T. C.
İstanbul Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Ana Bilim Dalı

Doktora Tezi

140833

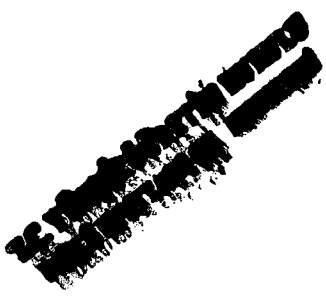
Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma

140833

Nevzat Özdemir
2502550003

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Şener Akyol

İstanbul 2003



T.C
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

TEZ ONAYI

ÖZEL HUKUK Anabilim Dalında **2502550003** numaralı **NEVZAT ÖZDEMİR'İN** hazırladığı **"TÜRK HUKUKUNDA ANLAŞMALI BOŞANMA"** konulu **DOKTORA** ile ilgili **TEZ SAVUNMA SINAVI,** Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin 28.Maddesi uyarınca **30.05.2003 CUMA Saat: 13.30'de** yapılmış ve tezinin ..KABULÜ.....'ne* **OYBİRLİĞİ** ~~OYÇOKLUĞUYLA~~ karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	KANAATİ (2)	İMZA
PROF.DR. ŞENER AKYOL	Kabul	
PROF.DR. HALUK BURCUOĞLU	KABUL	
PROF.DR. RONA SEROZAN	Kabul	
PROF.DR. SERMET AKMAN	Kabul	
DOÇ.DR. SERAP HELVACI	Kabul	

Besim Ömer Paşa Caddesi Beyazıt-34452-İstanbul
Tel:0212 440 00 00 Fax: 0212 520 85 04

ÖZET

Tezde anlaşmalı boşanmanın maddi hukuk ve usul hukuku açısından incelenmesi amaçlanmıştır. Anlaşmalı boşanma, tüm Avrupa ülkelerinde olduğu gibi Türk Hukukuna da, kanuni düzenlemeden önce fiili uygulama ile girmiştir. Anlaşmalı boşanma 1988 yılında kaynak kanunumuz olan İsviçre'den daha önce Türk hukukunda düzenlenmiştir. Bu zamandan beri de yoğun bir şekilde uygulanmaktadır.

Medeni kanunumuzda bu yılda yapılan değişiklikle getirilen hükme göre, eğer her iki eş de boşanma talebi ile mahkemeye başvurursa veya bir eşin açtığı davayı diğer eş kabul ederse evliliğin aksi kanıtlanamaz şekilde sarsıldığına ilişkin bir karine hüküm doğurmaktadır. Ancak maddi hukukun parçası haline getirilmiş usul hükümlerine göre, tarafları ve boşanmadan etkilenecek çocukları garanti altına almak için, boşanmak isteyen eşlerin mahkemeye bu taleplerini yönelttiklerinde, çocukların durumuna ve boşanmanın mali sonuçlarına ilişkin, üzerinde fikir birliğine vardıkları bir anlaşmayı da mahkemeye sunmaları aranmıştır. Hakimin boşanma kararını vermesi için bu anlaşmayı uygun bularak onaylaması da aranan diğer koşuldur.

Tezde anlaşmalı boşanma kurumu, 2000 yılında boşanma sisteminde reforma giderek Avrupa'nın en yeni boşanma hukukunu düzenleyen İsviçre yaklaşımları ile ele alınmıştır. Bu bağlamda ülkemizde, anlaşmalı boşanma uygulamasında, yeni bir yaklaşıma imkan sağlamak amacıyla gözlemlere ve önerilere yer verilmiştir.

ABSTRACT

This thesis aims at analysing the divorce by mutual consent from substantive and procedural law perspective. Divorce by consent was first introduced into Turkish law by fact as in all the European Countries. The provisions regulating this instution were adopted in Turkey in 1988 before their enactment in Switzerland, our source law. Since then, divorce by consent has become a widely spread practice.

According to this modification in civil law, the fact that the divorce is requested by both sides, would mean that the marriage has been irretrievably broken down. The parties wishing to obtain the divorce by mutual consent, must present an agreement upon the future of the children and the financial consequences of the divorce when they apply to the Court. This agreement must be approved by the judge otherwise the divorce is not pronounced.

In this thesis the divorce by consent has been dealt with the Swiss approach as it is implemented during the reforme of the divorce law enacted in 2000 which is the newest divorce law in Europe. In this context, observations and propositons are inserted in order to provide a different perspective in the shaping of the application concerning the divorce by mutual consent.

ÖNSÖZ

İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı bünyesinde doktora tezi olarak hazırladığımız, "Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma" isimli çalışmamızın amacı, çağdaş hukuk düzenlerinde yaygın bir şekilde uygulanan, eşlerin anlaşarak evlilik birliğini sona erdirme olanağına ilişkin hukuki düzenlemenin içeriğinin ortaya konulması ile, bu konuda yaşanan değişik sorunların belirlenmesi ve buna ilişkin çözüm önerilerini tartışmaya açabilmektir.

Bu amacı gerçekleştirebilmek için öncelikle, konu ile ilgili, İsviçre Hukuku başta olmak üzere, çağdaş hukuklar ile hukukumuzdaki pozitif düzenlemeler ve bunları açıklayan bilimsel eserler incelenmiş, bu incelemenin ardından uygulamada yaşanan sorunlara değinilmiş, yüksek yargı organlarının kararları da bu bağlamda irdelenmiştir.

Birey ve toplum sağlığı açısından günümüzde, Evlilik birliğinin çözülmesinde eşlerin etkin rol almaları kanun koyucular tarafından istenmekte ve boşanma hukukları bu yolda şekillendirilmektedir. Özellikle kadın eşin ekonomik açıdan yeterince gelişmemiş olduğu ülkemizde, boşanma konusunda oldukça serbest bir gelenekten geliyor olmamızın da etkisiyle, boşanma kurumuna kadının ve çocukların korunması düşüncesi ile yaklaşılmış ve bu amaç doğrultusunda bir uygulama geliştirilmiştir. Kadın ve çocuğun mağdur olacağı endişesi ile anlaşmalı boşanmaya karşı çıkılmış, boşanmanın güçleştirilmesi ile veya hiç gerçekleştirilmemesi ile, kadın ve çocuk korunmaya çalışılmıştır. Oysa bize göre, eşlerin, bir çekişme içerisine girmeksizin, bitmiş bir evliliği tasfiye aşamasında, hakimin denetim ve gözetiminde, önceden belirlenmiş kurallara bağlı kalınarak, işbirliği içerisinde olmalarının sağlanması birey ve toplum sağlığı açısından tercih edilmesi gereken çözüm şeklidir. Güçsüz olduğu düşünülen kadın ve çocuğun (ve erkeğin) korunması aslında bu şekilde üst düzeyde olacaktır. Boşanma aşamasında, boşanma hukukunun görevi ve ana amacı, her iki eş ve çocukların (her birinin) mağdur edilmemesi ve korunması olmalıdır. Anlaşmalı boşanma bu anlamda en sağlıklı yol olarak görünmektedir.

İÇİNDEKİLER

ÖZET i

ABSTRACT i

ÖNSÖZ ii

KISALTMALAR LİSTESİ xiii

GİRİŞ 1

1. BÖLÜM 3

BOŞANMA HUKUKUNUN TARİHİ GELİŞİMİ İÇERİSİNDE ANLAŞMALI BOŞANMANIN YERİ VE ANLAŞMALI BOŞANMANIN TÜRK POZİTİF HUKUKUNA GİRİŞİ 3

I- Boşanma Sistemleri ve Boşanma İlkeleri 3

A-Boşanma Sistemleri 3

1-Boşanma yasağı (Evliliğin sonsuzluğu) 4

2-Boşanma serbestisi 5

3- Boşanmanın hakim hükmüne ve belli nedenlerin varlığına dayanması. 6

B-Boşanmanın Dayandığı Temel ilkeler 7

1-Kusur ilkesi 7

2-Evlilik birliğinin temelinden sarsılması ilkesi 8

3-Elverişsizlik ilkesi 8

4- İrade ilkesi 9

5- Fiili ayrılık ilkesi 9

II- Boşanma Hukukunun Tarihi Gelişimi İçerisinde Anlaşmalı Boşanmanın Yeri 10

A-Roma Hukukunda 10

B-İslam Hukukunda 11

1- Genel olarak 11

2- İslam hukukunda anlaşmalı boşanma 13

a-Tevfiz-i talâk 13

b- Muhalea=hûl veya hulû 13

C-Kara Avrupası Hukuklarında 15

1-Fransa 15

2-Almanya 17

3-İsviçre 17

III-Anlaşmalı Boşanmanın Türk Pozitif Hukukuna Girişi 21

IV- Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanmanın Gerekliliği Ve Anlaşmalı Boşanmaya Karşı Görüşlerin Reddi 28

A-Genel Olarak 28

B-Anlaşmalı Boşanmaya Karşı Görüşlerin Reddi 30

C-Anlaşmalı Boşanmanın Gerekliliği 38

2. BÖLÜM 41

YABANCI HUKUKLARDAKİ DÜZENLEMELER 41

I- İsviçre Hukuku 41

A-Genel Olarak 41

1-Yeni boşanma hukukunun yasallaşma süreci 41

2-1907 Boşanma Hukuku 42

3-Uygulamadaki gelişmeler 43

4-Yeni boşanma hukukunun amacı ve yeni boşanma hukukuna egemen olan ilkeler 45

a-Kusur ilkesinden vazgeçilmesi 45

b-Evliliğin sarsılması prensibinin temel prensip olması 47

c- Eşler arasında bir anlaşmanın sağlanması 48

d- Çocuğun yararının gözetilmesi 50

e-Boşanma sonrası ekonomik sonuçların gözetilmesi..... 51

f- Yeni boşanma hukuku ile İsviçre hukukuna getirilen diğer değişikler 52

5- Yeni Boşanma Hukukuna getirilen eleştiriler 53

B-Ortak Taleple Boşanma (ZGB. Art.111-112)..... 54

1-Genel olarak 54

2-Tam anlaşmalı boşanma (ZGB. Art. 111)..... 55

a-Hükmün amacı 55

b-Tam anlaşmalı boşanmanın koşulları..... 56

aa-Ortak boşanma başvurusu..... 56

bb- Eşlerin dinlenmesi 57

cc-Mahkemenin (anlaşmayı) incelemesi 62

aaa- Genel olarak 62

bbb- Hakimin onayı 63

ccc- Anlaşmanın kapsamı..... 66

ddd- Anlaşmanın bağlayıcı olmadığı..... 67

eee-Anlaşmanın şekli..... 69

fff-Belge verme yükümlülüğü 69

dd-Seçimlik ikinci dinleme..... 71

ee-Düşünme süresi..... 73

ff- Yazılı onay..... 75

gg- Mahkemenin boşanma kararı 79

3- Kısmi anlaşmalı boşanma (ZGB. Art. 112) 80

a-Hükmün amacı 80
b-Kısmi anlaşmalı boşanmanın koşulları 82
aa-Ortak başvuru 82
bb-Dinleme 83
cc-Düşünme süresi 84
dd-Yazılı onay 85
ee- Çekişmeli usule geçiş 86
aaa-Usul 86
bbb- Çekişmeli yan sonuçlar üzerinde anlaşma 87
ff-Mahkemenin boşanma kararı 88
C- Ortak Başvurunun Tek Taraflı Talebe Dönüşmesi 89
(ZGB. Art. 113) 89
D-Tek Taraflı Başvurunun Ortak Talebe Dönüşmesi 92
(ZGB Art. 116) 92
II-Alman Hukuku 94
A- Genel Olarak 94
B-Eşlerin Boşanmayı Birlikte Talep Etmesi 96
C- Eşlerden Sadece Birisinin Boşanmayı Talep Etmesi 97
D- Alman Hukukunda Anlaşmalı Boşanma 98
1-Anlaşmalı boşanmanın şartları 99
a-Genel olarak 99
b-Ayrı yaşama şartı 100
c-Eşlerin ikisinin de boşanmayı istiyor olması 102
d-Usul Kanunundaki şartlar: 104

aa- ZPO. 630'daki şartları yerine getiren dilekçenin verilmiş olması 104

bb- Kanunda aranan hususlara ilişkin tarafların anlaşmaları . 105

III- Fransız Hukuku 107

A-Fransız Hukukunda Boşanma 107

B-Fransız Hukukunda Anlaşmalı Boşanma 110

1-Genel olarak 110

2-Birlikte talebe dayanan anlaşmalı boşanma 112

a-Maddi şartlar 113

aa-Birlikte başvuru 113

bb-Boşanma üzerinde anlaşma 113

cc- Boşanmanın sonuçları üzerinde anlaşmaya varma 114

dd- Evliliğin en az altı aydır devam ediyor olması 116

b-Usuli şartlar 116

aa- Tarafların dinlenmesi ve anlaşmalarının incelenmesi 116

bb- Üç aylık düşünme süresinin geçmiş olması 116

3-Eşlerden birinin talebinin diğeri tarafından kabul edilmesi 117

a-Eşlerden birinin açtığı davanın diğerince kabul edilmesi 117

b- Süre şartının bulunmaması 117

c-Boşanmanın sonuçları üzerinde anlaşmanın aranmaması 118

d-Boşanma prosedürü 118

IV-Diğer Ülkeler 119

1-İngiltere 119

2-Avusturya 120

3-İtalya 121

4-Hollanda 122

3. BÖLÜM 124

TÜRK HUKUKUNDA ANLAŞMALI BOŞANMA 124

I-Boşanma Hukukunun Medeni Kanunumuzda Düzenlenme Şekli 124

A-1926 ve 2001 Tarihli Medeni Kanunlarımız 124

B-Medeni Kanundaki Düzenlemenin Değerlendirilmesi ve Eleştirisi 127

1-Evlilik birliğinin sarsılması aslında tek boşanma nedenidir 127

2- Kusur ilkesine yer verilmesi 129

3-Çok nedenliliğin sürdürülmesi 132

4-Anlaşmalı boşanmanın varlığı 132

5- Fiili ayrılığın boşanma nedeni olabilmesi 134

6-Mevcut hükümlerin boşanma nedenleri açısından yeterliği ve değişiklik önerisi 137

II- Anlaşmalı Boşanmaya Hakim olan İlkeler 138

A-Evlilik Birliğinin Sarsılması İlkesine Dayanan Boşanma Nedeni Olması 138

1- Genel olarak 138

2- Anlaşmalı boşanma ve evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı karinesi 139

B- Anlaşmalı Boşanma Çekişmesiz Yargı Faaliyetidir 141

1-Boşanma usulü konusunda İsviçre kanun koyucusunun tutumu 141

2-Çekişmeli/çekişmesiz yargı ayrımı 143

3-Türk Hukukunda da anlaşmalı boşanma çekişmesiz yargıya tabi bir faaliyettir 145

C-Usuli Şartlar Maddi Hukuka İlişkin Şartlar haline Getirilmiştir 147

III- Anlaşmalı Boşanmanın Koşulları 148

A-Evlilik Birliğinin En Az Bir Yıl Sürmüş Olması 148
1-Genel olarak 148
2- Bir yıllık sürenin amacı 149
3-Bir yıllık sürenin başlangıcı 152
4- Bir yıllık sürenin niteliği 153
B-Eşlerin Boşanma Konusunda İradelerinin Birleşmesi 155
1-Birlikte başvurma 155
2-Anlaşmalı boşanmada "talepte bulunabilme/yargılamayı sürdürebilme" ehliyeti 160
a. Taraf/ilgili olma ehliyeti 160
b. Dava/faaliyette bulunabilme ehliyeti 160
aa-Tam ehliyetliler 161
bb-Sınırlı ehliyetliler 162
cc-Sınırlı ehliyetsizler 162
dd-Tam Ehliyetsizler 164
aaa-Genel Olarak 165
bbb-Anlaşmalı boşanma durumunda 167
3-Bir eşin açtığı davayı diğer eşin kabul etmesi 169
a-Genel olarak 169
b- Davayı kabul 169
c-Davanın hangi zamana kadar kabul edilebileceği 172
d- Davayı kabul beyanında bulunabilecek kişi 173
e-Kabulün yapılması 173
f-Kabulün şekli 174
aa-Mahkeme içi kabul 174

bb-Mahkeme dışı kabul 175

g- Davalı eşin kabulünden dönmesi 175

C-Hakimin Eşleri Bizzat Dinleyerek İradelerinin Serbestçe Açıklandığına Kanaat Getirmesi 179

1-Genel olarak 179

2-İradenin serbestçe açıklanması 180

3-Eşlerin hakim huzurunda bizzat dinlenilmeleri 181

4-Eşlerin saiklerinin dikkate alınıp alınmayacağı 184

D-Hakimin Boşanmanın Mali Sonuçları İle Çocukların Durumu Hususunda Eşlerce Kabul Edilecek Anlaşmayı (Düzenlemeyi) Uygun Bulması 186

1-Genel olarak 186

2-Anlaşmalı boşanmadaki boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin anlaşma (düzenleme) ile MK. md. 184/5'de yer alan anlaşmanın karşılaştırılması ... 188

a- MK md. 184/5 de yer alan "boşanma ve ayrılığın fer'i sonuçlarına ilişkin anlaşmalar"ın hukuki niteliği 188

b- MK. md. 166/3'de yer alan "boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenleme"nin MK. md. 184/5'deki anlaşmadan farkı ve hukuki niteliği 190

3- MK. md. 166/3'de yer alan anlaşmanın içeriği 194

a- Genel olarak 194

b-Anlaşmanın zorunlu içeriği 195

aa-Mali konular 195

bb-Çocukların durumu 198

c- Anlaşmanın ihtiyari içeriği 204

d- Anlaşmada yer alamayacak konular 207

4- MK. md. 166/3'de yer alan anlaşmanın şekli 207

5- MK. md.166/3'de yer alan anlaşmayı hakimin uygun bulması 208

a- Genel olarak 208

b- Hakimin müdahalesi 210

c- Belge-bilgi verme yükümlülüğü 212

d- Uygulama kabiliyetini haiz bir anlaşma (düzenleme) olması 219

e-Anlaşmanın (düzenlemenin) kararın (ilâmın) sonuç kısmında (hüküm sonucunda, fıkrasında) yer alması 220

f- Kısmi Anlaşmalı Boşanma Mümkündür 224

E-Mahkemenin Kararı 225

F- Anlaşmalı Boşanma Kararının Kesinleşmesi Ve Yenilik Doğuran Etki (İnşai Tesir) 226

