



BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ

HUKUK FAKÜLTESİ

kazancı

HAKEMLİ HUKUK DERGİSİ
SAYI: 63 - 64

Çek kanunu kapsamındaki çek

- İsviçre ve Türk Hukuklarında anlaşmalı boşanma ve fiili ayrılık sebebiyle boşanma
- Telefon aboneliği sözleşmelerinde genel işlem koşulları ve tüketicinin korunması
- Türk Vergi Hukukunda uzlaşmaya gidebilme şartları
- Anonim şirketlerde tüzel kişilik perdesinin aralanması
- Kamu idarelerinde mevzuata aykırı mali işlemler ve önlenmesi üzerine bir değerlendirme
- Kamu Borçlanma Sözleşmelerinin Hukuksal Niteliği Üzerine Notlar
- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hukukunda ulusal güvenlik ve ifade özgürlüğü
- Avrupa Birliği entegrasyon sürecinde bir anayasal direniş örneği olarak İspanya
- Üniversiter eğitimde sosyal sorumluluk anlayışının rolü
- Bir ceza türü olarak kastrasyon
- Hukuk ve medya etiği
- İflasın ertelenmesinde şüpheli alacaklar ve bu alacakların bilançoda gösterilmesi üzerine düşünceler
- Kooperatiflerde ortaklık koşullarının araştırılmaması ve bunun cezai müeyyidesi

ISSN 1304-7973





kazancı
hakemli hukuk dergisi

İMTİYAZ SAHİBİ
Melih Kazancı
melihkazanci@kazancidergisi.com

EDİTÖR
Prof. Dr. Tamer İnal
tinal@kazancidergisi.com

YAYIN YÖNETMENİ
Doç. Dr. G. Kürşat Yerlikaya
yerlikaya@kazancidergisi.com

SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ
Hüseyin Eroğlu
heroglu@kazancidergisi.com

SATIŞ DİREKTÖRÜ
Tolga Kazancı

KAPAK TASARIM
Oluşur Grafik

DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Aziz Can Tuncay
Prof. Dr. Feridun Yenisey
Prof. Dr. Süheyl Batum
Prof. Dr. Ayşe Nuhoğlu
Prof. Dr. Turhan Esener
Prof. Dr. Tankut Centel
Prof. Dr. Ömer Faruk Batirel
Prof. Dr. Ali Naim İnan
Prof. Dr. Selçuk Öztekin
Prof. Dr. Haluk Kabadiloğlu
Prof. Dr. Atilla Altop
Prof. Dr. Tayfun Akgüner
Prof. Dr. Hamdi Yasaman
Prof. Dr. Alptekin Günel.
Prof. Dr. H. Yavuz Alangoya
Prof. Dr. Hüseyin Hatemi
Prof. Dr. Tamer İnal
Prof. Dr. Uğur Eser
Prof. Dr. İlhan Ulusan
Prof. Dr. Turgut Öz
Prof. Dr. Nihat Edizdoğan
Prof. Dr. Kudret Güven
Prof. Dr. Nihal Saban
Prof. Dr. Mehmet Arslan
Prof. Dr. Metin Gürkanlar
Prof. Dr. M. Emin Artuk
Prof. Dr. Nurettin Bilici

YAYIN KURULU

Prof. Dr. A. Can Tuncay
Prof. Dr. Feridun Yenisey
Prof. Dr. Süheyl Batum
Prof. Dr. Ayşe Nuhoğlu
Prof. Dr. Metin Gürkanlar
Prof. Dr. M. Emin Artuk
Prof. Dr. Nurettin Bilici
Prof. Dr. Atilla Dicle
Prof. Dr. Turhan Esener
Prof. Dr. Tankut Centel
Prof. Dr. Ali Naim İnan
Prof. Dr. Selçuk Öztekin
Prof. Dr. Hüseyin Hatemi
Prof. Dr. Tamer İnal
Prof. Dr. Atilla Altop
Prof. Dr. Erdener Yurtcan
Prof. Dr. Nur Centel
Prof. Dr. H. Yavuz Alangoya
Prof. Dr. Kudret Güven
Prof. Dr. Levent Köker
Prof. Dr. Esra Ekmekçi
Prof. Dr. Nihal Saban
Prof. Dr. İlhan Ulusan
Prof. Dr. Turgut Öz
Prof. Dr. Metin Gürkanlar
Prof. Dr. Durmuş Tezcan
Prof. Dr. Bahri Öztürk

Prof. Dr. Şanal Görgün
Prof. Dr. Nihat Edizdoğan
Prof. Dr. Mehmet Arslan
Prof. Dr. Şanal Görgün
Doç. Dr. Mehmet Emin Bilge
Doç. Dr. Murat Alışkan
Doç. Dr. Mahmut Koca
Doç. Dr. Murat Doğan
Doç. Dr. Yavuz Kaplan
Doç. Dr. Fatih Bilgili
Doç. Dr. Serap Palaz
Doç. Dr. Cem Baygın
Doç. Dr. Sururi Aktaş
Doç. Dr. Aynur Aydın Coşkun
Doç. Dr. Yusuf Güneş
Doç. Dr. Tekin Memiş
Doç. Dr. G. Kürşat Yerlikaya
Doç. Dr. Murat Şen
Yrd. Doç. Dr. İsa Döner
Yrd. Doç. Dr. M. İlker Çolak
Yrd. Doç. Dr. Yusuf Büyükkay
Yrd. Doç. Dr. Birgül Sopaçı
Yrd. Doç. Dr. İbrahim Durhan
Yrd. Doç. Dr. Oğuz Caner
Yrd. Doç. Dr. Ahmet Cemal Ruhi

İncirli Yolu Yakup Bey Apt. 3/8 Osmaniye / Bakırköy – İSTANBUL

Tel: (212) 570 62 65 – Fax: (212) 570 62 93

Web: www.kazancidergisi.com E-posta: kazanci@kazancidergisi.com

Yrd. Doç. Dr. Hayreddin Eren
Yrd. Doç. Dr. Şafak Narbay
Yrd. Doç. Dr. Sebahattin Yürekli
Yrd. Doç. Dr. Ramazan Çağlayan
Yrd. Doç. Dr. Veli Karagöz
Yrd. Doç. Dr. Tefvik Gülsoy
Yrd. Doç. Dr. Şaban Kayıhan
Yrd. Doç. Dr. Alpaslan Akartepe
Yrd. Doç. Dr. Ayhan Döner
Yrd. Doç. Dr. B. Caner Hacıoğlu
Yrd. Doç. Dr. Mehmet Emin Ruhi
Yrd. Doç. Dr. Hakan Birsenoğlu
Yrd. Doç. Dr. Mustafa Yılmaz
Yrd. Doç. Dr. Ayhan Ceylan
Yrd. Doç. Dr. Mehmet Arı
Arş. Gör. Abdurrahman Saygılı
Dr. Özcan Günergök
Dr. Muzaffer Koç
Dr. Yusuf Yaşar
Dr. Bayram Keskin
Av. Talih Uyar

HAKEM KURULU

Prof. Dr. Metin Gürkanlar
Prof. Dr. Turhan Esener
Prof. Dr. Tankut Centel
Prof. Dr. M. Emin Artuk
Prof. Dr. Selçuk Öztekin
Prof. Dr. Haluk Kabacalıoğlu

Prof. Dr. Tayfun Akgüner
Prof. Dr. Hüseyin Hatemi
Prof. Dr. Tamer İnal
Prof. Dr. Ömer Faruk Batirel
Prof. Dr. Fehmi Ülgener
Prof. Dr. Alptekin Günel
Prof. Dr. Uğur Eser
Prof. Dr. Erhan Oktay
Prof. Dr. Cüdi Tuncer Gürsoy
Prof. Dr. Erdener Yurtcan
Prof. Dr. Hamdi Yaşaman
Prof. Dr. Doğan Altiner
Prof. Dr. H. Yavuz Alangoya
Prof. Dr. Kudret Güven
Prof. Dr. A. Can Tuncay
Prof. Dr. Nur Centel
Prof. Dr. Esra Ekmekçi
Prof. Dr. Nihat Edizdoğan
Prof. Dr. Billur Yalıtı
Prof. Dr. Nihal Saban
Prof. Dr. Ahmet Nezih Kök
Prof. Dr. İlhan Ulusan
Prof. Dr. Turgut Öz
Prof. Dr. Feridun Yenisey
Prof. Dr. Durmuş Tezcan
Prof. Dr. Bahri Öztürk
Prof. Dr. Şanal Görgün
Prof. Dr. Süheyl Batum
Prof. Dr. Ayşe Nuhoğlu

Prof. Dr. H. Hüseyin Bayraklı
Prof. Dr. Nurettin Bilici
Prof. Dr. Kenan Bulutoğlu
Prof. Dr. Mehmet Arslan
Prof. Dr. Aziz Can Tuncay
Prof. Dr. Osman Kaşıkçı
Doç. Dr. İlhan Helvacı
Doç. Dr. M. Dikmen Caniklioğlu
Doç. Dr. Ahmet Burçin Yereli
Doç. Dr. Mahmut Koca
Doç. Dr. Mustafa Fadıl Yıldırım
Doç. Dr. Nihat Bulut
Doç. Dr. Şükran Ertürk
Doç. Dr. Demet Özdamar
Doç. Dr. Ekrem Buğra Ekinici
Doç. Dr. Tekin Memiş
Doç. Dr. Seyithan Deliduman
Doç. Dr. Yücel Oğurlu
Doç. Dr. Fatih Uşan
Doç. Dr. Murat Doğan
Doç. Dr. Yavuz Kaplan
Doç. Dr. Aynur Aydın Coşkun
Doç. Dr. Yusuf Güneş
Doç. Dr. Murat Alışkan
Doç. Dr. G. Kürşat Yerlikaya
Doç. Dr. Murat Şen

MAKALE YAYINLAMA KOŞULLARI

1. Bu dergi, akademik düşüncelerle çıkarılan bir dergidir.
2. Dergide yayınlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlarını bağlar.
3. Yayınlanması için gönderilen yazıların akademik yazım kurallarına uyularak yazılmış olması gerekir. Referanslar sayfa altına otomatik dipnotla yapılmalıdır. Yazılar Word Programında ve Arial fontunda 12 punto yazı büyüklüğünde yazılmalıdır.
4. Makalelerin başında 150 kelimelik özet yazılmalıdır.
5. Özeti altında kavram dizininde kullanılmak üzere belirlenmiş ve koyu renk ile yazılmış anahtar kelimeler gösterilmelidir.
6. Makaleler e-posta yolu ile bilim dalı editörüne gönderilmelidir.
7. Gönderilen yazılar daha önce yayınlanmamış olmalıdır.
8. Konusu suç teşkil eden yazılar yayınlanmaz.
9. Dergide yayınlanan yazılar kaynak gösterilmek şartı ile ıktibas edilebilir.

© Kazancı Hakemli Hukuk Dergisinin her hakkı 5847 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na göre Kazancı Kitap Ticaret A.Ş.'ne aittir. Gerçek ve tüzelkişiler tarafından kısmen dahi olsa çoğaltılamaz ve yayınlanamaz. Dergide yayınlanan yazılardan alıntı yapılması ancak izin ve kaynak gösterilmesi koşuluyla mümkündür. Yazılarda yer alan görüşler, yazarların kişisel görüşleridir.

ISSN 1304-7949



Editör'den not

Dergimizin, önde gelen amaçlardan biri de, hukuk alanındaki son gelişmelerin ve güncel hukukî sorunların, makaleler kapsamında gereği gibi araştırılmasını teminen; inceleme konusu yapmak ve okurlarımıza, mevcut veya olması gereken hukuk uygulamalarını, objektif ve bilimsel görüşler ışığında aktarabilmek ve birçoğu için, makale boyutundan çıkarılıp, özgün eserlere dönüşebilmesi yönünde, yeni ufuklara da olanak sağlamaktan ibarettir.

2009 yılının son sayısında da diğer sayılarımızda olduğu gibi hem akademik hem de uygulama ağırlıklı yazılar bulunmakta.

Doç. Dr. Murat ALIŞKAN, çalışmasında, 4814 sayılı Kanun m. 2 ile değişik Çek Kanunu m. 3'teki düzenlemenin niteliği, hüküm ve sonuçlarını incelemiştir.

Öz SEÇER, çalışmasının konusunu Türk ve İsviçre Hukuklarında anlaşmalı boşanma ve ortak hayatın kurulamaması veya fiili ayrılığa dayanan boşanma oluşturmuştur.

Dr. Bilgehan ÇETİNER, güncel bir konu olan, telefon aboneliği sözleşmelerinde genel işlem koşulları ve tüketicinin korunması üzerine detaylı bir çalışma hazırlamıştır.

Dr. Adil NAS, Türk Vergi Hukukunda uzlaşmaya gidebilme şartları üzerine hazırladığı çalışmasını sunmuştur.

Avukat Doğan KÜTÜKÇÜ, anonim şirketlerde tüzel kişilik perdesinin aralanması üzerine çalışma yapmıştır.

Dr. Tolga DEMİRBAŞ, makalesinde, Türkiye'de sayıları binlerle ifade edilen kamu idarelerinin mali işlem hatalarını genel olarak inceleyerek çağdaş mali yönetim ilkeleriyle donatılan 5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununu değerlendirmekte ve mevzuata aykırı mali işlem sayısını azaltmaya yönelik bazı öneriler getirmeye çalışmaktadır.

Dr. Sedat ÇAL, çalışmasında, öğretilerdeki mevcut algılamanın neden temelsiz olduğuna ve doğru bir algılamanın hangi esaslar çerçevesinde kurgulanabileceğine yönelik irdelemelere gitmiştir.

Yrd. Doç. Dr. Sabahattin NAL, çalışmasında AİHS çerçevesinde ulusal güvenlik, ifade özgürlüğü ilişkisi, Komisyon ve Mahkeme kararlarını ele alınarak, incelenmiştir.

