eşlerin Yaptıkları Anlaşma,s.278 vd.

¹⁸⁷ Y. 2HD., T.23.2.2015, E. 2015/342, K. 2015/3299 ; Y. 2HD., T.3.3.2015, E. 2014/10998 K. 2015/3147 sayılı kararlarında da Yargıtay tek taraflı olarak eşlerin hüküm kesinleşinceye kadar boşanma iradelerinden dönebileceklerini ifade etmiştir.

¹⁸⁸ ÖZDEMİR,N.s.177-178, Gençcan, Ö,U.s.780

¹⁸⁹ YHGK,E. 2017/2-1941,K. 2019/475,T. 18.4.2019 sayılı kararında hüküm kesinleşinceye kadar anlaşmadan dönülebileceğini,davanın anlaşma kapsamından çıkacağı ve çekişmeli boşanma davası olarak davanın devamı gerekliliğinden bahsedilmiş ise de bu hususta karşıt görüşler mevcut olup, davanın reddi gereği de ileri sürülmüştür.

¹⁹⁰ Y2HD,E. 2015/707,K. 2015/1285,T. 10.2.2015 sayılı kararında Yargıtay'ca onanan boşanma kararına karşı tarafların boşanmak istemedikleri beyanıyla karar düzeltme talebinde bulunmaları karşısında mahkeme bozma kararı vermiştir.

rücu niteliğinde sayılacaktır ve davasının artık 166/1-2 kapsamında "çekişmeli boşanma" olarak görülmesi gerekir.¹⁹¹

2.2.4.4.2 Anlaşma Protokolündeki Boşanma Sonrası Mali Konuları Ve Çocukların Durumuna İlişkin Düzenlemeler

Anlaşma Protokolünde muhakkak mali konulara ve çocukların durumuna ilişkin konularda tarafların anlaşmış olmaları gereklidir. Mali konulardan maksat, eşlerin maddi manevi tazminat ile yoksulluk nafakası talepleridir.¹⁹² Bu hususta tarafların ortak bir anlaşmaya varmaları gerekir. Ancak bu kararın hakim tarafından da uygun bulunması gerekmektedir. Örneğin davacı kadının istediği nafaka meblağını davalı kocanın kabulü şarttır yahut maddi manevi tazminat hususunda tarafların belli bir rakam üzerinde anlaşmış olmaları şarttır.

Ayrıca ilgili protokolde ve boşanma yargılamasında taraflardan birinin diğerinden nafaka istememiş olması, dava kesinleştikten sonra isteme hakkını doğuracak mıdır?

Bu husus eski medeni kanunda tartışmalı iken yeni medeni kanunda sonradan istenemeyeceği görüşü hakimdir.¹⁹³ İlgili kararda boşanma amacının davalının yurtdışına gitmesinin temini olduğu ve nafaka talebinde bulunmadığı, sonradan eşinin orada başka bir evlilik yaparak kendisini aldattığını öğrendikten sonra nafaka talebinde bulunan kadının davası kısmen kabul edilerek lehine nafaka takdiri sağlanmıştır, ancak karar Yargıtay'ca kesin hüküm nedeni ile yoksulluk nafakasının reddine karar verilmesini gerekçe gösterilmiş ve karar bozmayı gerektirmiştir.¹⁹⁴

Taraflar anlaşmalı boşanma davasında özgür ve hür iradesi ile nafaka istemediğini beyan etmiş ise ve bu hakkından açıkça feragat etmiş ise sonradan

¹⁹¹ Y2HD.,E. 2017/2269,K. 2017/5101,T. 2.5.2017 hüküm kurulduktan sonra davasını temyiz etmesi açıkça feragat etmedikçe anlaşmalı boşanma yönündeki iradesinden rücu niteliğinde sayılır.

¹⁹² TUTUMLU.M.A. s.1042, ÖZDEMİR,N.s.159

¹⁹³ Y3HD.E.2005/9674,K.2005/8731,T.19.09.2005 ,E.T.30.03.2019 tarihli kararda boşanma davası sırasında nafaka istemeyen davacı kadının karar kesinleştikten sonra nafaka talep etme hakkının bulunmadığı kesin hüküm nedeni ile reddi gerektiği hüküm altına alınmıştır.Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

¹⁹⁴ Her ne kadar anlaşmalı boşanma davası sırasında davacı eş nafaka talep etmemiş ise de, davalının Almanya'ya gidebilmesi için boşanma davasını kabul ettiği, aslında boşanma amacının olmadığı; ancak, davalının bu durumu fırsat bilerek boşandıktan sonra bir başka kadınla yaşamaya başladığı nedeni ile davalı yanıltılmış olup, bu durum MK'nun 2. maddesinde açıklanan iyi niyet kuralları gereğince korunamaz" gerekçesi ile, davacı için nafaka tayin edilmiştir. Ancak karar kesin hüküm nedeni ile bozma sebebi yapılmıştır.

isteyemez.¹⁹⁵ Özdemir de aynı görüşte olup boşanma yargılamasında eğer başta istenmemiş ise sonradan istenmesi hakkın kötüye kullanılması sayılacağını ve açıkça bu haktan feragat niteliği taşıdığını düşünmektedir.¹⁹⁶ Boşanma davasında karar bağlanan hususlar hakkında yeniden dava açılmaz ve talep konusu edilemez. Ancak buna karşılık açıkça feragat yoksa ve nafaka yönündeki hakları saklı tutulmuş ise bu konu sonradan ayrıca dava edilebilir ve tarafların yaptıkları anlaşmada tazminat haklarını saklı tuttuklarını belirtmeleri, bu sorunun ileride çözülmesi gerektiği anlamına gelmektedir.¹⁹⁷ Bu da çekişmeli durumun devam ettiği anlamını taşımaktadır ki bu durumda 166/3 gereği bir anlaşmadan söz edilemeyecektir.¹⁹⁸ Bu durumda eşler arasında çekişmeli durum ve ihtilaf devam etmektedir.¹⁹⁹ Davanın 166/1-2 gereğince devamı gerekir.

Ancak bu durum çocuğun nafakası için geçerli değildir.²⁰⁰ Çocuk için her zaman menfaati gereği ve ihtiyaçları doğrultusunda nafaka istenebilecektir.(MK.M.182/2) Boşanma safahatinde çocuk için iştirak nafakası istenmemiş ise sonradan açılacak bir dava ile çocuğun eğitim ve öğrenim hakkı kısıtlanmamalı, nafaka talep edilebilecektir.²⁰¹

Tarafların üzerinde anlaşma sağlayamadığı hususlarda anlaşmalı boşanma mümkün olmayacaktır.²⁰²

¹⁹⁵ Y3HD,E. 2015/1220,K. 2015/3087,T. 26.2.2015 sayılı kararda davacı kadın açıkça nafaka hakkından feragat etmiş isesonradan bu hakkına dayalı olarak nafaka talep edemeyecektir.

¹⁹⁶ ÖZDEMİR,N.s.159

¹⁹⁷ SEÇER,Ö.Anlaşmalı Boşanmada Eşlerin Yaptıkları Anlaşma, s.268 vd.

¹⁹⁸ Y2HD,E. 2014/16344,K. 2015/269,T. 13.1.2015 tarihli kararda tarafların boşanmalarına karar verilebilmesi için hakimin tarafların üzeridne anlaşma sağladıkları mali konuları ve çocukların durumunu düzenleyen protokolü uygun bulmasının şart olduğu ve tazminat hakları konusundaki anlaşmanın ileriye bırakılması durumunda tarafların anlaşma sağlamadıkları anlamına geleceğinden davaya çekişmeli dava olarak devamı gerekir.

¹⁹⁹Taraflar boşanmanın mali sonuçları üzerinde anlaşamadıklarına göre, gösterdikleri deliller toplanarak davanın Türk Medeni Kanununun 166/1-2 maddesi çerçevesinde değerlendirilip, hasıl olacak neticesine göre karar verilmesi gerekmektedir. / SEÇER,Ö.s.268 vd.

²⁰⁰ Y3HD,E.2017/16997,K.2017/18176,K.25.12.2017,E.T.30.03.2019 sayılı kararında tarafların müşterek çocuklar için her zaman iştirak nafakası talebinde bulunabileceklerini, başta dava sırasında istenmemesinin sonradan istenmesine engel olmayacağını belirtmiştir/ Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

²⁰¹Y2HD.E.1998/10493,K.1998/10861T.14.10.1998/ÖZDEMİR, s.160,Y3HD.E.2003/12252K.2003/12220,T.14.10.2003 ,E.T.30.03.2019 /İştirak nafakasının sonradan çocuğun ihtiyaçları doğrultusunda gündeme gelebileceği hüküm altına alınmıştır.

²⁰² TUTUMLU.M.A ,s.1061

Örneğin çocukların velayetleri hususunda tarafların anlaşamaması durumunda anlaşmalı boşanma koşulları oluşmayacaktır.²⁰³ Bu takdirde hakim davayı çekişmeli davaya çevirecek ve delilerin toplanmasına karar verecektir.²⁰⁴

Mali konular kapsamına Yargıtay eşya taleplerinin (ev eşyaları, kişisel eşyalar ile ziynet eşyaları) de girmesi gerektiğini düşünmüştür.²⁰⁵ İlgili kararında eşlerin eşya paylaşımı hususunda anlaşamamaları durumunda anlaşmalı boşanma kararı verilemeyeceğinden bahsetmiştir. Ancak buna karşın doktrin, gerek ziynet eşyalarının gerekse de ev eşyalarının paylaşılması konusunun boşanmanın eki niteliğinde sayılmadığı, bu taleplerin ayrı bir dava ile istenebileceği görüşünü benimsemiştir.²⁰⁶

Ancak bahsettiğimiz üzere Yargıtay farklı görüşte olup, eşya talebini boşanmanın eki niteliğinde saymaktadır.²⁰⁷

Kanaatimizce Yargıtay'ın uygulamalarına katılmak mümkün değildir, boşanma sırasında taraflarca ev eşyaları paylaşımı konusunda anlaşma sağlanmamış olması boşanma kararı verilmesine engel olmamalı, sonradan ayrı bir dava ile bu eşyaların istenmesi mümkün olduğundan verilecek boşanma kararını etkilememelidir. Doktrindeki görüş, ev eşyalarına yönelik taleplerin boşanmanın eki niteliğinde olmadığı yönünde olup biz de bu görüşe katılmaktayız. Zira anlaşmalı boşanma davalarında eşyalar konusunda anlaşma sağlayamayan eşlerin davaları da çekişmeli davaya dönmekte ve uzun yıllar sürmektedir.

Buna karşın, tazminat, nafaka ve çocuklara ilişkin hükümler dışındaki sair konularda eşler ayrıca anlaşma sağlayarak bunu anlaşma protokolüne ekleyebilirler.²⁰⁸ Örneğin boşanma sonrası kadının erkeğin soyadını kullanmaya

²⁰³ Y2HD,E.2004/9193K.2014/11216- Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

²⁰⁴ Y2HD,E.1992/8910, 1992/9079K.T.06.10.1992 -Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

²⁰⁵ Y2HD,E.2004/10763,K.2004/12274,K.21.10.2004, TEKİN, s.104

²⁰⁶ ÖZTÜRK,s.106,İPEK, s.113, HATEMİ/SEROZAN, s.260

²⁰⁷ Y8HD,E.2018/11646, K.2018/14787 T.03.07.2018 / Y8HD,E.2016/6163,K.2018/127 sayılı kararında mal rejimin tasfiyesi boşanma davasının eki niteliğinde değildir, taraflar arasında yapılan protokolde ev eşyalarının paylaşıldığına dair düzenlemenin taraflar arasında mal rejimine dair açıkça bir anlaşma olduğu sonucu çıkarılamaz

²⁰⁸ TEKİN,H. 105

devam etmesi konusunda düzenleme yapılabilir. TMK.m.173/2’de de değinildiği üzere eğer kadının menfaati varsa bu hususta taraflar arasında anlaşma yapılabilir.²⁰⁹

Ancak bu düzenlemenin yapılmasına aksi görüşler de mümkündür, kadının erkeğin soyadını kullanmaya devam etmesinin toplum önünde farklı bakışlara sebebiyet vereceği ve ticari ve danışıklı evliliklere yol açabileceği de düşünülmektedir.²¹⁰

Eğer taraflar mali talepler konusunda bir düzenleme yapmamışlar ve hakim boşanmaya karar vermiş ise burada, sonradan mali konulara ilişkin sonradan talepte bulunulup bulunulamayacağı konusu sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu konuda farklı görüşler mevcut olup, bir fikir birliği yoktur. Şöyle ki hakimin onayından geçen ve kesinleşen boşanma davasında tarafların boşanma anında birbirlerinden mali talepleri olmadığı zımni olarak kabul edildiğine ilişkin bir görüş varken ²¹¹diğer yandan bir başka görüş ise mali konulara ilişkin düzenleme davanın maddi koşulunu oluşturduğundan hakimin denetleme ihmali sayılmalı ve sonradan da maddi taleplerin ileri sürülmesinde sakınca olmamalıdır.²¹²

Ancak bizim katıldığımız görüş iştirak nafakası dışında başta boşanma davasında talep edilmeyen mali konuların boşanma kesinleşmesinden sonra istenemeyeceği yönündedir. Boşanmaya zorlayan sebeplerin yanılma halleri ile ispatlanması haricindeki durumlarda taraflar boşanma kesinleşmesinden sonra talepte bulunmalarının hakkın kötüye kullanılması mahiyetinde olacağı kanaatindeyiz. Hakim boşanma davası sırasında tarafları bizzat dinlemekte, serbest iradeleri ile hareket ettiklerine bizzat kanaat getirdikten sonra boşanma kararı vermektedir, şayet tarafları boşanmaya zorlayan bir neden olmadığına kanaat getirmiş, kendi iradeleri ile boşanma talebinde bulunduklarını düşünüyor ise örneğin kadının silah zoru ile , tehditle, duruşmaya gelmediği yahut diğer eşin sırf tazminat almak için boşanmaya razı olduğu durumların kanıtlanması hariç olmak üzere boşanmaya karar vermektedir. Tarafların mali konular hakkında bir talepleri yok ise- şayet hakimin gerek gördüğü yerde çocukların ve tarafların menfaatlerini gözönüne alarak

²⁰⁹ Y2HD,E.2013/6259, K.2013/26355, T.14.11.2013, Kazancı İçtihat Bankası

²¹⁰ SEROZAN,R, Medeni Kanun ve borçlar Kanunu Değişikliklerinin Özellikle Yabancı Para Borçlarına Ve Bunların Teminat Altına Alınmalarına İlişkin Değişikliklerin Eleştirilmesi, İstanbul Barosu Dergisi, C.65, S.1-2-3 /TEKİN,H.s.105

²¹¹ ÖZDEMİR, N,s.160 /TEKİN, H.s.107

²¹² ÖZTAN,B.s.697 /TEKİN,H.s.107

düzenleme önermesi hali hariç tutulmak kaydı ile- bu hususta aksi bir karar vermesi mümkün olmadığından boşanmanın kesinleşmesi sonrasında başka bir dava ile maddi taleplerin gündeme getirilmesinin kötü niyetli olacağı kanaatindeyiz.

Tarafların anlaşma protokollerinde ayrıca kanuna aykırı düzenlemeler de yer alamayacağı gibi doğrudan kanun hükmü sonucu ortaya çıkan durumlar da protokolde yer alamaz.²¹³

Örneğin, boşanma ile birlikte tarafların birbirlerine mirasçı olabilecekleri kanuna aykırı bir düzenleme olduğundan protokole konulamayacağı gibi, boşandıktan sonra tarafların yeniden evlenemeyeceklerine ilişkin bir düzenleme de yapılamaz. Bununla birlikte boşanmanın tabi sonucu olan durumların da protokole eklenmesine gerek yoktur, zira bunlar zaten kanuni düzenlemelerdir. Mesela tarafların boşandıktan sonra birbirlerine mirasçı olamayacakları boşanmanın tabi sonucudur ²¹⁴ve bunun protokole eklenmesine gerek bulunmamaktadır. Yahut davacı kadına bağlanan yoksulluk nafakasının davacı evlenince kesileceği hükmün tabi bir sonucu olduğundan yazılmasına lüzum bulunmamaktadır. ²¹⁵ Yine nafaka bağlanan kadının ölmesi halinde nafakanın kesileceğinin de belirtilmesine gerek yoktur.

2.4.4.3 Anlaşma Protokolündeki Mal Rejimi Tasfiyesine İlişkin Anlaşmalar

Mal rejimi tasfiyesine ilişkin anlaşmalar, TMK madde 166/f.3’de düzenlenen anlaşmalı boşanmanın “mali sonuçları” kapsamında yer almamaktadır. Şöyle ki; anlaşmalı boşanma protokolünde mal rejiminin tasfiyesine ilişkin düzenlemeler boşanmanın ferisi niteliğinde olmadığından bu hususta eşlerin anlaşma zorunlulukları bulunmamaktadır. ²¹⁶

Türk hukuk öğretisinde, anlaşmanın zorunlu içeriğinden olan boşanmanın mali sonuçları ile anlaşılması gerekenin, TMK madde 174’de düzenlenen maddi ve

²¹³ TEKİN,H.s.105

²¹⁴ “TMK.m.181/1 Boşanma İlamının kesinleşmesinden sonra artık eşler birbirlerine mirasçı olamazlar ve ölüme bağlı tasarruf yolu ile elde ettikleri ölüme bağlı hak ve alacakları da yitirirler.” /HATEMİ, OĞUZTÜRK KALKAN, s.128

²¹⁵ Y2HD,E.2018/2746, K.2018/14270, T.10.12.2018,Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

²¹⁶ TEKİN,H.s.109, ÖZDEMİR,N.s.168

manevi tazminat ile madde 175’de düzenlenen yoksulluk nafakası olduğu ve 182’de düzenlenen iştirak nafakası ²¹⁷ ve velayet (TMK.m.336/f.3) olduğu; buna karşılık, eşlerin mal rejiminin tasfiyesiyle, birbirlerinden eşya ya da ziynet alacakları konusunda anlaşmalarının zorunlu olmadığı, bu konularda anlaşma olmasa bile boşanmaya karar verilebileceği ifade edilmiştir.²¹⁸ Ancak tarafların mal rejimi hususlarında anlaşmaları da mümkün olup, anlaştıkları noktaları protokole eklemelerine de bir engel bulunmamaktadır. ²¹⁹

Mal rejiminin tasfiyesi ile ilgili düzenlemelerin, anlaşmanın ihtiyari içeriğine dâhil olabileceği de ifade edilmektedir. Yargıtay da bu hususta anlaşma sağlanmamış olmasını TMK.m.166/3’ün zorunlu içeriğine dahil görmemekte ²²⁰ ve şayet taraflar bu konuda anlaşmamış olsalar bile hakimin 166/3 çerçevesinde boşanmaya karar vereceğini söylemektedir.²²¹

Yargıtay 8. Hukuk Dairesi; "Tarafların birbirlerinden tedbir, iştirak ve yoksulluk nafakası, maddi ve manevi tazminat, ziynet ve eşya talepleri olmadığı" şeklindeki protokolün anlaşmanın boşanmanın fer'i (eki) niteliğindeki konulara dair olduğu, mal rejiminin tasfiyesi boşanmanın eki niteliğinde olmadığından, mal rejiminin tasfiyesi konusunda bir anlaşma yapılmadığından davacı tarafından katılma alacağı davası açılabileceği"ne ilişkin bir karar vermiştir.²²² İlgili karara göre mal rejiminden kaynaklanan talepler boşanmanın ferilerinden olmadığından ayrıca davaya konu edilebilirler.

MK. 166/3. maddesi uyarınca anlaşmalı boşanma kararı için; eşlerin boşanma ve boşanmanın eki niteliğindeki hususlarda anlaşmış olmaları gerekir.

²¹⁷ KILIÇOĞLU,s.142; DOĞAN,s.1940; SEÇER,s.54.

²¹⁸ KILIÇOĞLU,s.142; DOĞAN,s.1940; SEÇER,s.54.

²¹⁹ ÖZDEMİR, N,s.168,

²²⁰ Y8HD,E. 2010/4983,K. 2011/2095,T. 12.4.2011sayılı kararında tarafların boşanma davasındaki nafaka, maddi ve manevi tazminat (TMK'nın m. 174, 175, 182) bakımından anlaşmaları boşanmanın eki niteliğindeki taleplerle ilgili olup, boşanma davasının eki niteliğinde olma- yan-mal rejiminden kaynaklanan alacak davasını kapsamaz demektir.

²²¹ ÖNCÜ, ÖZGE ; Eşlerin “Anlaşmalı Boşanma” Çerçevesinde Mal Rejiminin Tasfiyesine Yönelik Olarak Yaptıkları Anlaşmalar Ve Bu Anlaşmaların Uygulamada Doğurduğu Sorunlar,s.813

²²² Y8HD,E. 2015/22210, K. 2017/17561, T.26.12.2017, MK. 166/3. maddesi uyarınca anlaşmalı boşanma kararı için; eşlerin boşanma ve boşanmanın eki niteliğindeki hususlarda anlaşmış olmaları gerekir. Mal rejiminin tasfiyesi boşanmanın eki niteliğinde olmadığından, anlaşma gerekli değildir. Ancak anlaşma olduğu takdirde boşanmayla birlikte hüküm altına alınmasına da yasal bir engel yoktur

Mal rejiminin tasfiyesi boşanmanın eki niteliğinde olmadığından, anlaşma gerekli değildir. Ancak anlaşma olduğu takdirde boşanmayla birlikte hüküm altına alınmasına da yasal bir engel yoktur.²²³ Ancak taraflar bu hususta anlaşma sağarlarsa sonradan mal rejimini tasfiye amaçlı dava açılmayacaktır. Ancak burada ortaya çıkan sorun, özellikle eşlerin mal rejiminin tasfiyesine yönelik olarak yaptıkları anlaşmalarda katılma alacağından veya değer artış payı alacağından vazgeçmeye ilişkin beyanlarının çoğu kez açık olmaması nedeniyle daha sonra tekrar mal rejimi tasfiyesine yönelik davalar açılması ve bu davalarda boşanma davasında mahkemece onaylanan anlaşmanın içeriğinin net olarak tespit edilememesidir.²²⁴ Bu sebeple boşanma davasında feragat edilen yahut üzerinde anlaşma sağlanan kalemlerin net bir biçimde ifade edilmesi ve karara esas alınması, anlaşılamiyorsa hakim tarafından açıklattırılması ileride yaşanacak karışıklıkların önüne geçecektir.

Ayrıca tarafların mal rejimine yönelik yapmış oldukları anlaşmaların da geçerliliği için yine hakimin onayına ihtiyaç bulunmaktadır.²²⁵ Zira hakimin onayı olmadan tasfiyeye yönelik yapılan düzenlemelerin bir geçerliliğinin de olmayacağı muhakkaktır.²²⁶ Kaldı ki Yargıtay genel olarak anlaşmalı boşanma davalarında, anlaşmalı boşanmaya karar verilmesinin yanı sıra, anlaşma hükümlerinin de hüküm fıkrasına geçirilmesi gerektiğini ifade etmektedir.²²⁷

Yargıtay Genel Kurulu 2013 tarihli kararında, taraflar arasında görülen boşanma davası sırasında “karşılıklı mal talebimiz yoktur” ifadesini mal rejimi tasfiyesini de kapsadığına kanaat getirmiş ve boşanma protokolünde talep edilmeyen mallar için sonrasında mal rejimi davasına da olanak tanımamıştır.²²⁸

²²³ SEÇER,Ö,s.270 vd.

²²⁴ ÖNCÜ,Ö.a.g.e,makale; s.829

²²⁵ ŞİPKA, ŞÜKRAN/ÖZDOĞAN, AYÇA, Yargı Kararları Işığında Soru ve Cevaplarla Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları, İstanbul, 2015, s. 425.

²²⁶ Y2HD, T. 26.2.2014; E. 2014/2564; K. 2014/3993 sayılı kararında, Taraflar arasında düzenlenen protokolde yer alan “davalının mülkiyetinde bulunan taşınmazın ½ payını davacıya devretmeyi kabul ve taahhüt ettiğine” ilişkin düzenlemenin, protokolün boşanma davasında boşanmaya karar veren hâkim tarafından onaylanmadığından bahisle geçerlilik kazanmadığını ifade etmiştir.

²²⁷ Y2HD, T. 29.11.2010; E. 2009/17648; K. 2010/19842 sayılı kararında anlaşmalı boşanmaya karar verilirken protokolün tasdiki hükmü yanında protokol hükümlerinin de hüküm fıkrasına geçirilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

²²⁸ YHGK.E.2013/8-185,K.2013/1601,T. 27.11.2013 tarihli kararında H.G.K. önüne gelen uyuşmazlık tarafların anlaşmalı boşanma davası sırasında düzenledikleri protokolde yer alan “tarafların mal talepleri yoktur” şeklindeki ifadenin, eşler arasında “mal rejiminden kaynaklanan alacak” kapsamında değerlendirilmiştir. Karşı oy yazısında ise bu ibarenin mal rejimleriyle bir ilgisinin bulunmadığı ileri sürülmüş ve davanın reddi istenmiştir.

İlgili kararda mal rejiminden kaynaklı alacak davasında, karşılıklı mal taleplerinin olmadığını bildiren tarafların bu ifadelerinin kesinleşen boşanma hükmünde yer alan mal rejiminden kaynaklanan tüm malları da kapsadığına kanaat getirilmiştir. İş bu sebeple ilgili kararda da olduğu gibi boşanma sırasında tüm talepler açık ve net ifade edilmeli, anlaşılan noktalar teker teker yazılmalı, genel ifadeler kullanılmamalı, protokole dayanak yapılan hüküm de eda edilebilir olmalıdır.²²⁹ İlgili karardaki karşıt oy yazısı; taraflar mal rejimi hususunda bir anlaşma yapıyorlarsa bunu katılma alacağı ile değer artış payı alacağına konu mallar üzerinde herhangi bir hak talep etmiyorum yahut taşınır, taşınmaz mallar ile alakalı bir alacak talebim bulunmamaktadır şeklinde yazarak protokole konulmalıdır yönündedir.²³⁰

Bununla beraber, Yargıtay 8 Hukuk Dairesinin yeni tarihli benzer kararında da ‘hiçbir mal talebim yoktur’ ifadesi sonradan açılacak olan mal rejimi davasının önünü kesmiştir.²³¹

Söz konusu içtihatlar doğrultusunda, anlaşmalı boşanma protokolünde veya boşanma davası devam ederken karşı taraftan herhangi bir mal talebi bulunmadığını beyan eden taraf, boşanma davası sonuçlandıktan sonra mal paylaşımı davası açma hakkını kaybetmiş olacaktır. Bu nedenle, bundan böyle boşanma davası sırasında mal talepleri ile ilgili beyanda bulunacak olan tarafların, ileride hak kaybına uğramamak için beyanlarını doğru biçimde düzenlemeleri gerekmektedir.²³² Şöyle ki, duruşma sırasında mal yahut eşya talebi olmayan tarafın beyanı geniş yorumlanacak olup ileride mal tasfiyesi ile alakalı tüm talepleri içine alacağını düşünerek beyanda bulunmak gerekmekte ve çıkacak sonuçlara da bu anlamda hazırlıklı olmak gerekmektedir. Sonradan mali hak talep etmek hem hakkın kötüye kullanılması

²²⁹ GENÇCAN,Ö.U, s.624

²³⁰ YHGK.E.2013/8-185,K.2013/1601,T. 27.11.2013 karşı oy yazısında, dava tarihinde taraflar evli olduklarından ve boşanma kararı kesinleşmediğinden ve bu bağlamda doğmamış haktan feragat mümkün olmayacağından ve alacak hakları henüz doğmadığından direnme kararının bozulması gerekir denilmiştir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

²³¹ Y8HD.E.2016/21885, K.2017/1388, T.09.02.2017 / <http://batilaw.com/bosanmada-herhangi-bir-talebim-yoktur-beyaninin-mal-paylasimi-yonunden-sonuclari/> Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

²³² <http://batilaw.com/bosanmada-herhangi-bir-talebim-yoktur-beyaninin-mal-paylasimi-yonunden-sonuclari/> Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

yasağının hem de bu hususta önceden verilmiş bir kesin hüküm kurumunun engel olacağı öğretide savunulmaktadır.²³³

Kanaatimiz de aynı yönde olup, sonradan hak talep etmek, hem güvenin hem de hakkın kötüye kullanılması mahiyetinde olacak olup, başta talep edilmeyen eşyanın yahut malın sonradan ayrı bir dava açarak talep edilmesinin iyi niyetli bir davranış olmayacağıdır. Ancak her olay ve duruma göre farklı değerlendirme yapılacağından sonradan da hak talep etmenin mümkün olduğu durumlar da söz konusu olabilecektir.

2.4.4.4 Hakimin Protokolde Değişiklik Yapma Yetkisi

Hakim tarafların yapmış olduğu protokolde uygun gördüğü ölçüde bazı değişiklikler yapma hakkını haizdir. Mesela iştirak nafakası hususunda hakim çocuğun menfaati gereği az bulduğu nafaka meblağına müdahale ederek nafakayı yükseltebilir. Tarafların kabulü halinde bu husus yeniden düzenlenir ve TMK.m.166/3 dahilinde tarafların boşanmalarına karar verilir, ancak anlaşamamaları halinde TMK.m.166/1-2 Maddeleri uyarınca delillerin değerlendirilmesi ve sonucu uyarınca karar verilmesi gerekir.²³⁴

Şayet hakim değişiklik yapmayı uygun görüyorsa tarafların bu değişikliği kabul etmesi gerekmektedir. Ancak bu değişiklikleri taraflar kabul ederse anlaşmalı boşanmaya karar verilir.²³⁵

Örneğin; taraflarca kabul edilmiş bir düzenleme yoksa hakim velayet kararı veremez, kişisel ilişki tesis edemez, nafaka artıramaz ²³⁶ azaltamaz, düzenleme dışında faize hükmedemez. Bu noktada anlaşmalı boşanma davası konusuz kalır ve dava çekişmeli davaya dönüşür.

²³³ TUTUMLU, M.A.s.1048

²³⁴ BULUT H.s.54

²³⁵ GENÇCAN, Ö.U , s.615

²³⁶ GENÇCAN, Ö.U, s.619

Ancak buna karşılık mahkeme, tarafların karar vermediği hususlarda kendisini tarafların yerine koyarak nafakaya, maddi-manevi tazminata hükmedemez.²³⁷ Bununla beraber tarafların nafaka ödeme hususunda üzerinde anlaşma sağladığı noktada hakim anlaşma yokmuş gibi kendisi ayrı bir nafaka kararına kendiliğinden hükmedemez.²³⁸

Hâkimin ayrıca, uygun gördüğü değişiklikleri taraflara dayatması yerinde bir uygulama olmaz. Burada hâkim, protokol hükümlerini ne sebeple uygun görmediği konusunda taraflara izah etmelidir.²³⁹

Çocukların durumu hususunda Türk Medeni Kanunu, çocuğun yüksek yarar ve menfaatinin ön planda olacak olması ve gerekliliği hasebi ile ayrı bir düzenlemeye gitmiştir.²⁴⁰ Şöyle ki çocuğun menfaati ile çelişen bir durum varsa yeniden düzenlemeye tabi olacaktır.²⁴¹

Uygulamadan bir örnek vermek gerekirse; tarafların anlaşmalı olarak boşandıkları ve sundukları boşanma protokolü ile oturdukları evin yüzde 60 ve yüzde 40 olarak paylaşımına karar vermişler ve mahkemeye sunulan protokol aynen onaylanmış, dava kesinleşmiş ancak 3.kişinin açmış olduğu davada celbedilen tapunun çocuğunun üzerine olduğu ve ana babaya intifa hakkı tanındığı görülmüş, çocuk mallarının korunmasına ilişkin davanın çocuğun menfaati gereği kabulü ile söz konusu taşınmazın satışının iptali kararı verilmiştir.²⁴²

Hakim, 166/3 gereği tarafların üzerinde anlaşma sağladığı protokolde uygun gördüğü durumlarda çocuğun menfaati gerektiriyorsa değişiklik yapma hakkını haizdir. Mahkemenin görevi, tarafların anlaştıkları hususlarda gerekli gördüğü değişiklikleri yaparak tarafların da bu değişiklikleri kabulü ile boşanmaya karar vermektir.(md.166/3) Taraflar boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin anlaşmadan,

²³⁷ Y2HD.E.1991/10499,K.2011/14491T.21.11.1991- Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

²³⁸ TEKİNAY,S,S.Türk Aile Hukuku Boşanma kararının Muhtevası,Fakülteler Matbaası,İstanbul 1971

²³⁹ İPEK, A.İ ,Türk Hukukunda Genel Boşanma Sebepleri, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2007 s.114

²⁴⁰ BİLGİN,E.s.91

²⁴¹ TMK.m.183 hükmü ile ana babanın başkası ile evlenmesi,başka yere gitmesi yahut ölümü gibi yeni olguların ortaya çıkması durumlarında tarafların talepleri doğrultusunda hakimın gerekli değişiklikleri çocuğun menfaati yararına yapabileceğinden bahsetmiştir.

²⁴² İstanbul 10 Aile Mahkemesi 2017/403E.sayılı kesinleşmiş kararı.

hakimin onaylayana kadar vazgeçebilirler.²⁴³ Anlaşmaya infaz edilecek şekilde hüküm fıkrasında yer verilir.²⁴⁴

Bununla beraber hakim, tarafların anlaşma sağlamadıkları hususları da hükme bağlayamayacağı gibi anlaştıkları hususların da hükümde belirtilmemesi bozma sebebidir. ²⁴⁵ Bunun istisnası iştirak nafakasıdır. Taraflar boşanma halinde bir iştirak nafakası belirlememişler ise hakim çocuğun üstün yararı gereği tarafların bir nafaka belirlemelerini talep edecek ve tarafların kabulüne göre iştirak nafakası yönünden de hüküm kuracaktır. Kaldı ki tarafların çocuk ile ilgili yapacakları düzenlemelerle hakimin bağlı olmadığı, hakimin çocuğun menfaatine göre velayet ve kişisel ilişkiyi tesis edeceği kabul edilmektedir.²⁴⁶ MK.m.182 düzenlemesi de bu yöndedir.

Hatta Yargıtay'ın 1993 tarihli bir kararında çocuğun velayeti hususunda hakimin gerekli görürse bilirkişiden de yararlanabileceğini belirtmiştir. ²⁴⁷ Velayetin tesisinde çocuğun sağlığı, okul durumu, sosyal ilişkileri, cinsiyeti, yaşı, anneye düşkünlüğü hususlarında uzman yardımı alınabileceğinden bahsederken Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yargılama Usullerine Dair Kanununun 5.maddesine göre Aile Mahkemelerinin bünyesinde mevcut psikolog, pedagog, sosyal çalışmaların da görüşlerinden yararlanılacağı hüküm altına alınmıştır.²⁴⁸

Hakimin tarafların üzerinde anlaştıkları protokolü uygun bulmaması karşısında taraflara değiştirilmesini gerekli gördüğü hususları açıklamalı, tarafların bu husustaki değişiklikleri kabul etmeleri halinde boşanmaya hükmetmesi gerekmektedir.²⁴⁹ Hakimin denetleme görevi bulunmakta olup, anlaşma protokolünde talep edilen hususları araştırmalıdır. Örneğin davacıya ait olduğu söylenen şirket hisselerinin bir başkası üzerine çıkması, davalıya ait olduğu belirtilen araç yahut tapu kaydının bir başkası üzerinde kayıtlı bulunması ihtimallerine karşı ilgili yerlerden tapu ve araç

²⁴³ ÖZDEMİR,N.s.157

²⁴⁴ ÖZTAN,B.s.417

²⁴⁵ GENÇCAN,Ö.U.s.1044

²⁴⁶ ÖZDEMİR,N.s.162

²⁴⁷ Y2HD,E.1993/7040,K.2013/8331 28.09.1993 /ÖZDEMİR,N.s.163

²⁴⁸ Aile Mahkemelerinin Kuruluş ,Görev Ve Yargılama Usullerine Dair Kanun md.5 gereğince davanın esasına girilmeden önce veya davanın esnasında mahkemece istenen konular hakkında taraflar arasındaki uyuşmazlık nedenlerini araştırmak, incelemek ve sonucunu bildirmek, mahkemenin gerekli gördüğü hâllerde duruşmada hazır bulunmak, istenilen konularla ilgili çalışmalar yapmak üzere tercihen; evli ve çocuk sahibi, otuz yaşını doldurmuş ve aile sorunları alanında lisansüstü eğitim yapmış olanlar arasından Adalet Bakanlığınca adliyelerde görevlendirilen psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacılardan yararlanır / Özdemir,N.s.163

²⁴⁹ TUTUMLU,M.A.s.1057

kayıtları istenmeli, gerekli araştırmalar yapılmalı ve mevcut duruma göre boşanma kararı vermelidir.²⁵⁰

2.4.4.5 Protokol Maddelerinin İnfazı Kabil Ve Tereddüte Yer Vermeyecek Olması

Mahkeme hakimi, tarafların anlaştıkları her konuda infazda karışıklık yaratmayacak şekilde hüküm kurmalıdır.²⁵¹ Örnek bir Yargıtay kararında, anlaşmalı boşanma hükmünde protokol hükümlerine hiç yer verilmemesi isabetsizdir.²⁵²

Ayrıca belirtilen protokolde mal paylaşımı ile alakalı konuların net ifade edilmesi gerekmektedir.²⁵³ Paylaşım konu edilen aracın plakası, trafik kaydı, devre konu taşınmazın üzerinde takyidat bulunup bulunmadığı, davacının devre ya da tescile yetkili olup olmadığı, tapu devir masraflarını kimin karşılayacağı, maddi tazminatın ne şekilde ödeneceğı, paylaşılan eşyaların nitelik ve türleri ve değerleri gibi bilgilerin protokole yazılması gerekmektedir.²⁵⁴

6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 297. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde; hükmün, tarafların iddia ve savunmalarının özetini, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususları, çekişmeli vakıalar hakkında toplanan delilleri, delillerin tartışıması ve değerlendirilmesi, sabit görülen vakıalarla bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki sebepleri içermesi gerektiğinden bahsetmiş ve yine aynı maddenin 2. fıkrasında; hükmün sonuç kısmında, gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin, taleplerden her biri hakkında verilen hükümle, taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların, açık, net ve şüphe ile tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesinin zorunlu olduğı ifade edilmiştir.

²⁵⁰ TUTUMLU, M.A.s.1056-1057 vd.

²⁵¹ LALE, İ; LALE Ö, Evlilikte Hukuksal İlişkiler, Adalet Yayınları, Ankara 2009 s.247

²⁵² Y2HD, E.2004/16025, K.2005/852 İlgili kararda anlaşmalı boşanma davasında hüküm açık ve net olamalı ve hüküm fıkrasında protokol hükümlerine yer verilmemesi bozma sebebi yapılmıştır.

²⁵³ Y12HD, E.2018/11003, K.2019/14926, T.15.10.2019 sayılı kararda taraflar arasında yapılan protokolde davacının davalıdan anlaşma protokolüne göre 0 km 2017 model araç istediğı ancak dayanak ilamda bunun yazmadığı ve ilamlı icra konusu yapılan talebin dayanak ilamda açık ve net belirtilmediğinden ve tereddüt yarattığından takibin iptali istenmiştir. Davanın kabulüne karar verilmiş ve hükmün hedefe ulaşması engellendiğinden kararın bozulması gerekmiştir.

²⁵⁴ BULUT, H, s.56

Hatta Hukuk Genel Kurulu yargıda açıklık ve netlik prensibinin gereği olarak hükmün tereddüt yaratmaması gerekliliğinden ve aksi durumun yeni ihtilaflar yaratacağından bahsetmiştir.²⁵⁵

Para borcu içermeyen ilamların da geçersiz olacağı muhakkaktır, zira infazda problem yaratacağı açıktır.²⁵⁶ Eda niteliğinde olmayan mahkeme ilamları²⁵⁷ İİK.m.68 belgelerinden²⁵⁸ de sayılmayacaktır. Şöyle ki, ilamın eda hükmünü içermesi demek, ilamda açıkça ‘... liranın dan tahsili ile’a verilmesine’ şeklinde açık bir hüküm bulunması demektir. Böyle olmayıp yani “eda hükmünü” değil “tespit hükmünü” içeren ilamlar icraya konulamaz. ²⁵⁹İlamda alacaklı lehine bir eda hükmü yer almalıdır.²⁶⁰ Ayrıca belirtilmelidir ki, edaya ilişkin ilamın icra edilebilecek kısmı hüküm fıkrasıdır. Bunun dışındaki kısımlar icra edilemezler.²⁶¹ Bu sebeple protokolün para borcunu içerecek şekilde düzenlenmesi ve protokolün dayanak yapıldığı hükümde de açık ve net şekilde para borcunun meblağı, zamanı, borçlusu, alacaklısı belirtilmelidir.

Bununla beraber, protokolün dayanak yapıldığı mahkeme hükmünde yazılmayan hususlar konusunda yorum yapılarak icraya konu edilemez, zira hükmün içeriğinin aynen infazı zorunlu bulunmakta olup, ilamda hüküm altına alınmayan hususlara

²⁵⁵ Y12HD.E.2018/11003,K.2019/14926,T.15.10.2019 sayılı bahsettiğimiz kararında, HGK, ihtilaf halinde dava içinden davalar çıkar ve hükmün hedefine ulaşmasına eneggel, kamu ve barış düzeni oluşturulamaz diyerek hükmün tereddüt yaratacak şekilde düzenlenmemesi gerekliliğini savunmuştur.

²⁵⁶ Y12HD,E. 2018/7872,K. 2019/9801,T. 10.6.2019 sayılı kararda para borcunu içermeyen hükmün ilamlı takibe konu edilemeyeceğini ve dayanak ilamın yalnızca protokolün tasdiklenerek oluşturulduğu belirtilmiş ve reddi talep edilmiştir. İlamın eda niteliğini haiz olması gerekliliği Hukuk Genel Kurulu tarafından onaylanmış ve ilamlı takibe konu edilemeyeceği kararı verilmiştir.

²⁵⁷ UYAR,TALİH, İlama Aykırı Yapılan İcra Takiplerinin İptali, Ankara Barosu Dergisi, 2014/2, s.481 / Bir mahkeme hükmünün ilamlı icra takibinin konusunu oluşturabilmesi

için, eda hükmünü içermesi gerekir. Eda hükmünü içermeyen ilamlar veya ilamların edaya ilişkin olmayan kısımları, ilamlı icra konusu olmaz.

²⁵⁸ İİK.m.68/A ‘da sayılan belgeler, imzası ikrar edilmiş adi senet,imzası noterlikçe onaylı senet,resmi dairelerin ve yetkili makamların yetkileri dahilinde verdikleri belgeler,kredi kurumları ile ilgili belgeler, borçlunun resmi dairede ikrarı ile ihtiyar heyeti tarafından onaylı senetlerdir.

²⁵⁹ KURU, B. İcra ve İflas Hukuku, C: 2, 1990, s: 1466 – TANRIVER, S. İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi,1996, s: 66.

²⁶⁰ Y12HD.E2011/252,K.2011/14851,T.07.07.2011 Tarihli kararda ilamlı icra takibi yapılabilmesi için, alacaklının bir ilamla ya da ilam niteliğinde bir belgeye dayanmasının zorunlu olduğunu ayrıca, bu ilamda lehine bir eda hükmünün bulunması gerekeceğini, bu özellikleri taşımayan icra takiplerinin reddi gerekeceği belirtilmiştir.

²⁶¹ PEKCANİTEZ, H./ATALAY,O./ÖZKAN, M.S./ÖZEKES,M., s.459

ilişkin yorum, tahmin veya takdir yoluyla icra takibine geçilemeyecektir.²⁶² Böyle bir durum varsa yeni bir dava açıp hüküm altına alınması gerekir.

Taraflar arasında üzerinde anlaşma sağlanan protokolde, eşyaların paylaşımı konusunda ihtilaf doğması halinde, Yüksek Mahkeme davanın anlaşmalı boşanma olarak sonuçlanmayacağı görüşündedir.²⁶³

Örneğin; eşlerin anlaşmalı boşanma protokolünde, ‘tazminat istiyorum’ şeklindeki beyanları ve mahkemeden bu şekilde talepte bulunmaları bir anlam ifade etmeyecektir. Eşler, ne tür tazminat istediklerini ve bu tazminat miktarının ne olduğunu; ne tür bir nafaka istediklerini ve bunun miktarının ne olduğunu açık bir şekilde talep etmeli, anlaşmalı boşanma protokolünde bu hususlara açık bir şekilde yer vermelidirler.²⁶⁴

2.4.4.6 Hakim Tarafından Onaylanmayan Protokolün Geçersizliği (TMK.m.184/5)

²⁶² Y12.HD.E. 2012/ 23117,K.2012/7348 T.12.03.2012, İLE E.2012/20520,K.2012/6364, T.21.02.2012 tarihli kararlarında yorum yolu ile icra takibine geçilemeyeceğinden bahsetmektedir.

²⁶³ Y8 HD,E. 2015/22210 E. 2017/17561 K. T. 26.12.2017 tarihli kararında tarafların anlaşmalı boşanma davasında karşılıklı olarak eşya taleplerinin olmadığı ve karşılıklı olarak duruşmada eşyalara ilişkin başkaca bi hak talep etmeyeceklerini bildirmişlerdir. Yerel mahkeme, karşı taraftan herhangi bir eşya talebim yoktur” şeklindeki beyanının mahkeme içi ikrar niteliğinde olup görülmekte olan davada davacı aleyhine kesin delil teşkil ettiği, davacının bu ikrarına rağmen görülmekte olan davayı açmasının hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu, davacı ...'in beyanında geçen “eşya” kavramının taşınmaz ve taşınır mallar ile boşanmanın ferî niteliğinde olmayan mal rejiminin tasfiyesinden kaynaklanan “değer artış payı ve katılma alacağı” taleplerini de kapsadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Bu bakımdan mal rejiminin tasfiyesine dair bir anlaşma yapılmadığı anlaşıldığından, davacı tarafından eldeki davanın açılmasına engel bir durum bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle, mahkemece iddia ve savunma çerçevesinde taraf delilleri toplanarak tartışılması ve tüm deliller değerlendirildikten sonra talebin esası hakkında olumlu olumsuz bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçelerle davanın reddine karar verilmesi doğru olmamıştır.. Görüldüğü üzere, gerek protokol içeriği gerekse hükme geçirilen mali hususlara dair hüküm fıkrası ile tarafların karşılıklı anlaşmalarını bildirdikleri imzalarını taşıyan kararın verildiği duruşmadaki beyanları birlikte değerlendirildiğinde; tarafların karşılıklı olarak eşya ve ziynet taleplerinin bulunmadığının kabul edildiği, bunun dışındaki anlaşmanın boşanmanın ferî (eki) niteliğindeki konulara dair olduğu, mal rejiminin tasfiyesi konusunda bir anlaşma yapılmadığı anlaşılmaktadır. TMK. 166/3. maddesi uyarınca anlaşmalı boşanma kararı için; eşlerin boşanma ve boşanmanın eki niteliğindeki hususlarda anlaşmış olmaları gerekir. Mal rejiminin tasfiyesi boşanmanın eki niteliğinde olmadığından, anlaşma gerekli değildir. Ancak anlaşma olduğu takdirde boşanmayla birlikte hüküm altına alınmasına da yasal bir engel yoktur. Bu bakımdan mal rejiminin tasfiyesine dair bir anlaşma yapılmadığı anlaşıldığından, davacı tarafından eldeki davanın açılmasına engel bir durum bulunmamaktadır denilerek bozma sebebi yapılmıştır.

²⁶⁴ <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=38&t=3428>

Anlaşmalı boşanma kararının tüm hükümlerinin kararda açıkça gösterilmesi-yani boşanma kararı, boşanmaya ilişkin tüm ferî'ler, çocukların durumu ve boşanmanın mali sonuçları-kararda açıkça gösterilmesi ve infaza kabil şekilde kurulması gerekir.(HUMK.m.388)²⁶⁵ Tarafların protokol maddelerinde anlaşmaları tek başına yeterli değildir.(TMK.m.184/5)

Hakim tarafından onaylanmayan protokol şartları geçerli olmayacaktır.²⁶⁶

Hakim dilerse sözleşmenin tamamını dilerse de bir kısmını reddedebilir, gerekli gördüğü yerleri düzeltebilir.²⁶⁷ Ancak kendisini tarafların yerine koyup tarafların anlaşmadıkları bir konuda hüküm tesisi edemez. Örneğin, hakim bir miktar nafakanın ödenmesini onaylayabilirken artık yoksulluk nafakası ödenmesine karar veremez.²⁶⁸ Bununla beraber kısmen red kısmen kabul de mümkündür.²⁶⁹

Şöyle ki, yargıç protokol maddelerinin bir kısmını onaylayıp bir kısmını kabul etmeyebilir. Ancak reddedilen kısım olmasa anlaşma yapılmayacak idi ise tümüyle reddedecektir.

Tarafların anlaşmalı boşanma davasında boşanma konusunda anlaşıp, boşanmanın ekleri niteliğindeki mali konular ve çocukların durumu konularında anlaşmamaları halinde anlaşmalı boşanma davası sonuçlanmaz.²⁷⁰ Anlaşmadıkları hususları ayrı bir dava konusu yapmaları mümkün değildir.²⁷¹

Bu durumda hakkın kötüye kullanılması yasağı devrededir. Ancak uygulamada çiftler önce boşanıp boşanma kararını kesinleştirip sonrasında ayrı bir dava ile mali hususları dava etmektedirler, ancak bu kanun sistematığına ve ruhuna aykırıdır.²⁷²

Bununla beraber tarafların açtıkları anlaşmalı boşanma davasının reddedilmesi, sonradan tarafların anlaşarak TMK.m.166/3 hükmüne dayalı olarak yahut başkaca bir sebebe dayalı olarak boşanma davası açmalarına engel değildir.²⁷³

²⁶⁵ YHGK 09.03.1994, 1993/894 sayılı kararı / BULUT, H,s.56

²⁶⁶ Y2HD,E. 2017/3517,K. 2018/13958,T. 4.12.2018 tarihli kararında TMK.m.184/5 gereği hakim tarafından onaylanmayan boşanma ve ferilerine yönelik anlaşmalar geçerli olmaz

²⁶⁷ TEKİNAY,S.S.,s.227

²⁶⁸ TEKİNAY, S.S., s.226

²⁶⁹ TEKİNAY, S.S, s.226

²⁷⁰ ANIL,Y.Ş , s.29

²⁷¹ GENÇCAN, Ö.U.s.606

²⁷² GENÇCAN,Ö.U, s.606

Kuşkusuz ki, taraflar arasında yapılacak anlaşma ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına, hukuk kurallarına da aykırılık teşkil etmemeli, ifa imkansızlığı söz konusu olmamalıdır ²⁷⁴(TBK.m.127)

Örneğin, tarafların üzerlerinde anlaştıkları bir protokolde velayeti anneye verilen çocuğun baba ile hiçbir şekilde görüşmeyeceğine dair bir madde konulması o protokolü hükümsüz kılacaktır. Yahut protokolde velayetin kaldırılacağı kararlaştırılmaz. ²⁷⁵

Çünkü bu şart babanın ve çocuğun özgürlüğünü kısıtlayıcı nitelikte bir düzenleme olup, baba ile çocuğun kişilik haklarına aykırı ve konusu imkansız olan bir boşanan eşlerinden birinin boşandıktan sonra bir başkası ile evlilik gerçekleştirmeyeceğine yönelik bir hükmün de geçerliliği bulunmamaktadır. Kaldı ki bu da kişilik haklarına aykırı olacaktır. Bu şartları taşıyan bir protokolün tasdiki mümkün değildir. ²⁷⁶

Kaldı ki uygulamada eşler boşanmanın gerçekleşebilmesi için bu tarz yaptırımları birbirlerine şart koşmakta, kabul edilmediği takdirde boşanmaları zora sokmaktadırlar. Şöyle ki, tek taraflı hazırlanan protokolde “velayetin kaldırılacağı ve babanın çocukla görüşmesi için kişisel ilişkinin genişletilmesi davası açmayacağı” yönünden şartlar koşularak boşanmaya zorlamaktadırlar. ²⁷⁷

Aynı şekilde eğer sözleşmenin imzalanması sırasında eşlerden birinin diğerini tehdit ettiği yahut baskı altında zorlama ile imzalatıldığına dair bir kanaat edinilmiş ise bu durumda da sözleşme serbest iradeye dayanmadığından md.166/3 gereği boşanmaya hükmedilemeyecektir.

Borçlar Kanunu’nda yer alan irade bozuklukları başlığı altında yer alan yanıltma hallerine baktığımızda TBK.m.37 (EBK.m.29); taraflardan birinin, diğer tarafın yahut üçüncü bir kişinin korkutması sonucu bir akde zorlanmış olması durumunda

²⁷³ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ,s.124

²⁷⁴ BİLGİN,E,s.65

²⁷⁵ Y2H D,E. 2013/11644,K. 2014/1866,T. 4.2.2014 sayılı kararda taraflar arasından velayetin kaldırılacağı ve kişisel ilişkinin genişletileceği konusunda anlaşmaya varılmış ise de bu hükümler medeni hakları kullanma ehliyetinden önceden feragat niteliğindedir ve çocuğun yüksek yararına aykırı bir düzenlemedir.Bu şartlardaki kısmi hükümsüzlük mevcut protoklü hükümsüz kılar.

²⁷⁶ SEÇER,Ö, s.272

²⁷⁷ Y2HD.E.2013/11644,K.2014/1866,T.04.02.2014 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

sözleşme ile bağlı olmaz demektir. EBK.m.29'da ise ikrah başlığı altında, bir kişinin diğeri yahut üçüncü kişi tarafından korkutularak, zorlanarak bir akde imza atması durumunda bu akit o kişi için lüzum ifade etmez şeklinde ifade edilmiştir. Her iki maddeye de bakarsak, korkutma halinde iradesi dışında hareket eden kişinin yapmış olduğu akit geçersiz olacak ve hüküm ifade etmeyecektir.

Türk Borçlar Kanunu akdin kurulması ve geçerliliğine dair olan hükümleri, anlaşmalı boşanma hukukunda da geçerliliğini koruyacaktır. Mahkeme hakimi tarafların serbest iradeleri ile boşanmak istediklerinden emin olduktan sonra boşanma kararı verecektir. (TMK.m.166/3) Mahkeme hakiminin tarafların iradelerin doğrultusunda TMK.M.166/3 gereği verdiği boşanma kararı korkutma hallerinden birinin varlığı hallerinde geçersiz hale gelebilecektir. Eğer taraflardan biri mahkemede serbest iradesi ile beyanda bulunmadığını ve irade sakatlığı hallerinden birinin gerçekleştiğini beyan ediyorsa ve bunu kanıtlayabilirse bu durumda boşanma kararı hüküm ifade etmeyecektir. Şöyle ki eğer karar boşanma kararı verilmiş ise karar kesinleşinceye kadar bundan cayma hakkı doğrultusunda temyiz yolu kullanılabilecektir.²⁷⁸ Bu durumda anlaşmalı boşanma hükmü bozulacak ve bundan sonrasında dosya çekişmeli hale gelecektir. (TMK.m.166/1-2)²⁷⁹

Sonuç olarak, anlaşmalı boşanma protokolünü eşlerden birine zorla imzaltıldığı yahut duruşma sırasında eşlerden birinin korkutulması sonucu boşanmaya razı olması durumunda sonradan bunun korkutulan eş tarafından ispatı halinde boşanma akdi geçerliliğini yitirecektir. Bahsettiğimiz gibi akit sırasında yahut sonrasında, irade fesadı varlığının kanıtlanması halinde anlaşma hükmünü yitirmiş olacaktır.²⁸⁰

Ayrıca anlaşma protokolünde kanun hilafına taraflar arasında bir anlaşma yapılamaz. Örneğin, boşanma sonrasında eşlerin birbirlerine mirasçı olacaklarına

²⁷⁸ Y2HD,24.12.2012 gün, 2012/14467 E., 2012/31520 sayılı kararı ile anlaşmalı boşanma yönünde oluşan hüküm kesinleşinceye dek, davacının bu yöndeki irade beyanının değişimini önleyici yasal bir hüküm bulunmadığına hükmetmiştir.

²⁷⁹ YHGK,E. 2017/2-1941,K. 2019/475,T. 18.4.2019 İlgili kararda, anlaşmalı boşanmanın irade fesadı altında gerçekleştiğinden hüküm kesinleşinceye kadar davadan feragat edilebileceğinden bahsetmektedir.

²⁸⁰ YHGK,E. 2017/2-2643,K. 2019/484,T. 18.4.2019 İrade fesadı altında yapılan anlaşmanın artık anlaşma kapsamında olamayacağı ve irade fesadı durumunda HMK.m.311 gereği, kabul ve faragatin iptalinin istenebileceğinden bahsetmektedir.

dair bir anlaşma yapılmaz.²⁸¹ Akıl hastası bir eşin anlaşmalı boşanma ile boşanması mümkün değildir.²⁸² Zira akıl hastası eş ile yapılan protokol de ifa imkansızlığı sebebi ile hükme esas alınamaz.²⁸³

Aynı şekilde mülkiyeti bir başkasına ait taşınmazın devri hususunda yapılan anlaşma geçersiz olacak olup, böyle bir maddenin protokole konması dürüstlük kurallarına aykırı olabileceği gibi hakkın da kötüye kullanımı anlamına gelmektedir. Şöyle ki taraflar arasında yapılan anlaşma protokolünde davacının annesinin taşınmazının, davalıya devri yönünde tarafların yaptıkları anlaşma geçersiz olacaktır. Bu maddenin infazı mümkün olamayacağından protokolün geçerliliği için infazı kabil hükümler konulmalı, duraksamaya yer vermeyecek şekilde olmalıdır.

Bu bahsi geçen örnekte mülkiyeti bir başkasında olan taşınmazın devri için bu defa başka davaların açılması gerekecek, üçüncü kişiler devreye girecek ve söz konusu hakkın ispatı yükümlülüğü doğacaktır.²⁸⁴ Bu tarz bir maddenin protokole konması doğru değildir.

Sözleşmelerin kurulup hüküm ifade etmesi için hakim onayına ihtiyaç vardır. Hakim onaylayana kadar sözleşme askıda hükümsüzdür.²⁸⁵ Taraflar boşanma davasında bu sözleşmeden dönebilecekleri gibi hakim de uygun bulmazsa onaylamayacak yahut taraflara değişiklik sunacaktır. Aksi durumda hakim kendisi velayet hususu hariç olmak üzere, re'sen değişiklik yapamayacak, taraflara yapmış olduğu değişiklik konusunda anlaşma teklif edecektir.

²⁸¹ ÖZDEMİR, N, s.169, Öncü, Özge, Eşlerin “Anlaşmalı Boşanma” Çerçevesinde Mal Rejiminin Tasfiyesine Yönelik Olarak Yaptıkları Anlaşmalar Ve Bu Anlaşmaların Uygulamada Doğurduğu Sorunlar, s.819

²⁸² KÖSEOĞLU,KOCAAĞA,s.114

²⁸³ Akıl hastası eşe atanan vasiinin boşanma yönünde iradesini ortaya koyması hükümsüzdür çünkü boşanma talebi kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır. /SEÇER,Ö, s.267 vd.; YETİK,N,s.124

²⁸⁴ Y2HD,E.2010/5101,K.2010/8238,T.26.04.2010tarihli kararda tarafların anlaşma boşanma protoklüne üçüncü kişilerin mülkiyetindeki taşınmazın tapuda tescilini amaçlayan madde koyamayacakları, konulduğu takdirde üçüncü kişiyi infaza zorlayacak olması ve ifa imkansızlığı yaratacak olması sebebi ile böyle bir anlaşma yapılmasının protokole aykırı olacağı belirtilmiş ancak yerel mahkemenin karar verilmesine yer olmadığına dair karar vermesi kararın bozulmasını gerektirmiştir. Kazancı Bilgi Bankası

²⁸⁵ BİLGİN, E, s.73

Zira velayete ilişkin davalar kamu düzenini ilgilendirmekte olup hakimın resen araştırma ilkesi geçerlidir.²⁸⁶ Anlaşma sağlanamaması halinde de söz konusu dava 166/3 ‘den çıkacak ve 166/f.1.2’ye dönüşecektir.²⁸⁷

Hakimin onayından sonra artık sözleşme eşler için bağlayıcı hale gelecektir.²⁸⁸

Tarafarın protokol maddelerinden boşanma davası sonrasında da vazgeçme durumu söz konusu olabilir. Şöyle ki şayet taraflar arasında üzerinde uzlaşma sağlanan protokol şartlarından boşanma davası kesinleşinceye kadar dönülebilir.²⁸⁹ Anlaşmalı boşanma yönündeki karardan karar kesinleşinceye kadar eşlerin bu yöndeki gerek boşanmanın mali sonuçları gerekse de çocukların durumu hakkındaki düzenlemeyi kapsayan irade beyanından dönmesini engelleyici yasal bir hüküm bulunmamaktadır.²⁹⁰ Bu halde davanın 166/1-2 şartlarına göre görülmesi gerekir.

2.4.4.7 Protokolün Hakim Tarafından Onaylandıktan Sonra İlam Niteliği Taşımaması

²⁸⁶ YHGK.E. 2017/2-1887,K. 2017/1196,T. 14.6.2017,Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

²⁸⁷ ÖZDEMİR,N.s.154 ,BİLGİN.E.s.73

²⁸⁸ ÖZDEMİR, N.s.159

²⁸⁹ Y2HD.E.2016/21325,K.2017/1208,T.08.02.2017 ve Y2HD,E. 2015/5653,K. 2015/19986, T. 3.11.2015 tarihli kararlarında davacı, boşanma kararından sonra temyiz aşamasında üzerinde anlaşma sağlanan protokol maddelerinden dönmeyi istemiş ve yeni bir protokol sunmuştur. Bu yeni protokole göre yeni bir karar verilmesi uygun görülmüş ve hüküm bozulmuştur.

²⁹⁰ YHGK.E.2017/2-1941,2019/475,Taraflar arası görülen anlaşmalı boşanma davasında boşanma davası kesinleşinceye kadar hükümden dönülebileceği, karar sonrası davacı tarafın hükmü temyiz ettiği irade beyanından tek taraflı olarak döndüğü anlaşılmıştır. Yerel mahkeme tarafların davasının 166/3 kapsamında olduğu karşılıklı olarak anlaşmalı boşanma protokolü sundukları ve karşılıklı iradeleri ile nafaka,velayet konularında anlaştıkları , mal rejimine yönelik birbirlerine dava açamayacaklarının tespitine ve nafaka,tedbir,tazminat hususlarında talep olmadığından bu konularda dava açamayacaklarının tespitine karar verilmiştir. Yerel mahkeme HMK.m.308 gereğince davayı kabul beyanının mahkemeye son veren işlemlerden olduğundan tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildiği davalarda hüküm doğurduğundan ve feragat –kabul işlemlerinden ancak irade sakatlığı durumlarında hüküm doğurabileceğinden ve kabul sırasında bu hallerden bahsedilmediğinden davanın iptalin mümkün olmadığını belirterek direnme kaarı vermiştir. Ancak HGK karşı oy yazısında irade fesadı hallerinde anlaşmadan dönülebileceğini, ancak bu hususların ispatlanması gerektiği, TMK.m.166/3 gereğ açılan davada tarafların ortak iradeleri ile boşanma kararı verdikleri ve bu husus mahkemede yazılı ya da sözlü olarak dile getirdikten ve hüküm kurulduktan sonra irade fesadı halleri nin varlığı iddiası ile kanıtlanması halinde davanın çekişmeli dava hükümleri doğrultusunda karar verilmiştir.

Eşler arasında yapılan anlaşma, boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin taraflarca düzenlenen ve hâkimin özel onay şartına bağlı özel hukuk sözleşmeleridir.²⁹¹ Aralarında yaptıkları protokol, hukuki niteliği itibarıyla Medeni Kanun hükümlerinden kaynaklanmakta ise de; genel sözleşme hükümlerine tabidir. Böylece kanunun, emredici nitelikte kamu düzeni ve genel ahlaka aykırı saymadığı hususlarda taraflar serbest iradeleriyle sözleşme yapabileceklerdir (BK. md. 19). Boşanma Protokolünde olmasına rağmen hakimin karar hükmü içerisinde eda edilmeyen durumlar ilam hükmünde değildir. 4721 S.K. m.184/5 mucibince "Boşanma veya ayrılığın fer'i sonuçlarına ilişkin anlaşmalar, hakim tarafından onaylanmadıkça geçerli olmaz." demektedir.

Yani boşanmanın fer'i sonucuna ilişkin bir anlaşma varsa; bunun "sulh anlaşması olarak"²⁹² geçerli kabul edilebilmesi için ayrıca hakimin onayı şarttır. Boşanmanın mali hükümlerinin düzenlendiği boşanma protokolü taraflarca mahkemeye verilmiş olmasına rağmen hakimin bu konuyu incelemesi ve/veya kararına geçirmemesi halinde hukuki sonuç doğurmaz. (Hukuk Genel Kurulu)

Sonuç olarak, boşanmanın fer'i sonuçlarına ilişkin maddi külfet söz konusu ise bunun sulh anlaşması olarak değerlendirilip İİK m.38 mucibince ilamlı takibe konu edilebilmesi için hakimin tasdiki şartının gerçekleşmiş olması lazımdır. Mahkeme huzurunda yapılan sulh, ilam niteliğinde olup ilam gibi icra edilir.(İİK.m.38)

İlam mahiyetini haiz belgeler İİK.m.38'de sayılmıştır.²⁹³ Mahkeme huzurunda yapılan sulhlar, kabuller ve para borcu ikrarını havi re'sen tanzim edilen noter senetleri, istinaf ve temyiz kefaletnameleri ile icra dairesindeki kefaletler, ilamların icrası hakkındaki hükümlere tabidir. Bu maddedeki icra kefaletleri müteselsil kefalet

²⁹¹ SEÇER, Ö.s.283

²⁹² Sulh anlaşması, görülmekte olan bir davanın taraflarının karşılıklı anlaşma ile, bir sözleşme ile anlaşmazlığa son vermeleridir./KURU, B.s. 398

²⁹³ İİK. Madde 38 – (Değişik: 18/2/1965 - 538/20 md. DEĞİŞİK İBARE RGT: 18.03.2005 RG NO: 25759 KANUN NO: 5311/6) (YÜR. TAR.: 01.06.2005) Mahkeme huzurunda yapılan sulhlar, kabuller ve para borcu ikrarını havire sen tanzim edilen (GEREĞİ MAHKEME huzurunda yapılan sulh mahkeme içi ikrar sayılır. T.C. YHGK, Esas: 2010/2-96,Karar: 2010/106, 24.02.2010 tarihli kararında Davacının dava dilekçesinin ekinde boşanma protokolünü mahkemeye sunmuş olması, boşanma davasındaki beyanları, boşanma kararının hüküm kısmı ve tarafların hiçbir zaman protokoldeki imzalarını inkar etmemiş olmaları, protokolün mahkemeye onaylandığı, dikkate alındığında, boşanma dava dosyasındaki bu belge ve beyanların mahkeme içi ikrar niteliğinde olduğu; böylece, görülmekte olan davada kesin delil niteliğini taşıdığı ve ayrıca davacının bu ikrarına rağmen eldeki davayı açarak tamamen aksini ileri sürmekle dürüstlük kuralına aykırı davrandığının ve bu durumun hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiğinin kabulü gerekmiştir.

hükmündedir." Boşanma davasında sunulan protokol de mahkeme içi ikrar²⁹⁴ niteliğinde olup kesin delil niteliğini haizdir.²⁹⁵ (HMK.m.188)

Yargıtay da kararında; taraflar arasında yapılan protokolde, mali sonuç doğuran bir anlaşma olması ve bu anlaşmanın mahkemece tasdik edilmiş olmasını "...HMK nun 188 maddesinde öngörülen mahkeme içi ikrar..." olarak değerlendirmektedir²⁹⁶

Sonuç olarak; MK'nın 166/3.maddesinde düzenlenen boşanma davalarında yapılan protokollerin geçerliliği hakim protokolü uygun bularak tasdikine bağlıdır. Tasdik edilmeyen ve böylece boşanma kararının eki haline getirilmeyen protokol ise yok hükmündedir.²⁹⁷

2.4.4.8 Anlaşmanın Mahkeme İlamının Sonuç Kısımında Yer Alması

Eşlerin üzerinde anlaşma sağladıkları anlaşma, hakim tarafından da uygun bulunursa boşanma kararı ile birlikte ilamın sonuç kısmında yer almalıdır.²⁹⁸ Uygun bulunan protokol maddeleri ile boşanma kararında hüküm kısmında yer alan maddeler birbiri ile aynı olmalı, çelişki içermemelidir.²⁹⁹ (HMK.m.297/2) Bu hüküm bir eda niteliğinde olacak olup, eşlerin yükümlülükleri bakımından edayı sağlayacak nitelikte olmalıdır.