G- Türk Hukukunda Düşünme Süresi ve Yazılı Onay Şartının Bulunmaması 226

IV- Usule İlişkin Bazı Sorunlar 227

A. Anlaşmalı Boşanma Koşullarının Gerçekleşmemesi Halinde İzlenecek Usul 227

B- Anlaşmalı Boşanma Talebinin Geri Alınması (Davacının Davasından Feragati) 232

C- Anlaşmalı Boşanma Yargılaması Sırasında Eşlerden Birisinin Ölmesi Halinde MK. md. 181/2 Uygulanamaz 233

4. BÖLÜM 235

MK. md. 166/3 ÇERÇEVESİNDE SÜRDÜRÜLEN BİR YARGILAMA SONUCUNDA AYRILIĞA KARAR VERİLİP VERİLEMEYECEĞİ 235

I. Anlaşmalı Boşanma Yargılaması Sonucunda Hakim Re'sen Ayrılığa Karar Veremez 235

II. Anlaşmalı Ayrılık Mümkündür 237

SONUÇ 240

YARARLANILAN KAYNAKLAR 244

KISALTMALAR LİSTESİ

Abt.	: Abteilung
Art.	: Artikel (madde)
Aufl.	: Auflage
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
ATF	: Arrets du Tribunal Federal suisse (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları)
AÜHFM	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
Bkz.	: Bakınız
Botschaft Scheidungsrecht	: Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 15. November 1995, Seperatdruck, auch BB1 1996 I, S. 1 ff. (Gerekçe).
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgericht (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları)
BK	: Borçlar Kanunu
c.	: cümle
C.	: Cilt
CCF	: Code Civil Française (Fransız Medeni Kanunu)
dn.	: Dipnot
E	: Esas
FamRZ	: Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
EMK	: 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi
HD	: Hukuk Dairesi

HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İHFM	: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
İKİD	: İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi
İMK	: İsviçre Medeni Kanunu
JdT	: Journal de Tribunaux
JO	: Journal Officielle de la Communaute européenne
Karş.	: Karsılaştırınız
K	: Karar
MK.	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
md.	: Madde
MHAD	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
N.	: Not, kenar notu
Nr.	: Numara
OR.	: Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
RG.	: Resmi Gazete
Sf.	: Sahife
SJZ	: Schweizerische Juristen-Zeitung
t.	: Tarih
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TK.	: Ticaret Kanunu
Vd.	: ve devamı
Vor.	: Vorbemerkungen
YD	: Yargıtay Dergisi

Yarg.	: Yargıtay
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
ZGB	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu)
ZPO	: Zivilprozessordnung (Alman Medeni Usul Kanunu)

GİRİŞ

Aile Hukuku, toplumsal değişim ve dönüşümlerin en yakından ilgilendirdiği hukuk dallarının başında gelmektedir. Özellikle II. dünya savaşından sonra aile yapısındaki değişim sonucu, çağdaş hukuklarda, Aile Hukuku alanında kanun koyucu tarafından yeni düzenlemelere gidildiği görülmektedir. Bu düzenlemeler evlilik birliğinin çözülmesi anlamına gelen boşanma kurumu açısından da gerçekleşmiş ve özellikle aynı Hukuk Ailesi içerisinde yer aldığımız, Fransa, Almanya ve en son olarak da kaynak kanunumuzun ülkesi İsviçre'de boşanma hukuku yenilenmiştir. Bu değişimde en göze çarpan özellik, kusurun boşanma hukukunun dışına çıkarılmasına çalışılması yanında, anlaşmalı boşanmanın kanuni düzenlemeye kavuşturulmuş olmasıdır. Bu yapılırken, aslında, uygulamada yaşanan gerçekliğin kanun koyucu tarafından kodifiye edildiği anlaşılmaktadır. Kanuni düzenlemeden önce de, bir şekilde uygulamada yaygın bir şekilde var olan anlaşmalı boşanma, kanuni düzenlemeden sonra da toplum içerisinde geniş bir kabul görmüştür. Son olarak İsviçre'de yapılan değişikliğin ardından, anlaşmalı boşanmanın kanuna girmesi ile 2001 yılında gerçekleşen boşanmaların ezici bir çoğunluğu anlaşmalı boşanma biçiminde gerçekleşmiştir. Böylece İsviçre kanun koyucusu tarafından yeni boşanma hukukunda anlaşmalı boşanmanın temel tercih olarak seçilmesindeki öngörünün yerindeliği de ortaya çıkmıştır.

1926 tarihli Medeni Kanunumuz eşlere anlaşmalı boşanma yolunu kapalı tutmuştur. Cumhuriyeti kuranlarca yeni bir aile modeli yaratılmak istenmesi karşısında, özellikle boşanma konusundaki eski hukukumuzdaki durum dikkate alındığında, bir devrim kanunu özelliğini taşıyan Medeni Kanunumuzda kaynak İsviçre kanununu izleyen bu tutumun nedeni anlaşılabilmektedir. Dış dünya ile birlikte gelişen Türk toplumunda da, anlaşmalı boşanma ihtiyacı, bu yolda bir kanuni düzenleme olmamasına karşın, başka ülkelerde de aynen görüldüğü gibi, uygulamada fiilen yaşanmıştır. Boşanma konusunda Yargıtay'ın katı tutumu karşısında, Türk kanun koyucusu 1988 yılında çıkan 3444 sayılı kanun ile özellikle kusur, anlaşmalı boşanma ve fiili ayrılığa dayanan boşanmaya ilişkin düzenleme yapma gereğini

duymuştur. Böylece 1988 yılında, kaynak kanundan önce, anlaşmalı boşanma Türk Hukukuna girmiştir. Anlaşmalı boşanmaya karşı olanların düşüncelerinin aksine de, bu güne değin, bu kurum, Türk toplumunca geniş bir kabul görmüş ve ciddi bir yakınma konusu olmadan uygulana gelmiştir.

4721 sayılı Medeni Kanunumuz boşanma hukukuna ilişkin olarak, Eski Medeni Kanunumuzda 3444 sayılı kanun ile yapılan değişiklikler ile birlikte var olan düzenlemeyi -küçük istisnalar dışında- aynen korumuştur. Bu alanda kaynak kanun İsviçre Medeni Kanununda 1998 yılında yapılan köklü değişiklikler dikkate alınmamıştır. İsviçre çözümlerinin neler olduğu ve bu çözümlerden yararlanılmamış olmasının bir eksiklik oluşturup oluşturmadığını tezimizde incelemeye çalışacağız.

Dört bölümden oluşan çalışmamızın birinci bölümünde, boşanma hukukunun tarihi gelişimi içerisinde anlaşmalı boşanmanın yeri ve anlaşmalı boşanmanın Türk pozitif hukukuna girişi incelenmiştir. İkinci bölümde aynı hukuk ailesi içerisinde yer aldığımız ülke hukukları ve özellikle, bu konuda en son düzenlemeyi yapan, İsviçre Medeni Kanununun yeni boşanma hukuku geniş olarak incelenmeye çalışılmıştır. Üçüncü bölümde, Türk Hukukunda anlaşmalı boşanmanın koşulları, Karşılaştırmalı Hukuktan ve özellikle İsviçre Hukukundan da yararlanılmaya çalışılarak incelenmiştir. Bu yapılırken, Yargıtay'ın tüm ulaşabildiğimiz kararları incelenmiş, kararlara yansıyan Yüksek Mahkeme çözümleri gösterilmiş, anlaşmalı boşanmanın ülkemizde de, çağdaş ülkelerdeki amaçlar doğrultusunda gerçekleştirilebilmesi düşüncesi ile, eleştiri ve öneriler getirilmiştir. Dördüncü ve son bölümde de, anlaşmalı boşanma ve ayrılık ilişkisi irdelenmeye çalışılmıştır.

1. BÖLÜM

BOŞANMA HUKUKUNUN TARİHİ GELİŞİMİ İÇERİSİNDE ANLAŞMALI BOŞANMANIN YERİ VE ANLAŞMALI BOŞANMANIN TÜRK POZİTİF HUKUKUNA GİRİŞİ

I- Boşanma Sistemleri ve Boşanma İlkeleri

A-Boşanma Sistemleri

Boşanma, evliliği sona erdiren nedenlerden birisidir. Boşanmanın tarihine bakıldığında, boşanmanın kabul edilebilirliğinin ve yöntemlerinin, zamanın egemen din, ahlâk, siyasal, toplumsal değerleri ve bu değerler üzerindeki değişimler ile, yakından ilgili olduğu görülmektedir. Değişim halindeki toplumla birlikte, boşanma hukuku da, sürekli değişim karakteri taşıyan bir hukuki yapı olarak uygulana gelmiştir.

Egemen değer yargıları ve toplum içerisinde aileye tanınan rol, birey-devlet ilişkisi değiştikçe, aile birliğini sona erdiren boşanmaya da farklı yaklaşımlar gösterilmiştir. Tarihin akışı içinde, boşanma konusunda görüşler çeşitlenmiş ve genel olarak, boşanmaya ilişkin görüşler üç ana başlık altında toplanır olmuştur[1]: Boşanma

---

[1] **Feyzi Necmettin Feyzioğlu/H. Cumhur Özakman/M. Enis Sarıal, Aile Hukuku**, 3. Baskı, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1986, 244; **Andreas Schwarz(Bülent Davran), Aile Hukuku** I, 2. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1946, 130; **Selahattin SulhiTekinay, Türk Aile Hukuku**, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990, 116; **Halil Cin, Eski Hukukumuzda Boşanma**, 2. Baskı, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Konya, 1988,16; **Bülent Köprülü/Selim Kaneti, Aile Hukuku**, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989, 141;**Turgut Akıntürk, Aile Hukuku**, 7. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2002, 227; **Erol Cansel, Boşanmanın Dayandığı Esaslar**, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, Cilt. II, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977, 72; Ayrıca Toplu bilgi için bkz. **İ. Akipek, Mukayeseli Hukuk Bakımından Boşanma Sebepleri, Ankara**, 1952.

yasağı (evliliğin sonsuzluğu), boşanma serbestisi ve boşanmanın hakim hükmüne ve belli nedenlerin varlığına dayanması halinde mümkün olması.

1-Boşanma yasağı (Evliliğin sonsuzluğu)

Boşanma yasağı, onuncu yüzyıldan itibaren Katolik Kilisesi hukuku tarafından benimsenen ve etkilerini günümüze değin taşıyan, uzun süre uygulanmış bir görüştür. Güçlenen kilise, aileyi de denetimi altına almış ve bu konuda da düzenleyici hükümler getirerek boşanmayı yasaklamıştır. Kilise bunu yaparken, İsa Peygamberin İncil'e yansımış sözlerini kendisine dayanak yapmıştır. Ancak İsa Peygambere ait bu sözlerin içeriği ve metni hakkında görüş birliği yoktur[2].

Boşanma yasağının katılığı karşısında, kilise (zina gibi) belli koşulların varlığı halinde, ayrılık kurumunu kabul etmiştir. Hakim kararı ile gerçekleştirilebilen ayrılık yatakta, sofrada ve meskende ayrılığı ifade etmekte, ancak evlilik birliği devam etmektedir[3]. Bu halde de evlilik ölüm ile sona ermektedir. Türk-İsviçre Medeni Kanunlarında halen varlığını sürdüren ayrılık kurumunun kaynağını Kanonik Hukukdan aldığı görülmektedir.

---

2 **Hüseyin Hatemi/Rona Serozan, Aile Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, 206; **Kemal T. Gürsoy, Boşanma Hukukunun Tarihi Gelişimine Bir Bakış ve Boşanma Sebeplerinde En Yeni Gelişmeler**, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, Cilt. II, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977, 2; **Cin**, 16; **Schwarz (Davran)**, 132; **Namık Yalçınkaya/Şakir Kaleli, Boşanma Hukuku**, Cilt I, Türk Hava Kurumu Basımevi, Ankara, 1988, 12. **Hatemi/Serozan(Hatemi)**, İsa Peygamberin, Tabii Hukuk anlayışında olduğu gibi, boşanmanın sevimsizliğini, ancak başka çare kalmamış ise başvurulacak bir çözüm olduğunu belirtmiş olabileceğini, ne var ki, İncil metnine, İsa Peygambere ait sözlerin kesin bir yasak şeklinde yansıdığını, bu nedenle de evliliğin Katolik çevrelerde çok uzun bir süre asla çözülemez bir ilişki, bir sacrament (kutsal olgu) olarak görüldüğünü belirtmektedir. Ayrıca çeşitli incil metinlerindeki İsa peygambere atfedilen sözler için bkz. Aynı kaynak, sf. 206. Zwingli'nin yorumuna göre, İsa peygamberin zinayı boşanma sebebi olarak gördüğü yolunda **Regula Rhiner, Die Scheidungsvoraussetzungen nach revidiertem schweizerischem Recht**, (Art.111-116 ZGB), Schultess, Zürich, 2001, 4.

3 **Schwarz(Davran)**, 132; **A. Egger (TahirÇağa), Aile Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Kenan Matbaası, İstanbul, 1943, 138; **Cin**, 16; **Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Boşanma Sebeplerinin Hukuk Tarihi Kilise Hukuku ve Hukuk Politikası Bakımından Umumi Surette Tetkiki**, Cemil Bilsel'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Kenan Basımevi, İstanbul, 1939, 686; **Yalçınkaya/Kaleli**, I, 12.

16. yüzyıldan itibaren, Reform hareketiyle Protestanlık, evliliğin kutsal bir bağ olduğunu reddederek, evliliğe mahkeme kararı ile son verilebileceğini kabul etti.[4] Hristiyanlıktaki reformcu yaklaşımlarda da, boşanma kural olarak yasak, ancak İncil'de sayılmış olan istisnai hallerde mümkün kılınmıştır.[5] Evlilik bağının ölümle çözülebileceği düşüncesi, yaşam gerçeklerine aykırı ve insan doğasına uymayan yapısı ile artık terkedilmiştir.

2-Boşanma serbestisi

Evlilik, eşlerin kendi iradeleri ile kurulabildiğine göre, yine onların serbest iradeleri ile ortadan kaldırılabilmedir. Bu görüş, bireyci (ferdiyetçi) düşüncelerden kaynaklanmakta ve bireyin iradesine üstünlük tanımaktadır.[6] Boşanma serbestisinin hakim olduğu düzenlerde, eşler karşılıklı anlaşma ile boşanabilecekleri gibi, tek taraflı irade ile de evliliğe son verebilirler. Serbest boşanma, eski hukuklarda, genellikle erkeğin kadını boşaması biçiminde görülmektedir. Babil, İbrani, Roma, Cermen ve İslam hukuklarında tek taraflı veya bazı hallerde de eşlerin anlaşması suretiyle boşanma imkanı tanınmıştı.

Eski Roma Hukukunda ve Cermen Hukukunda, evlilik hukuki bir bağ olarak değil, bir insani ilişki olarak görüldüğünden, bu ilişkiye her eşin istediği zaman ve sebep olmaksızın son vermesi mümkündü.[7] Klasik devirde ise, hıristiyanlığa ait

---

4 **Gürsoy**, Tarihi Gelişim, 3; **Cin**, 18 vd; **Yalçınkaya/Kaleli**, I, 13 vd.; **Feyzioğlu/Özakman/ Sarıal**, 246.

5 Reformcu teologların yorumuyla, İncilde bazı belli sebepler -ki bunlara zina ve itimatsızlık örnek olarak verilmektedir-boşanma sebepleri olarak belirtilmektedir (1.Korinther, 7,15) bkz. **Rhiner**, 3.

6 **Cin**, 18 vd.; **Feyzioğlu/Özakman/Sarıal**, 246; **Schwarz(Davran)**, 130; **Tekinay**, 166; **Akıntürk**, 228 vd.; **Kemal T. Gürsoy, Rızaya Dayanan Boşanma**, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, Cilt. II, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977, 129; **Cansel**, 72; **Yalçınkaya/Kaleli**, I, 17 vd.

7 **Rhiner**, 1.

dogmaların etkisi ile, evliliğin çözülmezliği ilkesi çerçevesinde hukuki yapılanmaya gidildiyse de, tek yanlı olarak evliliğe son verme imkanı yine de yaşamıştır.

17. ve 18. Yüzyıllarda etkin olan Tabii Hukuk, boşanma konusundaki kilisenin engelleyici ve katı tutumu karşısında, Protestan kilisesinin boşanma düşüncesini hukuki temele oturttu. Bu sonuçta egemen olan faktör hukukun dini etkenlerden kurtulmasıdır.[8] Tabii hukuk görüşüne göre, tamamen eşlerin iradeleri ile kurulan bir sözleşme olan evlilik, yine eşlerin iradeleri ile ortadan kaldırılabilmeli idi. İlk olarak 18. yüzyılda, Tabii Hukuk etkisi altında hazırlanan kodifikasyonlarda anlaşmalı boşanma imkanının yer bulduğunu görmekteyiz. İhtilal sonrası Fransa'da ve devrim sonrası Sovyet Rusya'da, eşlerin mahkemeye gitmeksizin, sadece nüfus memuruna yapacakları bir beyan ile boşanma imkanı kabul edildi.[9]

3- Boşanmanın hakim hükmüne ve belli nedenlerin varlığına dayanması

Bu görüş, boşanma yasağı ile boşanma serbestisi gibi iki uç kutup arasında kendisine yer bulur. Protestan hukukunun, Katolik Kilise hukukuna bir tepkisi olarak doğmuştur. Boşanma yasağı ve serbestisinin zararlı yönlerini gideren ve birbirleriyle uzlaştıran bir görünüme sahiptir. Bu görüşe göre, boşanma mümkündür; ancak boşanmaya belli nedenlerin varlığı halinde ve ancak hakim hükmü ile izin verilebilir.

Roma Hukukunda, Klasik devir sonrası Konstantin zamanında yapılan kanunlarla, evliliğin ancak diğer eşin önemli bir hatası nedeniyle sona erdirilebileceği kabul edilerek, aksine davranış cezai müeyyideye bağlanmıştı. Ancak boşanma serbestisi geçerli kalmakta idi. İlk olarak Justinianus döneminde, sebep olmaksızın

---

8 **Nina Dethloff, Die Einverstandliche Scheidung**, Verlag Beck, Münich, 1994, 5, 11; **Rhiner**, 6.