Serkan KÖYBAŞI, İspanya'nın Avrupa Birliği entegrasyon sürecinde anayasal direnişini örnek olarak incelemiştir.

Doç. Dr. Melis OKTUĞ, makalesinde, Üniversiter eğitimde sosyal sorumluluk anlayışının rolünü anlatmıştır.

Dr. Ömer ÖMEROĞLU, Amerika Birleşik Devletlerinde ve Avrupa'nın birçok ülkesinde kastrasyonun bir ceza türü olarak uygulandığını, ülkemizde de artan cinsel suçlarla mücadele de kimyasal kastrasyon yönteminin bir ceza olarak uygulanmasının yararlı olacağını anlatmıştır.

Prof. Dr. Tamer İNAL, makalesinde, Avrupa Hukuk sistemlerinde olduğu gibi, Türk Hukuk sisteminde de, hâkimin, özel hayatın gizliliği ilkesi ile, kişinin habere olan ihtiyacının dayandığı hakkın birbirine engel teşkil etmemesini sağlamak maksadıyla, dengeyi sağlaması ve dengeyi sağlamak yönünde, en meşru olan menfaate üstünlük vermesi gerekliliğini anlatmıştır.

Prof. Dr. Seyithan DELİDUMAN, iflasın ertelenmesinde şüpheli alacaklar ve bu alacakların bilançoda gösterilmesi üzerine düşüncelerini aktarmıştır.

Soner ALTAŞ, çalışmasının konusunu, kooperatif ortaklarının ortaklık koşullarına sahip olup olmadıklarının araştırılması ve buna aykırı davranan yönetim kurulu üyelerine ceza verilmesi oluşturmuştur.

Yeni yılın Okurlarımıza sağlık, mutluluk ve başarı getirmesini dileriz. Güncel ve ilginizi çekecek makaleleri gelecek sayımızda sunmaya devam edeceğiz. Sonraki sayımızda buluşmak ümidi ile...

Prof. Dr. Tamer İNAL

İÇİNDEKİLER

- 7 **Çek kanunu kapsamındaki çek**
Doç. Dr. Murat ALIŞKAN
- 39 **İsviçre ve Türk Hukuklarında anlaşmalı boşanma ve fiili ayrılık sebebiyle boşanma**
Öz SEÇER
- 70 **Telefon aboneliği sözleşmelerinde genel işlem koşulları ve tüketicinin korunması**
Dr. Bilgehan ÇETİNER
- 91 **Türk Vergi Hukukunda uzlaşmaya gidebilme şartları**
Dr. Adil NAS
- 105 **Anonim şirketlerde tüzel kişilik perdesinin aralanması**
Doğan KÜTÜKÇÜ
- 127 **Kamu idarelerinde mevzuata aykırı mali işlemler ve önlenmesi üzerine bir değerlendirme**
Dr. Tolga DEMİRBAŞ
- 137 **Kamu Borçlanma Sözleşmelerinin Hukuksal Niteliği Üzerine Notlar**
Dr. Sedat ÇAL
- 212 **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hukukunda ulusal güvenlik ve ifade özgürlüğü**
Yrd. Doç. Dr. Sabahattin NAL
- 246 **Avrupa Birliği entegrasyon sürecinde bir anayasal direniş örneği olarak İspanya**
Serkan KÖYBAŞI
- 261 **Üniversiter eğitimde sosyal sorumluluk anlayışının rolü**
Doç. Dr. Melis OKTUĞ
- 281 **Bir ceza türü olarak kastrasyon**
Dr. Ömer ÖMEROĞLU
- 291 **Hukuk ve medya etiği**
Prof. Dr. Tamer İNAL
- 313 **İflasın ertelenmesinde şüpheli alacaklar ve bu alacakların bilançoda gösterilmesi üzerine düşünceler**
Prof. Dr. Seyithan DELİDUMAN
- 325 **Kooperatiflerde ortaklık koşullarının araştırılmaması ve bunun cezai müeyyidesi**
Soner ALTAŞ

İsviçre ve Türk Hukuklarında anlaşmalı boşanma ve fiili ayrılık sebebiyle boşanma

Öz SEÇER¹

GİRİŞ

Günümüz modern toplumlarında meydana gelen toplumsal ve ekonomik gelişmeler bireylerin toplumda sahip oldukları rollerin değişmesine yol açmıştır. Özellikle bireylerin özgürleşmesini ve toplumda daha etkin bir konuma gelmesini sağlayan bu gelişmeler, aile hukukunda boşanma bakımından da bir takım yeni düzenlemelerin yapılmasını kaçınılmaz hale getirmiştir.

Almanya, Fransa ve İsviçre gibi modern ülkelerde yapılan değişikliklerle boşanma konusunda uygulamada yaşananlar kanuni düzenleme haline getirilmiştir. Bu bağlamda kusura dayanan boşanma sebepleri ortadan kaldırılmış, tarafların anlaşarak boşanmasına imkan veren kanun hükümleri getirilmiştir. Özellikle İsviçre’de anlaşmalı boşanmaya ilişkin yapılan kanun değişikliği toplum tarafından da geniş kabul görmüştür.

1926 tarihli Türk Medeni Kanunu, başlangıçta mevcut aile yapısının mümkün merteye korunması prensibinden hareketle anlaşmalı boşanmaya ilişkin herhangi bir düzenleme içermemekte idi. Kanunda anlaşmalı boşanma konusunda herhangi bir düzenleme yer almamasına karşın uygulamada taraflar kanunun başka hükümlerine dayanarak anlaşmalı boşanma ihtiyaçlarını gidermeye çalışmışlar, anlaşmalı boşanmaya gösterilen ihtiyacın artması üzerine 1988 yılında çıkarılan 3444 sayılı kanun ile

¹ Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi

Türk hukukuna anlaşmalı olarak boşanabilme ve fiili ayrılık sebepleriyle boşanabilme imkanları getirilmiştir.

4721 sayılı yeni Medeni kanun ile küçük değişiklikler dışında 3444 sayılı kanun ile getirilen düzenleme korunmuş, yalnız İsviçre Hukukunda boşanma alanında modern çağın gereklerine uygun olarak yapılan değişiklikler Türkiye’de uygulamanın aynı yönde olmadığı gerekçesiyle büyük ölçüde dikkate alınmamıştır². Bu bakımdan çalışmamızda İsviçre hukukunda anlaşmalı boşanma ve fiili ayrılık bakımından getirilen düzenlemelerin Türk hukukunda uygulanabilirliği de değerlendirilecektir.

Çalışmamızın konusunu Türk ve İsviçre Hukuklarında anlaşmalı boşanma ve ortak hayatın kurulamaması veya fiili ayrılığa dayanan boşanma oluşturmaktadır. Çalışmamızın birinci bölümünde anlaşmalı boşanma incelenmiş, Türk hukukundaki mevcut düzenleme İsviçre Hukukunda ve yeri geldiğinde Fransız ve Alman hukuklarındaki bu konudaki mevcut düzenlemeler ile karşılaştırılmış, Türk hukuk düzenlemesinde aksayabilecek yönlere dair öneriler getirilmeye çalışılmıştır. Çalışmamızın ikinci bölümünü ise fiili ayrılığa dayanan boşanma sebebi oluşturmaktadır. Bu bölümde de birinci bölüme benzer bir bakış açısıyla bu boşanma sebebinin incelenmesi ve mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde sorun yaratabilecek hukuki durumlara çözüm üretilmesi amacı güdülmüştür. Çalışmamız konunun değerlendirilmesini kapsayan bir sonuç bölümüyle sona erecektir.

I- Anlaşmalı Boşanma

A- Kavram

Eşlerin özgür iradeleriyle kendi aralarındaki evlilik ilişkisine son vermelerine anlaşma suretiyle boşanma adı verilmektedir³. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m.166/III hükmü ile eşlerin birlikte başvurmaları veya bir eşin açtığı davanın diğer eş tarafından kabulü durumunda anlaşmalı boşanma imkanı tanınmıştır. Eşlerin boşanma ve boşanmanın sonuçları üzerinde anlaşmış olmaları halinde, onların iradeleri göz önüne alınarak boşanma olanağının getirilmesi kanun koyucu tarafından birey iradesine

² Evlenme ve boşanma konusunda yeni Medeni Kanunla getirilen değişikliklere ilişkin daha ayrıntılı bilgi için bkz: BAYGIN Cem, 4721 Sayılı Yeni Medeni Kanununun Evlenme, Boşanma ve Evliliğin Genel Hükümleri Konusunda Getirdiği Değişiklikler, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, C.II, İstanbul 2003, s.437-461.

³ GÜRSOY Kemal Tahir, Eşlerin Anlaşması Suretiyle Boşanma, Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı Boşanma Hukuku Haftası C.II, Ankara 1977, s.127.

önem veren ilerici bir tutum benimsendiğinin göstergesi olmaktadır. Anlaşmalı boşanma ile eşlere basit ve önceden belirlenmiş şartlara uyarak çabuk ve kolay bir şekilde evlilik birliğini sona erdirmeye imkanı tanınmış olmaktadır. Bu düzenlemelerle hem birey iradesi korunarak eşlerin evlilikleri üzerinde tasarrufta bulunmaları mümkün kılınmış, hem de devletin zayıf tarafı koruma amaçlı gerekli önlemleri alması sağlanmıştır⁴.

Türkiye’de 1926 tarihli kanunda anlaşma boşanma imkanının getirilmemiş olması ve uygulamada bu kuruma ihtiyaç duyulması üzerine Medeni Kanuna bu kuruma ilişkin düzenlemelerin alınması olasılığı gündeme gelmiştir. 1971 tarihli Medeni Kanun ön tasarisına alınmayan anlaşmalı boşanma, 1984 tarihli ön tasarıda ilk defa ciddi bir biçimde ele alınmıştır. Bu kurum, 12.5.1988 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 3444 sayılı kanunla EMK’ya alınarak pozitif düzenlemeye kavuşturulmuştur. 22 Kasım 2001 tarihinde kabul edilerek⁵ 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı TMK’da anlaşmalı boşanma “Evlilik Birliğinin Sarsılması” kenar başlığını taşıyan 166.maddenin 3.fıkrası ile EMK m.134/III’deki ifade aynen korunmuştur.

İsviçre hukukunda anlaşmalı boşanma İsviçre Medeni Kanunu m.111-112 hükümleri ile düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler ile boşanma ve boşanma sonuçları üzerinde anlaşmış eşlere, basit ve önceden belirlenmiş bir şekilde uyularak ortak yaşama son vermeleri olanağı sağlamak amacı güdülmektedir. Özellikle İMK m.111’de boşanma isteği dışında, eşlerin boşanmanın sonuçları üzerinde de tam olarak anlaşmaları aranmakta, eşlerin bazı sonuçlar üzerinde anlaşmamaları halinde yine m.112’de getirilen düzenlemeyle kısmi anlaşma yoluyla da olsa boşanmaları kolaylaştırılmaya çalışılmıştır⁶.

B- Anlaşmalı Boşanmaya Hakim Olan İlkeler

1- Anlaşmalı Boşanmanın Evlilik Birliğinin Temelden Sarsıldığına Karine Olması

TMK m.166/I, genel bir boşanma nedeni getirmekte ve evlilik birliğinin, ortak hayatı sürdürmelerinin eşlerden beklenemeyecek derecede temelinden sarsılması durumunda eşlerden her birinin, boşanma davası

⁴ ÖZDEMİR Nevzat, Türk-İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, İstanbul 2003, s.107.

⁵ RG 8 Aralık 2001 tarih ve 24607 sayı.

⁶ İsviçre’de yeni kanunla getirilen boşanma sebepleri hakkında genel bir değerlendirme için bkz: PERRIN Jean François, Les Causes de Divorce Selon Le Nouveau Droit, De L’ancien au Nouveau Droit du Divorce, Berne 1999, s.9-35.

açabileceğini hükme bağlamıştır. TMK m.166/III'e göre ise evliliğin en az bir yıl sürmüş olması ve eşlerin birlikte başvurmaları veya bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde evlilik birliğinin temelinden sayılacağı hükme bağlanmıştır. Bu fıkra ile aksi ispatlanamayan bir kanuni karine ortaya koyulmuştur. Fıkroda belirtilen koşulların meydana gelmesi halinde evlilik birliğinin temelinden sarsılmadığını ispat etmek mümkün olmamaktadır⁷.

TMK m.166/III düzenlemesinin kanuni karine sayılması şu anlama gelmektedir: Taraflarca kendisine başvuru mahkeme, önüne gelen somut olayda evlilik birliğini sarsan olayları, maddi nedenleri araştırma yükümlülüğünde olmayacak, evlilik birliği sarsılmamış olsa bile ortak başvuru veya davanın kabulü ile evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılacak bu konuda hakimin takdir yetkisi olmayacaktır⁸. Anlaşmalı boşanmada eşlerin kusurlu olup olmadıkları da göz önünde tutulmamaktadır⁹. KÖSEOĞLU, eşlerin, evlilik birliğinin sarsıldığını ve beklentilerinin kalmadığını kabul ettiklerini, diğer bir ifadeyle eşlerin evlilik birliğini eşit kusurla tekrar kurulamayacak şekilde sarstıklarını kabul ettiklerini, anlaşmalı boşanmada kusur ilkesinin gizli olduğunu belirtmektedir¹⁰. KÖSEOĞLU'nun görüşlerine katılmak mümkün değildir. TMK m.166/III'deki koşulların gerçekleşmesi halinde evlilik birliğinin temelden sarsılacağı kanuni karine olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla bu sonuca, tarafların kusurlu davranışlarıyla ulaşıp ulaşımadıklarının araştırılması gereksizdir.

İsviçre hukukunda da İMK m.111'e dayanarak anlaşmalı boşanma başvurusu yapıldığında, hakim evliliğin sona ermesi sonucunu doğuran maddi nedenleri araştırmayacaktır. Hakim, sadece tarafların boşanma iradelerinin serbestçe oluşup oluşmadığını değerlendirecektir¹¹.