Şöyle ki, eşlerin üzerinde anlaştıkları protokol maddelerinin hakim tarafından uygun görülmesi tek başına yeterli olmayıp hükümde de açıkça bu maddelerin yazılı olması gerekmektedir.³⁰⁰ Tarafların üzerinde anlaşma sağladıkları hususların tek tek yazılması gerekmektedir.

Mahkeme kararında ilgili anlaşma protokolünün aynen tasdikine karar verilmesi doğru bulunmamıştır.³⁰¹ Boşanma kararında baba ile çocuk arasında düzenlenen

²⁹⁴ Mahkeme içi ikrar kesin delil niteliğinde olup, tarafları bağlar. Mahkeme önünde yapılan ikrar ikrar edilen vakıaları çekişmeli olmaktan çıkarır./KURU, B.250 vd.

²⁹⁵ KURU, B. Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı baskı, İstanbul 2001, C:2, s:2045

²⁹⁶ YARGITAY HGK, 22.03.2006 T., E: 2006/12-92, K: 2006/85

²⁹⁷ YARGITAY HGK, E. 2013/8-1542 K. 2015/1110 T. 27.3.2015 sayılı kararında hakim onayından geçmeyen protokollerin bir bağlayıcılığı olmayacağı ve mahkeme ilamı eki niteliğinde olamayacağı belirtilmiştir.

²⁹⁸ ÖZDEMİR, N.s.160

²⁹⁹ TEKİN, N, s.134

³⁰⁰ TEKİN, N, s.137

³⁰¹ Y8HD.E.2015/22210 K.2017/17561, T.26.12.2017, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

kişisel ilişkinin kararda yer almaması yahut ayrıntılı olarak yer almaması halinde boşanma kararı verilemez. Şöyle ki taraflar bu hususta anlaşmış iseler bile mahkeme hükmünde çocuğun hangi zaman diliminde ve saatler arasında babasında kalacağı hükme bağlanmamış olması davanın reddini gerektirir.³⁰² Şöyle ki kişisel ilişki tesisinde amaç çocuğun üstün yararı olup, ana baba için de analık, babalık duygularını tatminidir. Aynı zamanda taraflar arasında düzenli ilişki kurmayı amaçlamaktadır.³⁰³ Kişisel ilişkide, gün ve saat aralığı belirlenmesi şarttır. Şöyle ki, çocuk ile babası arasındaki kişisel ilişkinin, başlangıç ve bitiş tarihlerinin açıkça ve infazda tereddüt yaratmayacak şekilde yazılmaması bozmayı gerektirmiştir.³⁰⁴ Çocuğun, gözetim olmaksızın ana veya babasından biriyle kişisel ilişkisinin sürdürülmesi, onun yüksek yararına değilse, gözetim altında kişisel ilişki kurma imkanı öngörülebilir.³⁰⁵

Ayrıca başkaca bir kararda taraflar anlaştıkları protokolde mal rejimine ilişkin bir tasfiye kararlaştırdıkları sabitken hüküm kısmında buna değinilmeden karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.³⁰⁶

Boşanma yargılaması esnasında tarafların birbirlerinden tazminat talebinin olmadığına ilişkin bir hüküm yer almakta iken boşanma ilamında tazminata hükmedilmesi de bozmayı gerektirmektedir.³⁰⁷

Mahkeme kararları uygulamada kısa karar şekilden yazılmakta sonrasında gerekçeli karar yazılmaktadır. Kısa kararda belirtilmeyen unsurlar gerekçeli kararda

³⁰² Y2HD.E.2012/23357,K.2013/8945,T.01.04.2013,Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

³⁰³ <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1275>,Fulya Erlüle, Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması, s.223

³⁰⁴ Y2HD,E.2004/144, K.2004/1715, T.16.02.2004 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

³⁰⁵ Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi m. 4/3, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 30.1.2012 gün ve 2011/12727-1614 Sayılı ilamı)

³⁰⁶ Y2HD.E.2013/26246,K.2014/10622,T.08.04.2014 tarihli kararında taraflar, mal rejiminin tasfiyesine karar vermişler ve kredi ile alınan evin ½ hissessinin davacıya ½ sinin davalıya ait olacağını taraflar aralarında kararlaştırılarak protokole almışlar ancak hükümde mal rejimine ilişkin taraf taleplerine yer yerilmeyerek “mal rejimine yönelik bir talep olmadığından bu hususta karar verilmesine yer olmadığına” şeklinde karar tahsis edilmesinin düzenlemeye aykırı olduğundan reddi gerekmiştir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

³⁰⁷ Y2HD.E.2014/1210,K.2014/11606, 27.05.2014 tarihli kararda b,rbirleri ile çelişen hükümlerin kararda yer alması usule aykırıdır, Kararın birinci bendinde davacı yararına tazminata hükmedilmiş iken ikinci bendinde tarafalrın birbirlerinden tazminat talepleri olmadığından bu hususta karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi çelişki yarattığından kararın bozulması gerekmiştir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

ayrıntısı ile yer almaktadır. Gerekçeli kararda üzerinde anlaşılan hususlar yazılacağı gibi anlaşılamayan hususlar da yazılmalıdır.³⁰⁸

HUMK.m.388,389 gereği tarafları hak ve borçlarında tereddüte yer bırakmayacak ve infazda güçlük olmayacak şekilde olmalıdır. Sonuç olarak, anlaşmalı boşanmaya dair proje hem kısa kararda hem de gerekçeli kararda tereddütsüz ve çelişkisiz olarak yer almalıdır.³⁰⁹

2.4.4.9 Protokol Hükümlerinin Hakim Tarafından Düzenlenmesi

Taraflar boşanma konusunda anlaşmış ancak yan sonuçlar konusunda anlaşamamışlar ise de anlaşmalı boşanma yolu açıktır.³¹⁰ Şöyle ki, tarafların boşanma iradeleri birbirlerini tutuyorsa boşanmanın sonuçları hakkındaki düzenlemeleri hakime bırakabilirler.³¹¹ Şöyle ki, Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesi anlaşmalı boşanmaya karar verilebilmesi için tarafların boşanma, boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu konusunda anlaşmalarını ve bu anlaşmayı hakimün uygun bulmasını zorunlu görmektedir. Hakim tarafların ve çocukların yararlarını dikkate alarak gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir.³¹² Mahkeme kendini tarafların yerine koyarak değişikliği “kendiliğinden” gerçekleştiremez. Türk Hukukunda olduğu gibi, hakim tarafların iradesi doğrultusunda boşanma kararı verirken, örneğin nafaka ve mali durum hakkında da taraflara sorarak hüküm kurabileceği İsviçre Hukukunda da uygulanmaktadır.³¹³

Ancak kanaatimizce, taraflar boşanma konusunda anlaşsalar dahi diğer hususları hakimün inisiyatifine bırakmaları hakime ayrı bir yük getirecek ve hakimün tarafların maddi durumunu çok iyi tetkik etmesi, aile yaşantılarını irdelemesi gerekecek ve hakkaniyet çerçevesinde her iki tarafında haklarını gözetecek bir karar kurması gerekecektir. Örneğin nafaka konusunda bir karar verilecek olsa, tarafların

³⁰⁸ YETİK.N, s.129

³⁰⁹ HGK.22.01.2003T, 2-37E.11K.,YETİK, N.s.134

³¹⁰ ÖZDEMİR,N.s.184

³¹¹ Y2HD,E. 2012/4847,K. 2012/6455,T. 19.3.2012 tarihli kararda hakim tarafların üzerlerinde anlaştıkları anlaşmayı uygun bulması, uygun bulmuyorsa düzenleme önermesi durumunda tarafların da bu düzenlemeyi kabul etmeleri gerekmektedir.

³¹² GENÇCAN, Ö,U, s. 126

³¹³ ÖZDEMİR,N.s.172

mal varlıklarının ve sosyal durumlarının araştırılması gerekecektir. Dolayısı ile bunun anlaşmalı boşanma çerçevesinde değil de çekişmeli boşanma davası safahatinde yapılmasının daha sağlıklı olacağı kanaatindeyiz.

Tarafların hakimın önüne boşanmanın yanı sıra boşanmanın ferileri konusunda da anlaşarak gelmeleri yahut hakimın tarafların anlaşmalarını uygun bulmayarak başkaca bir teklif sunması karşısında tarafların bu teklifi kabul etmeleri daha akılcı olacaktır.

Tarafların boşanma konusunda anlaşma sağlayıp da diğer mali konularda anlaşamamaları ve bu kararları hakime bırakmaları durumunda hakimın taraflara düzenleme önermesi akla kanunumuza yeni girecek olan aile arabuluculuğu çalışmalarını getirmektedir. Çalışmamızın ilerleyen aşamalarında arabuluculuktan, akabinde de boşanma davalarının ekleri için uygulamaya girecek olan aile arabuluculuğundan bahsedeceğiz.³¹⁴

2.3 BOŞANMA KARARI VE USULİ ETKİLERİ

Medeni Kanun madde 166/3 şartları yerine geldiği takdirde hakim boşanma kararı ile birlikte tarafların üzerinde anlaştığı yan sonuçların tümü üzerinde de bir nihai karar verecektir.³¹⁵ İş bu karar yenilik doğuran bir karar³¹⁶ olacak olup, inşai niteliktedir.³¹⁷ Her ne kadar boşanmanın fer'ilerine ilişkin nafaka, maddi, manevi

³¹⁴ Bknz.s.88 vd.

³¹⁵ ÖZDEMİR,N.s.184

³¹⁶ Kullanılmaları ile yeni bir hukuki durumu kuran, var olan hukuki durumu ortadan kaldıran veya değiştiren haklara yenilik doğuran haklar denir. Yenilik doğuran haklar bozucu,kurucu ve değiştirici yenilik doğuran haklar olarak ayrılırlar/ ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA,Medeni Hukuk s.120, TEKİNAY,s.127, SEROZAN, Rona ,Medeni Hukuk Genel Bölüm, Vedat Kitap, istanbul 2005 , s. 170; OĞUZMAN.M.K/ BARLAS N , Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 12. Bası Beta Yayınevi, istanbul, 2005, s. 119

³¹⁷ TUTUMLU,M.A.s,1475 İnşai dava ile yeni bir hüküm yaratılmakta olup bunun en tipik örneği boşanma davalarıdır.Boşanma kararı ile birlikte yeni bir hukuki durum kurulmakta yahut mevcut hukuki durum sona erdirilmektedir buna inşai tesir adı verilir.

tazminat, velayet konuları edim yükleyici etkiye³¹⁸ haiz ise de eda hükmü³¹⁹ ya da tespit mahiyetinde³²⁰ değildir. Boşanma ve ferilerine yönelik ilam hükmü inşai hüküm mahiyetindedir.³²¹ HMK'ya göre bir inşai hakkın dava yolu ile kullanılmasının zorunlu olduğu durumlarda inşai dava açılır(HMK.108/2)³²² Örneğin boşanma ancak hakim kararı ile mümkündür ve boşanmak isteyen kişinin dava açması bir yasal zorunluluktur. Boşanma davası kararı bir inşai hükümdür ve bu kararlar yeni bir hukuki durum yaratılacak, mevcut durum değiştirilecek yahut sonlandırılacaktır.³²³ Boşanma kararı da tarafların ortak talebi ile mahkeme tarafından verilecek ve kararın kesinleşmesi ile³²⁴ tarafların hukuki ve kişisel durumlarında değişiklik yaratacaktır.(HUMK.m.43/son)

Her ne kadar anlaşmalı boşanma kararı, çekişmesiz yargı kararı ³²⁵ olacak ise de kendiliğinden yenilik doğuran bir etki yaratacak ve kararın kesinleşmesi ile eşlerin

³¹⁸ KURU,B.s.1472 Edim yükleyici etkiden kasıt davada tarafların bir edim borcu altına girmesi, bir eylemin yapılıp yapılmaması kararının hüküm altına alındığı davalardır.Şüphesiz ki bir velayet kararında mahkeme taraflardan birine velayet hakkı tanıdığına diğerine teslim borcunu yüklemekte, nafaka kararı verildiğinde diğer taraf bunu ödeme yükümlülüğü altına girecektir.

³¹⁹ Eda davaları, davalının birşeyi vermeye, yapmaya yahut yapmamaya mahkum edilmesidir.(HMK.md.105) Aslına bakılırsa eda davasının kabulü halinde hem davacının davalıya yönelik hakkı tespit edilmekte hem de bu hakkın yerine getirilmesi hüküm altına alınmaktadır. Örneğin kira alacağının ödenmesi talebi ile açılan davada hem kira alacağının varlığı tespit edilmekte hem de bu meblağın ödenmesi hüküm altına alınmaktadır /BUDAK,A.C.,KARAARSLAN,V.,s.137,PEKCANITEZ,H, ATALAY O, ÖZEKES,M,s. 276

³²⁰ Tespit davalarında mahkeme, bir hakkın yahut bir hukuki ilişkinin varlığını yada yokluğunu ,içeriğini belirler ve davacının hukuki menfaatinin bulunması şartına tabi olarak açılır.Bir hukuki ilişkide teda davasının şartları oluşmamış ise tespit davası açılır ,tespit davasının eda davasının öncüsü niteliğindedir. /BUDAK.A.C,KARAASLAN,V.s.136 vd.,PEKCANITEZ,s.277

³²¹ TUTUMLU,M.A,s.1480/ Yeni bir hukuki durumun yaratılması yahut mevcut durumun değiştirilmesi yada ortadan kaldırılmasının talep edildiği davalar yenilik doğuran dava-inşai davalardır.Tarafların anlaşmasının mümkün olamadığı ancak mahkeme kararı ile sağlanabildiği durumlarda açılan dava yenilik doğuran dava olup,boşanma davaları inşai dava niteliktedir çünkü eşler arasındaki evlilik ilişkisini kaldırmaktadır./PEKCANITEZ,s.278

³²² 108/2 gereği, bir inşai hakkın dava yolu ile kullanılmasının zorunlu olduğu hallerde inşai dava açılması gerekir demektedir. Yani, yenilik doğuran hak temeline dayalı olan açılacak olan inşai davada (örn.boşanma) kanunda yazılı sebeplerden birine dayanılır ve verilen kararlar evlilik ilişkisi kesin olarak sona erer. Kesinleşen boşanma hükmünden geri dönülemez ve geriye etkili değildir./TUTUMLU,M.A.s.1476

³²³ KURU, B, Hukuk Muhakameleri Usulü 6.baskı,c.II,İstanbul 2001,S.1469 Boşanma davaları yenilik doğuran davalardan olup, kararın kesinleşmesi ile birlikte evlilik ilişkisi sona erer ,inşai sonuç kanundan doğar,bunun için icrai faaliyete lüzüm yoktur.

³²⁴ Y2HD,E. 1989/301,K. 1990/3351,T. 27.3.1990,Kazancı İçtihat Bilgi Bankası / Boşanma ilamları inşai nitelikte olup kesinleşmeden hukuki sonuç doğurmazlar. İlgili kararda dosya kesinleşmeden karar düzeltme aşamasında davacı öldüğünden ölüm de evliliği sona erdiren sebeplerden olduğundan davanın reddine karar verilmiştir.

³²⁵ BİLGİN,E.s.89,PEKCANITEZ,s.366 Çekişmesiz yargıda, tarafların, uzlaşma içinde olmayıp, anlaşma sağladıkları hususlar hakkında delil göstermelerine gerek yoktur. Davanın çözümüne etkili olmayan olayların ispatı gerekmez.

boşanması sonucunu doğuracaktır.³²⁶ Hüküm geriye yürümez³²⁷, geçmişe şamil değildir.³²⁸ Karar geleceğe etkilidir.³²⁹ İlamın kesinleşmesi ile eşlerin sosyal ve hukuki statüleri de değişir, birbirlerine olan görev ve sorumlulukları da biter, sadakat ve yardımlaşma yükümlülükleri de sona erer.³³⁰

Mahkeme, davanın kabulüne karar verdiğinde kabul³³¹, kesin bir hükmün hukuksal sonuçlarını doğuracaktır.³³² Ancak boşanma davalarında tarafların kabulü tek başına yeterli olmayıp³³³ bunun bir mahkeme ilamına bağlanması yani hakimın tarafların iradesine iştiraki gerekmektedir.³³⁴ Öncesinde de bahsettiğimiz üzere hakimın tarafların yaptıkları anlaşma ve ferilerini uygun bulması yahut değişiklik önererek hükme bağlaması sonucu kabul kararı ile anlaşmalı boşanma

³²⁶ KURU,B.s,1472

³²⁷ Kanunlar geçmiş etkili uygulanamaz ancak özel hukukta bunun istisnaları bulunmaktadır. Yasaların geçmişe uygulanmaması kuralının istisnasına örnek olarak 4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanununun 2.maddesi (kamu düzeni ve genel ahlak) 3.maddesi (içeriği kanunla belirlenen ilişkiler) ,4.maddesi (kazanılmamış haklar) gösterilebilir. B. Geçmişe etkili olma

I. Kamu düzeni ve genel ahlak

MD.2. — Türk Medenî Kanununun kamu düzeni ile genel ahlâkı sağlamaya yönelik kuralları, haklarında ayrı bir hüküm bulunmayan bütün olaylara uygulanır. Bu bakımdan, eski hukukun Türk Medenî Kanununa göre kamu düzeni ve genel ahlâka aykırı olan kuralları, bu Kanun yürürlüğe girdikten sonra hiçbir suretle uygulanmaz.

II. İçeriği kanunla belirlenen ilişkiler

MD.3.İçerikleri tarafların istek ve iradeleri gözetilmeksizin kanunla belirlenmiş işlem ve ilişkilere, bunlar Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş olsalar bile, bu Kanun hükümleri uygulanır.

III. Kazanılmamış haklar

MD.4. Eski hukuk yürürlükte iken gerçekleşmiş olup da Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girdiği sırada henüz herhangi bir hak doğurmamış olaylara, bu Kanun hükümleri uygulanır.

SÖZER,ALİ NAZİM, Kanunların Önceye Etki Yasağı, <https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/9-Ali-Nazim-S-96ZER.pdf>

³²⁸ ÖZTAN,B.s 285

³²⁹ TUTUMLU,M.A,s.1476 İnşai davalarda verilen kararlar geleceğe etkilidir. Boşanma davasında verilen kararlar kesinleştikten sonra hukuki varlık kazanırlar ve boşanma durumu yenilik doğurucu bir nitelikte olup geriye yürüten kararlardan değildir.

³³⁰ ZEVLİLİLER,A.s.957

³³¹ Kabul, davalının davasında talep ettiği sonucu kabul etmesidir.(HUMK.m.92)Kanunda her iki taraftan bahsedilmiş ise de kabul davalı için sözkonusudur,dava kesinleşinceye kadar her aşamada yapılabilir ve tek taraflı irade açıklası ile gerçekleşir,mahkemenin yahut karşı tarafın rızasına ihtiyaç yoktur. PEKCANITEZ,s.458 vd.

³³² HUMK.m.95 feragat ve kabul kati bir hükmün hukuki neticelerini doğurur ve davalı kabulden dönemez demektir. Davalı sadece usul kurallarına aykırılık iddiası ile kanun yoluna başvurabilir ve hata hile durumları sebebi ile aynı davada yada kabulün feshi için açılacak ayrı bir davada ileri sürülebilir / PEKCANITEZ,s.459,

³³³ ÇAKIN,A.s,91,ÖZTAN,B.s.261

³³⁴ GENÇCAN,Ö,U,s.1420-1421

gerçekleşecektir.³³⁵ Tarafların anlaşması hakim tarafından ilam niteliğine haiz kılınacak ve nihai hüküm oluşturacaktır.³³⁶

Kabul hüküm kesinleşinceye kadar her aşamada yapılabilir ³³⁷ve tek taraflı irade açıklaması ile gerçekleşir ve mahkemenin rızasına lüzum yoktur.³³⁸

Bahsettiğimiz üzere mahkeme, davanın kabulüne karar verdiğinde inşai hüküm doğuracak, şayet reddine karar verirse de tespit niteliğini haiz olacaktır.³³⁹

Medeni Usul Hukuku sistemimizde davaların sınıflandırılması, istenilen hukuki himayenin türüne göre belirlenir. Şöyle ki, boşanma davasında, boşanma kararı yasadaki belirli şartların dahilinde evlilik ilişkisini sona erdiren bozucu yenilik doğuran³⁴⁰ bir karardır, aynı zamanda boşanma davası ile birlikte talep olunan boşanmanın fer'ilerinin³⁴¹ de karara bağlanması isteğini kapsayan inşai bir dava türüdür.³⁴²

Boşanma hükmünün, eda hükmü, tespit hükmü ve inşai hüküm nitelikleri vardır.³⁴³ Açıklaarsak; boşanma davasının kabulü bir eda hükmündedir. Eda davasında bir şeyin yapılması yahut yapılmaması,³⁴⁴ tespit davasında bir şeyin, hukuki ilişkinin varlığının tespiti yapılmakta³⁴⁵ ve inşai davada da yeni bir hukuki durum kurulmakta yahut mevcut durum değiştirilmektedir.³⁴⁶ Boşanma kararı esastan reddolursa, bu karar bir tespit hükmü niteliğinde olacaktır. Bu hükümler ile iddia edilen inşai

³³⁵ GENÇCAN,Ö,U,s.1421

³³⁶ TEKİNAY,S.S.s.290

³³⁷ HMK.m.310 gereği feragat ve kabul hüküm kesinleşinceye kadar her aşamada yapılabilir.

³³⁸ HMK.m.309/2 feragat ve kabulün hüküm ifade etmesi mahkemenin kabulüne bağlı değildir.

³³⁹ TUTUMLU,M.A.s.1480

³⁴⁰ Bozucu yenilik doğuran hakların kullanılması ile mevcut bir hukuki ilişki ortadan kalkar,çşlerin Boşanma davası açabilme hakları bozucu yenilik doğurucu niteliktedir. Bir sözleşmenin feshi de bozucu yenilik doğurucu haklardandır. /ZEVKLİLER, A.s.120

³⁴¹ Boşanmanın ferileri ,boşanmanın eki niteliğindeki istekler olup,nafaka,maddi manevi tazminat velayet konularıdır./ARAS B.,s.350

³⁴² BUDAK,C.A.,KARAASLAN.V,s.288 vd.

³⁴³ TUTUMLU,M.A.s.1477

³⁴⁴ TANRIVER, s.566, Uygulamada en çok görülen eda davaları 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe 6100 sayılı HMK md.105'de düzenlenmiştir. Buna göre, davalının, bir şeyi vermeye veya yapmaya yahut yapmamaya mahkûm edilmesinin talep edildiği dava türüne eda davası adı verilir. Eda davası sonucunda Bu dava sonucunda, davalının yerine getirmekle zorunlu tutulduğu edim, verme ve yapma şeklinde olabileceği gibi tam tersi yapmama şeklinde menfi bir edim de olabilir.

³⁴⁵ HMK.m.106 gereği bir şeyin varlığı ya da yokluğu yahut sahte olup olmadığının belirlenmesi talep olunur.

³⁴⁶ İnşai hükümlerle bir hukukî durum kural olarak geleceğe dönük olarak etki ve sonuç doğurur ZEVKLİLER,s. 121 vd

hakkın³⁴⁷ mevcut olmadığı tespit olunacaktır, şöyle ki, zinaya dayalı boşanma hakkının mevcut olmadığı tespit edilmiş olacaktır. Dava reddedilirse bu hüküm irade açıklamasının doğru olmadığına tespitine ilişkin bir tespit hükmü olacaktır.³⁴⁸

Şayet yargılama safahatinde dava konusuz kalırsa da davanın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığı³⁴⁹ kararı verilecektir. Davanın esası hakkında hüküm verilmesi mümkün değildir ve burada verilmesi gereken karar boşanma konusunda karar verilmesine yer olmadığı karardır.³⁵⁰ Bu durum yargılama safahatinde taraflardan birinin ölmesi durumunda³⁵¹ ortaya çıkmakta olup, yine tespit hükmü niteliğindedir. Ölüm nedeni ile boşanma hakkının ortadan kalktığı için tespit niteliğini taşır.³⁵² Bu safhadan sonra taraflar eğer karar ilişkin itirazları varsa kanun yolu açık olarak tesis olunan hüküm aleyhine üst derece mahkemelerine başvurularını yapabilirler.³⁵³

Ancak belirtilmelidir ki, anlaşmalı boşanmada tarafların iradelerine dayanan boşanma kabulü, irade beyanının yanlış sebeplerinden birine dayalı olarak

³⁴⁷ İnşai hak, hak sahibine tek yanlı irade bildirimi ile, hukuki durumunda kurucu, bozucu ve değiştirici yenilik getirme gücü verir ve karşı tarafın rızası olmaksızın hak sahibinin irade bildirimi ile arzulanan inşai sonuç hasıl olur./KURU,B.s.1471

³⁴⁸ HGK.25.12.1989- 6/362-551 sayılı kararında açıklandığı üzere, inşai hak, hak sahibine tek yanlı irade bildirimi ile kurucu-bozucu-değiştirici yenilik getirme gücü doğuran bir haktır. Karşı tarafın rıza ve katkısı olmadan hak sahibinin irade bildirimi ile inşai sonuç doğar. Eğer irade açıklaması bir süreye tabi tutulmuşsa hakkın mutlaka bu hak düşürücü süre içinde ielri sürülmesi gerekir. Ancak bazen inşai sonucun elde edilmesi için tek yanlı irade bildirimi yetmeyebilir ve dava açılmak suretiyle mahkemeden hukuki himaye istenmesi zorunlu olabilir. Bu takdirde inşai hak dava yoluyla kullanılmış olur ve davanın kabulüne dair verilen hüküm de inşai hüküm olur. Ancak dava reddedilirse bu hüküm irade açıklamasının doğru olmadığını tesbite ilişkin bir tesbit hükmü olur.

³⁴⁹ Konusuz kalan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığı kararı verilir ki bu kararda her iki tarafın da davanın esası hakkında karar verilmesinde hukuki yararı kalmamış demektir. Tarafların haklılığı yada haksızlığını ortaya koyan bir karar türü değildir.Örneğin boşanma davasında eşlerden birinin ölümü halinde dava konusuz kalır. Ancak ölüm nedeni ile boşanma hakkının ortadan kalktığını saptadığından aynı zamanda tespit hükmü niteliğindedir. TUTUMLU,M.A,s.1481, PEKCANITEZ,s.463

³⁵⁰ TUTUMLU,M.A,s.1481

³⁵¹ Y8HD,E. 2013/14356,K. 2014/8163,T. 25.4.2014 tarihli kararında taraflardan birinin dava devam ederken ölmesi durumunda mirasçılarının kusur yönünden davaya devam edebilecekleri ve davacıya TMK.m.181/2 uyarınca atfı kabil bir kusurunun bulunup bulunmadığı yönünden açılan davanın tespit davası niteliğinde olduğuna karar verilmiştir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

³⁵² Y2HD.E,2002/11785,K.2002/13004,25.11.2012 tarihli kararında boşanma davası sırasında davacının ölümü sebebi ile dava konusuz kaldığı halde davanın reddi bozma sebebi yapılmıştır.

³⁵³ BİLGİN,E,s.89, HMK.m.361 gereği, bölge adliye mahkemeleri hukuk dairelerinden verilen temyizi mümkün nihai kararlar ile hakem kararlarının iptali talebi üzerine verilen kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde temyize gidilebilir.

sakatlandığı ispatlanırsa yahut kararın emredici hukuk hükümlerine, ahlaka,adaba, sözleşme şartlarına aykırılık halleri saptanırsa kararınbozulması yoluna gidilebilir.³⁵⁴

İradedeki bozulmanın, sözleşmenin diğer tarafının ya da üçüncü bir kimsenin aldatması (hilesi) sonucu ortaya çıkması hâlinde beyan sahibi, sözleşmeyle bağlı tutulamaz (818 s.EBK m.28; TBK m.36). Dolayısı ile bu durumun ispatı halinde anlaşmalı boşanma kararı bozma sebebi yapılacağı sarihtir.³⁵⁵

Aksi halde irade beyanından dönülemez. Eğer bahsi geçen hususlar varsa hüküm kesinleşinceye kadar irade beyanında dönmeyi engelleyecek yasal bir engel bulunmamaktadır.³⁵⁶

Her ne kadar taraflar anlaşmalı olarak boşandılsa da temyiz aşamasında anlaşmalı boşanmadan dönmek mümkündür.³⁵⁷ Taraflar, boşanma kararından sonra tarafların eğer haklı sebepleri mevcut ise anlaşmaya veya boşanma kararına dayanarak sözleşmeyle alakalı iptal ve değişiklik taleplerinde bulunabileceklerdir. Şöyle ki; taraflar öncesinde üzerinde anlaşma sağladıkları protokolden sonradan vazgeçebilirler ve hakimden anlaşmanın onaylanmamasını isteyebilirler. Bu durumda zaten anlaşmalı boşanma koşulları oluşmadığından anlaşmalı boşanma yolu ortadan kalkmış olacaktır.

Tarafların üzerinde anlaşma sağladıkları protokol hakim onayından önce özel hukuk sözleşmesi³⁵⁸ niteliğinde iken hakim onayından sonra boşanma ilamının bir parçası olarak nihai hükmü³⁵⁹ oluşturur. Bu safhadan sonra artık taraflar karara itirazları varsa temyiz yoluna giderler.

³⁵⁴ BİLGİN,E.s.90,HMK.m.311 gereği irade bozukluğu ahllerinde kabul ve feragatin iptali istenebilir.

³⁵⁵ Y2HD,E. 2018/3210,K. 2018/7337,T. 5.6.2018- ilgili kararda taraflar anlaşmalı olarak boşanmışlar ancak sonrasında davacının ayırt etme gücü bulunmadığından bahisle ayırt etme gücü olmayanların irade beyanları geçerli kabul edilemeyeceği ve davanın hukuki sonuç doğurmayacağı ifade edilerek karar temyiz edilmiştir.

³⁵⁶ Y2HD,E. 2018/6884,K. 2018/14951,T. 19.12.2018,Y2HD.E.2017/3306,K.14038K.05.12.2018 sayılı kararında kesinleşme öncesi irade beyanından dönülebileceği hüküm altına alınmıştır.

³⁵⁷ BİLGİN,E.s.91

³⁵⁸ Özel hukuk sözleşmeleri , BK.m.1 'de de tanımlandığı üzere, tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanlarının bir hukuki işlemi gerçekleştirebilmek için hukuk düzeni içinde açıklanması ile ortaya çıkar. Anlaşmalı boşanma protokolü de tarafların irade beyanlarının birbiri ile uyduğu ve bir hukuki sonucu gerçekleştirmek için karşılıklı rızalar dahilinde hazırlanan bir borçlar hukuku sözleşmesidir.

³⁵⁹ Nihai hüküm, mahkemenin davadan el çekmesi anlamında olup,HMK gereği davanın esası yada usulü hakkında bir kararla hakimin davayı sona erdirmesidir. (HMK.m.294)

2.4 ANLAŞMALI BOŞANMA KARARINA KARŞI KANUN YOLLARI

2.4.1 İstinaf Yoluna Başvurma

İlk derece mahkemelerince verilen nihai kararlara karşı istinaf yoluna gidilebilir, şöyle ki boşanmanın reddi, kabulü veya bu husustaki görevsizlik kararları nihai karar olmakla istinaf incelemesine tabidir. (HMK.m.341) 341.maddeye göre ayrıca, İlk derece mahkemelerinden verilen nihai kararlar ile ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz taleplerinin reddi ve bu taleplerin kabulü hâlinde, itiraz üzerine verilecek kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabilir demektir. Bu bağlamda, kanunda istinaf sebeplerini ayrıca gösteren bir hüküm bulunmamakta olup ilk derece mahkemesinin usul ve esas yönünden hukuku uygun olmadığı kabul edilebilir.(HMK.m.353-HUMK.m.426/M)

İstinaf mahkemesinde temyiz yolundan farklı olarak kararın bozulması değil, yerel mahkeme kararının kaldırılması ve istinaf sebebinin niteliğine göre dosyanın ilk derece mahkemesine gödnerilmesi ve esas hakkında yeniden karar verilmesi talep edilmelidir.³⁶⁰

Malvarlığına ilişkin davalarda istinaf yoluna gidilebilmesi için rakamsal sınır konulmuş³⁶¹ olup, madde miktarı altındaki kararların kesin olduğu belirtilmiştir.³⁶²

İstinaf süresi TMK Aile hukukuna ilişkin usul hükümleri ile HMK ilgili hükümleri çerçevesinde kararın ilgililere tebliğinden itibaren 15 gündür. (HMK.m.345)

Aile mahkemelerinde verilen boşanmaya ilişkin kararlar, iş bu karar kesinleşmedikçe icra edilemezler.³⁶³ Boşanma kararına karşı istinaf yoluna gidilmesi halinde bu kararlar birlikte kararlaştırılan diğer hususlar için de icra yoluna gidilemez. Ancak

³⁶⁰ BUDAK,A.C,KARAASLAN,V,s.350 vd

³⁶¹ HMK.m.341 (2) Miktar veya değeri binbeşyüz Türk Lirasını geçmeyen malvarlığı davalarına ilişkin kararlar kesindir. (HUMK.m.426/a 2.bendi)

³⁶² YHGK,E. 2017/4-2533,K. 2018/2014,T. 20.12.2018 sayılı kararında kesin parasal sınırlar aşıldığından karara karşı temyiz yoluna başvuru miktarı itibarı ile kabul edilmemiştir.

³⁶³ YHGK, 2008/12-656, K. 2008/638, T. 22.10.2008 ile Y8HD,2017/11899 E., 2017/7826 K.tarihli kararda boşanmanın eki olan maddi manevi tazminat talebi ilamlı icraya konu edilmiş ie de boşanmaya yönelik karar kesinleşmeden icrası mümkün değildir.

tedbir nafakası için durum farklı olup, tedbir nafakası kesinleşme aranmaksızın da icra edilebilir.³⁶⁴

2.4.1.1 İstinaf Mahkemesinin Kararı

2.4.1.2 Onama Kararı (Kabul Kararı)

İstinaf mahkemesi için durumuna göre duruşmalı yahut duruşmasız yapacağı incelemede, ilk derece mahkemesinin kararı esasen ve usulen doğru ise istinaf talebini reddedecek ve verdiği kararı onayacaktır. İstinaf mahkemesinin verdiği karar temyizi kabil bir karar değilse şeklen kesinlik kazanacak, temyizi kabil ise temyiz sonucu kesinleşecektir. (HMK.m.353)

2.4.1.3 Kararın Bozulması/Yeni Bir Karar Verilmesi ile Red Kararı İle İlk Derece Mahkemesine Geri Gönderilmesi Kararı

İlk derece mahkemesinin kararı usul ve esas yönünden doğru değilse istinaf mahkemesi bu kararı bozacak ve ortadan kaldırılan karar yerine yeni bir karar tesis edecektir. (HMK.m.353/2,2-3) Bu karar da temyizi kabil ise kesinleşme ancak temyiz sonrası olacaktır.

İstinaf mahkemesi ayrıca usulü sebeplerle öninceleme aşamasında başvurunun görevli daireye veya görevli bölge adliye mahkemesine de gönderilmesine de karar verebilir. (HMK.m.353/1.a) Örneğin, delil toplanmadığı³⁶⁵, toplanan delillerin nitelik olarak yetersizliği³⁶⁶ toplanan delillerin değerlendirilmediği³⁶⁷, ilk derece mahkemesince verilen kararı gerekçesizliği sebepleri ile dosya ilk derece mahkemesine geri gönderilebilir.

³⁶⁴ Y12HD.E.2000/16481,K.2000/17547,16.11.2000 tarihli kararda nafakanın kesinleşmeden de icra takibine konu olabileceğinden ödeme emrinin iptaline karar verilmesi isabetsiz bulunmuştur.

³⁶⁵ HMK'nın 353/1-a/6 maddesine göre davanın esası ile ilgili delillerin toplanıp değerlendirilmesi gerekir. Ayrıca bir başka davada davanın esasını ilgilendirdiği halde bilirkişi raporu alınmaması dosyanın ilk derece mahkemesine geri gönderilmesini gerektirmiştir./ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 31. HD, 24.01.2017, 83/45

³⁶⁶ 6100 sayılı HMK'nın 353/1-a-6 hükmüne göre "Mahkemece tarafların davanın esası ile ilgili olarak gösterdikleri hiçbir delil toplanmadan veya hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması halinde" esasa girilmeden kararın kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın kararı veren mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi zorunludur / Samsun Bölge Adliye Mahkemesi 7. HD, 10.10.2016, 11/11

³⁶⁷ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. HD, 16.07.2018, 2017/760, kararda delillerin değerlendirilme aşamasında alınmaması esasa ilişkin olup ilk derece mahkemesine geri gönderilmesini gerektirir bir sebeptir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

2.4.2 Temyiz Yoluna Başvurma

Eski hukuk yargılamasında ikinci derece mahkemesi olan Yargıtay yeni 5235 ve 5236 sayılı kanunların kabulü ile en üst mahkeme olan içtihat mahkemesi sıfatını kazanmıştır.³⁶⁸ Temyiz yoluna ancak yeni düzenleme ile, bölge adliye mahkemelerinin temyiz yolu açık olan, kesinleşmemiş nihai kararlarına karşı gidilir.(HMK.m.361)³⁶⁹

Boşanma davasında istinaf yolu sonuç vermemiş ise temyiz yoluna gidilecek ve temyiz yoluna başvuru, kararın kesinleşmesini engelleyecek ve kesinleşmeyen kararın icrası da mümkün olmayacaktır.³⁷⁰

Bazı istinaf mahkemesi kararları için temyiz yolu kapalıdır.³⁷¹(HMK.m.362/1-c)Yargıtay, dava şartların aykırılık bulunması, delilleri kabul görmemesi yahut yargılama hatalarının varlığı, eksiklikleri sebebi ile temyiz olunan kararı kısmen yada tamamen bozabilir. (HMK.m.437) Bu sebeplerin varlığı halinde bunların bozma sebebi sayılabilmeleri için sonuca etki etmeleri de gerekmektedir.³⁷²

Aile mahkemelerinde verilen kararlara karşı, TMK.m.184’de belirlenmiş olan usul ve esaslara uyulmaması da bozma sebebi yapılacaktır.³⁷³ HMK’den farklı olarak aile mahkemesinde hakimin vicdani kanaati de önemlidir, her türlü delili değerlendirebilir, kesin delille ispat kuralı geçerli değildir. (HMK.m.184/4)

Boşanma yargılamasında hakim yemin, ikrar gibi kesin delillerle bağlı kılınmamıştır. Dolayısı ile aile hakiminin kesin delile dayanmadan kurduğu hüküm temyizde bozma

³⁶⁸ ARAS,B.s.398

³⁶⁹ HMK.m.361- (1) Bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinden verilen temyizi kabil nihai kararlar ile hakem kararlarının iptali talebi üzerine verilen kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren 1 ay içinde temyiz yoluna gidilebilir.

³⁷⁰ HMK.m.367/2 gereği aile ve şahsın hukukuna ilişkin kararlar kesinleşmedikçe icraya konu edilemez ve ayrıca boşanmanın eki niteliğinde olan maddi manevi tazminat alacağı da kesinleşmedikçe icra edilemez. /Y12HD.E.2018/4469,K.,2018/10618,T.25.10.2018, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

³⁷¹ Aile mahkemesinin yetki ve görev uyumsuzluğuna ilişkin kararları temyize kabil değildir ancak Aile mahkemelerinin hükmü için istinaf mahkemelerinin yaptığı inceleme sonucu verdiği kararlar temyize tabidir.

³⁷² Mutlak bozma sebebi varsa, sonucun etkilenip etkilenmediği düşünülmez. Şöyle ki eğer delilleri değerlendirilmemiş ise yahut dava şartı yokluğu söz konusu ise sonucun etkilenmesi aranmaz./ARAS,B.s.400

³⁷³ TMK.m.184 boşanma davalarında yargılama usulünü belirlemiş olup, bu usul ve esaslara göre yargılama yapılmaması bozma sebebidir. TMK.m.184’e göre hakim boşanma veya ayrılığa dayanan olgulara vicdanen kanaat getirmedikçe bunları isptalnamış sayamaz ve hakim delilleri serbestçe tayin eder ifadeleri bulunmaktadır.

nedeni olamayacaktır.³⁷⁴ Bununla beraber hakimin boşanma davasında usul hukukuna aykırı davranması³⁷⁵ mutlak bozma nedeni olup temyiz sebebidir. Boşanma yargılamasında sınırlı re'sen araştırma ilkesi hakimdir.³⁷⁶ Şöyle ki hakimin kendiliğinden delil toplama yetkisi³⁷⁷ olmadığı gibi taraflarca hazırlama ilkesi³⁷⁸ mevcuttur. Hakim bu sınırlı resen araştırma ilkesi doğrultusunda taraflardan öğrendiği bağımsız vakıaları hükme esas alamaz ve hakimin önüne getirilmeyen durum ve olayları kararına konu edemez. İspat yükü tümü ile taraflarda olup, hakimin kendiliğinden delil toplaması boşanma yargılamasında yoktur.³⁷⁹ Hâkim, tarafların getirmiş oldukları dava malzemesine göre karar vermek durumundadır.³⁸⁰ Ancak mahkeme taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu davalardan farklı olarak tarafların getirmiş oldukları vakıaları hükmüne esas almak zorunda değildir. Bu olguların mahkeme tarafından hükme esas alınabilmesi için mahkemenin bunların doğruluğuna vicdanen kanaat getirmesi gerekir. İşte mahkeme bu vicdani kanaate ulaşmak için, tarafların getirmiş oldukları vakıalar çerçevesinde resen delil elde edebilmesi gerekir. Örneğin, dinlediği bir tanık ifadesinde öğrendiği bir hususun doğruluğu konusunda vicdanen kanaat getirmek için, resen delil toplayabilmelidir kanaatindeyiz. Hakimin bu anlamda gerçeği ortaya çıkarmak babında daha aktif olması gerektiği kanaatindeyiz.

Taraflarda birinin davasını ispatı için gösterdiği delillerin, hakim tarafından yasal bir gerekçe neden olmadan reddedilmesi de mutlak temyiz nedeni olarak sayılmıştır. Burada, yasal neden olmadan retten kasıt, hâkimin delilleri takdir yetkisinin yerinde kullanıp kullanmadığının denetlenmesi değil, hâkimin takdiri delille ispatlanabilecek

³⁷⁴ ARAS,B.s.401

³⁷⁵ Örneğin hakimin reddi talebine karşılık hakimin bunu önemsemeyip yargılamaya devam etmesi mutlak bozma sebebidir yahut ileri sürülmeyen bir vakıayı hakimin araştırmaya girmesi de mutlak bozma sebebidir(HMK.25,m.119) Görevsizlik kararları,yargı yolunun caiz olmaması kararları,hükmün gerekçesiz olması,dava şartlarının bulunmaması mutlak bozma sebeplerindendir.

³⁷⁶ KARTAL,ÜMİT; Boşanma Yargılamasında Taraflarca Hazırlama İlkesi

³⁷⁷ Kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulanma alanı bulduğu davalar, tarafların dava konusu üzerinde serbestçe tasarruf etmelerinin mümkün olmadığı uyuşmazlıklardır. /KURU,B.1924,PEKCANITEZ,H.s.366

³⁷⁸ Taraflarca hazırlama ilkesi HMK.m.25'de kanunda öngörülen istisnalar haricinde hakim iki taraftan birinin söylemediği vakıayı kendiliğinden dikate alamaz ve hakim kendiliğinden delil toplayamaz anlamındadır.

³⁷⁹ SEROZAN,s.250 vd.

³⁸⁰ KURU,s. 1918; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES,s.363; KURU/ARSLAN/YILMAZ,s.400; ÜSTÜNDAĞ,s.240.

bir durum söz konusuysen, o hususun kesin delille ispatlanması gerektiği kanısıyla gösterilen takdiri delili reddedip etmediğinin belirlenmesidir³⁸¹

Taraflardan birinin bir usul hukuku kuralının yanlış uygulandığını ispat edecek derecede itiraz etmesine karşın hâkimin bu itirazı incelememesi, mutlak temyiz sebeplerinden biri olarak belirtilmiştir (HUMK m. 428/II) Nisbi temyiz sebepleri de usul hukuku kurallarına ilişkin olup usul hukukunun yanlış uygulanmasına ilişkin bu tür nedenler, ayrı ayrı sayılamayacağından, bunların temyiz nedeni olması her olayın özelliğine göre temyiz incelemesi yapacak olan Yargıtay tarafından takdir edilecektir³⁸²

Yargıtay'ın temyize ilişkin vereceği kararlar;

2.4.2.1 Onama Kararı

Yargıtay temyiz talebi sonucunu incelemdiği istinaf mahkemesi kararını usul ve esas yönünden doğru bulursa onar. Ancak Yargıtay onama kararında onadığı kararın hukuku kuralarına uygunluğunu gerekçeleri ile göstermek durumundadır.³⁸³

2.4.2.2 Değiştirerek- Düzelterek Onama Kararı

HMK'ya göre Yargıtay temyiz olunan kararın bozulması gerektiği ve yeniden yargılama yapılmasına muhtaç olduğu durumlarda kararı düzelterek yahut değiştirerek onar. Örneğin karar esasa uygun tahsis edilmiştir ancak alınması lüzum bulunan harç, vekalet ücreti, faiz konularında yanlışlık yapılmıştır yahut hükmün sonucu esasa uygun olup gerekçenin doğru gösterilmemesi hallerinde Yargıtay düzelterek kararı onar.³⁸⁴

2.4.2.3 Bozma Kararı

Yargıtay, temyiz sebebini yerinde görürse kararı tamamen veya kısmen bozar. Yargıtay hükmü yalnız bozmakla yetinir, o davayı kendisi karara bağlayamaz. Taraflar arasındaki sözleşmenin yanlış uygulanması, dava şartının yokluğu, delillerin

³⁸¹ BERKİN, NECMETTİN, Medeni Usul Rehberi, s.888, Ankara 1968

³⁸² KURU, B, s. 4544 vd.

³⁸³ BİLGİN, P, s.84

³⁸⁴ KURU, B., ARSLAN, YILMAZ s.583 vd.

kanuni bir gerekçe olmaksızın kabul edilmemesi, karar etki edecek derecedeki yargılama hataları ya da eksiklikleri bozma sebebidir.³⁸⁵

2.4.3 Yerel Mahkemenin Bozmaya Uyması Yahut Direnmesi

2.4.3.1 İstinaf Mahkemesinin Verdiği Kararlardaki Durum

Yargıtay'ın verdiği bozmaya ilişkin verdiği karar başvurunun istinafta esastan reddine ilişkin ise istinaf mahkemesinin verdiği karar kaldırılır ve ilk derece mahkemesine geri gönderilir.(HMK.m.373) İlk derece mahkemesinin vermiş olduğu karar istinaf mahkemesince düeltülerek yahut yeniden yargılama yapılarak esastan hakkında bir kararsa bu karar temyiz talebi sonucu Yargıtayca bozulursa dosya yeniden kararı veren ilk derece mahkemesine gider. (373/1)

2.4.3.2 Yargıtay'ın Bozma İlamına Uyan İlk Derece Mahkemesinin Kararlarındaki Durum

Yargıtay'ın bozma ilamı ile dosya, kendisine gelen ilk derece mahkemesi karar doğrultusunda karar verirse bu karar aleyhine temyize gidilecek, istinafa gidemeyecektir. (HMK.m.373/4)³⁸⁶ Ancak dosya kendilerine gelen istinaf mahkemesi bu direnme kararları için Yargıtay Hukuk Genel Kurulu inceleme yapacak ve YGK'nın kararı kesin ve bağlayıcı olacaktır.³⁸⁷

2.4.4 OLAĞANÜSTÜ KANUN YOLU-YARGILAMANIN İADESİ

Şekli anlamda kesinlik kazanan kararların doğruluğunun sorgulanması ve karar bağlanan davaların tekrar açılıp görülmesi ancak yargılamanın iadesi yolu ile mümkündür.(m.374) Olağan kanun yollarından geçerek yahut bu yollara başvurulmadan kesinleşen kararlar yönünden yargılamanın yenilenmesi istenebilir.³⁸⁸ Bu kurum 1086 sayılı mülga Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda(HUMK) “iade-i muhakeme”, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (HMK) ise, “yargılamanın iadesi” şeklinde adlandırılmıştır (HUMK m. 445-454; HMK m. 374 – 381)

³⁸⁵ ÖZDEMİR,s.23

³⁸⁶ Y2HD,E. 2017/4147,K. 2019/2456 T. 11.3.2019 sayılı kararında başvuru kanun yolu yanlış olduğundan dosyanın ilgili bölge adliye mahkemesine iadesi gerekmiştir.

³⁸⁷ ARAS,B.s.403,Y2HD.E.2004/6080,2004/7179,T.02.06.2004

³⁸⁸ ARSLAN,RAMAZAN,Medeni Usul hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, s.70

Aile mahkemelerinin verdiği olağan kanun yollarından geçerek kesinleşen boşanma kararlarına karşı da bu yola gidilebilir. Hatta boşanma kararı kesinleştikten sonra eşin, yeniden evlenmesinden sonra bile yargılamanın iadesi istenebilir. Yargılamanın iadesi sebepleri kanunda sınırlı olarak sayılmıştır. (HMK.m 375) Buna göre bahsedersek, yargılamanın yenilenmesi talebi, mahkemenin kanuna uygun olarak teşekkül etmemiş olması,davaya bakması yasak olan yahut hakkındaki ret talebi, merciince kesin olarak kabul edilen hâkimin karar vermiş olması,vekil veya temsilci olmayan kimselerin huzuruyla davanın görülmüş ve karara bağlanmış olması,yargılama sırasında, aleyhine hüküm verilen tarafın elinde olmayan nedenlerle elde edilemeyen bir belgenin, kararın verilmesinden sonra ele geçirilmiş olması vesair sebeplerle istenebilir. Ayrıca maddeye yeni düzenleme ile i bendi ve 2.madde eklenmiş olup, kararın, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiği, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması halinde de yargılamanın iadesinin istenebileceği eklenmiştir. Avrupa İnsan Hakları mahkemesinin kararın kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunmak gerekmektedir.³⁸⁹

Yargılamanın iadesi davası duruşmalı yapılır ve iade sebebinin doğru olmadığı kanaati getirilirse dava reddolunur ³⁹⁰ ancak eğer doğru olduğu kanaatine varılırsa ve iadeyi kabul ederse asıl dava hakkında yeni bir karar tesisi edecektir.³⁹¹

Örneğin, aile mahkemesi yargılamanın yenilenmesini sayılan sebeplerden birine dayanarak kabul ederse hükmü iptal etmekle kalmayacak yeni bir hüküm kuracaktır. (HMK.m.380/1) Burada iki ihtimal ortaya çıkmaktadır. Eğer taraflar boşandıktan sonra yeniden evlenmişler ise kaldırma kararı geçmişe etkili olacağından evlilik

³⁸⁹ Avrupa Birliği Uyum Paketleri, Nisan 2004, s.76

³⁹⁰ Y2HD,E. 2014/28164,K. 2015/875,T. 4.2.2015 sayılı kararda tarafların 166/3'e dayanılarak anlaşmalı boşandıkları ancak boşanma kararının muvazaalı olduğu gerekçesi ile yargılamanın yenilenmesi talep olunmuştur. Ancak anlaşmalı boşanma sırf eşlerin "irade beyanlarıyla" gerçekleşmemekte, bu irade beyanının serbestçe açıklandığına ilişkin hakimün ulaştığı kanaat ve aralarında yaptıkları anlaşmanın hakim tarafından "uygun bulunması" bu sonucu doğurmaktadır. Bu bakımdan, taraflar dışındaki üçüncü bir kişinin "eşlerin boşanmaya ilişkin beyanlarının" gerçek iradelerine uygun olmadığını ileri sürmesi işin doğasına aykırıdır. Bu bakımdan davacının, yargılamanın iadesini talep etmek hakkı mevcut değildir. Öyleyse, davanın davacının aktif husumet ehliyet yokluğu sebebiyle reddi gerekirken başka bir gerekçe ile reddedilmesi doğru bulunmamıştır.

³⁹¹ KURU,B.s.3643,BUDAK,A.C,KARASLAN,V.s.392 vd.

birliği devamını koruyacaktır. Şayet eşlerden biri başka bir evlilik yapmış ise burada sorun başlayacaktır.

Doktrindeki görüş³⁹² ve mevcut yargıtay kararlarına³⁹³ göre boşanma hükmünü kaldıran yeni karar eskiye etkili olacağından boşanma kararı hiç verilmemiş gibi ilk evlilik devamlılığını sürdürür, bu durumda ikinci evlilik batıl olacaktır.³⁹⁴

Bir başka görüş ise ikinci evliliğin geçerli olacağı görüşüdür zira iyi niyetli üçüncü kişinin kesinleşmiş boşanma kararına güvenerek boşanan eşlerden biri ile yapmış oldukları evliliğin kendisine bağlı olmayan sebeplerle batıl sayılması hem eşler yönünden hem de çocuklar yönünden hakkaniyete aykırı sonuçlar meydana getirecektir ve hukuk düzeninin iyiniyeti koruması gerekliliği karşısında ikinci evliliğin tarafların yararları doğrultusunda geçerli kabul edilmesi savunulmaktadır.³⁹⁵

Bununla beraber boşanma hükmü kesinleştikten sonra eşlerden biri, yeniden evlilik yapar ve sonrasında ölürse ve ilk eşin mirasçıları tarafından açılan yargılamanın iadesi davasının kabulü durumunda boşanma hükmü iptal edilmiş olacak ve mirasçılık sıfatı haiz olacaktır.³⁹⁶

2.5 ANLAŞMALI BOŞANMA DAVASINDA TARAFLARCA DAVAYI SONA ERDİRME YOLLARI

2.5.1 ANLAŞMALI BOŞANMA DAVASINDAN FERAGAT

³⁹² ARAS,B.,s.411, ÜSTÜNDAĞ,s.912-913,UMUR,s.295

³⁹³ Y2HD.E.,1975/4873,1975/5979,03.07.1975 sayılı kararda eşlerden birinin evlilik tarihinde evli olduğundan ikinci evlilik batıl sayılacaktır./ARAS,B. Roma Hukukundan Günümüze

Boşanma Davalarında Yargılama Usulü

Ve Günümüz Aile Mahkemeleri s.199

³⁹⁴ Y2HD,E. 1995/1629,K. 1995/4630,T. 14.4.1995 sayılı kararda mevcut evliliğe rağmen ikinci evlilik yapan eşin, evliliği mutlak butlanla batıldır. Eski Medeni Kanunun 114/3 maddesinin amacı bazı şartlar altında ikinci evliliğin devamına imkan tanımaktır. İkinci defa evlenen eş öldüğüne göre iki evlilikte sonlanmışır. Bu halde, EMK.m.114/3 madde değil 114/ilk maddesinin uygulanması gerekecektir. Nitekim boşanma kararını alan eşin yeniden evlenmesi ve ilk eşin yargılamanın iadesi suretiyle boşanma kararının iptaline karar vermek gerekmiştir.

³⁹⁵ BİLGE/ÖNEN,s.726,ANSAY,s.389,TEKİNAY,s.122

³⁹⁶ ARAS,B.s.412

Feragat³⁹⁷, boşanma davalarında davaya son veren taraf işlemlerinden³⁹⁸ olup, HMK.m.307 (HUMK.m.91) gereği iki taraftan birinin davasından vazgeçmesi anlamına gelmektedir.³⁹⁹ Davadan feragat bir mahkeme işlemi olmayıp bir taraf işlemidir.⁴⁰⁰

Şöyle ki feragat eden taraf, davadan ve davanın doğmuş ve doğacak neticelerinden vazgeçmiş sayılacaktır.⁴⁰¹ Karar kesinleşinceye kadar feragat mümkündür.⁴⁰² Yargıtay da aynı görüştedir.⁴⁰³ Tekinay, feragati, bir hakkın tek taraflı bir beyanla terkedilmesi olarak tanımlamış, yenilik doğuran bir hak olarak ifade etmiştir.⁴⁰⁴

Boşanma ve ayrılık davalarındaki feragat ile anlaşmalı boşanma davasındaki feragat birbirlerinden farklıdır.⁴⁰⁵ Zira boşanma davalarında feragat, sonuçlarını tek taraflı irade beyanı ile doğurmakta olup, karşı tarafın yahut hakimın kabulüne bağlı değildir.⁴⁰⁶

Oysa ki anlaşmalı boşanma davalarının “karşılıklı anlaşma” ile sonuçlanacağını düşünürsek davadan feragat usulünün de “karşılıklı olması” imkan dahilindedir. Şöyle ki, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu 166/3 anlaşmalı boşanma

³⁹⁷ Feragat madde 307’de yer almış olup, davacının talep sonucundan kısmen yahut tamamen vazgeçmesi anlamına gelmekte olup, karşı tarafın muvafakatine bağlı değildir. (HMK.m.307 vd.)

³⁹⁸ GENÇCAN,Ö,U.s.1400,davaya son veren taraf işlemleri 6100 sayılı HMKmadde 307-315 arasında düzenlenmiştir. Davadan feragat,davayı kabul,sulh davaya son veren taraf işlemlerindendir.

³⁹⁹ Davadan vazgeçmek için davadan feragat birbirlerinden farklı kavramlardır.Davaysını geri alan davacı bu hakkından feragat etmiş olmamakta aksine ileride dava açma hakkını saklı tutarak şimdilik davasını geri alması anlamına gelmektedir. Oysa ki feragat, dava konusu haktan ve talebinden feragat edilerek bir daha dava etmeme sonucu doğurur./,PEKCANITEZ,,s.457

⁴⁰⁰ ARAS,B.s.118

⁴⁰¹ Feragat deyimi davadan vazgeçme –davayı geri alma terimi ile de ifade edilmektedir/KURU,B.s.1155,ÖZDEMİR,N.s.190,PEKCANITEZ.s.457

⁴⁰² ÖZDEMİR,N.s.190,ARAS,B.s.118

⁴⁰³ Y2HD.E.1991/5685,K.1991/8343,24.05.1991 / Y2HD,E. 2016/12696,K. 2018/3254,T. 14.3.2018 sayılı kararlarında tarafların karar kesinleşinceye kadar feragat edilebileceği, eşlerin anlaşmalı boşanmanın sonuçları yönünden anlaşma sağladıkları düzenlemeleri kapsayan irade beyanından karar kesinleşinceye kadar dönmelerinde yasal bir engel bulunmadığından bahsedilmiştir. ÖZDEMİR,N.s.190

⁴⁰⁴ HMK.m.307 ve devamına düzenlenen maddelerde, davaya son veren taraf işlemleri başlığı altında feragat düzenlenmiş olup, feragat ile açılmış davalar sadece geri alınmamakta, dava konusu haktan da vazgeçme anlamına gelmektedir. Dolayısı ile Tekinay’ın da ifade ettiği üzere bir hakkı sonlandıran işlemlerdir ve karşı tarafın kabulüne yahut muvafakatine bağlı değildir. /TEKİNAY, S. S./ AKMAN,S./BURCUOĞLU,H./ALTOP,A.,TEKİNAY,Borçlar Hukuku, İstanbul 1993, s. 46-47

⁴⁰⁵ Feragat ile ibra birbirlerinden farklı ifadeler olup, ibrada karşılıklı anlaşma arandığı halde, feragat tek taraflıdır. Bu anlamda anlaşmalı boşanmadaki feragat ibra gibi ele alınmalıdır. Zira anlaşmalı boşanmada her iki taraf da davasından feragat ederse bir anlam ifade edecektir, aksi durumda tek tarafın yapacağı feragatin bir hükmü olmayacaktır.

⁴⁰⁶ GENÇCAN,Ö,U,s.1401,ÖZDEMİR,N.s.190

için tarafların, ya birlikte başvurması yahut da birinin açtığı davayı diğerinin kabul etmesi davanın şartlarını oluşturmaktadır.

Eğer taraflar boşanmak için birlikte başvurmuşlar ise feragat de ancak birlikte olmalıdır.⁴⁰⁷ Birlikte feragat kanunda yer alan bir düzenleme olmasa da Yargıtay’ca benimsenen bir konudur. Bir eşin açtığı davayı diğerinin kabul etmesi durumunda yapılacak olan feragatte de Yargıtay çoğunluk görüşü olarak davacı sıfatı her kimde ise onun feragat edebileceğini savunmuştur.⁴⁰⁸

Bu husus çok tartışmalara yol açmış olup, anlaşmalı olarak boşanmak isteyen davalı eşin, sırf davacının feragat beyanı dikkate alınarak davadan feragat etmesi sebebi ile boşanamamış olması büyük bir hezimete yol açmıştır. Anlaşmalı boşanmanın davacısının beyanına öncelik tanınması hukuka aykırı olup, bozma sebebi olmalıdır.

Oysa ki katıldığımız Gençcan görüşü⁴⁰⁹ dikkate alınmalı, anlaşmalı boşanma davasında her iki sıfatın da (davacı-davalı) eşit olduğu dikkate alınmalı, hem davacıya hem davalıya feragat hakkı tanınmalı-birinden birine üstünlük tanınmamalı-veyahut ancak birlikte feragat mevcut ise feragatin değerlendirilmesine gidilmeli idi.

Aksi durumunda sadece kağıt üzerindeki ‘‘davacı’’ sıfatına öncelik tanınarak tarafların ‘‘boşanamamaları’’ sonucu doğacaktır. Oysa her iki tarafa da öncelik verilmeli,’ ‘anlaşma’’ dahilinde feragat mümkün olmalıdır.

Bununla beraber feragat davanın her aşamasında (kesinleşinceye dek) ileri sürülebileceği gibi feragatten dönülmesi de mümkün değildir.⁴¹⁰ Başka bir deyişle, feragatten feragat olmaz.⁴¹¹

⁴⁰⁷ Yargıtay çoğunluk görüşü; nasıl ki anlaşmalı boşanmaya taraflar birlikte başvuruyorsa davadan feragat de birlikte başvurmaları görüşü hakimdir./ GENÇCAN,s.1413

⁴⁰⁸ Karşıt görüş Gençcan - anlaşmalı boşanma davasında davacı davalı sıfatı teknik anlamda gerçek olmadığından ve aynı safta yer aldıklarından sadece davacıya bu hakkın verilmesini uygunsuz bulmuş ve her iki tarafın da feragat hakkı bulunduğunu savunmuştur / GENÇCAN,s.1414

⁴⁰⁹ Y2HD.E.2006/1503,K.2006/8003,T.22.05.2006/Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁴¹⁰ TEKİN, H,N.s.140 / Y2HD.E.2009/19072,K. 2010/13722,T. 8.7.2010 tarihli kararında feragatten dönülemeyeceği hükmü Yargıtay kararı ile onanmıştır.

⁴¹¹ Y2HDE. 2017/3860,K. 2019/461,T. 4.2.2019 kararında HMK.m.311’e göre feragatten feragat mümkün olmayıp, davacı kadının iradesi sakatlandığı gerekçe ile başvurduğu temyiz dilekçesinde nafakalardan feragat ettiği sonrasında da bunun iptali istendiği görülmüştür, ancak soyut iddia olması sebebi ile reddedilmiştir.

Davadan feragat ile davanın takipsiz bırakılması farklı hususlar olup uygulamada sonuçları da farklar doğurmaktadır. Şöyle ki takipsizlik, HMK.m.150 (mülga kanun HUMK.m.409) gereği davanın yenileninceye kadar işlem den kaldırılmasını gerektirir. Oysa feragat kesin hüküm doğuran ve davayı sonlandıran bir işlemdir.⁴¹² Davanın takipsiz bırakılması derhal davayı bitirmez; dava, üç ay daha derdest kalmaya devam eder.⁴¹³

Eğer davacı davasından feragat ettiğini açıklarsa hakim davanın feragat sebebi ile reddine, eğer davacı, davayı takipten sarfınazar ettiğini açıklarsa da hakim açılan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığı kararını tesis eder.⁴¹⁴ Feragat sebebi ile dava reddolunduğunda davacı yeniden aynı konuya dayalı dava açarsa, davası kesin hüküm sebebi ile reddedilecek ve tekrar açılan boşanma davası reddedilecektir.⁴¹⁵ Feragat maddi anlamda kesin hüküm⁴¹⁶ teşkil eder ve kesin hükmün varlığından ötürü dava reddedilir. Oysa takipten sarfınazar ederse ve hakim bu sebeple karar tesisine yer olmadığına karar verirse boşanma davası hiç açılmamış sayılacaktır.⁴¹⁷ Boşanma davasında bağlanan tedbir nafakası varsa feragatle beraber sona erer.(TMK.175)

Feragat, bahsettiğimiz üzere karar kesinleşinceye kadar- karardan sonra temyizden evvel, temyizden sonra karar düzeltmeden önce ve son olarak Yargıtay'da ve karar düzeltme aşamasında yapılabilir.⁴¹⁸

Feragat bir mahkeme işlemi olamduğundan feragate karşı usul kurallarına karşı kanun yollarına gidilemez⁴¹⁹, zira mahkemenin bir kararı yoktur. Kanun yolları ancak

⁴¹² Y2HD,E. 2019/1637,K. 2019/2675,T. 13.3.2019 tarihli kararda davadan feragat HMK.195 gereği kesin hükmün sonuçlarını doğurur ve aynı sebebe dayanılı olarak boşanma davası açılmaz kararı verilmiştir.

⁴¹³ Y2HD,E. 2013/23293,K. 2014/7294, T. 27.3.2014 tarihli kararında işlem den kaldırılan dava üç ay içinde HMK.m.150 gereği yenilenmezse hiç açılmamış sayılır.