9 **Dethloff**, 5 vd, 13 vd. 18. yüzyılda Almanya, Fransa ve İngiltere'de anlaşmalı boşanmaya karşı ve anlaşmalı boşanma lehinde ileri sürülen fikirler için bkz. **Dethloff**, 11 vd.

yapılan boşanmalar geçersiz addedilmiştir. Anlaşmalı boşanma bu dönemde de mümkün kılınmış bir boşanma çeşidi idi.[10]

Günümüzde de varlığını sürdüren büyük kodifikasyonlar, bu görüşün etkisi altında kaleme alınmışlardır. Ancak daha sonraki gelişmeler, bu düzenlemelerde de değişiklik yapılması ile sonuçlanmıştır.

B-Boşanmanın Dayandığı Temel ilkeler

Boşanmayı belli nedenlerin varlığına bağladığınızda, bu nedenleri açıklayabilmek için bazı ilkelere dayanmak gereği ortaya çıkmaktadır.[11] Bunlar, öğretide genellikle beş başlık altında toplanmaktadır. Kusur ilkesi, evlilik birliğinin temelinden sarsılması ilkesi, irade ilkesi, elverişsizlik ilkesi ve fiili ayrılık ilkesi.

1-Kusur ilkesi

Boşanma, eşlerden birinin diğerine karşı, evlilik birliğini yaralayacak ölçüde bir kusur işlemesi durumunda söz konusu oluyor ise, bu ilkenin varlığı kabul edilmektedir. Buna göre, ancak eşlerden birinin (bazen her ikisinin birlikte) evlilik birliğinin sağlıklı bir biçimde yürümesini aksatan veya evlilik birliğinin kendisine yüklediği görevlerin yerine getirilmesinde kusurlu davranış göstermesi durumu boşanmaya sebebiyet vermektedir.

Boşanmaya ilişkin çağdaş hukuki düzenlemelerde, kusur ilkesi boşanmanın dayandığı esaslar arasından çıkarılmakta, gerek boşanma nedenleri, şartları ve gerekse de boşanma sonrası sonuçlar, boşanmanın yan sonuçları açısından, kusurdan uzaklaşılmaktadır. Medeni Kanunumuzda bu ilke hem boşanma nedenleri ve hem de sonuçları açısından halen varlığını sürdürmektedir.

---

[10] **Rhiner**, 2

[11] **Feyzioğlu/Özakman/Sarıal**, 251; **Köprülü/Kaneti**, 150; **Cansel**, 72 vd.

2-Evlilik birliğinin temelinden sarsılması ilkesi

Eşler arasındaki ortak yaşam, hangi nedenle olursa olsun, artık taraflardan birlikteliği sürdürmelerinin istenemeyeceği ölçüde sarsılmış ise boşanmaya karar verilebilecektir. 1912 tarihinde yürürlüğe giren 1907 tarihli İsviçre Medeni Kanunu, boşanma hukukunda kusur ilkesinin yanı sıra, bu ilkeyi de kabul ederek, yürürlükteki Medeni Kanunumuzun 166. maddesinde ifadesini bulan, çağına göre yeni ve ileri bir boşanma nedeni getirmiştir.[12] Günümüzde, hemen tüm çağdaş hukuklardaki temel boşanma nedeni evlilik birliğinin sarsılmasıdır.

3-Elverişsizlik ilkesi

Bedeni veya psikolojik sağlık sorunları nedeniyle, eşlerden biri, evlilik birliğinde karşı tarafın kendisinden beklediklerini yerine getiremiyor ise, bu durum da bir boşanma nedeni olabilmektedir.[13] Medeni Kanunumuzun 165. maddesinde (EMK. md.136) bu ilkeye dayalı bir boşanma nedeni düzenlenmiştir. Hükme göre; eşlerden birinin akıl hastası olması, bu yüzden ortak hayatın diğer eş için çekilmez hale gelmesi ve hastalığın geçmesine olanak bulunmadığının resmi sağlık kurulu raporu ile belgelenmesi koşulu ile boşanma davası açılabilecektir. Görüldüğü gibi, burada elverişsizlik-akıl hastalığı başlı başına, mutlak bir boşanma nedeni oluşturmamakta, ayrıca bu durumun diğer eş açısından "çekilmez" olması da aranmaktadır.

---

[12] **Feyzioğlu/Özakman/Sarıal**, 253; **Köprülü/Kaneti**, 152; **Cansel**, 79 vd. Eski Medeni Kanunumuzda bu ilkeye dayalı boşanma nedeni 3444 sayılı Kanun ile değişmezden önce "imtizaçsızlık" başlığı altında 134. md. de düzenlenmekte idi. Hemen her ülkeninin boşanma hukukunda bu ilkeden yola çıkan boşanma nedeni genel neden olarak düzenlenmektedir. Çeşitli ülke hukuklarında, temelinde evlilik birliğinin sarsılması ilkesine dayanan genel nedeni ifade eden terimler için bkz. **Yalçınkaya/Kaleli**, I, 515.

[13] **Feyzioğlu/Özakman/Sarıal**, 253; **Köprülü/Kaneti**, 152.

4- İrade ilkesi

Evlilik birliğinin taraflarının, eşlerin iradelerinin, boşanma için yeterli sayıldığı durumlarda, bu ilke geçerli olmaktadır. Evliliğin kurulabilmesi için, taraf iradelerinin yeterli olması karşısında, evliliği sona erdiren boşanma için de, bu esas geçerli olmalıdır. Eşlerden birinin iradesinin, boşanmayı sağlayabileceği düzenlemeler (serbest boşanma) olabileceği gibi, her iki eşin, ortak iradelerinin, boşanma üzerinde birleşebileceği (anlaşmalı boşanma) düzenlemeler de olabilir. Eşlerin ortak iradelerinin, boşanma üzerinde birleşmiş olması, kanun koyucu tarafından evlilik birliğinin temelinden sarsıldığının kanıtı sayılıyorsa, irade ilkesi ile sarsılma ilkesinin bir arada olduğu söylenebilir.[14] MK. md. 166/3 hükmüne göre, eşlerin boşanma konusundaki iradelerinin birleşmiş olması, evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olduğunun kanıtı (kesin kanuni karine, kanuni faraziye) sayılmıştır.

5- Fiili ayrılık ilkesi

Evlilik, doğal olarak, eşlerin yaşamı birlikte sürdürmelerini gerektirir. Eğer eşlerde, ortak yaşamı sürdürme iradesi, inancı, isteği kalmamış ve eşler bu nedenle fiilen ayrı yaşıyorlar ise, evlilik birliğinin sarsıldığı kabul edilmelidir.[15] Burada, tarafların kusurlu olup olmadıkları da önem taşımaz. Çağdaş boşanma hukuku düzenlemelerinde eşlere, evlilik birliğini sürdürmeme iradesi ile ayrı yaşamaları (fiili ayrılık) halinde, belli bir sürenin dolması ile, boşanma olanağı tanınmaktadır. MK. md. 166/4 ile, belli koşullar altında, üç yıllık fiili ayrılık boşanma nedeni sayılmıştır.

---

[14] **Köprülü/Kaneti**, 151.

[15] **Akıntürk**, 232; **Köprülü/Kaneti**, 144.

II- Boşanma Hukukunun Tarihi Gelişimi İçerisinde Anlaşmalı Boşanmanın Yeri

A-Roma Hukukunda

Eski Roma'da evlilik, tamamen kişiler arası bir ilişki olarak görülmekte ve hukuk tarafından nazara alınmasına gerek duyulan bir kurum sayılmamaktaydı. Eşlerin tek taraflı iradesi ile sona erdirilebilmesi de mümkündü.[16] Klasik devir ve sonrasında, Roma Hukuku genel olarak, eşlerin iradeleri ile evlilik birliğine son verebilme olanağını en geniş anlamı ile kabul etmişti. Evlilik birliği sürekli bir anlaşma olduğuna göre, anlaşmanın sona ermesi ile evlilik birliği de devam edemezdi.[17] Ancak, boşanma isteğinin, evliliğe son vermek amacıyla, olgun ve kuvvetli bir karar olması gerekirdi.[18] Romalıların düşüncesine göre, uzlaşma evlenmeyi, uzlaşmazlık ise boşanmayı doğurur.[19] Klasik hukuk devri boyunca, boşanmanın, yalnız belirli nedenlerle gerçekleştirilebileceği düşüncesinin kesinlikle uygun görülmediği ve önceleri yalnızca kocaya tanınmış tek taraflı boşanma olanağının, cumhuriyetin sonlarında, karıya da tanındığı, karşılıklı rıza ile boşanmanın varlığını sürdürdüğü belirtilmektedir.[20] Konstantin zamanında ise, boşanmanın ancak belli sebeplerle yapılması ve buna uymayanların cezai müeyyideye tabi tutulması söz konusu idi. İlk olarak Iustinianus'un, evliliği bozma iradesini belli bir şekle tabi tutma ve boşanma nedenleri ile ilgili düzenlemeler yaptığını ve boşanmayı sadece belli sebeplerin varlığı halinde mümkün kıldığını görmekteyiz.[21] Ancak karşılıklı rıza ile ilgili

---

16 **Rhiner**, 1.

17 **Salvatore Di Marzo (ZiyaUmur), Roma Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2. Baskı, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1959, 197; **Rhiner**, 1-2; **Cin**, 18; **Yalçınkaya/Kaleli**, 54; **Gürsoy**, Tarihi Gelişim, 1; **Velidedeoğlu**, Boşanma Sebepleri, 671.

18 **Di Marzo (Umur)**, 197.

19 **Velidedeoğlu**, Boşanma Sebepleri, 671.

20 **Di Marzo (Umur)**, 198 vd. Bu kaynakta, ayrıca Iustinianus'un 542 tarihinde boşanmayı fazla kolaylaştırmış olmak korkusu ile, kanuni boşanma sebeplerini azalttığı, hatta eşlerin ceza görmeden karşılıklı rıza ile boşanmalarına izin vermediği, daha sonra Iustinianus'un yerine gelen II. Iustinus'un, eski gelenek henüz canlı bir şekilde mevcut iken, yeni bir anlayış getiren bu kuralların, sadece zararlı sonuçlar doğurduğu görüldüğü için, 566 yılında Iustinianus'un diğer kurallarını teyid etmekle beraber, karşılıklı rızaya dayanan boşanmayı yeniden kabul ettiği ifade olunmaktadır. (Di Marzo(Umur), 201).

21 **Di Marzo (Umur)**, 198 ; **Rhiner**, 2.

boşanmayı, tamamen eşler arasındaki anlaşmaya bırakarak, kendi kanunlarından önce dahi kabul edildiği gibi, evlilik birliğinin tarafların kusuru olmaksızın bozulabileceğini beyanla, bu halde evlenmenin karşılıklı rıza ile sona erdirilebileceğini teyid ettiği dile getirilmektedir.[22] Böylece, anlaşmalı boşanmanın, Roma Hukukunda, her zaman geçerli olduğunu söyleyebiliriz.

Roma hukukunda, eşlerin anlaşarak boşanmalarının en sık başvurulan boşanma yöntemlerinden biri olarak uygulandığı, boşanmanın bir akidle sınırlandırılması veya ceza-i şarta bağlanmasına olanak verilmediği, Hristiyanlığın etkisiyle boşanmayı kısıtlama eğilimlerinin hiçbir şekilde başarılı olamadığı, bunun da Roma Hukukunda hakim olan anlaşmalı (rızai) boşanmanın, halk arasında ne kadar yerleşmiş olduğunu gösterdiği ifade olunmaktadır.[23]

B-İslam Hukukunda

1- Genel olarak

İslam Hukukunda, evlilik birliği, sürekli bir beraberlik olarak algılanmış olmasına karşın, evlilik bağının çözülmezliği ilkesi benimsenmemiş, boşanma kabul edilmiştir. İslam Hukukunda boşanma, talâk tabiri ile ifade edilmektedir. İslam dini, boşanmaya izin vermekle beraber, boşanmaya iyi gözle de bakmamış, nedensiz olarak kullanılan talâkı günah saymıştır. Peygamberin "Tanrı indinde mubahların en sevilmeyeni talâktır" hadisi, evliliğin önemini ve boşanmanın hoş karşılanmadığının göstergesidir.[24]

İslam Hukukuna göre "talâk", kocanın tek taraflı iradesiyle, hiçbir nedene dayanmaksızın ve hiçbir resmi makama başvurmaksızın evlenmeye son verme

---

22 **Di Marzo (Umur),** 199.

23 **Paul Koschaker (Kudret Ayiter), Roma Hususi Hukukunun Anahatları,** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975, 309.

24 **Cin,** 34,35; **Yalçınkaya/Kaleli,** I, 71.

yetkisini ifade etmektedir.[25] Her ne kadar talâk, yalnızca kocanın tek taraflı beyanı ile evlenmeye son vermesi ise de, bu tabirin genel bir deyim olarak, karı kocanın karşılıklı anlaşmaları ile boşanmaları (muhalea) ve eşlerden birinin, özellikle kadının istemi üzerine, hakimin evlenmeyi bozmasına karar vermesini (tefrik'i) de kapsayacak şekilde geniş olarak kullanıldığı ifade edilmektedir.[26] Böylece İslam hukukunda dar anlamda talâk, muhalea ve tefrik olarak üç çeşit boşanma imkanı bulunduğu söylenebilir.

Belli bazı hallerin varlığı halinde, hakimin hükmü ile kadına boşanma hakkı tanınmıştır ki buna "Tefrik" denilmektedir. Tefrik istemine konu teşkil eden nedenler genel olarak şunlardır[27]; hastalık ve kusur, kocanın nafakayı temin etmemesi, kocanın kaybolması, fena muamele ve geçimsizlik, liân[28] ve ilâ.[29]

Osmanlı Devletinde, boşanmaya, eşler arasındaki özel bir durum olarak bakılmış, 19. yüzyıldan itibaren de nizamname ve kararnamelerle sadece boşanmaların kayıtlarının tutulabilmesi amacı ile düzenlemeler yapılmıştır.[30]

---

25 **Cin**, 33;**Yalçınkaya/Kaleli**, I, 71; **Coşkun Üçok/Ahmet Mumcu/Gülnihal Bozkurt, Türk Hukuk Tarihi**, 10. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2002, 98.

26 **Cin**, 33; **M. Akif Aydın, İslam-Osmanlı Aile Hukuku**, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul, 1985, 36.

27 **Aydın,** 43 vd.

28 "Kelime anlamı itibariyle lanetleşmek, küfürleşmek, uzaklaştırmak, kovmak anlamına gelen lian, fıkıhta karısına zina isnad edip, iddiasını dört erkek şahitle ispat edemeyen veya karısından olan çocuğun nesebini reddetmek isteyen kocanın başvurmak zorunda olduğu bir usuldür. Lianın asıl amacı karının zinasını tespit etmek ve zina mahsulü çocuğun kocaya nispet edilmesini önlemektir. Evlenmenin sona ermesi bu amacın zorunlu bir sonucudur.". (**Cin**, 79). Ayrıca bkz. **Ahmet Akgündüz, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyatı**, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır, 1986, 201.

29 İlâ, bir kimsenin dört ay veya daha uzun bir süre karısına yaklaşmayacağına yemin etmesi veya yaklaşmayı ağır bir ibadete bağlaması olarak tanımlanmaktadır. (**Aydın,** 48.). Ayrıca bkz. **Akgündüz**, 201, 202.

30 **Cin**, 122 vd.; **Üçok/Mumcu/Bozkurt**, 100.

2- İslam hukukunda anlaşmalı boşanma

İslam hukuku, karşılıklı rıza ile eşlerin anlaşarak boşanmalarına da izin vermiştir. Eşlerin anlaşarak boşanabilmelerinin dayanağı olarak, Bakara suresinin 229. Ayeti gösterilmektedir.[31] Ancak, bu halde dahi, kadının iradesinin esas olarak, kocasının iradesine dayandığı, bu tür boşanmanın, kadının da katıldığı veya kocanın irade açıklamak yetkisini kadına devrettiği, boşanmalar olduğu görülmektedir.[32] İslam hukukunda, bu gün anladığımız şekilde olmamakla beraber, anlaşmalı boşanmaya benzeyen, karının da katıldığı iki tür boşanmadan söz edilmektedir: Tefviz-i talâk (kocanın karıya boşanma yetkisi vermesi) ve Muhalea=Hûl veya Hulû (Karşılıklı anlaşma ile boşanma).

a-Tevfiz-i talâk

Tevfiz-i talâk, kocaya ait boşanma yetkisinin, koca tarafından karıya temlik edilmesidir.[33] Tevfizin şarta ve vadeye bağlanmasının mümkün olduğu, kocanın bu davranışının bir temlik-i tasarruf olduğu ve bundan dönemeyeceği, tevfizin evlenme anında da olabileceği, kadının kendisine tanınan yetki sınırları içerisinde bu hakkını kullanabileceği belirtilmektedir.[34] Bu halde de kocanın talâk yetkisi devam etmektedir.

b- Muhalea=hûl veya hulû

Hûl veya Hulû'nun kelime anlamı, kocanın karı üzerindeki otoritesini kaldırmak demektir. Kaynağını Bakara suresinin 229. ayetinde bulan bu usulde, genelde kadın

---

31 **Cin**, 35, 36.

32 **Cin**, 67; **Yalçınkaya/Kaleli**, 79; **Aydın**, 36 vd.

33 **Cin**, 68; **Yalçınkaya/Kaleli**, 79 vd.; **Aydın**, 37, 42; **Üçok/Mumcu/Bozkurt**, 100.