2- Anlaşmalı Boşanmanın Çekişmesiz Yargı Faaliyeti Olması

Boşanma ve yan sonuçlar konusunda anlaşmış eşlerin, birlikte başvurmaları veya birinin açtığı davanın diğeri tarafından kabulü halinde,

⁷ ÇAKIN Akın, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma, Ankara 1999, s.63.

⁸ ÖZTAN Bilge, 3444 Sayılı Kanunla Getirilen Değişiklikten Sonra Medeni Kanunun 134'üncü Maddesi, Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan 1925-1988, Ankara 1990, s.127.

⁹ ÖZTAN Bilge, Aile Hukuku, 5.Bası, Ankara 2004, s.416.

¹⁰ KÖSEOĞLU Bilal, Boşanma Hukukunda Kusur İlkesinin Önemi, Terazi Hukuk Dergisi, İstanbul Eylül 2006 S.1, s.10.

¹¹ PERRIN, s.14

anlaşmış eşlere kanunda belirtilen usulün izlenerek boşanmalarının sağlanması için yapılan mahkeme faaliyeti çekişmesiz yargı faaliyetidir¹².

Türkiye’de çekişmesiz yargı faaliyetlerini düzenleyen özel bir kanun bulunmadığı, bu faaliyetler çeşitli kanunlarda dağınık bir halde bulunduğu için, TMK. m.166/III’de düzenlenen ve çekişmesiz bir yargı faaliyeti olduğu kuşku götürmeyecek olan anlaşmalı boşanma, mahkemeler tarafından çekişmeli bir yargı faaliyetiymiş gibi yürütülmeye çalışılmaktadır¹³. Anlaşmalı boşanma prosedüründe çekişmeli yargıya ilişkin terminoloji kullanılmakta, çekişmesiz bölüm için de dava tabiri kullanılmaktadır¹⁴.

SURLU, eşlerin birlikte başvurusu bakımından hasım yokluğu ilkesinin varlığından söz etmenin çok güç olacağını, burada olsa olsa çekişmeyi asgariye indirmiş iki taraftan söz etmenin mümkün olacağını, başvurunun görünürde bir çekişme olduğu izlenimi vermemesine karşın, temelinde bir çekişmenin olduğunun inkar edilmez bir gerçeklik olduğu; çekişmeli yargının konusunu tarafların subjektif hakları oluşturduğu TMK m.166/III’te de boşanmanın subjektif bir inşai hak olduğu gerekçesiyle eşleri birlikte başvurusunun çekişmesiz yargı olarak nitelendirilmesine karşı çıkmaktadır¹⁵. SURLU’nun görüşlerine katılmak mümkün olmamaktadır. Tarafların aralarındaki ihtilafları anlaşarak en aza indirmelerini amaçlayan eşlerin birlikte başvurusu sisteminin çekişmeli yargı olarak nitelendirilmesi, bu başvuru yolunun eşlerin tek bir dilekçe ile mahkemeye başvurmaları, anlaşmalı boşanma yolundaki eşlerin iradelerinin açık olması gerekliliği, tarafların birlikte protokol imzalayarak mali konular ve çocuklara ilişkin hususlarda ortak mutabakata varmalarının zorunlu olması, hakimin gerekli gördüğü değişiklikleri tarafların kabul etmemeleri halinde davanın niteliğinin değişmesi gibi ihtilafı ortadan kaldırmayı amaçlayan unsurları bünyesinde ihtiva etmesinden dolayı mümkün olamamaktadır.

İsviçre Hukukunda ise tarafların ortak dilekçe ile başvurma suretiyle yapacakları tam anlaşmalı boşanmanın çekişmesiz yargı faaliyeti olduğu, fakat kanun koyucunun kısmi anlaşmalı boşanma gibi çekişmeli ve çe-

¹² ÖZDEMİR, s.117.

¹³ AKINTÜRK, bu durumda çekişmeli yargı türünden olan boşanma davasında davacı ve davalı tarafı eşlerden hangisinin oluşturacağını, eşler boşanma davasını beraberce açabileceklerine göre dava dilekçesinde her iki tarafın da mı hem davacı hem davalı olarak gösterileceği konularında belirsizlikler bulunduğunu belirtmektedir. AKINTÜRK Turgut, Türk Medeni Hukuku Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku İkinci Cilt, 9.Bası, İstanbul 2004, s.262.

¹⁴ ÖZDEMİR, s.118.

¹⁵ SURLU Mehmet Handan, Eşlerin Birlikte Başvurusuna Dayalı Anlaşmalı Boşanma Sisteminin Medeni Usul Hukuk Açısından Anlamı Üzerine Bir İnceleme, Prof.Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan İstanbul 2007, s.741-757.

kişmesiz yargı faaliyetlerinin bir arada olduğu ara çözümler getirdiği de görülmektedir¹⁶.

C- Anlaşmalı Boşanmanın Koşulları

1- Evlilik Birliğinin En Az Bir yıl Sürmüş Olması

Anlaşmalı boşanmada aranan ilk koşul evlilik birliğinin en az bir yıl sürmesidir. Evliliğin kurulmasından itibaren yani evlenme töreninden itibaren bir yıl geçmedikçe¹⁷ dava yoluyla boşanma isteminde bulunmaya imkan yoktur¹⁸. Eşlerin, bu bir yıllık süreyi birlikte ya da aynı çatı altında yaşamayı paylaşarak geçirip geçirmemeleri önemli değildir¹⁹. Hakim bu koşulun varlığını resen araştırarak ve bir yıllık süre dolmamış ise boşanmaya karar vermeyecektir.

Kanun koyucunun evlenmenin üzerinden belli bir süre geçmesini araması, eşlerin acele boşanmaya karar vermelerini önlemek içindir²⁰. Bir yıllık sürede eşlerin fiilen bir arada olup olmadıkları hükmün uygulanması açısından önem taşımamaktadır.

İsviçre hukukunda tarafların anlaşma boşanma yapabilmeleri için evliliğin üzerinden belirli bir süre geçmesi koşulu aranmamaktadır. Fransız hukukunda anlaşmalı boşanmak için evliliğin meydana gelmesinden itibaren en az altı ay geçmelidir(Fransız MK m.230/III)²¹.

¹⁶ DUCROT Michel, Le Proces en Divorce et Separation de Corps Dans Le Canton de Valais, Le Nouveau Droit de Divorce, Lausanne 2000, s.23-24.

¹⁷ Bir yıllık süre celbedilecek nüfus aile akit tablosundaki evlenme tarihi olup eşlerin evlenme tarihinden önceli birliklikleri dikkate alınmaz. BULUT Harun, Aile Hukukunda Boşanma Davaları ve Yabancı Unsurlu Davalar, İstanbul 2007, s.51.

¹⁸ AKINTÜRK, s.262. **Y.2H.D 28.11.1997 E.1997/11547, K.1997/12959** " Medeni Kanununun 134/III(TMK m.166/III) maddesine dayanarak boşanmaya karar verilebilmesi için kanunundaki diğer koşulların yanında evliliğin en az bir yıl sürmüş olması gerekmektedir. Davanın taraflarının 03.04.1996 tarihinde evlendikleri, dava tarihi olan 09.04.1996 gününde bir yıllık sürenin dolmadığı görülmektedir. Bu durumda taraf delillerinin sorulup toplanması birlikte değerlendirilmesi, sonucunda evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olup olmadığını araştırılması gerekirken sadece kabulüne dayanarak hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırıdır."RUHİ Ahmet Cemal, Türk Hukukunda Boşanma, Boşanmanın Sonuçları, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara 2004, s.230-231.

¹⁹ DOĞAN İzzet; Anlaşmalı Boşanma, İstanbul Barosu Dergisi C.81 S.2007/5, s.1934

²⁰ ÖZTAN, Makale, s.130.

²¹ CORNUT, kanun koyucunun bu süreyi acele bir boşanmayı engellemek üzere geçirilmesi gereken bir bekleme ve deneme süresi olarak düzenlediğini, ama sürenin kısalığının bu amacın yerine getirilmesine ne kadar hizmet edeceğinin düşünülmesi gerektiğini belirtmektedir. CORNUT Gérard, Droit Civil La Famille, 8.edition, Paris 2003, s.509.

Öğretide bir yıllık sürenin aranması konusunda farklı görüşler mevcuttur. Bir görüş²², bir yıllık sürenin kısa olduğunu, eşlerin bir süre ayrı yaşadktan sonra boşanma davası açmalarının, olayların etkisinden kendilerini kurtarıp daha sakin, daha doğru bir karara varmaları açısından daha isabetli olduğunu, özellikle yeni evliliklerde düşünmeden dava açılmaması gerektiğini, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı hallerde zaten TMK. m.166/I'e göre dava açılabilmesi imkanın var olduğunu, boşanmanın çabuklaştırılmasının eşlere bir yarar sağlamayacağını belirtmektedir.

İkinci bir görüş²³ bir yıllık süreye tarafların bir arada yaşaması açısından yaklaşmakta, eşlerin evlendikleri andan itibaren ayrı yaşamaya başlayıp hiçbir şekilde bir araya gelmeden bir yıl sonra boşanmak için başvurmaları halinde evlilik birliğinin temelinden sarsıldığından söz etmenin mümkün olmayacağını belirtmektedir.

Diğer bir görüş²⁴ de anlaşmalı boşanmanın gerçekleşmesi için evliliğin en az bir yıl sürmüş olmasını aramanın yerinde bir düzenleme olmadığını, tarafların aralarındaki anlaşmazlığı meydana getiren olguların bir yıllık süreden önce veya sonra ortaya çıkabileceğini belirterek eşlerin boşanma istemi ile hakime gidebilmelerini bir süre şartına bağlı tutmanın haklı görülemeyeceğini belirtmektedir. Bizce de, eşlerin anlaşmalı boşanmaya başvurabilmeleri için evliliğin kurulmasından itibaren bir yıllık sürenin geçmesini beklemeleri gerekliliği yolundaki kanuni düzenlemede isabet bulunmamaktadır. Eşler bir yıllık süreyi geçirmeden aralarında anlaşarak, içlerinden birinin mahkemeye evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle başvurmasını ve boşanmanın elde edilmesini sağlayabilirler. Nitekim uygulamada da bu yönde davranılmaktadır. Mevcut düzenleme yerine, anlaşmalı boşanma için herhangi bir süre aranmaması, sarsılmış evlilik birliğini bir an önce sona erdirmek isteyen eşlerin menfaatlerine daha iyi hizmet edecek bir düzenleme olacaktır.

Anlaşmalı boşanma için dava açıldığında henüz bir yıllık süre dolmamış, ancak yargılama süresi içinde henüz karar verilmeden önce bir yıllık süre dolmuş ise yargılamaya devam edilecek ve boşanma kararı verilecektir²⁵.

²² ÖZTAN, Makale, s.131.

²³ OĞUZMAN M. Kemal /DURAL Mustafa, Aile Hukuku, İstanbul 1998, s.128.129.; aynı yönde bkz: DURAL Mustafa /ÖĞÜZ Tufan /GÜMÜŞ Alper , Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul 2005, s.120.

²⁴ ÖZDEMİR, s.123.

²⁵ ÖZDEMİR, s.124-126; DOĞAN, anlaşmalı boşanma davasının bir yıllık yasal süre dolmadan açılması halinde yargılama ekonomisi bakımından davanın reddolunmaması gerektiği, taraflara

2- Boşanma İçin Eşlerin Mahkemeye Birlikte Başvurması ve-ya Bir Eşin Diğerinin Açtığı Boşanma Davasını Kabul Etmesi

a- Eşlerin Mahkemeye Birlikte Başvurusu

TMK m.166/III'de anlaşmalı boşanma için eşlerin birlikte başvurabilecekleri açıkça belirtilmiştir. Yalnız eşlerin bu şekilde mahkemeye başvurmaları halinde bu başvurunun nasıl gerçekleştirileceği konusunda madde hükmünde bir açıklık bulunmamaktadır. Bu konuda iki farklı olasılık akla gelmektedir. Birinci olasılıkta eşler bir araya gelip bir boşanma dilekçesi yazarak altını imzalayıp mahkemeye sunmaları halinde yargılamanın başlaması söz konusu olacaktır²⁶. İkinci olasılıkta ise uygulamada görüldüğü üzere anlaşmalı boşanma davasının açılabilmesi için tek imzalı dilekçe yeterli olacaktır²⁷. Anlaşmalı boşanmanın çekişmesiz yargı faaliyeti olduğu da göz önüne alındığında, eşlerden birinin, tarafların aralarında anlaşmalarını açıklayan bir dilekçe ile mahkemeye başvurması birlikte başvuru için yeterli olacaktır²⁸. Bu durumda mahkeme, birlikte başvuru koşullarının gerçekleşmediği gerekçesiyle davayı reddetmemeli, diğer eşin davaya katılımı sağlanarak, koşulların var olup olmadığı araştırılmalıdır²⁹. Eşlerin birlikte imzaladıkları dilekçe ile açtıkları davada harçlar yasasına göre tek bir başvuru harcı yatırılacaktır³⁰. Yargıtay'a göre eşler anlaşmalı boşanma davası için birlikte başvurduklarından eşlerden birinin davadan feragati sonucu doğurmayacaktır³¹.

İsviçre Hukukunda taraflar, mahkemeye sundukları dilekçe ile evliliği sona erdirmek konusundaki ortak iradelerini belirtmektedirler. Eşler, ortak dilekçelerine gerekli belgeleri eklemelidirler. Gerekli belgelerle, aile

kanıtlarını bildirmeleri için süre verilerek evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olup olmadığının araştırılması gerektiği fikrindedir. DOĞAN, Anlaşmalı Boşanma, s.1935.

²⁶ Eşlerin birlikte dilekçe yazmalarının uygun olduğuna dair Yargıtay kararı için bak: Y.2HD.9.4.2002, E.2002/4194, K.2002/4994, (www.kazanci.com, alınma tarihi: 01.04.2007)

²⁷ ÇAKIN, s.65.