⁴¹⁴ GENÇCAN, Ö,U,s.1402

⁴¹⁵ YAZMAN,İ,Kesin Hüküm Tesiri ve Sınırlar, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/333/3378.pdf>, s.232- davacının pek fena muamele sebebi ile boşanma davasının reddinden sonra açacağı ikinci davada, önceki davada öne sürdüğü veya sürebileceği hadiselerle dayanması kesin hüküm sebebi ile mümkün olmadığının hükmüne bağlandığından bahsetmiştir.

⁴¹⁶ Y3HD,E. 2016/19261,K. 2016/14178,T. 7.12.2016 kesinleşmiş bir hükmün diğer bir davada maddi anlamda kesin hüküm oluşturması için davanın taraflarının sebebinin aynı olması gerekir ve hükme bağlananlar kesin hüküm teşkil eder.

⁴¹⁷ Y2HD,E. 2012/11860,K. 2012/31743,T. 26.12.2012-İlgili kararda davacı davasını takipsiz bıraktığından davanın açılmamış sayılmasına karar verilmiştir /Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁴¹⁸ GENÇCAN, Ö,U,s.1407-1410

⁴¹⁹ ARAS, B.s.118

mahkeme kararlarına karşı kullanılabilir. Ancak eğer feragatin reddine ilişkin bir mahkeme kararı varsa buna karşın temyiz yoluna başvurulabilir.⁴²⁰

2.5.2 SULH-FERAGAT-KABUL VE UZLAŞMA YOLLARININ DAVAYA

ETKİSİ

Anlaşmalı boşanma davası sonucu verilen kararlar çekişmesiz yargı⁴²¹ olsa da hukuki yararı bulunan taraf kararı temyiz edebilir.⁴²² Anlaşmalı boşanma kararının temyizi halinde mahkeme, temyiz eden tarafın boşanma iradesinden rücu ettiğini belirterek davanın çekişmeli usulde yürütüleceğini belirtmektedir.⁴²³ Boşanma davası temyiz aşamasında iken taraflardan biri yapılan anlaşma protokolünden vazgeçebilir ve bunu engelleyici yasal bir engel bulunmamaktadır.⁴²⁴

Zira, HMK'nın 308. maddesinde davayı kabul beyanının yargılamaya son veren taraf işlemi olarak düzenlendiği ve kabulün mahkemenin muvafakatine bağlı olmadığı, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri davalarda hüküm doğurduğu, kesin hüküm gibi sonuç doğuran feragat ve kabul beyanının irade bozukluğu hâllerinde iptalinin istenebileceği belirtilmiştir. Kanun ve usul hükümlerine uygun olarak tarafların boşanma ve fer'ilerinde irade birliği ile hareket ettikleri ve akabinde verilen boşanma kararı, irade sakatlıkları hallerinde ve bu durumun kanıtlanması halinde veya sözleşme şartlarında ahlaka, kamu düzenine, kanunun emredici hükümlerine kişilik haklarına aykırılık durumunda, sözleşme şartlarına aykırı hüküm verilmesi hallerinde bozulabilir.⁴²⁵

TMK'nın 166/3. maddesi uyarınca davanın kabulü, HMK.m.308'de yer alan "kabul" kavramından ayrılmaktadır. HMK'nın 308 gereği davayı kabul, davalının mahkemeye yönelik olarak yapacağı tek taraflı bir irade beyan açıklaması ile

⁴²⁰ KURU B, ARSLAN, YILMAZ, s.492

⁴²¹ Çekişmesiz yargıda en önemli ölçüt ihtilaf yokluğudur., delil ikamesine ve ispata gerek yoktur. Evlilik birliğinin temelden sarsıldığı kabul edilir. Anlaşmalı boşanma da bu özellikleri ile çekişmesiz yargı işidir. /TUTUMLU, M.A.s.1054

⁴²² HMK.m.427 gereği mahkemelerden verilen nihai kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabilir.

⁴²³ Boşanma iradesinden rücu halinde anlaşmalı boşanma hükmü bütünü ile geçersiz hale gelir. (HUMK.m.439/2) Taraflar arasında görülen davada 166/3 gereği verilen boşanma kararına rağmen temyiz eden taraf davalıdan açıkça feragat etmedikçe anlaşma iradesinden rücu niteliğindedir ve davaya çekişmeli olarak devamı gerekir. /BİLGİN, P.s.89

⁴²⁴ YHGK, E. 2017/2-1941, K. 2019/475, T. 18.4.2019 tarihli kararda tarafların anlaşmalı olarak boşandıkları ancak sonrasında taraflardan birinin irade fesadı altında bu anlaşmaya onay verdiği, sonrasında kararı temyiz ettiği anlaşılmaktadır. Bu durumda davayı temyiz eden tarafın delil sunmasına imkan tanınmalı ve davanın çekişmeli olarak devamı sağlanmalıdır.

⁴²⁵ BİLGİN, P.s.90

vermeye yetmemektedir. Bu nedenle, TMK'nın 166/3. maddelerinin uygulandığı bir davada davanın kabulü şekli ve maddi hukuk anlamında hükmün kesinleşmesi sonucunu doğurmadığından hükmün kesinleşmesine kadar davalının kabul beyanından dönmesi mümkündür. Çünkü bu durumda anlaşmalı boşanma koşullarının gerçekleştiğinden söz edilemez.⁴³⁰

Taraflardan birinin anlaşmadan dönme iradesi davanın samimi bir iradenin mahsülü olmadığına, hâkimin anlaşmalı boşanma şartlarının oluşup oluşmadığı konusunda gerekli her türlü araştırmayı yapmadığına işaret eder. Bu nedenle, TMK'nın 166/3. maddesine dayalı davalarda da hâkim, bir yandan tarafların ikrarı ile bağlıyken, aynı zamanda bir denetim yetkisine sahiptir.⁴³¹ Buradan hareketle, genel hükümlere dayalı bir alacak davasında olduğu gibi davayı sona erdiren "kabul" beyanının, toplumun temeli olan aile kurumu için de boşanma kararı verme zorunluluğu getirdiği ve tarafların da kararın kesinleşmediği sürece bu kabul beyanlarıyla bağlı olduğu söylenemeyecektir.

Kabul gibi sulh de davaya son veren işlemlerdendir.⁴³² Sulh sözleşmesi,⁴³³ gerek mahkeme içinde⁴³⁴ gerekse de mahkeme dışında yapılabileceği gibi bu sözleşmenin kurulması, geçerliliği, şartları borçlar hukuku sözleşmesidir.⁴³⁵ Ancak öğretide usul hukuku sözleşmesi olduğu da düşünülmektedir.⁴³⁶ Yargıtay da sulhu iki

⁴³⁰ ÖZDEMİR, N.s.176 vd. GENÇCAN, Ö.U, s.780

⁴³¹ Boşanma davalarında kesin hüküm dışında delillerin bir bağlayıcılığı olmadığından, hakimin delileri serbestçe takdir etme yetkisi vardır. Dolayısıyla TMK 184/V bendinde yer alan bu hüküm bulunmasaydı bile bütün hukuk davaları için geçerli olan HUMK'un 240. maddesi hakime delilleri serbestçe takdir etme yetkisi vermiştir. Hakim delilleri takdir ederken, onların ispat gücükonusundaki yasal düzenlemelerle bağlı değildir. Ancak hakimin takdir hakkı objektif esaslara dayanmalı ve olayların yapıları ve oluşları dikkate alınarak her olay kendi koşulları içinde değerlendirilerek kullanılmalıdır. / ARAS, B. Aile Mahkemelerinde Yargılam Usulu, Ankara Barosu Dergisi, Sayı2, Bahar 2007, s.165 vd.

⁴³² Sulh, tarafların uyuşmazlığı sonlandırmalarına yönelik bir sözleşme olup kısmi kabul kısmi feragat anlamını taşır / PEKCANİTEZ, s.460, BUDAK, A.C, KARAASLAN V, s.300

⁴³³ Sulh Sözleşmesi genel olarak TBK'da düzenlenmemiştir. Ancak taraflar sözleşme serbestisi ilkesi dahilinde sulh sözleşmesi yapabilirler. Tbk.M.12 gereği sözleşmelerin geçerliliği bir şekle tabi kılınmadığından sulh sözleşmesi de yazılı yahut sözlü yapılabilir. / ULUSAN, İLHAN, Maddi Hukuku Ve Usul Hukuku Bakımından Sulh Sözleşmesi, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/13985>, s.150 vd.

⁴³⁴ Mahkeme içi sulh, tarafların karşılıklı fedakârlıkta bulunarak aralarındaki hukuki ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlığı sona erdirmeye amaçlı olarak mahkeme önünde yaptıkları sözleşmedir. / ANSAY, s. 178; ÖNEN, Ankara 1972, s.23; SONER, s. 442; BİLGE / ÖNEN, s. 356; TANRIVER, İlâmlı İcra, s. 85; TANRIVER, Sulh, s. 35; MERİÇ, s. 207; ULUSAN, BANU, s. 976

⁴³⁵ Mahkeme önünde yapılan sulhun, maddi hukuka tabi olduğu düşünülmekle usule ilişkin bir niteliği bulunmadığı da savunulmaktadır/ ÖNEN, Sulh, s. 36; ULUSAN, s. 177; TANRIVER, İlâmlı İcra, s. 86-87; TANRIVER, Sulh, s. 37; ULUSAN, B, s. 978.

⁴³⁶ ÖNEN, Sulh, s. 34; ULUSAN, s. 180; TANRIVER, İlâmlı İcra, s. 86; TANRIVER, Sulh, s.

çeşit olarak tanımlamakta ve ilki, mahkeme dışı sulh olup, maddi hukuk alanına giren bir borçlar hukuku akdidir⁴³⁷ ve ikincisi de mahkeme önünde sulhtur.⁴³⁸ Yargıtay’a göre mahkeme önünde sulh kural olarak bir yargılama hukuk kurumudur ve davayı etkileyen taraf işlemlerindendir. Mahkeme önünde yapılan sulhün hükümlerinden biri de icra edilebilmesidir. İİK.m.38’e göre mahkeme önünde yapılan sulhler⁴³⁹ ilamlı icra hükümlerine göre icraya konulurlar. Mahkeme huzurunda yapılan sulhler bakımından da taraflar sulh sözleşmesinden doğan karşılıklı edimlerin ifasını sağlamak amacıyla birbirinden bağımsız olarak kendi lehlerine olan kısmın icrasını isteyebilirler.⁴⁴⁰

Tartışma konusu olan bir husus da sulhün şarta bağlı yapıp yapılamayacağıdır.⁴⁴¹ Şöyle ki, HMK.m.313/4 maddesinde şarta bağlı sulh yapılabilir. Ancak sorun şarta bağlanan sözleşmelerdeki icra sorunudur.⁴⁴² Zira taraflar şarta bağlı sulh yaptıklarında bu sözleşmeye dayalı olarak hüküm kurulamaz, sadece karar verilmesine yer olmadığı kararı verilebilir.⁴⁴³ Mahkeme içi sulhte eğer taraflar aralarında yaptıkları sulh sözleşmesine göre karar verilmesini isterlerse⁴⁴⁴ sulh sözleşmesine göre, istemezlerse karar verilmesine yer olmadığına mahkeme karar verir.⁴⁴⁵ Mahkeme önünde sulh şekle tabidir.⁴⁴⁶ Buna göre; taraflar, duruşmada sulh olduklarını mahkemeye bildirir ve sulh anlaşması tutanağa yazılır ve taraflarca

37; ULUSAN, B, s. 977.

⁴³⁷ Sulh sözleşmesi Borçlar Kanunun özel kısmında yada diğer yasalarda düzenlenmiş olan sözleşme tiplerinden ayrılmaktadır. Sulh sözleşmelerinde tarafların birbirlerine uygun irade beyanlarının bir hukuki ilişki dahilinde karşılıklı fedakarlık yapılarak taraflar arasındaki çekişmeyi son vermek amacı ile açıklanmasıdır. /ULUSAN,İ, a.g.e.s.150 vd.

⁴³⁸ Y4HD, T. 12.2.1975, E. 2465/1975, K. 1751/1975: İlmi ve Kazai

İçtihatlar Dergisi, 1976, Sa.186, s. 4633-4634) / AKİL,CENK; Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Sulh Ve Sulh Yoluyla Şarta Bağlı Hüküm Verilip Verilemeyeceği Meselesi s.4

⁴³⁹ Y16HD,E. 2016/17857,K. 2019/5826,T. 30.9.2019 sayılı kararda tarafların mahkeme dışında anlaşmalarını beyan ettikleri ancak mahkemeye usulüne uygun bir yazılı ve imzaları havi bir anlaşma belgesi sunulmadığı anlaşılmış olup, davanın bu sebeple reddi gerekmiştir.

⁴⁴⁰ ÜSTÜNDAĞ, S.,s. 360; POSTACIOĞLU,İ, s. 630.

⁴⁴¹ KURU/ARSLAN/YILMAZ,S.555-556

⁴⁴² Şarta bağlı olan sulhte şarta bağlı hüküm kurulamayacağından ve şart henüz ifa olunmadığından kesin hüküm oluşmaz. Ancak şarta bağlı olmayan sulh kesin hükmün sonuçlarını doğurur. / PEKCANİTEZ,s. 461

⁴⁴³ BUDAK,A.C,KARAASLAN,V,s.301

⁴⁴⁴ Y1HD,E. 2016/13970,K. 2019/5879,,T. 18.11.2019 sayılı kararda taraflar sulh sözleşmesine göre karar verilmesini istemişler iken ve HMK.m.315 gereği hüküm kurulması gerekirken karar verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi bozma sebebi yapılmıştır.

⁴⁴⁵ BUDAK,A.C,KARAASLAN,V,s.301

⁴⁴⁶ HMK.M.154/3ç bendine göre yazılı usul benimsenmiş olup yazılılık geçerlilik şartıdır. Maddeye göre taraflar arasında yapılan sulhun tutanağa geçirilmesi, tarafların imzalarını içermesi ve sulh olunan konuların yazılması gerekmektedir.

okunup tasdiklenerek imzalanır.⁴⁴⁷ Bu şartlara uygun olmayan sulh anlaşması geçersizdir.⁴⁴⁸

Sulh de kabul ve feragat gibi hüküm kesinleşinceye kadar yapılabilir.⁴⁴⁹ Bu sebeple dava sonucu verilen karar için kanun yollarına gidilse dahi, bu aşamada da taraflar sulh sözleşmesi yapabilirler.

Sulhten tek taraflı dönülemez zira sulh bir sözleşmedir.⁴⁵⁰ Ancak hata, hile gibi irade bozuklukları durumlarında sulh sözleşmesinin iptali istenebilir.⁴⁵¹

Sulhe benzer bir durum da Avukatlık Kanunu Madde 35A gereği avukatlara tanınan uzlaşma yetkisidir.⁴⁵² Uzlaşma sağlanabilmesi, tarafların üzerinde tasarruf edebilecekleri bir uyuşmazlık olmasına bağlıdır⁴⁵³ zira üzerinde tasarruf edilebilecek bir dava sözkonusu değilse uzlaşma imkanı da yoktur.⁴⁵⁴ Örneğin boşanma davaları, nesep ve tapu davaları üzerinde serbestçe tasarruf sağlanabilecek davalardan değildir ve avukatların bu davalarda uzlaşma yetkileri yoktur. Avukatlık Kanununa göre avukatlara tanınan bu yetki⁴⁵⁵, son derece önemli bir yenilik olup⁴⁵⁶, tarafların avukatları ile hazır olarak imza altına aldıkları tutanak mahkeme hükmü niteliğini haiz olup⁴⁵⁷ ilamlı icraya konu edilir.

⁴⁴⁷ HMK.m.154/1 Tarafların mahkeme önünde yaptıkları sulh anlaşması duruşma tutanağına yazılır ve taraflara okunarak imza altına alınır.

⁴⁴⁸ Y3HD,E. 2017/8193,K. 2019/2555,T. 26.3.2019 sayılı kararda taraflar arasında anlaşma sağlanarak sulh yapıldığı ve bu yazılı anlaşmanın mahkemeye sunularak mahkeme içi sulh haline getirildiği, mahkeme önünde anlaşmanın taraflara okunarak imzalarının alınması gerektiği ve bunun bir şekil şartı olduğu,aksi durumda sulhun geçersiz olacağı hasebi ile davanın reddi gerekmiştir.

⁴⁴⁹ HMK.m.314 Sulh hüküm kesinleşinceye kadar yapılabilir.

⁴⁵⁰ ANSAY, Sulh, s. 208; KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 537

⁴⁵¹ HMK.m.315/2 irade bozukluğu yahut aşırı yararlanma hallerinde sulhun iptal istenebilir.

⁴⁵² Madde 35/A- Avukatlar dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle üzerinde serbestçe tasarruf ederek anlaşma sağlayabilecekleri uyuşmazlıklarda müvekkilleri ile birlikte karşı tarafı uzlaşmaya çağırabilirler.

⁴⁵³ HMK.m.313/2 Sulh tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edecekleri davalarda mümkündür demektedir.

⁴⁵⁴ MUŞUL, TİMUÇİN, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, s.442

⁴⁵⁵ 1136 sayılı Avukatlık Kanununa 02.05.2001 tarih ve 4667 sayılı Kanun ile eklenen m. 35/A hükmü uyarınca mevzuatımıza avukatın uzlaşma sağlama yetkisi getirilmiştir.

⁴⁵⁶ Türkiye Barolar Birliği Uzlaşma Sağlama Yönetmeliği RG.14.04.2017, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/04/20170414-5.htm>

⁴⁵⁷ Taraflarca, uyuşmazlığın çözümü hakkında mutabık kalınarak tutulan uzlaşma tutanağı, Avukatların AV.K.M.35A maddesi gereğince ilam niteliğinde belge olup, ilamlı takibin konusudur, İcra ve İflas Kanunu'nun 38 maddesi ve 68/A maddesi uyarınca icra edilebilen ilam hükmündedir./1136 sayılı Avukatlık Kanunu mevzuatı <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.1136.pdf>

Mahkeme içi sulh ile 35A'daki uzlaşma birbirinden farklıdır. Şöyle ki mahkeme içi sulhte taraflar uzlaştıklarını mahkemeye bildirir ve akabinde bu anlaşma bir hükme bağlanır, ancak uzlaşmada bir mahkeme kararına ihtiyaç yoktur, doğrudan ilamlı icraya konu edilebilen bir belge vardır. Sulh her zaman yapılabilir ancak uzlaşma duruşmadan sonra yapılamaz, duruşmadan sonra taraflar sulh olabilirler.⁴⁵⁸ Mahkeme içi ve dışındaki sulhte tarafların aralarında sulh olmaları ve avukatların da vekaletlerinde sulh olma yetkileri varsa⁴⁵⁹ avukatların da sulh olma durumları olabilir. Ancak mahkeme dışı sulh mahkeme içi sulhe dönüşmeden ilam niteliğini kazanamaz. Uzlaşmada ise tutanak kendiliğinden ilam niteliğindedir.⁴⁶⁰

35A uyarınca uzlaşma sulhten farklı olarak şarta bağlı yapılamaz zira uzlaşma tutanağı ilam niteliğindedir ve şarta bağlı hüküm kurulamaz. Sulhte ise şarta bağlı anlaşma yapılabilir ancak tarafların sulh anlaşması hükümde yer almaz.

Kısacası, davayı sona erdiren taraf işlemlerinden feragat, kabul, sulh ve uzlaşma yolları ile karardan dönülebilir. Boşanma kararı verildikten sonra karar kesinleşinceye kadar karardan dönülebilir ve aile mahkemelerinin boşanmaya ilişkin vereceği kararlarına karşı olağan kanun yolu olarak öncelikle istinafa⁴⁶¹, istinaf mahkemesince verilen temyiz yolu açık kararlara⁴⁶² karşı da temyiz yoluna Yargıtay'a gidilmesi gerekecektir. Henüz kesinleşmemiş kararlara karşı başvuru kanun yolları olağan kanun yolları olarak nitelendirilirken; şeklen kesinleşmiş kararların, tekrar gözden geçirilmesini sağlamaya yönelik kanun yolları olağanüstü kanun yolları olarak nitelendirilmektedir. Bu çerçevede, istinaf, temyiz, karar düzeltme olağan kanun yolları olmakla, yargılamanın yenilenmesi olağanüstü kanun yoludur.

⁴⁵⁸ PEKCANITEZ, s.463

⁴⁵⁹ HMK.m.74 Sulh olmak için avukatların özel yetkilerinin olması gerektiği hükme bağlanmıştır.

⁴⁶⁰ Uzlaşma Sağlama Yönetmeliği Madde 15 gereği uzlaşma tutanağı, g bendinde uzlaşma tutanağının, 1136 sayılı Kanunun 35/A maddesi uyarınca, 2004 sayılı Kanunun 38 ve 68/A maddelerine göre ilam niteliğinde olduğunu belirtilmiştir.

⁴⁶¹ Bölge adliye mahkemeleri diğer adı ile istinaf mahkemeleri, istinaf başvurusu ile önüne gelen hukuki uyumsuzluğu hem maddi vakıa hem de hukukilik açısından inceleyerek karar verir. İstinaf, hukuki uyumsuzluğun yeniden ele alınmasını sağlayan ilk derece mahkemesi ile temyiz kanun yolu arasında yeni bir kanun yoludur./BUDAK,A.C,KARAASLAN,V.s.346 vd.

⁴⁶² Temyiz yolu kapalı olan ilk derece mahkemesi kararları, bölge adliye mahkemesinin kararı ile kesinleşir. Temyiz yolu açık olan istinaf mahkemesi hukuk dairelerinin kararlarına karşı 2 hafta içinde temyiz başvurusu yapılır ve Yargıtay incelemesine tabi tutulur.

Bölge Adliye Mahkemelerinin 20.07.2016 tarihi itibarı ile göreve başlaması ile iki dereceli yargılama sisteminden üç dereceli yargılama sistemine geçilmiş ve 20.07.2016 tarihinden evvel ilk derece mahkemelerince verilen kararlara karşı kanun yoluna gidilmesi halinde bu kararlar kesinleşene kadar 1086 sayılı⁴⁶³ HUMK.m.427 gereği temyiz ve karar düzeltme hükümleri uygulanırken, 20.07.2016 sonrası ilk derece mahkemelerince verilen kararlar 6100 sayılı⁴⁶⁴ HMK.m.341 ve devamı gereği istinaf ve temyize tabidir. Üç dereceli getirilen sistemde karar düzeltme yolu kaldırılmış olup⁴⁶⁵, Yargıtay'da onama kararı verilen kararlar sadece şekli anlamda kesinleşecek, red kararları ise niteliği itibarı ile ilk derece mahkemesine yahut bölge idare mahkemesine gönderilecektir. ⁴⁶⁶Olağanüstü kanun yolu olarak yalnızca yargılamanın iadesi düzenlenmiştir.

2.6 ARABULUCULUK VE AİLE ARABULUCULUĞU KAVRAMI

2.6.1 Arabuluculuk Kavramı

Uyuşmazlıkları çözmeye yargılama içinde ve dışında olmak üzere farklı çözüm yollarına yönelmek geçmişten bugüne her zaman gündemde olmuştur.⁴⁶⁷ Ülkemizde de alternatif çözüm yolları yeni bir kavram olmayıp, eskilerden bu yana tarafları barıştırma ve arabulma özellikle belirli meslek örgütleri içinde uygulanan bir yol olmuştur.⁴⁶⁸

Türk Hukukunda her ne kadar dava dışı yöntemlerle anlaşma kültürüne yakın ise de bu çözüm yollarının kurumsallaşması mevzuusu yakın tarihte gündeme girmiştir.⁴⁶⁹ Hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk müessesesi Türkiye’de son dönemde hızlı bir ilerleme kaydetmiştir.

Ancak, Türkiye’nin arabuluculukla tanışması 1990’lı yılların sonu, 2000’lerin başı olmuştur. Adalet Bakanlığı’nca ilk bilimsel çalışma 2006 yılında TÜBİTAK ve

⁴⁶³ 04.07.1927 tarihli 622, 623,624 Sayılı RG.

⁴⁶⁴ 04.02.2011 tarihli 27836 sayılı RG.

⁴⁶⁵ Karar düzeltme müessesesi,5235 sayılı kanunla istinaf mahkemelerinin kurulması ile birlikte ve Türk Medeni Usul hukukuna özgü olan 5236 sayılı kanunla kaldırılmıştır. / 07.10.2004 tarih, 25606 Sayılı RG.

⁴⁶⁶ KURU, B.s.709,BUDAK.A.C,KARAASLAN,V.s.349

⁴⁶⁷BAYRAKTAR, MURATCAN; Türk ve Alman Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk Düzenlemelerine Genel Bakış, İstanbul Barosu Dergisi Sayı2015/4,Cilt 89, Temmuz Ağustos 2015,s.151-164

⁴⁶⁸ EKMEKÇİ, ÖMER; ÖZEKES MUHAMMET; ATALI, MURAT, Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari Ve Zorunlu Arabuluculuk , Onikilevha, S1.Baskı Ekim 2018, s.36

⁴⁶⁹ ÖZBEK, M., Adalet Ulaşma,s.48

Türkiye Sanayi Sevk ve İdare Enstitüsü (TÜSSİDE)'nin moderatörlüğü ile düzenlenen “Türkiye Hukuk Kamu Araştırma Programı Ortak Akıl Platformunda ilk temelleri atılmış ve 03.06.2008 tarihinde “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı”, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin 7 Haziran 2012 tarihli oturumunda kabul edilmiş ve yasalaşmıştır.⁴⁷⁰ 2008 yılında ceza alanında Türk hukuk sistemine giren arabuluculuk mekanizması 2013 sonbaharından bu yana özel hukuk alanına da giriş yapmıştır.

2012 yılında hukuk uyuşmazlıklarında alternatif çözüm yollarının geliştirilmesi amacı ile 6325 sayılı hukuk uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Yönetmelik⁴⁷¹ yürürlüğe girmiştir. Bununla birlikte 2011 yılında 6100 yasılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda arabuluculukla alakalı düzenlemeler yapılmıştır.⁴⁷² HUAK m. 35,I hükmüne ile 19.03.1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 12 nci maddesinin birinci fıkrasının (d) bendine “Hakemlik” ibaresinden sonra gelmek üzere “arabuluculuk,” ibaresi eklenerek arabuluculuk, avukatlıkla birleşen işler arasında açıkça sayılmıştır.⁴⁷³ Bu hüküm gerek avukatlar gerekse de uyuşmazlıkların kısa yollu çözümü bakımından önemli bir hükümdür.

Bu konuda son dönemde getirilen yeniliklerden biri de 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname⁴⁷⁴ olup, genel bütçe kapsamındaki kamu ve özel idarelerde hukuk hizmetlerinin yürütülmesinde uyuşmazlıkların çözümünde sulh yolu ile çözüm getirilmiştir.⁴⁷⁵

⁴⁷⁰ Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Resmi sitesinden alınmıştır. (ET.15.01.2020)

⁴⁷¹ RG.02.06.2018,s.30439

⁴⁷² HMK.m.137/1 maddede yer alan “hakim tarafları üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri davalarda sulhe veya arabululuğa teşvik eder ve bu hususları tutanağa geçirir ” demekte olup, ‘arabululuğa teşvik’ ibaresi 07.06.2012’de 6325 sayılı kanun35.maddesi ile eklenmiştir.

HMK.m.140.maddesi öninceleme duruşması olup, 2.maddesinde hakimin, tarafların arabuluculuğa teşviki ‘arabululuğa teşvik’ ibaresi 07.06.2012’de 6325 sayılı kanun 35.maddesi ile eklenmiştir. 3.maddede de taraflar, arabuluculuk faaliyetinden bir sonuç alamadıkları takdirde anlaşma sağlanamayan hususların nelerden ibaret olduğunu tutanağa geçirir demektir. Arabuluculuk ibaresi, 07.06.2012’de 6325 sayılı kanun35.maddesi ile eklenmiştir.

320/2 maddesinde tarafların ön inceleme ve tahkikat duruşmasında arabululuğa teşviki yer almakta olup, 07.06.2012’de 6325 sayılı kanun35.maddesi ile eklenmiştir

⁴⁷³ 1136 sayılı Avukatlık Kanunu 12.maddesinde avukatlıkla birleşen işlere d bendinde arabuluculuk da eklenmiş ve HUKUK Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Mevzuatı 35.maddede yapılan değişiklik 22/6/2012 tarihli ve 28331 sayılı ResmiGazete’de yayımlanmıştır.

⁴⁷⁴ 26.09.2011 Tarih, RG.02.11.2011 s.28103

⁴⁷⁵ 659 sy. KHK.M.4/1-b,9,10,11,12 / PEKCANITEZ, H;ATALAY, O;ÖZEKES, M,Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı,4.Bası Yetkin Yayınları,s.675

7036 sayılı İş Kanununda da zorunlu arabuluculuğa ilişkin düzenlemeler getirilmiştir.⁴⁷⁶ Kanunun 3.maddesinde dava şartı arabuluculuk kapsama alınmıştır.⁴⁷⁷ Ayrıca 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda⁴⁷⁸, 4787 sayılı Aile Mahkemeleri Kanununda⁴⁷⁹, 6502 sayılı Tüketici Kanununda⁴⁸⁰ ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda⁴⁸¹ alternatif çözüm yolu olan arabuluculuk maddeleri yer almaktadır.⁴⁸² Ayrıca, 18 Mart 1924 tarih ve 442 sayılı Köy Kanunu'nda, 18 Haziran 1927 tarih ve 1086 sayılı HUMK'da, 05 Mayıs 1983 tarih ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nda, 23 Şubat 1995 tarih ve 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da, 17 Haziran 1992 tarih ve 3813 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'da, 06 Ekim 1983 tarih ve 91 sayılı Menkul Kıymet Borsaları Hakkında Kanun Hükmündeki Kararname'de uyuşmazlıkların arabuluculuk kurumu aracılığı ile çözülmesine yönelik düzenlemelere yer verilmiştir.⁴⁸³

Son olarak, hukuki ve ticari uyuşmazlıkların yasa kapsamına alınarak arabuluculuk nezdinde çözülmesi Türkiye' de çok olan dava sayısını azaltmış ve uyuşmazlıkların daha dostane ve kısa yoldan çözümünü sağlamıştır.

⁴⁷⁶ 12.10.2017 kabul tarihli, RG.25.10.2017, s.30221

⁴⁷⁷ İş Kanunu Madde 3 “ Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır maddesi eklenmiştir.

⁴⁷⁸ CMK. mad.253-256 maddeleri arasında uzlaşma müessesesi düzenlenmiştir. 253.madde uzlaşma ve müsadere,254.madde mahkeme tarafından uzlaştırmayı, 255.madde birden çok fail bulunması halinde uzlaştırmayı ve 256.madde ise müsadere usulünden bahsetmektedir.

⁴⁷⁹ Usul hükümlerinin yer aldığı madde olan 7.maddede “aile mahkemesi hakiminin, dava öncesinde esasa girmeden evvel içinde bulunulan durumun şartları çerçevesinde sorunların sulh yoluyla çözümünü, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik eder” demektedir.

⁴⁸⁰ Tüketici Kanunu madde 66'da uyuşmazlıkların çözümü için Tüketici Hakem Heyetini yetkili kılmış ve 2.b bendinde barodan görevlendirecek bir üyenin de heyet üyesi olarak görevlendirileceğinden bahsetmektedir.

⁴⁸¹ Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu madde 50.maddesi, toplu iş uyuşmazlıkların arabulucu yolu ile çözümüne, 57. maddesi Yüksek Hakem Kurulunda çözüm arayışında hakem ve arabulucuya başvurulacağına, 60.madde grev ve lokat durumunda 7. madde bendinde arabulucuya gidileceği ve 63.maddede grev ve lokavtın ertelenmesinde de arabulucu yardımı alınacağına ilişkin maddeler eklenmiştir.

⁴⁸² EKMEKÇİ. Ö, ÖZEKES. M, ATALI,M;s.37

⁴⁸³ ŞAHİN, H.G, Arabuluculuk, Mentis Yayıncılık, 2008

Arabuluculuk müessesesi uyuşmazlığın çözümünde dünyanın birçok ülkesinde uzun yıllardır yaygın olarak uygulanagelmekte olup, çok eski çağlardan bu yana başvuru bir yöntemdir.⁴⁸⁴

Arabuluculuğun tarihi günümüzden 4000 yıl öncesinde kadar değinmektedir. M.Ö. 750’de Homeros’un İlyada’sında⁴⁸⁵, M.Ö. 500’de Sofokles’in Ajax’ında⁴⁸⁶, yani Antik Yunan’da, daha sonraları Roma’da ve Konfüçyüs⁴⁸⁷ etkilerinin uygulandığı Çin’de görürüz.⁴⁸⁸ Şöyle ki, M.Ö 5.yüzyıldan itibaren Konfüçyüs tarafından uyuşmazlığın tarafsız bir arabulucu tarafından çözülmesi ve destek alınması tavsiye edilmiştir. Yahudi toplumlarında da arabuluculuk müessesesi için kurullar oluşturulmuş olup Avrupa ve Kuzey Amerika’da erken uygulama alanı bulmuştur.⁴⁸⁹ İslam geleneğinde de çatışmaların dostane yollarla çözülmesine yönelik uygulamalar dinin gereği olarak benimsenmiş idi.⁴⁹⁰

Günümüzde en etkili ve yaygın olarak kullanılan arabuluculuk Amerika Birleşik Devletlerinde işçi işveren uyuşmazlıklarında 1913’te ilk kez uygulama alanı bulmuş ve giderek kurumsallaşarak yaygınlaşmıştır.⁴⁹¹ Ancak sadece ABD’de değil, Hindistan’dan, Pakistan’dan Hong Kong ve Singapur’a ve Kore’ye, Latin Amerika’dan Kenya’ya, Somali’ye, Orta Doğu’da İsrail’e, Yeni Zelanda’ya, Avustralya’ya, başta Avrupa Birliği’ne üye ülkeler olmak üzere kıta Avrupası ülkelerine kadar pek çok ülkede ve yaygın biçimde kullanılmaktadır.⁴⁹²

⁴⁸⁴ AKİL, CENK, Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, İUHf 2012, c.70S.2 S,287 vd

⁴⁸⁵ İlyada, Homeros’un Troya Savaşı’nı anlatan destanıdır. Yunanca’da Odise ile birlikte en eski edebiyat olduğu düşünülen epik bir şiirdir. MÖ 7. ya da 8. yüzyılda yazıldığı düşünülen Antik Yunan edebiyatının temel eserlerinden biri olup, adalet, hak, eşitlik ve uzlaş kavramına değinilmiştir./ ÖZGÜÇ, ORHAN; Homeros ve Hesiodos’da Adalet Kavramının Kökenleri ve Platon’a Yansımaları

⁴⁸⁶ Sofokles ‘in Ajax veya Aias isimli eseri, MÖ 5. yüzyılda yazılmış bir Yunan tragedyası olup, adalete, hakkaniyete, uzlaşmaya ve toplumsal sınıfla uyuma değindiği bir eserdir / ÜNVER, SERDAR, Yunan Tragedyalarında Athena ve Adaletin Dönüşümü Hukuk Kuramı, C.1,s.5,Eylül – Ekim 2014, s.1-10

⁴⁸⁷ Konfüçyüs, MÖ.551-MÖ 479 yılları arasında yaşamış Çinli filozof olup, Çinlilerin başlıca dini olan konfüçyüsçülüğün kurucusudur. /GÜÇ, AHMET, Konfüçyüs ve Konfüçyüsçülük; Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, cilt 10, sayı 2, s.43-65.

⁴⁸⁸ COŞAR, VEDAT, AHSEN konuşması, Türkiye Barolar Birliği Arabuluculuk Konferansı,2011

⁴⁸⁹ AKÇA, ÇAĞATAY, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarından Arabuluculuk Ve Uzlaştırma, Hukuk Gündemi, Bahar 2009/10,S.25 vd.

⁴⁹⁰ ÖZBEK, MUSTAFA, Avrupa’da Arabuluculuğun İlkeleri Ve Aydınlanması, Prof.Dr.Özer Selici’ye Armağan,Ankara 2006,S.441-53 vd.

⁴⁹¹ ŞAHİN, HASAN GÜNGÖR, Arabuluculuk, Mentis Yayıncılık, 2008

⁴⁹² BİLGİN, HİKMET, AngloSakson Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk Hukuk Gündemi, Bahar 2009/10,S.16 vd.

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 2 nci maddesinin ikinci fıkrasında arabuluculuk, “sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu surette çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi” olarak tanımlanmıştır.⁴⁹³

Buna göre arabuluculuk bir müzakere ortamı sağlayan, tarafların mevcut uyuşmazlığını kesin çözüme ulaştıran, işi kolaylaştıran ve tarafların win-win yöntemi kazandıran bir uzlaşma ortamıdır.⁴⁹⁴ Arabulucu, gizlilik ilkesi çerçevesinde tarafsız davranarak sistemik taktikler dahilinde tarafların uyuşmazlık hususunda bir müzakere ortamı içinde olarak uyuşmazlık konusunda çözümler üretebilmelerini, uyuşmazlık üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilmelerini sağlayarak tarafların iletişimlerini kolaylaştırma görevini haizdir.⁴⁹⁵

Her türlü uyuşmazlık için mahkemeye başvurma hakkı saklı kalmakla birlikte, arabuluculuk ve diğer alternatif çözüm yollarının uygulama alanı bulması maksadı ile uyuşmazlığın kamu düzenini ilgilendirmeyen⁴⁹⁶ ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir konuda olması gereklidir.⁴⁹⁷ Hukuk Uyuşmazlıkları Arabuluculuk Kanunu bu özel hukuk uyuşmazlıklarını tek tek saymamış, sadece kamu düzeninden olmayan ve özel hukuku ilgilendiren uyuşmazlıkların bu alana dahil olduğu yönünde genel bir çerçeve çizmiştir.⁴⁹⁸

Özel hukuk, tarafların serbestliğine ve irade özgürlüğüne dayanan bir alan olmakla, taraflar yargılama dışında istedikleri zaman süreci sonlandırabilecekleri

⁴⁹³ Arabuluculuk Kanunu, md.2 /EKMEKÇİ, Ö; ÖZEKES M; ATALI, MURAT, s.37 vd.

⁴⁹⁴ TANRIVER, SÜHA; Alternatif Çözüm Yolları, Arabuluculuk Kurumuna Hukuki Ve Sosyolojik Bakış, Prf. Dr. Fikret Eren’e Armağan, 2006,s.821-843

⁴⁹⁵ ÖZBEK, MUSTAFA SERDAR: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 3. Baskı, Ankara 2013, s.Uyuşmazlık Çözümü, UYUMAZ, ALPER: Tüketici Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 1, 2012,s.123 vd.

⁴⁹⁶ Kamu düzenini ilgilendiren dava ve işlere örnek olarak, hizmet tespiti, nüfus kayıt davaları, evliliğin feshi davaları, iflas davaları, taşınmazın aynına ilişkin davalar, sosyal güvenlik davaları gösterilebilir. /EKMEKÇİ, ÖZEKES, ATALI ,s.46

⁴⁹⁷ EKMEKÇİ, Ö,ÖZEKES, M, ATALI, M;s.44

⁴⁹⁸ HUK. mad.1/2 Yabancılaşma unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş ve işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulama alanı bulacaktır.

gibi⁴⁹⁹ yargılama sırasında da taraflar ister sulh ile isterlerse de feragat yahut kabulle uyuşmazlığı sonlandırma serbestisine sahiptirler.⁵⁰⁰ Ayrıca hakim de tarafları sulhe ve arabuluculuğa teşvik etme yetkisi mevcuttur.⁵⁰¹ Ancak tabi ki bu alan sınırsız da değildir. Tarafların serbestçe tasarruf edemeyecekleri alanlarda vardır, kamu düzenini ilgilendiren⁵⁰² ve mahkeme kararına, hakimin takdirine ihtiyaç duyulan ve kanunun sınırladığı alanlarda⁵⁰³ arabuluculuk yolu kapalıdır.⁵⁰⁴

Arabuluculuk iradi-gönüllülük, eşitlik esasına dayanan, gizli bir süreçtir. Uyuşmazlık çözümünde şüphesiz en ideal olan iki tarafın karşılıklı görüşerek ve uyuşmazlığı müzakere etmeleridir.⁵⁰⁵

Gizlilik ve güvenilirlik esas olup, hızlı bir yöntem olmasının yanında uyuşmazlığın daha az maliyetle çözüme kavuşmasında da ayrıca etkili bir yöntem olması sebebi ile de tercih edilmektedir.⁵⁰⁶

Zira yargısal faaliyetlerin, adaleti yerine getirmekte gecikmesi adalete olan güveni sarsmakta ve yargısal çözümlerin gerek psikolojik gerekse de sosyolojik olarak maliyetli olması, sürecin esnek olmaması ve kesin kurallarla yürütülmesi karşısında alternatif çözüm yolları başta arabuluculuk olmak üzere daha avantajlıdır.⁵⁰⁷

Arabuluculuk sürecinin nasıl işlediğine gelirsek; mahkeme içinde-dava şartı ve dışında olmak üzere iki türde yürütülmektedir. Mahkeme safahatinde hakim uyuşmazlığın tespitinden sonra tarafları arabuluculuğa (HMK.m.137/1,140/2) yahut sulha (HMK.m.313)teşvik eder. Taraflardan birinin arabuluculuğa başvuru teklifine olumlu dönüş yapılmazsa arabuluculuk reddedilmiş sayılır (Arb.K.m.13/2)Yargılama

⁴⁹⁹ HUA.K. mad.3 İradi olma ve eşitlik başlığındaki maddede “Taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler”demektedir.

⁵⁰⁰ EKMEKÇİ .Ö,ÖZEKES. M, ATALI, M;s.45 vd

⁵⁰¹ HMK.M.137/1, m.140/2 ve 320/2 maddeleri HMK’da yer alan sulhe teşvik maddeleridir.

⁵⁰² Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesi ile kastedilen ise uyuşmazlığın

kamu düzeninden olmaması yani diğer bir ifade ile sulh olmak sureti ile sona

erdirilebilen bir uyuşmazlık olmasıdır. /UYUMAZ, ALPER, s.138 vd.

⁵⁰³ HUA.K.m.1/2 -Aile içi şiddet durumlarında kanun, arabuluculuk yolunu kapatmıştır.

⁵⁰⁴ ÖZBEK, M.S.1180 vd.

⁵⁰⁵ PEKCANITEZ, H;ATALAY, O; ÖZEKES, M, Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı,4.Bası Yetkin Yayınları , s.670

⁵⁰⁶ MUŞUL, TİMUÇİN, 6100 sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Medeni Usul Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2012,s.600 vd./ PEKCANITEZ, HAKAN; ATALAY,OĞUZ; ÖZEKES,MUHAMMET,s.674

⁵⁰⁷ EKMEKÇİ. Ö,ÖZEKES. M, ATALI, M;s.88 vd

tarafların arabuluculuğa başvurmalarını beyan etmeleri üzerine üç aya kadar ertelenebilir. (Arb.K.m.15/5 ve Arb.Yön.M.17/7) Bu süre zarfında zamanaşımı ve hakedüşürücü süreler işlemez. (Arb.K.m.16 ve Arb.Yön.m.19/2)

Arabuluculuk faaliyetinin ne şekilde sonlanacağı kanunda eşitli ihtimallere göre düzenlenmiştir. Her halükarda arabulucu tarafından anlaşma yahut anlaşamamaya ilişkin bir tutanak düzenlenecek ve bu belge daire başkanlığına gönderilecektir. Anlaşma sağlanması durumunda; arabulucu taraflar arasında anlaşma sağlanan konuları anlaşma belgesinde yazacak ve taraflara imzalatacaktır. Gelelim arabulucu tarafından hazırlanan ve taraflarca imza altına alınan bu anlaşma belgesinin içeriğine ve hukuki niteliğine.

2.6.2 ANLAŞMA BELGESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Arabuluculuk toplantısında taraflar uyuşmazlığın çözümünde anlaşma sağlarlarsa arabulucu üzerinde anlaşma sağlanan hususları tutanağa geçirir ve anlaşma belgesi düzenler, bu belge taraflar ile arabulucu tarafından imza altına alınır.(Arb.K.m.18 ve Arb.Yön.m.21/2)

Taraflar davanın görüldüğü mahkemeden bu anlaşma belgesinin icrası için icra edilebilirlik şerhi verilmesini isteyebilirler ki bu anlaşma icra edilebilirlik şerhi alındıktan sonra ilam niteliğini haiz belge⁵⁰⁸ sayılacaktır. (Arb.K.M.18/2,c.1,3 ve Yön.M.21/2)

İlam niteliğinde belgeler, İcra ve İfas Kanunu’nun 38. maddesine göre ilamlı icra hükümlerine göre icra edilir⁵⁰⁹ Arabuluculukta düzenlenen anlaşma belgesi, ilam olmayıp ilam niteliğinde belgedir. (İİK.m.38) Bu özellik ona ilamın hüküm ve sonuçlarından sadece ilam gibi icra edilebilme özelliği kazandırır.

⁵⁰⁸ Kanunkoyucu tarafların gerçek iradeleri ile uyuşmazlığın çözümlendiği ve aralarında yaptıkları sıradan bir anlaşmadan farklı şekilde yapılan anlaşmaya ilam niteliğini getirmiştir. Bu da anlaşmanın taraflar yönünden bağlayıcılığını amaçlamaktadır /AKKAN,MİNE, Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı Ve Sonuçları, s.7, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/594668>

⁵⁰⁹ İİK.m.38 gereği, İlam niteliğindeki belgeler, Mahkeme huzurundaki kabuller ve icrai nitelikteki feragatler, Mahkeme huzurundaki sulhler, Kayıtsız şartsız para borcu ikrarı içeren düzenleme biçimindeki noter senetleri, İcra dairesindeki kefaletler, Temyiz kefaletnameleri ve istinaf kefaletnameleridir.

İlamlar uyuşmazlık konusunda taraflar arasında kesin hüküm doğururken ilam niteliğinde belge bu sonucu doğurmaz.⁵¹⁰

Arbuluculuk sürecine başvurulmuş ve sürecin sonunda bir anlaşma belgesi hazırlanmış olsa bile, bu belgenin mahkemede icra edilmesi her zaman gerekmeyebilir. Ancak belgenin icra edilmesi gerekir ise mahkemeye icra edilebilirlik şerhi almak için başvurulabilir (HUAK, madde 22/2; HUAKY, madde 22/2).Ancak yine aynı maddenin 6.fıkrasında⁵¹¹ eğer anlaşma taraf vekillerinin imzasını taşıyorsa icra edilebilirlik şerhine lüzum bulunmadığından ve ilam niteliğinde belge niteliğinde olduğundan bahsetmektedir. (Arb.Yön.m.21/6) yani mahkeme kararı hükmündedir, bu karar karşı kanun yollarına gidilebilir. (K.18/4)

İlam niteliğinde belgenin icrası için icra edilebilir olması gerekmektedir ve icra edilebilirlik şerhi incelemesi, uyuşmazlığın konusunun arbuluculuğa ve varılan anlaşmanın belirli bir edimin ifasına yönelik olup olmaması ile alakalıdır.⁵¹² İlam niteliğinde belgeler her ne kadar ilâmlı icraya konu yapılabilir ve icra edilebilirlik açısından ilâm ile aynı etkiye sahiplerse de, ilâm ve ilâm niteliğindeki belgeler arasında önemli farklılıklar arz etmektedir ki bunlardan en önemlisi, ilâmlar maddi anlamda kesin hüküm teşkil ederlerken; ilâm niteliğinde belgeler maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmezler.⁵¹³

Tarafların, mahkemeye başvurarak icra edilebilirlik şerhi aldıkları anlaşma, ilam niteliğini kazanmakta olup, mahkemenin verdiği şerh davayı sona erdirir.⁵¹⁴ Mahkemenin bu kararı nihai karardır.⁵¹⁵ Bu nihai karar, istinaf (HMK.m.341)⁵¹⁶ yahut temyiz (HMK.m.373/4)⁵¹⁷ edilebilir.

⁵¹⁰ KURU, B.s.380 vd.

⁵¹¹ 7036 sayılı kanun ile 12.12.2017 tarihinde HUAK'ta getirilen değişiklikle taraflar ve avukatları ile arbulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi de icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılmıştır.

⁵¹² TUĞSAVUL, TAŞPOLAT, s.195

⁵¹³ TANRIVER, İlamlı İcra, s. 32.

⁵¹⁴ KURU,B.s.407 vd.

⁵¹⁵ Nihai karar kesin hüküm niteliğinde olup mahkemenin davadan el çekmesi sonucu doğar. HMK.m.294 maddesinde mahkemenin usul yahut esasa ilişkin vereceği kararla davayı sona erdirir demektir. /BUDAK, C.KARAASLAN, V.s.282 vd.

⁵¹⁶ HMK.m.341 /1 gereği, İlk derece mahkemelerinden verilen nihai kararlarına karşı istinaf yoluna gidilebilir denilmektedir.

⁵¹⁷ HMK.m.373/4 Yargıtay'ın bozma kararı üzerine, ilk derece mahkemesince bozmaya uygun olarak verildiği takdirde bu karara karşı temyize gidilebilir demektir.

Arabuluculuk anlaşma belgesi de bir borçlar hukuku sözleşmesi⁵¹⁸ olup tıpkı diğerleri gibi arabuluculuk sonucunda yapılan sözleşme de, bir sözleşmede bulunması gereken temellerden birinin eksik olması hâlinde uygulanabilirliğini yitirir. Şöyle ki, Borçlar hukuku bakımından gerekli görülen asgari koşullar,⁵¹⁹ arabuluculuk sonucu imzalanan sözleşmede de sağlanmış olmalıdır. Diğer sözleşmelere karşı ileri sürülebilen yanılma halleri bu sözleşme için de geçerlidir, yani sözleşmeler hukuku uygulanır.⁵²⁰ Tarafardan birisi yapılan anlaşmanın kanuna aykırı olduğunu düşünürse, anlaşmanın geçersiz olduğu iddiası ile mahkemeye başvurabilir.⁵²¹

Görüşme sonunda anlaşmaya varılan konular hakkında dava yolu kapalıdır.(Arb.K.m.18/5,Yön.m.21/7)⁵²² Bu da, anlaşma belgesinin bağlayıcı hale getirilmesi için yapılmış bir düzenlemedir.⁵²³

6325 sayılı Kanunun 18 inci maddesine eklenen beşinci fıkra ile, arabulucu huzurunda anlaşılması halinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacağı hüküm altına alınmaktadır.⁵²⁴ Anlaşılan hususların bilahare dava edilemeyeceği⁵²⁵ dikkate alındığında arabulucu tarafından düzenlenecek ve taraflar ve varsa temsilcileri veya avukatları tarafından imzalanacak anlaşma tutanağında anlaşılan hususların net bir şekilde ortaya konulmasında zorunluluk

⁵¹⁸ Sözleşme bir hukuki muamele olup, belirli bir hukuki sonucu doğurmaya yönelik olan ve tarafların karşılıklı iradelerinin uyduğu taraflara borç yükleyen hukuki muamelelerdir (BK.m.1)

⁵¹⁹ Sözleşmenin kurulmasındaki zorunlu asgari koşullar objektif ve sübjektif esaslı noktalar olarak da tanımlanmakta olup, sözleşmenin tipini belirleyen, karakteristik yapısını oluşturan noktalardır ve bu unsurlar olmadığı takdirde sözleşme kurulmaz. Objektif esaslı nokta sözleşmenin tanımında yer alan sözleşmenin asgari unsurunu oluşturan zorunlu unsurlardır. Örneğin satis sözleşmesinde satılan şeyin ne olduğunun ve bedelinin belirtilmesi zorunlu unsurdur.

⁵²⁰ Borçlar Kanununa göre sözleşmenin kurucu unsurlarından bazıları da irade beyanlarının sağlıklı olması, sözleşmenin konusuzun imkansız olmamasıdır. Sözleşmenin kurulabilmesi için İradelerin sakatlanmamış olması gerekmektedir. BK.M.30 irade bozukluklarından yanılma hallerini düzenlemekte olup, yanılma hallerinin varlığı halinde sözleşme düzenlemekte olup, sözleşme kurulurken esaslı yanılmaya düşen taraf o sözleşme ile bağlı olmaz demekte ve aldatma ile korkutma hallerini de irade bozukluklarından saymaktadır.(BK.m.36 ve BK.m.37)

⁵²¹ Kanuna, ahlaka, adaba, kamu düzenine aykırı olan sözleşmeler kesin hükümsüzdür. (BK.m.27)

⁵²² HUAK'ta yapılan bir başka düzenleme de bu yöndedir, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşma sağlanamıyorsa durumunda tarafların üzerinde anlaşma sağladıkları konularda dava açılmayacağı düzenlenmiştir.

⁵²³ UZUN,ALPER, Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve Hukuki Niteliği, Aralık 2017, E.T.01.02.2020 /<http://www.erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi/arabuluculuk-anlasma-belgesi-ve-hukuki-niteliği/>

⁵²⁴ İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı (1/850) ve Adalet Komisyonu Raporu, Sıra Sayısı: 491 (<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss491.pdf>, E. T. 25.10.2017)

⁵²⁵ Tarafların üzerinde anlaşma sağlanan hususlarda dava açma yasağı mevcuttur.(Arb. Yön.m.7 ve 7036 sayılı Kanun 5. Fıkra)

vardır. Bu bağlamda anlaşma belgesinin içeriğinde yer alan düzenlemelerin çok açık ve net olması, icra edilebilirlik kuvveti icrasında sıkıntı yaşamamak için mahkeme hükmü niteliğinde olması gerekliliği ve sulh sözleşmesi⁵²⁶ niteliğinde olması, tarafsız ifadeleri içermesi gerektiği tartışmasızdır.⁵²⁷

Taraflar icra edilebilirlik şerhi talep ettiklerinde, mahkeme bu anlaşmayı icra edilebilirlik şerhi istendiğinde dosya üzerinden değerlendirecek ve bu inceleme, anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı konuları ile sınırlı olacaktır.⁵²⁸

Şayet arabuluculuk aşamasında anlaşma olmazsa bu durum da son tutanakta anlaşma olmadığı yönünde arabulucu tarafından belirlenir, uzlaşmazlık tutanağı düzenlenir. Bu halde, taraflardan her biri yargılamaya devam edilmesini isteyebilir.(Arb.K.m.17/2,Yön.m.25/5) Bunun üzerine mahkeme tarafları duruşmaya davet eder ve davanın esasına girilir. (HMK.m.147) Davacı anlaşamama belgesinin aslını dosyaya sunmak zorundadır ki iş mahkemelerinde bu bir dava şartıdır.⁵²⁹ Şayet taraflar davaya devam etmezse, dava dosyası işleminden kaldırılır(HMK.m.150/3)

2.6.3 AİLE ARABULUCULUĞU KAVRAMI

Aile arabuluculuğu kavramı, aile hukukundan doğan, aileyi oluşturan bireyleri ve sorumlulukları ile bireylerin aile içindeki yetkilerini ilgilendiren kavramları içinde barındıran bir kurumdur.⁵³⁰

Aile Arabuluculuğu da, Türkiye’de işçi işveren uyuşmazlıkları ile ticari uyuşmazlıklarının kazandığı başarının ardından temel arabuluculuk

⁵²⁶ Sulh, bir sözleşme olup tarafların karşılıklı kısmi kabul kısmi feragati şeklinde gerçekleşir/ KURU,B., Usul s.3742 / Sulh sözleşmeleri mahkeme içi sulh ve mahkeme sulh dışı olarak değerlendirilmekte olup, sulh alternatif çözüm yollarından olan arabuluculuk ile çözüme ulaşılmış ise mahkeme dışı sulh olduğu kabul edilir. /KEKEÇ ,s.24, PEKCANİTEZ Usûl, C. III, s. 2033 TAŞPOLAT TUĞSAVUL,s.190. ,BUDAK,A.C.,KARAASLAN V.s.300 „Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları sonucunda bir çözüme ulaşılmışsa bunun mahkeme dışı sulh niteliğinde olduğu ve bu mahkeme içi sulhe dönüşürse mahkeme içi sulh hükümlerine göre icra edileceği yönünde görüşü hakimdir.

⁵²⁷ UZUN, ALPER, a.g.e. makale

⁵²⁸ BUDAK, A.C,KARAASLAN V,s.433 vd, KURU,B.s.407

⁵²⁹ BUDAK ,A.C,KARARASLAN,V.s.434

⁵³⁰ SANA, MURAT, Aile Uyuşmazlıklarının Çözümünde Arabuluculuk, 05.05.2009, s.2 vd.

uygulamalarından uzmanlık aşamasına geçişte ikinci basamağı oluşturacak olan ve yasalaşması beklenen bir platformdur.

Aile arabuluculuğunun, Türkiye’de Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamalarının Geliştirilmesi Projesi⁵³¹ kapsamında 2015’den bu yana çalışmaları sürdürülmektedir. Tüm dünyada aile arabuluculuğunun 30 yıllık bir geçmişi varken⁵³², ülkemizde bu denli gecikmesi, ailevi mevzuların hassas ve karmaşık olması ve ayrıca bu konunun diğer arabuluculuk alanlarından daha fazla uzmanlık gerektirmesi sebebi ile olmuştur.⁵³³

Türkiye’de de tıpkı İngiltere’de olduğu gibi aile arabuluculuğu kavramının ayrı bir uzmanlık alanı gerektirmesi ve hukuk arabuluculuğundan ayrılması gerektiği fikri daire başkanlığınca da benimsenmiş olup 2008 Avrupa direktifinde aile arabuluculuğunun çocuk kaçırma suçlarında ve velayet konularında da olması gerektiği vurgulanmıştır.⁵³⁴ Bu husustaki çalışmalar da Daire Bakanlığınca devam etmektedir.

Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konularda aile arabuluculuğu gündeme gelmektedir.⁵³⁵ Kamu düzenine ilişkin olan ve tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunmalarına olanak vermeyen hukuki ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvurulamaz.⁵³⁶

Genel arabuluculukta olduğu gibi aile arabuluculuğunda da, mahkemeden daha hızlı bir çözüm yolu ile karar almak ve süreci mahkemeden daha etkin ve anlayışlı bir çerçeve içinde çözüme ulaştırmak amaçlanmaktadır.⁵³⁷ Yani, boşanmanın ferilerinden olan maddi manevi tazminat, mal paylaşımı, kişisel ilişki tesisi, nafaka hususları aile arabuluculuğu yolu ile çözümlenmesi mümkün kılınır

⁵³¹ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamalarının Geliştirilmesi Projesi ,2014-Kasım 2017 dönem aralığında İsveç Uluslararası Kalkınma İşbirliği Ajansı ve TC Adalet Bakanlığı tarafından birlikte finanse edilmekte olup, Avrupa Konseyi tarafından da uygulanmaktadır. /PARKINSON, LİSA, Aile Arabuluculuğu, Family Mediation ISBN-978-975-7978-98-5,Ocak 2018

⁵³² İL,SUNAY; Aile Arabuluculuğu, s.23 vd. <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/798165>

⁵³³ 21-22 Kasım 2016 tarihli Arabuluculuk Çalıştayı’nda aile arabuluculuğu eğitiminin 300 saat olmasının planlandığı, aile arabulucularının diğer arabuluculuk eğitimlerinden daha kapsamlı bir uzmanlık eğitiminden geçirilmesi gerektiği ve ayrı bir alan olarak diğer arabuluculuk kollarından ayrılması yönünde çalışmalar yapıldığı belirtilmiştir. Aile mahkemeleri Kanununda aile hakimleri için öngörülen şartların aile arabuluculuğu yapacak uzman arabulucular için de konulması gerekliliği gündemde tutulmuştur.

⁵³⁴ ÖZTATAR,HAKAN, Arabuluculuk Daire Başkanı, Aile Arabuluculuk Çalıştay 1,21-22 Kasım 2016 <http://www.arabuluculuk.adalet.gov.tr> sayfasından alınmıştır.E.T.30.01.2020

⁵³⁵ UYUMAZ, ALPER ; s.129 vd.

⁵³⁶ ÖZBEK, M.S.,s.1184

⁵³⁷ PARKINSON, LİSA; s.X-XI

hale getirilmesi için üzerinde çalışmalar yapılmaktadır. Buna karşın, kadına şiddet yasası kapsamına girecek konularda TBMM Komisyonu, arabulucuların devreye girmemesi için tasarımı aile içi şiddet kapsamı dışında tutmuş ve aile içi şiddet suçlarında arabulucular devreye sokulmamıştır.⁵³⁸ Ayrıca Türkiye'nin taraf olduğu İstanbul Sözleşmesinde de aile içi şiddet konularında arabululuk devre dışıdır.⁵³⁹

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda “aile içi şiddet iddiasını” içeren uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olmadığı açıkça ve özel olarak belirtilmiştir.⁵⁴⁰ Aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olmadığına ilişkin bu hüküm Kanunun Tasarı halindeki metninde yer almamakta olup, sonrada eklenmiştir.⁵⁴¹ Sonradan eklenen hükme ilişkin Adalet Komisyonu, müzakerelerin tarafların eşitliği ilkesine dayandığı, arabuluculuğun uygun müzakere ortamında ve güven içinde gerçekleştirilmesi gerektiği, oysa aile içi şiddet olaylarının sözkonusu olduğu ortamda tarafların kendilerini güvende hissedemeyecekleri ve eşitlik ilkesinin gerçekleşemeyeceği, bu itibarla söz konusu uyuşmazlıkların arabuluculuğa uygun olmadığı da ifade edilmiştir.⁵⁴²

Zaten kanaatimizce de, arabuluculuğun özü de düşünüldüğünde arabuluculuğun amacı, taraflara güven telkin edici bir ortamda uzlaşma ortamı sağlayabilmektir. Arabuluculuk müzakerelerinin, tarafların herhangi bir korku veya baskı altında olmadan, gönüllülük ve eşitlik ilkesine göre gerçekleştirilmesi gerektiğinden, aile içi şiddetin varlığı halinde arabuluculuk müzakereleri sürdürülememelidir.

Buradan yola çıkarak, Türkiye’de de kadına karşı şiddetin önlenmesinde de aile arabulucuğu bir yöntem olarak geliştirilebilir. Nitekim arabuluculuk üzerinde yapılan uluslararası araştırmalar, arabuluculuğun özellikle kadınlara karşı işlenen

⁵³⁸ 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu madde 1/2’de aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olmadığı özel olarak hükme bağlanmıştır

⁵³⁹ İstanbul Sözleşmesi m.48 ‘‘ Zorunlu anlaşmazlık giderme alternatif süreçlerinin veya hüküm vermeninyasaklanması başlığı altında, Taraflar bu Sözleşme kapsamında yer alan her türlü şiddet olayıyla ilgili olarak, arabuluculuk ve uzlaştırma da dahil olmak üzere, zorunlu anlaşmazlık giderme alternatif süreçlerini yasaklamak üzere gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaklardır’’ demektedir.

⁵⁴⁰ Arabuluculuk Kanunu; md 1.’’ Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır.’’ Şu kadar ki, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir. (md.1/2 son cümle)

⁵⁴¹ AKİL, C. s. 123-124.

⁵⁴² BÖRÜ,LEVENT; Kadına Karşı Şiddette Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2017-2017-1720> ,s.185

şiddet olmak üzere, şiddetin tedavisi ve önlenmesinde kullanılan başarılı yöntemlerden biri olduğunu ispat etmiştir.⁵⁴³

Arabuluculuk müessesesinin yer verildiği alanlara bakarsak; Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'da uzlaştırma müessesesi düzenlenmiş ve bu yetki, bu kanunla kurulmuş olan aile mahkemelerine verilmiştir. Aile mahkemelerinde Kanunu madde 6'da hakimin bizzat kendisi arabulucu olarak tarafları uzlaştırabileceği yahut uzmanlardan yardım alabileceğinden bahsetmektedir.⁵⁴⁴ Aile mahkemesi hakimi arabuluculuk görevini bu anlamda üstlenmiş durumdadır, aile arabuluculuğu sistematik olarak devreye girdiğinde hakimin de iş yükü azalacaktır.

AMK m. 7 uyarınca "Aile mahkemeleri, önlerine gelen dava ve işlerin özelliklerine göre, esasa girmeden önce, aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması bakımından eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek bunların sulh yoluyla çözümünü, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik eder. Sulh sağlanamadığı takdirde yargılamaya devam olunarak esas hakkında karar verilir."demektedir. Aile Mahkemeleri Kanunu'na göre, uyuşmazlıkların sulh dışında arabuluculuk yoluyla da çözümlenmesi mümkündür.⁵⁴⁵

⁵⁴³ SARA COBB, "The Domestication of Violence in Mediation", Law and Society Review 1997, N. 3, Vol.31, s. 397-440, s. 398 vd; Mediation Booklet, s. 23 vd. / BÖRÜ ,L.s.190

⁵⁴⁴ 09.01.2003 tarihli Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun, Korumacı, eğitici ve sosyal önlemler başlığı altındaki 6..maddesinde, Aile mahkemesi, diğer kanunlardaki hükümler saklı kalmak üzere görev alanına giren konularda , Yetişkinler hakkında;

a) Evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri konusunda eşleri uyarak ve gerektiğinde uzlaştırmaya, b) Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan malî yükümlülüklerin yerine getirilmesine ilişkin gerekli önlemleri almaya,

c) Resmî veya özel sağlık veya sosyal hizmet kurumlarına, huzur evlerine veya benzeri yerlere yerleştirmeye,

d) Bir meslek edinme kursuna veya uygun görülecek bir eğitim kurumuna vermeye karar verebilir demektir. Ayrıca aynı maddede (Değişik ikinci fıkra:17/10/2019-7188/15 md.) uyarınca Aile mahkemesince verilen bu kararların takibi ve yerine getirilmesinde 5 inci maddeye göre görevlendirilen uzmanlardan yararlanılabilir demektir.

⁵⁴⁵ 2001 yılında açtığı boşanma davası 2008'de sonuçlanan Cengiz Kılıç, uzun süren dava nedeni ile Türkiye'yi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne şikayet etmiş ve AİHM, AİHS'in adil yargılanma hakkına ilişkin içtihatlarını hatırlattıktan sonra, dava konusu meselelere ilişkin kararların hızla alınmasının ve uygulanmasının hem çocuk, hem de anne ve baba için büyük önem taşıdığına dikkat çekmiş ve 7 yıl süren bir boşanma davasında uzun süren yargılama ve yargılama sırasında hakimin tarafları uzlaşmaya teşvik etmek konusunda gayret göstermemesi nedeniyle toplam 17 bin Euro tazminat ödemeye mahkum etmiştir. Mahkeme, Türkiye'de bu konuda "hukuki uyuşmazlıklarda arabuluculuk" yolunun bulunmadığını belirtmiş ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuğa ilişkin tavsiye kararını hatırlatmıştır. Bu karar da gözönüne alınarak 2012 yılından bu yana Türkiye'de arabuluculuğun aile hukuku yönünden temelleri atılmaya

HMK.m.313'de de hakimin, tarafları sulhe davet edeceğinden ve uyuşmazlık konusu üzerinde serbestçe tarafların tasarruf edebilecekleri işlemler için sulhun yapılabileceğinden bahsetmiştir ki arabuluculuk tam da bu noktada devreye girecektir.⁵⁴⁶

Aile arabuluculuğunun, tarafların kendi gelecekleri hakkında kendi kararlarını kendilerinin alacakları, boşanma stresinin azalacağı, çocukların ve tarafların bu zorlu süreçten daha az etkileneceği, gerek madden gerekse de manevi yönden taraflar üzerinde olan baskının azalacağı ve yeni hayatlarında daha kısa bir süreçte daha kolayca adapte olacakları mahkeme dışı bir alternatif çözüm olduğu kanaatindeyiz. Zira mahkemelerin çok uzayan süreçleri gerek çiftleri gerekse de çocukları çok yormaktadır. Özellikle mal rejimi ve paylaşımı davaları uzun yıllar sürmekte, bu sürede maddi açıdan da taraflar sıkıntıya girmektedirler.