34 **Cin**, 68, 69; **Yalçınkaya/Kaleli**, 79, 80; **Aydın**, 37, 42. Aydın, Şer'iye sicillerinde, boşama yetkisinin koca tarafından kadına verildiğinin örneklerine nadiren rastlandığını, bu yetkinin nikah anında verildiğine ise, incelemelerinde rastlayamadığını, bunun tek istisnasının Osmanlı padişahlarının kızları olduğunu, bu uygulamanın da muhtemelen 16. yüzyıldan sonra başlamış olduğunu belirtmektedir. (**Aydın**, 111-112). Aynı şekilde, **Üçok/Mumcu/Bozkurt**, 100.

ve bazı hallerde de kadın yerine üçüncü bir kişi, kocaya bir bedel ödeyerek boşanmayı sağlamaktadır.[35] Bu usulde, eşler arasında bir anlaşma yapılarak, ödenen bir bedel karşılığında, koca evlenme ile karısı üzerinde kazandığı haklardan, kadın da kocasına karşı ileri sürebileceği ve evlenmeden doğan taleplerinden vazgeçmektedir.[36] Burada, kocanın tek taraflı iradesi, boşanma sonucunun alınmasına yetmemekte, karısının da bu iradeye katılımı gerekmektedir. Boşanma ya kadın tarafından istenecek, ya da koca tarafından gelen talebe kadın da katılacaktır. Bu yol, evlenme anında, kadının da boşanma hakkına sahip olmak istemesi halinde veya kocanın boşanma sonrasında karısına bir bedel (mehr) ödemek zorunluluğundan kurtulmak amacıyla kullanılmaktadır.[37]

Osmanlı hukuk tarihi boyunca, talâk gibi, muhaleanın da kullanılmış olduğu, mahkemede yapılmasının veya mahkemeye tescil ettirilmesinin gerekmemesine karşın, muhaleanın bazen mahkeme önünde yapıldığı ve dışarıda yapılanların da talâktan daha titiz bir şekilde mahkeme defterlerine kaydettirildiği belirtilmektedir.[38]

25 Ekim 1917 tarihli Hukuk-u Aile Kararnamesinde,[39] muhaleaya hiç yer verilmemiştir. Ancak, 116. maddeden, muhaleanın geçerli olduğunun anlaşıldığı ve

---

35 **Aydın**, 42; **Üçok/Mumcu/Bozkurt**, 100.

36 **Aydın**, 42. Talâk yetkisinin kocada olmasına karşın kadın, muhalea yoluyla, istemediği bir evlilikten kurtulma imkanına genellikle kavuşmakta ve şer'iye sicillerinden anlaşıldığı kadarıyla da, bunun için, müeccel mehir ve iddet nafakası alacağından başka ek bir bedel ödemek zorunluğunda da kalmadığı ifade edilmektedir. (**Aydın,** 115).

37 **Cin**, 70; **Yalçınkaya/Kaleli**, 81; **Aydın**, 43. Muhalea bedeli olarak, mehir konusu olabilen her türlü mal kararlaştırılabilir. Kocanın, muhaleaya neden olan geçimsizlik karı tarafından yaratılmış ise, verdiği mehirden fazlasını alması, geçimsizlik kendinden kaynaklanmış ise de, vermiş olduğu mehri geri almasının dinen hoş karşılanmadığı belirtilmektedir. (**Aydın**, 43).

38 **Aydın,** 114-115. Yazar, bunun başlıca nedeninin, kocanın muhalea yapıldığını tescil ettirerek, ileride eski karısının mehir ve iddet nafakası ve bazı durumlarda birikmiş evlilik nafakasını talep etmesine engel olmak düşüncesi olduğunu, bu nedenle de şer'iye sicillerinde, talâktan çok, muhalea kayıtlarının bulunduğunu ifade etmektedir. (**Aydın**, 115).

39 1917 tarihli Hukuk- u Aile Kararnamesi için bkz. **Aydın**, 151 vd.; **Cin**, 125 vd.; **Yalçınkaya/Kaleli**, I 390 vd.; **Akgündüz**, 313 vd.; **Mehmet Ünal, Medeni Kanunun Kabulünden Önce Türk Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle 1917 tarihli Hukuk-u Aile Kararnamesi**, AHFD, XXXIV, 1-4, sf. 208 vd.

mahkemelerin bu boşluğu öğreti ile doldurmalarının amaçlandığının muhtemel olduğu ifade edilmektedir.[40]

İslam Hukukunda tarafların anlaşarak birbirlerine hiçbir şey vermeksizin boşanabilmeleri imkanı da vardır. Mubaraa denilen bu usulde, eşler karşılıklı birbirlerini ibra ederek, evlilik birliğine son verebilmektedirler.[41] Bu usulün anlaşmalı boşanmaya daha yakın olduğu görülebilmektedir.

C-Kara Avrupası Hukuklarında

Eşlerin anlaşarak boşanmalarına ilişkin olarak, özellikle üç ülke hukukunun geçirdiği tarihsel gelişimi kısaca inceleyeceğiz.

1-Fransa

Anlaşmalı boşanma, Fransız Hukukunda boşanmanın kabulü ile yakından ilgilidir. Eski hukuk döneminde, Protestanların egemen olduğu bazı bölgeler dışında, Katolik Kilise Hukuku gereği boşanma yasağı uygulanıyor idi. 18 yüzyıldan başlayarak hukukun dini faktörlerden arındırılması ile evliliğin sözleşmesel karakteri kabul edildi. Bu gelişme evlilik anlayışını da değiştirdi ve bireysel menfaatler üstün tutularak, devletin birbirine mutluluk vermeyen insanları, onların arzusu aksine bir arada tutamayacağı düşüncesinin ağır basması sonucu boşanma yasağı yerini boşanmanın tanınmasına bıraktı.[42] Fransız Devrimi ile birlikte, boşanma hakkının bireyin vazgeçilmez özgürlüklerinden biri olduğu düşüncesinden hareketle, 20 Eylül 1792 tarihli bir kanun ile, eşlerin anlaşması suretiyle boşanmayı da kapsayacak

---

40 **Aydın**, 200.

41 **Üçok/Mumcu/Bozkurt**, 100.

42 Bu konuda geniş açıklamalar için bkz. **Dethloff**, 11.

şekilde, boşanma kabul edildi.[43] Bu kanun ile, nüfus memuruna yapılacak bir irade açıklamasıyla, eşlere anlaşarak boşanma imkanı tanınmış idi.

1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu da, boşanma olanağını tanıdı. Eşlerin anlaşarak boşanmalarına ise 233. maddede, 1792 yılından, Medeni Kanunun kabulüne kadar, ortaya çıkan gelişmeler de dikkate alınarak, bazı kısıtlamalar ile olanak tanındı.[44] Getirilen koşulların ağırlığı ve boşanma usulünün uzun ve karmaşıklığı karşısında, eşlerce bu yolun fazla kullanılmadığı belirtilmektedir.[45]

İktidar değişikliği ile birlikte 1816 yılında boşanma tümüyle kaldırıldı. 19 Temmuz 1884 tarihinde boşanma yeniden kabul edildiğinde bu kez, eşlerin anlaşması, bir boşanma nedeni olarak kabul edilmedi. 1884 tarihli kanun, boşanma hakkını, kusursuz eşe tanımış ve boşanmayı tamamen kusur ilkesine bağlamıştı.[46]

Fransız Medeni Kanununun boşanmaya ilişkin hükümleri 11 Temmuz 1975 tarihli Boşanma Reformu Kanunu ile değiştirildi ve 230-236. maddeler ile de uzun bir aradan sonra karşılıklı anlaşma ile boşanma yeniden kabul edildi.[47]

---

43 **Dethloff**, 8; **Egger (Çağa)**, 139; **Gürsoy**, Anlaşmalı Boşanma, 130; **Cin**, 18; **Yalçınkaya/Kaleli**, 100.

44 **Dethloff**, 9; **Rhiner**, 7 vd.; **Gürsoy**, Anlaşmalı Boşanma; **Egger (Çağa)**, 139; **Yalçınkaya/Kaleli**, 104. CC Fr. 233 ile getirilen koşullar şunlardır: Koca 25, karı ise, 21 yaşını tamamlamış olmalıdır. Evlilik en az 2, en fazla 20 yıl sürmüş olmalıdır. Kadın 45 yaşından daha yaşlı olmamalıdır. Eşlerin ana ve babalarının, bunlar yoksa büyük ana ve babalarının boşanmaya muvafakat ettiklerinin resmen belgelenmesi gerekmektedir. Birlikte boşanmaya razı olan eşler, çocukların velayeti ve mali konularda tam bir anlaşma sağlamak zorunda oldukları gibi, mevcut mallarının yarısını bu evlilikten olan çocuklarına bırakmalıdırlar. (**Dethloff**, 9 vd.; **Gürsoy**, Anlaşmalı Boşanma, 132).

45 **Dethloff**, 9; **Gürsoy**, Anlaşmalı Boşanma, 132, 133.

46 **Yalçınkaya/Kaleli**, I, 106; **Gürsoy**, Anlaşmalı Boşanma, 133.

47 **Dethloff**, 91 vd.

2-Almanya

Almanya'da siyasal bölünmüşlük hukukun da bölünmüşlüğünü beraberinde getirmiş ve genel kanunlaşma hareketleri de bundan etkilenmiştir.[48] Tüm Almanya'yı kapsamamakla birlikte, önemli bir bölgede yürürlükte olan 1794 tarihli Prusya Kanunu boşanmaya izin veriyor, bir çok boşanma nedeninin yanı sıra, çocuksuz olma koşulu ile anlaşmalı boşanmayı kabul ediyordu.[49] Siyasal birliğin sağlanmasından sonra 1 Temmuz. 1896 tarihinde kabul edilerek, 1 Ocak 1900 tarihinde yürürlüğe giren Alman Medeni Kanunu ise, uzlaşmacı bir anlayış ile boşanmayı tanımakla beraber, eşlerin anlaşması nedenine bağlı bir boşanmaya kapalıdır. Daha sonra Alman Boşanma Hukuku, 1938 tarihli Evlilik Kanunu ile Medeni Kanunun dışına çıkarılmış ve bu tutum, 1946 tarihli Aile Kanunu ile de devam etmiştir.[50] Her iki kanunda da anlaşmalı boşanma olanağı mevcut değildir.

1 Temmuz 1977 tarihinde yürürlüğe giren Evlilik ve Aile Reformu Hakkında Birinci Kanun (Das erste Gesetz zur Reform des Ehe und Familienrechts) ile boşanmaya ilişkin kurallar yeniden Alman Medeni Kanununun içerisine alınmış ve eşlerin anlaşarak boşanmalarına olanak sağlanmıştır.[51]

3-İsviçre

İsviçre'de 1907 tarihli Medeni Kanundan önce, boşanma serbestisi ve özellikle anlaşmalı boşanma konusunda Zürich Kantonun başı çektiği görülmektedir.[52] Evlilik birliğinin, tarafların anlaşması veya hakimin hükmüne gerek olmaksızın sona

---

48 İlk olarak 1749 tarihli Corpus Juris Fredericianum anlaşmalı boşanmaya olanak tanımıştı, bkz. **Dethloff**, 6.

49 Geniş bilgi için bkz. **Dethloff**, 7; **Rhiner**, 7; **Egger (Çağa)**, 139; **Schwarz (Davran)**, 134.

50 **Schwarz (Davran)**, 155.

51 Geniş bilgi için bkz. **Dethloff**, 71 vd; **Bea Verschraegen, Die einverstandliche Scheidung in rechtsvergleichender Sicht**, Duncker&Humblot, München, 1991, 304 vd.

52 **Rhiner**, 10; **Egger (Çağa)**, 140; **Gürsoy**, Anlaşmalı Boşanma, 140 vd.

erdirilebilmesi esasının,[53] İsviçre kanton hukuklarında, ortaçağ sonuna değin, inatla varlığını sürdürdüğü belirtilmektedir.[54] 1854 tarihli Zürih Medeni Kanunu uzun bir liste halinde, diğer özel boşanma nedenleri ile birlikte anlaşmalı boşanmayı da kabul etti.[55] Zürih Kantonunu, özellikle Protestan diğer kantonlar izledi. 1862 ve 1874 tarihli Federal Kanunlar çıkarılıncaya kadar kantonlarda farklı uygulamalar devam edegelmiştir.[56] 24.12.1874 tarihli 'Ahvali Şahsiyenin Tespit ve Tescili ve Evlenme Hakkında Federal Kanun' evlenme işlerinde, dini yargıyı kaldırarak, Fransız Medeni Kanunundaki bütün boşanma nedenlerini almıştır. Bu bağlamda, 47. maddede evlilik bağının temelinden sarsılması hali ile, 45. maddede müşterek hayatın evlenmenin mahiyeti ile bağdaşmadığı hallerde eşlerin ortak taleple boşanma isteyebilecekleri de bu düzenlemeye dahil edilmiştir.[57] Anlaşmalı boşanma, Zürih ve doğu kantonlarında, farklılıklar olsa da uygulamada tek boşanma nedeni olarak uygulanmakta [58] olmasına karşın, 10 Aralık 1907 tarihinde kabul edilen ve 1 Ocak 1912 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Medeni Kanunu (Zivilgesetzbuch=ZGB) boşanma nedenleri arasına, eşlerin anlaşmasına dayanan boşanmayı katmamıştır. Diğer kodifikasyonlara göre, yeni tarihli olan İsviçre Medeni Kanunu, geleneksel yaklaşıma uygun olarak kusur prensibine yer vermekle birlikte, kısmen veya tamamen objektif faktörlere dayalı, evliliğin sarsılması prensibini de bünyesine alarak, zamanına göre oldukça yeni bir yaklaşım getirmiştir. Hakim fikir, 1907 tarihli İsviçre Medeni Kanununun gerek, genel boşanma sebebi açısından (Art. 142), gerekse özel sebepler açısından (Art.

---

53 "Eigenmächtige Absonderung". Bu usulün Luzern, Basel ve Zürih kantonlarında mevcut olduğu belirtiliyor. **(Egger (Çağa),** 140).

54 **Egger (Çağa),** 140.

55 **Rhiner**, 10; **Egger (Çağa),** 140; **Gürsoy**, Anlaşmalı Boşanma, 141.

56 **Rhiner,** 10, Bu iki kanunda da boşanma konusu düzenlenmiş olup, 1862 tarihli kanunda genel bir kuralla düzenlenmişken, 1874 tarihli kanunda tek tek boşanma nedenleri sayılarak düzenleme yapılmıştır **(Rhiner,** 11-12

57 **Rhiner**, 10; **Egger (Çağa),** 141; **Gürsoy**, Anlaşmalı Boşanma, 141.

58 **Gürsoy**, Anlaşmalı Boşanma, 141.

137-141) evliliğin, boşanma davası açan eş için, devamının beklenemez olmasını arayarak "evliliğin sarsılması" ilkesine dayandığıdır.[59]

1907 tarihli kanunda, boşanmanın dava yolu ile olması, mutlaka bir sebebe dayanması, boşanma sebebinin ispat edilmesi gerekliliği, mahkemenin re'sen araştırma yapması ve ancak boşanma sebebinin varlığına kanaat getirmesi halinde, davayı boşanma ile sonuçlandırması ilkeleri çerçevesinde boşanma hukuku düzenlenmiş ve eşlere evlilikleri üzerinde serbestçe tasarruf etme hakkı tanınmamıştır. Bazı boşanma sebeplerinde süreye bağlı dava hakkı tanınmıştır.

İsviçre'de 1907 Tarihli Medeni Kanunda anlaşmalı boşanma imkanı tanınmamış ise de, yerel mahkemelerin ve Federal Mahkemenin yumuşak tutumu ile, uygulamada, anlaşmalı boşanma özellikle 142. maddenin arkasında yaygın bir biçimde uygulanmıştır.[60] Eşlerin boşanma konusunda anlaşmış olmaları halinde, artık mahkemece bu durum, evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olduğunun göstergesi sayılmış ve geçimsizlik nedenleri incelenmeksizin boşanmaya karar verilmiştir. Geçimsizlik nedenleri dışında da eşlerden birisinin açtığı davanın, diğerince kabul edilmesi halinde, hukuki sebep anlaşmalı boşanma olmamasına rağmen, kanunun düzenlediği boşanma sebeplerinden birisine dayanılarak boşanma yapılmakta idi.[61]

Gerek Aile Hukukunda, gerekse boşanma hukukunda, hem uygulamada yaşanan gelişmeler, hem de diğer kıta Avrupası ülkelerinde yapılan reform niteliğindeki

---

59 **Rhiner**, 14, **Bühler/Spühler**, **Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht**, Band II Das Familienrecht, 1. Abteilung Das Eherecht, 1. Teilband, 2. Hälfte Die Ehescheidung, Bern 1980, Einleitung, N. 27.

60 **Rhiner,** 17. Yazar gerek kanunun lafzı, gerekse kanun koyucunun subjektif olarak saptanan görüş açısı, anlaşmalı boşanmanın bir boşanma sebebi olarak görülmediğini ortaya koyduğunu, bu anlamda tarafların iradelerine değer verilmediğini, ancak uygulamanın açık şekilde de facto bunu yerleştirdiğini belirtmektedir. (Aynı yerde). Ayrıca bkz. **Rhiner**, 50 vd. Aynı yönde **H. Hausheer/T. Geiser/E. Kobel, Das Eherecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches**, Stampfli Verlag, Bern, 2000, 97.

61 **Bühler/Spühler**, Einleitung, N. 29; **Rhiner**, 51. Bu gelişme, maddi olgu Türk Hukuk uygulamasında da aynen yaşanmıştır.

değişiklikler, İsviçre'de çok uzun yıllar önce bu alanlarda değişiklik ihtiyacını gündeme getirmiştir.[62] Aile Hukukunun bir çok bölümünde, zaman içinde yapılan değişikliklerden sonra,[63] son olarak uzun bir hazırlık döneminin ardından, 1998 yılında kabul edilen ve 2000 yılında yürürlüğe giren bir kanun ile, boşanma hukuku radikal bir biçimde yenilenmiş ve anlaşmalı boşanma kanun koyucunun temel tercihi olarak Medeni Kanun'a girmiştir.

İsviçre'nin büyük hukukçularından H. Hinderling tarafından, Fransız Kanunu nazara alınarak hazırlanan boşanma hukukuna ilişkin tasarı, 1976'dan 1979 yılına kadar, uzmanlar komisyonunda incelenmiş, 1985 yılında aradaki zamanda yaşanan gelişmeler ışığında, tekrar bir komisyonda incelenerek, 1991 yılında ön tasarı haline getirilmiştir. Tasarının kanunlaşması yedi yıllık bir zaman almıştır.