²⁸ Uygulamada çekişmeli yargı faaliyetine benzetilen anlaşmalı boşanmada, duruşma sırasında davacının kim olduğu sorulmakta, eşlerden birinin davacı olduğunu belirtmesi durumunda davayı bu eşin açmış olduğu kabul edilmektedir. DOĞAN İzzet, İstanbul 1. Aile Mahkemesindeki Boşanma Davalarının Karakteristik Sonuçları, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı Medeni Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk ile İlişkili Güncel Aile Hukuku Meseleleri, İstanbul 2006, s.29.

²⁹ ÖZDEMİR, s.129.

³⁰ DOĞAN, Anlaşmalı Boşanma, s.1936.

³¹ Y.2HD,22.05.2006,1503-8003(ÖZUĞURLU Ali İhsan, Evlik Birliğini Sona Erdiren Nedenler Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları, Ankara 2008, s.443) Karara yazılan karşı oyda davadan feragat hakkı verilmemesinin anlaşmalı boşanma davasını mahiyeti ve kadın erkek eşitliği ile bağdaşmayacağı belirtilmiştir.

veya evlilik cüzdanı, aile konutuna ilişkin kira sözleşmesini, eşlerin gelirlerini, muhtemel evlilik sözleşmesini ispatlayan belgeler kastedilmektedir³².

b- Eşlerden Birinin Açtığı Davayı Diğerinin Kabul Etmesi

TMK m.166/III'e göre bir eşin açmış olduğu dava diğer eş tarafından kabul edilerek de anlaşmalı boşanılabilir.

Öğretide, diğer eşin kabulü ile anlaşmalı boşanmaya karar verilebilmesi için, hangi boşanma sebebine dayanılarak boşanma davası açılması gerektiği konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüş³³, bir eşin diğerinin açtığı davayı kabul etmesinin sadece evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına(TMK m.166/I) dayanan davalarda söz konusu olabileceğini savunmaktadır. İkinci bir görüş ise sadece evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı davalarda değil, özel boşanma sebeplerine dayanan davalarda da bir eşin diğerinin açtığı davayı kabul etmesi ile anlaşmalı boşanmanın sağlanabileceğini ileri sürmektedir³⁴. DURAL'a göre özel boşanma sebeplerine dayanılarak açılan davada, özel boşanma sebebinin varlığını ikrar TMK m.184/b.III'e göre hakimi bağlamazken, davayı kabul halinde TMK m.166/III son cümle gereği bu hüküm uygulanmayacaktır³⁵. Üçüncü bir görüş ise, ikinci görüşten biraz farklı olarak akıl hastalığı dışında herhangi bir sebeple açılan boşanma davasında diğer eşin davayı kabul etmesi halinde anlaşma boşanmanın mümkün olabileceğini ileri sürmektedir³⁶.

Bizce de bir eşin diğerinin açtığı davayı kabul etmesi sadece TMK m.166/I'e dayalı davalarda değil, özel boşanma sebeplerine dayalı davalarda da söz konusu olmalıdır. Hükmün evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı boşanma sebebinin düzenleyen m.166'da yer alması, sadece bu maddeye dayanan davalarda geçerli olabileceği anlamına gelmemelidir. TMK.m.166/III'de açıkça bir eşin açtığı davayı diğerinin kabul etmesiyle anlaşmalı boşanılabilirliği belirtilmiştir. Eğer kanun koyucu bu hükmün TMK m.166/I'e dayalı davalarda geçerli olmasını isteseydi, bunu öngören açık bir düzenleme yapma yoluna gidebilirdi. Anlaşmalı boşanmayı kolaylaştırmak ve tarafların boşanma sürecinde daha fazla etkin

³² WERRO Franz, Concubinage, Mariage et Démariage, Berne 2000, s.110-112.

³³ ÇAKIN, s.65.; ÖZTAN, makale, s.128.

³⁴ HATEMİ Hüseyin, Aile Hukuku I Evlilik Hukuku, İstanbul 2005, s.111; OĞUZMAN/DURAL, s.129, DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.120.

³⁵ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.120.

³⁶ ÖZDEMİR, s.139.

olmalarının sağlanması açısından bu görüşün benimsenmesi bizce uygun gözükmektedir.

Diğer eşin herhangi bir aşamada kabul etmesi boşanma talebi anlaşmalı boşanmaya dönüşecektir. Taraflardan birinin açtığı boşanma davasını diğer eşin davanın başında ve yasal cevap süresi içinde kabul ettiğini açıklaması zorunlu ve gerekli değildir³⁷. Davanın ve yargılamanın her döneminde kabul beyanı ileri sürülebilir³⁸. Ancak davayı kabul etmiş olma hakim tarafından dava sonuçlandırılıp hüküm açıklandıktan sonra yani kanun yolu aşamasında hukuki sonuç doğurmaz³⁹.

İMK m.116'ya göre eşlerden birinin ortak hayata ara verilmesi veya evlilik birliğinin sarsılması nedeniyle boşanma talep etmesi halinde diğer eş boşanmaya açık onay verirse veya karşı dava açarsa ortak taleple boşanmaya ilişkin hükümler kıyasen uygulanır. SANDOZ, burada izlenen usul bakımından kısmi bir değişiklik olacağını, tarafların boşanma sebebi üzerinde anlaşmalarının gözden geçirilmesi ve ihtilafli meselelerin hakime bırakılmasının anlaşmalı boşanmayı düzenleyen İMK m.111 ve 112'ye tabi olacağını, tarafların anlaşamamaları halinde yeniden İMK m.113'teki tek taraflı boşanma prosedürüne geri dönebileceklerini belirtmektedir⁴⁰.

3- Hakimin Eşleri Dinleyerek İradelerinin Serbestçe Açıklandığına Kanaat Getirmesi

Hakim, hem eşlerin birlikte başvurmaları hem de bir eşin açtığı davayı diğerinin kabul etmesi durumunda tarafları bizzat dinleyecektir. TMK m.166/III'ün açık hükmüne göre, boşanma kararı verilebilmesi için hakimin eşleri bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına ve ayrıca bu iradenin serbestçe oluştuğuna kanaat getirmesi gerekir⁴¹.

Hakim, takdir yetkisine dayanarak ve gerekli bütün araştırmaları yaptıktan sonra boşanma iradesinin ciddi olduğuna ve serbestçe oluştuğuna

³⁷ Anlaşmalı boşanma davasının yargılması sırasında, önce, açılan boşanma davasını kabul eden davalının, bir sonraki oturumda önceki kabulünün serbest irade ile olmadığını belirterek, kabulünden dönmesi halinde, mahkemece anlaşmalı boşanma kararı verilemeyeceğine ilişkin Yargıtay kararı için bak: **YHGK 2.11.1994, E.2-406,K.685**, (UYAR Talih, Yargıtay Kararlarında "Evlilik Birliğinin Sarsılması veya Müşterek Hayatın Yeniden Kurulamaması Suretiyle Boşanma (MK m.134), M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s.1249.

³⁸ ÖZTAN, Makale, s.129.

³⁹ ÇAKIN, s.65.

⁴⁰ SANDOZ Suzette, Presentation du Nouveau Droit de Divorce , Le Nouveau Droit de Divorce, Lausanne 2000, s.12-13.

⁴¹ Hukukumuzda, dosya üzerinden boşanma kabul edilmediği için tarafların beyanlarının alınması gerektiği hususunda bkz: CAMCI Ömer, Boşanma ve Yoksulluk Nafakası, İstanbul 1998, s.56.

karar verecektir. Hakim, eşlerin boşanmaya yönelik irade beyanlarında bir sakatlık halinin var olup olmadığını da kontrolle yükümlüdür. Hakimin bu konuda geniş takdir yetkisi mevcuttur. Hakimin tarafları dinlemesi kamu düzenindedir.

TMK m.166/III'te hakimin tarafları bizzat dinlemesi gerektiği emredici bir biçimde düzenlendiğinden, taraflar davada bir avukat aracılığıyla temsil edilseler bile, hakim tarafları huzuruna çağırıp bizzat dinlemek zorundadır, sadece avukatları dinlemekle yetinemez⁴². Hakimin tarafları başka bir kimseye, örneğin mahkeme başkatibi ya da bir psikoloğa dinletme imkanı yoktur⁴³. Hakim, tarafları mahkemede dinleyebileceği gibi mahkeme dışında da dinleyebilir. Bunun gibi hakim tarafları bir arada veya ayrı olarak da dinleyebilir.

Taraflar, hakim önünde iradelerinin serbest olup olmadığı konusunda dinlenirken karşılaşılabilecek diğer bir sorun da tarafları boşanma sonucuna götüren saikleri hakimin dikkate alması durumunda söz konusu olabilir. Hakim, bizzat kendi önünde eşlerin olgunlaşmış ve özgür irade ile boşanmayı isteyip istemediklerini arayacaktır. Hakimin göz önüne alması gereken nokta, eşlerin boşanma kararı vermelerinde iradelerini sakatlayan bir unsurun var olup olmadığıdır⁴⁴. Bu bakımdan boşanma iradesinde olan eşlerin bu sonuca nasıl vardıkları hakimi ilgilendirmemelidir.

İMK m.111'e göre hakim, tarafları Türk Medeni Kanunundan farklı olarak ilk önce ayrı ayrı, sonra birlikte dinlemelidir. Tarafların ortak dinlenmelerinde avukat bulundurulması mümkündür. Fakat eşlerin ayrı ayrı dinlenmesinde avukat bulundurulması mümkün değildir.

Eşlerin hem ayrı ayrı hem de birlikte dinlenilmesi şeklinde düzenlenmiş bu iki aşama aynı amacı gözetmektedir: Hakim, her bir eşin evlilik birliğine son verme yolundaki iradesini serbestçe açıkladığına kanaat getirmelidir⁴⁵. Hakimin ayrıca bu başvurunun, olgun bir düşüncenin ve ser-

⁴² Y.2.H.D.E.2006/12012 K.2006/18557 T.28.12.2006 ” Anlaşmalı boşanmaya karar 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 gerekmektedir.Taraflar hazır bulunup, bizzat anlaşıklarını açıklamaz veya hakim tarafların anlaşmalarını uygun bulmaz ise, tarafların delilleri sorulup, toplanması sonucunda evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olup olmadığıın Medeni Kanununun 184.maddesi çerçevesinde takdiri gerekirken davacı asil dinlenilmeksizin davacı vekil ve davalının beyanı ile boşanma hükmü kurulmuş olması usul ve yasaya aykırıdır” (www.kazanci.com.tr alınma tarihi:06.03.2007)

⁴³ Hakimin denetleme görevini özenle yerine getirmesi gerektiği yönünde bkz: DOĞAN, Anlaşmalı Boşanma, s.1937.

⁴⁴ ÖZDEMİR, s.151.

⁴⁵ PERRIN, s.15.

best bir iradenin ürünü olduğuna da kanaat getirmelidir⁴⁶. Kanaatimizce, boşanma prosedürünün çabuklaştırılması ve tarafların evlilik birliğini bir an önce sona erdirmeleri hususundaki iradelerinin gözetilmesi için, Türk kanun koyucusunun TMK m.166/III'te eşlerin ikinci defa dinlenmeleri hükmünün getirilmemesi isabetli olmuştur.

İsviçre Hukukunda Türk hukukundan farklı olarak İMK m.144/II'de yaşları veya başka önemli sebeplerin dinlemeye engel olmaması halinde ise hakim veya onun adına atanan üçüncü bir kişinin çocukları şahsen dinlemesi imkanı getirilmiştir⁴⁷. Çocuğun dinlenilmesindeki amaç, çocukla ebeveynleri arasındaki ilişkileri belirginleştirmektir. Bu dinlemenin eşlerden birinin çocuğun velayetinin bırakılmasında diğerine tercih edilmesi sonucuna varacak şekilde yapılmasına gerek yoktur⁴⁸.

Prensip olarak çocuğun dinlenilmesi gerektiği ama istisnai olarak hakim bu dinlemeden yaş ve diğer sebeplerle vazgeçebileceği kanunda belirtilmiştir. Yalnız bu vazgeçmenin gerekçeli kararda belirtilmesi gereklidir. Önemli sebeplere örnek olarak çocuğun reddi, evlilikteki ihtilaftan kaynaklanan sorunlar, duygusal yetiştiriliş tarzı vb. verilebilir⁴⁹.

Kanaatimizce, anlaşmalı boşanmayı düzenleyen TMK m.166/III hükmüne çocuğun dinlenilmesi hükmünün getirilmemiş olması büyük bir eksikliklerdir. Her ne kadar tarafların hakime sunacakları anlaşmada çocuklara ilişkin düzenlemenin bulunması ve boşanmanın sağlanmasının hakim bu düzenlemeyi uygun bulmasına bağlı olduğu kanun hükmünde belirtilmiş olduğundan ayrıca çocuğun dinlenilmesine gerek bulunmayacağı savunulabilirse de belirli bir yaş ve düşünsel olgunluğa erişmiş çocukların dinlenilmesi imkanının kanuna getirilmesi, hem çocuğun menfaatinin en iyi şekilde saptanmasını sağlayacak, hem de hakim boşanma kararını, tarafların ve çocuğun menfaatlerine en uygun şekilde vermesini kolaylaştıracaktır⁵⁰.

⁴⁶ WERRO, s.113.

⁴⁷ Federal Mahkeme vermiş olduğu bir kararda, genel kural olarak hakimin çocukları şahsen dinlemesi gerektiğini, ancak özel koşulların varlığı halinde çocuğun dinlenilmesi için çocuk psikoloğuna başvurulabileceğini belirtmektedir. Bu karar için bak: **127 III 295** (www.bger.ch/fr alınma tarihi: 07.03.2006)

⁴⁸ MANAI Dominique, Prendre Les Droit de L'Enfant au Serieux: Le Nouveau Droit du Divorce, De L'Ancien au Nouveau Droit du Divorce, Berne 1999, s.112.

⁴⁹ MANAI, s.113.