2016 Kasım ayında yapılan son arabuluculuk çalıştayında; Nişanın sona ermesi durumunda hediyelerin iadesi ve nişanın bozulması durumunda tazminat talepleri, boşanmanın kesinleşmesiyle birlikte TMK.m.178 uyarınca ileri sürülecek tazminat, nafaka, mal rejimi ve eşya iadesi ile ilgili talepleri arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturabileceği konusunda görüş birliğine varılmıştır. Buna karşılık çocuk velayeti, kişisel ilişki, düzenlemeleri konusunda görüş birliği bulunmamakta olup, bu konuların alanında uzman avukat arabulucular⁵⁴⁷ vasıtası ile yapılması gerektiği ve barışçıl bir ortamda ve psikolojik destek ile sürecin yürütülmesinin teşvik edileceği belirtilmiştir. Amaç; özellikle çocukların ve beraberindeki tarafların refahı olup, sürecin daha kolay, güvenli geçirilmesi yönünde sağlam adımlar atılacağı ve 2020 yılı sonunda aile arabuluculuğunun ayrı bir mevzuatta tanımlanması ve akabinde de yargı sistemine dahil edilmesinin düşünüldüğü çalıştay raporunda ve daire başkanlığında da paylaşılmıştır.⁵⁴⁸

başlanmıştır./http://blog.arabulucu.com/2012/01/aihm-turkiyeyi-aile-uyusmazliklarinda-arabuluculugu-uygulamaya-cagirdi/

⁵⁴⁶ HMK.m.313 Sulh, görülmekte olan birdavada taraflar arası uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek maksadı ile mahkeme huzurunda yapılan sözleşmedir, sulh kesin hüküm doğurur. HMK.m.315 gereği mahkemede taraflar sulh olurlarsa sulh sözleşmesine göre sulh olunmazsa karar verilmesine yer olmadığına karar verilir. Ancak HMK gereği sulh zorunlu olmayan bir yoldur.

⁵⁴⁷ Arabuluculuk Kanunu Madde 3'te bu husus düzenlenmiş ve bağımsız, tarafsız ,uzmanlık eğitimi almış arabulucular tarafından süreç yönetilir denilmiştir.

⁵⁴⁸ 21-22 Kasım 2016 tarihli Arabuluculuk Çalıştayı, ÖZTATAR, H.konuşma metni.

Aile arabulucunun Türk Yargı sistemine dahil edilmesi aileyi ilgilendiren uyuşmazlıkların mahkeme dışı serbest bir ortamda ve daha etkin bir biçimde çözüm bulacağı, bireyler açısından gerek psikolojik gerekse de daha kısa sürede ve daha az maliyetle çözüm getireceği, çocuklar yönünden daha az yıpratıcı ve sağlıklı olacağı, mahkemeler yönünden de iş yükünü azaltacağı görüşündeyiz. Zira arabuluculuk kurumu işlerlik kazandığında kamu düzeninden olmayan ve tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri sorunlar mahkemeye intikal etmeden çözümlenecektir. Bu bağlamda yargının işini azaltması, biriken dosya sayılarının azaltılması, masrafların düşmesi yönünden arabuluculuk kurumu alternatif bir çözüm yolu olacaktır.

3. İKİNCİ BÖLÜM

BOŞANMA DAVASININ HUKUKİ NETİCELERİ

3.1 Genel Olarak

Boşanma davalarının gerek eşler yönünden gerekse de çocuklarla ilgili bir takım hukuki sonuçları vardır. Bu hukuki sonuçlar hakimin boşanmaya karar vermesi halinde eşlerin ve çocukların bundan sonraki hayatlarını etkileyecek olan düzenlemeler olup boşanma kararı ile birlikte doğarlar. Kararda yer alan sonuçlardan bazılarına hakim re'sen kendisi karar vermekte, bazılarına ise tarafların talepleri doğrultusunda karar vermektedir. Örneğin; velayet hakkına hangi eşin sahip olacağı, hangi eş ile çocuk arasında kişisel ilişki kurulacağı, taraflar arasındaki mal rejimi düzenlemesi boşanma kararı ile birlikte doğan hukuki sonuçlardandır.⁵⁴⁹

Boşanma kararında yer almadığı halde boşanma kararı ile birlikte kendiliğinden doğan sonuçlar da vardır. Örneğin boşanma kararı ile birlikte eşlerin yeniden evlenme imkanı edinmeleri yahut birbirlerine artık mirasçı olamayacakları gibi bazı yenilik doğuran sonuçlar kendiliğinden doğmaktadır.⁵⁵⁰

⁵⁴⁹ AKINTÜRK, ATEŞ. s.287

⁵⁵⁰ ÖZTAN, s.285, ZEVLİLER, ACABEY, GÖKYAYLA, s.957 vd, TEKİNAY, s.274 vd

Boşanmanın hukuki sonuçları doktrinde çeşitli ayırımlara tabi tutulmuştur. “Boşanmanın asli-arızı sonuçları”⁵⁵¹ “kanundan doğan sonuçlar, talep üzerine verilecek karara bağlı sonuçlar”⁵⁵² “boşanmanın mali- şahsi sonuçları”⁵⁵³, boşanmanın eşler arasındaki-boşanmanın çocuklar hakkındaki sonuçları”⁵⁵⁴, “boşanma kararının içeriği-sonuçlar”⁵⁵⁵, eşler yönünden sonuçları-çocuklar yönünden sonuçları-mali sonuçları”⁵⁵⁶olarak ayırımlara tabi tutulmuştur.⁵⁵⁷

Ancak biz çalışmamızda boşanmanın getirdiği sonuçları eşler yönünden, çocuklar yönünden ve mali yönden olmak üzere üç ayrı başlıkta ayrı ayrı ele alacağız.

3.2 BOŞANMANIN EŞLER YÖNÜNDEN SONUÇLARI

3.2.1 EŞLER YÖNÜNDEN KİŞİSEL SONUÇLAR

Boşanma eşler yönünden; yeniden evlenme imkânının doğması, eşlerin kişisel durumlarına etkisi, kadının bekleme süresi, zamanaşımının işlemeye başlaması ve miras hukuku menfaatlerinin kaybedilmesi konularında kişisel sonuçlar doğurmaktadır. Hakimin boşanmaya karar vermesi ve evlilik birliğinin sona ermesi; eşler yönünden bir takım mali olmayan sonuçlar getirir. Eşler yönünden kararın kesinleşmesi ile birlikte kişisel sonuçlar doğar. Boşanma kararı bozucu yenilik doğuran bir karardır.⁵⁵⁸ Evlilik birliği sona erdiğine göre evlilikle birlikte kurulan yükümlülük ve haklar da sona erecektir.⁵⁵⁹

Bunları ayrıntısı ile inceleyelim.

⁵⁵¹ FEYZİOĞLU, s.374

⁵⁵² OZTAN,B s. 459 vd.; OĞUZMAN/DURAL, s. 139.

⁵⁵³ KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 189, 190.

⁵⁵⁴ VELİDEDEOĞLU, H.V, s. 251 vd.; AKINTÜRK,T s. 288 vd

⁵⁵⁵ TEKİNAY, S.S, s. 255 vd

⁵⁵⁶ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 133 vd.

⁵⁵⁷ GÜNEŞLİOĞLU, F, Boşanma ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009 s.34

⁵⁵⁸ AKINTÜRK, T,ATEŞ,D.s.289

⁵⁵⁹ Y2HD,E. 2010/16559,K. 2011/16957,T. 25.10.2011E.sayılı kararında; TMK.m.185/3 gereği evlilikteki sadakat yükümlülüğünün evlilik süresince geçerli olduğu ve boşanmanın kesinleşinceye kadar devam edeceği, ancak ilgili kararda sadece erkek yönünden değerlendirme yapılması bozma nedeni sayılmıştır.

3.2.1.1 Evlilik Birliğinin Sona Ermesi ile Eşlerin Yeniden Evlenebilme İmkânı

Kazanmaları

Hakimin boşanma kararı ermesi ile taraflar artık ‘’eş’’ olmaktan çıkar, karar kesinleştiği anda evlilik birliği sona erer ve dolayısı ile evliliğin eşlere yüklediği hak ve sorumluluklar da sona erer.⁵⁶⁰(TMK.m.185) Boşanma kararı ile birlikte eşlerin evlilik birliği içinde birbirlerine karşı görev ve yükümlülüklerinden olan birliğin korunması, sadakat yükümü, eşlerin birbirine yardım yükümü, kişilik haklarının korunması yükümü, eşlerin evlilik birliğinin mutluluğunu elbirliği ile sağlama yükümlülüğü gibi yükümlülükler de boşanma kararı ile sona erecektir.⁵⁶¹ Boşanma davası açmak nasıl ki bozucu yenilik doğuran bir hak ise boşanma kararı da bozucu yenilik doğuran bir karar niteliğindedir.⁵⁶²

Boşanma kararı ile birlikte evlilik de sona ereceğinden artık çiftler boşanmış olacaklarından yeni bir evlilik yapmaya engel durumları ortadan kalkmış olacak, eşler yeniden evlenebileceklerdir.⁵⁶³ Boşanma kararının kesinleşmesi ile birlikte eşler için yeniden evlenme olanağı doğar.⁵⁶⁴ Zira artık mevcut evlilik sona ermiş ve her iki eş için de evlilik kurumu ortadan kalkmıştır. Ancak evlenmek isteyen eş mevcut evliliğinin sona erdiğini ispat etmekle mükelleftir.(TMK.m.130)⁵⁶⁵ Medeni Kanunumuz kadın ile erkek arasında yeniden evlenebilme yönünden ayırım yapmış, kadın için üç yüz günlük bir süre koymuştur.⁵⁶⁶ (MK.m.132) 132.madde f.1’e göre evlilik sona ermiş ise evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün geçmedikçe evlenemez.⁵⁶⁷ Burada amaç, soy bağı karışıklığının önlenmesidir.⁵⁶⁸

⁵⁶⁰ AKINTÜRK, ATEŞ, s.289, ZEVLİLİLER, ACABEY, GÖKYAYLA, s.957, TEKİNAY, s.227, ÖZTAN, s.285

⁵⁶¹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 138 vd., ÖZTAN, B, s.286

⁵⁶² DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 133; AKINTÜRK, s. 276.

⁵⁶³ AKINTÜRK, ATEŞ s.289

⁵⁶⁴ TEKİNAY, S, S, s.227

⁵⁶⁵ Gerek TMK.m.130 gerekse de 743 sayılı MK.m.93 tekrar evlenmek isteyen eşin vefat veya boşanma, butlan hükmü ile evliliğin zail olduğunu ispata mecburdur.

⁵⁶⁶ 743 sayılı Medeni Kanun 93. Ve 142. maddeleri yürürlükten kaldırılmış olup, 142.maddeye göre kusurlu olan eşe boşanma davasında mahkemece bir yıldan az iki yıldan fazla olmamak üzere evlenmekten memnuiyet cezası veriliyordu, bu halde boşanan çiftler başkaları ile evlenebilmek için sürenin geçmesini bekliyor ancak süre genelde beklenmediğinden gayri meşru sonuçlar doğuyordu. İlgili maddeler kaldırılması toplum yararına olmuştur /ÖZKAN, H; Boşanma ve Tazminat Hukuku, Çağlayan Yayınevi, 1988, s.20

⁵⁶⁷ 743 sayılı MK.95/1 Boşanan kadın boşanma kararının kesinleştiği tarihten itibaren üç yüz gün geçmedikçe tekrar evlenemez. Bu madde sadece kadınla için geçerli olup nesep karışıklığına mahal veröeök için getirilmiştir. (Eski MK’da ayrıca 142/I madde gereği evlenme yasağı süresi de öngörölmüşüştür ki bu süre bekleme süresinden tamamen farklı bir meseldir kusurlu olan eşin evlenme yasağı olarak tabir edilmekle 4721 sayılı yasa ile kaldırılmıştır)

Kadın, iddet müddetinin kaldırılması için dava açabilir ⁵⁶⁹ ve gebe olmadığını ispatlarsa mahkeme iddet müddetini kaldırabilecektir, gebe olunmadığının ispatı için kadın tarafından alınacak rapor da sürenin kalkmasına yardımcı olacaktır. Zira kanun sürenin kısılmasından değil kalkmasından bahsetmektedir.⁵⁷⁰ Mülga Kanunda bu süreyi kısaltma olarak yer almakta idi.⁵⁷¹ Kadının gebe olmadığını anlaşılması ve evliliği sona eren eşlerin birbirleri ile yeniden evlenmek istemeleri halinde mahkeme süreyi kaldırır.(MK.m.133)⁵⁷² Ancak bu bekleme süresi zarfında yapılan evlilik de geçersiz olmayıp sadece evlenme engelidir. (TMK.m.154)⁵⁷³ Erkek için ise böyle bir düzenleme bulunmamakta olup, evliliğin sona ermesinin kesinleşmesinden itibaren erkek hemen evlenebilir. Erkek boşanma kararının kesinleşmesi ile hemen, kadın ise boşanma kararının kesinleşmesinden sonra üç yüz günlük iddet müddetinin bitiminden sonra yeni evlilik yapabilecektir.⁵⁷⁴

İddet müddeti zarfında doğan çocuğun babası karine olarak koca kabul edilmiştir. (TMK.m.285)⁵⁷⁵ Meğer ki çocuğun evlilik içinde ana rahmine düşmediği ispatlanmalıdır. Aksini iddia eden koca babalık davası açarak babalık karinesini MK.m.286 gereği çürütebilir.⁵⁷⁶

TMK.m. 290 ; Çocuk evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün içinde doğmuş ve ana da bu sırada yeni bir evlilik yapmış ise ikinci evlilikteki koca babadır demektir. Bu durum kavram karışıklığı yaratmakla kanunda da karinelerin

⁵⁶⁸ GENÇCAN, Ö,U.s.799, ZEVKLİLER,A,ERTAŞ,Ş,HAVUTÇU,A,GÜRPINAR,D; Yeni Medenî Kanuna Göre Medenî Hukuk 9. Bası, Turhan, Ankara 2015,s.230

⁵⁶⁹ TMK.m.132/3 Kadının önceki evliliğinden gebe olmadığını anlaşılması veya evliliği sona eren eşlerin yeniden birbirleriyle evlenmek istemeleri halidne mahkeme bu süreyi kaldırır demektir.

⁵⁷⁰ Kanun maddesine göre hakimin bu konuda takdir hakkı olmayıp, kadının gebe olmadığı anlaşılırsa bekleme süresi tamamen kaldırılmalıdır.

⁵⁷¹ 743 Sayılı Eski Medeni Kanun madde 96/2'da karı koca birbirleri ile evlenmek isterse hakim bu süreyi kısatır demekte idi. TMK ise bu sürenin kaldırılmasını esas almış ve hakime takdir yetkisi bırakmamıştır.(TMK.m.132/3)

⁵⁷² İNAL, N.s.853

⁵⁷³ 743 sayılı yasa md.122, bekleme müddeti geçmeden evlilik yapılırsa bu evlilik evlenmenin feshi sebebi değildir diyerek evlenme engelinden bahsetmiştir / GENÇCAN, Ö,U.s.799

⁵⁷⁴ MK.m.132 'Evlilik sona ermişse, kadın, evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün geçmedikçe evlenemez. Doğurmakla süre biter. Kadının önceki evliliğinden gebe olmadığını anlaşılması veya evliliği sona eren eşlerin yeniden birbiriyle evlenmek istemeleri hallerinde mahkeme bu süreyi kaldırır ''demektir.

⁵⁷⁵ TMK.m.285.madde babalık karinesini düzenlemiş olup, evlilik içinde veya evliliğin sona ermesinden başlayarak 300 gün içinde doğan çocuğun babası kocadır demektir/ Y8H,E. 2017/7288,K. 2018/2224,T. 15.2.2018 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁵⁷⁶ Y8HD,E.2017/87,K.2017/744,T. 26.1.2017 tarihli kararda esas olan HMK.m.285 gereği evlilik içinde yahut evlilik birliğinin sona ermesinden itibaren 300 gün içinde doğan çocuğun babası kocadır ancak HMK.286 gereği bu karine çürütülebilir, soybağı reddedebilir.

çatışması başlığında işlenmiştir. Ancak ikinci evlilikteki kocanın baba sayılması karinesi çürütülebilir, ki çürütülürse kanun ilk evlilikteki kocanın baba sayılacağından bahsetmiştir.⁵⁷⁷ Zira ispat yükü iddia edene düşmekle dava safahatinde taraflara yükümlülükler getirmektedir.⁵⁷⁸

Bu karine DNA testlerinin yüzde 99 doğru sonucu vermesi ile kolaylıkla çürütülebilir iken günümüzde kanunda yer alan iddet müddetini beklemek manasız olduğu görüşündeyiz, hatta tekrar birbirleri ile evlenmek isteyen çiftlerin önüne bu sürenin kaldırılması için dava açma mecburiyetini getirmek hem taraflar için hem de mahkeme için külfet olacaktır. Ancak bu görüşe katılanlar olduğu gibi haksız bulan yazarlar da bulunmaktadır. Şöyle ki, Dural⁵⁷⁹, sürenin beklenmesinin gereksiz olduğu ve rapor ile de tespiti kolay olan bir durum için babalığın tespitinin sağlanabileceğini ve TMK.m.132'nin varlığını madde 290 karşısında geçerliliğini yitirdiğini ifade etmiştir. Gençcan⁵⁸⁰ da aynı görüşte olup, karinelerin çakışması halinde 290.maddenin yol göstermesine rağmen iddet müddetini eleştirmiştir. Buna karşın, Hatemi ve Arsebük⁵⁸¹ karşıt görüşte olup, iddet müddetinin gerekliliğini muhafazakar bir yaklaşımla vurgulamış, boşanmanın suiistimal edilmesini engellemek amacı ile dava açılmasının gerekliliğinden bahsetmişlerdir.

3.2.1.2 Kadının Evlenme İle Edindiği Kişisel Durumunu Boşanmaya Rağmen Koruması

⁵⁷⁷TMK.m.290 gerekçesi/ <http://www.ilhanhelvacidersleri.com/turk-medeni-kanunu/turk-medeni-kanunu-madde-290>

⁵⁷⁸ YHGK, E. 2019/4-85,K. 2019/314,T. 19.3.2019 SAYILI kararda soybağının reddini isteyen baba çocukların kendisinden olmadığını, ancak evlilik birliği içinde çocuklara masraf yaptığını,tüm babalikk örevlerini yerine getirdiğini ancak çocukların biyolojik baba olamadığının öğrenmesi karşısında manevi ve maddi tazminat talebinde bulunmuştur. Yerel mahkeme manevi tazminatı kısmen kabul etmiş, maddi tazminatı reddetmiştir. HGK önüne gelen uyuşmazlıkta maddi manevi tazminat davanın 285 ve 286 gereği kanıtlandığından bahisle kabulüne ve maddi manevi tazminata hükmetmiştir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁵⁷⁹ DURAL, M,ÖĞÜZ, T,GÜMÜŞ, M.A,Türk Özel Hukuku Cilt III

Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, s.60

⁵⁸⁰ GENÇCAN, Ö,U. Aile Hukuku s.301

⁵⁸¹ <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2018-136-1776> / GAYRETLİ,AYDIN,Seda; Kadın ve Kanuni Bekleme Süresi,s.280

4721 sayılı Medeni Kanun madde 173'e göre boşanma durumunda kadın, evlenme ile edindiği kişisel durumunu korumaya devam eder.⁵⁸² Eski Medeni Kanun madde 141'e göre ise boşanan kadın evlenme ile iktisap ettiği şeriatı muhafaza eder demektedir. Burada şeriat, kişisel hal anlamındadır.⁵⁸³ Yani, kadın evlenme ile kazandığı kişisel durumunu boşansa dahi muhafaza etmeye devam edecektir.⁵⁸⁴ Kadının evlenme ile kazandığı vatandaşlık hali ve evlenme ile kurulan kayın hısımlığı boşanmadan sonra da devam eder.⁵⁸⁵ Maddede evlenme ile sayılan kişisel durum, erginlik, vatandaşlık, kayın hısımlığı ve özel olarak düzenlenmiş olan soyadı mevzuudur. (TMK.m.173/1)⁵⁸⁶ İlgili madde hem erkeği hem kadını kapsamakta olup, evlenme ile ergin olunur⁵⁸⁷ ve koca, karısının kan hısımları ile kayın hısımları olur ve boşanmadan sonra da bu statü devam eder.⁵⁸⁸

Bilindiği üzere artık Türk vatandaşlığı evlenme ile kazanılmamaktadır.(VK.m.16) Bunun için bazı şartlar gerekmektedir.⁵⁸⁹ Bunlar en az üç yılda beri evli olmaları, fiilen birlikte yaşamaları, evliliğin devamı kaydı ile yurtiçinde en büyük mülki amirliklere yazılı başvuru şartı da gerekmektedir.

Evlenme ile Türk Vatandaşlığını kazanan kadınlar, evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yıl içinde evlenmeden evvelki sahip oldukları vatandaşlığı muhafaza ettikleri yahut o vatandaşlığa dönebildikleri takdirde Türk Vatandaşlığından ayrılabilirler. (VK.m.28)

4721 sayılı yasa m.11 f.1 gereği evlenme ile kazanılan erginlik, boşanma olsa dahi devam eder. Kayın hısımlığı için de durum aynıdır. Evlilik sona erse bile kayın hısımlığı sonlanmaz.(TMK.m.129/b.2 ve EMK.m.18/2)

Soyadı için ise özel ve ayrı bir düzenleme yapılmıştır.

Buna göre;

⁵⁸² GENÇCAN, Ö.U. S.786,ÖZTAN. B, s.285

⁵⁸³ İNAL, N.s.853

⁵⁸⁴ TMK.m.173 boşanma halinde kadın, kişisel durumunu korur; ancak, evlenmeden önceki soyadını yeniden alır demektedir.

⁵⁸⁵ ÖZTAN B.s.285 vd.

⁵⁸⁶ DURAL. M, ÖĞÜZ, T,GÜMÜŞ, M.A. s.139,TEKİNAY s.227

⁵⁸⁷ TMK.m.11 Evlenme kişiyi ergin kılar demektedir olup boşanma yahut evliliği iptali, ölüm hallerinde de sona ermesinde dahi bu erginlik devam eder.

⁵⁸⁸ AKINTÜRK. s.278

⁵⁸⁹ <https://multeciler.org.tr/evlilik-yoluyla-turk-vatandasi-olma-sartlari>, E.T.10.08.2019

3.2.1.2.1 Boşanma Sonrası Kadının Soyadının Değişmesi

Soyadı konusunda kanun özel bir düzenleme yapmış olup, boşanan kadın artık boşandığı eşinin soyadını kullanamayacaktır.(TMK.m.173) Evliliğin ölüm dışındaki hallerde sona ermesi durumunda kural olarak kadın eşinin soyadını kullanamaz. Ölümle sona eren evliliklerde kadın eşinin soyadını kullanmaya devam edebilmektedir.⁵⁹⁰ Evlilik birliğinin boşanma yahut butlan gibi sebeplerle sona ermesi hallerinde kadın soyadını ancak belirli şartlar dahilinde kullanabilecektir.⁵⁹¹

Kural bu olmakla, istisnaen ⁵⁹² eşinin soyadını kullanmakta menfaati olduğunu ve bu durumun eşe zarar vermeyeceğini ispatlarsa eşinin soyadını kullanabilir. (TMK.m.173/2) ⁵⁹³

Eğer eş eşinin soyadı ile tanınmış ve ün yapmış ise eşinden soyadını kullanabilmesi için izin isteyebilecektir.⁵⁹⁴ Bu talep için dava açması gerekmekte ve menfaati olduğunu ispatlamalıdır.⁵⁹⁵ İlgili kararda kadının boşanma sonrası kızlık soyadını kullanmada zorluk yaşadığı, resmi işlemlerde sıkıntı çektiği belirterek eşinden bu yönde talepte bulunmuş ve eşinin de izin vermesi üzerine hakimden talepte bulunmuştur.⁵⁹⁶

Yine benzer bir kararda davacı eş, eşinin soyadı ile ünlendiğini, tüm bilimsel çalışma, makale ve tezlerini eşinin soyadı ile yaptığını, toplumda bu isimle tanındığını ispatlaması halinde hakimden eski soyadını kullanmak için talepte bulunabilir.⁵⁹⁷ Ancak şartların değişmesi halinde yahut soyadı kullanılan eşin,

⁵⁹⁰ ARPACI, ABDÜLKADİR S.173

⁵⁹¹ TMK.M.158/f.2 uyarınca evliliğin butlanına karar verilmesi durumunda eşler arasında mal rejimi, tazminat nafaka ve soyadı hakkında boşanmaya dair hükümler uygulanır demektedir.

⁵⁹² FEYZİOĞLU, F.N,s.376

⁵⁹³ DURAL. M, ÖĞÜZ.T, GÜMÜŞ M.A, s.139

⁵⁹⁴ Y2HD,E. 2012/20089,K. 2013/14380,T. 27.5.2013 tarihli kararında kadın evlilik soyadı ile tanınmış ise evlilik soyadını kullanmakta menfaati olduğunun kabulü gerekir demekle yerel mahkemenin red kararını bozma sebebi yapmıştır.

⁵⁹⁵ Y2HD.,E. 2012/10358,K. 2013/10157,T. 11.4.2013 tarihli kararında eşin soyadını kullanma menfaati olduğu gerekçesi ile dava açılmıştır. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁵⁹⁶ Y2HD.E. 2008/18445,K. 2009/5190,T. 23.3.2009 tarihli dava boşanılan eşin soyadını kullanmaya izin davası olup, TMK.m.173 gereği şartları varsa ve menfaat ispatlanırsa kadın eski eşinin soyadını alabilecektir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁵⁹⁷ Y2HD.E.2009/19005,K.2009/5094,T.19.03.2009 tarihli kararda davacı kadının yüksek lisans tezlerinde, emeklilik işlemlerinde davalı eşinin soyadını kullanmakta yararının bulunduğu ve bu kullanımın eşine zarar vermeyeceği gerekçesi ile yerel mahkeme kararı Yargıtay’ca bozulmuştur. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

menfaatlerine zarar gelmesi halinde koca, bu iznin kaldırılmasını talep edebilir.(TMK.m.173/3) Koca açacağı davada, boşandığı eşinin artık soyadını kullanmakta menfaati kalmadığını, yahut boşandığı eşinin soyadı ile ünlendiği işi yapmadığını-artık örneğin sinema sanatçılığından emekli olduğunu ve artık tanınmadığını, yahut yeni bir evlilik yaptığı için kendi ismi ile anılmasını istemediğine dayanak göstererek soyadının kullanılmasından men edilmesini isteyebilir.⁵⁹⁸

Ancak kocanın haklı bir sebep gösterememesi karşısında mahkeme hakiminin davayı reddi gerekir ki aksi durum hakkın kötüye kullanılması amacını taşıyacağı sarihtir.⁵⁹⁹ Ayrıca dava hakkı sadece kocanın olmayıp, kadın da eşinin soyadının kaldırılması için dava açabilecektir.⁶⁰⁰

Davacı kadın, eşinin kullandığı soyadı ile zorluk yaşadığını, artık bu soyadı kullanmakta bir yararı olmadığını ve kızlık soyadına dönmek istediğini dava açarak belirtebilir.⁶⁰¹ Burada takdir hakkı hakimde olup, hakim ‘‘haklı’’sebeple görürse bu değişikliğe izin verecektir. Ancak kanunumuz kadına genel mahkemede bu talebini ileri sürmesi gereğini belirtmiş, Md.173’e dayanamayacağını ifade etmiştir. Zira artık boşanmadan sonraki istekler kadının kendi kişisel hayatına yönelik olup, nüfus kaydındaki soyadının düzeltilmesi için genel mahkemede dava açmasına cevaz vermiştir.⁶⁰² Bununla beraber boşanan kadın bu hakkını ‘‘bireysel başvuru ‘‘ile arayacaktır. Zira bu genele yayılan bir uygulama olmayıp sadece dava açan kişide sonuçlarını doğuracaktır.

Bunlarla birlikte kadın, kocasının soyadı yanında bekarlık soyadını da kullanabileceği gibi⁶⁰³ evlenmeden evvel dul ise boşanma halinde dulluk soyadına⁶⁰⁴

⁵⁹⁸ <http://www.bosanma.org.tr/kocanın-soyadini-kullanma-iznini-kaldirma-davasi/>

⁵⁹⁹ ÖZTAN. B, s.286

⁶⁰⁰ GENÇCAN, Ö,U. s.797

⁶⁰¹ Y2HD,E. 2009/4986,K. 2010/8392,T. 27.4.2010 ve Y2HD,E. 2009/8404,K. 2010/10496,T. 31.5.2010 tarihli kararlarında davacı kadın, kızlık soyadına dönmeyi taleple kocasının soyadının kaldırılmasını TMK.m.173’e dayanarak talep etmiştir. / TEKİNAY S.s.228

⁶⁰² Y2HD,E. 2009/4986,K. 2010/8392,T. 27.4.2010 sayılı dava, kadının bekarlık soyadını kullanmasına izin davası olup, aile mahkemelerinde davanın görülmesi gerektiğinden görevsizlik kararı verilmesi gerekir denilmiş ancak karşı oy yazısı davanın boşanmadan sonraki kısmını ilgilendirdiğinden asliye hukuk mahkemelerinde görülmesi gerektiği yönündedir.

⁶⁰³ Y2HD,E. 2008/7463,K. 2009/11823, T.18.6.2009 tarihli kararda davacı kadın akademik kariyerini kendi kızlık soyadı ile yaptığını ve kızlık soyadı ile tanındığını, evlendikten sonra kocasının soyadı ile birlikte soyadını kullanmasının zorluklar yarattığını ileri sürerek kocasının soyadının iptalini dava etmiş ve karar AYM.m.90 eşitlik ilkesi ile AİHS 14. Maddesi de göz önüne alınarak kabul edilmiştir.

dönmesi kuralı kabul edilmiştir.⁶⁰⁵ Ayrıca da kadın yine dava açıp dulluk soyadı yerine bekarlık soyadını almak isteyebilir.⁶⁰⁶

1990 yılında Türk Medeni Kanununda yapılan değişiklik öncesiboşanan kadının, eski eşi izin verse dahi evlilikle kazandığı soyadını taşıma imkanı bulunmamakta idi. Değişiklik sonarası eski eşin soyadını kullanma imkanı getirilmiştir ki bu da kadını koruma amaçlı olup boşanmanın manevi zorluklarını az da olsa hafifletmeye yöneliktir.⁶⁰⁷

Bizim ise katıldığımız görüş, boşanma sonrası kadın ister ilk evliliğinden sonra isterse de son evliliğinden sonra bekarlık soyadına dönmektense başkaca bir soyadı seçebilmesi olmalıdır. Zira evlenerek statüsü değişen kadının, baba soyadına tekrar dönmesi mecbur kılınmamalı, kendisinin tercih edeceği başka bir soyadını alabilmelidir. Yetik de bizimle aynı görüşü savunmakta, kadınların bu özgürlüğe ve yeni bir ad seçme hakkına haiz olması önerisini getirmiştir.⁶⁰⁸

Ancak bir taraftan da bakıldığında boşanan kadının kendi seçeceği soyadı almasının da zorlukları vardır, seçeceği soyad ile kendi çocuklarının soyadı arasında fark olacak, kadının sosyal hayatında zorluklara sebebiyet verecek, her işlemde ve her mecrada çocukları ile kendisi arasındaki bağı ispatla yükümlü olacaktır.

Her ne kadar boşanan kadının boşanma sonrası, kendi soyadını seçebilme özgürlüğünü savunsak da bahsettiğimiz sakıncaları sebebi ile sosyal hayatta zorluk yaratacaktır. Bu durum çok hassas bir denge olup, kadının kendi bağımsızlığına da engel yaratmaktadır. Zira boşanan kadının yeni bir evlilik yapmak istemesi

⁶⁰⁴ Y2HD.E. 2006/11282K. 2007/1666T. 12.2.2007 tarihli dava ölen kocanın soyadını kullanmaya izin verilmesi talebi ile açılan bir dava olup, ilk kocasının ölümünün ardından ikinci evlilik yapan davacı, ikinci eşten boşanmasının akabinde ilk kocasının soyadını almak için talepte bulunmuştur. 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun m. 173 hükmünün maddesinde ‘‘dul iken evlenen ve sonrasında boşanan kadın evlenmeden önceki soyadını almakta yarar sahibi olabilir demektedir. Ancak yapılan değişiklikle 3678 sayılı Yasa, boşanan kadın için bu olanağı kaldırmış, kadının daima bekârlık soyadını alması zorunluluğunu getirmiştir. Kadının dulluk soyadına dönmesi kuralı kabul edilmiş olup ayrıca isterse bekarlık soyadını almak için dava açılabilceği hükme bağlanmıştır.

⁶⁰⁵ TUTUMLU, M.A,s.1255 vd.

⁶⁰⁶ Y20HD,E. 2016/14868,K. 2017/1002,T. 9.2.2017 ilgili karar, dul olan kadının boşandıktan sonra bekarlık soyadını taşımasına izin verilmesi davası ile ilgili olup, TMK.m.173 çerçevesinde değerlendirilip kabul kararı verilmiştir.

⁶⁰⁷ GÜLER, ZEYNEP; Türk Hukukunda Kadının Soyadına İlişkin Gelişmeler Çerçevesinde Çocuğun Soyadı, Aralık,2018 ,İstanbul Kültür Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi,s.42

⁶⁰⁸ YETİK. N, Boşanma, Anlaşılmalı Boşanma Ve Mal Rejimleri, Bilge Yayınevi,2005, s.54

durumunda da eski eşinin soyadını kullanmaya devam etmesi hali de manevi anlamda karışıklığa sebebiyet verecektir.

Görüldüğü üzere boşanan kadının, gerek baba soyadına dönmesi halinde gerekse de eski eşin soyadını kullanmaya devam etmesi durumunda kadının varlığı hiçe sayılacak, bu yolla kişilik hakkı zedelenecek ve ancak illa koca ya da babanın boyunduruğuna girdiği takdirde varlık kazanacağı ifade olunmaktadır. O sebeple kendisinin yeni bir soyismi seçmesi daha adaletli olacaktır kanaatindeyiz.

3.2.1.2.2 Eşlerin Artık Birbirlerine Mirasçı Olamamaları

Boşanmanın kişisel sonuçlarından biri de boşanma kararının kesinleşmesi ile birlikte eşlerin mirasçılık sıfatlarının kaybıdır.⁶⁰⁹ Boşanan eşler birbirlerinin mirasçısı olamaz.⁶¹⁰ Boşanan eşler artık birbirlerinin mirasçısı olma sıfatlarını da boşanma kararı ile birlikte kaybederler.⁶¹¹

Ancak burada anlaşılması gereken evlilik birliği süresinde eşlerden biri ölürse birbirlerinin yasal mirasçılıkları devam edeceğidir.⁶¹² Boşanma ile birlikte, eşlerin evlilik birliği içinde birbirlerine yapmış oldukları ölüme bağlı tasarruflar kendiliğinden hükümsüz hale gelir.⁶¹³ (TMK.m.181)

⁶⁰⁹ DURAL. M, ÖĞÜZ .T, GÜMÜŞ, M.A, s.140, VELİDEDEOĞLU, s.252

⁶¹⁰ GENÇCAN, Ö.U. s.801

⁶¹¹ MK.m.181/1 “Boşanan eşler, boşanmadan önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflarla kendilerine sağlanan hakları, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça, kaybederler” demektir.

⁶¹² Y10HD, E. 2015/20973, K. 2018/3303, T. 10.4.2018 sayılı kararda TMK.m.181 gereği boşanan eşler birbirlerinin mirasçısı olamazlar ve boşanmadan evvel kendilerine yapılan ölüme bağlı tasarruflar ile sağlanan hakları kaybederler hükmüne yer verilmiş, ve 6217 Sayılı Kanun'un 19. maddesiyle Türk Medeni Kanunun 181/2 değiştirilerek, “Boşanma davası devam ederken, ölen eşin mirasçılarının birisinin davaya devam etmesi ve diğer eşin kusurunun ispatlanması hâlinde de yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır” hükmü getirilmiştir. Şayet boşanma davasının devamı sırasında ölen tarafın mirasçılarının birinin davaya devam ederek karşı tarafın evlilikteki kusurunu ispatlarsa, ilk fıkra hükmü gereği boşanan eş gibi miras hakkını kaybedecektir demektir. Buna göre ilgili kararda kusur araştırmasına gidilmeyerek hüküm kurulması eksiklik yönünden bozmayı gerektirmiştir.

İNAL, N.s.854,

⁶¹³ Y14HD, E. 2016/3144, K. 2016/7420, T. 22.9.2016 sayılı kararda dava, mirasçılık belgesinin iptali istemine yönelik olup, tarafların boşanma aşamasında oldukları ve karar kesinleşmeden mirasçılığı tarafından bu davanın açıldığı anlaşılmıştır. Mirasçılarının kusur yönünden davaya devam ettikleri anlaşılmıştır. Kusur araştırmasında davalının kusuru olduğunun tespiti halinde mirasçılık sıfatını kaybedecektir. Bu araştırma yapılmadan karar verilmesi bozma sebebi yapılmıştır.

Eski Medeni Kanun m.146/1 hükmünde de şimdiki kanunla paralel olarak boşanan eşlerin birbirleri ile mirasçı olamayacakları belirtilmiş, maddenin 2.fıkrası ile de hükmün kesinleşmesi ile evlenme mukaveleleri ve ölüme bağlı tasarrufların hükümden düşmesi ve sağlanan menfaatlerin eşler yönünden kaybedilmesinden bahsedilmiştir.⁶¹⁴ Ancak Yargıtay 2 Hukuk Dairesi, bu hususta zaman içinde fikir değiştirmiş, boşanma kararının verildiği anda mı yoksa kararın kesinleştiği anda mı hüküm ifade edeceği hususunda tereddüt yaratmıştır.⁶¹⁵ İlk görüşünde; boşanma kararı verildikten sonra henüz kesinleşme olmadan⁶¹⁶ davacı, davalıdan önce vefat ederse, boşanmak istemeyen davalının mirasçı olacağını, buna karşı aynı safhada davalı ölürse davacının mirasçı olamayacağını savunmuştur.⁶¹⁷

Ancak sonrasında görüş değiştiren Yargıtay, bu defa boşanma kesinleşmeden ölen tarafların birbirlerine mirasçı olacaklarını ifade etmiştir.⁶¹⁸

Taraflar arasında çekişmeli bir boşanma davası var ise ve bu dava safahatinde davalı ölürse bu durumda kusur ilkesi mirasçılık sıfatının kazanılmasına yahut kaybedilmesine sebep olacaktır. Evlilik birliği ölüm ile sonlandığında davacı mirasçıları boşanma davasına devam ederek “davalının boşanmaya sebep olacak ağırlıkta kusurunu kanıtlarsa” davalı eş mirasçı olamayacak ve boşanma kararı verilemeyecektir.⁶¹⁹ Sadece ölüm ile, kazanılan mirasçılık sonlanacaktır. Boşanmaya sebep olacak ağırlıkta davalının kusurunu kanıtlanamazsa davalı eş mirasçı olacaktır. Türk Medeni Kanununda iki halde boşanmada kusurun olup olmadığı tartışılmaz ki bunlardan biri de anlaşmalı boşanma (TMK.M.166/3) olup diğeri fiili ayrılık sebepli boşanma davasıdır (TMK.m.166/4). Dolayısı ile anlaşmalı boşanmada, tarafların serbest iradeleri ile boşanmak istedikleri anlaşmalı boşanma davası sürerken yahut karar kesinleşmeden taraflardan birinin ölmesi halinde kusur araştırmasına

⁶¹⁴ FEYZİOĞLU ,F.N, s.377

⁶¹⁵ TEKİNAY, S.S.228; AKINTÜRK.T , ATEŞ,D. s.292

⁶¹⁶ Y2HD.E.1998/6854,K.1998/9439,T.17.09.1998 sayılı kararda her ne kadar taraflar arasında boşanma davası açılmış ise de evlilik, boşanma ile değil ölümle sona ermiştir. Dolayısı ile açılan boşanma davası konusuz kalmıştır /ERGÜN. Z, s.534

⁶¹⁷ Y2HD.E.1949/4978,K.1949/6215,T.19.12.1949 /TEKİNAY, S.s.228

⁶¹⁸ AKINTÜRK. T , ATEŞ,D. s.292 vd. /Y2HD,E. 2009/11856,K. 2009/15801,T. 16.9.2009 sayılı kararında boşanma davası devam ederken davacının ölmesi halinde davacının mirasçıları boşanma davasına devam ederek davalının “kusurunu “ispatlarsa davalının mirasçı olamayacağından bahsetmektedir. / Y2HD,E. 2015/18512,K. 2016/10917,T. 2.6.2016 Boşanan eşlerin birbirlerine mirasçı olamayacaklarına ilişkin karardır.

⁶¹⁹ Y2HD,E. 2016/8372,K. 2016/8785,T. 2.5.2016 Evliliğin ölüm tarihinde sona erdiği gözetilmeden boşanma kararı verilemez, zira evlilikölüm ile bittiğinden açılan dava da konusuz kalmış olacaktır.

girilmeyecek ve ölümle evlilik sona ereceğinden taraflar birbirlerinin mirasçısı olacaklardır.

Bununla beraber yeni kanunun getirdiği yeniliklerden biri de boşanma davası sırasında vefat eden murisin mirasçılarının davaya devam etme imkanidir. (MK.m.181/2) Ancak 181.maddesinin 2.fikrasının ilk hali, boşanma davası devam ederken ölen davacının mirasçılarının davaya devam etmesi ve davalının kusurunun tespiti halinde de yukarıdaki fıkra uygulanır demektedir. Burada yer alan “davacı” ve “davalı” ibareleri Anayasa Mahkemesinin 22.10.2010 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan kararı ile iptal edilmiştir.⁶²⁰ Anayasa 10.ve 36.maddelerine aykırı olduğu tespit edilen bu ifadelerin davacı ve davalı sıfatının eşit olması lüzumu ve hakkaniyet gereği iptali sağlanarak madde değişiklik yapılarak “taraf”ların eşitliği sağlanmıştır.⁶²¹ Eski Kanun madde 146/2, boşanmanın kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olması sebebi ile mirasçılarının davaya devam edemeyeceklerini, zira şahsa bağlı hakların ölümle sona erdiğini ifade etmiştir.⁶²² İmre ve Serozan da aynı görüşte olup, kusur yönünden dahi olsa kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkı 3.şahısların yürütmesini yadırgamıştır.⁶²³ Ancak bu durum yeni kanunla değiştirilmiş ve murisin mirasçılarının da davaya devam etme hakkı getirilmiştir ki bu hak mirasçılarının taraflar arasında evliliği sona erdirmeye yönelik değildir.⁶²⁴ Evlilik zaten ölümle kendiliğinden ortadan kalkmıştır, mirasçılar davaya davalının kusurlu olup

⁶²⁰ AYMK, Esas Sayısı : 2008/102,Karar Sayısı : 2010/14,Karar Günü : 21.1.2010, R.G. Tarih-Sayı : 22.10.2010-27737, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "davacının" ve "davalının" sözcüklerinin Anayasa'nın 10. ve 36. maddelerine aykırılığı sebebi ile iptal kararı.

⁶²¹ AY.m.10 “Kanun önünde eşitlik” maddesi olup, herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. (Ek fıkra: 7/5/ 2004-5170/1 md.) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. (Ek cümle: 12/9/2010-5982/1 md.) Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

AY.m.36 “Hak arama hürriyeti” maddesi olup, (Değişik: 3/10/ 2001-4709/14 md.) Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir demektir.

⁶²² EMK.m.146/2 Boşanan karı koca birbirlerinin mirasçısı olamaz ve evlenme mukavelesi ile veya boşanmadan evvel yapılmış olan ölüme bağlı tasarruf ile sağlanan temin olunan menfaatleri kaybeder demektir / bkn.aynı görüş ,İMRE,Z.s.111

⁶²³ İMRE,Z.s.111; <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/727203>, Doğan Hande, Anayasa Mahkemesi'nin Türk Medeni Kanunu 181/II Hükmüne İlişkin Karar İncelemesi,s.141

⁶²⁴ Y10HD,E. 2015/20973,K. 2018/3303,T. 10.4.2018 tarihli kararında boşanma davası safahatinde taraflardan birinin ölmesinin akabinde davaya mirasçılar tarafından devam edilmesi yalnızca kusur tespitine yöneliktir. Kusurun ispatı halinde mirasçılık sıfatının kaybı belirtilmektedir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

olmadığının tespiti için devam edeceklerdir ki bu da ileride miras haklarını etkileyecektir.⁶²⁵

Bununla beraber belirtmekte fayda vardır ki, her ne kadar boşanmadan sonra eşler birbirlerine mirasçı olmayacaklar ise de eğer eşler arasında kan hısımlığı varsa miras hakları devam edecektir.(743 Sayılı yasa MK.m.146/2) Burada kast edilen karı koca sıfatı ile mirasçı olunamayacağı halidir.⁶²⁶

Boşanma ile birlikte miras haklarının kaybedilmesi yalnız yasal mirasçılıkta değil atanmış mirasçılık ve vasiyet alacaklısı olma sıfatlarının da kaybı demektir.⁶²⁷ Boşanma halinde ölümden önce eş lehine yapılan tüm tasarruflar hükümsüz hale gelecektir.⁶²⁸

Taraflar boşansalar bile bu tasarrufların hüküm ifade edeceği yönünde bir şart koysalar dahi bunun hukuki bir geçerliliği olmayacak olup, kanun emredici niteliktedir.(743 sayılı yasa 146/2)⁶²⁹

4721 sayılı TMK md.181 de aksi kararlaştırılmadıkça, boşanma halinde eşler kendileri lehine sağlanan hakları kaybederler demektir.⁶³⁰ Yani burada eşlerden birinin iradesinin diğer eş lehine olduğu anlaşılırsa diğer eşin mirasçı olmaya devam edeceği anlamını taşımakta olduğunu görüyoruz.⁶³¹ Örneğin Tekinay, boşanma üzerinden 10 yıl geçtikten sonra vasiyetnamesini değiştirmeyen boşanmış eşin bu davranışı aynı vasiyetnameyi muhafaza etmek gayesini taşıdığını ifade ederken, öğretide Feyzioğlu ve Şıpka da kanunun emredici hükmü karşısında bu durumun yok sayılması gerektiği görüşünü savunmuştur.⁶³²

⁶²⁵ DURAL, M.,ÖĞÜZ. T.,GÜMÜŞ, M.A,s.140

⁶²⁶ AKINTÜRK. T,s.256, GENÇCAN, Ö,U, s.801

⁶²⁷ İMRE. Z, s.306, GENÇCAN, Ö,U.s.801,

⁶²⁸ ÇAĞA (EGGER), s.245, AKINTÜRK.T., s.231, ÖZTAN B.s.288 /Y2HD.E. 2018/2854,K. 2019/1093,T. 14.2.2019 sayılı kararlar taraflar arasındaki boşanma davası kesinleştiğine göre dava konusu taşınmaz aile konutu vasfını yitirmiş olup, ilgili talepler hakkında karar verilmesine yer olmadığı kararı tesis edilmiştir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁶²⁹ FEYZİOĞLU, S.378,VELİDEDEOĞLU, s.254

⁶³⁰ Y2HD,E. 2004/12717,K. 2004/14722,T. 8.12.2004 karar gereği boşanan eşler birbirlerinin yasal mirasçıları olamazlar ve TMK.m.181/1 gereği karar vermek gerekirken red kararı usul ve yasaya aykırıdır. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁶³¹ DURAL, M.,ÖĞÜZ.T, GÜMÜŞ.M.A, s.140

⁶³² FEYZİOĞLU,F.N,s.378, <https://jurix.com.tr/article/9939>, ŞIPKA,Ş,ÇELİKEL Y. Boşanma Davası Devam Ederken Eşlerden Birinin Ölmesinin Maddi Hukuk Bakımından Sonuçları

Katıldığımız görüş ise 146.maddenin 2.fıkrasıdır.⁶³³ Zira mirasbırakanın iradesini tespit etmek zor olacağı ve uzun miras davaları ile tarafların ispat problemi yaşayacağı noktasıdır. Eşlerin evlilik birliği içinde birbirleri lehine yapmış oldukları tasarrufların evlilik birliği süresince geçerli olması gerektiği kanaatindeyiz.

Şöyle ki, burada sıkıntı taraflar arasında açılan ve devam eden boşanma davası sırasında vefat eden eşin mirasçılarının davaya devam ederek diğer eşin kusurunu ortaya koymaları yönünde olacak ve çıkan sonuca göre mirasçılık sıfatları belirlenecektir.⁶³⁴ Dolayısı ile eğer lehine tasarrufta bulunulan eş kusurlu çıkarsa mirasçılık hakkını kaybedecektir. Ancak bu durum sadece çekişmeli boşanma davaları için geçerli olacak olup, anlaşmalı boşanma davalarında kusur tespiti yapılamayacaktır.⁶³⁵ Bu halde de miras bırakan ile eşin evliliği ölüm ile sona ermiş sayılacak ve miras hakları devam edecektir. Dolayısı ile boşanma davası sırasında ölen miras bırakanın yapmış olduğu tasarrufların geçerli olup olmadığını ve evlilikte lehine tasarruf sağlanan eşin kusurunu ispatlamak mirasçılara düşecek ve bu da meşakkatli ve uzun bir yöntem olacaktır. Dolayısı ile kanunun bu hususta emredici olması ve hakkı direkt ortadan kaldırmasının daha adil olacağını düşünmekteyiz.

TMK.m.181 hükmünün gerekçesinde mirasçılar tarafından devam ettirilen davada sağ kalan eşin kusurlu olup olmadığının saptanacağı belirtilmektedir. Kimi yazarlar⁶³⁶ ve Yargıtay kararlarında⁶³⁷ bu davanın bir tespit davası olduğunu

⁶³³ EMK.m.146/2’de ‘‘Boşanan karı koca birbirinin kanuni mirasçısı olamaz ve evlenme mukavelesi ile veya boşanmadan önce yapılmış ölüme bağlı bir tasarruf ile temin olunan menfaatlerini zayi eder’’ hükmü yer almakta idi. Ancak TMK.m.181/2 boşanma davası devam ederken davacı eşin ölümü halinde, davalının buna rağmen mirasçı olabilmesi belli koşullar altında engellenebilmektedir. Buna göre ölen davacının mirasçılarının herhangi birisinin davayı devam ettirmesi ve davalının kusurlu olduğunun sabit olması halinde, davalı eş, davacıya mirasçı olamayacaktır. Davacı eşin ölümü halinde evlilik kendiliğinden son bulacak, davacının ölümüne rağmen mirasçılarının birisinin devam ettirdiği bu dava eşlerin boşanmasına yönelik olmayacak, yalnızca boşanmada sadece davalının kusurlu olup olmadığı karara bağlanacaktır.

⁶³⁴ Y2HD.,E. 2017/4743,K. 2018/11642,T. 22.10.2018sayılı kararda boşanma davası devam ederken taraflardan birinin ölmesi durumunda mirasçılarının davaya devam etmesi boşanmaya yönelik değil, kusura yöneliktir. Ancak ilgili davada süresi zarfında delil ibraz edilmemesi sebebi ile tanık delili sonuç doğurmamış ve davalı aleyhine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.

⁶³⁵ Y2HD.,E. 2018/7133,K. 2019/2956,T. 18.3.2019 tarihli kararda anlaşmalı boşanma yönünden kusur tespiti yapılamayacağından davacı mirasçısının kusur tespitine yönelik talebinin reddedilmesi gerekirken aksi karar bozmayı gerektirmiştir.

⁶³⁶ ÖZTAN, B.s.773-774, TUTUMLU, M .A.s.115, Açılacak davanın sadece eşin kusurunu tespit etmek için olacağı, eşin davada kusurlu bulunduğu takdirde mahkemenin eşin kusuru sebebi ile mirası olamayacağına karar veremeyeceğini savunmaktadırlar.

⁶³⁷ Y2HD.E.2005/17867,K.2006/5233,T.11.04.2006 sayı kararda boşanma davası devam ederken davacı tarafın ölmesi hâlinde mirasçılarının davaya devam etmesinin sadece kusurun tespiti yönünde ve

savunurken, kimisi ⁶³⁸ de tespitin yeterli olmadığını ayrıca eşin mirasçılığını önlemek için ayrı bir dava daha açılması gerektiği inancındadır.

3.2.1.2.3 Boşanan Eşler Arasında Cebri İcra Yasağının Kalkması

Cebri icra yasağı, eşlerin birbirlerinden olan alacaklarından dolayı birbirlerine karşı icra takibi yapamamaları anlamına gelmektedir.(EMK.m.165/1)⁶³⁹ 743 sayılı yasa ile eşler, evlilik birliği devam ederken birbirlerinden olan alacaklarından ötürü icra yoluna gidemiyorlardı.⁶⁴⁰

Ergün ⁶⁴¹, Kanun koyucunun karı kocayı karşı karşıya getirmemek için icra yasağı koyduğundan bahsederken, Öztan, cebri icra yasağının varlığını aile içindeki düzen ve dirliğin sağlanması için faydalı bulmuş ve çocuklar ve anne baba arasında da konulması gereğinden bahsetmiştir.⁶⁴² Zevkliler de aynı görüşte olup, aile içindeki huzurun kaçmasına sebebiyet vereceği görüşündedir.⁶⁴³ Tekinay, bu maddenin karı kocayı korumak değil, evlilik birliğinin saygınlığını muhafaza etmek maksadlı olduğu fikrindedir ancak eşin diğer eşe olan borcunu ödemekte direnmesi yahut ödememesinin de evlilik içinde daha büyük hüsrana yol açacağını ve aile huzurunu kaçıracağını savunmaktadır.⁶⁴⁴

Bizim fikrimiz ise diğer yazarların görüşleri ile paralel olarak, aslolan aile birliğinin huzuru olduğudur ve evlilik süresince cebri icra yasağının uygulanması gerektiğidir. Taraflar arasında mevcut alacak borç ilişkileri evlilik içinde gizli kalmalı kanaatindeyiz.

Ancak ne var ki bu yasak sadece icra yasağı⁶⁴⁵ olup, dava hakkını engellememekte idi, yani eşler birbirlerine karşı dava açabilirler anlamına gelmekte

TMK.m.181/2 gereği olacağını, boşanma yönünden olmayacağını belirterek onama kararı verilmiştir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁶³⁸ DURAL, ÖZ, s.43 AKKANAT, s.43

⁶³⁹ OZBAY,İ.Eşler arasında cebri icra yasağı,<https://dergipark.org.tr/download/article-file/262127>,s.87-119

⁶⁴⁰ ZEVKLİLER, ACABEY,GÖKYAYLA, s.773

⁶⁴¹ ERGÜN. Z ,s.35

⁶⁴² ÖZTAN, B.s.130

⁶⁴³ ZEVKLİLER, A,s.800

⁶⁴⁴ TEKİNAY,s.293

⁶⁴⁵ ÖZTAN,B.s.131,FEYZİOĞLU, s.183

idi ⁶⁴⁶ ve EMK.m.166-167 ve 168 cebri icra yasağının istisnalarından idi. Sonrasında, 4721 sayılı TMK ile eşler arasındaki cebri icra yasağı kaldırılmıştır. ⁶⁴⁷ Bu Medeni kanuna 4721 sayılı yasa ile gelen yeniliklerden biridir. ⁶⁴⁸ 4721 sayılı yasa madde 217 hükmü ile eşlerin birbirlerinden olan alacakları muaccel olabileceği ⁶⁴⁹ öngörülmüştür. Kanun koyucu yasanın 2.fıkrasında eğer borcun ifası, borçlu eşi evlik birliğini tehlikeye düşürecek şekilde önemli güçlüklerle sokacaksa hakim kendisine süre tanıyacağını da ekleyerek ödemede kolaylık getirmiştir. ⁶⁵⁰ Bu kolaylık borçlunun mahkemeye başvurarak, talebi halinde borcun ödenmesi, takside bağlanması, borca karşılık aynı teminat verilmesi halleri olabileceği gibi hakim takdirindedir. ⁶⁵¹

İlgili maddeye paralel olarak 6098 sayılı Borçlar Kanununda da eşler arasında evlilik birliği devam ettiği sürece eşlerin birbirlerinden olan alacakları için zamanaşımının işlemeyeceği düzenlenmiştir. ⁶⁵² Dolayısı ile evlilik birliği içinde duran zamanaşımı da evliliğin sona ermesi ile işlemeye başlayacaktır. (EBK.m.132/b.3) ⁶⁵³ Bu demek oluyor ki evliliğin, boşanma ile sona ermesi durumunda karar kesinleşinceye kadar zamanaşımı işleyecektir.

Bununla beraber, katılma alacağı, katkı payı alacağı veya değer artış payı alacaklarının istenebilmesi için her halükarda eşler arasındaki mal rejiminin sona ermesi ve tabiki evlilik birliğinin de sona ermiş olması gerekir. ⁶⁵⁴

⁶⁴⁶ Y2HD.,E. 1999/9752,K. 1999/12117,T. 10.11.1999 ve Y2HD,E. 1988/3353,K. 1988/4511,T. 22.4.1988, Y2HD,E. 1982/1687,K. 1982/2177,T. 9.3.1982 ilgili kararlar cebri icra yasağına yönelik olup, evlilik devam ederken eşlerin birbirleri hakkında icrai işlem yapmalarına engel bir durum olmadığını hüküm altına almıştır.

⁶⁴⁷ Y2HD,E. 2000/4320,K. 2000/6206,T. 11.5.2000 İlgili kararda boşanma gerçekleştiğinden eşler arasında cebri icra yasağı da kalmadığından bahsedilmektedir.

⁶⁴⁸ TMK.m.217 Eşler arasındaki borçları düzenlemiş olup, mal rejimi eşler arasındaki borçların muaccel olmasını önlemeyi diyerek eşlerin birbirlerinden olan borç ve alacaklarını talep edebilir, birbirlerine karşı icra takibine geçebilir ve borç tahsilatı yapabilirler diyerek eski yasadan farklı bir .

⁶⁴⁹ Y2HD.E. 2007/651,K. 2008/1764,T. 18.2.2008 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁶⁵⁰ TMK.217/2 gereği, borçlu eşin borcu ödemesi evlilik birliğini olumsuz etkileyecekse hakim talep halinde borçlu eşi süre verecek ancak karşılığında kendi takdiri dahilinde alacağın temini için güvence de isteyecektir.

⁶⁵¹ ŞAHİN,EBRU; <http://www.artemishukuk.com/makaleler/eslerin-aralarindaki-borclari-duzenleyen-kanunlar/>

⁶⁵² BK.M.153/b.1 ve 3'de evliliğin devamı süresince tarafların birbirlerinden olan alacakları için zamanaşımını işlemeyi, başlamışsa durur demektir.

⁶⁵³ Y2HD.,E. 1985/5060,K. 1985/5268,T. 30.5.1985 Evliliğin devamı süresince zamanaşımı işlemeyi.

⁶⁵⁴ YHGK.,E. 2013/8-375,K. 2013/520,T. 17.4.2013,katılma alacağının 10 yıllık zamanaşımı süresine tabii olduğu belirtilmiş olup tarafların evlilik tarihinde edinilmiş mallara katılma rejmi geçerlidir. 743 sayılı yasada mal rejimi sözkonusu iken öngörülmemiş olmakla, mal ayrılığı rejimi dönemi bakımından BK.nun 125. maddesinde öngörülen 10 yıllık zamanaşımı süresi uygun düşmektedir. BK.nun 125. Maddesi gereği her dava 10 senelik zamanaşımına tabidir denilmiştir ve Mal Rejiminin

178.madde zamanaşımını düzenlemiştir.⁶⁵⁵ Zamanaşımı, bir borcun doğuran yahut yok eden ortadan kaldıran bir kurum olmamakla, doğmuş bir hakkın talep edilmesini ortadan kaldıran bir kurum olarak tanımlanır.⁶⁵⁶ Alacak hakkının belirli bir süre kullanılmaması o hakkın kullanımından yoksun olmaktır. Buna göre bahsi geçen kesinleşmeden itibaren bir yıl içinde talep edilmeyen alacaklar eksik borç haline gelir yani hakkı ortadan kaldırmaz.⁶⁵⁷ Kısacası zamanaşımı süresi zarfında ileri sürülmeyen haklar kaybolmaz yalnızca o hakkı dava edebilme hakkı ortadan kalkar. Burada bahsi geçen bir yıllık süre zarfında borcu ödemeyen eş zamanaaşımı defi'ni ileri sürerek borcundan kaçınma hakkına sahiptir ancak zamanaşımını ileri sürecek olan kendisidir, hakim kendiliğinden zamanaşımını gözetemez.⁶⁵⁸

Hak düşürücü süreden farklı olarak borçlu olan eş, borçlu olmadığını mahkemeye usul hukuku gereği kendisi bildirmek zorunda olduğu borcu ödemekten kaçınmasını sağlayan hukuki bir yoldur. (BK.m.161)⁶⁵⁹

3.2.2 BOŞANMANIN EŞLER YÖNÜNDEN MALİ SONUÇLARI

Boşanma kararının kesinleşmesi ile birlikte eşler yönünden kişisel sonuçlar doğduğu gibi bir takım mali sonuçlar da doğar. Bunlar, Mal rejimi tasfiyesi, maddi manevi tazminat istenmesi ve nafakadır.⁶⁶⁰ İlgililerin talebi halinde hakim boşanma sonrası maddi-manevi tazminat ile nafakaya karar verecektir.⁶⁶¹ Boşanmanın fer'i sonuçlarını kural olarak hakim belirler. Boşanma davası açılmadan önce veya dava sırasında eşler, boşanmanın fer'i sonuçlarına ilişkin anlaşma yapabilirler. Eşlerin

Tasfiyesi 179. maddesinde de, "mal rejiminin tasfiyesinde eşlerin bağlı olduğu rejime ilişkin hükümler uygulanır" denilmektedir. Dolayısı ile edinilmiş mallara katılma rejiminin tabi olduğu davacının davasında 10 yıllık zamanaşımı süresinde katılma alacağı talep edilmemesi gerekir denilmiştir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁶⁵⁵ TMK.m.178 Evliliğin boşanma sebebi ile sona ermesinden doğan dava hakları, boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrar.

⁶⁵⁶ TBK.146-161 maddeleri arasında düzenlenen zamanaşımı, kanunda alacak hakkının belirli bir süre kullanılmamasının dava edilebilme niteliğinden yoksun kalması olarak tanımlanmıştır.

⁶⁵⁷ <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/zamanasimi-ve-hak-dusurucu-sure-ayrimi.html>

⁶⁵⁸ HGK.E.2006/4-232, K.2006/269sayılı kararı,İçtihat Bilgi Bankası

⁶⁵⁹ 6098 sayılı yasa BK.m.161 zamanaşımı ileri sürülmedikçe hakim bunu kendiliğinden göze alamaz.

⁶⁶⁰ DURAL,M.ÖĞÜZ.T,GÜMÜŞ,M.A.S,147, TEKİNAY,S.S,223,FEYZİOĞLU,F.N.s.378

⁶⁶¹ Y2HD,E. 2013/19382,K. 2014/942,T. 20.1.2014 ,sayılı kararda hakim talepten fazlasına karar veremeyeceği, ancak talep halinde hüküm kuracağı belirtilmiştir. (HMK.m.26/1) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

anlaşma yapabileceği konular, hakim resen karar vereceği veya kanunen düzenlenmiş hususların dışında kalan özgür iradeleriyle düzenleyebileceği taleplerine bağlı olan konulardır. Anlaşmalı boşanmada taraflar anlaşma konularını kendileri belirlemekte, üzerinde anlaşma sağlamakta⁶⁶² ve hakim onayından geçirmekte, çekişmeli boşanmalarda ise davanın münderacatı gereği hakim takdir etmektedir.⁶⁶³ Anlaşmaya dayanan boşanmada eşlerin boşanmanın fer'i sonuçlarına ilişkin anlaşması zorunlu unsurdur.

3.2.2.1 MALLARIN TASFİYESİ

Boşanma halinde eşler, tabi oldukları mal rejimine göre malları paylaşırlar ve herbiri kendi malını geri alır.⁶⁶⁴ Eşler ister mal ayrılığını, isterse de mal birliğini seçmiş olsunlar, boşanma durumunda malların tasfiyesi gerekir. (MK.m.179) Boşanma ile birlikte eşler arasında mal rejimi de sona erer.⁶⁶⁵ Eğer eşler mal ayrılığı rejimini seçmişler ise-ki 743 sayılı yasada mal ayrılığı rejimi kabul edilmiş idi-paylaşım çok da mümkün olmayacaktır.

Zira mal ayrılığı rejiminde herkesin malı kendisinin olduğundan paylaşılacak bir mal olmayacak ve gayrimenkuller tapuda o kişi üzerinde kalmaya devam edecek, taşınırlarda da her bir eş kendi malının zilyedliğini tek başına edinecektir. ⁶⁶⁶ Malların tasfiyesi ancak mal birlikteliğinde ve mal ortaklığı rejimlerinde söz konusu olacaktır. Bu rejimlerde tasfiye, boşanma halinde tarafların kendi kişisel malını geri alması ile olacaktır. Kanunumuzda mal rejiminin ne şekilde tasfiye edileceği TMK.m.179-180'de düzenlenmiştir.