Kusur ilkesini tamamen kanundan çıkarmak suretiyle, evlilik birliğinin sarsılması ilkesini temel alarak hazırlanan boşanma hukukundaki değişikliklerde, esas olarak, eşlerin iradesi geçerli kılınmış ve bunu gerçekleştirmeye yönelik değişik usuller getirilmiştir.[64] Anlaşmalı boşanma konusunda, kanun koyucu her hangi bir ön şart aramaksızın sadece eşlerin iradelerine yer vermek yerine, eşlerin evlilik birliğinin sarsıldığına tam kanaat getirmelerini sağlayacak ve acele karar vermelerini önleyecek, usuli ve maddi şartlara yer vermiştir. Ayrıca, boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin, eşlerin anlaşmalarını sağlamak ve Devletin zayıfı koruma görevi çerçevesinde, bu anlaşmanın içeriğinin hakim tarafından incelenerek denetlenmesi ve boşanan eşin

---

62 Değişikliklerde ana hedefler, çocukların korunması ve boşanan eşin ekonomik durumunun iyileştirilmesi, kusur prensibinin boşanma hukukundan çıkarılması ve eşlerin boşanmanın yan sonuçlarını düzenlemelerini sağlamak olarak özetlenmektedir, bkz. **Roland Fankhauser, Die einverstandliche Scheidung nach neuem Scheidungsrecht**, Helbing& Lichtenhahn, Basel, 1999, 9 vd.

63 1972 yılında evlat edinmeyle ilgili hükümlerde, 1976 yılında nesep ile ilgili hükümlerde, 1978 yılında vesayet kurumu ile ilgili hükümlerde, 1984 yılında evliliğin genel hükümleri ve mal rejimlerine ilişkin hükümlerde, ve nihayet 1998 yılında da boşanmayla ilgili hükümlerde önemli değişiklikler yapılmıştır.

64 **Fankhuaser**, 1. Parlemantodaki müzakerelerde, yeni boşanma hukuku, "evliliği devam ettirme hukuku değil, tam bir boşanma hukuku" şeklinde tarif edilmiştir. (Bkz.. **Fankhauser**, 2).

boşanma sonrasında durumunun iyileştirilmesi de yeni boşanma hukukunun temel ilkeleri olmuştur.[65] Bu hususları, ileride, ayrı bir başlık altında, ayrıntılı olarak inceleyeceğiz.[66]

III-Anlaşmalı Boşanmanın Türk Pozitif Hukukuna Girişi

4 Nisan 1926 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan ve 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe giren 743 sayılı Medeni Kanunumuz, kaynağını teşkil eden İsviçre Medeni Kanunu gibi, eşlerin anlaşması ile boşanmayı kabul etmemiş idi. Anlaşmalı boşanma ve gerekliliği ile ilgili ilk fikir ve yayınların, aylık "Hukuki Bilgiler Mecmuası"nda, seri yazıları yayınlanan, Gad Franko Milâslı tarafından, 1936 yılından itibaren gündeme getirildiği anlaşılmaktadır.[67] Anlaşmalı boşanma o zamanlar imam nikahı ile birleşmelerden doğan çocuklar ile ilgili problemlerin çözümü olarak ortaya atılmıştır. Zira evlenme merasiminin zorluğu ve boşanmanın güçlüğünün imam nikahlı birleşmeleri teşvik ettiği düşünülmekte idi.

Milaslı görüşünü şu şekilde açıklamaktadır; "Beraberce yaşamanın gayri mümkün olduğunda karı koca ittifak ettikleri taktirde boşanmaya karar verilmesi için bunun kafi delil addedilerek ayrıca delil aranmasın, çünkü a)ayrılmağa kati surette karar vermiş olan karı koca maksatlarına vasıl olmak için hile i şeriyeye müracaat edebilirler: neden kanuni hilelere meydan bırakalım? b) Rızayı tarafeyne rağmen yine huzuru mahkemede sebep aranmasında ve sebebin sübutuna yol açılmasında hiçbir fayda tasavvur edilemez, bilakis bir çok mahzurları mucip olur. Tabiidir ki rızayı tarafeynin ciddi, kati ve mütemadi olması lazımdır. Yani ilk müracaatta boşanmayı

---

65 Değişiklikten önce, sadece bir hükümde boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin anlaşma ifadesi bulunmakta iken, yeni hükümlerde ise bu ifadenin, en sık rastlanan ifade olduğu yönünde bkz. **Fankhauser**, 10.

66 Bkz. ileride 2. Bölüm, I.

67 **Gad Franko Milâslı, Hukuki Bilgiler Mecmuası**, 4920, 4951, 5018, 5113, 5368, 5438. Burada bu yazıları "Boşanmanın genişlenmesi" başlığı altında, Milaslı bizzat kendisinin de belirttiği gibi, birbirini tamamlayıcı olmak üzere bir silsile içerisinde ancak her biri ayrı ayrı okunabilecek şekilde kaleme almıştır.

kabul etmekte isabet görmüyorum. Benim teklifim imtizaçsızlığa mütedair olan Kanunu Medeninin 134 üncü maddesinin sonuna aşağıdaki fıkrayı ilave etmekten ibarettir. 'Karı koca müştereken boşanmayı talep ettiklerinde tarafeynin bu beyanı imtizaçsızlığın sabit olmuş delili olarak kabul edilir. Hakim muhakemeyi üç ay sonraya talik ederek bu celsede de taraflar taleplerinde musir görürse boşanmaya karar verir.'[68] "

İki tarafın isteği ile boşanmanın sağlanması konusunda zamanın Adalet Bakanı ile İktidar partisi kurultay delegelerinin de görüş açıkladıkları görülmektedir.[69] Hatta bu konuda İstanbul da yayımlanan "Kurun" gazetesinin 1937 yılında bir anket yaptığı ve ankete katılanların çoğunluğunun anlaşmalı boşanmadan yana olduklarının ortaya çıktığı belirtilmektedir.[70]

Evlilik dışı çocukların sayısındaki artış nedeniyle, Adalet Bakanlığınca, Valilikler ve Cumhuriyet Savcılıkları kanalı ile, bir araştırma yaptırılmış ve sonuçlar "Kanun Dışı Birleşmeler ve Nesebi Sahih olmayan Çocuklar Hakkında Rapor" adı altında 1942 yılında yayımlanmıştır.[71] Bu raporda ortaya konulan görüşlerden biri de anlaşmalı boşanmaya olanak tanınması, eşlerin karşılıklı anlaşarak boşanmayı birlikte talep etmeleri halinde, bu isteklerinde ısrarlı ve kararlı olduklarının belirlenmesi için, öncelikle kendilerine yeterli bir düşünme süresinin tanınması, eşlerin bu süre sonunda da boşanma konusundaki istek ve kararlarını birlikte devam ettirmeleri halinde, başkaca bir yön araştırılmayarak ve kendilerinden bu konuda herhangi bir delil istenmeden boşanmaya karar verilmesi yönündedir.

---

68 **Milaslı, HBM**, 7009.

69 Adalet Bakanı Mahmut Esat Bozkurt anlaşmalı boşanmaya karşıdır. (Bkz. **HBM**, 5477).

70 **Milaslı, HBM**, 7009.

71 **Adalet Dergisi**, 1942.12.1325-1353.

1943 yılında Adalet Bakanlığınca, Medeni Kanunun, aralarında boşanmaya dair olanlar da bulunmak üzere 56 maddesinde değişiklik öngören bir öntasarının hazırlandığı, ancak Medeni Kanunun değişikliği için zamanın erken olduğu düşüncesi ile meclise sunulmasından vazgeçildiği 1971 tarihli Medeni Kanun Öntasarısından anlaşılmaktadır.[72]

20 yıllık bir çalışmanın ürünü olan ve tasarıya son şeklini veren Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu'nun adı ile anılan 1971 tarihli Türk Medeni Kanunu Öntasarısında, eşlerin karşılıklı anlaşmaları ile boşanma imkanı benimsenmemiştir. Öntasarıya göre, bu yol aşağıdaki gerekçelerle[73] "sakıncalı"dır:

-"Eşlere karşılıklı anlaşma yolu ile boşanma yetkisi verilir ise mahkemenin işi sadece bu boşanmayı tescilden ibaret kalacak ve böylece boşanma işi devlet, toplum kontrolünden çıkarak ilgililere ait özel bir mesele haline getirilecektir.

-Anlaşmalı boşanmanın tabii sonucu olarak (nafaka, tazminat, çocukların velayetinin kime verileceği, çocuklarla kişisel münasebet) gibi hususları da tabiatıyla boşanan eşler tayin edeceklerdir. O halde (karşılıklı rıza) bir boşanma sebebi olarak kabul edilince yukarıki hususlarla ilgili bütün Medeni Kanun maddelerini yeni baştan değiştirip yazmak, açıkçası bütün sistemi değiştirmek gerekecektir. Kanunumuzun aile müessessi hakkında kabul ettiği prensipler böylece kökünden zedelenmiş olacaktır.

---

[72] 1971 tarihli öntasarı, Genel Gerekçe, sf. 3. 1939 yılında Adalet Bakanlığı tarafından anlaşmalı boşanmaya ilişkin bir kanun teklifi hazırlanmış, Başbakanlığa ve Meclise gönderilmiş, ancak daha sonra vazgeçilmiş olduğu belirtilmektedir. (**Bülent Nuri Esen, Nesebi Sahih Olmayan Çocukların Durumu, Adliye Ceridesi**, Ankara, 1942, 1440 vd.).

[73] 1971 tarihli Öntasarı, Bölüm Gerekçesi sf. 111-112

-Karşılıklı rıza ile boşanma, özellikle genç evlileri, ilk kavgada boşanmaya sürükleyecek ve bu suretle bir çok aile yuvaları yıkılacak ve toplumun temeli olan aile de sarsıntı alacaktır.

-Karşılıklı rıza ile boşanma imkanı, bir yıllık, iki yıllık veya üç yıllık gibi süreli evlenmelere, yani bir çeşit kanuni metresliğe yol açar."

Türkiye Barolar Birliği tarafından 23-25 Nisan 1972 yılında, Ankara'da düzenlenen, 1. Türk Hukuk Kongresinde, sunulan tebliğ ve yapılan tartışmalarda da, anlaşmalı boşanma konusu gündeme gelmiştir.[74] Kongre çerçevesinde kurulan komisyonlardan biri olan Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku Komisyonunun raporunda, Medeni Kanunun 134. maddesine ikinci fıkra olarak, boşanmayı kolaylaştırmak amacı ile "Her iki eşin boşanma istediklerini beyan etmeleri, evlilik birliğinin sarsıldığına bir delil teşkil edebilir. Hakim bu delili serbestçe takdir eder" şeklinde bir hüküm eklenmesi önerilmiştir.[75] Tartışmalarda[76] ve komisyon başkanının da bizzat belirttiği[77] gibi, bu hüküm, eşlerin anlaşarak boşanmalarına olanak tanıyan bir hüküm değildir. Ancak önerilen bu hüküm, anlaşmalı boşanma konusunda bir tartışma başlatmış ve özellikle Yargıtay'ın boşanma davalarına bakan 2. Hukuk Dairesinin o dönem başkanı olan Esat Şener tarafından eleştirilmiştir.

18-20 Aralık 1975 tarihlerinde, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde "Boşanma Hukuku Haftası" adı altında tartışmaya açık bir toplantıda, boşanma ve özellikle anlaşmalı boşanma ile ilgili görüşler ortaya konulmuştur.[78]

---

74 **Birinci Türk Hukuk Kongresine Sunulan Tebliğler**, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 1972.

75 1. Türk Hukuk Kongresi Tutanağı, İkinci Oturum.

76 Kongre üyelerinden Turgay Yücel'in konuşması (Kongre Tutanağı, ikinci oturum).

77 Komisyon Başkanı Kemal Tahir Gürsoy'un konuşması (Kongre tutanağı, üçüncü oturum).

78 Hafta içerisinde sunulan tebliğler daha sonra yayımlanmıştır. Bkz. Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı 1925-1975, C. II, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Medeni Kanunun değiştirilmesi amacıyla 1.6.1981 tarihli ve 2467 sayılı kanunla[79] bir komisyon kurulmuş ve bu komisyon[80] son toplantısını 7 ekim 1984 tarihinde yaparak hazırlanan metin "Türk Medeni Kanunu Öntasarısı ve Gerekçesi" başlığı ile kamu oyuna sunulmuştur. Bu öntasarının "Evlilik Birliğinin Sarsılması " kenar başlığını taşıyan 130. maddesinin 3. fıkrası eşlere anlaşmalı boşanma olanağını tanımıştır.

1984 Tarihli Öntasarının 130/3 hükmüne göre, "Evlilik en az bir yıl sürmüşse, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu halde boşanma kararı verilebilmesi için, hakimin bizzat tarafları dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır." 1984 Tarihli Öntasarı ile önerilen bu düzenleme halen yürürlükte olan Medeni Kanunumuzun 166. maddesinin dört cümleden oluşan ve anlaşmalı boşanmayı düzenleyen 3. fıkrasının ilk iki cümlesinde aynen ifadesini bulmuştur. Böylece anlaşmalı boşanmanın, kanunlaşma yolunda ilk defa ciddi bir biçimde 1984 Tarihli Öntasarı ile ele alındığı söylenebilir.[81]

1984 tarihli Öntasarı üzerinde, Adalet Bakanlığınca gerekli çalışmalar yapılarak hazırlanan bakanlık tasarısı 25.3.1985 tarihinde Başbakanlığa sunulmuştur.[82] Tasarıda

---

Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977. Haftaya sunulan üç tebliğ özellikle anlaşmalı boşanma ile ilgilidir.

79 RG. 3.6.1981 tarih ve 17359 sayı.

80 Komisyonun görev süresi daha sonra 28.6.1983 tarih ve 2862 sayılı kanun ile uzatılmıştır.

81 Medeni Kanun Değişiklik Komisyonunca Öntasarının 130. maddesinin 2. fıkrasının çok ağır ve kesin bir ifade ile "Evlilik birliğini temelinden sarsan olaylarda kusuru daha ağır olanın dava hakkı yoktur" biçiminde düzenlendiği, ancak bu düzenlemenin soruna çözüm sağlamadığı gerekçesiyle, görüşmelerin tamamlanmasından çok sonra, bir bölüm komisyon üyesince yeniden görüşülmesinin istendiği ve az bir oy çoğunluğu ile ikinci fıkra değiştirilerek Adalet Bakanlığına sunulan metne dönüştürüldüğü iddia edilmiştir. (**Yalçınkaya/Kaleli**, I, 513, 516, 517).

82 Tasarı bastırılmamış sadece teksir edilmiştir.

anlaşmalı boşanmaya ilişkin 130/3 hükmü aynen korunmuştur.[83] Bu tasarı meclise sunulmamış ve kanunlaşamamıştır.

Medeni Kanunun özellikle 134. maddesinin değişikliği ile çalışmalar sürmüş ve bu cümleden olarak Adalet Bakanlığınca hazırlanan ve Bakanlar Kurulunca kabul edilen "743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin Bazı Maddelerinin ve 818 sayılı Borçlar Kanununun 49. Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun Tasarısı" 11.2.1988 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na sunulmuştur. Tasarının genel gerekçesinde, kusura ve anlaşmalı boşanmaya ilişkin olarak; "Türk Kanunu Medenisinin geçimsizlik 'imtizaçsızlık' sebebiyle boşanma hükümleri toplumumuzu en çok meşgul eden konular arasında olup, bir eşin kendi kusuru ile evlilik birliğini sarsmış olmasına rağmen geçimsizliğe dayanarak boşanma davası açamaması ve eşlerin boşanma için anlaşmış olmalarının boşanma kararı verilmesi için yeterli sayılmaması sebebiyle evlilik birliğini temelden sarsan olayların vukuuna rağmen boşanma kararı verilememesi eşleri müşkül durumda bırakmakta, eşler fiilen ayrı yaşamakta, evlilik sadece hukuken devam etmektedir. İşte bu iki sebebe işlerlik kazandırabilmek için yeni düzenleme ile, belli şartların tahakkuku halinde; daha ziyade kusurlu eşe de boşanma davası açma hakkı tanınmış ve kendi aralarında anlaşarak karar vermiş kimselere de bu imkan sağlanmıştır." görüşlerine yer verilmiştir.[84]

Hükümet tasarısı, 1984 tarihli Öntasarıdan ve 1985 tarihli Tasarıdan, boşanma konusunda anlaşan eşlerin boşanmayı talep edebilmek için evliliğin bir yıl sürmüş olmasını aramama ve boşanmadan önce hakimin bir yıldan az, iki yıldan fazla olmamak üzere ayrılığa hükmedeceği noktalarında ayrılmıştır. Ayrıca tarafların

---

[83] 130. maddeye bir dördüncü fıkra eklenerek; 1971 tarihli Öntasarının 134/A-1 hükmünde olduğu gibi, reddedilmiş ve kesinleşmiş bir boşanma davasından itibaren beş yıl geçmiş olması halinde müşterek hayatın kurulamamış olması koşulu ile eşlerden birinin talebi ile boşanma olanağı getirilmiştir.

[84] Genel Gerekçe, 1. Paragraf. (**Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi**, Dönem 18, Yasama yılı 1, S. Sayısı : 25, sf. 1.).

anlaşması üzerinde hakim tarafından değişiklik yapılabileceği esası getirilmiştir. Hükümetin teklif ettiği metin şöyledir; "Eşler, boşanmak için birlikte başvurdukları veya bir eş diğerinin davasını kabul ettiği taktirde hakim, bir yıldan az ve iki yıldan fazla olmamak üzere tespit edeceği bir süre ile ayrılığa hükmeder. Eşler bu süre zarfında müşterek hayatın devamı maksadıyla bir araya gelmedikleri taktirde birinci fıkradaki hal gerçekleşmiş sayılır. Bu sürenin sonunda eşlerden her biri boşanma talebinde bulunabilir. (...) Hakim tarafların ve çocukların menfaatlerini nazara alarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü halinde boşanmaya hükmolunur".[85]

Hükümet tasarısı Meclis Adalet Komisyonunda değişikliğe uğramış 134. maddenin 3. fıkrasında anlaşmalı boşanma için öngörülen 1 veya 2 yıllık ayrılık süresi metinden çıkarılmış, evliliğin en az bir yıl sürmesi gereği 1984 Tarihli Öntasarıda ve 1985 tarihli tasarıda olduğu gibi geri getirilmiştir.

Adalet Komisyonundaki değişik şekli ile Tasarı, Türkiye Büyük Millet Meclisinde 4.5.1988 tarihinde aynen kabul edilerek kanunlaşmış ve Resmi Gazetede 12.5.1988 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Böylece bu kanun değişikliği ile anlaşmalı boşanma kurumu Medeni Kanunumuza girerek Türk pozitif hukukunda yerini almıştır (EMK md. 134/3).