⁵⁰ OKTAY-ÖZDEMİR, Türk Hukukunda çocuğun kendisi ile ilgili her konuda bilgilendirilmesi ve görüşünün alınmasının Türk Medeni Kanunu çerçevesinde açık olarak tanınmadığını, çocuğun boşanma sonrası yaşamının düzenlenmesi anlamına gelen velayet hakkının anne babadan birisine tevdi ve diğer tarafa kişisel görüşme hakkının tanınmasına ilişkin olarak görüşünün alınması zorunluluğunun Türk Medeni Kanununda açık olarak düzenlenmesi gerektiği fikrindedir. OKTAY

4- Hakimin Tarafların Kabul Edecekleri Anlaşmayı Uygun Bulması

a- Genel Olarak

TMK m.166/III doğrultusunda eşlerin anlaşarak boşanabilmeleri için varlığı aranan diğer bir koşul da, eşlerin mali konularla çocukların durumu hususunda bir anlaşma yapmaları ve bu düzenlemenin hakim tarafından uygun bulunmasıdır. Anlaşmalı boşanmanın yapılabilmesi için gerekli bu koşul da kamu düzenindedir ve koşul sağlanamıyorsa anlaşmalı boşanmanın gerçekleşmesi mümkün değildir⁵¹. Kanun koyucu, böyle bir düzenlemeyi, tarafların ve çocukların menfaatlerini düşündüğü ve bir anlamda kendi yararlarını dahi düşünemeyecek hale gelen eşlere gelecekte daha mantıklı ve sağlıklı şartlar sağlamak istediği için getirmiştir⁵². Taraflar, isterlerse boşanma davasından önce, isterlerse boşanma davası sırasında bu anlaşmayı yapabilirler.⁵³

TMK m.166/III'de yer alan anlaşma, yine TMK m.184/V'de düzenlenmiş bulunan boşanma ve ayrılığın ferî sonuçlarına ilişkin anlaşma⁵⁴ ile karıştırılmaya elverişlidir. Her iki anlaşma da sonuçları bakımından birbirine benzerdir. TMK m.184/V'te düzenlenmiş bulunan anlaşma, anlaşmalı boşanma dışında diğer tüm boşanma sebeplerine dayanılarak açılan davalarda yapılabilirken, TMK m.166/III'deki anlaşma, anlaşmalı boşanmaya özgü nitelikler içermekte ve bu boşanma sebebinin maddi koşullarından birini teşkil etmektedir⁵⁵.

Taraflar, anlaşma için, hakime üzerinde anlaşmaya vardıkları noktaları içeren bir yazılı protokolü sunabilecekleri gibi sözlü olarak da beyanda bulunabilirler. Sözlü beyanın zapta geçirilmesi gerekir⁵⁶.

Anlaşmanın içeriğinde neler olduğunun incelenmesine geçilmeden önce değinilmesi gereken bir sorun da tarafların davanın devamı sırasında boşanma anlaşmasından vazgeçebilme imkanlarının var olup olmadığıdır. Anlaşmanın yapıldığı tarihten itibaren eşler arasında bağlayıcı oldu-

ÖZDEMİR Saibe, Boşanma Davalarında Çocuklara İlişkin Kararlar Bakımından Çocuğun Dinlenme Hakkı, Prof.Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan C:2, İstanbul 2009, s.1219-1242

⁵¹ OĞUZMAN/DURAL, s.129; ÖZTAN, Makale, s.132.

⁵² ÖZTAN, Makale, s.132.

⁵³ GRASSİNGER Gülçin Elçin, Boşanma Davasında eşlerin Boşanmanın Tali Sonuçlarına İlişkin Konularda Anlaşma Yapmaları ve Konu ile İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararı, İHFM Prof.Dr. Türkan Rado'ya Armağan Sayısı, C.LV S.3, s.237.

⁵⁴ Anlaşmanın hukuki niteliği ile ilgili tartışmalar için bkz: GRASSİNGER, s.239.

⁵⁵ ÖZDEMİR, s.154-155.

⁵⁶ ÖZTAN, Aile Hukuku, s.417.

ğu kabul edilirse, hakimin onaylama zorunluluğu bir anlam ifade etmeyeceğinden, eşlerin hakimin önüne getirdikleri anlaşmadan, hakimin onayına kadar vazgeçebilmeleri için bir engel bulunmamaktadır⁵⁷.

Anlaşmalı boşanma için eşlerin üzerinde fikir birliğine varmaları gerekli anlaşma, İsviçre Medeni Kanununda TMK'den biraz farklı düzenlenmiştir. İMK m.111'de düzenlenmiş bulunan ve TMK m.166/III'teki anlaşmaya benzerlik gösteren tam anlaşmada, eşlerin boşanmayı müştereken talep etmeleri ve çocuklara ve diğer konulara ilişkin düzenlemeyi hakime sunmaları söz konusu iken, m.112'de düzenlenmiş bulunan kısmi anlaşmada eşler ortak bir dilekçeyle boşanma talebinde bulunurlar ve üzerinde anlaşmaya varamadıkları boşanmanın sonuçları hakkında karar verilmesini hakimden talep edebilirler.

b- Anlaşmanın İçeriği

TMK m.166/III, taraflarca anlaşmalı boşanma için kabul edilecek düzenlemenin, boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu ile ilgili hususları kapsayacağını belirtmektedir. Bu maddede yapılacak düzenleme hususunda asgari unsurlar belirtilmiş, düzenlemede yer alabilecek diğer konulara ilişkin bir sınırlama getirilmemiştir.

İMK'de boşanmanın sonuçları m.119-135 arasında düzenlenmiştir. Bu maddelerde, boşanmanın kişisel ve mali sonuçları, aile konutu ve çocukların durumu düzenlenmiştir. Eşler arasında anlaşmalı boşanmaya ilişkin düzenleme, kanun tarafında düzenlenen kişisel hale ilişkin kurallar dışında boşanmanın tüm sonuçlarını kapsayabilir. Eşlerin, çocukların durumuyla ilgili anlaşma yapabilmeleri, yalnızca ortak bir çözüme ulaşmaları halinde mümkündür⁵⁸.

ba- Mali Konular

Eşlerin anlaşma ile düzenleyebilecekleri başlıca mali konular, eşlerin birbirlerinden talep edecekleri maddi ve manevi tazminat miktarları ile yoksulluk nafakasıdır.

Burada karşılaşılabilecek ilk sorun şudur: anlaşmalı boşanma yargılamasında eşlerden biri tarafından anlaşmada maddi ve manevi tazminat miktarları veya yoksulluk nafakasına ilişkin herhangi bir talepte bulunulmamış ve bu anlaşmayı hakim onaylamışsa, boşanma kararının kesinleşmesinden sonra bu eş, diğer taraftan herhangi bir istemde bulunabilecek

⁵⁷ ÖZDEMİR, s.157.

⁵⁸ WERRO, s.110.

midir? TMK m.178'e göre, boşanmaya ilişkin dava hakları, boşanma kararının kesinleşmesinden itibaren bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacağından, anlaşmada herhangi bir talepte bulunmayan eşin daha sonradan talebini ayrı bir dava ileri sürme imkanı var gözükmektedir.

Yargıtay, anlaşmalı olarak gerçekleşen boşanma yargılaması sırasında, yoksulluk nafakası istenmemiş ise artık bir daha yoksulluk nafakası istenemeyeceğini belirtmektedir. ÖZDEMİR de⁵⁹, boşanma yargılaması sırasında eşler tarafından hakime sunulan ve hakimin denetiminden ve onayında geçen ve boşanma kararı ile birlikte kararın bir parçası duruma gelen anlaşmada, maddi, manevi tazminat ve yoksulluk nafakası hususları yer almıyor ise, boşanma kararından sonra açılacak bir dava ile bu taleplerin ileri sürülebilmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir. Yazar, burada eşlerin, boşanma öncesinde bu tür talepler konusunda bir anlaşmaya varmış oldukları ve bu taleplerden vazgeçmiş olduklarının düşünülmesi gerektiğini ileri sürmektedir.

Bizce de, taraflar yaptıkları anlaşmada eğer maddi veya manevi tazminat miktarları veya yoksulluk nafakası hakkında düzenlemeye gitmemişlerse veya eşlerden birinin bu taleplerden feragat ettiği anlaşmadan anlaşılabiliriyorsa, anlaşmanın hakim onayından geçirilip boşanma kararının kesinleşmesinden sonra bir eşin bu talepleri ileri sürmesi mümkün olmamalıdır. TMK m.166/III hükmüyle eşlere anlaşma ile kendilerini ilgilendiren hususlarda düzenleme yapma imkanı tanınmasına rağmen eşlerden biri bu yola başvurmamışsa, bunun sonuçlarına katlanmalıdır.

Mali konulara ilişkin ikinci olarak tartışılması gereken, yargılama sırasında mali sonuçlarla ilgili bir düzenleme olmaksızın, kanunun bu hükmünün ihmal edilerek hakim tarafından boşanma kararı verilmesi ve mahkeme kararının kesinleşmesi halinde talep edilmeyen tazminat ve nafaka alacaklarının talep edilmesinin mümkün olup olmayacağıdır. Yargıtay ve ÖZDEMİR⁶⁰, ortada şeklen kesinleşmiş olsa bile, kanunun aradığı maddi bir koşulun gerçekleşmemesinden dolayı mevcut bir karardan bahsedilemeyeceği gerekçesiyle bu durumda anlaşmada yer almasa bile, eş tarafından bu taleplerin ayrı bir dava ile ileri sürülebileceği fikrindedirler. Biz de, aynı gerekçelerle bu görüşe katılmaktayız.

Anlaşmalı boşanma davalarında takı, eşya, taşınmaz alacağına katkı soyadını kullanma gibi hususların düzenlenmesi gerekmemektedir. Ayrıca, mali konulardaki anlaşmanın, eşler arasındaki mal rejiminin tasfiyesini

⁵⁹ ÖZDEMİR, s.160.

⁶⁰ ÖZDEMİR, s.163.

sağlaması da aranmamaktadır. Eşler anlaşmalı boşanmadan sonra bu hususlarla ilgili davalar açabilirler⁶¹.

İsviçre Hukukunda tam anlaşmalı boşanmada eşlerin anlaşmalı boşanma konusunda yapacakları anlaşmanın, özellikle evlilik rejiminin tasfiyesi, iştirak nafakası, yardım sandıkları gibi bazı mali bakımdan sonuçları ve aile konutunun kime tahsis edileceği konusunu kapsayabileceği belirtilmektedir⁶². Kısmi anlaşmada ise İMK m.112/III'e göre her eş anlaşılabilen noktalarla ilişkin taleplerini bildirir.

bb- Çocukların Durumu

TMK m.166/III'te, eşlerin boşanabilmek için çocukların durumu konusunda da anlaşmaları gerektiği belirtilmiştir. Çocukların durumu ile, boşanmadan sonra çocuğun velayetinin hangi tarafta kalacağı, velayet kendisine kalmayan eş ile çocuk arasında ne şekilde kişisel ilişki kurulacağı ve çocuk için ödenecek iştirak nafakası ifade edilmek istenmektedir.

Acaba eşlerin çocukların durumu konusundaki anlaşmaları, hakim velayet konusundaki takdir yetkisini ortadan kaldırmakta mıdır? TMK m.182'ye göre mahkeme boşanma veya ayrılığa hüküm verirken, olanak bulundukça ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasiinin veya vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler. Eşler, yaptıkları anlaşmada, çocuğun velayetinin kime kalacağını kararlaştırsalar bile, hakim, eşler arasındaki düzenlemenin, çocukların yararına olmadığı sonucuna varır ise, bu düzenlemeyi kabul etmeyecek ve eşlere değişiklik önerecektir⁶³. Eşler, hakim önerdiği değişikliği kabul etmezse anlaşmalı boşanmanın yapılması mümkün olmayacaktır⁶⁴. Bu durumda, hakim takdir yetkisinin ortadan kalktığını söylemek mümkün değildir. Hakim anlaşmalı boşanma yargılamasında her ne kadar eşlerin velayet konusundaki düzenlemeleri ile bağlı olmasa da, bu anlaşmadaki düzenleme hakim tarafından haklı gerekçeler gösterilmedikçe de reddedilemeyecektir. Kural

⁶¹ DOĞAN, Anlaşmalı Boşanma, s.1940.

⁶² WERRO, s.110.

⁶³ ÖZTAN, eşlerin aralarında anlaşmalı boşanmaya ilişkin bütün hususları kararlaştırabilmek hakkına sahip olduklarına göre, çocuğun yararına olacak bir ortak velayeti neden kararlaştıramayacaklarının sebebini açıklamanın kolay olmadığını belirtmektedir. ÖZTAN Bilge, Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velayet Sorunu, Prof.Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara 2006, s.257.

⁶⁴ Kanunun kabul ettiği bu çözümün özellikle boşanmadan çocukların uğrayacakları zararları asgari düzeye indirmek yönelik olduğu hususunda bkz: OĞUZMAN/DURAL, s.130.

olarak çocuğun çıkarını en iyi tayin edebilecek olan ana ve baba olduğundan anne ve babanın velayet konusundaki düzenlemeleri, ancak onların velayet konusunda eşit konumda olmaları halinde hakim için bağlayıcı olmak gerekir⁶⁵. Hakim, velayet konusunda karar verirken elinde kararına dayanak olacak yeterli veri bulunmuyorsa, resen araştırma yapması ve çocuğun geleceğine en uygun kararı vermesi gereklidir.