Şayet şahsi mal satılmış ve yerine başka bir şey alınmış ise bu defa da o malın geri verilmesi talep olunacaktır.⁶⁶⁷ Ayrıca eğer kişisel mallar karşılıklı tasfiye

⁶⁶² Y2HD.E. 2001/8854,K. 2001/10277,T. 2.7.2001 sayılı kararda tarafların tek bir konuda dahi anlaşamamalarının anlaşmalı boşanmaya girmeyecğinden bahsetmektedir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁶⁶³ Y2.HD, E. 2018/1171,K. 2018/12318,T. 1.11.2018 sayılı kararında tarafların anlaşmalı olarak boşandıkları, davacı kadının kararı temyiz ettiği ve ileri sürdüğü boşanma sebeplerinin davacı tarafça ispatlanması gerekliliğini ve davanın 166/1-2 çerçevesinde hakim tarafında değerlendirilerek hüküm kurulması gerektiği belirtilmiştir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁶⁶⁴ FEYZİOĞLU,F.N.,S.378,GENÇCAN,Ö.U.s.803

⁶⁶⁵ ÖZTAN. B.s.296

⁶⁶⁶ GENÇCAN , Ö.U,s.803

⁶⁶⁷ FEYZİOĞLU, F.N.s,376

edildikten sonra ortada artan bir değer var ise eşler arası mevcut kabul edilen mal rejimine bakılacak olup, eğer taraflarca mal birliği kabul edilmiş ise 743 sayılı yasa madde 210 gereği üçte biri kadına, üçte ikisi kocaya verilecektir. (EMK.m.210) Mal ortaklığı rejimi kabul edilmiş ise yarı yarıya bölüştürülecektir.⁶⁶⁸

Ancak yeni yasaya göre durum değerlendirmesi yaparsak; 4721 sayılı yasamız eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejimini benimsemiştir.(TMK.m.202)⁶⁶⁹ Boşanma halinde mallar yasal mal rejimi usulüne göre paylaştırılır.⁶⁷⁰

Eşler, 01.01.2002 tarihi öncesi evliliklerde yasal mal rejmi kanuni mal rejimi, 01.01.2002 tarihi sonrası evliliklerde edinilmiş mallara katılma rejimine tabi olacaklardır.⁶⁷¹ 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren Türk Medeni Kanununda yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma rejimi kabul edilmiş olup 01.01.2002'den sonraki evliliklerde uygulama alanı bulmuştur. Edinilmiş mallar, taraflar arasında evliliğin gerçekleşmesinden başlayarak eşlerin edinmiş oldukları tüm malları kapsamakta olup, eşlere bu mallar üzerinde eşit haklara sahip olmayı elde etme hakkı tanır ve kanunda tanımı yapılmıştır.⁶⁷² Edinilmiş mallar kanunda beş bent olarak sayılmış olup⁶⁷³, eşlerin her birinin kişisel malları ve edinilmiş malları üzerinde tasarrufta bulunma hakkı mevcuttur demektir. Edinilmiş mallara katılma rejimi evliliğin bitimi ile yahut taraflardan birinin ölümü ile veyahut başka bir mal rejiminin seçilmesi ile sona erer.(TMK.m.225) Bahsettiğimiz üzere, eşlerden her biri, diğer

⁶⁶⁸ GENÇCAN, Ö.U, s.804, FEYZİOĞLU,F.N.s,376

⁶⁶⁹ TMK.m.202 Eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması asıldır demektir. Mülga Medeni Kanunda eşler arasında mal ayrımı rejimi asıl idi.Gerekçede, evlilik birliği sona erdiği eşler arasında büyük haksızlıklara yol açması,özellikle çalışmayan, ev işleri ile meşgul olan kadının aleyhine işlemesi, kocayı koruması vesilesi ile bu madde değiştirilmiş ve eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejimi tercih edilmiştir.

⁶⁷⁰ Y2HD,E. 2016/13993,K. 2018/3514,T. 19.3.2018, eşler arasındaki mal rejiminin sona ermesi halinde mal paylaşımı yapılabilir. Boşanma davası kesinleştikten sonra mal rejimi hususu gündeme getirecektir. TMK.m.225/2 gereği boşanma davasının iptal yahut boşanma ile sonuçlanması halinde mal rejimi dava tarihinden itibaren geçerli olmak üzere sona erer demektir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁶⁷¹ AYDOS,OĞUZ,SADIK; Eşlerin Geçmişe Etkili Mal Rejimi Sözleşmeleri Yapabilmeleri-<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/333508>

⁶⁷² TMK.m.219 Edinilmiş mal, her eşin mal rejimi devamı süresince karşılığını vererek edindiği malvarlığı değerleridir.

⁶⁷³ Bir eşin edinilmiş malları; çalışmasının karşılığı olan değerler, sosyal güvenlik kurumlarının yaptığı yardım, bağış ve ödemeleri, çalışma gücü kaybı nedeni ile ödenen tazminatlar,kişisel malların gelirleri ile edinilmiş malların yerine geçen değerler Madde 219'da edinilmiş mal olarak tanımlanmıştır.

rejimleri de seçme hakları mevcuttur.(TMK.m.202/2)⁶⁷⁴ Eşler dilerse kendi aralarında mal rejimi sözleşmesi de yapabilirler.⁶⁷⁵ Mal rejimi sözleşmesi noterde düzenleme yahut onaylama şeklinde yapılabilmekte olup, eşler kanunda belirlenen mal rejimini seçebilirler. Mal rejimi sözleşmesi ile mevcut mal rejimi değiştirilebileceği gibi yeni uygulanacak mal rejiminin de seçilmesi söz konusu olabilir.⁶⁷⁶ Eşler dilerse edinilmiş mallara katılma, isterse mal birlikteliği, isterse de mal ayrılığı yahut mal ortaklığı rejimlerinden birini seçebilecek olup, tasfiye halinde hangisine tabilerse o rejimin usul ve esaslarına göre paylaşım yapılacaktır.(TMK.m.179) Boşanma sebebi ile evliliğin sona ermesine karar verilmesi halinde eşlerin seçmiş oldukları mal rejimi de dava tarihinden itibaren sona erer.(TMK.m.225/f.2)

3.2.2.2 MADDİ TAZMİNAT

3.2.2.2.1 Boşanmada Maddi Tazminat ve Maddi Tazminat İsteyebilme Şartları

Maddi tazminat, TMK.m.174/f.1 gereği boşanmanın eşlerle ilgili mali sonuçlarından biridir. Maddi tazminat, boşanmaya sebebiyet veren olaylarda kusurlu olan eşin, daha az kusurlu yahut kusursuz eşe ödeyeceği mali bir bedel olarak tanımlanabilir.⁶⁷⁷ Evliliğin bitmesine sebebiyet veren taraf karşı tarafa çektiği zorluklara karşın maddi bir yükümlülük altındadır.(MK.m.174) (743 sayılı yasa madde 143/1) Taraflar anlaşmalı olarak boşanırlarsa maddi tazminatı karşılıklı kararlaştıracaklarından aşağıda sayılan şartlar daha çok boşanmanın çekişmeli halleri için geçerlidir.

3.2.2.2.2 Maddi Tazminat İsteyebilmek için Boşanmış Olma Şartı

Maddi tazminat istenebilmesinin bazı koşulları vardır. Öncelikle, tazminat isteyebilmek için tarafların boşanmış olması gerekmekte olup, Kanunun 174.maddesi

⁶⁷⁴ Y2HD.,E. 1986/7867,K. 1986/9356,T. 27.10.1986, sayılı kararda eşler dilerse mal ortaklığı rejimini tercih edebilirler (eMK.m.211) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁶⁷⁵ TMK.m.203 gereği, mal rejimi sözleşmesi evlenmeden önce yahut sonra yapılabilir, eşler dilediği mal rejimini yasal sınırlar dahilinde seçebilir, değiştirebilir, kaldırabilir.

⁶⁷⁶ GİRĞİN,YASİN, Mal Rejimi Sözleşmesi-<https://www.yasingirgin.av.tr/mal-rejimi-sozlesmesi/>

⁶⁷⁷ GENÇCAN, Ö,U.s.806

de ‘boşanma yüzünden hakları zedelenen’ ifadesini kullanarak talebin ancak boşanma halinde ileri sürülebileceğini ifade etmektedir.⁶⁷⁸ Zira ayrılık halinde yahut boşanmanın reddedilmesi durumunda evlilik birliğine ait sorumluluklar ve evlilik birliği devam edeceğinden tazminata hükmedilmesi mümkün değildir.⁶⁷⁹

3.2.2.2.3 Maddi Tazminat İsteyenin Kusursuz Ya da Daha Az Kusurlu Olması Gereğinin Sadece Çekişmeli Boşanmalar İçin Geçerli Olması

Çekişmeli boşanma davalarında tazminat isteyen evlilik birliğinde kusursuz yahut daha az kusurlu olması gerekmektedir.(TMK.m.174) Şöyle ki, kusurlu eşe tazminat bağlanamaz⁶⁸⁰. Eşit kusurlu eş de tazminat alamaz.⁶⁸¹ Ancak belirtmek gerekir ki bir evlilik birliğinde tam kusursuzluk hali pek de mümkün değildir.

Burada Yargıtay’ın ölçütü tazminat isteyen herhangi bir kusuru değil, evlilik birliğinde boşanmayı gerektirecek derecede yeterli kusuru olması aranmaktadır.⁶⁸² Ayrıca Federal Mahkemenin bahsi geçen içtihadında bu konuda kullanılacak ölçü; tazminat isteyen eşin herhangi bir kusuru ile evlilik birliğinin bozulması arasında bir illiyet bağı mevcut olup olmadığı meselesidir. Verilecek cevaba göre sebep sonuç ilişkisi tespit edilirse tazminat isteyen eşin kusursuzluğunu kabul etmeyecektir.⁶⁸³

Eski M.K.m.143 hükmüne göre, davacının boşanmada kusursuz, davalının ise kusurlu olması gerekliydi. 4721 sayılı Kanun’la eski düzenlemeden farklı olarak, kusuru daha az olan tarafa da maddi tazminat isteyebilme hakkı tanınmış, tamamen kusursuz olmanın mümkün olmayacağı gerçeğini kanun koyucu göz ardı

⁶⁷⁸ Y2HD,E.2015/18543,K. 2016/10838,T. 1.6.2016 tarihli kararda boşanma yüzünden hakları haleldar olan tarafın maddi ve manevi tazminatı boşanma davası ile birlikte isteyebileceği gibi boşanma davası kesinleştikten sonra da isteyebileceğinden bahsetmektedir.

⁶⁷⁹ TEKİNAY,S.S.,s.257

⁶⁸⁰ Y2HD.,E. 2019/964,K. 2019/2435,T. 7.3.2019 sayılı kararda taraflar eşit kusurlu sayılmışlar ise de davalı erkek davacı kadının hakaretlerine dayanan vakıalarına dayanmadığından bu vakıalar kadına kusur olarak yüklenemeyeceğinden karar bozmayı gerektirmiştir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁶⁸¹ Y2HD.,E. 2016/24477,K. 2018/10643,T. 4.10.2018 ilgili kararda kadın tam kusurlu bulunmuş ise de erkek bu kusura ilişkin bir vakıaya dayanmadığından taraflar eşit kusurlu kabul edilmişlerdir.Dayanılmayan vakalardan ötürü kadına kusur atfedilemeyeceğinden karar kadına tazminat verilmesine karar verilerek bozulmuştur. Karar Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁶⁸² Y2HD.E.1992/7261,K.1992/7408,T.29.06.1992,kararı gereği tek başına kusurlu olmak değil, boşanmaya sebep olan olaylarda kusurlu olmak maddi tazminat alabilmek için gereklidir diyerek eMK.m.143 maddes dayanak yapılmıştır./ GENÇCAN, Ö.U.s.807

⁶⁸³ TEKİNAY, S.S. s.207

etmemiştir.⁶⁸⁴ Ancak kural olarak yine maddi tazminat istenen kusurlu olmalıdır kuralı değişmemiştir.⁶⁸⁵

3.2.2.2.4 Maddi Tazminatın Talep Süresi Ve Zamanaşımı

4721 sayılı Medeni Kanunumuz boşanma davası sırasında yahut boşanma davası kesinleştikten bir yıl geçmekle dava haklarının zamanaşımına uğrayacağını söylemektedir. (TMK.m.178/1) Maddi ve manevi tazminat davası boşanma davası ile birlikte açılabilir gibi boşanma davasının kesinleşmesinden sonraki 1 yıl içinde de ayrı bir dava olarak açılabilir ki bu bir yılın ardından dava hakkı zamanaşımına uğrayacaktır. Bununla beraber, eski kanun döneminde bir kısım yazarlar⁶⁸⁶ maddi ve manevi tazminat taleplerinin boşanma davasının devamı sırasında ileri sürülmesi gerektiğini savunmuşlar, boşanma kararının kesinleşmesinden sonra bu talebinin ileri sürülemeyeceğini ifade etmişler ancak bazı yazarlar da kesinleşen boşanma ilamından sonrada maddi ve manevi tazminatın istenebileceğini savunmuşlardır.⁶⁸⁷ Kanaatimizce, burada talep süresinin, bir yıllık zamanaşımı süresi ile kısıtlanması eşlerin biten bir evliliğin ardından yıpranmalarının daha da artarak tatsızlıkların ve uyuşmazlıkların uzamasını önlemek içindir.

Yargıtay'da doktrindeki görüş ayrılıklarının etkisiyle, bu konuda başta net olamamış ve Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu aldığı bir kararla kusursuz eşin boşanma kararının kesinleşmesinden sonra da maddi-manevi tazminatın ayrı bir dava ile istenebileceği hususunda konuya netlik kazandırmışlardır.⁶⁸⁸ Nitekim, kanun koyucu bu hususu TMK.m.178 ile netleştirmiştir. Maddi tazminatın, muhakkak boşanma davası ile birlikte istenmesi şart olmayıp, sonradan da talep edilebilecektir(TMK.m.178)⁶⁸⁹. Burada Dural ve

⁶⁸⁴ OF, S.E, Boşanmanın Mali Sonuçları, Konya 2008 ,Selçuk Üniversitesi Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi s.33

⁶⁸⁵ GENÇCAN. Ö.U,s.811

⁶⁸⁶ YALÇINKAYA,N/KALELİ,Ş;Yeni Boşanma Hukuku, Cilt I-II, Ankara 1988, s.34.,SAYMEN/ELBİR, sh. 275,VELİDEDOĞLU, s. 258

⁶⁸⁷ ZEVLİLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA,s.930.; AKINTÜRK,T; Boşanmanın Hukuki Sonuçları, AÜHF 50.yıl armağanı, C. I, Ankara 1977, s.190, FEYZİOĞLU, F.N.s.404, KÖPRÜLÜ/KANETİ s.196, TEKİNAY,s.256

⁶⁸⁸ YİBK,22.01.1998,5/1(YKD 1988/8,s.1031-1057); ARAS, B, Boşanma Davalarında Yargılama Usulü ve Aile Mahkemeleri, Ankara 2007, s.327.

⁶⁸⁹ TMK.M.178'de boşanma sonrası alacakların dava hakkı kapsamında olduğunu ifade etmektedir. DURAL. M, ÖĞÜZ. T, GÜMÜŞ. M.A, s.149,TEKİNAY, s.256 vd.

Tekinay, MK.M.174/1 'in eş yerine taraf ifadesinin yer almasını, eşler boşandıktan sonra da maddi tazminat davası açılabileceğine dikkat çekmektedir.

Görüldüğü ve bahsedildiği üzere, özetlersek; çekişmeli boşanma davalarında kusur araştırması yapılacak ve daha az kusurlu ya da kusursuz olan eşe tazminat verilecektir.⁶⁹⁰ Anlaşmalı boşanmalarda bu sayılanlar geçerli olmayıp eşlerin anlaşmaları yeterlidir.⁶⁹¹

Bu bahsettiklerimiz çekişmeli davalar için geçerli olup, anlaşmalı boşanma davalarında ise kusur araştırması yapılmaz.⁶⁹² TMK.m.174/1 anlaşmalı boşanma davalarında uygulanmaz. Hatta tam kusurlu eş de anlaşmalı boşanma davasında tazminat alabilir, bu tamamen eşlerin anlaşmasına bağlı olan bir durumdur.⁶⁹³ Hakimin resen düzenleyeceği hususlar dışında taraflar boşanmanın fer'i sonuçlarına ilişkin anlaşma yapabilirler. Ayrıca hakim ancak talep halinde tazminata hükmedebilir⁶⁹⁴ ve taleple bağlılık ilkesi gereği istenilenden fazlasına hükmedemez.(HMK.m.26)⁶⁹⁵

Bahsettiğimiz üzere, evlilik birliğinden beklenen menfaatleri boşanma sebebi ile zedelenen taraf, eğer davada kusursuz ya da daha az kusurlu bulunursa maddi tazminat isteyebilir.(TMK.m.174/1) Burada her iki kanunda da zarar ilkesi yönünden bir değişiklik yapılmamış ve boşanma davasında mevcut ve beklenen menfaatleri

⁶⁹⁰ Y2HD,E. 2016/25746,K. 2018/11588,T. 22.10.2018 Evlilik birliğinin sarsılmasına sebep olan olaylarda kadının daha çok kusurlu olması karşısında talep olunan maddi manevi tazminat reddolunmuştur. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁶⁹¹ YHGK, E. 2017/2-1941,K. 2019/475,T. 18.4.2019 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁶⁹² Y2HD,E. 2018/7133,K. 2019/2956,T. 18.3.2019 sayılı kararda anlaşmalı boşanmalarda kusur araştırması yapılamayacağı, kusur araştırmasının sadece çekişmeli davalar için geçerli olduğu belirtilmiştir. TMK.m.174/1 anlaşmalı boşanmaların konusu değildir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁶⁹³ Y2HD,E. 2007/3109,K. 2008/4707,T. 3.4.2008 sayılı kararda kimin kusuru ne olursa olsun maddi tazminat istemeyi engelleyemez, tam kusurlu eş dahi tazminat alabilir yeter ki taraflar bu hususa anlaşmış olsunar diyerek anlaşmalı boşanma halinde kusuru bakılmaksızın tazminat verilebilir demektedir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁶⁹⁴ OF, S, E, Boşanmanın Mali Sonuçları, Konya 2008 ,Selçuk Üniversitesi Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi s.36

⁶⁹⁵ Y2HD,E. 2019/95,K. 2019/4374,T. 10.4.2019 sayılı kararda davacı kadının usulüne uygun olarak yasal süresi dahilinde yoksulluk nafakası talebi bulunmamakta olup mahkemece talep olmaksızın kadın yararına yoksulluk nafakasına hükmedilmesi isabetsiz bulunmuştur. / Y2HD,E. 2015/11176,K. 2016/5376,T. 17.3.2016 sayılı kararda da taleple bağlılık ilkesi aşılarak talep olmaksızın tazminat takdiri usul ve yasaya aykırıdır. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

zedelenen tarafa tazminat ödeneceği belirtilmiştir.⁶⁹⁶ Federal Mahkeme kararlarına göre de kusurlu hareket eden eşin, tazminat hakkı yoktur.⁶⁹⁷

Mevcut ve beklenen menfaatler nelerdir önce bunun ayırımına varmakta fayda vardır. Mevcut menfaatler, eşlerin evlilik birliğinde sağlanan yararlar⁶⁹⁸ olarak tanımlanabilirken, beklenen menfaatler ise⁶⁹⁹ evlilik birliğinde henüz doğmamış ancak evlilik devam etse doğacağı beklenen çıkarlardır.

Örneğin, boşanma sebebi ile eşinden dul maaşı alınamayacak olması yahut eşin ticari işletmesinde çalışarak gelir elde etmekte iken artık çalışamayacak olması yitirilen menfaatlere dendir.⁷⁰⁰ Yine, eşin sağladığı evde boşanma sebebi ile oturulamayacak olması mevcut menfaatin yitilmesidir.⁷⁰¹ Kadının boşanma olmasaydı faydalanmaya devam edeceği nafaka menfaati de mevcut yararlar olarak başta sayılmalıdır.⁷⁰²

3.2.2.2.5 Tazminat Tutarının Belirlenme Şekli

Talep edilen tazminatın münasip miktarda olması gerekmekte, bu meblağın da açıkça belirtilmesi gerekmektedir.⁷⁰³ İlgili kararda davacı hakimden münasip miktarda manevi tazminat istemiş ancak meblağı açıkça belirtilememiştir. Hakime düşen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunun 75/2. maddesi gereğince davacıya tüm olarak istediği maddi tazminat miktarını açıklamak olmalıdır. Hakim, boşanma sebebi ile hakları haleldar olan taraf için Medeni Kanunun 4.maddesindeki

⁶⁹⁶ GENÇCAN, Ö.U.S.815

⁶⁹⁷ ERDEM, S.s.264 / İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında sadakat yükümlülüğünün herkese karşı ileri sürülebilecek ve herkesin uymakla yükümlü olduğu bir mutlak hak niteliğinde olduğunu ifade etmiştir (BGE 78 II 289, 291-292) / BADUR, EMEL; BAŞARA TURAN, GAMZE; Aile Hukukunda Sadakat Yükümlülüğü ve İhlalinden Kaynaklı Manevi Tazminat İstemi, Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 65 (1) 2016: 101-136

⁶⁹⁸ Mevcut menfaatlere örnek olarak, davalı tarafın evlilik birliğinin giderlerine katılması ve eşine yardımcı olması veya davalı eşin sigortasından yararlanılması gösterilebilir. <https://www.ozdogruhukuk.com/yayinlar/bosanmada-maddi-ve-manevi-tazminat.html>

⁶⁹⁹ Beklenen menfaate örnek boşanma yüzünden kaybedilen miras hakkı ve yardım sandığı yararlarından mahrum kalınması gösterilebilir/ GENÇCAN, Ö.U. s.816

⁷⁰⁰ OF ,S. E,s.38

⁷⁰¹ FEYZİOĞLU, F.N.s.403

⁷⁰² TEKİNAY, S.S. s.208

⁷⁰³ Y2HD,E. 2013/16840,K. 2013/29785,T. 16.12.2013 tarihli kararda taleple bağlılık ilkesi gereği talep yokken nafakaya hükmedilmesi bozma sebebidir.

hakkaniyet ilkesi tazminatın kaynağını oluşturan 143/1.maddedeki münasip sözcüğünü dikkate alınarak uygun bir tazminata hükmetmesi gerekir.⁷⁰⁴

Burada bahsi geçen münasip ve hakkaniyete uyan bir meblağ belirleneceği ve geri kalan kısmı reddedeceğidir⁷⁰⁵ Yine, Federal Mahkeme kusursuz eşe, boşanma ile beklediği menfaatler mahvoluyorsa adil bir tazminat ödenmelidir demektedir.⁷⁰⁶ (FMK. JDT.1919-s.93) Ancak her isteyene de tazminat verilecek diye bir kaide de yoktur⁷⁰⁷, boşanmaya sebebiyet veren vakıalar ispatlanamadığı takdirde tazminat koşullarının da oluştuğundan bahsedilemez.⁷⁰⁸ Burada önemli olan hakimin takdiri ve talep eden tarafın boşanma sebebi ile kişisel haklarının haleldar olmasına yönelik kanı uyandırması ve bu durumun ispatlanmasıdır.⁷⁰⁹ Anlaşmalı boşanmalarda taraflar serbestçe tazminatı belirleyebilirler, tazminatın belirlenmesinde eşlerin ödenecek meblağda anlaşmaları yeterlidir.

3.2.2.2.6 Gerek Anlaşmalı Boşanmada Gerekse De Çekişmeli Boşanmada Maddi Tazminat Talebinin Taraflarca Net İfade Edilmesi Gereği

Talep edilen tazminat meblağı gerek meblağ olarak gerekse de neye ilişkin olduğu konusunda açık olmalıdır.⁷¹⁰

Çoğu kez uygulamada “50.000 TL tazminat istiyorum” denilmesi açık bir beyan olmayıp, hakimin bu hususu talep sahibine talep edilen bu meblağın kapsamını açıklattırmak zorundadır.⁷¹¹ İlgili kararlarda davacının ziynet eşyası, tedavi gideri, kişisel ve ev eşyaları bedelleri karşılığı tazminat talebinde bulunduğu, hakimin de iş

⁷⁰⁴ Y2HD,E. 1996/11110,K. 1996/13467,T. 18.12.1996 sayılı Halis Toprak ve eşinin boşanma davasında talep edilen tazminatın çok fahiş olduğu ve adeta bir ceza mahiyetinde olduğu ileri sürülerek kararın bozulması talep olunmuş ve tazminat takdirinde gözönüne alınması gerekli hususlar taraflar yönünden değerlendirilerek kadar bozulmuştur.

⁷⁰⁵ FEYZİOĞLU, F.N.s,404 / Y2HD,E. 2012/9726,K. 2012/18489,T. 3.7.2012 sayılı kararda ekonomik sosyal durum araştırmasına rağmen hakkaniyete uygun meblağda nafaka takdri gerekirken fazlasına hükmedilmesi bozma sebebi yapılmıştır.

⁷⁰⁶ ERDEM, S.s.265

⁷⁰⁷ DURAL,M. ,ÖĞÜZ,T., GÜMÜŞ,M.A.,s.148

⁷⁰⁸ KIRMIZI, M.s.159

⁷⁰⁹ KIRMIZI, Ali, E, İstanbul Kültür Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, Mayıs 2009, s.33

⁷¹⁰ GENÇCAN, Ö,U, s.820

⁷¹¹ Y2HD,E. 2013/18390,K. 2014/583,T. 16.1.2014, ile Y2HD,E. 2012/15496,K. 2013/2021,T. 28.1.2013 sayılı kararlarında dava dilekçesinde davacı kadın 20.000 TL maddi tazminat talebinde bulunmuş, ancak bu tazminatın ne kadarını çeyiz eşyaları bedeli ne kadarını manevi maddi tazminat olduğunu belirtmemesi karşısında hakim taleplerin açıklattırılmasını ve bna göre TMK.m.174 kapsamı dışında kalan kısımlar için nisbi harcın tamamlanması gerekirken aksi şekilde karar vermesi bozmayı gerektirmiştir..Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

bu taleplerin açıkça belirlenerek neyin neye ilişkin olduğu ayrımı ortaya konularak davacının talebinin netleştirilmesinin dava konusu uyuşmazlığın çözümünde zorunlu olduğunu belirtmiştir.⁷¹² Keza bu talepler ayrıca harç yatırılmasını gerektirdiğinden dikkat edilmelidir.⁷¹³

Tazminat meblağı takdir edilirken, tarafların ekonomik sosyal durumları, kusur dereceleri, beraber yaşadıkları süre, meslek ve çalışma koşulları, fiziksel ve bedensel sağlık durumları, yaşları, iş bulma olanakları, yeniden evlenebilme şansları, sosyal hakları dikkate alınmalıdır.⁷¹⁴ Maddi tazminat kriteri, paranın alım gücüne, kişilik haklarına yapılan saldırıya ve kusur oranına ve ekonomik sosyal durumlarına göre belirlenmektedir.⁷¹⁵

Curti, hakimin tazminatı tayin ederken, boşanan tarafın boşanma sebebi ile kazançlarını da hesaba katılması gerektiğinden bahsetmekte, Schwarz ise tazminat istek hakkının yalnızca kabahatsiz eş tarafından istenebileceğini, isteyen taraf da kabahatli ise tazminatın indirileceğini savunmuştur.⁷¹⁶

Maddi tazminata ilişkin talep edilen meblağ sonradan artırılmaz. Örneğin uygulamada karşılaşıldığı üzere davacı kadın dava dilekçesinde 10.000 TL maddi tazminat talep etmiş ve davalının cevap dilekçesinde 20.000 TL maddi tazminat talep ettiğini görünce talebini 30.000 TL'ye çıkarmak istemektedir. Dava dilekçesinde fazlaya dair haklar saklı tutulmadığı yahut usulüne uygun ıslah yapılmadığı sürece talep artırılmaz.⁷¹⁷

Bununla beraber, evlenme sırasında yapılan masraflar da tazminat olarak istenmesi pratikte çok tartışılan bir husustur.⁷¹⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun ve

⁷¹² Y2HD,E. 2011/13637,K. 2012/9298,T. 11.4.2012, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁷¹³ GENÇCAN, Ö.U,s.820

⁷¹⁴ GENÇCAN,Ö,U.s.817 vd., TEKİNAY, S.S, s.208

⁷¹⁵ Y2HD,E. 2005/573,K. 2005/2443,T. 21.2.2005sayılı kararda TMK .m. 4'deki hakkaniyet ilkesi ile, BK.m.44. ve 49. maddeleri gereği daha uygun miktarda manevi tazminat (TMK.174/2) takdiri gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁷¹⁶ ERDEM, S.s.263

⁷¹⁷ Y2HDE. 2006/13094,K. 2006/14388,T. 19.10.2006, Maddi manevi tazminat talepli boşanma dava dilekçesinde fazlaya dair haklar saklı tutulmamış olup taleple bağlılık gereği kararın aleyhe bozulması gerekmiştir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁷¹⁸ Evlenme sırasında yapılan masraflarla evlenme münasebetiyle verilen hediyeler, maddi tazminat olarak istenemez. AKINTÜRK, ATEŞ KARAMAN, Türk Medeni Hukuku, II. Cilt, Aile Hukuku, 14. Baskı, Ocak 2012, İstanbul, s.297

hukuk dairelerinin bu konuda çok sayıda kararı mevcuttur.⁷¹⁹ Evlilik için yapılan düğün, nişan, çeyiz gibi masraflar boşanmanın fer'i niteliğinde olan maddi tazminat çerçevesinde değerlendirilemez.⁷²⁰ Maddi tazminat MK.m.174/1 kapsamında olmalıdır.⁷²¹ Örneğin çeyiz eşyaları talebi, altın talepleri maddi tazminat değildir.⁷²² Zira bu talep için ayrı bir dava açılmalı ve harç yatırılmalıdır.⁷²³ Eğer dava dilekçesinde altınlara ve çeyize yönelik maddi talepler varsa hakime düşen bunların TMK.m.174/1 kapsamına olup olmadığını sorgulamak ve taraflara bunu HMK.m.25 (mülga kanun madde 75) gereği taleplerini açıklattırmaktır.⁷²⁴

Zira evlilik birliği içinde eşlerin birbirlerine yaptıkları parasal katkılar, edinilen mallar için açılacak davalar, hediyeler⁷²⁵, çeyiz ve ziynet eşyaları alacak niteliğinde olup TMK.m.174/1 kapsamında değildir. Evlenme merasimi ve merasime çağrı için yapılan giderler de boşanmanın fer'i niteliğindeki hak ve alacaklardan olmayıp talep edilemez.⁷²⁶

Ancak MK.m.174 kapsamında olan ve boşanma davasının fer'ilerinden olan maddi manevi tazminatlar için boşanma davası içinde talep edilmesi halinde ayrıca bir harç ödemeye lüzum yoktur. (Eski MK.m.143/1-2, Yeni MK.m.174/1-2)⁷²⁷

⁷¹⁹ YHGK,E. 2013/2-384,K. 2013/1701,T. 25.12.2013 sayılı kararında evlenme sırasında yapılan masraflarla evlenme münasebetiyle verilen hediyeler, maddi tazminat olarak istenemez demekle olup, mutad hediyelerin alacak kapsamında geri istenebileceği belirtilmiştir./Y3HD,E.1983/4375,K. 1983/4674,T. 23.11.1983

⁷²⁰ Y2HD,E. 2018/4219,K. 2018/8661,T. 5.7.2018 ve Y2HD.E.1951/6042,K.1951/6233,K.02.10.1951 kararlarında düğün masrafları, evlilik masrafları gibi kalemler maddi tazminat olarak talep edilmiş ancak bu taleplerin boşanmanın ferileri niteliğidne olan maddi tazminat kapsamında olmadığı belirtilerek TMK.m.174/1 gereği talep reddedilmiştir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası ERDEM,S.s.266

⁷²¹ Y2HD,E. 2005/3880,K. 2005/6037,T. 14.4.2005 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁷²² GENÇCAN, Ö,U.s.824; Boşanmanın eki niteliğinde olmayan maddi tazminat hakkında nisbi harç alınmadan karar verilemez.

⁷²³ Y2HD,E. 2005/11914,K. 2005/14515,T. 3.10.2005 sayılı kararda çeyiz ve eşya taleplerine yönelik ayrı açılan ve harcı yatırılan ayrı bir dava olamduğundan taleplerin reddi gerekmiştir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁷²⁴ OF,E.S, s.36

⁷²⁵ Y2HD.,E. 2001/6776,K. 2001/9679,T. 20.6.2001 ve Y2HD.E.1947/3228,K.1948/282,T.21.01.1947 kararlarında çeyiz eşyaları,düğün hediyeleri TMK.m.174/1 kapsamında olmayıp reddi gerekmiştir. / ERDEM, S.s.265

⁷²⁶ TUTUMLU, M.A. s.1207

⁷²⁷ Eski Medeni Kanun döneminde boşanma davası kesinleştikten sonra maddi manevi tazminat ve yoksulluk nafakası talepleri için yeni bir dava açma konusunda bir düzenleme yapılmamış olup bu husustaki görüş ayrılıkları, Yargıtay'ın İçtihadı Birleştirme Kararı ile giderilmiş ve uygulamada taleplerin yeni davalar açılarak ileri sürülmesi kabul edilmiştir. / TUTUMLU, M. A, s.1200-1201 vd.

Bu talepler dava safahatinde her zaman istenebilirler. Boşanma davasının ferisi niteliğinde olan tazminat, boşanma davası kesinleşinceye kadar her an istenebilir ve bu, iddianın genişletilmesi kapsamına girmez.⁷²⁸

Ancak boşanma davası kesinleştikten sonraki talepleri kanun, 1 yıllık zamanaşımı süresine tabi tutmuş olup, bu talepler için ayrı bir dava olması sebebi ile nisbi harç ödemeyi öngörmüştür.(TMK.m.178)⁷²⁹ Bahsi geçen süre zamanaşımı süresi olup, yeni kanunla boşanma sonrası tazminat talebi için bir yıl zamanaşımı süresi getirilmiştir.(TMK.m.178)⁷³⁰

Gelelim tazminatın nasıl ve ne şekilde ödeneceğine.

3.2.2.2.7 Tazminatın Ödenme Şekli

Maddi tazminatın ödenme biçimi MK.m.176'da açıkça belirtilmiş olup, toptan ve irad biçiminde ödenebileceğinden bahsetmiştir.⁷³¹ (TMK.m.176 f.1) Bahsi geçen kararda mahkemece hükmedilen maddi tazminatın dört eşit taksitte ödenmesi kanunen mümkün değil ise de tarafların bu hususta anlaşma sağlaması sebebi ile hükmün kesinleşmesinden itibaren bir yıl içinde dört eşit taksitte ödenmesine hükmedilmiştir. Başkaca bir kararda tazminatın taksitle ödeme yapılmasına karar verilmiş ancak taksit meblağları ile ifa zamanı konusunda bir karara varılmaması bozma sebebi yapılmıştır.⁷³²

Toptan ödeme tazminat borcunu bitirirse, irad ödemesi borcu dönemsel hale getirir.⁷³³ Eşlerin dönemsel olarak borç için karşı karşıya gelmemeleri bakımından toptan ödeme avantajlı ise de ödenecek meblağın yüklü olması halinde irad ödemesine karar verilmesi gerekebilir. Tazminatı alan eşin daha sonra evlenmesi

⁷²⁸ Y2HD.E.1998/10633,1998/12250,T.16.11.1998,/TUTUMLU, M.A, s.1200

⁷²⁹ Burada öngörülen 1 yıllık süre ; Tutumlu ve Kılıçoğlu'nun görüşüne göre eşlerin öngörülen zaman diliminde karşı karşıya gelmeleri için kısa tutulduğudur / KILIÇOĞLU,A.s.19, Tutumlu M.A., s.1200

⁷³⁰ 743 sayılı eski kanunda boşanma sonucu olan tazminat ve nafaka hakları için bir süre öngörülmemiş olup yeni 4721 sayılı yasada zamanaşımı süresi 1 yıl olarak belirlenmiştir. / KILIÇOĞLU, A.s.19

⁷³¹ Y2HD.,E. 2004/4597,K. 2004/5394,T. 27.4.2004 kararında maddi tazminatın toptan ve irad şeklinde manevi tazminatın ise toptan olarak ödenebileceği (TMK.m.176/1*2) belirtilmiştir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁷³² Y2HD,E. 2010/6933,K. 2011/7459,T. 2.5.2011 sayılı kararda ifa zamanının ve taksit meblağlarının kararda belirtilmemesi çelişki yaratmakta olup bozulması gerekmiştir.

⁷³³ ÖZTAN B.s,301

yahut tazminat borçlusunun ölmesi tazminatın iadesini gerektirmez. Halbuki tazminat, irad şeklinde ödeniyorsa irada hak kazanan eşin yeniden evlenmesi halinde ödeme kesilir.⁷³⁴ Bununla beraber mahkeme tarafından hükmolunan tazminat beklenen menfaatlerin kaybı dolayısı ile ise ve irad şeklinde ise tazminat yükümlüsünün mirasçılarında istenme hakkı doğacaktır. Ancak bakım yükümlülüğüne ilişkin ise ölüm ile tazminat ödemesi sonlanır.⁷³⁵

Önceki Medeni Kanunumuz döneminde ve doktrinde ister toptan olsun isterse de irad şeklinde olsun, tazminat ödemesinin tazminat borçlusu öldüğünde mirasçılara geçeceği hüküm altına alınmış idi.⁷³⁶ Ancak tazminat alacaklısı öldüğünde alacaklının mirasçıları borçludan isteyebilirler ancak irad şeklinde ise isteyemezlerdi.⁷³⁷

Yeni kanunumuz ise bu çelişkiyi tazminat alacaklısı yahut borçlusu ölürse tazminat ödemesi de kendiliğinden kalkar diyerek gidermiştir.(MK.m.176/3) Yine yapılan yeni evlilik de hem kanun gereği hem de hakkaniyet gereği irad ödemesini ortadan kaldıracaktır.

Zira evlenen alacaklının yeni imkanlara kavuşması, evlendiği kişinin maddi imkanlarından faydalanacak olması iradın kalkması sebeplerindendir.(TMK.m.176/3) ⁷³⁸ Ancak yine aynı maddede mahkeme kararı ile iradın kalkacağı durumlar da sayılmıştır. (TMK.M.176/3) Bunlar, haysiyetsiz hayat sürme ve alacaklı tarafın fiiline evli imiş gibi yaşaması⁷³⁹ halleridir ki bunlar ispata tabi olan durumlardır, ispatlanması halinde mahkeme kararı ile irad kesilecektir.⁷⁴⁰ Eski kanunda ayrıca bunlara ek olarak; ihtiyaçtan kurtulma da sayılmakta idi (EMK.m.143). Aynı şekilde 4721 sayılı yasadaki -dönemsel gelir alacaklısının

⁷³⁴ Y2HD,E. 2011/7688,K. 2011/8070,T. 11.5.2011 sayılı kararda irad şeklnde bağlanan nafaka taraflardan birinin ölümü yahut yeniden evlenmesi halinde kendiliğinden kalkar/ ÖZTAN.B,s.301

⁷³⁵ ÖZTAN, B.s.302

⁷³⁶ ÖZTAN, s.378-379

⁷³⁷ AKINTÜRK. T, ATEŞ. D ,s.302

⁷³⁸ OF,E. S.s,51

⁷³⁹ Y2HD.,E. 2016/6449,K. 2016/9164,T. 5.5.2016 sayılı kararda taraflardan birinin evli olmadığı halde evli gibi yaşaması iradın kaldırılması sebeplerindendir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁷⁴⁰ Y2HD,E. 2016/368,K. 2016/1591,T. 2.2.2016 sayılı kararında TMK.m.176 gereği nafakanın kalkmasının şartları sayılmış olup, evli olmadığı halde fiilen birlikte yaşayan kadının nafakasının kesileceği ve nafakanın tamamen kaldırılması gerekirken devam kararı bozmayı gerektirmiştir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

yoksulluğu kalkarsa- irad ödemesi kesilir demektir.⁷⁴¹ Ancak her iki madde de yargılamayı gerektirmektedir.⁷⁴²

Gerek yeni kanun gerekse de eski düzenleme emredici nitelikte olmayıp taraflar arasında bu hususta bir anlaşma sağlanırsa tazminat ödemesinin kanunda sayılan haller mevcut olsa dahi kesilmemesine, ödemelerin devam etmesine karar verebilirler.⁷⁴³

Dolayısı ile eğer imkan varsa ödemenin kanunda da yazdığı şekli ile toptan ve defaten ödenmesi asıl olmalıdır. Aksi takdirde irad şeklindeki ödemeler, tarafları karşı karşıya getirmekte, ödemelerin uzamasına sebebiyet vermekte ve tazminat alacaklısını daimi bir beklentiye sokmakta, ödeme yapılmadığında yasal prosedüre girişmek zaruretinde bırakılmakta ve ölüm halinde de tazminat yükümlüsünün mirasçıları ile muhatap olmak zorunda kalınmaktadır. Asıl olan, tarafların tazminat konusunda anlaşmaları ve bu anlaşmanın da hakim onayından geçirilerek hükme bağlanması olmalıdır. Bizim de fikrimiz bu yöndedir, aksi durumda taraflar arasındaki alacak borç ilişkileri uzun vadeye yayılacak ve birbirleri ile muhatap olmak zorunda kalacaklardır.

Tazminatların ödenme şekli, ödeme zamanı, üzerinde anlaşma sağlanan taksit sayısı tereddüte mahal vermeyecek ve infazda çelişki yaratmayacak şekilde düzenlenmelidir.⁷⁴⁴

Burada olduğu gibi, eğer taraflar ödemenin ne şekilde yapılacağı hususunda mutabık kalırlarsa sorun yoktur. Kaldı ki zaten anlaşmalı boşanma davalarında hakim onayına sunulan protokolde tarafların üzerinde anlaştığı maddi tazminat meblağının, ne şekilde ve ne kadar sürede ödeneceği de yazılmaktadır. Hakim

⁷⁴¹ Y2HD,E. 2016/368K. 2016/1591,T. 2.2.2016 sayılı kararda TMK.m.175 gereği yoksulluğun ortadan kalkması da nafakanın kaldırılması sebeplerinden olup, aksi hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁷⁴² Y2HD,E. 2011/7688,K. 2011/8070,T. 11.5.2011 sayılı kararda yoksuluk nafakasının kendiliğinden ve mahkeme kararı ile kalkacağından bahsetmekte ve irat biçiminde ödenmesine karar verilen nafaka veya maddi tazminat, alacaklı tarafın yeniden evlenmesi, taraflardan birinin ölümü halinde kendiliğinden kalkar iken fiilen evli imiş gibi yaşamayı, yoksulluğun ortadan kalkması yahut hayriyetli hayat sürme hallerinde durumun yargılamayı gerektirmesinden bahsedilmiştir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁷⁴³ GENÇCAN, Ö.U.s.833

⁷⁴⁴ Y2HD.,E. 2004/4597,K. 2004/5394,T. 27.4.2004 sayılı kararda tazminatların ödenme tarihleri,meblağları,açık ve net olarak belirtilmesi hüküm tereddüt yaratmamalıdır. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

TMK.m.184 b.5 gereği protokolü değerlendirecektir.⁷⁴⁵ Hakim tarafların yaptığı bu anlaşma hukuka aykırı değilse ve tarafların özgür iradesi ile yapıldığı da sarih ise anlaşmayı uygun bulacaktır.⁷⁴⁶

Eşler arasında boşanmanın fer'i sonuçları niteliğinde bir anlaşma yapılmamış veya hakim tarafından onaylanmamış ise ödeme biçimine de hakim karar verecektir.⁷⁴⁷

Manevi tazminatın sadece para ile verileceği hükme bağlanmış iken maddi tazminat yönünden böyle bir sınırlama olmadığından maddi tazminatın ayın olarak da verilmesinde bir engel yoktur. (TMK.m.174) Yargıtay ise 'özel ve kabul edilebilir' bir neden bulunması halinde tazminatın ayın olarak ödenebileceğini belirtmiştir.⁷⁴⁸ Maddi tazminatın ayın olarak ödenmesinde yasal bir engel bulunmadığı gibi şayet borçlu eşin nakit ödeme sıkıntısı var ise tazminatı ayın olarak ödeyebilir. Zira MK.m.174 buna cevaz vermekte olup, mevcut davanın şartları doğrultusunda ayın ödemesine karar verilebilir. Hakim, maddi tazminat olarak verilecek ayının dava tarihindeki parasal değerini belirlemeli ve ayının değerinden fazlasına hükmetmemelidir.⁷⁴⁹ Örneğin bir işletmenin devri yahut aile konutu eşe ayın olarak verilebilir.⁷⁵⁰

Öğretide, Tekinay da tazminatın para olarak takdirinin şart olmadığını ve mal olarak da verilebileceğini belirtmiştir.⁷⁵¹ Federal Mahkeme 1954 tarihli bir kararında da boşanma yüzünden kusursuz eşe verilecek tazminat, özel durumlarda bir

⁷⁴⁵ GENÇCAN, Ö.U, s.830

⁷⁴⁶ GÜNEŞLİĞLU, F, Boşanma ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Bahçeşehir Üniversitesi Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi İstanbul 2009,s.54

⁷⁴⁷ AKINTÜRK, T, ATEŞ.D, s.307

⁷⁴⁸ GENÇCAN,Ö.U.,S.830 / Y2HD,E.2004/6230,K. 2004/7534,T. 9.6.2004-ilgili kararda davacı eş,tarafların birlikte oturdukların evin ½'snin kendisine maddi tazminat olara verilmesini talep etmiş boşanma sonucu kaybedeceği menfaati, maddi tazminatı ayın olarak istemiştir.Ancak kanun haklı ve kabul edilebilir bir sebep halinde ayın olarak ödenmesine imkan tanımıştır.Bu anlamda davacıya ne miktarda maddi tazminat istediği açıklattırılarak ona göre hüküm kurmaıs gerekirken reddi hukuka aykırıdır.

⁷⁴⁹ Y2HD,E. 2012/4021K. 2012/6577, T. 21.3.2012 sayılı ilamla tazminatın ayın olarak verilebileceği, ancak ayının dava tarihindeki değerinin hesaplanması gerektiği ve değer maddi tazminatın tavanını oluşturduğunu belirterek ayından fazlasına hükmedilemeyeceğine yönelik karar kurulması gerekirken reddi bozmayı gerektirmiştir. / <http://www.akcan.av.tr/bosanma-davasina-bagli-maddi-ve-manevi-tazminat-in-ay-ri-bir-dava-ile-talebi/>

⁷⁵⁰ OF,S. E.s.48

⁷⁵¹ TEKİNAY, S.S.s,210

gayrimenkulün temliki⁷⁵² olabilir derken, Egger⁷⁵³ de tazminat olarak bir ev eşyası olarak dikişi makinesinin dahi verilmesine hükmolunur demiştir.

Anlaşmalı boşanma davalarında taraflar, birbirlerinden isteyecekleri tazminat ve nafakanın ayın olarak ödenmesi ⁷⁵⁴ konusunda anlaşma yapabilecekleri gibi para olarak ödenmesine karar vermişler ise ödeme zamanı, yeri, taksit meblağları gibi tüm hususlar anlaşma protokolünde belirtilmelidir.⁷⁵⁵ Bunun gibi ödenecek tazminata karar verilmiş olması ancak protokolde ödenme zamanının yazılmaması da bozma sebeplerindendir.⁷⁵⁶

Boşanma sebebi ile yapılacak tazminat ödemesinin yabancı para ile yapılması kanunen mümkün değildir meğer ki taraflar bu hususta anlaşmış olmasın.(BK.m.99) BK.m.99'e göre taraflar arasında özel bir anlaşma yoksa konusu para olan borç memleket parası ile ödenir.⁷⁵⁷ İlgili Yargıtay kararına konu olmuş bir olayda mevcut boşanma davasında, davacı kadının yabancı para üzerinden talep ettiği maddi manevi tazminatın yabancı para olması ve bölünerek ödenmesi bozma sebebi yapılmış, verilen tazminat çok bulunmuş, davacı kadını zenginleştirme amacı taşıdığı belirtilmiş⁷⁵⁸ ve karar bu yönlerden muhalefet şerhlerine konu edilmiştir. ⁷⁵⁹ Taraflar arasında bu hususta bir anlaşma yoksa maddi tazminatın yabancı para üzerinden ödenmesi hukuka aykırıdır.⁷⁶⁰

Hükmolunan maddi tazminatın yıllar içinde artırılıp azaltılmasına karar verilebilir mi hususuna da değinelim. Medeni Kanunumuz madde 176/5 bu hususu açıkça belirtmiş olup, hakime; irad şeklinde ödenen maddi tazminat davasının gelecek yıllarda tarafların ekonomik ve sosyal durumlarına göre ne miktarda

⁷⁵² ERDEM, S.s.265

⁷⁵³ EGGER/ÇAĞA, s.230

⁷⁵⁴ Y2HD.E. 2012/4021K. 2012/6577, T. 21.3.2012 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁷⁵⁵ Y2HDE. 2004/4597,K. 2004/5394,T. 27.4.2004 Maddi manevi tazminatların ayın ve irad şeklinde ödenebileceği ancak taleplerin açık olması gerekliliği vurgulanmıştır. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁷⁵⁶ Y2HD.,E. 2010/6933,K. 2011/7459,T. 2.5.2011 sayılı kararda tarafların üzerinde anlaşma sağladıkları tazminat kalemelri açıkça belirtilmeli, şayet taksit konusunda anlaşılsa taksitlerin ifa zamanı ve meblağları yazılmalıdır..Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁷⁵⁷ ERGÜN, Z.s.175,ÖZÜĞÜR, A.İ.s.1108

⁷⁵⁸ Gerek maddi gerekse manevi tazminatın miktar olarak zenginleşmeye yol açmayacak düzeyde saptanması gerekmektedir / ERGÜN, Z.s.175

⁷⁵⁹ Y2HD.E. 1996/11110,,K. 1996/13467,T. 18.12.1996 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁷⁶⁰ GENÇCAN, Ö.U.s.831 ; Maddi tazminatın hem yabancı para üzerinden hem de taksitle ödenmesi BK.m.83'e aykırı olup, tarafların rızası hilafına hüküm kurulması doğru bulunmamıştır.

ödeneyeğini karara bağlama imkanı tanımıştır.⁷⁶¹ Burada amaçlanan davacının her yıl bu artış için ayrı bir dava açmak zaruretinin ortadan kaldırmak olup⁷⁶², kanunumuza bu madde yeni getirilmiştir.⁷⁶³ Önceki medeni kanun dönemine ekonomik bakımdan güçsüz olan nafaka alacaklıları bu taleplerini dava açmadan ileri süremiyorlar idi.⁷⁶⁴

Eğer taraflar bu hususta da bir anlaşma yaptılarsa tarafların istekleri doğrultusunda hakim tazminatın ileriki yıllarda örneğin tefe, tüfe, yüzde, yüzde 10 ve bunun gibi artış oranları ile artırılmasına karar verebilir.⁷⁶⁵

Ancak istek olmadan kararda tefe oranında artırılmasına karar verilmesi hukuka aykırı olup, bozma nedeni sayılmıştır. ⁷⁶⁶ Zira anlaşmalı boşanmada hakim taleple bağlılık ilkesi gereği tarafların isteği dışında istek aşılarak karar veremez. (HMK.m.26 ve MK.m.174/1)

Bunun yanında hükmolunan maddi tazminat için faiz ödenmesi konusunda da taraflar anlaşmış olabilirler. Anlaşmalı boşanma davasında boşanmanın feri'si niteliğindeki maddi tazminata faiz işletilmesi yönünde taraflar anlaşma sağlamışlarsa hakim onayından geçmek zorundadır. Çekişmeli boşanmada ise mahkeme, istek varsa faiz de verecektir.⁷⁶⁷ İstek olmadan faizin verilmesi ⁷⁶⁸usul ve yasaya aykırı olup, talebin aşılması anlamını taşımaktadır.(HUMK.m.74)⁷⁶⁹

Boşanmanın feri'si niteliğindeki maddi manevi tazminat, boşanma hükmünün kesinleşmesinde hüküm ifade edeceğinden faizi de boşanmanın kesinleşmesi ile

⁷⁶¹ AKINTÜRK, T,ATEŞ. D,s.308

⁷⁶² GENÇCAN, Ö,U,s.834

⁷⁶³ AKINTÜRK, T,ATES, D.s.308

⁷⁶⁴ OF,E.S.s,52

⁷⁶⁵ Y2HD.,E. 2013/18223,K. 2013/22404,T. 1.10.2013 sayılı kararda davacının irat biçiminde ödenmesine karar verilen yoksulluk nafakasının gelecek yıllarda ne miktar ödeneceğinin karara bağlanmasını da istemesine karşılık bu talep hakkında hüküm kurulmaması bozmayı gerektirmiştir. (TMK.m.176/son). Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁷⁶⁶ Y2HD.E.2005/579,K.2005/2448,T.21.02.2005sayılı kararda istek olamdan nafakanın her yıl tefe oranında artırılmasına karar verilmesi isabetsizdir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁷⁶⁷ Y2HD,E. 2018/7549,K. 2019/149,T. 15.1.2019 kararda faiz talep edilmediği halde istek aşılarak karar verilmesi bozma sebebi yapılmıştır. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁷⁶⁸ ERGÜN. Z. ,s.175

⁷⁶⁹ Y2HD,E. 2017/6635,K. 2019/1975,T. 4.3.2019 sayılı kararda hakim tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez (HMK m. 26/1) hükmü gereği talep olmadığı halde mahkemece maddi tazminata faiz hükmedilmesi doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

işlemeye başlayacaktır.⁷⁷⁰ Faizin, dava tarihinden itibaren başlatılması usul ve yasaya aykırıdır.⁷⁷¹

3.2.3 MANEVİ TAZMİNAT

Medeni Kanun madde 174/2 gereğince taraflardan birinin manevi tazminat isteyebilmesi için maddi tazminatta olduğu gibi bir takım şartlar gerekmektedir.⁷⁷²

Ancak anlaşmalı boşanmada bu şartlar zaruri olmayıp, tarafların birbirlerine verecekleri manevi tazminat meblağında anlaşmaları ve bunun hakim tarafından hukuka uygun bulunarak onaylanması yeterlidir. Manevi tazminatta da hakim istemle bağlıdır.⁷⁷³ İstek olmadıkça manevi tazminat takdir edilemez.⁷⁷⁴ İstekle bağlılık kuralı geçerlidir. (HMK.m.26)

Manevi Tazminatın Şartları:

3.2.3.1 Manevi Tazminat İsteyebilmek İçin Kişinin Kişilik Haklarının Sarsılması Gerekliliği

Çekişmeli boşanmalarda talebin yanı sıra, manevi tazminat alma şartlarından biri, şahsi menfaatlerin zarar görmesi yani manevi bir zararın oluşmuş olmasıdır.⁷⁷⁵ MK.m.174/2 gereğince istemde bulunan tarafın kişilik haklarının zedelenmesi gerekmektedir. Anlaşmalı boşanmalarda da talep olduğu ve taraflarca kabul edildiği sürece manevi tazminat istenebilecektir.

Eski kanun bahsi geçen bu zedelenmenin ‘ağır’ olması şartını arıyorken yeni kanunumuz bu şartı kaldırmıştır.⁷⁷⁶ Eski kanun değerlendirmesine ve Zevkliler görüşüne göre, manevi tazminatın oluşabilmesi için, kişinin bedeni sağlık ve

⁷⁷⁰ ÖZUĞUR,A.İ,s.1108 / Y2HD.,E. 2019/597,K. 2019/3965,T. 3.4.2019 Faiz kesinleşmeden itibaren işletilecek olup, dava safahatinde kadın lehine hükmedilen maddi manevi tazminata faiz işletilmesi usul ve yasaya aykırıdır

⁷⁷¹ Y2HD, ,E. 2018/6529,K. 2019/2576,T. 12.3.2019 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁷⁷² ZEVLİLER, ACABEY, GÖKYAYLA, s.974

⁷⁷³ Y2HD,E. 2016/11442,K. 2016/11323,T. 8.6.2016 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁷⁷⁴ Y2HD,E. 2003/3278,K. 2003/6290,T. 29.4.2003 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁷⁷⁵ ZEVLİLER, ACABEY, GÖKYAYLA, s.975

⁷⁷⁶ AKINTÜRK, T,ATEŞ,D.s.300

esenliğini derinden etkilemeli, kişi kimsenin yüzüne bakamayacak ve toplum içine çıkamayacak, yaşamdan zevk almayacak bir durumda olmasını aramakta idi.⁷⁷⁷ Ancak dediğimiz üzere yeni kanun bu manevi zararın “ağır” olması şartını kaldırmıştır. (TMK.m.174)

Bununla beraber eski kanun öncesinde kusursuz olan eşin tazminat hakkı bulunduğunu savunurken⁷⁷⁸ yeni kanun bu şartı kaldırmıştır.(MK.m.143/2)⁷⁷⁹ Muhakkak ki mutlak bir kusursuzluk aranmamakta, daha az kusurlu olma yeterli sayılmıştır.⁷⁸⁰ Zira tam kusursuzluk hali pek de görülen bir durum olmadığından tazminat talebini de çok daraltacaktır, bu sebeple kanun koyucu daha az kusurlu olan tarafa da tazminat hakkı tanımıştır.⁷⁸¹ Dural ve Ögüz de “davalıya oranla daha az kusurlu” olma şartının yeterli olduğunu savunmuşlardır.⁷⁸² Bununla beraber, eşit kusurlu tarafa kanunen tazminat hakkı tanınmamıştır. (TMK.m.73)⁷⁸³

Eşit kusurlu eş yararına TMK.m.174/1,2 fıkralarına dayalı olarak tazminata hükmolunamaz.⁷⁸⁴ Ayrıca Dural, boşanma yüzünden değil de başka bir sebeple ortaya çıkan zararın haksız fiile dayanılarak tazmin edilebileceğini ifade ederken, Hatemi de boşanmanın tek başına haksız fiil olamayacağı ancak boşanmaya sebebiyet veren olaylar haksız fiile yol açmış ise o zaman manevi zararın MK.m.174 gereği istenebileceğini savunmuştur. ⁷⁸⁵ Kişilik haklarının zedelenmesi konusunun, her olay ve duruma göre ayrı değerlendirileceği muhakkaktır.⁷⁸⁶ Hakim, yaşanan olayların mahiyetine, taraflarda yarattığı elem ve üzüntünün derecesine göre karar tahsis edecektir.⁷⁸⁷ Kişilik haklarının ihlali kapsamına, geniş bir bakış açısı ile, kişinin

⁷⁷⁷ ZEVKLİLER, ACABEY, GÖKYAYLA, s.975

⁷⁷⁸ 743 sayılı kanun madde 143/2 boşanmaya sebebiyet veren olaylarda yararına tazminat verilen tarafın kusursuz olmasını şart koşuyordu / ERGÜN, Z, S.792

⁷⁷⁹ 4721 sayılı yasada değişiklik kusur yönünden yapılarak davalının kusurlu olması manevi tazminat için yeterli görülmüştür./ TUTUMLU, M.A. s,1208

⁷⁸⁰ GÜNAY. B, Boşanmada Maddi Ve Manevi Tazminat, Seçkin Hukuk, İzmir 2019, s.62

⁷⁸¹ KÖPRÜLÜ/KANETİ, s.193

⁷⁸² DURAL, ÖĞÜZ,GÜMÜŞ , s.148

⁷⁸³ VELİDEDEOĞLU ,H.V, s.257, TUTUMLU,M.A.s,1203, ÖZTAN,B.,s.808 / Y2HD,E. 2018/1929,K. 2018/15107,T. 24.12.2018,Y2HD,E.2007/6371,2007/17952,T.16.04.2007

⁷⁸⁴ ÖZÜĞÜR, A.İ, Boşanma, Ayrılık ve Evliliğin İptali Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, s.1129 / Y2HD.E.02.10.2006,11883-12827

⁷⁸⁵ HATEMİ, s.135

⁷⁸⁶ ÖZTAN, B.s.303

⁷⁸⁷ AKINTÜRK. T, ATEŞ.D,s.300 vd./ TEKİNAY,S.S.s.210

manevi değerlerinin, inançlarının, bedensel bütünlüğüne dair haklarının, kişinin onuruna ilişkin haklarının ihlali başta olmak üzere birçok örnekler girmektedir.⁷⁸⁸

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise kişilik haklarını, kişinin sağlığını, saygınlığını, özgürlüklerini, özel hayatı gibi manevi değerlerini kişisel değer olarak kabul etmiştir.⁷⁸⁹ Yargıtay örneklerine bakarsak; kocanın hamile eşini hastaneye götürmemesi ve götürmelerine engel olması, kürtaja zorlaması⁷⁹⁰, hastalığı ile ilgilenilmemesi⁷⁹¹, toplum içinde eşine hakaret, küfür edilmesi⁷⁹², evliliği ailenin müdahalesine açık tutulması,⁷⁹³ bir başka kadının/erkeğin varlığı⁷⁹⁴, cinsel ilişki kurulmaması⁷⁹⁵, bıçakla saldırı⁷⁹⁶, dövme ve şiddet⁷⁹⁷, davacının kızlık zarı muayenesine tabi tutulması⁷⁹⁸, kişilik haklarının ihlali olarak sayılmıştır.⁷⁹⁹

Yargıtay 2.Hukuk Dairesi bir kişinin sarf ettiği söz değerinin ruh sağlığını bozuyor, derin bir üzüntüye yol açıyorsa şahsi haklara saldırı gerçekleşmiş demektedir.⁸⁰⁰ Kişilik hakları ihlal eden tarafın bu durumunun boşanma sebebi ile olmuş olması gerekmektedir.⁸⁰¹

⁷⁸⁸ ERGÜN, Z.s.178

⁷⁸⁹ ERGÜN, Z.s.178-179

⁷⁹⁰ ÖZÜĞÜR, A.İ, s.1208 /Y2HD.08.03.2008,2065-2875

⁷⁹¹ Y2HD.E. 2018/7379,K. 2018/14452,T. 12.12.2018 tarihli kararda kusura sebebiyet veren davranışları gösteren eş, karşı tarafın aynı zamanda kişilik haklarını ihlal ettiğinden maddi,manevi tazminat ödemeye mahkum edilir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁷⁹² Y2HD,E. 2018/7696,K. 2019/2991,T. 19.3.2019 tarihli kararda davacı eşin kadının kişilik haklarını ihlal ettiği, hakaret küfür ettiği, şiddet gösterdiği, ilgisiz davrandığı, tehdit ettiği, evlilik ükumlülüklerini yerine getirmemesi sebepleri ile tazminata mahkum edilmiştir. Karar yerinde görüldüğünden kusur ynünden yapılan temyiz başvurusu reddedilmiştir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁷⁹³ Y2HD.E. 2018/7696,K. 2019/2991,T. 19.3.2019- aynı kararda hem toplum içinde küfür hakaret ve evliliği, aile müdahalesine açık hale getirilmesi kişilik haklarına saldırıyı oluşturmaktadır.

⁷⁹⁴ Y2HD.18.04.1941 günlü karar / ERDEM S. s.266

⁷⁹⁵ Y2HD.E.2004/11673,K.2004/13070,T.04.11.2004 tarihli kararda da cinsel ilişki kurulması kişilik haklarının ihlali sayılmıştır. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁷⁹⁶ Y2HD.E.2003/1614,K.2003/3099,T.06.03.2003 sayılı kararında kendisini döven eşinin üzerine bıçakla yürüyen kadının bu davranışı kişilik haklarına ağır saldırı olarak değerlendirilmiş ve ağır kusur sebebi ile manevi tazminat uygun bulunmuştur. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁷⁹⁷ Y2HD.E.2003/947,K.2003/1824,T.17.02.2003 sayılı kararda erkeğin karısını dövmesi ancak buna karşılık da kadının boşanmaya sebep olan olaylarda kusurlu davranması eşit kusuru gerektirmiştir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁷⁹⁸ Y2HD.E.2003/7774,K.2003/9049,T.18.06.2003 tarihli kararda tarafların evlendikten sonra cinsel birliktelik yaşadıkları, kadının bakire çıkmasına rağmen onu istemediğini söyleyerek babasının evine göndermesi de kadının kişilik haklarının ihlali olduğu ve kocanın bu davranışı ile ağır kusurlu sayılarak manevi tazminata mahkum edilmesi kararı doğru bulunmuştur.Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁷⁹⁹ TUTUMLU, M.A,s.1213

⁸⁰⁰ ERGÜN, Z.s.179

⁸⁰¹ Y2HD,E. 2018/6937,K. 2019/2957,T. 18.3.2019, Y2HD,E. 2018/7373,K. 2019/539,T. 5.2.2019 tarihli kararlarda manevi tazminatın amacından sapmaması gerektiği, makul ve hakkaniyet ölçüsünde tayinin gerektiği ve evlilik birliğinde boşanma sebebi ile yaratılan elem ve hüznü gidermek için telafi

3.2.3.2 Manevi Tazminat İçin Boşanma Davasının Kesinleşmesi Şartı

Maddi tazminatta olduğu gibi manevi tazminatın da koşullarından bir diğeri boşanma davasında boşanma kararı verilmiş olması ve bu kararın kesinleşmesidir.⁸⁰² Kesinleşme infaz yönünden aranmakta ise de⁸⁰³, boşanma davası sırasında talep edilmeyen manevi tazminat yönünden daha sonra açılacak dava ile de talepte bulunulabilir.⁸⁰⁴ (TMK.m.178)

Düzenlemeye göre, manevi tazminat maddi tazminatla birlikte istenebileceği gibi ondan ayrı şekilde de istenebilir.⁸⁰⁵ Manevi tazminat boşanma davasından da ayrı açılabilir.⁸⁰⁶ Boşanmaya karar verilmiş ve talep varsa maddi manevi tazminat hakkında da bir olumlu-olumsuz bir karar tahsis edilmiş olması gerekmektedir.⁸⁰⁷ Boşanma kararı verilmemiş yahut dava reddedilmiş ise tazminatlar yönünden bir karar vermeye lüzum kalmayacaktır.⁸⁰⁸

3.2.3.3 Manevi Tazminat Talep Etme Süresi

Boşanma davası esnasında tazminat talep edilebileceği gibi sonrasında da edilmesinde engel bulunmamakta olup, dava sırasında talep etmek zaruri değildir.⁸⁰⁹ Boşanma kararı kesinleştikten sonra da bağımsız bir dava ile –harcını yatırmak sureti ile-talep edilebilir.

mahiyetinde verilmesi gerektiği ve bir tarafı zenginleştirmeye bir tarafı da bu ağır yükün altından kalkamayacak halde fakirleşmesine sebebiyet vermesinin hukuka aykırı olabileceği vurgulanmıştır. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁸⁰² YİBK.22.01.1988 tarih ve 5/1 sayılı karar / AKINTÜRK, T.s.301

⁸⁰³ Y12HD.2001/3215,K.2001/4062,T.26.12.2001,Bursa Barosu Dergisi s.79 / AKINTÜRK, T.

⁸⁰⁴ Evliliğin boşanma sebebi ile sona ermesinden doğan dava hakları boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrar / GENÇCAN, Ö,U.s.863

⁸⁰⁵ ÖZÜĞÜR, A.İ, s.1169 / Y2HD.25.11.2002,11877-13153

⁸⁰⁶ DURAL, ÖĞÜZ,GÜMÜŞ, s.150 /YİBK. 21.01.1988,5/1

⁸⁰⁷ Y2HD,E. 2019/103,K. 2019/4369,T. 10.4.2019 ile Y2HD,E. 2018/3226,K. 2018/9410,T.18.9.2018, ilgili kararda mahkeme, davacının evlilik birliğinin temelinden sarsılması talebine ilişkin olarak kabul kararı verirken haysiyetsiz hayat sürme sebebine dayanarak boşanma talebine ilişkin bir karar tesis etmemiştir. Bu talep hakkında da olumlu yahut olumsuz bir karar kurması gerekirken talebi değerlendirmemesi bozma sebebi sayılmıştır.