22 Kasım 2001 tarihinde kabul edilerek[86] 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Medeni Kanunumuzda da anlaşmalı boşanma, "Evlilik Birliğinin Sarsılması" kenar başlığını taşıyan 166. maddenin 3. fıkrası olarak EMK md. 134/3' deki ifadesi ile aynen korunmuştur.[87]

---

85 4. maddeye ait gerekçe. (TBMMTD, Dönem 18, Yasama yılı 1, S. Sayısı : 25, sf. 5.).

86 RG. 8. Aralık. 2001 tarih ve 24607 sayı.

87 Madde numaraları değiştiği için EMK md. 134/3 son cümle, madde numarası zikredilmeksizin, yeniden kaleme alınmıştır. 4721 sayılı Medeni Kanunumuza ait 1999 tarihli tasarının genel gerekçesinde "Yürürlükteki kanunun 134. Maddesinde 3444 sayılı kanunla yeniden düzenlenmiş

IV- Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanmanın Gerekliliği Ve Anlaşmalı Boşanmaya Karşı Görüşlerin Reddi

A-Genel Olarak

1926 tarihinde İsviçre'den iktibas olunan Türk Medeni Kanunu gerçek anlamda bir devrimdir. İsviçre için muhafazakar olarak nitelenebilecek bu kanunun bir resepsiyon[88] süreci sonucu Türkiye'de benimsenmesi, Kemalist kadronun kararlı tavrı sonucu gerçekleşmiş ve çağdaş dünyanın kapılarını Türk insanına açmıştır. Bu resepsiyon bir toptan benimseme biçiminde olmuş ve bu şekilde İsviçre Medeni Kanununun Aile ve Miras Hukuku bölümleri de (başka resepsiyon örneklerinde görülebildiği gibi) istisna edilmeyerek Türk Hukukuna alınmıştır. Böylece inceleme konumuz açısından bakıldığında tek eşlilik, laik hukuk anlayışı, kadın ve erkeğin hukuki eşitliği, boşanma konusunda erkek egemen boşanma serbestisi sisteminin terk edilerek hakim kararı ile boşanmaya karar verilmesi gibi çağdaş ilkeler de yaşamımıza girmiştir.[89]

Hükümlerindeki ayniyete karşın, İsviçre Medeni Kanunu ile Türk Medeni Kanunun fiili uygulamasında, zaman içerisinde, boşanmaya ilişkin mahkeme içtihatlarına yansıyan farklılıklar ortaya çıkmıştır. İsviçre'de boşanma konusunda, tutucu-kısıtlayıcı dini bir gelenekten geliniyor olmasına rağmen, bunun aksi bir geleneğe sahip Türkiye ye göre, daha esnek ve toplumsal gelişmelere uygun bir yol tutulmuştur. Türkiye de ise, özellikle uygulamanın katı tutumu sonucu, boşanma davaları bir ölçüde kilitlenmiş ve çözüm yolları aranır olmuştur. Bu katı tutumun, Medeni Kanunun kabulü ile Türk Hukuk yaşamına egemen olan devrimci-çağdaş

---

olan 'evlilik birliğinin sarsılması' adlı genel boşanma nedeni aynen korunmuştur" ifadesi bulunmaktadır.

88 Resepsiyon kavramı ve çeşitli teorik-pratik resepsiyon süreçleri için bkz. **Gülnihal Bozkurt, Batı Hukukunun Türkiye''de Benimsenmesi-Osmanlı Devletinden Türkiye Cumhuriyeti'ne Resepsiyon Süreci**, Türk Tarih Kurumu Yayını, Ankara, 1996, sf. 6 vd.

89 **Feyzioğlu/Özakman/Sarıal**, 16-17; **Yalçınkaya/Kaleli**, I, 430 vd;

ilkeler bir kenara bırakılarak, eski hukuka dönüleceği kaygısı nedeniyle gerçekleştirildiği anlaşılmaktadır. Evlilik birliğinin sona ermesi sonucunda, genellikle kadının (ve çocukların) zarar göreceği düşüncesinden hareketle, çözüm olarak, evlilik birliğinin çözülmesini güçleştirmek suretiyle, kadını ve çocuğu korumanın mümkün olabileceği düşüncesine varılmıştır. Yargıtay'ın, İsviçre Öğretisi ve Federal Mahkemenin aksine, evlilik birliğinin sarsılması nedeniyle açılan boşanma davalarında, kusuru bir defi değil, itiraz olarak uygulaması, büyük ölçüde evlilik birliğini çözmek isteyen erkek eşe karşı, kadın eşi korumak istemesinden kaynaklanmaktadır.[90]

Uygulamada, "evlilik birliğinin kendisine yüklediği görevleri yerine getirmeyerek, başını alıp gitmek isteyen erkeğe" karşı, kadını ve çocukları koruma düşüncesi, akıl ve mantık sınırlarını zorlayıcı bir şekilde, neredeyse, bir boşanma yasağına dönüştürülmüş ve boşanmanın kolaylaştırılması olarak görülen anlaşmalı boşanmaya ve bu arada fiili ayrılığa dayanan boşanmaya da karşı çıkılmıştır. Bu anlamda, kadın eşin boşanmak istememesi durumunda, bir uçta duran, eski hukukumuzdaki kocaya tek taraflı boşanma imkanını veren (talâk) sisteminden, neredeyse, boşanma yasağını çağrıştıran diğer uçtaki sisteme geçilmiştir. Boşanma konusundaki tıkanıklığı, sorunları, ihtiyacı ve bu sorunların içtihat yolu ile çözülemediğini gören kanun koyucunun 3444 sayılı yasa ile, tıkanıklığı açmak istediği açıktır.[91]

---

[90] Bu konuda ilginç bir saptama için bkz. **Claude Lienhard, Regards sur l'état actuel des procédures de divorce en Franse, Le Droit de la Famille en Europe son Evolution depuis l'antiquité jusqu'a nos jours**, Presses Universitaries, Strasbourg, 1992, 581. Yazar kadın ve erkek arasındaki birlikteliğin tüm uygarlıklarda, ekonomik, dini, sosyal ve ahlaki yönleriyle normatif hale getirildiğini, evlilik kurumunun hukuk sistemlerince düzenlenme ihtiyacının da bu birlikteliğin sona ermesinin yarattığı problemlerin yasal olarak çözülmesi gerekliliğinden kaynaklandığını belirtmektedir.(Aynı yerde). Gerçekten de boşanma ile ilgili kanuni düzenlemelerin, yazarı haklı kılacak anlamda, toplumsal ihtiyaçlara göre, mahkemelerce, bu ihtiyaçlar doğrultusunda yorumlanarak uygulandığı, ancak bu yorumların da her zaman nihai anlamda sorunun çözümüne yardımcı olmadığı hemen her ülkede gözlemlenmektedir.

[91] 3444 sayılı kanunun gerekçesinde bu husus açıklıkla ifade olunmaktadır.

B-Anlaşmalı Boşanmaya Karşı Görüşlerin Reddi

Medeni Kanunun kabulünden sonra, yukarıda değindiğimiz gibi, eşlerin anlaşması yolu ile boşanmanın kabulü gerektiğini savunanların ve bu yola karşı olanların görüşleri çeşitli yer ve kaynaklarda dile getirilmiştir. Anlaşmalı boşanmaya, Cumhuriyetin ilk yıllarında karşı çıkılıyor olmasını, devrimin henüz yeni olması ve sonuçlarının yeni alınıyor olması nedeniyle anlayışla karşılayabilmek mümkündür. O nedenle anlaşmalı boşanmaya karşı görüşleri 1971 tarihli öntasarıdan bu yana değerlendireceğiz.

20 yıllık bir çalışmanın ürünü olan 1971 tarihli Türk Medeni Kanunu Öntasarısında eşlere karşılıklı anlaşmaları yolu ile boşanma imkanı verilmemiştir. Günümüzde artık uygulama ve karşılaştırmalı hukuk verileriyle de iyice yanlışlığı ortaya çıkan, Öntasarının anlaşmalı boşanmaya karşı çıkma, bu yolu "sakıncalı" bulma gerekçeleri, tasarıdan sonra da anlaşmalı boşanmaya karşı olanlarca savunulduğu için üzerinde durulmalıdır.

Tasarıya göre, eşlere karşılıklı anlaşma yolu ile boşanma yetkisi verilir ise, mahkemenin işi, sadece bu boşanmayı tescilden ibaret kalacak ve böylece boşanma işi devlet, toplum kontrolünden çıkarak ilgililere ait özel bir mesele haline getirilmiş olacaktır. Bu görüşe karşı, aileye, onu oluşturan bireylerin duyguları, arzuları, düşünceleri, bağımsızlıkları ve ortak kararlarının dışında ve üzerinde, devletin denetimi altında bir kurum niteliği vermek ve boşanma hukukunu bu model üzerine yapılaştırmanın sakıncalı olduğu, bireylerin, devletin değil, kendilerinin mutluluğu için bir araya gelmiş oldukları, devletin ve toplumun yücelmesi, ailenin bozulmamasını gerektiriyor diye, onarılmaz bir biçimde sarsılmış bir aile birliğini 'devlet kontrolünde' korumaya çalışmak ve eşlerin mutsuzluklarını devlet ve toplum yararına umursamamak ve nihayet mutlu bir toplumu, ancak mutlu bireylerin yaşatabileceği gerçeğini göz önünde tutmamanın uygun olmadığı, evlilik birliğinin, eşler arasında özel ve kişisel bir konu olmasından ısrarla kaçınılmasını anlamanın zor olduğu, tamamen çökmüş ve çöktüğü her iki eş tarafından ortaklaşa ileri sürülen,

eşlerin yeniden bir araya gelmeyeceklerini açık ve kesin olarak ortaya koydukları evlilikleri, devlet zoru ile ayakta tutmanın, kime ve ne şekilde bir yararı olacağı, kökünden sarsılmış ve hayatiyetini yitirmiş bir evliliği ve buna samimiyetle inanan eşlerin, birlikte yaşamalarını genel menfaat veya çocukların yararı nedeniyle zorla istemenin anlamsız olduğu, önemli olanın, bütün bu üç yönlü menfaati, makul sınırlar içerisinde bağdaştırabilmek olduğu, ne hakimin kararının ve ne de kanunun hükmünün, bireylerin iç ve özel hayatıyla ilgili olan bir hususu düzene koymaya ve ona hayatiyet vermeye yeterli olamayacağı ve bu yaklaşım biçimi nedeniyle de, öntasarının, uygar batı dünyasının, İkinci Dünya Savaşı sonrasında yarattığı, boşanma hukukunun yeni görünümlerine ve değişen felsefesine uzak kaldığı biçiminde,[92] yerinde olarak eleştiriler getirilmiş ve tasarının tutumunun doğru olmadığı ortaya konulmuştur.

Tasarının anlaşmalı boşanmayı sakıncalı görmesinin ikinci gerekçesi, bu şekildeki boşanmanın tabii sonucu olarak (nafaka, tazminat, çocukların velayetinin kime verileceği, çocuklarla kişisel münasebet) gibi hususların da, tabiatıyla boşanan eşlerce tayin edileceği, o halde (karşılıklı rıza) bir boşanma sebebi olarak kabul edilince de, bu hususlarla ilgili bütün Medeni Kanun maddelerini yeni baştan değiştirip yazmak, açıkçası bütün sistemi değiştirmenin gerekeceği, bu durumda da kanunumuzun aile müessessi hakkında kabul ettiği prensiplerin kökünden zedelenmiş olacağıdır. Anlaşmalı boşanmanın kabul edildiği bütün ülkelerde, eşlerin boşanma konusunda anlaşmaları yetmemekte, ayrıca onların boşanmanın yan sonuçları ve özellikle de maddi konularda ve çocukların durumu konusunda da anlaşmaları aranmaktadır. Bu anlaşma, boşanma hakimi tarafından, eşlerin ve çocukların yararı açısından denetlenmektedir. Çocukların durumu hakkındaki düzenlemenin uygunluğu konusunda hakimin geniş takdir hakkı bulunmaktadır. Ayrıca boşanma sonrasında eşlerin mağdur olmasını önleyici kanuni düzenlemeler de yapılmaktadır. Böylesine bir düzenlemenin varlığı altında eşlerin yan sonuçlar konusunda bir anlaşma yapmasının sakıncalı olması bir yana, aralarındaki sorunları

---

92 **Yalçınkaya/Kaleli**, I, 462-466.

ve çözümünü eşlerden daha iyi kimsenin bilemeyeceği karşısında desteklenmesi gerekir.[93]

Tasarıdaki üçüncü gerekçe, karşılıklı rıza ile boşanmanın, özellikle genç evlileri, ilk kavgada boşanmaya sürükleyeceği ve bu suretle bir çok aile yuvalarının yıkılacağı ve toplumun temeli olan ailenin de sarsıntı alacağıdır. Bu gerekçe de karşılaştırmalı hukuk verileri ışığında çürümektedir. Eşlerin anlaşarak boşanabilmeleri için boşanma iradelerinin herhangi bir baskı altında kalmaksızın verilmiş olması, iyice düşünülmüş, bu anlamda olgun bir düşüncenin ürünü olması, bir karara dönüşmüş olması ve kesin olması gerektiği aranmaktadır. Bu irade bizzat hakim önünde açıklanacak (eşler hakim önünde dinlenecek) ve yukarıda belirtilen niteliğe sahip olması aranacaktır. Yine evliliğin veya ayrı yaşamanın belli bir süre devam etmiş olmasının yanı sıra eşlere düşünme süresi de verilecektir. Böylesine denetim olanaklarının varlığı karşısında öntasarının gerekçesinin yerinde olmadığı ortaya çıkmaktadır.[94]

Öntasarının anlaşmalı boşanmayı sakıncalı bulan diğer bir gerekçesi de, karşılıklı rıza ile boşanma imkanının, bir yıllık, iki yıllık veya üç yıllık gibi (süreli evlenmelere) yani bir çeşit kanuni metresliğe yol açacağı iddiasıdır. Bu görüşe karşı da, bu düşüncenin aşırı bir örnek olduğu, bir varsayıma dayandığı, konunun abartıldığı, eşlerin daha evlenmeden, birkaç yıl sonra anlaşarak boşanmayı önceden kabul etmelerinin hayatın doğal akışına ve yaşam deneylerine aykırı olduğu, böyle bir ön anlaşma yapmanın anlamı, nedeni ve yararının bulunmadığı, böyle bir anlaşmaya uymanın güvencesinin olmayacağı, çok aşırı bir örnek için bir hukuk kurumuna karşı çıkmanın haklı ve bilimsel olamayacağı eleştirisi[95] getirilmiştir. 1988 sonrası, anlaşmalı boşanmanın ülkemizdeki uygulaması, eleştirinin haklılığını ortaya koymuştur.

---

93 Aynı görüşte, **Yalçınkaya/Kaleli**, I, 466-467.

94 Bkz. **Yalçınkaya/Kaleli**, I, 467-468.

95 **Yalçınkaya/Kaleli**, I, 468.

Öntasarı anlaşmalı boşanmanın (faydalı yönlerine de değinmiş) sakıncalarının ağır bastığı görüşü ile bu yolu kapalı tutmuş ve bu konuda şu sonuca varmıştır: "Bu gün MK. md. 132'de kabul edilmiş terk sebebi, karşılıklı rıza ile boşanmak isteyenlerin kolayca başvurabilecekleri bir boşanma sebebidir. Bundan başka, iki taraf razı olduktan sonra boşanma davası çok kolay yürümekte ve çok kısa sürmektedir. Bunun binlerce misali vardır. Bu sebeple (boşanmayı kolaylaştıralım) gerekçesiyle, karşılıklı rızayı Medeni Kanun'a bir boşanma sebebi olarak yerleştirmek, aile müessesini kökünden sarsmak neticesini doğurur".[96]

Anlaşmalı boşanmaya, Yargıtay'ın Aile Hukukundan doğan ihtilaflarına bakan 2. Hukuk Dairesinin bir dönem başkanlığını yapmış olan Esat Şener tarafından da karşı çıkılmış ve esasen anlaşmalı boşanma konusunda bir düzenleme yapılmasına gerek olmadığı, bu yolun başka kanun hükümlerinden yararlanılarak veya EMK. md. 134/1'e göre fiilen uygulanmakta olduğu görüşü ortaya konulmuştur. Şener tarafından ifade edilen görüşlerin, kendi içerisinde çelişik, hukuka ve yaşam gerçeklerine aykırı yönü ile, ifade edenin, bu görüşlerin ortaya konulduğu dönem işgal ettiği mevkii göz önüne alındığında, irdelenmesi gerektiğini düşünüyoruz. Şener'e göre; "Medeni Kanun rızai boşanmaya hiç imkan vermiyor mu? Eğer gerçekten eşler ortak hayatı sürdürme bilincini yitirmiş ve dönüşü olmayan bir kararlılık içinde iseler, nihayet 3-5 aylık bir sabır sonucu hiçbir hukuki engelle karşılaşmadan, kanuna karşı hile yoluna da sapmadan ve delil bulma zahmetine de katlanmadan zaten boşanabilirler. Medeni Kanunun 132. maddesi bu imkanı vermiştir. Şöyle ki: A) Eşler boşanmak istiyorlar ve fiilen iki aydan fazla ayrı yaşıyorlarsa, eşlerden bir, öbürünü birliğe çağırır. 27.3.1957 gün ve 10/1 sayılı İçtihadı Birleştirme kararı bu işlemi dava dışı saydığı ve şartlar, ancak boşanma

---

[96] 1971 tarihli Öntasarı, sf. 112-113. 1971 tarihli öntasarının Evlilik Hükümleri üzerine bir eleştiri yazan Akıntürk, Öntasardaki gerekçelerle anlaşmalı boşanmaya karşı çıkmakta ve "Netice itibariyle karşılıklı rıza ile boşanma usulünün ülkemizin gerçeklerine uymadığını uzun boylu izaha dahi lüzum yoktur." kanısına varmaktadır. (**Turgut Akıntürk, Türk Medeni Kanununun Evlilik Hukukuna İlişkin Hükümlerinde Yapılması Öngörülen Değişiklikler, AÜHFD**, Cilt. 19, sayı. 1-2, sf. 47.).