Yargıtay, müşterek çocuk için iştirak nafakası takdir edilmemesi yolundaki tarafların beyanlarına, bu beyanların tarafın ileriki yıllarda iştirak nafakası istemesine engel teşkil etmeyeceği gerekçesiyle mahkemenin müdahale edemeyeceği ve diğer unsurlar da mevcutsa anlaşmalı boşanmaya karar verilmesi görüşündedir. BULUT, tarafların müşterek çocuk için iştirak nafakası talep etmemeleri halinde mahkemenin anlaşmaya sırf bu nedenle müdahale etmemesinin ancak tarafların belirledikleri iştirak nafakasına müdahalede bulunarak çocuğun ihtiyaçları ve tarafların sosyal ekonomik durumlarına göre nafaka miktarını denetleyerek çocuğun yararları noktasında müdahalede bulunması gerektiği, aksi takdirde çocuğun menfaatlerinin zedelenebileceği fikrindedir⁶⁶. Biz de BULUT'un görüşüne katılmakla beraber, anlaşmalı boşanmada mümkün mertebeye tarafların iradelerine öncelik vermek söz konusu olacağından belirlenen iştirak nafakası miktarına hakim tarafların boşanmasını çok zorlaştırmayacak biçimde müdahale etmesi gerektiği fikrindeyiz. Hakim, böylece çocuğun menfaatleri ile tarafların boşanma yönündeki menfaatleri arasında çocuğun menfaati lehine denge kurarak miktar belirleme yoluna gidecektir.

bc- Anlaşmada Taraflarca Düzenlenebilecek Diğer Konular

TMK m.166/III'te eşlerin mali ve çocukların durumu konularında düzenleme yapmaları istenilmekle beraber, eşler bu konular dışında da anlaşmada değişik konulara ilişkin düzenlemeler yapabilirler. Örneğin eşler aralarında anlaşarak, boşanan kadının boşanmadan sonra boşandığı eşinin soyadını taşıyacağını kararlaştırabilirler⁶⁷.

Taraflar, aralarında yapacakları anlaşmada, boşanmadan önce yapılmış ölüme bağlı tasarruflar ile temin olunan menfaatler ve mal rejiminin tasfiyesi konularına da yer verebilirler⁶⁸. Yine taraflar, hazırlayacakları anlaşmayla aile konutunun taraflardan birine bırakılmasını öngörebilirler.

⁶⁵ OKTAY ÖZDEMİR, s.1240.

⁶⁶ BULUT; s.54.

⁶⁷ ÖZTAN, Makale s.133.

⁶⁸ ÖZDEMİR, s.167-168.

Hakim de anlaşmada gerekli gördüğü bir değişiklik olarak, aile konutunun ihtiyacı olan eşte kalmasını öngörebilir. Konutun kira sözleşmesine dayanması durumunda, hakim sözleşmedeki hak ve yükümlülüklerin konuta ihtiyacı olan eşe devredilmesine karar verebilir. Konutun diğer eşin mülkiyetinde olması durumunda ise, hakim takdir yetkisini kullanarak tazminat ve yoksulluk nafakası karşılığında belli bir süre konutta oturma hakkının ihtiyacı olan eşe bırakılması yolunda düzenleme yapılmasını sağlamalıdır⁶⁹.

c- Tarafların Yapacağı Anlaşmayı Hakimin Uygun Bulması ca- Genel Olarak

Anlaşmalı boşanmak isteyen eşler, kanunda belirtildiği üzere, boşanmanın mali sonuçları ve çocukların durumu konusunda uzlaşmaya varmak zorundadırlar. Eşler, üzerinde uzlaştıkları düzenlemeyi hakimin onayına sunacaklardır. Hakimin, eşlerin önüne getirdiği düzenlemeyi, özellikle eşlerin ve çocukların menfaatleri açısından denetlemesi gerekmektedir. Anlaşmada kanuna aykırılık varsa, anlaşmanın şartları bir taraf için mali açıdan sömürülme, kullanılma oluşturuyorsa, taraflardan birinin kanunda yer alan düzenlenmelerden ayrılarak yeni bir anlaşma yapması için uygun sebepleri yoksa veya hakkaniyet prensibi altında taraflardan birinin kanundaki düzenlemeden ayrılması adil olmayan sonuçlara götürüyorsa ya da anlaşma taraflardan birinin adaletsiz sonuç yaratacaksa anlaşmada yer alan hükümler belirsiz ise anlaşma yapıldıktan sonra tarafların durumlarında değişiklik olmuşsa hakim anlaşmayı onaylamayacaktır⁷⁰. Hakim belirtilen sebeplerle düzenlemeyi yerinde görmez ise, gerekli gördüğü değişiklikleri eşlere önerecek ve eşlerin değişikliklerle birlikte bir bütün halinde düzenlemeyi kabul etmeleri halinde kanunun aradığı bu koşul yerine gelmiş olacaktır⁷¹.

TMK m.166/III'e göre tarafların yapacağı düzenlemenin mutlaka yazılı şekilde yapılması aranmamaktadır. Eşler, yazılı değil de, duruşma sırasında bu konudaki düzenlemelerini sözlü olarak hakime bildirip açıklayıp tutanağa geçirebilirler⁷².

⁶⁹ ÖZTAN, Aile Hukuku, s.420.

⁷⁰ GRASSINGER, s.238.

⁷¹ ÖZDEMİR, s.170.

⁷² Bir vaade dayanan beyanlar ya da tam uyuşma sağlanamamış iradelerin anlaşma olarak yorumlanmayacağı hususunda bkz: ÇAKIN, s.75.

cb- Hakimin Müdahalesi

TMK m.166/III'te, hakimin eşlerin önüne getirdikleri düzenleme ile bağlı olmadığı, anlaşmada uygun bulunduğu değişiklikleri yapabileceği belirtilmektedir. ÖZDEMİR⁷³, bağlı olmamayı hakimin, eşler tarafından önüne getirilen bu düzenlemede, takdir hakkı çerçevesinde, eşlerin ve çocukların menfaatlerine bir aykırılık bulunduğu vicdanen inanması halinde bağlı olmadığı, düzenlemenin menfaatlere uygun bir hale getirilmesini isteyebileceği şeklinde anlamak gerektiğini, tersi durumda hakimin anlaşmayı uygun bulmamasının haklı bir gerekçesinin bulunmayacağını ileri sürmektedir.

Hakim eşlerin mahkemeye getirdikleri düzenleme konusunda, bizzat eşler ve çocuklar açısından bir sakınca görüyorsa, sakıncaları giderecek şekilde eşlere bu düzenleme üzerinde değişiklik yapılmasını teklif edecektir. ÖZDEMİR, hakimin, duruşmada eşlerin kendi düzenlemelerindeki sakıncaların neler olduğunu ve bu sakıncaların, hakimin önerisinin kabulü halinde ne şekilde giderilebileceğinin açıklaması gerektiğini ileri sürmektedir⁷⁴.

Hakim, eşler tarafından önüne getirilen düzenlemeyi uygun görmüyor ise, değişiklik önermeden, düzenlemenin uygun bulunmadığından bahsederek anlaşmalı boşanma istemini reddedemez⁷⁵. Düzenlemeyi, tamamen veya kısmen, hangi sebeple uygun görmediğini eşlere açıklayarak, bu düzenlemenin ne şekilde değiştirilmesi veya bu düzenlemeye ne şekilde bir ek yapılması halinde onların ve çocukların yararına olacağı hususunda eşleri aydınlatmalı ve değişiklik önerisini ortaya koymalıdır.

Kanun koyucu eşlerin anlaşmasına dayalı boşanma sebebinde "Bu halde tarafların ikrarlarının hakimi bağlamayacağı hükmü uygulanmaz" demek suretiyle boşanma davalarında uygulanmakta olan ve TMK m.184/b.III'te açıkça ifade edilmiş bulunan" tarafların ikrarlarının hakimi bağlamayacağı" ilkesine bir istisna getirmiş olmaktadır (TMK m.166/III son)⁷⁶.

⁷³ ÖZDEMİR, s.171.

⁷⁴ ÖZDEMİR, s.172.

⁷⁵ Y. 2.HD, 21.12.1994, E.1994/12452, K.1994/12480,"Eğer, hakim, boşanmanın mali hükümleri ile çocukların durumu hakkında taraflarca getirilen projeyi uygun bulmadığını belirtmemiş ve uygun gördüğü değişiklikleri tarafların bilgisine sunmamışsa, tarafların projesini uygun görmüş sayılır. Bu durumda, anlaşma koşullarına uygun karar vermek zorundadır." (www.kazanci.com.tr, alınma tarihi: 01.04.2007)

⁷⁶ AKINTÜRK, s.264.

İMİK m.140/II'ye göre, eşlerin anlaşması, anlam bakımından açık ve tamamlanmış olmalıdır. Eğer, anlaşma açık değilse ve tamamlanmamışsa, hakim taraflara metni düzeltme ve geliştirme imkanı vermelidir. Eğer sadece küçük noktalarda düzeltme gerekliyse, değişiklik duruşmada doğrudan yapılabileceği gibi daha sonradan yazılı bir şekilde yapılabilir. Eğer anlaşmada önemli değişiklikler yapılması söz konusuysa, hakim, bu durumda bu konuyu bekletici mesele yapabilir ve taraflar kabul edilebilir bir metin üzerinde anlaşmaya varmışlarsa duruşmaya kaldığı yerden devam eder⁷⁷.

İsviçre hukukunda, hakim ilke olarak anlaşmayı ya tamamiyle kabul eder ya da tümünden reddeder. Hakimin anlaşmanın bir kısmını kabul etmesi, anlaşma gözden çıkarılan hükümler olmaksızın tarafların bu anlaşmayı kabul edecek olmaları halinde mümkündür. Kısmi hükümsüzlük sorunu, İsviçre Borçlar Kanunu m.20/II hükmüne göre çözülmüş olmaktadır⁷⁸.

cc- Belge ve Bilgi Verme Yükümlülüğü

Hakimin, eşlerce önüne getirilen anlaşmanın uygun olduğunu saptaması ve denetlemesi gerekmektedir. Hakim, takdir yetkisi çerçevesinde, anlaşmanın somut olaya uygunluğunu, eşler açısından var olan koşullar altında daha iyi bir anlaşma olup olmadığını araştıracaktır. Bu kontrolü yapabilmesi için de bilgi ve belgelere ihtiyaç duyacaktır.

Eşler, mahkemeye başvururken, aralarındaki anlaşmanın hakim tarafından denetimine olanak sağlayacak belgeleri de mahkemeye vereceklerdir. Belgelerin, tam ve gerçeğe uygunluğu, hakimin, eşler arasındaki anlaşmanın hakkaniyete uygunluğunu denetleyebilmesi için şarttır. Bu nedenle de, hakim, nitelik ve nicelik açısından yeterli belgenin önüne getirilmiş olduğundan emin olmalıdır. Bu konuda kuşku duymasını gerektiren durumlarda da resen araştırma yoluna gidebilir⁷⁹. ÖZTAN⁸⁰, hakimin, tarafların mal varlıklarının bir envanterinin kendisine bildirilmesini isteyebileceği fikrindedir.

ÖZDEMİR⁸¹, hakimin yeterli ön incelemeyi ve kontrolü yapabilmesi için, anlaşmanın ve belgelerin, eşlerin dinlenilmesinden önce mahkemeye verilmiş ve başka yerlerden getirtilecek belgelerin de getirilmiş, bu an-

⁷⁷ PERRIN, s.16.

⁷⁸ WERRO, s.112.

⁷⁹ ÖZDEMİR, s.177.

⁸⁰ ÖZTAN, Makale, s.133.

⁸¹ ÖZDEMİR, s.178.

lamda da dosyanın tamamlanmış olması gerektiği fikrindedir. Yazara göre, anlaşmanın, hakkaniyete uygunluğunun eşlerin dinlenmesinden önce mahkemeye getirilen belgelerden büyük ölçüde belirgin hale gelmiş olması gerekir. Dilekçenin verilmesi üzerine mahkeme, eşleri dinleme için davet etmeden önce, dilekçe ekindeki belgeleri incelemeli, varsa eksiklikleri gidermelerini eşlerden istemelidir. Yine, bu arada önüne gelen belgelerden vardığı sonuca göre, gerekirse resen araştırmasını sürdürmelidir. Bu ön inceleme tamamlandıktan sonra eşler dinlenme için çağrılmalıdır. Hakim, yukarıda belirtildiği şekilde denetimini yaparken, belgelerin tamlığı veya içeriklerinin doğruluğu hakkında bir iz, belirti nedeni ile bir kuşkuya düşer ise, resen araştırma yapabilecek, eşlerden yeni belge ve bilgi isteyebilecek ve sonucuna göre de gerekirse onay vermekten kaçınabilecek, anlaşmalı boşanma yolunu kapatabilecektir⁸².

cd- Anlaşmanın Mahkeme Kararının Sonuç Kısmında Yer Alması

TMK m.166/III'e göre anlaşarak boşanmak isteyen eşler, aralarındaki anlaşmayı mahkemeye sunduktan ve gerektiğinde hakim tarafından değiştirildikten sonra, eşler ve hakimin katılımıyla ortaya çıkan bu anlaşma, boşanma kararı ile birlikte kararın ve yazılı kararın sonuç kısmında yer almalıdır⁸³.

Anlaşmalı boşanmaya dair kararda, eşlerin üzerinde uzlaştıkları ve hakimin onayından geçen düzenlemenin, karar sonucunda açık ve icra edilebilir bir şekilde, boşanan eşlerin hak ve yükümlülüklerini hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde gösterir bir biçimde ve yine herhangi bir şarta bağlı olmaksızın yer alması gereklidir. Mahkemece verilecek karar, eşlerin anlaşmış oldukları konuları da içerecek ve bu anlamda bir eda kararı olacaktır. Kısa ve gerekçeli kararda, düzenlemede üzerinde anlaşılan hususları tek tek belirtilmeyip düzenlemeye atıf yapılmakla yetinildiği hallerde de, boşanma kararının infaz edilmesi gerektiği savunulmaktadır.

ce- Kısmi Boşanmanın Mümkün Olması

Boşanma konusunda anlaşmış, ancak yan sonuçlar konusunda kısmen ya da hiç anlaşmamış eşler açısından da anlaşmalı boşanma mümkün olabilir. Hakimin eşlerce önüne getirilen anlaşmayı uygun bulmaması

⁸² ÖZDEMİR, s.179.