⁸⁰⁸ YHGK,E. 2010/2-649,K. 2010/683,T. 22.12.2010, ilgili kararda boşanma davası reddedildiğinden yoksulluk nafakası talebi de reddedilmiştir. Aynı durum tazminatlar içinde geçerli olacaktır. (486) ÖZÜĞÜR,A.İ, s.1168 / Y2HD.10.04.2003,3428-5294

⁸⁰⁹ ÇAKIN,A, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeni ile Boşanma, Bilge Yayınevi ,Ankara ,2007, s.129

Ayrıca boşanma ile ilgili hüküm kesinleşmiş ise artık o davada maddi manevi tazminat da istenemeyecek ve bağımsız davalar açmak gerekecektir.⁸¹⁰

3.2.3.4 Anlaşmalı Boşanma Kararı Kesinleştikten Sonra Tazminat Talep Etme İmkânı

Anlaşmalı boşanma halinde tarafların boşanmanın mali sonuçları hakkında tereddüte mahal verilmeyecek şekilde anlaşma sağlamış olmaları gerekmektedir. (TMK.m.166/3) Boşanmanın mali sonuçları önce de değindiğimiz üzere maddi manevi tazminat ve nafakadır.⁸¹¹ Tarafların bu bahsi geçen hususlar üzerinde anlaşmış olmaları ve hakimin de anlaşmayı hukuken uygun bulması gerekmektedir.⁸¹² Yapılan anlaşma yeni uyuşmazlıklar doğmasına açık olmamalı, infazda tereddüte mahal vermemelidir.⁸¹³ Hakim protokolde, uygun gördüğü noktalarda gerekli değişiklikleri yapacak ve tarafların onayına sunacaktır.⁸¹⁴ Yapılmak istenen değişiklik taraflarca da kabul edildikten sonra hakim boşanmaya karar verecektir.

Dolayısı ile anlaşmalı boşanmaya ilişkin mahkeme hükmünün kesinleşmesinden sonra boşanma sebebi ile tazminat talebi mümkün değildir.⁸¹⁵ Burada taraflar mali konularda anlaşmış olup, bu hususta sonradan talep hakları bulunmamaktadır.⁸¹⁶

Zira maddi manevi tazminat ve nafaka hususları anlaşmada yer almamış ise bu hususlarda anlaşmaya varılmış olduğu ve bu taleplerden vazgeçildiği düşünülmüş olmalıdır.⁸¹⁷ Tarafların boşanmanın mali sonuçlarına ilişkin aralarındaki ihtilafı nihai olarak çözdükleri ve ilişkilerini tasfiye ettikleri kabul edilir.⁸¹⁸ Taraflarca üzerinde

⁸¹⁰ Y2HD.E.2004/9070,K.2004/11255,T.05.10.2004 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁸¹¹ ÖZTAN, B.s.298,ÖZDEMİR, N.s.179

⁸¹² ÖZDEMİR, N.s.179-180

⁸¹³ Y2HD,E. 2004/4891,K. 2004/5908,T. 6.5.2004 tarihli kararda taarfların anlaştıkları maddeye hükümde yer vermemesi infazda tereddüt yaratacağından kararın bozulması gerekmiştir.Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁸¹⁴ Y2HD,E. 2008/16636,K. 2009/19741,T. 16.11.2009 sayılı kararda hakim çocuklarla alakalı çocuk lehine bir düzenleme öngörür ve taraflar da kabul ederse anlaşmalı boşanmaya hükmolunur.Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁸¹⁵ GÜNAY, B.s.128

⁸¹⁶ ÖZDEMİR,N.s.158,YHGK,E. 2017/2-3067,K. 2019/512,T. 2.5.2019 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁸¹⁷ ÖZDEMİR,N.s.158

⁸¹⁸ <https://www.hukukihaber.net/makale/anlasmali-bosanma-davasi-sonrasi-tazminat-ve-nafaka-talep-edilebilir-h377152.html>

anlaşma sağlanan ve mahkemeye sunulan protokol hakim denetiminden geçerek boşanma kararı verildikten sonra bir dava yolu ile maddi manevi tazminat istenilmemelidir görüşü mevcuttur.⁸¹⁹ Ancak Yargıtay yargılama sırasında mali sonuçlarla ilgili bir düzenleme yapılmamış ve şekli bir boşanma kararı verilmiş ve kesinleşmiş ise maddi manevi tazminat talebi sonradan istenebileceği görüşündedir.⁸²⁰

Eğer taraflar anlaşmalı olarak boşanmış ve manevi tazminat talep edilmemiş ise sonradan aldatıldığını öğrenen kadının dava açarak manevi tazminat istemesi örneğine bakarsak; davacının anlaşmalı boşanma davasındaki tazminat istemediğine dair beyanı, genel hükümlere dayalı tazminat isteminden açık bir şekilde vazgeçtiği anlamını taşımayacağı gibi tazminat isteminden feragat edildiği şeklinde de değerlendirilemez. Şu halde davacı tazminat isteminde bulunmakta serbesttir.⁸²¹

Gerek öğretide gerekse de Yargıtay kararlarında bu durum uzun yıllardır son derece tartışmalı ve çelişkilidir.⁸²² Yargıtay bazı kararlarında boşanma davasından sonra manevi tazminat istenemeyeceğini⁸²³ savunurken bazı kararlarında da sonradan istenebileceğini⁸²⁴ ifade etmiştir. Sonrasında da çelişiklere son vermek için İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu içtihatları birleştirme yoluna giderek boşanma davasında tartışılmamış nedenlere dayanılarak boşanma davasının kesinleşmesinden sonra manevi tazminat talep edilebileceğine karar vererek bu hususta son noktayı koymuştur. TMK.m.178 gereği bu süre 1 yılla sınırlandırılmış olup, boşanma hükmünün kesinleşmesinden itibaren 1 yıllık sürede istenebilmesi gerekmektedir.

⁸¹⁹ Y2HD,E.2011/11544, K.2012/25372 sayılı kararda taraflar anlaşmalı olarak boşandıktan sonra maddi manevi tazminat isteyemeyeceklerdir zira üzerinde anlaşma sağlanan protokolle tarafların ilişkilerini tasfiye ettikleri kabul edilmektedir.Bu itibarla artık boşanmadan sonra tazminat istenemez. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁸²⁰ Y3HD,E. 2013/16256,K. 2014/919,T. 23.1.2014 sayılı kararda kesin hükmün varlığı karşısında artık olağan kanun yollarına gidilemeyeceği şekli anlamda kesin hükmün davanın kapandığı anlamını taşıdığı, boşanmaya sebep olan olaylarda artık ne mahkemenin ne de Yargıtay'ın kusur incelemesi mümkün değildir. /KURU,B.a.g.e.,C2,s.1234 vd.

⁸²¹ Y4HD,E.2014-288, K.2014-1619,T.04/02/2014 sayılı kararında davacının anlaşmalı boşanma davasındaki tazminat istemediğine dair beyanı, genel hükümlere dayalı tazminat isteminden açık bir şekilde vazgeçtiği anlamını taşımaz ve tazminat isteminden de feragat edildiği şeklinde değerlendirilemez. Dolayısı ile davacı dilediğinden tazminat isteminde bulunabilir.Yerel mahkemece, işin esasına girilerek oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken istemin reddine karar verilmiş olması bozma sebebi yapılmıştır. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁸²² ZEVKLİLER, s.978

⁸²³ ZEVKLİLER, s.978-979/ Y4HD.31.01.1984,E.10328,K.785,Y4HD.08.10.1985,E.7166,K.7995

⁸²⁴ ZEVKLİLER, s.978-979/ Y4HD.23.12.1985,E.7549,K.10244,Y2HD.E.18.11.1986,E.115,K.10519

Yargıtay ve öğretide aynı görüşü savunan Zevkliler, kesinleşen boşanma davasından sonra boşanma kararında tespit edilemeyen yeni bir eylemin manevi tazminat davasında boşanmaya sebebiyet verdiği anlaşıyorsa tazminat istenebilir görüşündedir.⁸²⁵

Zevkliler bununla beraber sadece tartışılmamış nedenlere dayalı değil de her şekilde tazminat hakkının baki olması gerektiğini de ayrıca savunmaktadır. Ancak Gençcan karşıt görüşte olup, burada boşanmaya sebebiyet veren olayların boşanmayı gerektirip gerektirmeyeceği değerlendirmesinin yapılamayacağı ki zaten bu tarafların boşanma davasının kesinleştiğini, manevi tazminat davasına bakan hakim de bu durumun kabahatsiz eşin kişilik haklarını haleldar edip etmeyeceğini araştıramayacağı sadece inceleme hakkı olduğunu savunmaktadır⁸²⁶.

Öğretide “tazminat hakları saklı tutulmak” suretiyle anlaşmalı boşanma kararı verilemez.⁸²⁷ Anlaşmalı boşanma protokolünde maddi tazminat veya manevi tazminat hakkında tarafların haklarını saklı tutması, aralarında bu konulara ilişkin ihtilafın devam ettiğini gösterir.⁸²⁸ Bu durumun da anlaşmanın özüne aykırı olacağı muhakkaktır.

Kanaatimizce sonradan manevi tazminat talep etmek yahut bu husustaki hakları saklı tutmak hakkın kötüye kullanılması olacak olup, mümkün kılınmaması gerekmektedir. İlgili kararda hükmolunanın aksine ve karşı oy yazısında da katıldığımız üzere anlaşmalı boşanma davasında sadece 'boşanma sonucunda' anlaşıp 'mali sonuçları' ayrı dava konusu yapmak mümkün değildir.⁸²⁹

3.2.3.5 Manevi Tazminat Ödenme Şekli

⁸²⁵ Bakınız yukarıda anılan kararlar.

⁸²⁶ GENÇCAN, s.867-868

⁸²⁷ <https://www.emreulusoy.av.tr/anlasmali-bosanma-davasinda-tazminat/Y2HD,E.2014/16344 K.2015 / 269, T.13.01.2015>

⁸²⁸ <https://www.pinarileri.com/single-post/anlasmali-bosanma-davasi-anlasmali-bosanma-protokolu-bosanma-tazminat-nafaka-velayet-bosanma>

⁸²⁹ Y2HD,E. 2007/3109,K. 2008/4707, T. 3.4.2008 sayılı kararda boşanma konusunda anlaşıp mali konuları ileriye bırakmak anlaşmalı boşanmanın sistematiğine aykırıdır. Anlaşmalı boşanma olabilmesi için tarafların hem boşanma konusunda hem de mali konularda anlaşmalı gerekmektedir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

Manevi tazminat, maddi tazminattan farklı olarak sadece para olarak ödenebilir.⁸³⁰ Aynı ödeme yahut özür dileme vb. giderimlere karar verilemez.⁸³¹ Yani ayın olarak ve irad biçiminde ödenemez.(EMK.md.145/2 - YTMK.176/2) Ancak taraflar arasında anlaşma varsa irad şeklinde ve ayın olarak ödenmesi mümkündür.⁸³²

Çekişmeli boşanma davalarında manevi tazminat meblağını da hakim belirleyecek olup⁸³³,belirlediği tazminatın defaten ödenmesine hükmedecektir.⁸³⁴Ayrıca manevi tazminatın bölünemeyeceğini de belirtelim.⁸³⁵ Manevi tazminata sermaye şeklinde hükmolunduğundan bu tazminat meblağının artırılması, eksiltilmesi de söz konusu değildir.⁸³⁶ Manevi tazminat defaten, bir defada ödendiğinden⁸³⁷ kesilmesinden de söz edilemeyecektir.

3.2.3.6 Manevi Tazminatın Belirlenme Şekli

Hakim manevi tazminatı belirlerken tarafların ekonomik durumlarına, paranın alım gücüne, mevcut zarara, kusur oranına, kişilik haklarına yapılan saldırı ile ihlal edilen ve beklenen menfaat durumlarına göre davranacaktır.⁸³⁸ Ayrıca takdir edilen meblağın tarafları zenginleştirmemesi, zenginleşme aracı olarak kullanılmaması gerekmektedir. ⁸³⁹Ancak buna karşılık, telafi edici ,onarıcı, teskin edici, dengeleyici, sakinleştirici de olmalıdır.⁸⁴⁰ Ayrıca hakim, toplumun gelenekleri, değer yargıları, adalet ve hakkaniyet çerçevesinde meblağı takdir edecektir.⁸⁴¹

⁸³⁰ Eski Medeni Kanun md.143/2'da muayyen bir meblağa hükmedilir denirken, Yeni Medeni Kanun md.174 f.II, uygun bir miktara para ile ödenmesi öngörülmüştür. Y2HD.E.2004/5044,K.2004/5752,T.04.05.2004 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁸³¹ ÖZÜĞÜR, A.İ, s.1172, ÖZTAN,B.s,831

⁸³² 3444 sayılı yasadan evvel, MK.m.145 gereği manevi tazminatın irad şeklinde ödenmesi mümkün iken 3444 sayılı yasa düzenlemesi ile getirilen 2.fıkrasında irad şeklinde ödenemeyeceği emredici hale getirilmiştir./Zevkliler,s.977

⁸³³ ZEVKLİLER, ACABEY, GÖKYAYLA, s.975,AKINTÜRK,T.s.189,ÖZTAN,B.s.294

⁸³⁴ DURAL, ÖĞÜZ,GÜMÜŞ, s.150

⁸³⁵ ÖZÜĞÜR, A.İ, s.1200,Y2HD.22.06.2004, 4987-8233 manevi tazminat ıslah yolu ile de olsa artırılmayacağı hükme bağlanmıştır./ Y2HD,E. 2012/1678,K. 2012/21498,T. 17.9.2012 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁸³⁶ ZEVKLİLER, s.977

⁸³⁷ ÇAKIN, A.s.135

⁸³⁸ TMK.m.4 gereği hakkaniyet ilkesi ile BK.m.42 ve 44 maddeleri dikkate alınmalı ve TMK.m.174/1,2 gereği tazminata hükmedilmelidir./AKINTÜRK. T, s.189

⁸³⁹ GENÇCAN, Ö.U,s.1176 / Y2HD,E. 2013/18063,K. 2013/21749,T. 24.9.2013

⁸⁴⁰ GÜNAY, B.s.109, GENÇCAN, Ö.U, s.1176vd.

⁸⁴¹ ZEVKLİLER, ACABEY, GÖKYAYLA, s.979/ ÖZÜĞÜR, A.İ,s.1134-Y2HD.28.11.2005,13691-16431

Gençcan, manevi tazminat meblağı belirlenirken hakimin, tatmin, ceza ve telafi boyutunun göze alması gerekir demektedir⁸⁴².

Ancak uygulamada hakime tanınan geniş takdir yetkisi⁸⁴³, her mahkemenin farklı farklı meblağlara hükmetmesine sebebiyet vermektedir. Dolayısı ile bu tazminat hesaplamasında sabit bir kriterin belirlenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Alman Hukukunda emsal Yargıtay kararlarını esas alan tablolardan hareket edilirken İsviçre Hukukunda bizdeki gibi hakim geniş takdir yetkisi ile karar vermektedir.⁸⁴⁴

3.2.3.7 Manevi Tazminatta Faiz Meselesi

Maddi tazminatta olduğu gibi manevi tazminat için de faiz talebi yok ise faiz verilemez.(HUMK.m.74) Faize hükmedebilmek için talep gerekmektedir, talep yoksa faiz işletilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.⁸⁴⁵

Boşanma davası kesinleşmiş ve sonrasında manevi tazminat davası açılmış ve faiz istenmiş ise bu dava tarihinden itibaren faize hükmedilecektir.⁸⁴⁶

Boşanmanın fer'i'si niteliğindeki manevi tazminat yine maddi tazminatta olduğu gibi boşanma hükmünün kesinleşmesinde hüküm ifade edeceğinden faizi de boşanmanın kesinleşmesi ile işlemeye başlayacaktır.⁸⁴⁷Faizin, dava tarihinden itibaren başlatılması usul ve yasaya aykırıdır.⁸⁴⁸

⁸⁴² GENÇCAN, Ö.U,s.1174

⁸⁴³ GÜNAY, B.s.106

⁸⁴⁴ GÜNAY, B.s.107 / İsviçre Hukukunda iki aşamalı yöntemle hakim tazminat meblağını belirler, önce tazminat taban meblağını belirler sonra da bu meblağı dosyanın şartlarına göre azaltır yahut artırır.

⁸⁴⁵ Y2HD,E.2005/1046,K.2005/1833,T.10.02.2005 sayılı kararda istek olmadığı halde tazminata karar verilerek faiz de işletilmesi bozma sebebidir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁸⁴⁶ GENÇCAN, Ö,U,s.915

⁸⁴⁷ Y2HD,E. 2019/597,K. 2019/3965, T. 03.04.2019 sayılı kararda faize hükmedilmeden kadın yararına tazminat verilmiş, ergin temyiz itirazları ile tazminat meblağı çok bulunarak karar bozulmuştur. Bu halde davacı erkek yararına faiz yönünden usuli kazanılmış hak oluşmuş olup bozmadan sonra davalı erkek yararına oluşan bu usuli kazanılmış hakkı ortadan kaldırır şekilde kadın lehine hükmedilen maddi ve manevi tazminata yasal faiz yürütülmesi doğru bulunmamıştır. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁸⁴⁸ Y2HD,E. 2018/6529,K. 2019/2576, T. 12.03.2019 sayılı kararda mahkemece davacı kadın yararına hükmolunan maddi ve manevi tazminatlar bakımından da boşanma hükmünün kesinleştiği tarihten itibaren faize hükmedilmesi gerekirken, dava tarihinden itibaren tazminata faiz yürütülmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

Anlaşmalı boşanma durumunda da yine tarafların kendi aralarında faiz konusunda karar verebileceklerini belirtelim.⁸⁴⁹Boşanma davası sırasında manevi tazminattan feragat edilmiş ise artık manevi tazminat verilmeyecektir.⁸⁵⁰ (MK.m.174 f.1) İlgili kararda boşanma davası sırasında davadan feragat edilmesi davanın fer'ilerini de kapsayacağından manevi tazminattan da feragat edilmiş sayılmıştır.⁸⁵¹ Feragat, irade açıklandığı anda kesin hükmün sonuçlarını doğuracaktır. (HUMK.91-95) Bununla beraber, verilmiş olan temyiz aşamasında da feragat edilebileceği hükme bağlanmıştır. Ancak temyiz aşaması geçip dava boşanma yönünden kesinleşince feragatin bir hükmü kalmayacağı da muhakkaktır.⁸⁵²

3.2.3.8 Mirasçıların Manevi Tazminat Talep Hakkı

Son olarak manevi tazminat hususunda manevi tazminatın mirasçılara geçip geçemeyeceği hususuna da değinelim. Bu husus da tartışmalıdır. Medeni Kanunumuz madde 25/4'e bakıldığında manevi tazminat istemi karşı tarafça kabul edilmedikçe devredilemez, mirasbırakan tarafından ileri sürülmedikçe mirasçılara geçmez demektir. Yargıtay boşanma hükmü kesinleştikten sonra davacı ölmüş ise doğan ve hüküm altına alınan manevi tazminatın mirasçılara intikal edeceği görüşünü savunmaktadır.⁸⁵³

⁸⁴⁹ Y3HD.E. 2018/5223,K. 2019/5642, T. 20.06.2018 sayılı kararda taraflar anlaşmalı boşanmada ödenecek tazminat için faize de karar vermişler ancak anlaşmalı boşanma şartları gerçekleşmemiş ve dava çekişmeli devam etmiş, protokol hükümsüz hale gelmiştir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁸⁵⁰ GENÇCAN,Ö.U,s.920

⁸⁵¹ Y2HD.E. 2018/8046,K. 2019/4242,T. 8.4.2019 sayılı kararda davacı kadın tarafından karar düzeltme yoluna başvurulmamak suretiyle tarafların boşanmalarına ilişkin hükmün kesinleştiği anlaşıldığından, davacı kadının davadan feragat beyanı kesinleşen yönlerle ilişkin olarak hukuken geçerli sonuç doğurmaz. Ancak davadan feragat davanın fer'ilerini de kapsar. Davacı davadan feragat ettiğini bildirdiğinden, bu husus gözetilerek bir karar verilmek üzere hükmün boşanmanın fer'ileri yönünden bozulması gerekmiştir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁸⁵² Y2HD.E.2019/689,K. 2019/2885,T. 18.3.2019 tarihli kararında taraflar dava kesinleşmeden davadan feragat ettiklerine ilişkin dilekçe vermişler ancak dava kesinleşmeden snra feragat hukuken geçerli sonuç doğurmaz,ancak davadan feragat davanın fer'ilerini kapsar. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁸⁵³ GENÇCAN,Ö.U.s.907, ÖZÜĞÜR,A.İ.s.1190 /Y2HD.E.2006/21568,K.2006/9827,T.20.06.2006

Ayrıca maddi manevi tazminata yönelik taleplerin kabulü yönünden hüküm kesinleştikten sonra davacı ölürse yine mirasçılar lehine tazminat hakkının doğduğunu kabul etmektedir.⁸⁵⁴

Ancak kanaatimizce manevi tazminat hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olup kişilik hakkının ihlalinde sözkonusu olacaktır. Zira burada kişilik hakkı ihlale uğrayan kişinin kendisidir, mirasçıları değildir. İş bu sebeple mirasçıya devri düşünülemez. Manevi tazminat kazanan eşin ölümü halinde bu hakkın mirasçılarına devri kanaatimizce mümkün olmamalıdır.

3.2.4 YOKSULLUK NAFAKASI

Yoksulluk nafakası, boşanmanın mali sonuçlarından birisidir. Boşanma sebebi ile yoksulluğa düşecek taraf için⁸⁵⁵ ödenmekle nafaka yükümlüsünün mali gücü oranında belirlenir.(TMK.m.175) Yani, boşanma sebebi ile eski hayatını devam ettiremeyecek kişiye kanun gereği boşanma davası safahatinde yahut sonrasında talep edilen bir dava ile⁸⁵⁶ nafaka bağlanır. Ancak ne var ki hakimin yoksulluk nafakasına hükmedebilmesi için talebin varlığı gerekir⁸⁵⁷, hakim talep olmadan nafaka bağlayamaz.⁸⁵⁸

3.2.4.1 Yoksulluk Nafakasının Şartları

3.2.4.1.1 Boşanma Ve Talep Şartı

Kanunda yoksulluk nafakası isteyebilmenin ilk ve en önemli şartı tarafların boşanmış olmalarıdır.⁸⁵⁹ Boşanma olmadan yoksulluk nafakası bağlanamayacağı

⁸⁵⁴ Y2HD.E.2005/10332,K.2005/13458, T.04.10.2005 sayılı kararda mirasçıların külli halef olarak davaya tazminatlar yönünden devam edebilecekleri belirtilmiştir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁸⁵⁵ Y2HD,E. 2018/2900,K. 2018/14016,T. 4.12.2018 ilgili kararda talep edenin boşanma sonrası yoksulluğa düşeceği tespit edilmiş olmalı, düzenli geliri olup olmadığı araştırılmalı, dosyaya gelen cevabi yazılara göre yoksulluğa düşeceğine itibar edildikten sonra yoksulluk nafakası bağlanmalıdır denilerek karar bozulmuştur.

⁸⁵⁶ YHGK,E. 2017/2-3067,K. 2019/512,T. 2.5.2019 ilgili kararda taraflar anlaşmalı boşandıktan sonra nafaka için TMK.m.178 gereği ayrı bir nafaka davası açılarak istemde bulunulmuştur. Ancak davacı boşanma davası safahatinde nafaka talebinden vazgeçtiğine ilişkin beyandan bulunduğundan nafaka talebi reddedilmiştir.

⁸⁵⁷ Y2HD,E. 2019/95,K. 2019/4374,T. 10.4.2019 tarihli kararda taleple ilkesi gereği talepten fazlasına hükmedilemez.(HMK.m.26) Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁸⁵⁸ Y2HD,E. 2016/24864,K. 2018/10731,T. 8.10.2018 talep olmadan yoksulluk nafakasının reddi bozma sebebi sayılmıştır/ Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁸⁵⁹ ÖZÜĞÜR,A.İ.s.1009 / Y2HD.E.2002/15276,K.2002/17072,T.03.12.2002

Yargıtay kararlarında da konu edilmiştir. ⁸⁶⁰Ayrıca Yargıtay açık miktar belirtilerek talepte bulunulmasını⁸⁶¹ yoksulluk nafakası talep edebilmenin şartları arasına almıştır. Hatta bazı kararlarında şayet meblağ belirtilmemiş ise⁸⁶² böyle bir talep yokmuş gibi karar verilmesi gerektiğini, bazı kararlarında da talep edene bu meblağın açıklattırılması gerektiği savunulmuştur.⁸⁶³

Kanaatimizce talep olduğu halde, meblağ belirtilmemesi karşısında özellikle şahıs vekilsiz davasını takip ediyorsa usulü bilemeyeceğinden meblağ konusunda açıklama yapması istenebilir, süre verilebilir, davayı nafaka talebi yok diye reddetmek zaten boşanma sebebi ile mağdur olan tarafı daha da zora sokacağı düşüncesindeyiz.

3.2.4.1.2 Talep Eden Eşin Kusurlu Ya da Daha Az Kusurlu Olması

Bunlarla birlikte kanun nafaka talep eden kişinin kusuru aranmaz demiştir ki bu madde tartışmalara yol açmış, seneler boyu değişikliklere konu edilmiştir. Şöyle ki, eski kanun madde 144, 3444 sayılı yasa ile değiştirilmeden evvel, madde lafzında ‘‘kabahatsiz olan karı veya koca, boşanma neticesi olarak büyük bir yoksulluğa düşerse diğeri boşanmaya sebebiyet vermemiş bile olsa mali gücü oranında, bir sene müddetle nafaka ödemeye mahkum edilir’’ demekte idi. (EMK.m.144)

1988 değişikliğinde bir yıllık süre zarfı kaldırılmış ve kadın eşi korumak için kadının yoksulluk nafakası yükümlüsü olabilmesi için ‘‘refah hali’’nde olması aranmıştır.⁸⁶⁴ Yeni Medeni kanunda ‘‘refah hali’’ de kaldırılarak kadın erkek eşitliği ilkesi benimsenmiştir.⁸⁶⁵

⁸⁶⁰OF,E.S, Y2HD.,E.646,K.2666,T 22.03.1999
/http://www.selcuk.edu.tr/dosyalar/files/334/bo%C5%9Fanman%C4%B1n%20mali%20sonu%C3%A7lar%C4%B1.pdf ,s.77

⁸⁶¹ Y3HD,E. 2017/16955,K. 2018/102,T. 15.1.2018 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁸⁶² Y2HD,E. 2019/1563,K. 2019/2731,T. 13.3.2019 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁸⁶³ GENÇCAN,Ö,U.s.793

⁸⁶⁴ ÖZUGUR,A.İ.s.1007

⁸⁶⁵ Karşıt Görüş HATEMİ,s.134 /Erkeğin, mali yükümlülükleri üstlenmesi ve kadının hiç nafaka ödeme yükümlüne sokulmaması gerektiği kanaatindedir.

Bu madde 3444 sayılı yasa ile değişerek 175.maddedeki son halini almış ve aranılan şartlarda ve nafaka süresinde değişiklikler yapmıştır.⁸⁶⁶ Madde 175 ise, boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşulu ile mali gücü oranında diğer taraftan süresiz olarak nafaka isteyebilir ve nafaka ödeyecek olan tarafın kusuru aranmaz demıştir.(TMK.m.175)

Kusur yönünden de kanun değişiklik getirmiştir. Talep eden eşin kusursuz ya da daha az kusurlu olmasını aramıştır.(TMK.m.175) Talepte bulunanın daha kusurlu olması lehine nafaka verilmesine engeldir.⁸⁶⁷ şu halde nafaka talep eden eş, kusursuz, daha az kusurlu ve eşit kusurlu olması halinde nafaka alabilecektir.⁸⁶⁸ Nafaka yükümlüsünün ise kusurlu olup olmamasına bakılmaz ⁸⁶⁹ Yoksulluk nafakası davasında, yükümlü olan eş kusursuz da olsa koşulları oluşmuş ise yoksulluk nafakası ödemek zorundadırlar.⁸⁷⁰

Bahsi geçen durumlar çekışmeli boşanma durumunda hakimın takdir ile karara bağlanacak olup, anlaşmalı boşanma davalarında tarafların nafaka hususunda anlaşma yapmış olmaları –hakimin de bu anlaşmayı uygun bulması halinde-hakimin bu anlaşmaya geçerlilik tanıyacağı anlamına gelmektedir.⁸⁷¹ Aksi durumunda hakimın hukuka uygun olan anlaşmayı, sözleşmeye müdahale ederek reddetme durumu yoktur, ki tarafların boşanma sebebi ile yoksulluğa düşüp düşmeyeceklerini araştıracak yetkisi yoktur.(TMK.m.84/b.5) ⁸⁷²

Kaldı ki tarafların anlaşması söz konusu ise bu takdirde kimin ne derece kusurlu olduğu yahut kimin ne denli yoksulluğa düşeceği mevzuusu önemini yitirecektir. Zira taraflar boşanmanın sonuçları üzerinde anlaşma sağlamış olacaklardır.

⁸⁶⁶ AKINTÜRK. T, ATEş,D,s.302

⁸⁶⁷ DURAL. M, ÖĞÜZ .T,GÜMÜş.M.A.s,151

⁸⁶⁸ GENÇCAN, Ö,U,s.934

⁸⁶⁹ Y2HD,E.2018/5606,K. 2018/14630,T. 17.12.2018 kararında, boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geğimi için diğer taraftan mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir ve TMK.m.75 gereği nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁸⁷⁰ ÖZUĞUR, A.İ,s.1008

⁸⁷¹ GENÇCAN, Ö,U,s.934

⁸⁷² GENÇCAN, Ö,U,s.934-935

3.2.4.1.3 Nafaka İsteyen Eşin Yoksulluğa Düşecek Olması Ve Nafaka Yükümlüsü Eşin Maddi Durumu Orantısında Nafaka Takdiri

Nafaka isteyen eş, çalışma gücünden yoksun ise ve bir geliri yahut malvarlığı yoksa yoksulluk nafakasına hak kazanacaktır.⁸⁷³ Aktif bir geliri yahut emekli maaşı, yahut ailesinden kalma mirasının olması talep edenin yoksulluğa düşmeyeceğini göstermez.⁸⁷⁴ Hakimın bunu araştırması gerekmektedir.⁸⁷⁵ Örneğin daha evvel de değindiğimiz ilgili kararda talep edenin asgari ücretli bir işte çalışıyor olması yoksulluğa düşmeyeceği anlamına gelmeyeceğine yöneliktir.⁸⁷⁶ Ayrıca bahsedilen yoksulluğun normal ve vasat düzeyde⁸⁷⁷ olması yeterli olup, Yargıtay da normal düzeyde bir yoksulluk tehlikesini dahi nafaka için yeterli görmüştür.⁸⁷⁸

Yoksulluğa düşmekten amaç, kendi mali kaynakları ve çalışma gücü ile geçimini sağlayamamasıdır.⁸⁷⁹

Önceki kanun madde 144’de “büyük bir yoksulluk” diye tabir edilmiş iken yeni düzenleme ile bu sıfat kaldırılmış ve asgari yoksulluk düzeyi yeterli görülmüştür.⁸⁸⁰

Ayrıca takdir edilecek nafakanın ödeyecek eşin maddi durumu ile orantılı olması gerektiğine de değinmiştik. Ödeyecek olanın hiç mali gücünün olmaması durumunda nafaka yükümlülüğü getirilemez.⁸⁸¹ Nafaka tayininde tarafların maddi durum araştırması hakkaniyete uygun şekilde mali gücü ile orantılı yapılmalıdır.⁸⁸² Bununla beraber nafaka verilecek olan eşi sadece yoksulluktan kurtarmak, asgari düzeyde onun yaşamını sağlamak için verilmeli aksi durumda lüks

⁸⁷³ DURAL, M,ÖĞÜZ. T,GÜMÜŞ. M.A.s,151

⁸⁷⁴ Y2.HD, E. 2018/2890,K. 2019/4281,T. 9.4.2019,Kazancı Bilgi Bankası

⁸⁷⁵ ÖZÜĞÜR, A.İ.s.1011

⁸⁷⁶ Y2.HD,E. 2018/6758,K. 2018/15342,T. 25.12.2018 ilgili kararda asgari ücret seviyesindeki gelir kişiyi yoksulluktan kurtarmaz denilmiştir / Y3 HD,E. 2017/11957,K. 2017/13613,T. 9.10.2017, Kazancı Bilgi Bankası

⁸⁷⁷ AKINTÜRK. T,s.302

⁸⁷⁸ Y3. HD,E. 2003/8485,K. 2003/8201, T. 30.6.2003- 3.Hukuk Dairesi, geçimini kendi imkanları ile sağlayamayan kişinin yoksulluğa düşeceği kabul edilir ki bu düşkünlüğün çok büyük olması gerekmez, Normal ve vasat düzeyde bir yoksulluk tehlikesi de nafaka için yeterlidir demiştir. Kazancı Bilgi Bankası

⁸⁷⁹ ÇAKIN, A.s.137, ZAFER, E.s.136, Yargıtay ikinci hukuk dairesi ile aynı görüşte olup, asgari ücretin altında gelire sahip olanların yoksul kabul edilmeleri zorunludur demektedir.

⁸⁸⁰ AKINTÜRK. T,s.304, ZEVKLİLER, A, s.850

⁸⁸¹ DURAL, M,ÖĞÜZ. T,GÜMÜŞ.M.A.s,152

⁸⁸² AKINTÜRK, T,s.304

bir hayat sağlamamalı yahut eski alıştığı düzeni devam ettirme gayesi taşımamalıdır.⁸⁸³ Keza eğer boşanma davasında nafaka yükümlüsüne maddi manevi tazminat ödeme zarureti de getirilmiş ise bunun da göz önüne alınması ve varsa bakmakta yükümlü olan çocuklarının da masraf ve ihtiyaçları göz önünde tutulmalıdır.⁸⁸⁴

3.2.4.1.4 Nafakanın Süresi

Nafakanın süresiz olarak-ömür boyu istenmesi gündeme gelmiştir ki bu konu da hala tartışmalara gebe dir.⁸⁸⁵ Haziran 2019'da Adalet Bakanlığı'nca hazırlanan 'Yargı reformu strateji belgesi'nde süresiz nafakanın önüne geçmek için adım atmaya başlamıştır ki bu hususta bir radikal bir değişiklik ve yargı reformu beklenmektedir.

Kısa süreli evliliklerde ömür boyu nafaka ödemek muhakkak ki pek adil değildir ve diğer taraftan evlilik dışı ilişkiler nafaka kesilmesin diye meşrulaştırılmamaktadır.(TMK.m.176/3)

Kaldı ki boşanma kararından sonra birbirlerine yabancılaşan çiftlerin ömür boyu nafaka ödemeye zorlanmaları adaletli bir yaklaşım değildir.

Anlaşmalı boşanmalarda da nafaka konusu pazarlık konusu edilmekte, istenilen meblağda anlaşılmadığı takdirde taraflar boşanmaktan da vazgeçmektedirler. Zira boşanma sebebi ile yoksulluğa düşecek olan taraf ancak eski evlilik hayatındaki yaşam kriterini elde ettiği takdirde –ki bazen de bir tarafı boşanmadan vazgeçirmek için çok yüksek meblağ taleplerinde bulunmaktadır- boşanmaya razı olmaktadır. Bununla beraber anlaşmalı boşanmada taraflar nafaka konusunda bir süre sınırı da belirlemiş olabilirler, örneğin üç yıllık süre sonunda nafaka ödemesi bitecek şeklinde bir anlaşma yapmışlarsa hakim talepten fazlasına karar veremeyecek ve süresiz nafakaya hükmedemeyecektir.⁸⁸⁶

⁸⁸³ DURAL, M,ÖĞÜZ .T,GÜMÜŞ.M.A.s,152

⁸⁸⁴ TEKİNAY, S.S.s,265 , ÇAKIN,A,s.137,OĞUZMAN,K.s.165

⁸⁸⁵ <https://www.sabah.com.tr/ekonomi/2019/05/24/suresiz-nafaka-kalkiyor-mu-adalet-bakani-abdulhamit-gulden-son-dakika-suresiz-nafaka-aciklamasi>

⁸⁸⁶ Y2HD,E. 2018/1323,K. 2018/3224,T. 13.3.2018, Kazancı Bilgi Bankası

Çekişmeli boşanmalarda durum biraz daha farklıdır ki mahkeme tarafların ekonomik ve sosyal durumlarını araştırarak⁸⁸⁷, nafaka talep edenin ‘gerçekten’ boşanma sebebi ile yoksulluğa düşüp düşmediğini araştıracaktır.⁸⁸⁸ Tespit edilen mali güç oranında nafaka bağlanacaktır.⁸⁸⁹

3.2.4.1.5 Nafakanın Ödenme Şekli

Anlaşmalı boşanmada taraflar, nafakanın meblağına karar verebilecekleri gibi ödenme şekline de muhakkak ki ortak kararla kararlaştırılabileceği konusunda tereddüt yoktur. (MK.m.184/b.5)

Ancak çekişmeli boşanmalarda Md.176 gereği irat yahut toptan şeklinde ödenmesi de söz konusu olabilir. Bunu belirleyecek olan hakimdir. Hatta gelecek yıllarda da nafakanın meblağı ve ne şekilde ödeneceğine dair düzenleme yapılması hakimden talep edilebilir.(TMK.m.176/son) ⁸⁹⁰ Bu yolla her defasında yeni bir dava açmak zarureti ile yeni harçlar yatırılması önlenmek istenmiştir.⁸⁹¹

3.2.4.1.6 Yoksulluk Nafakasının Kaldırılması

Yoksulluk nafakasına kanunen süresiz olarak devam edilir meğer ki yoksulluk hali ortadan kalksın.⁸⁹² Yoksulluğun ortadan kalkması halinde mahkeme kararı ile nafaka kesilir.(TMK.m.176/3)⁸⁹³ Nafakanın sona ermesi iki şekilde olur. Ya mahkeme kararı ile kalkar yahut kendiliğinden sona erer. Açıklarsak, taraflardan

⁸⁸⁷ Y2HD,E. 2017/5101,K. 2019/2231,T. 6.3.2019 ilgili kararda kadının ekonomik sosyal durumu araştırmadan nafaka talebinin reddine karar verilemsi usul ve yasaya aykırıdır. Kazancı Bilgi Bankası

⁸⁸⁸ Y2HD, E. 2018/5069, K. 2018/15351,T. 25.12.2018, sayılı kararında davacı yönünden usulünce ekonomik ve sosyal durum araştırması yapılması, kadının sürekli ve düzenli bir işte çalışıp çalışmadığı, çalıştığının tespit edilmesi halinde, çalışması karşılığında elde ettiği geliri ve bu gelirin düzenli ve sürekli olup olmadığı, kendisini yoksulluktan kurtaracak düzeyde bulunup bulunmadığı araştırılmalı ve gelen sonuçlara göre kadının yoksulluk nafakası talebi hakkında karar verilmesi gerekirken, bu konuda eksik incelemeyle yoksulluk nafakasına hükmedilmesi usul ve kanuna aykırıdır. Kazancı Bilgi Bankası

⁸⁸⁹ YHGK, E. 2017/2-1584,K. 2018/503,T. 21.3.2018 ilgili kararda nafaka yükümlüsü eşin asgari ücretle çalışmasının nafaka ödemesine engel olmayacağı, kazancının kendisini yoksulluğa düşmekten kurtarmayacağı bu sebeple nafaka bağlanmasının yerinde olduğuna karar verilmiştir, Kazancı Bilgi Bankası

⁸⁹⁰ Y3HD,E. 2016/5606,K. 2016/9950,T. 24.6.2016, Kazancı Bilgi Bankası

⁸⁹¹ ÖZÜĞÜR ,A.İ,s.1011

⁸⁹² HATEMİ, s.134

⁸⁹³ YHGK, E. 2018/3-899,K. 2018/1726,T. 15.11.2018, Kazancı Bilgi Bankası

birinin ölmesi yahut evlenmesi durumlarında nafaka sona erer.⁸⁹⁴ Diğer durumlarda⁸⁹⁵ ise kalkmasını talep eden kişinin nafakanın kalkma sebeplerini ispatla yükümlüdür. Nafaka borcu, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğundan nafaka yükümlüsünün ölmesi durumunda nafaka kendiliğinden kesilir, mirasçılardan nafaka talep edilemez.⁸⁹⁶

Buna karşın yoksulluk nafakasının artırılması da talep edilebilir.⁸⁹⁷ Nafaka bağlanan eşin maddi durumunun düzelmesi, yoksulluktan çıkması⁸⁹⁸ yahut evlenmesi hallerinde mevcut duruma göre nafakanın kesilmesi gündeme gelebilecektir.⁸⁹⁹ Örneğin nafaka alacaklısının büyük bir mirasa konması, işe girmesi, nafakanın arttırılması için sebep olarak gösterilebilirken, pahalı bir tedaviyi gerektirir bir hastalığa yakalanması, sakat kalması, ihtiyaçların çok artması nafakanın yükseltilmesi için gösterilebilecek sebeplerdendir meğer ki hepsi ispatlanabilsin.⁹⁰⁰ Nafakanın azaltılmasını isteyecek olan nafaka yükümlüsüdür ve muhakkak ki azaltılması yahut kaldırılmasına sebep olan durumları ispatlaması gerekecektir.⁹⁰¹ Ayrıca şartları varsa, nafakanın artırılmasına da karar verilebilir.⁹⁰² Keza nafakanın artırılmasını talep edecek olan da nafaka alacaklısıdır ve o da ne sebeple artırıma gidileceğini sebepleri ile ispatlamak zorundadır.⁹⁰³ Mevcut durumda bağlanan nafakanın ihtiyaçları karşılamadaki güçsüzlüğü karşısında nafaka alacaklısı talepte bulunabilir.⁹⁰⁴

⁸⁹⁴ Y3HD,E. 2013/19128,K. 2014/3555,T. 6.3.2014, Kazancı Bilgi Bankası

⁸⁹⁵ Nafakanın hakim kararı ile sona erme sebepleri, nafaka alacaklısının, evlilik olmaksızın gayrimeşru ilişkide olması, yoksulluğun son bulması ve haysiyetsiz hayat sürmedir/ DURAL, M.s.155

⁸⁹⁶ DURAL, M,ÖĞÜZ.T,GÜMÜŞ.M.A.S.155

⁸⁹⁷ Y3.HD,E. 2017/16955,K. 2018/102,T. 15.1.2018 kararında tarafların sosyal ve ekonomik durumları,yoksulluk nafakasının niteliği ekonomik göstergelerdeki değişim ile TÜİK'in yayımladığı artış oranı nazara alınarak önceki nafaka takdirinde taraflar arasında oluşan dengeyi koruyucu oranda artırıma karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir.Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁸⁹⁸ ÇAKIN,A.,S.137

⁸⁹⁹ Y3HD,E. 2016/19650, K.2017/8141,T. 25.5.2017 sayılı kararında TMK'nun 176/3.maddesi uyarınca; irat biçiminde ödenmesine karar verilen maddi tazminat veya nafaka, alacaklı tarafın yeniden evlenmesi ya da taraflardan birinin ölümü halinde kendiliğinden kalkar ve bununla birlikte evlenme olmaksızın fiilen evliymiş gibi yaşama hali, yoksulluğunun ortadan kalkması ya da haysiyetsiz hayat sürmesi halinde mahkeme kararıyla kaldırılır. Kazancı içtihat Bilgi Bankası

⁹⁰⁰ ÖZÜĞÜR, A.İ.s.1014

⁹⁰¹ DURAL, M,ÖĞÜZ. T,GÜMÜŞ. M.A.S.153

⁹⁰² Y3HD,E. 2016/5990,K. 2016/9686,T. 22.6.2016, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁹⁰³ Y3HD,E. 2018/3846,K. 2018/8426,T. 12.9.2018 ilgili kararda nafaka alacaklısının bir başkası ile yaşadığını ve nafakaya ihtiyacı kalmadığı hasebi ile nafakanın kaldırılması talep olunmuştur, Kazancı Bilgi Bankası

⁹⁰⁴ Y3HD,E. 2016/10329,K. 2017/328,T. 19.1.2017, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

Anlaşmalı boşanma davasında yoksulluk nafakası verilmemiş ise sonradan da istenemez.⁹⁰⁵ Zira anlaşmalı boşanmanın şartlarından biri de tarafların boşanmanın mali sonuçlarında anlaşmış olmalarıdır.⁹⁰⁶ Eğer nafaka yönünden bir karar verilmemişse zımni olarak bu haktan feragat edildiği anlamını taşımaktadır.⁹⁰⁷ Keza çekişmeli boşanmada da nafaka istenmediği yönünde bir açıklama var ise nafakaya hükmedilemez.⁹⁰⁸

Ayrıca nafaka talebi gibi, nafakaya işletilecek faiz konusunda anlaşmalı boşanma davasında bir talep yoksa faize hükmedilemeyecektir.⁹⁰⁹

3.2.4.1.7 Nafaka Davasında Yetkili Ve Görevli Mahkeme

Nafaka talebi boşanma davasının feri'lerinden biri ise görevli ve yetkili mahkeme boşanma davasının görüldüğü aile mahkemesidir.

Öncesinde de değindiğimiz üzere, yoksulluk nafakası boşanma davasının her aşamasında istenebilir.⁹¹⁰ Buna karşılık nafaka talebi mevcut boşanma davası kesinleştikten sonra aynı davada istenemeyeceğinden harcı yatırılarak istenebilecek⁹¹¹ ve boşanma davasından sonra ayrı bir dava ile istenmiş ise yetkili ve görevli mahkeme nafaka alacaklısının ikametgah mahkemesi olacaktır.(MK.m.177)

3.2.4.1.8 Zamanaşımı Mevzuu

4721 sayılı TMK.m.178'e göre evliliğin boşanma sebebi ile son bulmasından doğan dava hakları boşanma davasının kesinleşmesinden sonra bir yıl geçmekle

⁹⁰⁵ ERGÜN, Z.s.142

⁹⁰⁶ Y2HD .E. 2000/2942,K. 2000/4712,T. 13.4.2000-İlgili kararda tarafların nafaka konusu dışında her konuda anlaştıkları ve nafaka konusunu hakimın takdirine bıraktıkları ancak hakimın de istek olmadan nafaka kararı veremeyeceği göz önüne alınarak nafakanın takdirine dair verilen karar bozulmuştur, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁹⁰⁷ Y2HD,E. 2000/9577,K. 2000/10314,T. 14.9.2000, Y3HD,E.2017/14198,K. 2017/12551,T. 21.9.2017 sayılı kararda anlaşmalı boşanma davası içinde nafaka istenmemiş sonrasında davacı kadın nafaka talebinde bulunması hakkında feragat ettiği anlamını taşımakta olduğundan yoksulluk nafakasının reddine karar verilmiştir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁹⁰⁸ GENÇCAN, Ö,U,s.986

⁹⁰⁹ Y2HD,E. 2017/6751,K. 2018/12312,T. 1.11.2018 hakim taleple bağlı olup faiz talebi yoksa kendiliğinden faize hükmetmesi yasal değildir, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁹¹⁰ ERGÜN, Z.s.137

⁹¹¹ GENÇCAN, Ö,U,s.987

zamanaşımına uğrar (TMK.m.178)⁹¹². 6098 sayılı Borçlar Yasasına bakarsak; her alacak aksine bir hüküm bulunmadıkça 10 yıllık zamanaşımı süresine tabidir (TBK.m.146) Ancak boşanmadan kaynaklı alacaklarda kanunkoyucu özel bir süre belirlemiş ve talep süresini 1 yıllla sınırlamıştır. İlgili maddenin gerekçesine bakıldığında boşanmadan doğan tazminat istemleri için tazminat talebini eşlerin yararına olarak süreye tabi kılmış olup, evliliğin boşanmaya ilişkin hükmünün kesinleşmesinden sonra bu sürenin işleyeceğini belirtmiştir.

Zamanaşımı, bir def'i olup, borçlu tarafından ileri sürülmedikçe hakim tarafından re'sen gözönüne alınamaz(BK.m.140,TBK.m.161).Yani borçlu eş, borcun zamanaşımına uğradığı yönündeki itirazını mahkemeye bildirmediği müddetçe borçtan sorumluluğu devam edecektir. ⁹¹³Zamanaşımı bir hakkı ortadan kaldıran bir olgu değil⁹¹⁴, hakkın istenebilir olması, dava edilebilir olmasını ortadan kaldıran bir olgudur, şöyle ki alacaklı 1 yıllık zamanaşımı süresi dahilinde davasını açmaz ve tazminat alacağını borçlu eşinden talep etmezse dava açma hakkı zamanaşımına uğrayacaktır, bu demek değildir ki hakkı kaybolsun.⁹¹⁵ Burada hak düşümünden farklı olarak süresi içinde talep edilmeyene alacak hakkı kaybolur.

BK.m.149'a bakarsak zamanaşımı alacağın muaccel olması ile başlar ve her borç aksi bir anlaşma olmadığı müddetçe "doğduğu anda" muaccel olur (TBK.m.90). Boşanmadan kaynaklı tazminat alacakları yönünden değerlendirirsek boşanma karar hükmünün kesinleşmesi ile dava hakkı başlayacak ve bahsi geçen 1 yıllık kısıtlı süre zarfında talep edilmediği sürece dava hakkı zamanaşımı sebebi ile ortadan kalkmış olacaktır. Zamanaşımının kesilmesi de yine TBK.'da düzenlendiği üzere borcun ifası, borca kefil gösterilmesi, dava yolu ile mahkemeye başvurulması, icra yoluna gidilmesi hallerinde zamanaşımı kesilir (TBK.m.154)⁹¹⁶ İlgili hükme kıyasen de boşanma sebebi ile doğan tazminatlar yönünden de 154.maddedeki

⁹¹² Y2 HD,E. 2019/757,K. 2019/2198, T. 6.3.2019 Kazancı Bilgi Bankası

⁹¹³ Y3HD.E.2009/982,K.2009/2991,T.09.06.2009 tarihli kararı gerekçesinde boşanmadan kaynaklı alacak taleplerinin gerek tazminat gerekse de mal rejimine ilişkin alacak istemlerinin EBK.m.125 (TBK.m.146) gereği istenemeyeceği ve bir yıllık süre zarfında ielri sürülmediği sürece zamanaşımına uğrayacağı belirtilmiştir.

⁹¹⁴ <https://www.tevratduran.com/zamanasimi-nedir-hukuk-ve-ceza-davalarinda-zamanasimi-suresi/>

⁹¹⁵ Zamanaşımı süresi ile hak düşürücü süre birbirinden farklıdır, hak düşürücü sürede alacak talebinde bulunmayan taraf hakkı tümüyle kaybederken zamanaşımı süresince talep edilmeyen haklar yönünden sadece dava edebilme hakkı ortadan kalkmış demektir

⁹¹⁶ TBK.m.154 (EBK.m.133)Borçlu borcunu ikrar etmiş, özellikle faiz ödemişveya kısmen ifada bulunmuş yada rehin vermiş,kefil göstermişse ve alacaklı defi yahut dava yolu ile mahkemeye başvurmuş,icra takibi yapmış, iflas masası yada hakeme başvurmuş ise zamanaşımı kesilir.

durumlar söz konusu olduğunda zamanaşımı ileri sürülebilecektir. TBK.m.154-159 maddeleri arasında zamanaşımının kesilme hallerinden bahsedilmiş ve zamanaşımını kesen her işlemten sonra zamanaşımı için yeni sürenin dikkate alınmasına dikkat çekmiştir. Şöyle ki şayet yapılan bir icra takibi varsa yahut bir def'i varsa yahut borç ikrarı varsa zamanaşımı süresi kesilecek ve alacağın takibine ilişkin her işlemten sonra süre sıfırdan başlayacaktır.⁹¹⁷

3.2.4.1.9 Anlaşmalı Boşanma Protokolünün İhlali ve Alacaklı Eşin Hukuki İmkanları

Anlaşmalı boşanma protokolünde tarafların üzerinde anlaşma sağladıkları hususların hakim onayından geçmedikçe geçerliliğinin olmayacağından ve bu protokole ilişkin işlem yapılamayacağından bahsetmiş idik. (TMK.m.166/3) Dolayısı ile hakimin anlaşmalı boşanmaya karar verebilmesi için tarafların iradelerinin uyduğundan emin olarak, üzerinde anlaşma sağlanan konularda hüküm kurabilmesi için anlaşma sağlanan protokolü onaylamalı⁹¹⁸ ve protokol maddelerini kararına dercetmelidir. Aksi durumda ilamlı icraya konu edilebilecek bir durum söz konusu olmayacaktır. Şöyle ki, hakim tarafından onaylanan protokol maddelerinin infazı mümkün olmalı, tereddüte mahal bırakmamalıdır. Hakim boşanma ile ilgili kararı onaylamakla yetinmemeli ve kararı, infaza kabil bir eda hükmü haline getirmelidir, aksi halde infaz zorluğu yaşanacaktır.⁹¹⁹ Hukuk Genel Kurulu; boşanmanın mali hükümlerinin bulunduğu boşanma protokolü taraflarca mahkemeye verilmiş olmasına rağmen hakimin bu konuyu incelememesi yahut kararına geçirmemesi halinde hukuki sonuç doğurmaz demektedir. Yargıtay 2 Hukuk Dairesi de protokolün hakim tarafından onaylanarak eda hükmünü içerecek şekilde karara işlenmesi gereğinden bahsetmiştir.⁹²⁰ Yargıtay ayrıca eşler arasındaki anlaşma hükümlerinin

⁹¹⁷ TBK.m.156 Zamanaşımı kesilmesi ile yeni bir süre başlar demektir.

⁹¹⁸ Y2HD,E. 2017/3517,K. 2018/13958,T. 4.12.2018 Hakim, anlaşmalı boşanma protokolünü onaylamadıkça protokolün geçerliliği yoktur.

⁹¹⁹ Özdemir, her ne kadar protokol hükümleri kararda aynen geçirilmediği ise deprotokol maddelerine atıf varsa infazın mümkünatından bahsetmiş, ancak atıf olmadan sadece protokolün tasdikinin infazda sorun yaratacağını ifade etmiş, ancak düzenlemenin kararın bir parçası olduğu ispatlanırsa sorun kalmayacağını savunmuştur. Aksi durumda tarafların kararın sitinafına gitmeleri yerine olacağını belirtmiştir / SEÇER, ÖZ ; Eşler Arasındaki Anlaşma, s.281

⁹²⁰ Y2HD.E.2018/5603,k.2019/1076,14.02.2019 tarihli yeni kararında taraflar arasında mal ve servet paylaşımı, aylık kira,ticari ilişkiler ve araç alım satımı ve bunun gibi konularda anlaşmaya varılarak anlaşma protokolün mahkemeye sunulduğu, protokolün hakim tarafından uygun bulunduğu ancak

mahkeme hüküm fıkrasına geçirilmesi gerektiğini belirtmektedir.⁹²¹ Ayrıca hükmün infazını zorlaştıracak yahut net olmayan ifadeler var ise HMK.m.305 gereği mahkemeden tavzih istenebilecektir.⁹²²

Örneği verilen bir Yargıtay kararında tarafların anlaşma protokolünde davalının boşanma sonrası 5 yıl nafaka ödeyeceği 5 yıl sonrasında evlenmesi durumunda nafakanın kesileceği konusunda anlaşma sağlanmış ancak hükümde 5 yıl sonrasında davalının işsiz kalması halinde nafakanın kesileceği yazılmış ve infazda tereddüt yaratır bir hüküm tesisi edilmiştir.⁹²³ Bu hali ile mahkeme hükmünün yorumla icra edilmesi mümkün olmadığından tavzih istenmiştir.

Uygulamada da sıklıkla anlaşmalı boşanma protokollerinin mahkemede sadece tasdik edildiği görülmektedir, protokolde tarafları borç altına sokan işlemlerin hükümde yer almaması icrai işlemleri de zora sokmaktadır. Şöyle ki, protokolde borçlu eşin tazminat ödemesine karar verildi ise de bu ödemenin nasıl ve ne şekilde ve hangi zamanda yapılacağı hükümde belirtilmemiş ise bu durumun ilamlı icraya konu edilmesi itiraz sebebi yapılmıştır.⁹²⁴ Keza aynı şekilde taraflar arasında müşterek çocuğun okul masraflarının baba tarafından karşılanacağına ilişkin hükmün infaz kabiliyeti olmaması sebebiyle ilamlı icraya konu edilemeyeceği belirtilmiştir.⁹²⁵

Bununla beraber boşanmak isteyen eş, bir an evvel boşanmak amacı ile eşini tazminat yahut nafaka vaad ederek anlaşmalı boşanma yoluna gitme konusunda ikna etmekte sonrasında boşanma gerçekleşikten sonra bu hükme uymamaktadır.⁹²⁶ Şöyle

hüküm fıkrasında sadece protokolün tasdiklendiği, boşanmanın sonuçları konusunda düzenleme olarak onaylanmasına karar verilmiştir. Oysa hükmün protokolde anlaşmaya varılan konularda infazda tereddüt yaratmayacak şekilde teker teker hükme açıkça yazılması gerekmesi sebebi ile bozmaya konu edilmiştir.

⁹²¹ Y2.HD., T.29.11.2010, E. 2009/17648, K. 2010/19842, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁹²² HMK.m.305/1 Hüküm yeterince açık değilse ve icrasına tereddüt uyandırıyorsa yahut hükümde birbirine aykırı fıkralar mevcut ise ira tamamlanmaya kadar mahkemeden hükmün açıklattırılması yahut mevcut aykırılığın giderilmesi istenebilir demektir.

⁹²³ Y2HD.E.2018/2746, K.2018/14270, T.10.12.2018, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁹²⁴ <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=26>, ilgili forumda protokolde borçlu eşin ödemesi konusunda anlaşma sağlanan tazminatın yazmaması halinin eda hükmünü taşımaması sebebi ile ilamlı icraya konu edilemeyeceği belirtilerek itiraz edilmiş ancak itiraz, mahkeme huzurunda yapılan sulhlerin ilam niteliğindeki belge sayıldığı belirtilerek reddedilmiştir. (İİK.m.38)

⁹²⁵ Yargıtay HGK, 22.03.2006 T., E: 2006/12-92, K: 2006/85 sayılı kararda ilama konu edilecek hükmün tereddüte mahal bırakmaması infazda problem yaratmayacak kadar net olması aranmıştır. Dolayısı ile okul masraflarının sadece baba tarafından karşılanacağını belirtmek yetmemekte, alacak meblağı ilama bağlanmalıdır.

⁹²⁶ Y3HDE. 2016/7535, K. 2016/10920, T. 19.9.2016 Boşanmayı sağlamak için eşler anlaşmalı boşanma yoluna girmek borç taahhüdü altına girmektedir, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

ki, boşanan eş, anlaşmalı boşanma protokolü ile hüküm altına alınan nafaka yahut tazminat kararına uymamakta, üzerine düşen maddi sorumlulukları yerine getirmemektedir, bu durumda eşler icralık olmakta ve uzun yıllar süren davalarla karşı karşıya kalmaktadırlar. Yine, kişisel ilişki tesisi ile anne ya da babasını belirli günlerde görecek olan müşterek çocukların teslimi sağlanmamakta, protokol şartlarına uyulmamakta, eğitim masrafları üstlenildiği halde ödemeler yapılmamakta yahut lehine tazminata karar verilen eş ancak alacak davası açarak emeline ulaşabilmektedir. Keza boşanma sonrası iştirak nafakasını bir müddet ödeyen nafaka borçlusu baba/anneler çocuğun eğitim yahut bakım giderlerinin yüksek olduğundan bahisle başlatılan icra takiplerine itiraz ederek nafakanın azaltılması davası da açmaktadırlar. Bu durumda yine bir dava savaşı içine girilmekte bu defa çocuğun eğitim ve bakım masrafları belgeleri ile ispatlanması gerekmektedir. Bu durumda yapılan anlaşma protokolünün bir anlamı kalmamakta, anlaşmalı boşanma kimi zaman sadece boşanmayı sağlamak amacı ile kötüye kullanılmaktadır.

Kanaatimizce, böyle durumlarda her konuda olmasa da özellikle malvarlığı ile alakalı konulan protokol hükümlerinde eşler kendilerini sağlama almalı, alınabilecek önlemleri boşanma öncesi sağlamalıdır. Örneğin; taraflar arasında eşlerden biri lehine tapu devri yapılacaksa bunu vadeye bağlamak yerine boşanma öncesi devir yapılmalı, tapuya şerh konulmalı, yahut tazminat ödenecekse boşanma öncesi bu paranın peşin alınması sağlanmalıdır. Ancak ne var ki vadeye bağlanan işlemlerde bu durum pek mümkün değildir. Müşterek çocuk için ödenecek iştirak nafakası her ay irat şeklinde ödendiğinden bunun için önceden alınacak bir önlem olmayacaktır, ki doğmamış borç için yasal takibat zaten yapılamayacaktır.

Anlaşmalı boşanma protokolü her ne kadar Medeni Hukuktan kaynaklansa da genel sözleşme hükümlerine tabi bir borçlar hukuku sözleşmesidir.⁹²⁷ Dolayısı ile tarafların özgür iradeleri ile hüküm altına aldıkları ve karşılıklı mutabakat sağladıkları bu sözleşmede taraflardan birinin sözleşme maddelerini ihlali halinde diğer tarafın borçlar hukuku çerçevesinde sözleşmenin ifasını sağlanacaktır. Sözleşmenin koşullarında değişiklik olması halinde-örneğin borçlu eşin maddi durumunun bozulması, müşterek çocuğun reşit olması yahut ülkede beklenmedik

⁹²⁷ Borçlar Hukuku Sözleşmeleri Borçlar Kanununda, Genel Hükümler başlığı altında sözleşmeden doğan borçları düzenleyen ve tarafları karşılıklı borç altına sokan sözleşmelerdir.

kriz hallerinde üzerinde anlaşma sağlanan protokol şartlarının değişikliği dava yolu ile talep edilebilir.

4. ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BOŞANMANIN ÇOCUKLAR YÖNÜNDEN SONUÇLARI

4.1 Velayet Kavramı Ve Ortak Velayet Sorunsalı

Mevcut Türk Medeni Kanunumuz velayetin eşlerden biri üzerine verilmesi üzerine kuruludur. Türk hukukunda boşanma halinde velayetin birlikte kullanılması kabul edilmemiş olup bu hususta çeşitli görüşler de mevcuttur⁹²⁸ TMK md.336 f.3 hükmü uyarınca boşanmada velâyet çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir. TMK. m. 336 f. 3'e göre, evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde velâyet **“çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir.”** demektir. Bu düzenleme uzun süre boyunca Türk hukukunda boşanma durumunda velâyetin ana veya babadan ancak birine verilebileceğini ve boşanmadan sonra ana babanın velâyeti birlikte kullanmalarının mümkün olmadığı biçiminde yorumlanmış ve uygulanmıştır.⁹²⁹

Velayetin kanunda tam bir tanımı yapılmamış olmakla kanunda soybağı hükümleri altında yerini almış ve TMK.m.335-351.maddeleri arasında velayet kavramına yer verilmiştir. Velayet hakkı, çocukların bakımının ve eğitiminin sağlanması amacıyla, onların kişilikleri ve malları üzerinde ana babanın sahip olduğu görev, hak ve yetkilerin bütünüdür⁹³⁰. Çocuğun üstün menfaati gereği kanun

⁹²⁸ Dural, Ögüz ve Gümüş'e paralel olarak Akıntürk ve Ateş Karaman velayet hakkının boşanma sonrası sadece ebeveynlerden birine verilmesi gerektiğini savunurken Serozan bu uygulamanın eşitlik ilkesine aykırı olacağını ve BM Çocuk Hakları Sözleşmesi 'ne de aykırı olacağını ve çocuğun anne babasından ayrı tutulmamasının anayasal bir hak olduğunu savunmaktadır. Hatemi de aslolanın taraflardan birine verilmesi olduğu ancak bazı şartlarda çocuğun menfaati gerektirirse ortak velayetin uygulanabileceğini belirtmiştir. Koçhisarlıoğlu da benzer görüştedir. / DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 2014, s.140; AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, 2013, s.310./ SEROZAN, s.255 / TEKİN, N.H.s.116

⁹²⁹ <http://dergipark.gov.tr/inuhfd/issue/38129/45678> ; Boşanma Durumunda Birlikte Velayet; Kurt Leyla Müjde.

⁹³⁰ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, Türk Özel Hukuku Cilt III (Aile Hukuku), 13. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018, s.351.

koyucunun ana babanın üzerine düşen vazifeleri ve yükümlülükleri olarak da tanımlanmıştır.⁹³¹ Velayet hakkına öne çıkan ilke çocuğun üstün yararadır⁹³²

Serozan'a göre velayet terimi "yakışksız" olup, bunun yerine korumak kollamak kelimesinin kullanımı daha doğrudur.⁹³³ Kanunumuz velayet görevini sadece ana babaya yüklemiş ise de TMK.m.338'de özel bir düzenleme yaparak üvey anne ve üvey babaya da yükümlülükler getirmiştir.⁹³⁴ Üvey anne ve babanın da velayeti haiz eşe yardım etme görevi kanunda tanımlanmıştır.⁹³⁵

Anne baba velayet hakkını kullanırken çocuğun ruhsal ve zihinsel gelişimini gözetmek ve çocuğun gelişimi süresince kendi ile alakalı alınacak kararlarda çocuğun da sürece dahil olmasına izin vermek durumundadırlar.⁹³⁶

Velayeti kendisine verilen taraf çocuk üzerinde çocuğun menfaatine olan her türlü yetki ve sorumluluğa haiz olmakla, velayeti kendisine verilmeyen taraf ile çocuk arasında mahkeme tarafından kişisel ilişki tesis edilir.⁹³⁷

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Ebeveynlerin Velayet Sorumlulukları Hakkında Tavsiye Kararı Eki'nde velayet, "Ebeveynlerin velayet hakları (sorumlulukları) ifadesi, özellikle çocuğu bakıp gözetmek, çocukla kişisel ilişki kurup sürdürmek ve çocuğa eğitimi, barınmasını sağlamak, yasal temsilciliğini yapmak ve mal varlığını yönetmek suretiyle, çocuğun manevi ve maddi esenlik ve refahını güvence altına almayı amaçlayan bir ödevler ve yetkiler toplamıdır"⁹³⁸ .

Velayet çocuğun doğumuyla başlar ve erginliğe ulaşmasıyla son bulur.⁹³⁹ Evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi halinde, velâyetin ana veya babadan hangisine bırakılacağı hususu ise hâkimin takdirindedir (TMK md.182). Boşanma kararının kesinleşmesi ile birlikte, evlilik birliği de sona erdiğine göre artık velayetin

⁹³¹ TEKİNAY, s.483

⁹³² GÜLER, s.130, ÖZTAN, s.1081

⁹³³ SEROZAN, R, Çocuk Hukuku, İstanbul 2005 s.250; Gençcan Ö,U.s.1038

⁹³⁴ GÜLER, Z.s.131

⁹³⁵ TMK.m.338/f.1 eşler ergin olmayan üvey çocuklarına da özen ve ilgi göstermekle mükelleftirler demektir.

⁹³⁶ GÜLER, Z,s.132 vd.