davasında aranacağı için hakim öteki eşe, bir ay içinde evine dönmesi için ihtarda bulunur. Süre bitince dava açılır. Eş, eve dönmek istemediğini açıklar, bu durumda boşanma kararı verilir. Çünkü: Bu dava şekli dava olduğu için hakimin takdir hakkı sınırlıdır. İhtara rağmen haklı bir sebeple ihtara uyulmadığını ispat davalıya düşer. Davalı savunmasını ispat etmezse boşanma kararı verilir. Eşler ayrılmakta kararlı olduklarına göre zaten davalı delil göstermeyecektir. B) Eşler, boşanmaya karar verdikleri zaman henüz ayrı yaşamıyorlarsa, ayrı yaşamaya başlarlar. İki ay sonra ihtar kararı gönderilir. Ondan sonra A bendinde açıklanan usul işlemleri tamamlanır. Ve evlilik birliği ortadan kalkar. C) Öyle ise, Türkiye'de eşler istediği halde Medeni Kanunun ağır hükümleri karşısında buna imkan bulamadıkları yolundaki iddialara katılmak mümkün değildir. Bu bakımdan rızai boşanma için özel hükümler öngören ve bunu savunanların görüşlerine katılmıyorum. (...). Türk Medeni Kanunu öntasarısında belirtildiği gibi eğer eşlere karşılıklı irade ile boşanma imkanı verilirse: aa) Genç evlilerde, hemen ilk kavga veya anlaşmazlıkta dava açılacak, yuva yıkılacak, fevri hareket sonucu kişiler geleceklerini tehlikeye sokacaklardır. bb) Bu imkan verilirse, İslam Hukukundaki nikah-ı mut'a yani süreli evlenmelere, diğer deyimle kanuni 'metresliğe' yol açılır. cc) Karşılıklı anlaşma ile boşanma imkanı verilirse, eşler ileride hakim önünde nasıl olsa boşanabileceklerini gözeterek nikah ve boşanma gibi külfetten kurtulmak, bazı masrafları göze almamak için nikahsız oturmayı tercih edebilirler. dd) Rızai boşanmaya imkan verilirse, vatandaşlık hakkı kazanmak için cali=sun'i, yani görünüşte evlenenler teşvik edilir. D) Aslında az önce belirttiğimiz imkanın dışında da rızai (anlaşmalı) boşanma Türkiye'de de vardır. Bu bir gerçektir. Hem hakim olarak mahkemelerde rastladık hem de Yargıtay'da bu tür davalarla sık sık karşılaşıyoruz. Bunlarda başarı oranının çok yüksek olduğu da inkar olunamaz. İstenen şey delile başvurmadan birbirini inandırarak eşlerin (eşlere) evlilik birliğini ortadan kaldırmak imkanı sağlamaktır. Oysa her şeyden önce bu görüş, temelinde hukuka aykırı düşer. Çünkü: Evlenme serbest irade ürünü olmakla beraber, boşanma kamuyu ilgilendirdiği, çocukların yararı ve gelecekleri söz konusu olduğu için devletin müdahalesi zorunludur. Eğer eşlerin rıza, istek, anlaşma, hatta bir anlamda keyiflerince evlilik birliğinin sona erdirilmesi uygun görülürse hakimin araya girmesinin anlamı yoktur. Bu iş nüfus idaresince evlendirme memurluğunda, ya da Noter ve benzeri bir kurumda tescil edilebilir. Özel hukuk alanına giren

sözleşmelerdeki bozma şekli burada da uygulanabilir. Nitekim bu denli olumsuz uygulama çocuksuz aileler için SSCB de uygulanmaktadır. 27.6.1968 tarihli kanuna göre 'eşler anlaşmak suretiyle birlikte, hatta gerekirse yalnız başlarına, ahvali şahsiye sicil memuruna başvurarak boşanmalarının tescilini isteyebilirler'. (...) Hal böyle olunca, hakime başvurularak rızai boşanma olamaz. Hakimin takdir hakkı kaldırılamaz.[97]"

Öncelikle hemen belirtilmelidir ki, anlaşmalı boşanmanın EMK. md. 132 hükmünden yararlanılarak gerçekleştirilmesi halinde, bunun bir kanuna karşı hile oluşturmayacağı görüşü doğru değildir. Burada açık bir kanuna karşı hile vardır.[98] Bu

---

97 **Esat Şener, Medeni Kanunun Aile ve Nesep Bölümünde Çatışan Eğilimler**, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, Cilt. II, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977, 232-234. Şener'in bu görüşleri esasen 1. Türk Hukuk Kongresinde yapmış olduğu konuşma ile aynı olduğu gibi, aynı görüşler, yazarın, anlaşmalı boşanma, 3444 sayılı kanun ile Türk Hukukuna girdikten sonra yayımlanan, makale ve kitaplarında da savunulmuştur. (Bkz. **Esat Şener, Medeni Kanunun Boşanma Bölümünde Yapılan Değişiklikler, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi**, sayı. 70, yıl 1991, sf. 5; **Esat Şener, Uygulamada ve Teoride Her Yönü ile Boşanma**, Ankara, 1994, 232-233; **Esat Şener**, İçtihatlı-Açıklamalı Türk Medeni Kanunu, 1. Cilt, Ankara, 1998, 453-454. Öğretide, Şener tarafından dile getirilen ve yukarıda aktarılan anlaşmalı boşanmaya karşı görüşleri/gerekçeleri "doyurucu" bulan hukukçular bulunmaktadır. (Bkz. **Feyzioğlu/Özakman/Sarıal**, 323). Kocayusufpaşaoğlu da, Şener'in, yukarıda anılan son yayınının 1988 baskısına atıf yaparak, yazarın görüşlerini " dikkate değer" olarak nitelemektedir. (**Necip Kocayusufpaşaoğlu, Medeni Kanunun 3444 sayılı Değiştirilmiş 134. Maddesinin 3. ve 4. Fıkraları Çerçevesinde Açılan Boşanma Davalarında Hakim Ayrılığa Hükmedebilir mi**, İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan, Bayrak Matbaacılık, İstanbul, 1990, 115, dn. 3).

98 Aynı görüşte, **Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop/Samim Ünan, Çağdaş Aile ve Sorunları**, Manisa Barosu Dergisi, Kasım/1983, Yıl.3, sayı. 7, sf. 29; **Haluk Burcuoğlu, Türk Medeni Kanunu Ön Tasarısının İncelenip Değerlendirilmesi**, Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, VIII. Sempozyum, Türkiyat Matbaacılık, İstanbul, 1988, 115; **Özlem Kırbaş, Türk Hukukunda Eşlerin Anlaşmasına Dayanan Boşanma**, İstanbul, 1994, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 10-11. Aksi görüşte **Feyzioğlu/Özakman/Sarıal**, 325-326. Yazarlar, anlaşmalı boşanmanın kabulü yönündeki karşılaştırmalı hukukdan örnekler verdikten ve o günkü eğilim ve akımların pek çok ülkeleri anlaşmalı boşanmayı kabule zorlandığını belirttikten sonra; "bütün bu yenileşmelere rağmen Türk toplumunun yapısı, özellikle Anadolu'nun cefakâr ve çilekeş kadını rızai boşanmayı, eşit koşullar ve imkanlar içinde kullanabilecek ve değerlendirebilecek olgunlukta ve durumda değildir; rızai boşanma yolunun Türkiye'mizde de açılması, 50 yıldan beri adım adım giderek vatan sathına ancak yayabilme durumuna yaklaştığımız (Medeni Nikah gereği ve Boşanmanın belli sebeplere dayanılarak hakimin kararı ile ancak mümkün olabileceği) kanısının temelinden yıkılması ihtimalini kuvvetlendirir; kısaca (aile düzenimiz ve sistemimiz) bize göre de, alt üst olabilir. Rızai boşanmanın getireceği yararlar, böylesine ağır tehlikeleri ve sakıncaları göze almağa değecek nicelik ve nitelikte değildir."demektedirler. (Burada, bir cumhuriyet çocuğu olan Feyzioğlu ve 1971 tarihli ön tasarıya adını veren Velidedeoğlu gibi hocalarımızın, Kemalist devrim ile, Türk insanının ve özellikle Türk kadının elde ettiği kazanımların, anlaşmalı boşanmanın kabulü veya boşanmanın kolaylaştırılacak olması ile, kaybedilecek olacağı yönünde,

görüşlerin savunulduğu, 3444 sayılı kanundan önce de, yazarın da ifade ettiği gibi, eşlerin anlaşmaları halinde EMK. md. 134/1 hükmünün arkasında boşanabildikleri, boşanma konusunda anlaşmış, kararlı eşlere (çok özel durumlar bulunmadığı sürece) hakimlerin hoşgörü ile yaklaştıkları ve boşanmaların bu şekilde gerçekleştiği bir vakıadır.[99] Bu durum, 3444 sayılı kanunun kabulünden sonra dahi böyledir. Uygulamada, MK. md. 166/3'ün (EMK. md. 134/3'ün) özelikle süre veya eşlerin bizzat mahkemeye gelmeleri yönlerinden koşullarının oluşmadığı her durumda, çekişmeli yolla md. 166/1 hükmünün arkasında anlaşmalı boşanma yapılmakta ve bu konuda hakimlerin hoşgörüsü sürmektedir. Boşanma kararı verilebilmesi için tanık dinlenmesi yeterli görülmektedir. Ancak boşanma konusunda anlaşmış eşlerin yazarın iddiasının aksine, EMK. Md. 132 hükmünden hemen hiç yararlanmadıkları, EMK. md. 134/1 hükmüne dayandıkları da bir gerçektir.[100]

-her Cumhuriyet çocuğunun taşıdığı- saygı ile karşılanması gereken bir endişelerinin var olduğu ve bu endişe ile hareket ettikleri anlaşılabilmektedir). Yazarlar devamla; "Terk ise, koşulları belli müstakil bir boşanma sebebidir; boşanmak istemeyen kadın Terk'de, rızai boşanma yolundaki kadar, ezilme ve zorlanma tehlikesine maruz bırakılamaz, ama istenirse aynı sonuca götürür, ayni fonksiyonu görür. Terk sebebinden yararlanmak hakimi (dolambaçlı biçimde) boşanma kararını vermeye sevk etmek de sayılamaz. Çünkü kanunkoyucu (Terk)'e diğer boşanma sebeplerine dayanan davalardan farklı olarak (şekli bir dava) olma niteliğini biraz da rızai boşanma ihtiyacına cevap vermesi için bilinçli olarak tanımıştır" görüşünü ileri sürmektedirler ki bizce bu görüşe katılabilme olanağı yoktur.

99 **Yalçınkaya/Kaleli**, I, 886-887; **Nuşin Ayiter, Geçimsizlik Sebebine Dayanan Boşanma ve Yargıtay uygulaması**, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, Cilt. II, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977, 166; **Burcuoğlu,** Öntasarı, 115; **Gürsoy**, Anlaşmalı Boşanma, 160. Yazar uygulamadaki fiili gerçeği şu şekilde yansıtmaktadır; "Fiiliyatta boşanma ya iki tarafça aynı sebebe müsteniden istenilmekte veya eşlerden birisi tarafından açılan davada, diğer eş geçimsizlik vakıasını reddetmemekte, bu durumu müşahede eden hakim de –içinde başka bir tereddüt yoksa- dinleyeceği iki şahitle evliliğin kökünden sarsıldığını kabul ederek, boşanmaya karar vermektedir. Türk hakimi de , tıpkı İsviçre hakimi gibi eşlerin mahrem hayatına girmekten kaçınmakta, geçimsizliğin gerçek sebeplerini araştırmayı yersiz ve lüzumsuz görmektedir. Bu çözüm tıpkı İsviçre'de olduğu gibi ne Türk kamu oyunda ne de hukuk literatüründe bir tenkit konusu yapılmıştır. Çünkü bu çözüm tıpkı İsviçre'de olduğu gibi makul ve muhik görülmektedir. Taraflar boşanma hususunda mutabık olduğundan veya mutabık kaldıkları takdirde verilen boşanma kararı temyizin kontrolünden kaçmakta ve bu suretle kanunda olmayan anlaşmalı boşanma toplumsal gerçeğe uygun olarak bir boşanma sebebi olarak fiilen yaşamaktadır." (Gürsoy, Anlaşmalı Boşanma, 160).

100 **Yalçınkaya/Kaleli**, I, 886-887; **Gürsoy,** Anlaşmalı Boşanma, 157. **Yalçınkaya/Kaleli**, ayrıca bu tercihin nedenini de açıklamaktadırlar. (aynı yerde).

Boşanma konusunda anlaşmış eşlerin, kanunda başka amaçlarla düzenlenmiş hükümlerin arkasında, hakimin denetiminden uzak bir şekilde boşanabilmeleri imkanının var olduğunu savunarak, anlaşmalı boşanmanın kanuni düzenlemeye kavuşturulmasına karşı çıkmak aslında korunmak istenen menfaatlere de ters düşmektedir.[101]

Şener, anlaşmalı boşanmaya karşı çıkanların sıklıkla yaptıkları gibi "serbest boşanma ile "anlaşmalı boşanmayı" da birbirine karıştırmaktadır. Serbest boşanma evlilik birliğinin bir tarafına, genellikle kocaya tek taraflı irade beyanı ile evlilik birliğini sona erdirme imkanının verildiği sistemin adıdır. Anlaşmalı boşanma ise, çeşitli kereler açıklamaya çalıştığımız gibi, boşanma ve yan sonuçlar konusunda anlaşmış eşlere, hakim kararı ile ve hakim kontrolünde boşanma imkanının tanınmasıdır ki serbest boşanma ile ilgisi yoktur. Burada da boşanma için hakimin kararına ihtiyaç vardır. Gerek boşanma iradesinin gerçekliği ve oluşumundaki serbestlik ve gerekse de yan sonuçlar üzerinde hakimin boşanma istemini geri çevirebilecek ölçüde denetim ve takdir hakkı bulunmaktadır. Bu tür boşanmada hiçbir şekilde keyfiliğe yer yoktur. Hakimin takdir hakkı kaldırılmış değildir. Çocukların ve

---

[101] **Gürsoy**, Anlaşmalı Boşanma, 157; **Burcuoğlu**, Öntasarı, 115; **Kırbaş**, 11. Gürsoy'a göre; "Biz diyoruz ki, zaruretler ve olaylar kanun tanımıyor: Hakim gerçeği kabul zorunda kalıyor. Bunun için, kanunda açık bir imkan mevcut olmadığından, hakim boşanmayı dolambaçlı yollardan kabul zorunda kalıyor. Bu suretle mevcut ve müspet hukuk, uygulanan hukuktan ayrılıyor. Eğer söylemek caiz ise, uygulama, kanunun hükmü ile alay ediyor. Biz, ise bu başıbozuk gidişi düzenleyelim, sakıncalı yönlerini bertaraf edelim, fevri kararlara mani olalım diyoruz. Elbette, boşanma anlaşması bir borçlar hukuku anlaşması niteliğinde değildir. Bu nedenle, böyle bir anlaşma şartları ve sonuçları bakımından hakimin kontrolüne tabi olmalıdır. Oysa sayın Şener'in salık verdiği ve uygulamada cereyan eden rızai boşanma şekli, eşlere, çocuklara özellikle korumak istediği boşanan kadına yeterli teminat verir nitelikte değildir. (...) Önemli olan bu üç menfaati makul sınırlar içerisinde bağdaştırabilmektir. Ne hakimin kararı, ne de kanunun hükmü, kişilerin iç ve özel hayatıyla ilgili olan bir hususu düzene koymaya ve ona hayatiyet vermeye yeterlidir. Eğer memleketimizde geçimsizliğe müstenit boşanmaların arkasında tarafların anlaşması her hangi bir ölçüde rol oynuyorsa, bu gerçeğin zararlarını azaltmak için kanun vazı müdahale etmelidir. Bu suretle ilgililerin karşılıklı menfaatleri daha makul ölçüler içerisinde düzenlenebileceği gibi mevcut uygulama ile kanun hükümleri arasındaki açık zıtlaşma bertaraf edilmiş ve bu suretle kanuna saygı fikri toplumda sarsılmamış bilakis kuvvetlenmiş olur. (...) Eğer kanunlarımızın lafzına rağmen anlaşmalı boşanmaların memleketimizde mevcut olduğu kabul edilirse, bunun kadınlar zararına olmamasının en emin yolu, bu işlerin açığa vurulması ve kadının hakim huzurunda ve şahsen her türlü teminat altında rızasını beyan etmesi ve kendisine ayrıca mali menfaatlerin sağlanabilmesi, bu gün perde arkasında cereyan edenlere nazaran, daha sağlıklı bir çözüm değil midir?" (**Gürsoy**, Anlaşmalı Boşanma, 157, 161, 163).

eşlerin mağduriyetinin önlenmesi hakimin görevi içerisindedir. Böyle bir sistemde hakimin bir tescil memuru derecesinde olduğunu söyleyebilmek mümkün değildir.

Anlaşmalı boşanmaya karşı çıkanların temel yanılgısı, boşanmayı güçleştirmek, hatta engellemekle, kadının ve çocuğun korunabileceği düşüncesinde yatmaktadır. Oysa bu tutumla kadının ve çocuğun gergin, çekişmeli ve hastalıklı bir hayattan kurtulup, yeni bir başlangıç yapabilme olanağı da göz ardı edilmekte, ötelenmekte, hatta engellenmektedir. Tercih edilmesi gereken, bitmiş bir evliliğin, tüm tarafların yararına olacak şekilde, bir an önce tasfiye edilmesi, bu tasfiye sürecinin mümkün olduğunca kısa sürmesi ve ilgilerin bir an önce yeni bir hayata başlama olanağının yollarının araştırılması olmalıdır.