⁸³ GRASSINGER, s.237-238; ÖZDEMİR, s.180.

ve eşlere değişiklik önerebilmesi karşısında, eşlerin üzerinde anlaşamadıkları yan sonuçların çözümünü hakime bırakma konusunda anlaşmaya varmaları ve bu konularda hakimin çözümünü de kabul etmeleri mümkündür.⁸⁴

İMK m.112'ye göre kısmi anlaşma suretiyle boşanma mümkündür. Kısmi anlaşma, eşlerin sadece boşanma konusunda anlaşmaları halinde söz konusu olmaktadır. Hakim, eşlerin boşanma konusundaki dilekçelerini aldığı anda, tam anlaşmalı boşanmada olduğu gibi eşlerin iradelerini serbestçe açıkladıkları kanaatine varmalıdır. İMK m.112/I'e göre eşler, hakime anlaşmazlık bulunan yan noktalardaki sonuçların çözümünü hakime bıraktıklarını açıklamalıdır. Anlaşmazlık bulunan noktalar bakımından, taraflar iddialarını desteklemek için delillerini ileri sürmeli ve hakimin anlaşmazlık bulunan noktalara ilişkin mahkeme kararında bildirilen sonuçlarını kabullenmelidir⁸⁵. Kısmi boşanmada, tam anlaşmalı boşanmaya ilişkin yargılama usulü uygulanmaktadır.

d- Mahkemenin Kararı

MK m.166/III hükmünün aradığı tüm koşullar yerine geldiğinde mahkemenin kararı, boşanma kararı ile birlikte, tarafların ihtiyarında olan yan sonuçlar ve mahkeme tarafından düzenlenecek yan sonuçların tümü bir bütün oluşturacak şekilde verilecektir⁸⁶. Anlaşmalı boşanmalarda verilecek hükümler HUMK'un 388.maddesine uygun ve duraksamaya yer verilmeden icraya elverişli olmalıdır⁸⁷.

Kanun, burada evlilik birliğinin sarsıldığı karinesini kabul ettiğinden, hakim artık ayrılığa değil sadece boşanmaya hükmedecektir. Anlaşmalı boşanmanın kanundaki düzenleniş biçimi, ve boşanmanın yan sonuçları anlaşmasının düzenlenişi, anlaşmalı ayrılık kurumuna yer olmadığı sonucuna varılmasına yol açmaktadır. Taraflar da, TMK m.166/III şartları ile mahkemeye başvurmuş iseler, anlaşmalı ayrılık değil boşanma isteyebilirler⁸⁸.

İMK m.111/II'ye göre eşler dinlendikten sonra, iki aylık bir düşünme süresinin geçirilmesi ve bu sürenin sonunda da, eşlerce, boşanma irade-

⁸⁴ ÖZDEMİR, s.184.

⁸⁵ WERRO, s.115.

⁸⁶ ÖZDEMİR, s.184.

⁸⁷ DOĞAN, Anlaşmalı Boşanma, s.1941.; Yargıtay'a göre, anlaşmalı boşanmada taraflar arasındaki anlaşma ve protokol hüküm fıkrasına infazda tereddüde yer vermeyecek şekilde geçirilmelidir. Y.2HD.21.10.2004, 10734-12314(ÖZUĞURLU, s.459)

⁸⁸ HATEMİ Hüseyin / SEROZAN Rona, Aile Hukuku, İstanbul 1993, s.238.

lerinin ve anlaşmalarının yazılı olarak onaylanması durumunda boşanma kararı verileceği öngörülmektedir. Düşünme süresi ve yazılı onay ile amaçlanan eşlere boşanma ve yan sonuçlara ilişkin anlaşma üzerinde son bir kez düşünme, arzularından emin olma olanağının verilmesidir⁸⁹. İMK m.149/I'e göre ortak taleple başvuru sonucu alınan boşanma kararına karşı normal temyiz yolu sadece irade sakatlığı ve ortak taleple boşanmaya ilişkin federal usul hükümlerine aykırılık iddiası ile mümkündür. İMK m.149/II'ye göre, eğer eşlerden birisi ortak anlaşma ile düzenlenen boşanma sonuçlarına ilişkin temyiz talebinde bulunursa diğer eş hakim tarafından belirlenen sürede, kararın ilgili kısmının değişmesi halinde boşanmaya onayını geri alabileceğini açıklayabilir.

ÖZDEMİR, Türk Hukukunda eşlerin anlaşarak boşanabilmeleri için bir düşünme süresi ve sonrasında yazılı onay şartı aranmadığını, düşünme süresinin ve yazılı onayın bulunmamasının, Türk Hukuku açısından bir eksiklik olarak değerlendirilebileceğini belirtmektedir⁹⁰. Bizce, tarafların anlaşmalı boşanabilmek için anlaşmanın mali sonuçları ile çocukların durumu ile ilgili düzenleme yapmaları, ve hakimin bu düzenlemeyi uygun bulmasının belli bir zaman gerektireceği göz önüne alındığında, bir de eşlerin düşünmeleri için iki aylık bir sürenin tanınması gereksizdir. Bu sürenin kabulü halinde, eşler TMK m.166/III yerine m.166/I'deki evlilik birliğinin temelinden sarsılması yoluna başvurarak anlaşmalı boşanmayı fiilen uygulanmaz hale getirebilirler.

Boşanma konusunda anlaşan eşlerden birisinin, tek taraflı olarak TMK m.166/III hükmü doğrultusunda mahkemeye başvurması, ancak yargılama aşamasında, anlaşmalı boşanmanın koşullarının sağlanamaması halinde, bu nedenle boşanma talebi geri çevrilmemeli, talepte bulunan eşe, talebini davaya dönüştürerek, ek dilekçe sunabilmesi imkanın verilecek ve bu doğrultuda delillerini ibraz olanağı sağlanarak TMK m.166/I-II-IV doğrultusunda yargılamaya devam edilebilmelidir⁹¹.

⁸⁹ Kanunla tanınmış bu süre, uzatılması veya kısaltılması mümkün olmayan emredici bir süredir. WERRO, s.114.

⁹⁰ ÖZDEMİR, s.186.

⁹¹ ÖZDEMİR, TMK m.161-165 hükümlerine dayanarak da davaya devam edilebileceği, ortak dilekçeyle anlaşma boşanma istemi ile mahkemeye başvurulması halinde de bu imkanın geçerli olması gerektiği fikrindedir. ÖZDEMİR, s.189.

II- Ortak Hayatın Kurulamaması ya da Fiili Ayrılık Sebebiyle Boşanma

A- Genel Olarak

Evlilik, eşlerin ömür boyu yaşamasını gerektiren bir birliktir. Çeşitli nedenlerle kısa süreli ayrılıklar bu birliğin devamlılığını engelleyemez. Ancak, eşlerdeki bu birlikte yaşama arzusu yok olduğu zaman fiilen ayrı yaşamaya⁹² başlarlar. Böyle bir durumda o evliliğin ne amacı ve ne de anlamı kalmış demektir. Kağıt üzerinde devam eden evlilik, gerçek anlamda bir evlilik sağlamaz. Toplumun o evlilikten beklediği yarar artık gerçekleşmez. Eşlerin bir araya gelmek istememeleri, o evlilikte saygı ve sevginin tükendiğinin göstergesidir. Bütün bunları bile bile evlilik bağının çözülmemesi yoluyla şekli bir evliliğin devamına göz yummak ise, eşleri evlilik dışı yasak ilişkilere sürükler ve bundan en başta toplum zarar görür⁹³.

TMK m.166/son'a göre, boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış davanın reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç yıl geçmesi halinde, her ne sebeple olursa olsun ortak hayat yeniden kurulamamışsa, eşlerden birinin talebi üzerine boşanmaya karar verilir.

Kanun koyucu 166'ncı maddeye son fıkrayı eklerken, fiilen çözülmüş olan evliliklerin zorla devam ettirilmesinde eşler ve toplum açısından bir fayda kalmadığı görüşünden hareket etmiştir⁹⁴. Açılan boşanma davasının reddine dair kararın kesinleşmesinin üzerinden üç yıl geçmesine rağmen, eşler bu süre içinde evlilik birliğini yeniden kuramamışlarsa, artık bu birliği hukuken geçerli saymanın bir anlamının olmayacağı görüşünü benimseyen kanun koyucu, bu durumda eşlerden herhangi birinin boşanma davasını açabileceğini kabul etmiştir. Davayı açan eş kusurlu da olsa, hakim boşanma kararı verecektir⁹⁵.

İMK m.114'e göre, boşanma davası açıldığında veya tek taraflı talebin ortak dilekçenin yerini aldığı günde taraflar en az iki yıl ayrı yaşamışlarsa, eşlerden biri, boşanmayı talep edebilir. İsviçre'de eğer ayrılık, özel-

⁹² Fiili ayrılık kavramının aile hukukundaki anlamı eşlerin evlilik birliği içinde kendilerinden beklenen birlikte yaşama yükümlülüğünü yerine getiremerek kanunun aradığı belli bir süre boyunca ayrı yaşamalarıdır. Yani eşler arasındaki ortak yaşamın bir türlü kurulamamasıdır. ÜNAL Akın, Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.II S.1-2 Kayseri 2007, s.295.

⁹³ ÇAKIN, s.77-78.;BULUT,s.60.

⁹⁴ DURAL/GÜMÜŞ/ÖĞÜZ, s.121-122.

⁹⁵ ÖZTAN, Aile Hukuku, s.422.

likle belli birkaç yıl boyunca uzamışsa, evlilik birliğinin iyileştirilemeyecek derecede sarsılmış olduğu fikri hakimdir⁹⁶. Eğer ortak hayatın tatili iki yıl sürmüştü, ayrı yaşanan bu iki yılın sonunda davalı eş artık boşanma kararı üzerine direnemez⁹⁷.

Türk Hukukunda TMK m.166/son'a göre dava açılması için, kanun koyucu bazı şartların varlığını aramıştır.

B- Şartları

1- Daha Önce Herhangi Bir Boşanma Sebebine Dayanılarak Açılan Davanın Reddedilmiş Olması

Davanın hangi eş tarafından, hangi sebebe dayanılarak açılmış olduğunun hiç önemi yoktur. Hatta hiçbir boşanma sebebi yokken bile açılmış olan boşanma davasının reddedilmiş olması yeterlidir⁹⁸. Diğer bir deyişle hangi nedene dayanırsa dayansın ortada kesinleşmiş bir red kararının bulunması, süre ve müşterek hayatın kurulamaması unsurlarının da varlığı halinde boşanma kararının verilmesi içi yeterlidir⁹⁹.

Kanun koyucu eşlerden biri tarafından boşanma davası açılıp reddedilmedikçe mevcut fiili ayrılığa önem vermemiştir. Yani eşler, boşanma davası açılmadan ne kadar uzun süredir ayrı yaşamakta olursa olsunlar, daha önceden açılıp reddedilmiş bir dava mevcut olmadığı için TMK m.166/IV'e dayanılarak dava açılmayacaktır¹⁰⁰.

Yargıtay, yetkisizlik sebebiyle boşanma davasının reddedilmesinin TMK m.166/son'daki redle sonuçlanan dava olmadığını belirtmektedir¹⁰¹. Yargıtay, yine ayrıca, dava açıldıktan sonra, davayı açan eş davadan feragat etse de, feragatten itibaren üç senenin geçmesi halinde, boşanma davası açılabilirliğini kabul etmektedir¹⁰². DURAL, kanunun açılmış olan boşanma davasının reddini aramakta olduğunu, davadan feragatin ise

⁹⁶ PERRIN, s.23.

⁹⁷ HELVACI Serap, İsviçre ve Türk Hukuklarında Boşanma Sebepleri, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55.Yaşgünü Armağanı, C.II, İstanbul 2002, s.1155.

⁹⁸ BULUT; ülkemizde bazen yıllarca süren boşanma davalarının varlığı da düşünülecek olursa TMK m.166/IV düzenlemesine herhangi bir nedenle açılıp da üç yıllık süre içerisinde sonuçlandırılmayan ve yeniden evlilik birliğinin tesisine imkan olmamamsı halinin de eklenmesi gerektiği fikrindedir. BULUT, s.60.

⁹⁹ BULUT, s.60.

¹⁰⁰ ÇAKIN, s.82.

¹⁰¹ Y. 2.HD., 13.06.1995, E:1995/4259, K:1995/6934., (RUHİ, s.251) ;Davanın reddedilmiş sayılması için işlem esasına girilerek karar verilmiş olması gerekir. ÜNAL, s.301.

¹⁰² YHGK, 12.04.1995, E.1995/2-138, K.1995/384, (RUHİ, s.251)

davanın reddi olmadığını, boşanma davasından feragatin çoğunlukla boşanma sebebinin ortadan kalktığını belirttiğini ileri sürmektedir¹⁰³. Bizce de TMK m.166/IV hükmü açıkça boşanma davasının reddini aradığından, davadan feragat halinde de fiili ayrılık nedeniyle boşanma davası açmak mümkün gözükmemektedir¹⁰⁴. Yargıtay, ayrıca, gaiplik nedeni ile evliliğin feshi veya butlan nedeni ile evliliğin iptali davası neticesinde verilen red kararının, red ile sonuçlanan dava anlamında olmadığını, bu red kararının üç yıllık fiili ayrılık süresinin başlangıcına esas alınmayacağını belirtmektedir¹⁰⁵.

2- Red Kararının Kesinleşmesini Takiben Üç Yıllık bir Sürenin Geçmesi

Üç yıllık süre yeni boşanma davası açıldığı zaman dolmuş olmalıdır. Bu süre red kararının kesinleştiği anda başlar¹⁰⁶. Kanunda yer alan "bu kararın kesinleştiği tarihten itibaren" ibaresi, yalnızca sürenin başlangıç tarihini belirtmek içindir. Red kararının kesinleşmesi için, yerel mahkeme ilamının aranmasına ilişkin Yargıtay kararının taraflara tebliği zorunludur; çünkü tarafların Yargıtay ilamlarına karşı tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde karar düzeltme talebinde bulunma hakkı vardır. Yargıtay ilamı taraflara tebliğ edilmedikçe red kararı kesinleşmiş sayılamaz¹⁰⁷.