⁹³⁷ <https://kulacoglu.av.tr/bosanmada-ortak-velayet/>

⁹³⁸ POLAT,O, GÜLDOĞAN, E; Uzman Görüşünün Boşanma Davalarında Velayetin Saptanmasındaki Önemi, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2015-118-1479>

⁹³⁹ ÖZTAN, s.1082 vd.

birlikte kullanımı imkanı da yoktur.⁹⁴⁰ Burada ölüm halinden farklı olarak velâyetin ana veya babadan birine geçişi kendiliğinden değil, hâkim kararıyla olur.⁹⁴¹

Velayet hakkını belirleyecek olan çocuğun yüksek yararı doğrultusunda hakimdir, anlaşmalı boşanmada ise taraflar çocuğun kimde kalacağına kendileri karar verirler. Ortak velayet, anne ve babanın çocuk üzerindeki velayet hakkını evlilik birliği içinde iken olduğu gibi, evlilik bittikten sonra da eş zamanlı olarak aynı anda beraberce ve eşit olarak kullanmaları anlamına gelmektedir ki velayetin ortak kullanılması, ana ve babanın, çocuğun bakım, eğitim ve öğretimini birlikte yönetmeleridir.⁹⁴²

Birlikte velayette anne baba eşit söz hakkına sahiptirler. Eski Medeni Kanunda yer alan babanın oyunu üstün kılan düzenleme kaldırılmış, eşitlik ilkesi getirilmiştir.⁹⁴³

Mart 1985 tarihinde imzalanan 11 numaralı protokol ile 'Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye' ek 7 numaralı protokol ve 6684 sayılı kanun ile onaylanması uygun bulunarak, 25 Mart 2016 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiş olan ve eşler arasındaki eşitliği öngören yasada ortak velayetin yolu Türkiye’de de açılmıştır. Yargıtay da bu görüşü savunarak 2016 yılından beri ortak velayete ilişkin kararlar vermektedir.

Protokolün 5.maddesine göre, ‘‘ Eşler evlilik bakımından, evlilik süresince ve evliliğin bitmesi halinde kendi aralarında ve çocukları ile olan ilişkilerinde özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşittir. Bu madde devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarına engel değildir.⁹⁴⁴

İlgili maddede tarafların evlilikleri sona erse dahi çocuklara karşı sorumluluğun devam ettiğinden bahsetmekte ve ebeveynlere ortak sorumluluk

⁹⁴⁰ GENÇCAN. Ö,U.s.1038 vd.

⁹⁴¹ UZUN BİRİNCİ,T, <http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr/dergi/C6S1makale6.pdf>, Türk Medeni Kanunu’na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli

⁹⁴² APAYDIN, E, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/492698>, Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velâyet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği, TMK. 336/I ve Anayasa madde 41/I ‘‘Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır’’

⁹⁴³ İLKNUR, S, Eski 743 sayılı MK.m.263 ‘‘ Evlilik mevcut iken, ana ve baba, velayeti beraberce icra ederler. Anlaşamazlarsa, babanın reyi muteberdir’’ <http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/dergimiz10-1/5ilknurserdar.pdf>, s.163

⁹⁴⁴ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Ek 7 Numaralı Protokol

yüklemektedir. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi de çocuğun yüksek yararı kriterini getirmiş ve çocuğun menfaatinin her şeyden üstün tutmuştur.⁹⁴⁵

Bununla birlikte, zamanla pek çok ülkede boşanmadan sonra birlikte velâyete imkân tanınmıştır. Çeşitli uluslararası metin ve çalışmalarda da anne babanın çocuk üzerinde eşit hak ve yükümlülöklere sahip olmasını benimseyen ve teşvik edilmiş ve Türkiye’de de boşanma sonrası ortak velayet sorunsalı gündeme gelmiştir.⁹⁴⁶

Yargıtay da uzun yıllar ortak velayete karşı çıkmış ve Türk Kamu düzenine aykırı olduğunu savunmuştur ⁹⁴⁷ ancak 2016 yılından bu yana ortak velayet kararları vermektedir.

Yargıtay ilgili kararlarında ortak velayete ilişkin zaman içinde görüş değiştirmiş ve çocuğun üstün yararı doğrultusunda anne babanın ortak sorumluluk alması gerektiğini savunur hale gelmiştir.⁹⁴⁸

Doktrinde ortak velayet kurumu çokça eleştirilmiştir. Hatemi,⁹⁴⁹ eşlerin boşanma sonrasında en başta çocuğun üstün yararını gözetmeleri gerektiği, anne babanın çocuk üzerinden savaşlarını devam ettirmelerine yol açacak bir düzenleme olacağını düşünmekle ortak velayetin çocuğun yararına olamayacağını savunurken, Akıntürk⁹⁵⁰ ve Ateş Karaman da ortak velayete karşı çıkmış ve anne babadan birine bırakılması gerektiğini savunmuşlardır.

Karşıt görüş olarak Kiremitçi, ortak velayetin ebeveynlik hazzını güçlendirdiğini ve birincil ebeveynlik stresini azalttığını, çocuk için iki ayrı sosyal destek imkanı sağlayacağını ve çağdaş anne babanın gerçek psikolojik ve sosyal ihtiyaçlarını karşılayarak aile dengesi yaratacağı düşüncesindedir.⁹⁵¹ Öztan ise

⁹⁴⁵ <https://cocukmeclisi.ibb.istanbul/cocuk-haklari-sozlesmesi/E.T.23.04.2019>

⁹⁴⁶ KURT, M; <http://dergipark.gov.tr/inuhfd/issue/38129/456782> ,Boşanma Durumunda Birlikte Velayet.

⁹⁴⁷ Y2HD.E.2014/13947,k.2014/5854,T.27.12.2014 sayılı kararında MK.m.336 gereği velayetin eşlerinde birine verilmesi gerektiği, bu düzenlemenin kamu düzeninden sayıldığı ve anne babaya birlikte verilmesinin hukuka aykırı olduğunu savunmuştur.

⁹⁴⁸ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin 2016/15771E. sayılı kararında ortak velâyet düzenlenmesinin, Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmadığı ve Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını ihlal etmediği yönünde karar vermiştir. Bu karardan sonra Türk mahkemeleri boşanma sonrasında eşlerin velayeti birlikte kullanabileceklerine dair kararlar vermiştir.

⁹⁴⁹ HATEMİ, H. KALKAN OĞUZTÜRK, s.130

⁹⁵⁰ AKINTÜRK,T,ATEŞ,K.,s.312 ; <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/492698> APAYDIN,E

⁹⁵¹ KİREMİTÇİ, M; Boşanma Sürecinde Müşterek Velayet ve Toplumsal Bakış açısı, Legal Yayınları, İstanbul 2015; APAYDIN, E, s.449

velayetın anne babadan birine verilmesi gerektiğini ve hakimın kanuni uygulamaya göre bunu yapması gerektiğinden bahsetmiştir.⁹⁵² Gençcan da çocuğun üstün yararı varsa ve eşler bu konuda gönüllü iseler ortak velayetin mümkün kılınabileceğinden bahsetmektedir.⁹⁵³ Serozan ise, ana ve babanın boşanması halinde velâyetin ana ve baba tarafından birlikte kullanılması, TMK md.336 hükmü uyarınca mümkün değildir; ancak bu düzenleme, anayasal eşitlik ilkesi ile ana baba hakkı ve Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin çocuğa tanıdığı anasından ve babasından ayrı tutulmama hakkı karşısında düşündürücü olduğundan bahsetmiştir. Buna göre Serozan, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi ışığında ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın eşitlik ilkesi ile gereği çocuğun menfaati doğrultusunda ve çocuğun kişiliğini oluşturup geliştirme ve ana baba hakkı karşısında TMK md.336 hükmünün anayasaya aykırılığını savunmaktadır.⁹⁵⁴

Baktır Çetiner'e göre, boşanma halinde velayetin tamamen sonlandırılmaması gereğinden bahsetmiş ve her ne kadar velayet tek kişiye bırakılsa da diğer ebeveyn yönünden de yükümlülüklerin devam ettirilmesi taraftarıdır.⁹⁵⁵

Yapılan araştırmalar⁹⁵⁶ boşanma sonrası ortak velayet verilen çocukların daha mutlu ve sağlıklı bir büyüme gösterdikleri yönündedir.⁹⁵⁷ Zira ebeveynlerin de çocukları ile kaliteli zaman geçirebilmeleri ve çocuklar üzerindeki alınacak kararlarda ortak söz sahibi olunmak istenmesi bakımından ortak velayet fayda sağlamıştır.⁹⁵⁸

Ortak velayet hususunda pek çok görüş mümkündür ancak katıldığımız görüş de ortak velayet kurumunun boşanan çiftlerin çocuklarına karşı sorumluluklarını unutmamaları açısından ve çocuğun anne babasının boşanması halinde her iki ebeveyninden birini seçmek zorunda kalmayacağı düşünülürse çocuk yararına olduğudur. Zira boşanan çiftler uygulamada çocuk üzerinden Hatemi' nin de dediği gibi savaşlarını sürdürmekte ve çocuğu bir araç olarak kullanmaktadırlar. Bu sebeple

⁹⁵² ÖZTAN, B, s.1083 vd.

⁹⁵³ <https://www.youtube.com/watch?v=si1w6XyVjjY>; Boşanma Davasında Ortak Velayet Mümkün mü-GENÇCAN,Ömer U.TBB TV.

⁹⁵⁴ SEROZAN,2005, s.255 ; BİRİNCİ UZUN,T,s.154.

⁹⁵⁵ BAKTIR ÇETİNER,2009, s.91; BİRİNCİ UZUN, T. s.154

⁹⁵⁶ KİREMİTÇİ ÖZTÜRK, Müge, Boşanma Sürecinde Ortak (Müşterek) Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı, Çocuk Hakları Çalışmaları I, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017

⁹⁵⁷ GÜLER, Z .s.134

⁹⁵⁸ KİREMİTÇİ, ÖZTÜRK, M.s.99 vd.

ortak velayet kurumu her iki ebeveynin de çocuğa karşı ödevlerini eşit şekilde yapmaları gerektiği hususunda önemli bir adım olduğu kanaatindeyiz. Çocuk açısında da düşünöldüğünde çocuk, yanında kaldığı ebeveynin tek taraflı sevgisi ile büyümeyecek, velayeti kendisine verilmeyen taraf sadece mali yükümlölüğü yerine getirmemiş olacak, taraflar çocuğa karşı eşit olarak yükümlölük altına gireceklerdir. Ortak velayet kurumu hakkı ile kullanıldığında ve tek yararın çocuk için olduğu hususunda çiftler bilinçlenirse son derece modern bir yöntem olduğu kanaatindeyim.

Ancak Türk toplumunda henüz ortak velayetin uygulama alanının gelişmediğini de eklemek isterim. Özellikle çekişmeli bir süreç ile boşanması gerçekleşen çiftlerin, çocuğa karşı yaklaşımları da tıpkı mal paylaşımları gibi çekişmeli olmakta, kendi aralarında anlaşma sağlayamadıklarından velayeti kendisine verilmeyen taraf, çocuğunu çok zor şartlarda görebilmektedir. Yasal hakkı çerçevesinde dahi çocukla arasında kişisel ilişki tesis edilen taraf çocuğunu kısıtlı zamanlarda görebilmekte, çocukla ancak yasanın koyduğu sınırlar dahilinde vakit geçirebilmektedir. Eğer taraflar arasında çocuğun görüşü konusunda ortak bir karar yoksa, velayeti kendisine verilmeyen taraf mahkemenin kendisine tanıdığı görüş günlerinde icra yolu ile çocuğunu alabilmektedir, bu yol da son derece meşakkatli ve pahalı olmaktadır. Zira burada olumsuz etkilenen ve arada kalan yine çocuktur. Anne ve babası arasında seçim yapmak durumunda kalmakta, bir tarafa yakın iken diğer taraftan uzak büyümekte, görüşü engelleyen tarafa kin beslemekte ve çocuklukta yaşadığı bu durum ilerideki tüm hayatını etkilemekte ve psikolojik olarak denge kayıplarına sebebiyet vermektedir ki bu sebeple ortak velayet kurumunun dengeli ve hakkaniyetli kullanıldığı takdirde çocuğun lehine olacağı kanaatinde olduğumuzu bildirmek isteriz. Zira uygulamada da mahkemeler ‘‘ortak velayet’’ taleplerini taraflar arasında çocuk yönünden bir uyum birliğı varsa kabul etmektedirler. Açılan boşanma davalarında her ne kadar her iki eş de ortak velayet talebinde bulunsa dahi, çocuğun menfaati gerektiriyorsa ve eşler ortak velayetin ne anlama geldiğinin bilincinde ise mahkeme ortak velayet hususunu değerlendirmektedir.

Anlaşmalı boşanma davalarında kusur araştırması yapılmadığından ve eşler anlaşmak için birlikte başvurduğunda, yahut birinin açtığı davayı diğerinin kabul ettiğı hallerde mahkemeye sunulan protokolde çocuğun velayeti yönünden düzenleme yapılması şart olup, koşullar üzerinde anlaşma sağlanmış olması gerektiğinden bahsetmiştir. Kuşkusuz ki hakimin anlaşma sağlanan noktada her ne

kadar değişiklik yapma hakkı yok idi ise de eğer çocuğun menfaati gerektiriyorsa müdahale etme ve protokolü düzenleme yetkisine haizdir.⁹⁵⁹ Eğer velayetin nez'i sebepleri varsa hakimin müdahale hakkı da bulunmaktadır. Yargıtay da bu görüştedir.⁹⁶⁰ Taraflar arası yapılan protokolde velayetin kaldırılması yahut kişisel ilişkinin genişletilmesi yönünde düzenleme yapılamayacağı-dava açılmayacağına dair konan bir hüküm karşısında hakimin müdahale yetkisi doğmuştur. Şöyle ki her ne kadar hakim tarafların üzerinde uzlaştıkları protokolü tasdikleme yetkisine haiz ise de medeni hakları kullanma ehliyetinden önceden feragat edilemez, hakim kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olarak düzenlenen bu protokolü kabul ederek boşanma kararı veremeyecektir. İlgili kararda Medeni Kanun 23.maddesine ve çocuğun yüksek yararını zedeleyen bir düzenleme yapılamayacağı belirtilerek boşanma protokolü hükümsüz kalmış olacaktır. Bu durumda hakime düşen görev, taraflara durumu açıklayarak kanuna açıkça aykırı protokole gerekli düzenlemeleri getirip tarafların onayına sunmak ve TMK.m.166/3 çerçevesinde boşanmaya karar vermek olmalıdır. Aksi durumda hakim davayı 166/1-2 çerçevesinde çekişmeli davaya çevirmek olmalıdır.

Çocuğun menfaati gereği örneğin iştirak nafakasının artırılması konusunda müdahalede bulunabileceği gibi eğer çocuğun annede kalması çocuğun üstün yararına ise bu hususta da sözleşmeye müdahalede bulunarak değiştirilmesi önerilecektir. Zira MK.m.166/3 gereği anlaşmalı boşanma olabilmesi için tarafların protokol maddelerinde uzlaşma sağlaması gerekmektedir.⁹⁶¹ Hakimin tatmin olmaması halinde anlaşmalı boşanma olmayacaktır. Tarafların anlaşma protokollerinde hukuka ve hakkaniyete aykırı durumlar var ise ve hakimin müdahalesi ile taraflarca değişiklik önerisi kabul edilirse hukuka uygun düzenleme sağlanacak aksi halde davanın reddi yahut somut olaya göre çekişmeli boşanma davasına dönüşmesi söz konusu olacaktır.⁹⁶²

Yargıtay ayrıca idrak çağında olan çocukların boşanma davalarında dinlenmeleri ve çocuğun beyanına üstünlük sağlanması gerektiği kanaatindedir.⁹⁶³

⁹⁵⁹ ÖZDEMİR, N.s.164

⁹⁶⁰ Y2HD.E.1995/8706,K.1995/9558,T.28.09.1995, Y2HD,E. 2013/11644,K. 2014/1866, T. 4.2.2014,Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁹⁶¹ ÖZDEMİR, N.s.165

⁹⁶² BİLGİN, E.s.83

⁹⁶³ Y2HD,E.2017/2-2069,K.2018/1179,K.06.06.2018 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

İlgili karar gerekçesinde, kişisel ilişki sebebiyle çocuğun huzuru tehlikeye girer veya ana ve baba bu haklarını yasada öngörülen (TMK m. 324/1) yükümlülüklerine aykırı olarak kullanırlar veya çocuk ile ciddi olarak ilgilenmezler ya da diğer sebepler varsa hakim tarafından kişisel ilişki kurma hakkı reddedilebilir veya kendilerinden alınabilir (TMK m.324/2) demektedir. Yargılama sırasında da çocuğun açık beyanının alınması gerektiği, çocuğun menfaatleri ve şahsi istekleri doğrultusunda hüküm kurulması gerektiği belirtilmiştir.⁹⁶⁴

Çocuk annesinde kalmak istemediğini, babasında kalmak istediğini ifade ettiği davada anneye verilmesi bozmayı gerektirmiştir.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3. ve 6. maddeleri idrak çağındaki çocukların kendilerini ilgilendiren konularda görüşünün alınması ve görüşlerine gereken önemin verilmesini ve kurulacak karar çocuğun menfaati ve çocuğun üstün yararı doğrultusunda olması gerekliliğinden bahsetmiştir. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesine göre idrak yaşı 8 ve üzeridir.⁹⁶⁵

Bununla beraber uygulamada hakim , çocukların yaşları küçük dahi olsa 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kurulu, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 5'inci maddesi hükmü gereğince mahkeme bünyesinde bulunan uzmanlardan dinlenilmelerinde bir engel olup olmadığı yönünde görüş istemekte ve duruşmada çocukların beyanlarını almaktadır. Tarafların delil listelerinde yer almasa dahi hakim velayetin kamu düzenini ilgilendirmesini de göz önüne alarak müşterek çocukların menfaatleri doğrultusunda hareket etmektedir.⁹⁶⁶ Hatta uygulamadakine benzer bir Yargıtay kararı da mevcuttur.⁹⁶⁷ Buna karşın bazı mahkeme hakimleri de tersine, idrak yaşını haiz de olsa çocuğu dinlememekte, çocuğun psikolojisini olumsuz etkilememek adına tarafların çatışmalarının içinde taraf tutmak zorunda bırakma hissi vermemek adına çocuğun tanıklığını kabul etmemektedirler.⁹⁶⁸

⁹⁶⁴<https://www.ntv.com.tr/turkiye/velayet-davalarinda-artik-8-yasindan-buyuk-cocuga-da-fikri-sorulacak,tqBxwspLjEySqAA30H0Lhg>

⁹⁶⁵ https://www.unicef.org/turkey/crc/_cr23c.html

⁹⁶⁶ <https://www.yasingirgin.av.tr/cocuk-velayeti-nasil-alinir/>

⁹⁶⁷ Y2HD,E.2016/10924,K.2018/1962 T.15.02.2018, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁹⁶⁸ Y2HD.E.2002/3655,K.2002/4212, K.25.03.2002, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

Muhakkak ki, ortak velayet çekişmeli davalarda değil anlařmalđ davalarda söz konusu olacaktır.

Kanaatimizce, genel olarak ortak velayet kurumuna fıkren destek versek de, elbette ki olumsuz tarafları da olacaktır. Ortak velayete haiz eşlerin aralarında problem yaşamaları müşterek çocuğu da etkileyecek ve ileride velayetin kaldırılması sorunları gündeme gelebilecektir.

Bu sebeple anlařmalđ boşanma protokolünde yer alacak ortak velayet düzenlemesinin mümkün olduğunca ayrıntılı ve ileriye dönük şartlarla ocuk lehine düzenlenmesi gerekmektedir. Sadece günümüz şartları değil çocuğun reşit olana kadarki tüm hayatı gözden geçirilmelidir. Zira bu durum çocuğun tüm hayatını etkileyecektir. Örneğin iftler çocuğun geleceği hakkında farklı kararlar vermek isteyebileceklerdir, biri özel okula gitmesini diğeri yurtdışına gitmesi gerektiğini düşünebilir. İşte bu durumda ileride risk yaratacak tüm yönler düşünölerek ocuk lehine kararlar verilmelidir.⁹⁶⁹

Keza iftler ilerleyen zamanda yeni bir evlilik yapacak, belki başka çocukları da olacaktır. Bu durumlarda menfaatler dengesinin değişmesi söz konusu olabileceğinden, geniş düşünmek gerekecektir. Zira bu gibi durumlarda yine ocuk etkilenecek, anne yahut babanın yeni hayatına, belki yeni çocuğuna uyum sağlamak zorunda kalacak ve tüm hayatı birden değişime açılacaktır. Bu gibi sebeplerle çiftlerin ileriye yönelik kararlar almaları sadece müşterek çocuğu düşünerek olmalıdır. Ancak hali hazırda, çiftlerin çoğunluğu mevcut duruma göre kararlar almakta, ağırlıklı olarak kendi çıkarlarını gözetmekte, ocuk nasıl olsa uyum sağlar diye düşünmektedir ki son derece yanlıştır, sağlıklı bir aile içinde, mutlu ebeveynlerle ve bilinçli bir biçimde büyüyen çocukların da ileride kendi sağlıklı nesillerini yaratacağı unutulmamalıdır. Bu sebeple aslolan çocuğun menfaatini ön plana almak olmalı, çocuğun şimdiki durumda ne şartlarda mutlu ve sağlıklı olacağı, ilerleyen zamanda da tüm olasılıklar düşünölerek kararlar verilmelidir.

Gençcan “Evliliğin boşanmayla sonlanması halinde ortak velayet asıl olup velayetin eşlerden birine verilmesi istisna olandır” diyerek koşulları varsa ve

⁹⁶⁹ <https://www.61saat.com/gundem/ortak-velayet-konusunda-bilinmesi-gerekenler-h428863.html>

gönüllülük varsa ortak velayetin verilebileceği görüşündedir.⁹⁷⁰ Ancak Gençcan'ın katıldığı asıl görüş emredici hukuk kuralı gereği boşanma ve ayrılığa karar verilmesi halinde hakimin velayeti eşlerden birine vereceği ancak istisnai hallerde ve durumun gerektirdiği durumlarda ancak ortak olabileceği fikridir.⁹⁷¹

Ancak bunlarla birlikte kanunda örtülü bir boşluk olduğu, bu boşluğun hakim tarafından bizzat çocuk yararına doldurulacağını savunan yazarlar da vardır.⁹⁷² Bu hüküm emredici gibi görünse de dar yorumlanmaması gerektiği, hakimin mevcut duruma göre karar verme serbestisi olduğunu savunmakla, eğer hakimin uygun görürse çocuğu ana babaya birlikte verebileceği görüşü de mevcuttur.⁹⁷³

Koçhisarlıoğlu ise çiftlerin velayet konusunda ortak karara varmaları halinde hakimin de bu anlaşmayı göz önüne alarak onaylaması gerektiği görüşünü savunmuş ve hükmü emredici olarak yorumlamamıştır.⁹⁷⁴

4.2 Velayetin Değiştirilmesi ve Kaldırılması

4.2.1 Velayetin Değiştirilmesi Kavramı

Velayete ilişkin mahkeme kararları kesin hüküm olmayıp, tarafların değişen durumlarına ve çocuğun menfaatine göre değiştirilebilir.⁹⁷⁵ Maddi anlamda kesin hüküm, taraf iradelerinin üzerinde tasarruf edebildiği türdeki uyuşmazlıkların geleceğe yönelik olarak mahkeme kararına bağlanması şeklinde ifade edilmiştir. ⁹⁷⁶ Hakim değişen mevcut durumlar ölçüsünde çocuğun menfaati gerektiriyorsa taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden velayeti değiştirebilir. ⁹⁷⁷ İlgili madde TMK.m.183'de düzenlenmiş olup, velayetin değiştirilmesi sebepleri tahdidi

⁹⁷⁰ <https://www.youtube.com/watch?v=si1w6XyVjjY> ‘‘Boşanma Davasında Ortak Velayet Mümkün Müdür’’ isimli video.

⁹⁷¹ GENÇCAN, Velayet, s.88

⁹⁷² ÖZTAN, B,s.260

⁹⁷³ AKYÜZ, E; Çocuk Hukuku, Pegem Akademi, Ankara 2015,s.236 ; APAYDIN ,E, Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği, s.11

⁹⁷⁴ KOÇHİSARLIOĞLU, s.37; BİRİNCİ UZUN,T; Türk Medeni Kanununa Göre Velayetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksel Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada Ve Evlilik dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli

⁹⁷⁵ GENÇCAN, Ö.U, s.1090

⁹⁷⁶ TUTUMLU, M.A, s.1278

⁹⁷⁷ BULUT,H .s.12

olarak sayılmamıştır. Her değişen ve yeni duruma göre çocuğun menfaatine göre şartlar değerlendirilecektir.⁹⁷⁸

Bu nedenle velayet ile ilgili mahkeme kararları kesin hüküm teşkil etmez ve velayet ile çocuk ile ilgili olan kararlar kamu düzenindendir.⁹⁷⁹

4.2.2.1 Ana Ya Da Babanın Başkası İle Evlenmesi-Başka Yere Gitmesi

Velayetin değiştirilmesi için çocuğun boşanma hükmünden sonra esaslı bir değişikliğe maruz kalması gerekmektedir, madde de yazdığı üzere ana babanın başkası ile evlenmesi, başka bir yere gitmesi çocuğun menfaatini etkilediği sürece hakim tarafından değerlendirilecektir, ana babanın başka bir evlilik yapması tek başına velayetin değiştirilmesi için yeterli bir sebep değildir.⁹⁸⁰ Çocuğun bu değişiklik sebebi ile maddi manevi yıpranması, üvey annenin yahut babanın çocuğa iyi bakıp bakmaması, çocuğa kötü muamelede bulunması yahut çocuğa psikolojik yahut fiziki ihmal göstermesi, çocuğun bu değişiklik sebebi ile sağlığının etkilenmesi ve hastalığa yakalanması gibi ciddi durumlar söz konusu olursa velayetin değiştirilmesi düşünülebilecektir ki bunun için de bu durumların uzman raporları ile desteklenmesi, çocuğun görüşünün alınması gerekecektir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 2017 tarihli bir kararında velayeti kendisine verilen babanın yeniden evlenmesi ve çocuğa zaman ayırmaması, ebeveynlik görevlerini ihmal etmesi, yeni eşin çocuğa zaman ayırmasına müsaade etmemesi sebebi ile çocuğu sürekli olarak dede ve ninesine bırakması, yeni eşin başka çocuklarının da olması sebebi ile babanın yeterli ilgi ve alakayı göstermemesi, kişisel görüş günlerinde de çocuk ile anneyi görüştürmemesi hatta telefonda bile konuşmalarına izin vermemesi sebepleri ile çocuğun fikri ve bedensel, ruhsal gelişiminin olumsuz yönde etkileneceğine kanaat getirerek davayı davacı anne lehine kabul etmiştir. ⁹⁸¹

⁹⁷⁸ TMK.m.183 Ana babanın başkası ile evlenmesi, başka bir yere gitmesi veya ölmesi gibi yeni olguların zorunlu kılması halinde hakim, res'sen veya ana babadan birinin istemi üzerine gerekli önlemleri alır.

⁹⁷⁹ Y2HD.E.1999/13346,K.2000/546,T.25.01.2000 , TUTUMLU, M.A, s. 1278

⁹⁸⁰ BULUT, H.s.9

⁹⁸¹ YHGK. E.2017/2-2486,K.2018/1148- Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

Ancak dava uzman görüşünün alınması, davacı annenin yaşam şartlarının araştırılması gereği ve anne ile baba arasında menfaat çatışması olması sebebi ile çocuğa kayyum atanması zarureti ve çocuğun görüşünün de alınması gereği sebepleri ile bozulmuştur.

4.2.1.2 Velayet Hakkı Kendisine Tevdi Edilen Ana Ya Da Babanın Ölümü

Diğer bir sebep, velayet hakkı kendisine bırakılan ana ya da babanın ölümü halidir. Velayeti kendi nezdinde bulunduran tarafın ölümü, velayetin kendiliğinden sağ kalan ebeveyne geçmesini sağlamaz. Her ne kadar bu kanundan doğan bir durum ise de bunun için dava açılması gerekmektedir. (TMK.m.336/3)

Ölüm halinde kendiliğinden velayetin geçmemesi durumu küçüğün menfaatlerini güvence altına almak için sağlanmıştır.⁹⁸² Sağ kalan eşin, çocuğun velayeti alması için bahsettiğimiz üzere velayetin değiştirilmesi davası açması gerekmektedir.⁹⁸³ Dava safahatinde eğer çocuğun menfaatinin sağ kalan eşe verilmesi uygun görülürse çocuğun velayeti sağ kalana bırakılacaktır.

İlgili Yargıtay kararında annesi ölen küçüğün velayeti kanun gereği sağ kalan babaya bırakılmış ise de babanın babalık görevlerini yapmadığı ve çocuğun bakımını üstlenemediği sebebi ile dava dede tarafından açılmıştır.⁹⁸⁴

Önemli olan çocuğun menfaatidir, eğer çocuğun menfaati sağ kalan eşe velayetin verilmesini uygun görüyorsa karar bu yönde tesis edilecektir. Karar çıkana kadar çocuğun velayeti askıda olacak, bu sürede çocuğa vasi atanacaktır.⁹⁸⁵

⁹⁸² BULUT, H.s.11 vd.

⁹⁸³ Y2HD.E.2008/20203K.2009/8351,T.30.04.2009 sayılı kararda sağ kalan eşe otomatik olarak velayetin verilmeyeceği bunun için dava açılması gerekliliği ve velayetin bu sürede askıda olduğu belirtilmiştir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁹⁸⁴ Y2HD.2013/15869,K.2014/935,T.20.01.2014 sayılı kararda velayeti babaya bırakılan çocuğun iyibakılmadığı iddiası ile dede tarafından dava açılmış olup davanın şartlarına göre hukuki nitelendirme yapılacak ve karar verilecektir. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

⁹⁸⁵ Y18HD.E.2015/13876,K.2016/12924,T.13.12.2016 sayılı kararda velayetin kaldırılması için açılan davada karar verilene kadar velayet askıdadır. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

Ancak belirtmek gerekir ki TMK.m.336/son, evlilik birliği içinde velayeti ortak kullanan ebeveynlerden birinin ölmesini ilgilendirmekte olup, TMK.m.183 maddesindeki düzenleme ile bağdaşmamaktadır.⁹⁸⁶

4.2.1.3 Çocuğun Hayatında Vuku Bulan Yeni Olgular, Esaslı Değişiklikler Sebebi İle Velayetin Değiştirilmesi

Bu bahsi geçen iki sebebin dışında da çocuğun üstün yararı gözetilerek velayetin değiştirilmesini gerektirecek sebepler olabilir ki, örneğin; kişisel ilişki günlerinde çocuğun velayeti kendisine verilmeyen ebeveyne gösterilmemesi, adres değişikliğini bildirmemek sureti ile çocuğu göstermemesi, velayeti kendisine verilen ebeveynin uzun süreli hapse girmesi, mahkum olması, çocuğun büyükanne ya da büyükbabanın bakımına bırakılması, velayeti kendisini bırakılan ebeveynin çocukla diğer eşin görüşmesini kasıtlı olarak engellemesi gibi sebeplerle velayetin çocuk lehine değişmesi sağlanabilir.⁹⁸⁷

Benzer bir Yargıtay kararında velayeti kendisine tevdi edilen annenin babaya haber vermeden gizli şekilde çocuğu sünnet ettirmesi, babaya bilgi vermeden yurtdışına çocuğu çıkarması, babanın durumu okul yönetimince öğrenmesi karşısında annenin çocuğun velayetini kötüye kullandığı, velayet hakkının iyi niyetle ve yasaya uygun kullanılması gereğinden bahisle babalık duygularının tatmininin önlendiğine kanaat getirilmiş, velayetin anneden alınarak babaya tevdiine karar verilmiştir.⁹⁸⁸

Buna karşın, velayeti kendisine tevdi edilmeyen eşin diğer eşe nazaran maddi durumunun iyi olması tek başına velayetin değiştirilmesi sebebi değildir. Yine de Yargıtay kararlarının ortak amacı çocuğun menfaati yüksek yararadır.

Taraflardan birinin maddi durumunun daha iyi olmasına karşın, hakim velayetin değiştirilmesini isteyen ebeveynin çocuğun özen ve bakım görevinin yerine

⁹⁸⁶ TMK.m.183 Ana babanın başkası ile evlenmesi, başka bir yere gitmesi veya ölmesi gibi yeni olguların zorunlu kılması halinde hakim, res'sen veya ana babadan birinin iste'i üzerine gerekli önlemleri alır .

Velayet başlığı altında altıncı ayımda yer alan TMK.m.336/son: anne babanın evli olması halinde, velayet anne babadan birinin ölümü hâklinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir.

⁹⁸⁷ BULUT, H.s.12 vd.

⁹⁸⁸ Y2HD.E.1991/4035,K.1991/8188,T.21.05.1991 /TUTUMLU M.A. s.1283

getirilmeyeceği kanaatine varırsa velayeti sadece bu sebeple değiştirmek için yeterli kanaate sahip olmamış olacaktır.⁹⁸⁹ Ayrıca böyle bir talep varsa annenin durumunun iyi olmadığı da ispatlanmalıdır.

4.2.2 Velayetin Kaldırılması Kavramı

Gerek ortak velayet durumunda gerekse de velayetin eşlerden birine tesisi halinde TMK.m.348 şartları oluşması halinde hakim velayeti kaldırabilir. TMK.m.348 f.1 b.1 hükmü gereği, ana babanın deneyimsizliği, hastalık halleri yahut benzer başkaca sebeplerle velayet kendisine verilen taraf çocuğu iyi bakamazsa, koruyamazsa, hak ve çıkarlarını gözetmezse, çocuğun yararına davranamazsa ve bu durum tespit edilirse hakim çocuğun velayetini, velayeti kendisine bırakılan kişiden alır.⁹⁹⁰ Yani, velayetin hakim tarafından kaldırılması için ana babanın çocuğa karşı görevlerinin yerine getirilmediğinin sabit olması ve bu halin kesin delillerle ispatı gerekmektedir.⁹⁹¹

TMK.m.348 velayetin nez'i sebeplerini geniş bir tanımla belirtmiştir.

Çocuğun menfaatine aykırı her eylem bu kapsamda değerlendirilebilecektir. Yargıtay kararlarına da bakarsak bu kavram son derece genişletilmiş olup, bir çok neden velayetin kaldırılması için sayılmıştır. Ancak İki Ana Başlıkta Toplamak Mümkündür.

Bunlar;

4.2.2.1 Ana babanın çocuğa karşı yeterli ilgiyi göstermemesi veya çocuğa karşı yükümlülüklerin ağır biçimde savsaklaması

⁹⁸⁹ Y2HD.E.1974/7111,K.1975/6585,T.12.09.1975 / BULUT H.s.13

⁹⁹⁰ TMK.m.348,f.1,b.1 Çocuğun korunmasına ilişkin diğer önlemlerden sonuç alınamaz ya da bu önlemlerin yetersiz olacağı önceden anlaşılırsa, hakim aşağıdaki hallerde velayetin kaldırılmasına karar verir: 1. Ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerden biriyle velayet görevini gereği gibi yerine getirememesi
2. Ana ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklaması

⁹⁹¹ BULUT H.s.13

Çocuk Hakları Sözleşmesi⁹⁹² çocuğun ana babasına karşı korunmasını düzenlemiş olup, ana babanın çocuğa kötü muamele etmeleri, çocuğu ihmal etmeleri gibi durumlar mevcutsa resmi makamlar tarafından çocuk korumaya alınır.⁹⁹³ Çocuk Hakları Sözleşmesi iç hukukumuzda da AYM.m90 gereği doğrudan uygulanma niteliğini haizdir. Anayasamızın 90.maddesinde yapılan değişiklikle kişisel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmaların kanunla çatışması durumunda milletlerarası anlaşmalara öncelik tanınacağı düzenleyerek hak ve özgürlükleri güvence altına almıştır.⁹⁹⁴

Türk Medeni Kanunumuz da bu doğrultuda hareket etmiş olup, çocuğun menfaatinin hedef almış, çocuğun sağlıklı bir ailede ana baba gözetiminde yetiştirilmesini öngörmüştür.⁹⁹⁵

Ancak buna karşılık ana babanın da çocuğa karşı gereken yükümlülüklerini yerine getirmelerini, yetkilerini doğru ve isabetli kullanmalarını amaçlamıştır.⁹⁹⁶ Burada çocuğa karşı yükümlülük; özen yükümlülüğü olup, bakımına, eğitime ve gözetimine karşı özenli davranmaktır.⁹⁹⁷ Çocuğun menfaati ana baba menfaatinden üstün tutulmalıdır.⁹⁹⁸ Ana babalık duygularından evvel çocuğun fikri, bedensel gelişimine öncelik verilmelidir.⁹⁹⁹

Ana babanın menfaatinin çatıştığı durumlarda çocuğun yararına üstünlük tanınması gerekmektedir.¹⁰⁰⁰

Çocuğun yararı ise; çocuğun bedensel, fikri ve ahlaki bakımdan en iyi şekilde gelişebilmesi olup, çocuk için sosyal, ekonomik ve kültürel koşulların sağlanmış olması gerekmektedir.¹⁰⁰¹

⁹⁹² Çocuk Hakları sözleşmesi Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 20.11.1989 tarihinde kabul edilmiş,22184 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak 4058 sayılı yasa ile 02.09.1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye'nin de taraf olduğu ve 97 ülkenin de imzaladığı insan hakları belgesidir.

⁹⁹³ <https://cocukmeclisi.ibb.istanbul/cocuk-haklari-sozlesmesi> ; Çocuk Hakları Sözleşmesi madde 9

⁹⁹⁴ <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/262622> / Bilir,Faruk; Çocuk Hakları sözleşmesi de temel hak ve özgürlüklerle ilişkin uluslararası anlaşmalar arasında yer almakta olup, temel hak ve özgürlüklere ilişkin yapılan düzenleme bir üstünlük kaydı içermektedir.

⁹⁹⁵ TMK.m.185 /2 ; Eşler evlilik birliğinin mutluluğunu elbirliği ile sağlamak, çocukların bakımına, eğitimi ve gözetimine beraberce özen göstermekle yükümlüdürler demektir.

⁹⁹⁶ TMK. m. 339 f.1 ana ve baba çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatinin göz önünde tutularak gerekli kararları alır ve uygularlar demektir.

⁹⁹⁷ TMK.m.185/2

⁹⁹⁸ BULUT, H.s.34

⁹⁹⁹ Y2HD,E.2003/3684,K.2003/6706,T.06.05.2003,Y2HD,E.2003/5306,K.2003/6780,T.08.05.2003

¹⁰⁰⁰ Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3. ve 6. Maddeleri.

Eğer çocuk idrak çağında ise kendi fikri, değilse çocuğun bu konulardaki üstün yararını belirlerken; çocuk yetişkin biri olmuş olsaydı, kendisini ilgilendiren bir olayda, kendi yararı için ne gibi bir karar verebilecekti ise, çocuk için karar verme makamındaki kişinin de aynı yönde vermesi gerekecektir.¹⁰⁰²

Yeterli ilgiden kasıt, çocuğa karşı sevgi gösterilmesi, çocuğun önemsenmesi, aile bağlarını ve ilişkilerini kuvvetlendirmeye yönelik davranışlar sergilenmesi, şefkatle yaklaşmak, gösterilen ilginin sürekli olmasıdır.¹⁰⁰³İlgili Yargıtay kararında taraflar arasında görülen boşanma davası safahatinde müşterek çocuğun “ayrılık anksiyetesi” yaşadığı ve yaşı itibarı ile de anne şefkatine muhtaç olduğu ve anneye de çok düşkün olduğu tespit edilmiş ise de çocuğun üstün yararı gereği velayeti anneye vermek yerine anne ve babanın ortak çocuk üzerindeki velayet hakkının kaldırılmasına karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.¹⁰⁰⁴

Hakim, asgari ihtimamı göstermeyen ebevyenlerden çocuğu alabilir. Örneğin çocuğa gerekli zamanı ayırmayan velayeti kendisinde bulunan taraftan çocuğu alabilir.¹⁰⁰⁵Mevcut bir Yargıtay kararında taraflar arasında görülen boşanma davasında velayeti kendisine tevdi edilen babanın karara rağmen çocuğunu uzun yıllar yanına almaması velayetin kaldırılmasını gerektirir bir sebep olarak sayılmıştır.¹⁰⁰⁶

Ancak hakimin müdahalesi son çare olup, asgari özen gösterildiği takdirde hakimin müdahalesi de gerekmez, ancak çocuğun güvenliği tehlikeye düşerse devlet yardımı gerekecektir.¹⁰⁰⁷ İlgili boşanma davası sonrasında ana babanın ısrarla zeka özürlü çocuğun velayetini istememeleri karşısında hakimin çocuğu devlet gözetimine almak yerine babaya vermesi bozmayı gerektirmiştir.¹⁰⁰⁸

¹⁰⁰¹ TUTUMLU, M.A, s.1283 / TMK.m.339 ; ana ve baba çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygular demektir.

¹⁰⁰² Y2HD.E2016/16441,K.2018/5002,T.16.04.2018,Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

¹⁰⁰³ BULUT H.s.16

¹⁰⁰⁴ Y2HD.2016/8726,K.2018/610,T.16.01.2018,Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

¹⁰⁰⁵ Y2HD.E.2003/3684,K.2003/6706,T.06.05.2003, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

¹⁰⁰⁶ Y2HD.E.2004/7326,K.2004/8201,T.14.04.2004,Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

¹⁰⁰⁷ www.dergipark.org.tr / AKYÜZ,E; Medeni Kanuna Göre Çocuğun Ana Babasına Karşı Korunması

¹⁰⁰⁸ Y2HD.E.2003/11644,K.2003/12972,T.07.10.2003, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

Ancak bu hayati karar öncesinde hakim, anne ve babayı dinleyecek, çocuk vesayet altında ise vesayet makamının fikrini alacak ve ana babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenleyecektir.¹⁰⁰⁹

Hakim Türk Medeni Kanunu'nun kendisine tanıdığı hakkı kullanarak velayeti ana babadan alabilir, çocuğun menfaati gereği üçüncü kişiye tevdiine karar verebilir yahut bir kuruma da yerleştirilmesine karar verebilir.¹⁰¹⁰

Örneğin, velayeti kendisine bırakılan annenin, çocuğa gerekli ilgi ve ihtimamı göstermeyip dedeye bırakması¹⁰¹¹, ayrılan taraflardan birinin diğer evliliğinden ikinci bir çocuğunun olması ve eşinin çocuğu görmesine izin vermemesi sebebi ile gerekli alakayı göstermemesi¹⁰¹², velayeti babaya bırakılan çocuğun baba tarafından cinsel istismara ve şiddete uğramış olması¹⁰¹³, evde çocuklara nezaret edecek kimsenin olmaması ve çocukların evde uzun saatler yalnız kalmaları, okuldan eve geldiklerinde kendileri ile ilgilenecek, düzenli yemek yeme ve ders çalışmalarını sağlayacak ebeveynin bulunmaması¹⁰¹⁴ durumlarının ispatlanması velayetin kaldırılmasını gerektirir sebeplerden olarak sayılmıştır.

Çocuğun kendisine yeterince bakılmasını talep hakkı, kanundan doğar ve insan haklarının bir gereğidir.¹⁰¹⁵ Bu talebi yerine getirecek olan da anne babadır. Bakım yükümlülüğü sadece eğitim ve yaşam masrafları olmayıp ilgi alaka ve şefkat gösterilmesi de bakım yükümlülüğüne girmektedir.¹⁰¹⁶

¹⁰⁰⁹ TMK.m.182/f.1 ve TMK. m. 323 gereği, mahkeme hakimi boşanma veya ayrılığa karar verirken anne babadan her birini dinler ve ana ve babadan her birinin, velayeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptir.

¹⁰¹⁰ TMK.m.272,ana ve baba vazifelerini ifa etmedikleri takdirde çocuğun korunması için gerekli tedbirleri alır. MK.m.273, çocuğun bedeni veya fikri gelişmesi tehlikede bulunur veya çocuk manen metruk halde bulunursa hakim çocuğu ana ile babada alarak bir aile nezdine veya müesseseye yerleştirir./ AKINTÜRK .s.273

¹⁰¹¹ Y2HD.E.2018/4106,K.2018/9182,T.13.09.2018 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

¹⁰¹² YHGK. E.2017/2-2486,K.2018/1148,T.30.05.2018 , Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

¹⁰¹³ Y4HD.E.2016/11831,K.2018/7106,T.19.11.2018,Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

¹⁰¹⁴ YHGK. E.2017/2-2446,K.2019/80,T.07.02.2019 , Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

¹⁰¹⁵ Y3HD.E.2016/8331,K.2016/11862,19.10.2016,Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

¹⁰¹⁶ Türk Medeni Kanunu'nun 340. maddesine göre, ana babanın çocuğa genel ve mesleki eğitim verme yükümlülüğü bulunmaktadır. Ana baba imkânlarına göre çocuğu eğitmek ve onun bedeni, zihni, ruhi, ahlaki ve sosyal gelişimini sağlamak ve korumakla da yükümlüdür, ayrıca TMK.m.185'e de bakarsak, eşler bu birliğin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak ve çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermekle yükümlüdürler demektedir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 337, 340, 342 ve 346. maddeleri uyarınca velayet, çocukların bakım, eğitim, öğretim ve korunması ile temsil görevlerini kapsar.

Velayetin kaldırılması gibi hayati bir karar verilirken anne babanın dinlenmesinin yanı sıra yeterli idrak gücüne sahip olan çocuğun da dinlenmesi, onun da kendi hayatı hakkında söz sahibi olması sağlanmalıdır.¹⁰¹⁷ Şöyle ki, çocuğun istekleri doğrultusunda hakkaniyete uygun bir karar verilmelidir.¹⁰¹⁸ Çocuğun görüş ve beyanı alınarak hüküm kurulması gerekmektedir.¹⁰¹⁹ İdrak yaşı, çocuğun kendini bildiği olgunluk yaşıdır.¹⁰²⁰ Yargıtay görüşlerini oluşturma ve özgürce ifade etme yeteneğine sahip çocuktan söz etmektedir. Kendini ifade edebilen, isteklerini özgürce söyleyebilen, ne istediğine serbestçe karar verebilen çocuğun görüşlerinin alınmadan hüküm kurulması birçok kararda bozma sebebi yapılmıştır.¹⁰²¹

Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi, iç hukuk tarafından yeterli idrake erişmiş çocuklara kendilerinin söz konusu olduğu davalarda kendi fikir ve görüşlerini açıklamak, idrak çağındaki çocuğun fikrinin alınmasını sağlama hakkı tanımıştır.¹⁰²²(md.3)

Buna rağmen çocuğun görüş ve fikirlerine danışılmadan uzman bilirkişilerin raporlarına yer vermeden hüküm kurulması da yasaya aykırı olacağı gibi bozmayı da gerektirmektedir.¹⁰²³

¹⁰¹⁷GENÇCAN, Ö.U.s.1042 / 21.02.2017 tarihli 2 Hukuk Dairesi Kararında 2016/16629E.2017/1767K.Sayıli kararında çocuğun farazi düşüncesinin de hükme esas teşkil etmesi lüzumundan bahsetmiştir.

¹⁰¹⁸ GÜLER, Z.s.132

¹⁰¹⁹ Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi madde 12 ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi 3.ve 6.maddeleri ve TMK.m.339 gereği çocuğun serbestçe düşüncesini açıklamasını çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak öngörmektedir.

¹⁰²⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, idrak gücüne sahip 8 yaş ve üstü çocukların kendisini ifade edebileceğini, velayet davasında çocuğa fikri sorulması gerektiğini ifade etmektedir.

¹⁰²¹Y2HD.E.2002/7067,K.2002/7794,T.10.06.2002,,

Y2HD.E.2005/6527,K.2005/8789,T.07.06.2005,Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

¹⁰²² BULUT,H.s.30

¹⁰²³ Y2HD.E.2005/12496,K.2005/15273,T.08.11.2005,Kazancı İçtihat Bankası

4.2.2.2. Ana Babanın Çocuk Üzerinde Velayet Görevini Gereği Gibi Yerine Getirememesi Nedeni İle Velayetin Kaldırılması

Ana babanın, maddenin 1.fıkrası 1.bendinde belirtildiği üzere, velayetleri kendilerinde bulunan çocuğa karşı görevlerini yerine getirememeleri ebeveynlerin deneyimsizliğinden, hastalık sebeplerinden yahut başka yerde bulunmalarından kaynaklanabilir.¹⁰²⁴ Deneyimsizlik, çocuğun menfaatleri konusunda bilgisiz olmaları, yaşlarının küçüklüğü ve hayata karşı tecrübesiz olmalarından kaynaklanabilir ise de deneyimsizlik tek başına velayetin kaldırılmasını gerektirmez. Bu deneyimsizliğin çocuğun menfaatine aykırı durum yaratmalı, çocuğa maddi manevi zararlar verir nitelikte olmalıdır.¹⁰²⁵

Ana babanın evlilik birliğinin devamı sırasında başka bir yerde bulunması velayetin kaldırılmasını gerektirmese de çocuğa karşı velayet görevini engelliyorsa bu durum da velayetin kaldırılması için bir sebep sayılacaktır.

Örneğin ilgili Yargıtay kararında çocuğun annesinin cezaevinde tutuklu bulunması çocuğa karşı görevlerini gereği gibi yerine getirmesini engellemekte olup, velayetin kaldırılması için geçerli bir neden sayılarak çocuğa vasi atanmasına karar verilmesi isabetli bir karar olmuştur.¹⁰²⁶

Benzer şekilde ana babanın hastalık hali de velayetin kaldırılması için tek başına yeterli olmasa da velayetin gereği gibi kullanımına engel ise ve çocuğun menfaatine aykırı düşecek derecede ciddi bir rahatsızlık ise hakim tarafından velayetin kaldırılmasına karar verilecektir. Örneğin ana ve babada sürekli akıl zayıflığı hali mevcut ise velayetin kaldırılması için geçerli bir sebep olacaktır.¹⁰²⁷ Bahsi geçen hastalığın yahut rahatsızlığın sürekli olması, resmi sağlık kurulunca kanıtlanması ve çocuğa olan görevlerin yerine getirilmesini engeller düzeyde olması gerekmektedir, aksi durumda basit ve geçici rahatsızlıklar bu madde kapsamında olmayacaktır.

¹⁰²⁴ TMK.m.348/f.1,1;değişik 01.07.2005-5378/38md.)ana babanın deneyimsizliği , hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzer sebeplerden biri ile velayet görevini yerine getirememesi sebebi ile velayetin kaldırılmasına karar verilir.

¹⁰²⁵ BULUT, H.s.14-15 vd.

¹⁰²⁶ Y2HD.E.2006/10576,K.2007/220,T.23.01.2007, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

¹⁰²⁷ Y2HD.2011/20559,K.2012/15187,T.06.06.2012,Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

Eğer anne babanın kısıtlanması söz konusu ise kısıtlılık kararı resmi dosyasının celbi de gerekmektedir.¹⁰²⁸

Örneğin, annenin hayat kadını olması tek başına velayetin kaldırılmasını gerektiren sebepler değildir meğer ki çocuğun hayatını olumsuz etkilesin.¹⁰²⁹ Şöyle ki, annenin hayat kadını olması çocuğuna çok iyi bir anne olmasına engel değildir, eğer çocuğun ihtiyaç ve isteklerini yerine getiriyor, yaşam tarzını çocuğa göre ayarlıyor, velayetin gereğini yapıyor ise hayat kadını olmasının çok da bir ehemmiyeti yoktur ve çocuğun da ifadesinde annesi ile yaşamak istediğini beyan etmesi de ilgili kararda çocuğun velayetinin annesine verilmesini gerektirmiştir.

Aksi görüş olarak Velidedeoğlu, eğer boşanma davası haysiyetsiz hayat sürme, yahut akıl hastalığı, terk, küçük düşürücü suçlardan ötürü mahkumiyet sebeplerine dayanıyorsa çocuğun velayeti bu ebeveyne verilmemelidir görüşündedir.¹⁰³⁰

Velayet düzenlemesi yapılırken çocuğun özellikleri, ana babanın özellikleri, sosyal özellikler, çevresel özellikler, hukuki özellikler de göz önüne muhakkak alınmalıdır.¹⁰³¹ Aynı durum velayetin kaldırılmasında da göz ardı edilmemelidir.

Burada hakimlere çok iş düşmektedir ki çocuğun alıştığı ortam iyice tetkik edilmeli, velayet düzenlemesi yapılırken yahut velayet değiştirilirken çocuğun alıştığı, mutlu olduğu ortamdaki çocuğu koparılmaması sağlanmalıdır.¹⁰³² Ortak çocuğun anne ve baba yanındaki barınma ve yaşama koşulları da değerlendirilmeli ve velayet düzenlemesi ona göre yapılmalıdır.¹⁰³³ Yargıtay 2 Hukuk Dairesinin bir kararında idrak yaşındaki çocuğun açıkça “annemin yanında rahatım, annemle kalmak istiyorum” beyanı ile çocuğun ruhsal yönden rahat olacağı ortamda kalmasını tercih etmesi karşısında velayet düzenlemesini anneyi sokak ortasında sık sık döven babanın çocuğun ruhsal yapısını ve gelişimini olumsuz etkilediği ve çocuğun arzusunun dikkate alınması gerektiği açıktır.¹⁰³⁴

¹⁰²⁸ BULUT, H.s.15

¹⁰²⁹ Y2HD.E.1995/6964,K.1995/7868,T.05.07.1995 / AKINTÜRK, T.s.311

¹⁰³⁰ VELİDEDEOĞLU, s.267

¹⁰³¹ ÖZÜĞÜR, A.İ.s.963

¹⁰³² YHGK.E.2018/2-358 K.2018/1279, K.27.06.2018, Y2HD.E.2018/1199 K.2018/6526,T.22.05.2018
Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

¹⁰³³ Y2HD.E.2016/24969,K.2018/10946,K.15.10.2018

Y2HD.E.1990/7540,K.1990/11307,T.21.11.1990/ TUTUMLU M. A.s.1285

¹⁰³⁴ Y2HD.E.2001/1902 K.2001/3529 Sayılı kararı / BULUT ,H. s. 38

Hakimler, velayet düzenlemesini de içeren sözleşmeleri çok iyi tetkik etmelidir, zira boşanmaktan başka bir amacı olmayan çiftler sırf boşanmayı sağlayabilmek için ‘‘gözleri kapalı’’ olarak çocuğun yararındansa kendi çıkar ve talepleri doğrultusunda sözleşmeleri onaylamaktadırlar.¹⁰³⁵

Ana ve babanın mevcut yararları; boşanma davasında öne çıkan kusurları, ahlaki değer yargıları, sosyal konumları gibi durumları, çocuğun üstün yararını etkilemediği ölçüde göz önünde tutulmalıdır.¹⁰³⁶

Görüleceği üzere ‘‘üstün yarar’’ çok geniş bir kavram olup, belirgin bir tarifi yoktur.¹⁰³⁷ Çocuğun bedensel, zihinsel, ruhsal ve ahlaki gelişimi yönünden yararı olmalıdır. Çocukla alakalı bir karar alınırken bu yönlerin tümü göz önüne alınmalı, etraflıca bir araştırma neticesinde karar tesis edilmelidir.¹⁰³⁸

Hakimler, velayet konusunu karar bağlarken boşanma davasında hangi tarafın kusurlu olduğuna göre karar vermektense çocuğa daha iyi kimin bakacağını tetkik etmeleri daha ehemmiyetlidir.¹⁰³⁹ Şöyle ki, velayeti verilecek ola çocuğun cinsiyeti, kime daha muhtaç olduğu, belirgin bir hastalığının olup olmadığı, kaç kardeş oldukları, aralarındaki ilişki, hangi ebeveynin çocuğa daha iyi bir hayat sağlayacağı, ebeveynlerin yaşam tarzları, yaşadıkları yer, çocukların karakterleri tek tek değerlendirilmelidir.¹⁰⁴⁰

Velayetin düzenlenmesinde cinsiyetin bir ayrımı yoktur.¹⁰⁴¹ Toplumda, kız çocuğu anneye erkek çocuğu babaya verilir yahut 12 yaşına kadar anneye verilir gibi bir düşünce hakim ise debuna ilişkin bir ilke kararı yoktur.¹⁰⁴² Ancak bahsettiğimiz üzere kimin çocuğa daha iyi bir yaşam ve eğitim sağlayacağı, çocuk idrak yaşında ise çocuğun görüşü, tarafların görüşü, uzman raporları, hakimin kanaati bu kararda etkilidir.¹⁰⁴³

¹⁰³⁵ GENÇCAN, Ö.U, s.1090

¹⁰³⁶ Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m, 3; Çocuk Haklarının Kullanılmasına ilişkin Avrupa Sözleşmesi m, 1; TMK m. 339/1. 343/1. 346/1; Çocuk Koruma Kanunu m. 4/b.

¹⁰³⁷ İLKNUR,S; s.41: Birlikte velayet/www.hukuk.deu.edu.tr

¹⁰³⁸ İLKNUR, S. s.164

¹⁰³⁹ AKINTÜRK, T.s.310

¹⁰⁴⁰ TEKİNAY, s.274

¹⁰⁴¹ İNAL, N.s.650

¹⁰⁴² ÖZÜĞÜR,A.İ., s.962

¹⁰⁴³ SEROZAN, s.250,HATEMİ/SEROZAN, s.341

Yargıtay, velayeti istenen çocuğun başka kardeşlerinin de olması halinde, çocukların ayrılmamasını öngörmüştür.¹⁰⁴⁴ İnal ve Ergün de aynı görüş de olup, birden çok çocuğa sahip bir ailede velayetlerin ayrılması her bir çocuğun farklı bir yaşam tarzı benimsemesine, birbirlerine yabancılaşmalarına, ayrı çevre ve eğitim sistemleri içinde yetişmelerine ve ilerleyen yaşlarda ruhsal sıkıntı yaşamalarına sebebiyet vereceği kanaatindedir.¹⁰⁴⁵ Velayet düzenlemesinde kanaatimizce de kardeşlik ve paylaşım duygularının kaybolmaması için kardeşlerin ayrılmaması gerekir. Aksi durumda; ayrılık halinin, çocukları ruhsal açıdan da olumsuz etkileyeceği muhakkaktır.

Tüm bunlarla beraber, velayetin değiştirilmesi için mevcut ve haklı bir neden olmalıdır.¹⁰⁴⁶ Şöyle ki, çocuğun menfaatini haleldar edecek bir durum değişikliği velayetin değiştirilmesini gerektirir. Velayetin değiştirilmesine ilişkin şartlar TMK’da “Durumun Değişmesi” başlıklı 183. maddesinde; “Ana veya babanın başkasıyla evlenmesi, başka bir yere gitmesi veya ölmesi gibi yeni olguların zorunlu kılması hâlinde hâkim, resen veya ana ve babadan birinin istemi üzerine gerekli önlemleri alır.” hükmüne yer verilmiştir. Kuşkusuz ki taraflardan birinin sadece istemi yeterli olmayıp bir olguya dayanılacağı muhakkaktır. Örneğin, velayeti kendisine bırakılan annenin, müşterek çocuğun yeni evlenen babası ile görüşmesini engellemesi, velayetin kötüye kullanılması olup, çocukla baba arasındaki kişisel ilişkiyi engellemesi çocuğun zararına olacağı muhakkaktır.¹⁰⁴⁷

Ayrıca maddi bir delille ispatlanmadığı sürece çocuğun mevcut düzeni değiştirilmeyecek yahut velayet kaldırılamayacaktır.¹⁰⁴⁸ TMK.m.183 gereği, Çocuğun bedeni, fikri, psikolojik gelişimine aykırı bir durum yahut olgunun ispatlanması halinde hakim kanun gereği gerekli tedbirleri alacaktır.¹⁰⁴⁹

¹⁰⁴⁴YHGK.E.2017/2-2066,K.2019/15,T.17.01.2019,
Y2HD.E.2012/10813,K.2012/28248,T.26.11.2012,www.avukatmehmetcansiz.com/kardeslerin-birbirlerinden-ayrilmamasi-ilkesi

¹⁰⁴⁵ İNAL,N.s.651 / ERGÜN,Z., Boşanma Davaları 3.Basım s.598

¹⁰⁴⁶<https://barandogan.av.tr/blog/medeni-hukuk/velayet-davasi-velayetin-degistirilmesi-veya-kaldirilmesi.html>, Y2HD.E.2005/11658,K.2005/11544,T.18.07.2005, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

¹⁰⁴⁷ Y2HD.E.2002/3930,K.2002/4731,T.04.04.2002,Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

¹⁰⁴⁸ Y2HD.E.2003/2695, K.2003/3752,T.18.03.2003, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

¹⁰⁴⁹ YALIN, ŞEYDA; ,İstanbul Aydın Ünierversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anbilim Dalı ,Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma,Temmuz 2017-Yüksek Lisans Tez Çalışması

Bahsettiğimiz sebeplerle, velayetin kaldırılması ile değiştirilmesi karıştırılmamalıdır ki her iki durumun da sebepleri birbirlerinden farklıdır.

Uygulamada çocuğun menfaatinin ana babanın boşanma davasında geri planda kaldığı, çocuğun üstünü gözetmek yerine tarafların çıkar çatışmalarının davada ön plana geçtiği çok sıklıkla görülmektedir. Müşterek çocuğun, ana babanın kişisel tutumlarına ve hırslarına göre hayatını idame etmesi sağlanmakta, adeta bir futbol topu gibi ortada bırakılmaktadır, hatta çoğu çocuk ilerleyen yaşlarında anne babasının ayrılmasında kendilerini suçlu gibi görmekte ve ömür boyu travmatik, sevgiden yoksun bir hayat sürmektedir. Burada kuşkusuz ki suç, çocuklarda değil kendi hırslarına yenilen ve o arada çocuklarını harcayan ailelerdedir, fatura da çocuğa çıkmaktadır. Kaldı ki anne babası ayrı çocukların suça daha yatkın oldukları ve suç işledikleri sabittir.

Kanaatimizce, velayet davalarında ana babadan çok çocuğun çıkarının esas mesele olduğu unutulmamalı, idrak yaşındaki çocuğun görüşü alınmalı, istekleri değerlendirilmeli, yaşadığı ortamda mutlu olup olmadığı, oradan ayrılmak isteyip istemediği, yaşam şartları, gerek fiziksel, fikri ve gerekse de ruhsal gelişiminin sağlanıp sağlanmadığı, öz bakımının yapılıp yapılmadığı, yaşadığı sosyal çevre, ana babanın çocuğa karşı tutumları gibi bilimum durumlar ayrı ayrı bir uzman raporu ile değerlendirilerek desteklenmelidir.

Zira aslolan çocuk ve onun sağlıklı bir şekilde yetişmesidir. Gerek bedensel gelişimi gerekse de ruhsal gelişimi onun da ileride kendi sağlıklı neslini yaratmasını sağlayacaktır. Çekişmeli boşanmalarda özellikle çocukların velayeti problem yaratmakta ve taraflar kendi çıkar çatışmalarından çocuklarının menfaatinin düşünemez hale gelmektedirler. Bu durumda en akılcı çözüm çocukların menfaatlerini herşeyden üstün tutarak tarafların anlaşmalı boşanmaya sevk edilmeleri olmalıdır.

4.3 KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASI

Boşanmanın çocuklarla ilgili sonuçlarından biri de kişisel ilişkiye ilişkindir. (TMK.m.182/F.1,323) Boşanma sonrası velayet hakkı kendisine tanınmayan eşin, çocukla ilişki ve iletişiminin devamı açısından en önemli hukuki güvence ulusal ve

uluslararası düzenlemelerle koruma altına alınan çocukla kişisel ilişki kurma hakkı Anayasamız gereği de anayasal bir hak olarak tanımlanmıştır.¹⁰⁵⁰ Ana babadan her biri boşanma davasında velayeti kendisinde bulunmayan çocuk ile arasında uygun kişisel ilişki kurulmasını isteyebilecektir.¹⁰⁵¹ Kişisel ilişki kurma hakkı uluslararası hukukta da bağımsız bir temel hak olarak kabul edilmiş olup, devlete de çocuğun haklarını güvence hakkına alma vazifesi yüklemiştir.¹⁰⁵² İlk olarak Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinde tanınan bu hak sonrasında, Çocuk Hakları Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi¹⁰⁵³ ve Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesinde¹⁰⁵⁴ bu hak tanınmıştır. 4721 sayılı Medeni Kanunumuzda¹⁰⁵⁵ olduğu gibi Yargıtay da çocuğun üstün yararı gereği kişisel ilişki kavramına önem vermiş ve tüm kararlarında¹⁰⁵⁶ çocuğun menfaatinin ön plana almıştır.

Boşanma davası ister anlaşmalı olarak sonuçlansın, isterse de çekişmeli olarak sonuçlansın çocuk ile velayeti kendisine verilmeyen eş arasında çocuğun menfaatleri doğrultusunda kişisel ilişki tesis olunur.¹⁰⁵⁷

Boşanma hükmünde çocukla kurulan kişisel ilişki muhakkak yazılmalı, tarafların hangi zamanlarda ve hangi şartlarda görüşecekleri hükümde belirtilmelidir.¹⁰⁵⁸ Kişisel ilişkide gün ve saatler çok net yazılmalı, duraksamaya sebebiyet verilmemelidir.¹⁰⁵⁹ Kişisel ilişki infazda tereddüt yaratmamalıdır.¹⁰⁶⁰ Görüşün başlangıç zaman ve saati, yeri açık olmalı, birbirlerinden uzak şehirlerde

¹⁰⁵⁰ Anayasa Md.41/3 Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, anne ve babası ile kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.

¹⁰⁵¹ GENÇCAN, Ö.U, s.1119

¹⁰⁵² https://www.tihek.gov.tr/upload/file_editor/2019/07/1563525442.pdf /ALKAN,FATİH; Çocukla Kişisel İlişki Kurma Hakkı ve Devletin Pozitif Yükümlülükleri

¹⁰⁵³ 25.01.1996 tarihli sözleşmeyi Türkiye 1999'da imzalamış olup 2001'de Resmi Gazetede yayımlanmıştır / <https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/539a9--Cocuk-Haklarinin-Kullanilmasina-Iliskin-Avrupa-Sozlesmesi.pdf>

¹⁰⁵⁴ 15.05.2003 tarihli sözleşme Türkiye tarafından 2003'de imzalanmış ve 2010'da Resmi Gazetede yayımlanmıştır. / <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/11/20111117-1.htm>

¹⁰⁵⁵ TMK.m.323 gereği ana babadan her birinin velayeti altında bulunmayan yahut kendisine bırakılmayan çocuk ile kişisel iliki kurulmasını isteme hakkı vardır.

¹⁰⁵⁶ Y2HD.E.2010/1360,K.2010/3410, 24.02.2010 ,2HD.E.2008/11258,K.2009/13390,Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

¹⁰⁵⁷ ERGÜN, Z.s.164

¹⁰⁵⁸ İNAL, N.s.653

¹⁰⁵⁹ ERGÜN, Z.s.166

¹⁰⁶⁰ TUTUMLU, M.A, s.1294

yaşayan çiftler için özel bir düzenleme yapılarak mümkünse yatılı düzenlenmelidir.¹⁰⁶¹

Dini, milli bayramlar, özel günler özel olarak düzenlenmeli, tatil olanakları tanınmalıdır.¹⁰⁶² Tabi bunun yanında ebeveynlerin de izin günleri, tatilleri, iş günleri ve saatleri gözetilmelidir.¹⁰⁶³ Bahsi geçen Yargıtay kararında, velayeti kendisine verilmeyen babanın cumartesi günleri de çalışıyor olması dikkate alınmadan cumartesi günleri sabah 10.00'dan akşam 18.00'e kadar kişisel ilişki tesis edilmesi usul ve yasaya aykırıdır.¹⁰⁶⁴

Hakim, velayet hakkına sahip olmayan eş ile çocuk arasındaki görüşme süresini, yerini, çocukla tek başına mı yoksa bir refakat eşliğinde¹⁰⁶⁵ mi görüşüleceğini de çocuğun en hayrına olacak şekilde belirler.¹⁰⁶⁶ Örneğin çocuğun babasının cezaevinde olması ve velayetin anneye bırakılmış olması durumunda baba ile çocuğun tesis edilen zaman diliminde cezaevine getirilerek görüş sağlanması yerine kişisel ilişkinin kurulmaması kararın reddini gerektirmiştir.¹⁰⁶⁷

İlgili Yargıtay kararında boşanma hükmünde velayet ve kişisel ilişki şartlar hakkında düzenleme yapılmaması bozma sebebi sayılmıştır.¹⁰⁶⁸ Bu ilişki eşlerden bağımsız olarak çocuğun menfaati, yüksek yararı gereği kurulur. Çocuk ile arasında ilişki kurulan ebeveyn için de muhakkak ki analık babalık hissiyatlarını tatmin etme amacı var ise de esas olan çocuğun yararadır.¹⁰⁶⁹

Eğer taraflar anlaşmalı olarak boşanmışlarsa çocuk ile velayeti kendisinde bulundurmayan eş arasında hangi zaman dilimlerinde ilişki kurulacağı karşılıklı anlaşma ile belirlenir.¹⁰⁷⁰

¹⁰⁶¹ Y2HD.E.2018/4366,K.2018/14380,T.12.12.2018,Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

¹⁰⁶² ERGÜN,Z.s.169,Y2HD.E.2017/525,K.2018/12674,T.07.11.2018,
Y2HD.E.2017/704,K.2018/12352,T.05.11.2018,Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

¹⁰⁶³ GENÇCAN, Ö.U.s.1121

¹⁰⁶⁴ Y2HD.E.2004/2493,K.2004/3185,T.15.03.2004,GENÇCAN, Ö.U.s.1122

¹⁰⁶⁵ Yargıtay yerleşmiş kararlarında refakat eşliğinde görüşme fikrine karşı olsa da çocuğun menfaati gerektirdiği durumlarda mümkündür.

¹⁰⁶⁶ Y2HD.E.2012/13367,K.2013/1584,T.23.01.2013,Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

¹⁰⁶⁷ Y2HD.E.2011/10647,K.2012/9804,16.04.2012,Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

¹⁰⁶⁸ Y2HD.E.2018/4398 K.2018/14450,12.12.2018,Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

¹⁰⁶⁹ BULUT, H.s.47,OY, O; Boşanmanın Hukukî Neticeleri, Nafaka-Tazminat- Velâyet -Mal Paylaşımı ve Aile konutu,1.Bası, İstanbul 2008.

¹⁰⁷⁰ İNAL, N.s.653

Eğer çekişmeli bir boşanma davası ise hakim dava safahatinde eşleri bu hususta anlaştırmaya gayret eder,¹⁰⁷¹ karşılıklı taleplerini dinler, anlaşma sağlanamadığı durumlarda da tıpkı velayetin tesisinde olduğu gibi çocuğun yaşını, çevresel faktörleri, sağlığını, eğitimini, taraflarla ilişkilerini, yaşadığı ortamı dikkate alarak kendi kanaati doğrultusunda kişisel ilişki tesisi sağlar. ¹⁰⁷²

Keza hakim kişisel ilişki düzenlemesi yaparken tarafların arzu ve istekleri ile bağlı değildir.¹⁰⁷³ Anlaşmalı boşanmada çocukların menfaatine aykırı olacak bir düzenleme ile taraflar anlaşırsa hakim bunu kabul edemez çünkü aslolan tarafların anlaşması değil, çocuğun yüksek yararıdır.¹⁰⁷⁴ Yargıtay ayrıca her hafta sonu çocuk ile velayeti bırakılmayan ebeveyn ile kişisel ilişki kurulmasını çok bulmakta bunu her iki tarafın da menfaatine aykırı olacağını, velayet görevinin yerine getirilmesini engelleyeceği görüşündedir.¹⁰⁷⁵

Kişisel İlişki hakkı velayet hakkı tanınmayan eşin kişilik haklarından olup vazgeçilemez bir haktır¹⁰⁷⁶. Ancak çocuğun menfaatini gözetecek olan hakimdir. Eğer çocuğun zararına olacağı kanaatinde ise bu kişisel ilişki tesisi olmazsa olmaz bir hak olmaktan çıkacaktır. Kaldı ki Yargıtay da, kişisel ilişki kurmanın zorunlu olmadığını savunmuştur.¹⁰⁷⁷ Şöyle ki eğer kişisel ilişki kurulması çocuğu olumsuz anlamda etkiliyor ve psikolojisini bozuyor ise görüşme sağlanmayabilir de.¹⁰⁷⁸ Tekinay ve Akıntürk, kişisel ilişki tesisi çocuğun ahlaki, ruhi ve fiziki gelişimi için sakınca yaratacaksa görüşme hakkının engellenebileceğini savunmaktadırlar.¹⁰⁷⁹ Çocuklarla kişisel ilişki kurulması çocuğun yüksek yararına değilse bu ilişkinin kısıtlanabileceği yahut alınabileceği Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi 3.Maddesinde de desteklenmektedir. Medeni Kanun da da belirli durumlarda ve zorunlu hallerde hakime kişisel ilişkinin reddi imkanı tanınmıştır. (TMK.m.324/2)

¹⁰⁷¹ İNAL, N.s.654

¹⁰⁷² DURAL, M. ÖĞÜZ T. GÜMÜŞ, A. s.144 / TMK.m.182/2: Velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararları esas tutulur. Bu eş çocuğun bakım ve giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır.

¹⁰⁷³ ERGÜN, Z.s.168

¹⁰⁷⁴ ÖZÜĞÜR, A.İ.s.963 vd.

¹⁰⁷⁵ Y2HD.E. 2005/7766,K.2005/9997,T.27.06.2005,GENÇCAN, Ö.U s.1135

¹⁰⁷⁶ ÖZÜĞÜR, A.İ.s.965

¹⁰⁷⁷ GENÇCAN, Ö.U.s.1119

¹⁰⁷⁸ Y2HD.E.1992/8023, 1992/8927T.02.10.1992, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

¹⁰⁷⁹ AKINTÜRK, T.s.314,TEKİNAY, S.S.s.278

Ayrıca anlaşmalı boşanma ile tarafların ortak belirledikleri kişisel ilişki değişen hal ve şartlara göre yeniden ve her zaman düzenlenebilir.¹⁰⁸⁰ Tarafların anlaşmalı boşanma davasında bu hususta karar vermiş olmaları ileride çocuğun değişen ihtiyaçlarına, yaşına, okuluna ve çevresel faktörlere göre yeniden düzenlenmesi gerekebileceğinden kişisel ilişkinin de revize edilmesi gündeme gelebilecektir.¹⁰⁸¹

Ergün¹⁰⁸², kişisel ilişkiyi boşanmanın en dramatik sonuçlarından biri olarak nitelendirmiş ve eşler arasındaki çekişmenin sonuçlarını yazıktır ki çocuğun çektiğini, psikolojik olarak en çok zarar görenin çocuk olduğuna dikkate çekmiş ve ruhsal sıkıntılar yaratan bir kişisel ilişki yerine kişisel ilişkinin hiç kurulmaması gerektiği görüşüne diğerleri gibi katılmıştır. Örneğin velayeti kendisine verilmeyen babanın akıl hastası olması iddiasından hareketle çocukla baba arasında kişisel ilişkinin kurulmamasına yönelik karar oluşturulmuş ise de Yargıtay iddia olunan akıl hastalığının resmi raporlarla kanıtlanması zarureti, bu hastalığın çocukla görüşmesine engel teşkil edip etmeyeceği hususundaki uzman görüşleri ve çocuğun da görüşü alınarak karar oluşturulması gerektiğini savunarak kararı bozmuştur.¹⁰⁸³

Medeni Kanun 325.maddesi olağanüstü haller mevcutsa çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını ana baba dışındaki kişilerin özellikle hısımların bu haktan faydalanabileceğini hüküm altına almıştır.¹⁰⁸⁴

Burada hısımlardan kastedilen daha çok büyükanne ve büyükbabadır.¹⁰⁸⁵ Akıntürk, Medeni Kanunumuzu aldığımız İsviçre Medeni Kanununun büyükanne ve büyükbabaya böyle bir hak tanımamasını eleştirmiş ve kendi milli hukukumuzu yaratmamızdan övünç duyduğunu dile getirmiştir.¹⁰⁸⁶ Ancak bu hısımlığın varlığı tek başına yeterli de değildir, çocuğun bu durumdan bir yararının olması gerekir ki bu da her olayda ayrı ayrı değerlendirilecektir.¹⁰⁸⁷ Ancak muhakkak ki kişisel ilişki dede ve torun ilişkisinde anne ve baba ile olduğu kadar

¹⁰⁸⁰ GENÇCAN, Ö.U,s.1180

¹⁰⁸¹ Y2HD.E.2006/2016,K.2006/8712,T.01.06.2006, GENÇCAN Ö.U.s.1180

¹⁰⁸² ERGÜN, Z.s.168 vd.

¹⁰⁸³ Y2HD.E.2016/24958,K.2017/198,T.10.01.2017,Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

¹⁰⁸⁴ Y2HD.E.2016/12739,K.2016/12650 T.28.06.2016,Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

¹⁰⁸⁵ AKINTÜRK.T.s.315-316,ÖZÜĞÜR,A.İ.,s.965

¹⁰⁸⁶ 1976 tarihli Fedaral Kanun değişikliği ile 3.kişilere çocukla kişisel ilişki kurulması hakkı sağlayarak 1978 yılında bu sorunu çözmüştür / AKINTÜRK. T,s.316

¹⁰⁸⁷ DURAL,M.,ÖGÜZ,T.,GÜMÜŞ,A.s.146

geniş çaplı olmayacak, ayın belirli hafta sonlarında yarıyıl tatili ve yaz tatillerinde yatılı olacak şekilde kişisel ilişki kurulmasına karar verilebileceği yargıtayca uygun görülmüştür.¹⁰⁸⁸ Eski kanunda büyük ana ve büyükbabanın kişisel ilişkisine ilişkin bir hüküm yok idi. Yargıtay bu durumu kanun boşluğu saymış ve büyükana ve büyükbabaya da torunları ile kişisel ilişki tanınması hakkını getirerek bu boşluğu doldurmuştur. ¹⁰⁸⁹ Yargıtay 1959 tarihli 12/29 sayılı İçtihadı Birleştirme kararında,¹⁰⁹⁰ velayet hakkına sahip ana ve babanın; çocuğun ruhsal sağlığını ve gelecekteki menfaatlerini düşünerek örf adet ve tameüller gereği de büyük anne ve büyükbabası ile ilişkilerini devam ettirmek mecburiyetindedirler demiştir. Yeni tarihli bir Yargıtay kararında da çocukla büyükbaba ve büyükannenin ilişkisinin aile bağlarını güçlendireceğini belirtmiştir.¹⁰⁹¹ Bununla birlikte çocukla ilişki kuran 3.kişilerin de çocuğun menfaatini ön planda tutması asıl olacaktır. ¹⁰⁹²Aksi durumda TMK.m.324 gereği bu hak rededilebilir yahut geri alınabilir.¹⁰⁹³

Kişisel ilişkinin kaldırılması yahut sınırlandırılması yönündeki bizim kanaatimiz şayet çocuğun zararına olacaksa kişisel ilişkinin sınırlandırılması yahut kaldırılması gerektiği görüşündeyiz, ancak unutulmamalıdır ki bu tek taraflı bir ilişki değildir, bu ilişkinin bir tarafı çocuk ise diğer tarafı da çocuğundan mahrum kalacak olan ebeveyn olacaktır. Zira kişisel ilişki çocuğun yararına olduğu kadar ana baba için de bir varlık sebebi, analık babalık duygularının tatmini isteğidir.

Çocuğu ile görüşmemek yahut bunun kısıtlı zamanlara sıkıştırılması muhakkak ki bir ebeveyn için çok zor ve trajik bir durum olacaktır. Bu sebeple çocuk kaçırma, alıkoyma hadiseleri yaşanmakta ve aile facialarına neden olunmaktadır. Dolayısı ile tamamen kaldırmak yerine sınırlı ilişki kurulması daha makul olacağı kanaatindeyiz. Eğer velayeti kendisine verilmeyen ebeveyn hayatta ise ilişkiyi tamamen kaldırmak haksız bir yaklaşım olacaktır.

¹⁰⁸⁸ Y2HD.E.2016/12739,K.2016/12650 T.28.06.2016,Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

¹⁰⁸⁹ GÜNEŞLİOĞLU, F, s.109/ ATAY, AYTEKİN; Büyükana ve Büyükbabalarla Torunlar Arasındaki Şahsi Münasebetler, AÜHFD, 1958,C.XXIII,s.369-380

¹⁰⁹⁰ YİBK.18.11.1959 sayılı kararında Yargıtay, hala ve amcanın çocukları görmek istemesini çocuğun gelecekteki menfaatlerinin zedelenmemesi için uygun bulmuştur.

¹⁰⁹¹ Y2HD.E.2016/12739,K.2016/12650,T.28.06.2016,Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

¹⁰⁹² KILIÇOĞLU, s.132

¹⁰⁹³ TMK.m.324/2 Kişisel ilişki sebebi ile çocuğun menfaati huzuru tehlikeye girer veya ana baba ciddi olarak çocuğu ile ilgilenmezse ya da diğer önemli sebepler varsa kişisel ilişki kurma hakkı rededilebilir veya kendilerinden alınabilir.

4.4 İŞTİRAK NAFAKASI

Medeni Kanunumuz, çocukların bakım ve yetiştirilmesi yükümlülüğünü velayeti kendisine bırakılan ebeveyne, velayeti kendisine bırakılmayan tarafa da müşterek çocuğa maddi gücü oranında yardımda bulunma yükümlülüğü getirmiştir.¹⁰⁹⁴ Velayeti kendisine verilmeyen tarafın müşterek çocuğa yapacağı bu parasal katkı yükümlülüğüne iştirak nafakası denir. ¹⁰⁹⁵

Anlaşmalı boşanma davasında taraflar müşterek çocuk için uygun bir nafaka meblağı karşılıklı olarak belirlerler, ancak bu hususta karar veremezler ise hakim kendiliğinden çocuk yararına ve durumuna göre güncel koşullar dahilinde iştirak nafaka meblağını serbestçe belirleyecektir.¹⁰⁹⁶ Hatta Yargıtay hakimnin bu hususta taraflardan talep olmasa da kendiliğinden hükmetmekle yükümlüdür demektedir.¹⁰⁹⁷

Boşanmış olma eşlerin çocuklar üzerindeki sorumluluğunu ortadan kaldırmayacak, çocuğun bakım ve yükümlülüğü anne ve baba açısından devam edecektir.¹⁰⁹⁸

İştirak nafakasını konu edinen bir Yargıtay kararında, boşanma davası esnasında davacının “nafaka istemiyorum” şeklindeki beyanı iştirak nafakasını kapsamaz.¹⁰⁹⁹ Yargıtay, hakimnin; kadının nafaka istemiyorum beyanını iştirak ve tedbir nafakası olarak sayıp iştirak nafakası vermemesini çocuğun haklarını bertaraf edeceğinden bozma sebebi yapmıştır.¹¹⁰⁰ Ayrıca dava sırasında iştirak nafakası talep edilmemiş olması sonradan talep edilemeyeceği anlamını taşımaz.¹¹⁰¹ İştirak nafakası her zaman talep edilebilecek, her an doğup işleyebilecek haklardandır.¹¹⁰²

¹⁰⁹⁴ MK.m.182/2 velayeti kendisine bırakılmayan eşe, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılma yükümlülüğü getirmiştir.

¹⁰⁹⁵ İştirak nafakası velayeti haiz olmayan eşin çocuk yararına ödediği bakım nafakasıdır.

¹⁰⁹⁶ AKINTÜRK, T.ATEŞ.D, s.316/ FEYZİOĞLU,s.389

¹⁰⁹⁷ Y2HD.E.30.12.1954,6696,6130, AKINTÜRK,T.ATEŞ. D, s.316.

¹⁰⁹⁸ DURAL,M., ÖĞÜZ,T.,GÜMÜŞ,A.s.146

¹⁰⁹⁹ YHGK .E. 2017/2-2444 K. 2019/51, T. 31.1.2019 , Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

¹¹⁰⁰ Y2HD.E.2006/4210, 2006/10310,T.28.06.2006 / GENÇCAN, Ö.U s.1204

¹¹⁰¹ KIRMIZI, M.s.296

¹¹⁰² KIRMIZI, M.s.293,Y2HD,E.2014/12695,K.2014/14238,T.23.06.2014

Dava sırasında doğmamış haktan feragat mümkün olmayacağından velayet hakkı kendisine verilen taraf her zaman karşı taraftan iştirak nafakası isteyebilecektir.¹¹⁰³

Tasarruf ilkesi(HUMK.m.72) ve taleple bağlılık(HUMK.m.74) ilkesinin istisnalarından biri de iştirak nafakasıdır.¹¹⁰⁴ Hakim iştirak nafakasını belirlerken tarafların ekonomik koşullarını göz önüne alacak, çocuğun ihtiyaçlarını, yaşı ve yaşam tarzını da dikkate alacaktır.¹¹⁰⁵ Hakimin takdir hakkı tarafların talepleri ile sınırlanamaz.¹¹⁰⁶ Bahsi geçen Yargıtay kararında anne babanın ekonomik durumunu araştırmadan, çocuğun bakım ve eğitim giderlerinin artıp artmadığı dikkate alınmadan, sağlıklı ve detaylı bir tetkik yapmadan iştirak nafakasını belirlemek yahut artırılmasına, azaltılmasına karar vermek doğru görülmemiş, bozma sebebi yapılmıştır.¹¹⁰⁷ Taraflar arasında yapılan anlaşma protokolü gereği davalı babanın yurtdışında çalıştığı ve iştirak nafakasının da pound üzerinden ödeneceği hususunda taraflar arasındaki anlaşmalı boşanma davasında kabul edilmiş ancak sonrasında poundun çok yükselişi ve paranın değerinin kendiliğinden artması karşısında babanın çocuğun nafakasını ödeyemeyecek duruma gelmesi iddiası karşısında davalının gelir durumuna yönelik gerekli araştırma yapılarak hüküm kurulması gerekirken eksik inceleme ile hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir. Ancak benzer bir durumda yine çok eski tarihli bir Yargıtay kararında büyüyen çocuğun ihtiyaçlarının artması karşısında nafaka yükümlüsü babanın gelirinin artmamasından bahisle davanın reddi de uygun görülmemiştir.¹¹⁰⁸

Velayeti kendisine bırakılmayan tarafın çalışmaması yahut bir gelirinin, kazancının olmaması karşısında nafaka yükümlülüğü var mıdır?

¹¹⁰³ Y2HD.E.2012/10453,K.2012/15529,T.19.06.2012 , Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

¹¹⁰⁴ TUTUMLU, M.A, s.1297

¹¹⁰⁵ Y2HD.E.2015/15969,K.2016/7085,T.07.04.2016, Y3HD.E. 2018/6724,K. 2018/11330 T. 12.11.2018 tarihli kararda davalı anne ev hanımı olduğundan davacı babanın maddi durumunda göz önüne alınarak iştirak nafakası fazla bulunarak yerel mahkeme kararı bozulmuştur.

¹¹⁰⁶ AKINTÜRK, T.ATEŞ,D. s.277

¹¹⁰⁷ Y3HD,E. 2016/7517,K. 2016/9755, T. 22.6.2016,Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

¹¹⁰⁸ Y2HD.E.1959/4866, 1959/4629,T.09.10.1959/ Erdem. Sabri, İstanbul Matbaacılık, 1966, s.345

Medeni Kanun madde 182 /2,c.2 bu soruya açıkça cevap vermekte ve eşlerin mali güçleri oranında katkı yapacaklarından bahsetmektedir. ¹¹⁰⁹

İlgili madde mutlak olmayıp, ekonomik ve sosyal durum yetersiz ise katkı sağlama mecburiyeti de bulunmamaktadır.¹¹¹⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 07.10.1998 tarih ve 2-656-688 Sayılı kararında, yeme, giyinme, barınma, sağlık, ulaşım, kültür (eğitim) gibi bireyin maddi varlığını geliştirmek için zorunlu ve gerekli görülen harcamaları karşılayacak düzeyde geliri olmayanları yoksul kabul etmek gerektiğini ifade etmiştir. Hukuk Genel Kurulunun yerleşik kararlarında "asgari ücret seviyesinde gelire sahip olunması" yoksulluk nafakası bağlanmasını olanaksız kılan bir olgu kabul edilmemiştir.¹¹¹¹ Velayeti kendisine verilmeyen babanın asgari geçim seviyesinde bulunması yahut gelirin az olması babayı nafaka yükümlülüğünden kurtarmayacaktır.¹¹¹²

Hatta Yargıtay'ın çok eski tarihli bir kararında "furuun nafaka ile mükellef tutulması için refahta bulunması aranmayıp çalışmasına bir engel bulunmaması kafiidir" denilmiştir.¹¹¹³

Ancak bu madde günlük hayatta kötüye kullanılan bir madde olup, çalışma imkanı olduğu halde çalışmayan, mali gücü elverdiği halde çocuğuna katkı sağlamayan yüzlerce ebeveyn bulunmaktadır.¹¹¹⁴ Mali anlamda kendilerini düşkün göstermekte, çalıştıkları halde sigorta girişi yapmayan menkul, gayrimenkullerini başkaları üzerinde göstererek nafaka yükümlülüğünden kurtulmaya çalışan ebeveynler bulunmaktadır. Dolayısı ile kanun koyucunun bu maddeyi daha ayrıntılı ve açığa mahal vermeyecek şekilde düzenlemesi gerekirdi kanaatindeyiz.

Zira suiistimale çok açık bir madde olup, uygulamada kanayan bir yaradır. Burada hakimlere çok iş düşmekte, çocuğun yüksek yararı göz önünde tutularak

¹¹⁰⁹ MK.m.182/II ; Velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin, çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde çocuğun özellikle sağlık ve ahlak bakımından yararları esas tutulur. Bu eş çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır.

¹¹¹⁰ Y2HD,E.1997/6117,K.7160, T.19.06.1997, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

¹¹¹¹ HGK. 07.10.1998 gün, 1998/2-656 E.- 1998/688 K. 26.12.2001 gün 2001/2-1158-1185 Sayılı ve 01.05.2002 gün 2002/2-397-339 Sayılı kararları, Y3HD,E. 2013/8653,K. 2013/10528, T. 19.6.2013, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

¹¹¹² KIRMIZI, M. s.591

¹¹¹³ Y2HD.1951/4160,K.1951/4831,T.26.06.1951/ ERDEM, S; Aile Hukuku, İstanbul Matbaacılık, 1966, s.346

¹¹¹⁴ Y3HD.E. 2009/19644,K. 2009/21196, T. 28.12.2009, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

kapsamlı ve gerekli mali durum tahkikatı yapıldıktan sonra hakkaniyete uygun bir karar tahsis edilmelidir. Hatta sadece zabıta araştırması ile yetinilmemeli, Tapu Sicil Müdürlükleri, mal müdürlükleri, bankalar ve diğer başkaca kurumlardan bilgi sorulmalıdır.¹¹¹⁵

Çalışamayacak durumda olduğu iddia olunan eşten sağlık kurul rapor da istenmeli ve gelir soruşturma yazıları neticesinde ödeme gücü olmadığı tespit olunursa nafaka ödeme zorunluluğu getirilmememledir.¹¹¹⁶

Anlaşmalı boşanma ile iştirak nafakası istenmemiş olsa bile sonradan bu istem gündeme getirilebilir” denilmektedir.¹¹¹⁷ Zira ana babanın çocuk üzerinde ömür boyu yükümlülükleri mevcuttur. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 27.12.2004 tarihli, 14480-15690 esas ve karar sayılı hükmünde, “İstek aşılarda çocuklar için iki yüzer milyon lira iştirak nafakası takdiri doğru görülmemiştir” denilerek talep aşılarda iştirak nafakasına hükmedilemeyeceği belirtilmiştir.(HUMK.m.74) Bahsi geçen kararda talep olmadığı halde müşterek çocuk için takdir edilen nafakanın her yıl üfe oranında artırılması bozmayı gerektirmiştir. ¹¹¹⁸

Anlaşmalı boşanma davalarında taraflar iştirak nafakasının meblağını ödenecek zaman dilimini, hangi dönemlerde ve ne şartlarda artış yapılacağını, hangi para üzerinden ve hangi kurdan ödeneceğini serbestçe kararlaştırabilirler.¹¹¹⁹ Ancak, bu anlaşmanın geçerli olması için taraflarca ve hâkimce tasdik ettirilmesi gerektiğinden hâkim anlaşmayı özenle belirlemeli, tarafların imzalarını almalı, kendisi de anlaşmayı tasdik etmeli, hüküm fıkrasına infazı ve anlaşılması mümkün şekilde geçmelidir” denilmektedir. Ancak buna karşılık taraflar arasında anlaşma olmadan yabancı para ile nafakaya hükmedilmesi usul ve yasaya aykırı sayılmıştır.¹¹²⁰

İştirak nafakası yükümlülüğü, MK.328/1 gereği çocuk ergin olana kadar devam eder. ¹¹²¹ Bunun tek istisnası 328.madde son fıkrası düzenlemesidir. Maddede

¹¹¹⁵ GENÇCAN, Ö,U. s.1216

¹¹¹⁶ Y2HD,E.1994/8909,K.1994/9851,T.20.10.1994, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

¹¹¹⁷ Y3HD,E.2012/10453,K.2012/15529,T.19.06.2012 / KIRMIZI, M.s.289

¹¹¹⁸ Y2HD.,E. 2014/9832,K. 2014/20170,T. 20.10.2014 ,Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

¹¹¹⁹ DOĞAN, İ; Türk Medeni Kanunu Düzenlemelerine Göre Tedbir, Yoksulluk, İştirak Nafakaları s.69, Y2HD.2002/403K.2002/2892; 05.03.2002

¹¹²⁰ Y2HD.E.2003/5874,K.2003/6987,T.12.05.2003,TUTUMLU, M.A ,s.1302

¹¹²¹ BULUT, H.s.86

çocuk ergin olsa dahi eğitimi devam ediyorsa ve imkanları elveriyorsa bu yükümlülük devam eder.(TMK.m.328/2)

Yargıtay bu konuda görüş değiştirmiş, ergin olunca nafakanın kesileceği fikrini terk etmiş ve ana babalık görevi devam ettiğinden çocuğa karşı görev ve yükümlülükler de boşanmadan sonra devam etmesi gerektiğinden bahisle ana babaya ergin olduktan sonra da okuyan çocuğa maddi katkı yükümlülüğü getirilmesi gerektiğini ifade etmiştir.¹¹²²

Çocuğun ergin olduğunun tespiti mahkemece yapıldıktan sonra çocuk hem anneden hem babadan birlikte yahut ayrı ayrı iştirak nafakası talep edebilir.¹¹²³ Tabi burada da baba ve annenin ayrı ayrı ekonomik ve sosyal durum araştırması yapılacak ve güçleri oranında adilce nafaka belirlenerek yükümlü kılınacaklardır.¹¹²⁴ Bununla beraber çocuk ergin olduktan sonra bakıma muhtaç ise iştirak nafakası yerine yardım nafakası isteyebilir. (TMK.m.364)¹¹²⁵

İştirak nafakası, kararın kesinleşmesi ile ödenmeye başlar ve kararda bu hususun yazılması gerekmektedir.¹¹²⁶ TMK.m.182/3 gereği, hakim ileriki yıllarda bu meblağın ne miktarda ödeneceğine talep olması halinde karar verebilir.¹¹²⁷ (TMK.m.182,176/son,365) Buradaki amaç ekonomik yönden güçsüz olan alacaklıların her yıl yeni düzenleme için mahkemeye başvuracak olmalarındaki külfeti ortadan kaldırmaktır.¹¹²⁸ Hakim re'sen talep olmaksızın meblağın ne miktarda olması gerektiği hakkında bir hüküm kurulamaz.¹¹²⁹ İlgili Yargıtay kararında iştirak nafakasının her yıl tüfe oranında artırılacağı yazılmış ise de tüfe'nin açılımı dayanak gösterilmediğinden infazda tereddüt yaratacağından karar bozulmuştur.¹¹³⁰

¹¹²² Y2HD.E.2016/447,K.2016/2843,T.17.02.2016, Y2HD.E.2013/7291K.2013/21015,16.09.2013, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

¹¹²³ BULUT, H.s.89

¹¹²⁴ Y3HD,E. 2014/2208,K. 2014/9847 T. 18.6.2014,Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

¹¹²⁵ Y2HD.E.2011/11052,K.2012/5805,T.14.03.2012, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

¹¹²⁶ TUTUMLU, M.A. s.1301

¹¹²⁷ ARABACI, GÜLİSTAN; Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Boşanmanın Çocuklar Bakımından Sonuçları Yüksek Lisans Tez Çalışması, Konya 2008, s. 86vd.

¹¹²⁸ KILIÇOĞLU, A. s.23

¹¹²⁹ TUTUMLU, M.A s.1299

¹¹³⁰ Y2HD.E.2005/11473,K.2005/13924,11.10.2005, GENÇCAN, Ö.U, s.1299

Bununla beraber, hükmün içeriğinin aynen infazı zorunludur.¹¹³¹ Bahsi geçen Yargıtay kararında, taraflar arası görülen ve karara bağlanan boşanma davası ilamında davalı babanın çocuğun okul taksidi ve öğlen yemek bedeli iştirak nafakası olarak belirlenmiş ancak değişen durumda çocuk özel okuldan alınarak devlet okuluna verilmiş ve davalı baba da mevcut durum karşısında ödenecek bir bedel kalmadığından ve borcu bulunmadığından bahisle ilama itiraz etmiştir.¹¹³²

Ancak mevcut duruma göre davalı babanın yükümlülüğünü kaldıran bir düzenleme olmadığından ve buna ilişkin bir mahkeme kararı sunulmadığından takip dayanağı ilamın aynen infazı gerekmiştir. Davalı babanın nafaka yükümlülüğü devam etmektedir.

Ayrıca, daha çok çekişmeli boşanma davalarında, her ne kadar iştirak nafakası çocuk yararına tesis edilmiş ise de uygulamada çiftler bu nafakayı kendi şahsi ihtiyaçları için kullanmakta, aşırı istek ve taleplerle nafaka yükümlüsünü ağır yükümlülüklerle maruz bırakmaktadırlar.¹¹³³

İş bu sebeple kanaatimizce, hakimin makul sınırlar çerçevesinde ve gerçekçi ölçütlerle nafakayı takdir etmesi olmalıdır. Boşanma davası sırasında gerekli ekonomik sosyal durum araştırmaları ciddiyetle yapılmalı ve tarafların mali durumları titizlikle araştırılmalarıdır. Zira burada sözkonusu olan çocuğun yaşam şartlarının sağlanmasıdır. Çocuğun üstün yararı gereği ve tarafların da mağduriyetlerine sebep olmayacak düzeyde bir nafaka takdiri sağlanmalıdır. Zira uygulamada nafakanın düşük ödenmesi için ebeveyleyler kendilerini borçlu göstermekte, gerek boşanma davası safahatinde gerekse de boşanma sonrasında nafakanın azaltılması için dava açmaktadırlar. Velayeti kendisinde bulundurmayan taraf için nafaka ödemek zamanla bir külfet olarak sayılmaktadır. Özellikle yeni evlilik yapan eşler nafaka ödemekte direnmekte ve diğer eşin yasal yollara gitmesine sebep olmaktadır. Dolayısı ile boşanma davası safahatinde ileride karşılaşılabilecek durumlar da gözetilmeli, velayeti kendisine verilmeyen eşin nafaka ödemesini garantilemek için bazı yasal önlemler alınmalı ve güvenceler getirilmelidir.

¹¹³¹ CEYLAN, EBRU; TBB Dergisi 2017; İştirak Nafakasının Belirlenmesi İle İlgili Seçilmiş Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi ,s.310 vd.

¹¹³² Y12HD.E.2017/758,K.2017/3739,T.02.02.2007,Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

¹¹³³ BULUT, H. s.87

Zira ebeveynlik ömür boyu süren bir görevdir ve şartlar değişse bile çocuğun sağlıklı gelişimi herşeyin önünde yer almalıdır.

Anlaşmalı boşanma davası kesinleştikten sonra da nafaka miktarının artırılması yahut azaltılması için dava açma hakkı mevcuttur. Değişen yaşam şartları, çocuğun yaşı, maddi imkansızlıklar, istek ve yaşam koşullarındaki değişiklik nafakanın yetmemesine sebebiyet verebilir, mevcut duruma göre hakimden yeniden nafaka belirlenmesi istenebilir.¹¹³⁴ Nafakanın artırılması davası boşanma davası sonrası çocuk 18 yaşına kadar açılabilceği gibi TMK.m.328¹¹³⁵ gereği, 18 yaşından sonra da eğitiminin devamı halinde kendisi tarafından açılacak bir dava ile istenebilecektir. Hatta anlaşmalı boşanma dadasında iştirak nafakası istenmemiş de olabilir ki bu sonradan istenmesine de engel bir durum değildir.¹¹³⁶ Nafaka borcu her an yenilenen borçlardan olup değişen şartlar dahilinde hakkaniyet gereği artırılabilir yahut azaltılabilir.¹¹³⁷ Nafaka miktarı tarafların ödeme güçleri oranında belirlenir.¹¹³⁸ Çocuk kendisine bırakılmayan taraf çalışmayacak durumdaysa ve başkaca da geliri yoksa iştirak nafakası ödemeyecektir (MK.m.182/2,c.2)¹¹³⁹ Ancak bu maddeye rağmen uygulamada hakim takdiri hakkını çocuğun menfaati yönünden kullanmaktadır, öyle ki; babanın geçici süre ile işsiz olması yahut borç altında olması halleri çocuğa nafaka ödemesini engellemeyecektir. Zira nafaka borcu sürekli bir borç, babanın borçları ise geçici hallerdir. Burada yine bakılacak olan babanın ödeme gücü değil, çocuğun mevcut yaşam standartlarının düşmemesi ve aynı standardın korunması olacaktır. Bu durum her somut olayın özelliğine göre hakim tarafından değerlendirilmektedir.

¹¹³⁴ Yargıtay 2.HD. 25.03.2002 tarihli, 3551/4244 esas ve karar sayılı hükmüne göre: hakim çocuğun yaşam koşulları, değişen ihtiyaçları, istekleri, yaşı, eğitim durumunu ana babanın mali durumundaki azalış yahut artışa göre yeniden belirleyebilir demektedir.

¹¹³⁵ TMK.m.328/2 Çocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyorsa ana baba durum ve koşullara göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde eğitimi bitinceye kadar çocuğa bakmakla mükelleftirler.

¹¹³⁶ Y3HD.E.2017/16997 K.2017/18176 sayılı kararında dava sırasında talep edilmeyen iştirak nafakasının çocuk adına talep edilebileceği hükme bağlanmıştır.

¹¹³⁷ <https://ergur.av.tr/anlasmali-bosanma-davasinda-istirak-nafakasi-istenmemis-olmasi-sonradan-istenmesine-engel-olusturmaz/>

¹¹³⁸ TMK.m.330 Nafaka, çocuğun ihtiyaçları ile ana babanın mali gücü dikkate alınarak belirlenir.

¹¹³⁹ DURAL/OĞUZMAN/OĞUZ, s.146, AKINTÜRK, s.316

SONUÇ

Türk Hukukunda Medeni Kanunumuz madde 166/3’de düzenlenen anlaşmalı boşanma kurumu, gerek İslam Hukukundan bu yana, gerekse de günümüzdeki çağdaş ülke hukuklarında kabul görmüştür. Evlilik birliğini sonlandırmak isteyen eşlerin iradeleri doğrultusunda bireylere üstünlük tanıyan bu düzenleme İslam Hukuku başlangıç olmak üzere Kara Avrupası’nda da etkili olmuş ve günümüzde de son şeklini almıştır. Özellikle İsviçre’de anlaşmalı boşanma kanun koyucunun ana tercihi olmuş ve çok tercih edilmiştir. Tarafların boşanma konusunda anlaşma yapmaları evlilik birliğinin sarsıldığına karine oluşturmuş ve kusur araştırması devre dışı bırakılmıştır. Çekişmeli boşanmaların aksine evlilik birliğinde kimin ne denli kusurlu olduğu yönünde yapılan uzun araştırmalar, anlaşmalı boşanma nezdinde önemini yitirmiş ve tarafların yeni hayatına daha yumuşak bir iniş yapmalarını sağlamıştır. Şöyle ki, taraflar arasında görülen çekişmeli boşanma davalarında ispatlanması gereken kusur araştırmaları, müşterek çocuğa ilişkin velayet çekişmeleri, maddi manevi tazminat ve nafaka hesaplamaları, tarafların boşanma ve ferileri yönünde sağlayacakları ve hakim tarafından uygun bulunan anlaşma ile ortadan kalkmış olacaktır.

Dolayısı ile tarafların ilerleyen yaşantılarında gerek birbirleri ile olan gerekse de müşterek çocukları ile olan ilişkilerini sağlıklı tutmak açısından anlaşmalı boşanma yoluna gitmek her şartta çok daha medenice olmuştur. Uygulamada sıklıkla karşılaştığımız üzere uzayan çekişmeli boşanma davalarında maddi manevi etkilenen taraflardan ziyade, müşterek çocukların yıllar yılı düzelmeyen psikolojileridir. Zira boşanmalarda eşler, taleplerini kabul ettirebilmek uğruna çocukları hedef almakta ve çocukları bir anlaşma ve pazarlık aracı olarak kullanmaktadırlar. İş bu sebeple tarafların medenice aralarında boşanma ve ferileri hususunda anlaşma sağlamaları her zaman için akılcı bir yol olmuştur. Ayrıca çekişmeli boşanma davalarından farklı olarak anlaşmalı boşanmalarda kusur araştırmasına girilmemesi, boşanma sebebinin ispatlanmak zorunda olmaması tarafların özel hayatlarının deşifre olmasını da engellemektedir ki bu da eşlerin bu süre zarfında daha az yara almaları anlamına gelmek olacağı muhakkaktır.

3444 sayılı Medeni Kanunumuzda boşanma davalarında kusur ilkesi halen geçerliliğini korumakta iken anlaşmalı boşanma yolunda anlaşma sağlanması halinde kusursuz eşin de tazminat ödemesi mümkün hale gelmektedir. Bu durum sadece tarafların anlaşmaları ile mümkün olmaktadır ki bu da anlaşmalı boşanmanın istisnai özelliğidir.

Ancak elbette ki tarafların boşanma ve ferileri konusunda anlaşmaları yeterli olmayıp devletin müdahalesi de gerekecektir. Zira Anayasamız 41.maddesi de bunu gerektirmektedir. Aile kurumu her şeyden üstündür. Hakim, tarafların anlaşmalarını inceleyecek ve anlaşmanın uygun görmediği kısımlarına müdahale edecek ve anlaşmayı tarafların da onayı ile şekillendirecektir. Eşler arasında yapılan bu anlaşma boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin taraflarca düzenlenen ve hakimin özel onayına bağlı olan bir özel hukuk sözleşmesidir. Hakim gerekli gördüğü düzenlemeyi yaparken tarafların iradelerini ön plana alacak ve varsa müşterek çocuğun yararını herşeyden üstün tutacak, çocuk konusunda anlaşma sağlanamazsa dahi re'sen düzenleme yapacaktır. Anayasamızın 41.maddesi gereği aile kurumunun kutsallığı ve korunması için devletin müdahalesine ihtiyaç duyulmuştur. Türk Hukukunda olduğu gibi, gerek İsviçre gerekse de Almanya'da da amaç çocuğun ve eşin korunması olup, bu koruma sağlanmadığı takdirde anlaşmalı boşanma kararı da verilmemektedir.

Kanunumuzda genel boşanma nedenlerinden biri olan anlaşmalı boşanmanın gerçekleşebilmesi için; evliliğin en az bir yıl sürmüş olması, tarafların birlikte başvurusu yahut bir eşin açtığı davayı diğerinin kabul etmesi, boşanmanın mali sonuçları ile çocuklar konusunda eşlerin anlaşma sağlamış olması ve hakimin de bu anlaşmayı hukuka uygun bularak onaylaması şarttır. Mahkemenin tarafların iradesi doğrultusunda verdiği karar eda hükmü taşıyacak olup, icrai niteliktedir. Zira bu karar ilamı ile tarafların hayatları şekillenecektir.

Görüldüğü ve anlatıldığı üzere, anlaşmalı boşanma bir çok yönü ile çok daha insancıl ve vicdani sonuçlar doğurmakla, bireyler arasında saygı, sevgi ve hoşgörü temelli bir hayat bakış açısı getirmektedir. Eşlere de düşen de kendilerinden başlamak üzere sağlıklı bir toplum yaratmak olmalıdır.

6) KAYNAKÇA

AKBIYIK, CEM; Boşanmaya Rağmen Boşanılan Kişi İle Birlikte Yaşamaya Devam Edilmesi Halinde Gelir Ve Aylıkların Kesilmesi Meselesi, Fasikül Hukuk Dergisi, Şubat 2019.

AKGÜNDÜZ, AHMED; İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı Özel Hukuk 1 C.2, İstanbul 2012.

AKKAN, MİNE; Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı Ve Sonuçları, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/594668>

AKKANAT, HALİL; TMK, TBK Ve İlgili Mevzuat, Filiz Kitabevi İstanbul Kasım 2019.

AKSAR, YUSUF; 3444 sayılı Kanunla Değiştirilen Medeni Kanunun 134.Maddesine göre Boşanma Türleri, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1995

AKINTÜRK, TURGUT/ ATEŞ-KARAMAN, DERYA; Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, C.II Beta Yayınevi, Ankara, Temmuz 2016.

AKİL, CENK; HMK’da Sulh ve Sulh Yoluyla Şarta Bağlı Hüküm Verilip Verilemeyeceği Meselesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C, XVI,Y 2012, Sayı 4.

AKIN, ÇAKIN; Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Sebebi İle Boşanma, Bilge Yayınevi, Eylül 2007.

AKÇA, ÇAĞATAY; Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarından Arabuluculuk Ve Uzlaştırma, Hukuk Gündemi Dergisi, Bahar 2009/10.

AKYÜZ, EMİNE; Çocuk Hukuku, Pegem Akademi, Ankara 2015.

ANIL, YAŞAR ŞAHİN; Boşanma Sebebi olarak Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, Geçimsizlik, Beta Yayınları, İstanbul, Mart 2008.

ANSAY, SABRİ ŞAKİR; Sulh, AHFD, C. 1, S. 2, s. 200- 210, Y. 1943

ARABACI, GÜLİSTAN; Boşanmanın Çocuklar Bakımından Sonuçları, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi –İnÜHFD- Cilt:9 Sayı:1 Yıl 2018.
<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/492698>

ARAS, BAHATTİN; Roma Hukukundan Günümüze Boşanma Davalarında Yargılama Usulü ve Günümüz Aile Mahkemeleri, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006.

ARSLAN, RAMAZAN; Medeni Usul hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Turhan Kitabevi, Ankara 1977.

ARPACI, ABDÜLKADİR; Gerekçeli Açıklamalı Yeni Türk Medeni Kanunu, Temel Yayınları, İstanbul 2001.

ASLAN, BEDRİ; Boşanma Yetkisi Hakkında Yapılan Tartışmalar,Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi Cilt 11sayı 55, Şubat 2018.

APAYDIN, EYLEM; Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velâyet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9 (1), 2018, s. 445-475 / <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/492698>.

ATAY, AYTEKİN; Büyükana ve Büyükbabalarla Torunlar Arasındaki Şahsi Münasebetler, AÜHFD, C.XXIII, 1958.

AYAN, SERKAN; Evlilik Birliğinin Korunması, Türkiye Barolar Birliği,2011.

AYDIN, MEHMET AKİF; Osmanlı Araştırmaları,Osmanlı Hukukunda Kazai Boşanma-Tefrik, Dergipark, Sayı 05,Cilt 05, s.5 vd, Yıl 1986.

AYDOS, OĞUZ SADIK; Eşlerin Geçmişe Etkili Mal Rejimi Sözleşmeleri Yapabilmeleri, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cevdet Yavuz’a Armağan, s.383-392, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/333508>.

BAKTIR, ÇETİNER SELMA; Velayet Hukuku, Yetkin Yayınları,2000.

BAYRAKTAR, MURATCAN; Türk ve Alman Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk Düzenlemelerine Genel Bakış, İstanbul Barosu Dergisi Sayı2015/4,Cilt 89, s.151, Temmuz Ağustos 2015.

BERKİN, NECMETTİN; Medeni Usul Rehberi,Ankara 1968.

BİLGİN, HİKMET; AngloSakson Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk Hukuk Gündemi Dergisi, Bahar 2009/10.

BİLGİN YILMAZ, ESRA PINAR; Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, Ocak 2016.

BÖRÜ, LEVENT; Kadına Karşı Şiddette Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler / <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2017-2017-1720>.

BUDAK, ALİ CEM / KARAASLAN, VAROL; Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Adalet Yayınevi,Ankara 2018.

BULUT, HARUN; Aile Hukukunda Velayet ve Nafaka Davaları, Beta Yayınevi, Haziran,2007.

BULUT, HARUN; Aile Hukukunda Boşanma Davaları ve Yabancı Unsurlu Davalar, Beta Yayınları, İstanbul 2016.

CANATAN KADİR/ YILDIRIM ERGUN; Aile Sosyolojisi, İstanbul: Açılım Kitap, 2012 / <http://acikerisim.ticaret.edu.tr>

CANSEL, EROL; Boşanmanın Dayandığı Hukuki Esaslar, Ankara Hukuk Fakültesi 50.Yıl Armağanı, c.2 Boşanma Hukuku Haftası, Ankara 1977.

CEYLAN, EBRU; İştirak Nafakasının Belirlenmesi İle İlgili Seçilmiş Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, TBB Dergisi 2017.

CİN, HALİL; Eski Hukukumuzda Boşanma, 2.Baskı, Selçuk Üniversitesi Yayını, Konya 1988.

COBB, SARA; “The Domestication of Violence in Mediation”, Law and Society Review 1997, N. 3, Vol.31, Mediation Booklet, s. 397-440.

ÇAKIR, SABRİ ; Türkiye’de Evli Kadınlar Ekseninde Evlilik/Aile Algısı Ve Boşanma Olgusu, İstanbul Barosu Yayınları, <http://hfsa-sempozyum.com/wp-content/uploads/2019/01/HFSA26-C%CC%A7ak%C4%B1r.pdf> ; s.75-98,Yıl 2019.

ÇELİK, BERNA ÖZCAN; Genel Boşanma Sebebi Olarak Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, Yüksek Lisans Tezi Ankara 2015.

DALAMANLI, LÜTFİ ; Aktin Feshi ve İptali Davaları, s.83, Ankara 1971.

DOĞAN, İZZET; Türk Medeni Kanunu Düzenlemelerine Göre Tedbir, Yoksulluk, İştirak Nafakaları / <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/411002>

EGGER, AUGUST / ÇAĞA, TAHİR; Aile Hukuku, Birinci Kısım: Evlenme Hukuku, Kenan Matbaası, İstanbul 1943.

EKMEKÇİ, ÖMER / ÖZEKES MUHAMMET / ATALI, MURAT; Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Onikilevha Yayınevi, Kasım 2019.

EREN, FİKRET; Borçlar Genel Hükümler, İliyet Bağı, Ankara, Yetkin Yayınevi 2012.

ERDEM, SABRİ; Aile Hukuku, Evlenme, Boşanma, Nafaka, İstanbul Matbaacılık, 1966.

ERDOĞAN, SUAT; İslam Hukukunda Kadının Boşanma Hakkı, Grafiker Yayınları 2018.

ERGÜN, ZAFER; Boşanma Davaları, Adil Yayınevi, Ankara 2001.

ERLÜLE, FULYA; Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, C.16, s.217-246, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1275>

EROĞLU, SELAHATTİN; Talak Hakkında Kuran-ı Kerim’in Genel Tutumu,

ESENER, TURHAN; Boşanmanın Feri Neticelerine Dair Mukaveleler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8 (3), 1951, s. 610-628.Yıl 1951.

FEYZİOĞLU, FEYZİ NECMEDDİN; Aile Hukuku, 3.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1986.

FEYZİOĞLU, N. FEYZİ /ÖZAKMAN CUMHUR/ SARIAL ENİS; Aile Hukuku, 3.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1986.

GENÇCAN, ÖMER UĞUR; Boşanma, Tazminat Ve Nafaka Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2010.

GİRGİN,YASİN; Mal Rejimi Sözleşmesi / <https://www.yasingirgin.av.tr/mal-rejimi-sozlesmesi>

GÖNENÇ, FULYA İLÇİN; Roma Hukukunda Boşanma Atatürk Üniversitesi EHFD, Cilt VII,Sayı 1-2, s.646, 2003.

GÜLER, ZEYNEP; Türk Hukukunda Kadının Soyadına İlişkin Gelişmeler Çerçevesinde Çocuğun Soyadı, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel HukukYüksek Lisans Tezi, İstanbul 2017.

GÜNAY, BUKET; Boşanmada Maddi Ve Manevi Tazminat, Seçkin Hukuk, Ankara, Mayıs 2019.

GÜNAY, MERYEM ; Roma Hukukundan Günümüze Muvazaa Kavramı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, s.45, Ankara 2007.

GÜNEŞLIOĞLU, FİLİZ; Boşanma ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009.

GÜRSOY, KEMAL; Boşanma Hukukunun Tarihî Gelişimine Bir Bakış ve Boşanma Sebeplerinde En Yeni Gelişmeler, Ankara Hukuk Fakültesi 50.Yıl Armağanı Cilt2, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara 1977.

HATEMİ, HÜSEYİN; Aile Hukuku, 7.Bası, Oniki Levha Yayınevi, Ocak 2019.

HATEMİ, HÜSEYİN/ KALKAN OĞUZTÜRK, BURCU; Aile Hukuku, Vedat Kitabevi 2016.

İL, SUNAY; Aile Arabuluculuğu,Toplum Ve Sosyal Hizmet Dergisi, Cilt 20, Sayı 1, s-23-31, Nisan 2009 / <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/798165>

İLKNUR, SERDAR; Birlikte velayet, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:10, Sayı 1, 2008, s.155-197
<http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/dergimiz10-1/5ilknurserdar.pdf>

İMRE, ZAHİT; Miras Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2018.

İNAL, NİHAT; Uygulamada Boşanma Davaları, Yetkin Yayınları, Ankara 1992.

İNAN, ALİ NAİM; Özel (Medeni) Hukuk Bakımından Ana-Baba İle Çocuk İlişkileri Ve Çocukların Ana-Babaya Karşı Korunması, Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu'na Armağan, s. 17-37, Ankara, 1995.

İPEK, ALİ İHSAN; Türk Hukukunda Genel Boşanma Sebepleri, Ankara 2008.

KARAPIÇAK, RUKİYE; Tefviz-İ Talak, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Ana Bilim Dalı İslam Hukuku Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Konya 2006.

KARAYALÇIN, YAŞAR; Muvazaa (Danışık) Hileli Anlaşma-Miras Bırakanın Muvazaası, Prof. Dr.Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul 1999.

KARTAL, ÜMİT; Boşanma Yargılamasında Taraflarca Hazırlama İlkesi, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı 95, Temmuz 2014.

KAVAL, MUSA; İlahi Dinlerde Kadının Kıymet Problemi, Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler E-Dergisi, Akademik Bakış Dergisi, sayı 55, Mayıs-Haziran 2016 .

KEKEÇ, ELİF KİSMET; Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Adalet Yayınevi, Mart 2016.

KOÇHİSARLIOĞLU, CENGİZ; Boşanmada Birlikte Velayet, Turhan Kitabevi, Kasım 2004.

KÖPRÜLÜ BÜLENT /KANETİ, SELİM; Aile Hukuku, Filiz Kitabevi 1989.

KIRAL, ERSİN; Avrupa Birliği Ülkelerinin Boşanma Oranı Analizi, Uluslararası Ekonomi ve Yenilik Dergisi 4 (1)2018, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/451811>

KILIÇOĞLU, AHMET; Medeni Hukukumuzun Aile, Miras, Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Turhan Yayınevi, Ankara 2003.

KIRMIZI, ALİ; İstanbul Kültür Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, Mayıs 2009.

KIRMIZI, MUSTAFA; Boşanma Davaları, Bilge Yayınevi, Ankara 2018.

KİREMİTÇİ, MÜGE; Boşanma Sürecinde Müşterek Velayet ve Toplumsal Bakış Açısı, Legal Yayınları, İstanbul 2015.

KÖSEOĞLU, BİLAL / KOCAAĞA, KÖKSAL; Aile Hukuku Ve Uygulaması, Etkin Basım Yayın Akademik Kültür Kitaplar, Nisan 2011.

KURU, BAKİ; Hukuk Muhakameleri Usulu 6.Baskı, C.II, İstanbul 2001.

KURT, MÜJDE; Boşanma Durumunda Birlikte Velayet, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi –İnÜHFD- Cilt:9 Sayı:2 Yıl 2018, <http://dergipark.gov.tr/inuhfd/issue/38129/456782>.

LALE, İSMAİL / LALE, ÖMER; Evlilikte Hukuksal İlişkiler, Adalet Yayınları, Ankara 2009.

MAYDAER SAADET; Klasik Dönem Osmanlı Toplumunda Boşanma, Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi cilt 16 sayı 1, 2007.

MAYDAER SAADET/ KARAMAN, HAYREDDİN; Mukayeseli İslam Hukuku, c. I, Uludağ Üniversitesi İlâhiyat Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 1, s. 299-320, 2007.

MUŞUL, TİMUÇİN; 6100 sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Medeni Usul Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.

OĞUZMAN, KEMAL/ ÖZ TURGUT; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, 2016.

OF, EMİNE SERİN; Boşanmanın Mali Sonuçları, <http://www.selcuk.edu.tr/dosyalar/files/334/bo%C5%9Fanman%C4%B1n%20mali%20sonu%C3%A7lar%C4%B1.pdf>, Konya 2008.

OĞUZOĞLU CAHİT; Medeni Hukuk 2 Aile Hukuku, Ankara 1958.

OY, OSMAN; Boşanma, Beta Yayınları, İstanbul, Ağustos 2008.

ÖNCÜ, ÖZGE; Eşlerin “Anlaşmalı Boşanma” Çerçevesinde Mal Rejiminin Tasfiyesine Yönelik Olarak Yaptıkları Anlaşmalar Ve Bu Anlaşmaların Uygulamada

Doğurduğu Sorunlar, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, s. 793-835, Özel Sayı-2017.

ÖNEN, ERGUN; Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972.

ÖZ, SEÇER; Anlaşmalı Boşanmada Eşlerin Yaptıkları Anlaşma, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:7 Sayı:2 Yıl 2016, www.dergipark.gov.tr/download/article-file/275168

ÖZBAY, İBRAHİM; Eşler arasında cebri icra yasağı, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2000,Cilt 8, Sayı 1-2 (Milenyum Armağanı), s.87-119 <https://dergipark.org.tr/download/article-file/262127>

ÖZBEK, MUSTAFA SERDAR; Avrupa'da Arabuluculuğun İlkeleri Ve Aydınlanması, Prof.Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006.

ÖZBEK, MUSTAFA SERDAR; Dünya çapındaki adalete ulaşma hareketiyle ortaya çıkan gelişmeler ve alternatif uyuşmazlık çözümü, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2 Cilt 51, s.121-162, Ankara 2002.

ÖZBEK, MUSTAFA SERDAR; Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 3. Baskı, Ankara 2013.

ÖZDEMİR, NEVZAT; Türk İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, Beta Yayınevi, İstanbul 2003.

ÖZDEMİR, SAİBE OKTAY; İsviçre'de Yasal Değişiklikler ve Mahkeme İçtihatları Işığında Evlenme Ve Boşanma Hukukunda Gelişmeler, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, s.33-51, İstanbul 1996.

ÖZKAN, HASAN; Boşanma Ve Tazminat Hukuku, Çağlayan Yayınevi, İstanbul 1988.

ÖZUĞUR, ALİ İHSAN; Boşanma, Ayrılık Ve Evlenmenin İptali Davaları, Adalet Yayınevi,3.Bası, Ankara 2008.

ÖZTAN, BİLGE; Aile Hukuku, Turhan Kitabevi,6.Bası, Ankara 2015.

ÖZTAN, BİLGE; Aile Hukuku, Sevinç Matbaası, Ankara 1979.

PAÇACI İBRAHİM; Sosyal Hayattaki Değişim Sürecinde İslam Aile Hukuku, İslam Hukuku Araştırma Dergisi sy.11, 2008, s.59-92, 2008.

PARKINSON, LİSA; Family Mediation, Ocak 2018, s.X-XI
<http://www.adb.adalet.gov.tr/ekitap/ailearabuluculugu.pdf>

<https://www.mediate.com/author/Lisa-Parkinson/657>

PEKCANİTEZ, HAKAN / ATALAY, OĞUZ / ÖZKAN, M.S / ÖZEKES, MUHAMMET ; Medeni Usul Hukuku, Oniki Levha Yayınevi 13.Bası, Ekim 2019

POLAT, OĞUZ / GÜLDOĞAN, EVİN; Uzman Görüşünün Boşanma Davalarında Velayetin Saptanmasındaki Önemi, Türkiye barolar Birliği Dergisi, 2015 (118), s.243-254 / <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2015-118-1479>

POSTACIOĞLU, İLHAN; Medeni Usul Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.

SANA, MURAT; Aile Uyuşmazlıklarının Çözümünde Arabuluculuk, <http://www.arabulucu.com/bosanma-aile-arabuluculugu/aile-arabuluculugu>, 05.05.2009.

SAYMEN, FERİT / ELBİR HALİT; Aile Hukuku Cilt3, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1957.

SCHWARZ, ANDREAS /BÜLENT DAVRAN; Aile Hukuku 1, 2.Bası İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1946.

SEROZAN, RONA; Çocuk Hukuku, İstanbul 2005.

SEROZAN, RONA; Medeni Kanun ve borçlar Kanunu Değişikliklerinin Özellikle Yabancı Para Borçlarına Ve Bunların Teminat Altına Alınmalarına İlişkin Değişikliklerin Eleştirilmesi, İstanbul Barosu Dergisi, C.65, S.1-2-3, 2018.

SÖZER, ALİ NAZIM; Kanunların Önceye Etki Yasağı, <https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/9-Ali-Naz%C4%B1m-S%C3%96ZER.pdf>

ŞAHİN, EBRU; <http://www.artemishukuk.com/makaleler/eslerin-aralarindaki-borclari-duzenleyen-kanunlar/>

ŞAHİN, HASAN GÜNGÖR; Arabuluculuk, Mentis Yayıncılık, 2008.

ŞANLI, YALIN ŞEYDA; Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, Yüksek Lisans Tezi, Aydın Üniversitesi 2017.

ŞIPKA, ŞÜKRAN / ÖZDOĞAN, AYÇA; Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları, Oniki Levha Yayınevi 2.Bası, İstanbul Aralık 2017.

TAHİROĞLU, BÜLENT / ERDOĞMUŞ, BELGİN; Roma Hukuku Meseleleri, İstanbul 2001.

TANDOĞAN, HALUK; Aile Hukuku Ders Notları, s.2, Ankara 1965.

TANRIVER, SÜHA; Alternatif Çözüm Yolları, Arabuluculuk Kurumuna Hukuki Ve Sosyolojik Bakış, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, 2006.

TANRIVER, SÜHA; İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Yetkin Yayınları 1996.

TEKİN, NEVAL HELİN; Anlaşmalı Boşanma, Seçkin Hukuk, Ankara, Ocak 2019.

TEKİN, NEVAL HELİN; Şener Esat Medeni kanunun Boşanma Bölümünde Yapılan Değişiklikler, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, 1991.

TEKİNAY, SELAHATTİN SULHİ; Türk Aile Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1971.

TEKİNAY, SELAHATTİN SULHİ; Türk Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990.

TERAZİ AYLık HUKUK DERGİSİ, Seçkin Yayınevi, Sayı 1, Eylül 2006.

TUĞSAVUL, TAŞPOLAT MELİS; Türk Hukukunda Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Aralık 2012.

TUTUMLU, MEHMET AKİF; Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku, C.II, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005.

TÜRCAN, TALİP; Talak-Bayin ve Fesih, İslam Hukukunda İki Farklı Geçerlilik Alanı: Kazâî ve Diyânî Hüküm Ayırımı, I.İslâmî İlimlerde Terminoloji Sempozyumu, Ankara 2006.

VATANSEVER, MÜGE; Eski Türk Hukukunda Boşanma ve Günümüz Hukuku ile Karşılaştırılması, Dokuz Eylül Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2011.

VELİDEDEOĞLU, HIFZI VELDET; Ailenin Çilesi, Boşanma, Çağdaş Yayınları, İstanbul Şubat 1976.

VELİDEDEOĞLU, HIFZI VELDET; Türk Medeni Hukuku 2 cilt, Aile Hukuku, İstanbul 1965.

ULUSAN, BANU; Sulh Sözleşmeleri, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erhan ADAL'a Armağan, s. 975-992, Özel Sayı: 2011/2-2012/2.

ULUSAN, İLHAN; Maddi Hukuk Ve Usul Hukuku Bakımından Sulh Sözleşmesi. İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2011 <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iumhad/issue/1277/14997>

UYAR, TALİH; İlama Aykırı Yapılan İcra Takiplerinin İptali, Ankara Barosu Dergisi, s.481, 2014/2.

UYUMAZ,ALPER; Tüketici Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.20, S.1,s.103-132, 2012 / <https://dergipark.org.tr/tr/pub/suhfd/issue/26649/281235>

UZUN,ALPER; Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve Hukuki Niteliği,Aralık 2017 <http://www.erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi/arabuluculuk-anlasma-belgesi-ve-hukuki-niteligi/>

UZUN BİRİNCİ, TUĞBA; Türk Medenî Kanunu'na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli, Hacettepe HFD, 6(1) 2016, s.135–166 <http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr/dergi/C6S1makale6.pdf>

ÜNVER, SERDAR; Yunan Tragedyalarında Athena ve Adaletin Dönüşümü Hukuk Kuramı, C.1, s.5, Eylül –Ekim 2014 https://www.hukukkurami.net/editor/Sayi_5/05_01_unver.pdf

ÜSTÜNDAĞ, SAİM; Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2000.

YALÇINKAYA, NAMIK / KALELİ, ŞAKİR; Boşanma Hukuku Cilt 1Tük Hava Kurumu Basımevi, Ankara,1988.

YALIN, ŞEYDA; Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, İstanbul Aydın Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2017.

YARGI, MEHMET ALİ; Bedel Karşılığı Boşanma ve Muhala'a Uygulamaları, M.Ü İlahiyat Fakültesi Dergisi, 42 (2012/1), s.141-172

YARGI DÜNYASI, Aylık İçtihat, Mevzuat ve Bilimsel İncelemeler Dergisi, Sayı 104, Ağustos 2004.

YAZMAN, İRFAN; Kesin Hüküm Tesiri ve Sınırlar, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 3 Cilt 25 s.1301-308, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/333/3378.pdf>

YETİK, NURTEN; Boşanma, Anlaşmalı Boşanma ve Mal Rejimleri, Bilge Yayınevi, Ankara 2005.

ZEHİR, İLKNUR, PINAR; Boşanmanın Yan Sonuç Sözleşmeleri, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul Mayıs 2017.

ZEVKLİLER, AYDIN /ACABEY, BARIŞ / GÖKYAYLA, EMRE; Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku,5.Bası, Savaş Yayınları, Ankara, Ekim 1995.

ZEVKLİLER, AYDIN / ERTAŞ, ŞEREF / HAVUTÇU AYŞE / GÜRPINAR DAMLA, Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), 9. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.

İnternet Kaynakları

Kazancı İctihat Bilgi Bankası

<http://www.bosanma.org.tr/kocanin-soyadini-kullanma-iznini-kaldirma-davasi/>

<https://barandogan.av.tr/blog/medeni-hukuk/velayet-davasi-velayet-in-degistirilmesi-veya-kaldirilmesi.html>

<http://www.artemishukuk.com/makaleler/eslerin-aralarindaki-borclari-duzenleyen-kanunlar/>

<https://www.sabah.com.tr/ekonomi/2019/05/24/suresiz-nafaka-kalkiyor-mu-adalet-bakani-abdulhamit-gulden-son-dakika-suresiz-nafaka-aciklamasi>

www.iha.com.tr/haber-fransada-bosanmalari-artik-noter-yapacak-621674

<http://www.hurriyet.com.tr/gundem/fransa-bunu-tartisiyor-bosanmak-icin-hakim-sart-mi-8151863>

<http://www.metinozderin.av.tr/bosanma-protokolunde-mal-talebi-olmayan-mal-rejiminin-tasfiyesini-de-talep-edemez/>

<https://kulacoglu.av.tr/bosanmada-ortak-velayet/>

<http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/dergimiz10-1/5ilknurserdar.pdf>

<https://cocukmeclisi.ibb.istanbul/cocuk-haklari-sozlesmesi>

<https://www.ntv.com.tr/turkiye/velayet-davalarinda-artik-8-yasindan-buyuk-cocugada-fikri-sorulacak,tqBxwspLjEySqAA30H0Lhg>

https://www.unicef.org/turkey/crc/_cr23c.html

<https://www.yasingirgin.av.tr/cocuk-velayeti-nasil-alinir/>

<https://www.61saat.com/gundem/ortak-velayet-konusunda-bilinmesi-gerekenler-h428863.html>

<https://www.youtube.com/watch?v=si1w6XyVjjY> ‘‘Boşanma Davasında Ortak Velayet Mümkin Müdür’’ isimli video.

<https://multeciler.org.tr/evlilik-yoluyla-turk-vatandasi-olma-sartlari>

<https://www.ozdogruhukuk.com/yayinlar/bosanmada-maddi-ve-manevi-tazminat.html>

<https://www.hukukihaber.net/makale/anlasmali-bosanma-davasi-sonrasi-tazminat-ve-nafaka-talep-edilebilir-h377152.html>

<https://www.emreulusoy.av.tr/anlasmali-bosanma-davasinda-tazminat>

<https://www.pinarileri.com/single-post/anlasmali-bosanma-davasi-anlasmali-bosanma-protokolu-bosanma-tazminat-nafaka-velayet-bosanma>

<https://ailetoplum.aile.gov.tr/uploads/pages/arastirmalar/taya2011.pdf>.

<http://tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=21869>

<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2018-136-1776> / GAYRETLİ,AYDIN,SEDA; Kadın ve Kanuni Bekleme Süresi.

<https://dergipark.org.tr/en/pub/auifd/issue/40695/490254> / EROĞLU,SELAHADDİN Talak Hakkında Kuran-ı Kerim’in Genel Tutumu.