Reddedilen davaya ait karar, Türk mahkemelerinden alınmış bir karar olacağı gibi, yabancı ülke mahkemelerinden birinde açılmış ve Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun şartları yerine getirilmek kaydıyla kesinleşmiş bir karar olması da mümkündür. Önemli olan yabancı mahkemeden alınan kararın Türk Mahkemeleri tarafından tanınması ve kesinleşmiş olmasıdır. Üç yıllık sürenin başlangıcı da tanınma kararının kesinleşmesi tarihinden itibaren işlemeye başlar. Eğer yabancı mahkemenin red kararı tanınmamış ise fiili ayrılık nedeniyle boşanma davası açılmaz¹⁰⁸.

Üç yıllık sürenin kesintisiz olarak devam etmesi gerekir. Üç yıl içinde, eşlerin zaman zaman bir araya gelmeleri ortak hayatın kurulduğu anla-

¹⁰³ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.122.; karşıt görüşte: CAMCI, s.60.

¹⁰⁴ Aynı yönde ÜNAL, s.300.

¹⁰⁵ Y. 2.HD., 29.12.1993, E.1993/12395, K.1993/12774, (RUHİ, s.248.)

¹⁰⁶ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.122.

¹⁰⁷ Y. 2.HD, 20.06.1995, E.1995/4420, K.1995/7230., (RUHİ, s.252.)

¹⁰⁸ ÜNAL, s.303.; ÖZÜĞURLU, s.495.

mına gelmez¹⁰⁹. Eşlerin çocuğu görmek, hasta ziyaretleri, düğün veya cenazelerde görüşmeleri, bir konuyu konuşmak için görüşmeleri gibi insani ilişkilerden kaynaklanan evlilik birliğinin devamını gütmeyen kısa sürelerle bir araya gelmeleri ortak hayatın yeniden kurulması olarak değerlendirilemez¹¹⁰. Bu süre içinde, eşlerin belirli bir dönemde ortak hayatı kurmuş olmaları, daha sonra yeniden ayrılırlar bile, TMK m.166/IV'e göre boşanma davasının açılmasını engeller¹¹¹. Süre, hakkın varlık nedeni olduğu için, hakim bunu resen göz önüne almak zorundadır¹¹². Üç yıl geçtikten sonra, eşlerin daha boşanma davası açılmadan evlilik birliğini kurmuş olmaları ihtimalinde de TMK m.166/4'e dayanarak boşanma davası açılmaz. Boşanma davası üç yıldan daha sonra açılacak olsa bile, evlilik birliğinin kurulmamış olmasının dava anında da devam ediyor olması gerekir. TMK m.166/IV'e göre boşanma davası açıldıktan sonra, evlilik birliğinin kurulması, boşanma kararının verilmesine engel olmaz¹¹³. Bu durumda, anacak, dava açan eş, davadan feragat ederse, boşanma kararı verilmez.

TMK m.166/IV hükmü, eşlerin fiziksel olarak ayrı yaşama halini aramaktadır. Eşlerin aynı çatı altında, fakat ayrı yaşamaları durumu, TMK m.166/IV'e göre boşanabilmeleri için yeterli değildir¹¹⁴. İsviçre Hukukunda, eşler aynı evde banyo ve mutfak paylaşsalar bile eğer ayrı yaşama iradeleri belirlenebiliyorsa, fiili ayrılık durumunun söz konusu olabileceği ileri sürülmektedir¹¹⁵. Alman Hukukunda mahkeme içtihatları aynı konutta ayrı odalarda yatma gibi yerel bir ayrılık mevcut olmalıdır. Bundan başka eşler arasında önemli kişisel temasların zorunluluk halleri dışında olmaması gerekmektedir. Kadının kocası için de yemek yapması, eşlerin yemeklerini aynı masada aynı anda yemeleri ayrı yaşamı engeller görüşü hakimdir¹¹⁶.

¹⁰⁹ Evlilik birliğinin devam edip etmeyeceğini görüşmek amacı ile bir araya gelme fiili ayrılık nedeni ile boşanma davası açılmasına engel değildir. **YHGK**, 30.4.1997, **E.1997/2-110**, **K.1997/369**, (RUHİ, s.254.); ÖZUĞURLU, s.494.

¹¹⁰ BULUT, s.62.; ÜNAL, s.304.

¹¹¹ Eşlerin cinsel ihtiyaçlarını tatmin için bir araya gelmeleri halinde de süre kesilmektedir. Cinsel ihtiyaçların tatmini evlilikte bir amaç olmasa bile evliliğin doğal bir sonucudur. ÜNAL, s.304-305.

¹¹² ÖZTAN, Aile Hukuku, s.424.

¹¹³ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.123.

¹¹⁴ CAMCI, s.61.

¹¹⁵ SANDOZ Suzette, Premieres Interpretations Jurisprudentielles du Nouveau Droit de Divorce, Revue Jurassienne de Jurisprudence, Lausanne 2002, s.12.

¹¹⁶ BURCUOĞLU Haluk, Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler, İHFİM 1982-1983 S.1-4 C.XLVIII, s.122

Eşler birinci davanın reddinden sonra bir araya gelememiş olsalar bile evliliğin kendilerine yüklediği bir takım görevlere de uymak zorundadırlar. Yani eşlerin sadakat yükümlülüğü, evin geçimini sağlama yükümlülüğü, kadının kocasının soyadını taşıma gibi hak ve yükümlülükleri devam etmektedir¹¹⁷.

3- Eşlerden Birinin Boşanma Davası Açmış Olması

TMK m.166/IV'e göre, boşanma kararının kesinleşmesinin üzerinden üç yıl geçtikten sonra, eşlerden herhangi biri boşanma davası açabilir¹¹⁸. Davayı açacak eşin kusurlu olup olmadığı artık herhangi bir önem taşımaz¹¹⁹. Bu bakımdan, boşanmaya yol açan olguların sorumlusu olan eş, daha önce açtığı boşanma davası reddedildikten sonra, yine kendisi ortak hayatı kurtarmaktan kaçınmış olsa bile, üç yıllık süre dolunca TMK m.166/IV'e dayanarak yeni boşanma davasını açacak olursa hakim boşanmaya karar vermek zorundadır. Davalı eş, bu halde, davacı eşin daha kusurlu olduğunu ileri sürerek boşanma kararının verilmesini engelleyemez. DURAL'a göre¹²⁰ bu hükmün yerinde olup olmadığı tartışmalıdır. Yazara göre, bir ölçüde boşanmaya sebep olan olaylarda kusurlu olan eşe prim verilmektedir. Örneğin, zina yapan eşin daha önce TMK m.166/I'e göre açtığı dava, davalının, onun daha kusurlu olduğu defini ileri sürdüğü için reddedilmesinden sonra, zina yapan eş, üç yıl bekleyip, TMK m.166/IV'e göre dava açarak, boşanmayı elde edebilir.

SONUÇ

Anlaşmalı boşanma, eşlerin kendi özgür iradeleriyle anlaşarak aralarındaki evlilik ilişkisine son vermeleri anlamına gelmektedir. TMK m.166/III'e göre, evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurusu veya bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı kabul edilmiştir.

Mahkemeye başvuruda eşlerin ortak dilekçe ile mahkemeye başvurmaları ya da uygulamada görüldüğü gibi, bir eşin imzasını taşıyan dilekçenin mahkemeye verilmesi anlaşmalı boşanma prosedürünün başlaması için yeterli olacaktır. Bir eşin açtığı davayı diğerinin kabul etmesi halinde ise, göz önünde bulundurulması gereken husus, özel boşanma sebepleri-

¹¹⁷ ÜNAL, s.305; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.124

¹¹⁸ ÖZTAN, Aile Hukuku, s.426.

¹¹⁹ CAMCI, s.58.; ÜNAL, s.306.

¹²⁰ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.123-124.

ne dayanarak açılan davalarda da anlaşmalı boşanmanın sağlanabileceğidir.

İMK düzenlemesinden farklı olarak, yargılama esnasında tarafların sadece bir kez dinlenilmeleri boşanma davasının yürütülmesi açısından uygun bir düzenleme iken, çocuğun dinlenilmesi imkanının TMK m.166/III ile getirilmemesi anlaşmalı boşanmanın taraf menfaatlerine uygun bir şekilde sonuçlandırılmasını engellemektedir.

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

TMK m.166/IV'te ise ortak hayatın kurulamaması sebebiyle boşanma düzenlenmektedir. Kağıt üzerindeki evliliklere son vermeyi amaçlayan bu kanuni düzenleme, herhangi bir boşanma nedenine dayalı olarak eşlerden birinin açtığı boşanma davası reddedildikten sonra, red kararının kesinleşmesinden başlayarak üç yıl geçtikten sonra, her ne sebeple olursa olsun müşterek hayat yeniden kurulamamış ise, eşlerden birinin talebi üzerine tarafların kusurları araştırılmayarak boşanmaya karar verilecektir.

KAYNAKÇA

AKINTÜRK Turgut: Türk Medeni Hukuku Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku İkinci Cilt, 9.Bası, İstanbul 2004.

BAYGIN Cem: 4721 Sayılı Yeni Medeni Kanununun Evlenme, Boşanma ve Evliliğin Genel Hükümleri Konusunda Getirdiği Değişiklikler, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan, C.II, İstanbul 2003, s.437-461.

BURCUOĞLU Haluk, Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler, İHFM S.1-4 C.XLVIII 1982-1983 s.121-142.

CAMCI Ömer: Boşanma ve Yoksulluk Nafakası, İstanbul 1998.

CORNU Gérard: Droit Civil La Famille, 8.edition, Paris 2003.

ÇAKIN Akın: Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma, Ankara 1999.

DOĞAN İZZET: İstanbul 1. Aile Mahkemesindeki Boşanma Davalarının Karakteristik Sonuçları, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı Medeni Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk ile İlişkili Güncel Aile Hukuku Meseleleri, İstanbul 2006.

DOĞAN İzzet; Anlaşmalı Boşanma, İstanbul Barosu Dergisi C.81 S.2007/5,s.1933-1945.

DUCROT Michel; Le Proces en Divorce et Separation de Corps Dans Le Canton de Valais, Le Nouveau Droit de Divorce, Lausanne 2000.

DURAL Mustafa/ **ÖĞÜZ** Tufan/ **GÜMÜŞ** Alper: Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul 2005.

GRASSİNGER Gülçin Elçin: Boşanma Davasında eşlerin Boşanmanın Tali Sonuçlarına İlişkin Konularda Anlaşma Yapmaları ve Konu ile İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararı, İHFM Prof.Dr. Türkan Rado'ya Armağan Sayısı, C.LV S.3,s.235-243.

GÜRSOY Kemal Tahir: Eşlerin Anlaşması Suretiyle Boşanma, Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı Boşanma Hukuku Haftası C.II, Ankara 1977.

HATEMİ Hüseyin: Aile Hukuku I Evlilik Hukuku, İstanbul 2005.

HATEMİ Hüseyin/ **SEROZAN** Rona: Aile Hukuku, İstanbul 1993.

HELVACI Serap: İsviçre ve Türk Hukuklarında Boşanma Sebepleri, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55.Yaşgünü Armağanı, C.II, İstanbul 2002.

KÖSEOĞLU Bilal: Boşanma Hukukunda Kusur İlkesinin Önemi, Terazi Hukuk Dergisi, İstanbul Eylül 2006 S.1.

MANAI Dominique: Prendre Les Droit de L'Enfant au Serieux: Le Nouveau Droit du Divorce, De L'Ancien au Nouevau Droit du Divorce, Berne 1999.

ÖĞÜZMAN M. Kemal/ **DURAL** Mustafa: Aile Hukuku, İstanbul 1998.

OKTAY ÖZDEMİR Saibe: Boşanma Davalarında Çocuklara İlişkin Kararlar Bakımından Çocuğun Dinlenme Hakkı, Prof.Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan C:2, İstanbul 2009, s.1219-1242.

ÖZDEMİR Nevzat: Türk- İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, İstanbul 2003.

ÖZTAN Bilge: 3444 Sayılı Kanunla Getirilen Değişiklikten Sonra Medeni Kanunun 134'üncü Maddesi, Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan 1925-1988, Ankara 1990, (Makale)

ÖZTAN Bilge: Aile Hukuku, 5.Bası, Ankara 2004.

ÖZTAN Bilge: Türk Hukukunda Boşanmada Birlikte Velayet Sorunu, Prof.Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara 2006, s.249-260.

ÖZUĞURLU Ali İhsan: Evlik Birliğini Sona Erdiren Nedenler Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları, Ankara 2008.

PERRIN Jean François: Les Causes de Divorce Selon Le Nouveau Droit, De L'ancien au Nouveau Droit du Divorce, Berne 1999, s.9-35.

RUHİ Ahmet Cemal: Türk Hukukunda Boşanma, Boşanmanın Sonuçları, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara 2004.

SANDOZ Suzette: Premieres Interpretations Jurisprudentielles du Nouveau Droit de Divorce, Revue Jurasienne de Jurisprudence, Lausanne 2002.

SANDOZ Suzette: Presentation du Nouveau Droit de Divorce, Le Nouveau Droit de Divorce, Lausanne 2000.

SURLU Mehmet Handan: Eşlerin Birlikte Başvurusuna Dayalı Anlaşmalı Boşanma Sisteminin Medeni Usul Hukuk Açısından Anlamı Üzerine Bir İnceleme, Prof.Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan İstanbul 2007, s.741-757.

UYAR Talih: Yargıtay Kararlarında "Evlilik Birliğinin Sarsılması veya Müşterek Hayatın Yeniden Kurulamaması Suretiyle Boşanma (MK m.134), M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000

ÜNAL Akın: Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.II S.1-2 Kayseri 2007,

WERRO Franz: Concubinage, Mariage et Démariage, Berne 2000.