C-Anlaşmalı Boşanmanın Gerekliliği

Son olarak yeni İsviçre boşanma hukuku modelinde de görüldüğü gibi, çağdaş boşanma hukuku modellerinde, evliliğin çözülmesinde, eşlerin bu yöndeki iradeleri, yan sonuçları da kapsayacak şekilde üstün tutulmuştur. Evlilik birliğini serbest iradeleri ile kuran bireyler, bu birliği yine serbest iradeleri ile ortadan kaldırabileceklerdir. İsviçre çözümünde, eşler, kendi rızaları ile evlilik birliğinin çözülmesine ve boşanmalarının sonucuna ilişkin olarak bir düzenleme yapma konusunda teşvik edilmektedirler.[102] İsviçre kanun koyucusunun, son on yıllarda boşanmaların sonu gelmez çekişmeler ile geçtiği gözleminden hareketle, eşler arasındaki işbirliği ve anlaşmanın sağlanmasını temel tercihi olarak kanuna geçirdiği

---

[102] **Ruth Reusser, Zur Revision des Schweizerischen Scheidungsrecht:Grundgedanken, Scheidung und İhre Folgen**, Universitatsverlag, Bern, 1996, (Grundgedanken), 61; **Jean-François Perrin, Les Causes Du Divorce Selon Le Nouveau Droit**, de l'ancien au nouveau droit du divorce, Stæmpflı Édıtıons SA. Bern, 1999, 11; Boşanma hukukundaki değişikliklerin ana amacının anlaşmalı boşanmayı tanımak olduğu yönünde **V. Bram, Die Scheidung auf gemeinsames Begehren die Wechsel der verfahren (Art. 111-113, 116 ZGB) und die Anfechtung der Scheidung auf gemeinasames Begehren (149 ZGB)**, Aktuelle Juristische Praxis, 12/99, 1512.

ve bunu yaparken kendisinden önceki örnekleri izlediği görülmektedir.[103] Böylece boşanan tarafların iradesine daha fazla değer verildiği gibi, insani ilişkilere devletin ve mahkemelerin müdahale ederek taraflar arasındaki çekişmeyi daha da zarar verici hale getirmesi önlenmiş olmaktadır.[104] Diğer yandan, mahkemede kusur isnadı ile dolu, uzun bir boşanma prosedürünün yaşanması da, taraflar arasında mümkün olabilecek bir barışma ihtimalini bertaraf etmektedir. Eşler belki, ilişkilerini düzeltebilecek veya boşanma sonrası iyi ilişkiler içinde olabilecekken, aile içi sorunların mahkemelerde aleni hale getirilmesi ile sonuçlanan boşanma prosedürü gelecek ilişkileri de tehlikeye sokmaktadır.[105]

Evliliğin kesin olarak bittiğini bilebilecek ve bu konudaki nihai kararı verebilecek kişiler, hiç kuşkusuz, evlilik birliğinin taraflarıdır. Eşler evliliğin bittiği kararına varmış iseler, bunun aksinin başka bir kişi veya kurum tarafından iddia edilebilmesi mümkün olmamalıdır. Bu aşamadan sonra yapılması gereken, olabildiğince, tüm tarafların yararına bir boşanmanın koşullarını araştırmak, bu sıkıntılı ve sancılı sürecin bir an önce geçilerek, tüm ilgililerin yeni bir hayata en az zararla geçebilmelerinin sağlanmasında onlara yardım etmek olmalıdır. Tüm araştırma ve gözlemlerin gösterdiği gibi, eşler arasındaki işbirliğinin, uyuşmazlığın en akılcı bir biçimde çözülmesinde ve bu sürecin en az yara ile atlatılabilmesinde en önemli unsur olduğu, bu şekilde bir boşanmanın çocukların da yararına olduğu, boşanma hukukunun görevinin uyuşmazlıkları çekmek değil, tersine tarafların ve çocukların mümkün olduğunca olumlu bir şekilde yeni bir yaşama geçmeleri olması gerektiği belirtilmektedir.[106]

---

[103] **Ruth Reusser, Die Scheidungsgründe und die Ehetrennug,** Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, (Herausgeber Heinz Hausheer), Stämpfli Verlag AG, Bern, 1999, 1.08; **Perrin,** 11.

[104] **Bram,** 1513.

[105] **Dethoff**, 78; Aynı anlamda **Rhiner**, 94.

[106] **Reusser,** 1.04; **Reusser**, Grundgedanken, 62 vd; **Dethoff**, 77.

Bu düşünceye evliliğin kurumsal yanı da engel değildir. Çünkü evlilik her ne kadar kurumsal yapı olarak görünmekte ise de, bu kurumu oluşturan eşlerdir ve eşler bu ilişkide birbirinin muhatabıdır. Dolayısıyla bu kurumun sona ermesini eşlerden bağımsız olarak düzenlememek ve onların iradelerini nazara almak gerekmektedir.[107]

Sonuç olarak diyebiliriz ki, eşlerin anlaşarak boşanabilmelerine olanak sağlanması, din ve devletin dışında ve üstünde, bireyin iradesinin üstün tutulduğu boşanma hukukunun çağdaş görünümüdür. Bu sonucun, toplum düzeyinde de kabul gördüğü, bir çok ülkede hem kanuni düzenlemeden önce eşlerin anlaşarak boşanmalarının de facto yaşanmasından,[108] hem de kanuni düzenlemeler yapıldıktan sonra, boşanmaların büyük oranda "anlaşmalı boşanma" sebebiyle gerçekleştirilmesinden de belli olmaktadır.

---

[107] **Dethoff**, Yazar Almanya için 75, İngiltere için 89, Fransa için 94'de bu durumu belirtmektedir. Aynı durum İsviçre için de geçerlidir. Anlaşmalı boşanma kanuni düzenleme haline getirildikten sonra İsviçre'de 2001 yılında gerçekleşen 15.778 boşanmadan 14.753'ü tam anlaşmalı, 494'ü kısmi anlaşmalı, 310'u ayrı yaşamaya dayanan ve 223'ü de birlikte yaşamanın beklenememesi sebebine dayanan boşanma ile gerçekleşmiştir. Bu bilgiler için bkz **Ruth Reusser, Die streitige Ehescheidung- bereits erneuter Reformbedarf Privatrecht im zwischen gesellschaftichem Wandel und ethischer Verantwortung** (Festschrift für Heinz Hausheer zum 65. Geburstag, Stampfli Verlag, Bern, 2002, 250. İsviçre'de anlaşmalı boşanmanın büyük bir kabul gördüğü ve İsviçre kanun koyucusunun öngörüsünün gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Almanya için bkz. **Thomas Rauscher, J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuchmit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**, 1993, §1565 N. 4.Yazar bu kurumun eleştirildiğini, ancak hukuk politikası bakımından bunun yerinde olmadığının ortaya çıktığını, çünkü boşanmalarda %80-90 oranlarında bu sebebin yer aldığını belirtmektedir. Fransa'da 1990'da anlaşmalı boşanmaların boşanmalar içindeki oranının % 54 olduğu yönünde **Dethloff**, 178.

[108] **Dethoff**, 77.

2. BÖLÜM

YABANCI HUKUKLARDAKİ DÜZENLEMELER

I- İsviçre Hukuku

A-Genel Olarak

1-Yeni boşanma hukukunun yasallaşma süreci

İsviçre'de 26 Haziran 1998 tarihinde kabul edilen ve 1 Ocak 2000 tarihinde yürürlüğe giren bir kanun ile boşanma hukuku tümüyle yenilenmiştir. Boşanma hukukundaki bu değişiklik 1968 yılında başlayan, Aile Hukukunun toptan değişikliğinin bir parçası olarak görünmektedir.[109] 1991 yılında uzmanlardan oluşan bir komisyon Medeni Kanunun değişikliğine dair bir tasarı hazırlamış,[110] bu tasarı 1995 yılında Meclis Tasarısı haline gelmiş, 1996 yılında tasarı Meclise sunulmuş, Meclis 1997 yılında tasarı üzerinde çalışmaya başlamış ve 1998 haziranında da,

---

[109] **Ingeborg Schwenzer, Praxıskommentar, Scheidungsrecht,** Helbing & Lichtenhahn, Basel-Genf-München, 2000, Allgemeine Einleitung, N.15. İsviçre'de Aile Hukuku alanında yapılan değişiklikler ile ilgili olarak özellikle bkz. **Cengiz Koçhisarlı, İsviçre'de Evlilik Birliği Hukukundaki Son Gelişmeler**, Prof. Dr. Jale G. Akipek'e Armağan, Konya, 1991, 431 vd.; **Şener Akyol, İsviçre Medeni Kanununun Evlenmenin Genel Hükümlerine Dair Öntasarısı Hükümlerinin Türk Medeni Kanunu Öntasarısı ile Karşılaştırılması,** Medeni Kanunun 50. Yıl Sempozyumu, I, Tebliğler, İstanbul 1978, 373 vd.; **Saibe Oktay, İsviçre'de Yasal Değişiklikler ve Mahkeme İçtihatları Işığında Evlenme ve Boşanma Hukukundaki Gelişmeler**, Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Dergisi, Kış, 96, 53 vd.; **François Knoepfler (Çev. Ahmet özer), İsviçre'de Yeni Aile Hukuku Üzerinde Açıklamalar, YD,** 1988, C. 14, sf.121; **Ahmet Özer, İsviçre Aile Rejiminde Son Gelişmeler, YD,** 1988, C. 14, sf. 116; **M. Ünal, İsviçre'de Alınan Aile Birliğini Koruyucu Hukuki Tedbirler**, T.C. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu, I. Aile Şurası Bildirileri, Ankara, 1990, sf. 117 vd.

[110] Vorentwurf für eine Revision des Zivilgesetzbuches (Eheschliessung und Scheidung, Personenstand, Verwandtenunterstützungspflicht, Vormundschaft, Heimstätten und Ehevermittlung).

değişiklik kanunu kabul edilerek, referanduma gidilmeksizin 1.1.2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir.[111]

Boşanma hukukunun yenilenmesi, hatta reformu konusunda, İsviçre Avrupa'da sonuncu olmuştur.[112] İsviçre'nin bu konuda çok yavaş davrandığı, fakat bu ülkenin boşanmanın sonuçlarını düzenleme konusunda, diğer ülkelere göre daha heyecanlı bir süreç yaşadığı, hazırlık süresinin çok iyi geçtiği, geniş bir kamuoyu araştırmasının yapıldığı, çok sayıda uzmanın birlikte çalışması ile sonuçların araştırıldığı ve bu çalışmaların kamuoyunun bilgisine sunulduğu belirtilmektedir.[113] Yine, kamuoyunda, yasama safhasında değişiklikler üzerinde çok tartışma olacağı fikri egemen olmasına karşın, şaşırtıcı bir şekilde böyle olmadığı, esaslı noktaların tartışılmaksızın kabul gördüğü,[114] geç olmasına karşın İsviçre çözümünün orijinallikten yoksun olmadığı, temel noktalarda Fransa'nın 1975 yılında, Almanya'nın ise 1976 yılında yaptığı değişikliklerin izlendiği, hazırlık çalışmalarında her aşamada, anlaşmalı boşanmanın kabul gördüğü belirtilmektedir.[115]

2-1907 Boşanma Hukuku

Bizim de Medeni Kanunumuzun kaynağını oluşturan 1907 tarihli İsviçre Medeni Kanunu, boşanma hukuku alanında, aile kurumunun korunması düşüncesinden

---

111 Geniş bilgi içib bkz. R. **Reusser,** Grundagedanken, 56 vd.; **Thomas Sutter, Das neue Scheidungsrecht**, in P. Gauch/J. Schmid- Die rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. jahrhundert, Schultess Verlag, Zürich, 2001, 93; **Schwenzer,** Allgemeine Einleitung, N.15-16; **Perrin**, 9.

112 **Perrin**, 9.

113 **Perrin**, 9; **Fankhauser**, 6 vd.

114 Parlâmentodaki onay safhasında boşanma nedenlerine ilişkin olarak önerilenlerin genel bir kabul gördüğü, bir iki aykırı fikrin dışında görüşmelerin tartışmasız geçtiği, tasarıdan eşlerin ikinci dinlenmesi noktasında ayrılındığı, eşler eğer bir yıldır ayrı yaşıyorlarsa boşanma kararının hemen verilmesinden vazgeçildiği, Art. 111/2 ve 3 ün yeni bir şekilde formüle edildiği, Art. 112, 113, 115 ve 116 nın ise değiştirilmeden kaldığı, sadece Art. 112/3 de kısmi anlaşmada tam bir kararın gerekeceği konusunun açıklığa kavuşturulduğu, Art. 114'deki ayrılık süresinin beş yıldan dört yıla indirildiği belirtilmektedir. (**Reusser**, 1.18; **Fankhauser**, 7).

115 **Perrin**, 9,12.

hareketle, boşanma sebeplerinde kusur ilkesini benimsemişti. Aileyi kuran evlilik, kişiler üstü bir kurum görünümü ile, liberal devletin toplumsal düzeni olarak, geniş bir korumadan faydalanıyordu.[116] Kusur, boşanmanın özel sebeplerinin ortaya çıkması durumunda da, boşanmanın genel sebebinde de önemliydi. E. İsv. MK. md. 142/2 de, çökmüş bir evlilik, kusursuz eşin iradesine karşın boşanma ile sonuçlanamıyordu. Kusur ilkesi ile gerçekleştirilen kurumsal koruma düşüncesi, boşanmanın yan sonuçları üzerinde de kendisini göstermektedir.[117]

İsviçre'de 1907 tarihli Medeni Kanunun, evlilik kurumunu, her şeyden önce, toplumun iyi davranışlı bir kadına sağladığı bir geçim kaynağı olarak düzenlediği, bu kurum evli kadının kendi kusurlu davranışı ile yıkılmadığı sürece, evli kadının bu statüsünün arzusu hilafına kaybedilmediği, sonuçta bir boşanma olması halinde de, bu boşanma ile sona eren evlilik nedeniyle geçim kaynaklarının yeni bir evlilik yapana kadar devam ettiği, evlilik kurumunun ona bu olanakları sağladığı belirtilmektedir.[118]

3-Uygulamadaki gelişmeler

1960'lı yıllardan itibaren İsviçre'de anlaşmalı boşanma, gelişen topluma uygun olarak, uygulamada Federal Mahkemenin ve yerel mahkemelerin içtihat yolu ile geliştirdiği bir kurum olarak ortaya çıktı.[119] Anlaşmalı boşanmanın pozitif hukuka girmesinden önce, ilk derece mahkemeleri, uygulamada bu kurumu tanımışlardı.[120]

---

116 **Schwenzer**, Allgemeine Einleitung, N.2; **Perrin**, 10.

117 **Schwenzer**, Allgemeine Einleitung, N.2. Yazar İsv. EMK. md. 151'in (Türk MK. md. 174) açıkça zarar tazmini karakterini taşıdığını, kim ki kendi kusurlu davranışı ile boşanmaya yol açarsa diğer eşin boşanma nedeni ile uğradığı zararı tazmin etmesi gerektiğini, böyle bir sonuca haksız fiilerdeki genel kurallar ile de varılabileceğini belirtmektedir. (Allgemeine Einleitung, N.3).

118 **Schwenzer**, Allgemeine Einleitung, N.4.

119 Kanunlarda yapılan değişikliklerin yanısıra içtihatlar yolu ile de hukukun gelişmesinin sağlandığı, özellikle boşanma hukukunda yapılan yorumların ilgili hükümler geliştirilerek kanun koyucudan önce değişiklik niteliğini taşıdığı belirtilmektedir. (**Oktay**, 72.).

120 **Rhiner,** 51; **Fankhauser,** 8; **Sandoz**, İsviçre'de yeni kanundan önce de, özellikle, Fransız kantonlarının böyle özel bir usulü uzun yıllardan bu yana uygulamakta olduklarını, kanun koyucunun bu durumu kanunlaştırdığını belirtmektedir. (**Suzette Sandoz, Divorce sur requête commune: droit matériel ou procédure**, Études de procédure et d'arbitrage en L'honneur de

Eşlerin boşanma konusundaki ortak arzuları, evlilik birliğinin sarsıldığının kesin bir göstergesi olarak kabul gördü.[121] Diğer ülkelerde de olduğu gibi, bu sonucun İsviçre toplumundaki değişim ve dinamizmden kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

1960 yıllardan itibaren, diğer ülkelere benzer bir şekilde, İsviçre'de yıllık boşanma oranı dörde katlanmıştır.[122] 1997 yılında boşanma sayısının evlenme sayısına oranının % 41 olduğu belirtilmektedir.[123] Yine İsviçre'de değişiklik öncesi boşanma davalarının % 97.7 oranında evlilik birliğinin sarsılması nedenine dayalı olarak açıldığı saptanmıştır.[124] Bütün bu gelişme İsviçre' de, diğer ülkelerde de olduğu gibi, kusur ilkesine dayalı boşanma sisteminin geriye gittiği, kusur ilkesinin işlevini yitirdiği ve hatta iflas ettiği biçiminde yorumlanabilir.[125]

Jean-François Poudret, Lausanne, 1999, 203). **Thomas Sutter/Dieter Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht**, Schulthess, Zürih, 1999, Vor. Zu Art. 111-118, N.9; **Heinrich Honsell/Nedim PeterVogt/ThomasGeiser, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht**, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 2. Auflage, Helbing & Lichtenhahn, Basel-Genf-München, 2002, Art. 111, N.1; **V. Bram**, 1511. Yazar bir eşin açtığı boşanma davasına diğer eşin rıza göstererek boşanmanın gerçekleştirilmesine mahkemelerce hiçbir şekilde itiraz edilmediğini belirterek, mahkemelerin evliliğin sarsıldığına ilişkin ya toptan bir inceleme yaptığını, ya da hiç bu yönde inceleme yapmadığını ifade etmektedir.

121 **Schwenzer**, Allgemeine Einleitung, N.5; **Perrin**, 12. Perrin uygulamanın rıza unsurunu yerleştirdiğini ve bu durumun yeni hukuka geçiş için bir şans olduğunu belirtiyor. (Aynı yerde). **Sutter/Freiburghaus**, Vor. Zu Art. 111-118, N.9.

122 **Schwenzer**, Allgemeine Einleitung, N.10. Yıllara göre boşanma sayısı için bak. **Ruth Reusser,** Die streitige Ehescheidung-bereits erneuter Reformbedarf? Privatrecht im zwischen gesellschaftichem Wandel und ethischer Verantwortung (Festschrift für Heinz Hausheer zum 65. Geburstag, Stampfli Verlag, Bern, 2002, 250.

123 **Schwenzer**, Allgemeine Einleitung, N.10. 1960'lı yıllarda açılan tüm boşanma davaları içinde reddedilen boşanma davası oranının % 3 iken, 1998 yılında bu oranın % 01'e gerilediği belirtilmektedir. (Aynı kaynak, N.11). Ayrıca bkz **Reusser**, Die streitige Ehescheidung, 250. Bu kaynakta, 1990'da 13.183 boşanma, 1997'de 17.073 boşanma, 1998'de 17.868 boşanma, 1999'da 20.809 boşanma, 2000'de 10.511 boşanma ve 2001 yılında da 15.778 boşanmanın gerçekleştiği görülmektedir.. İstatistiki bazı diğer bilgiler için bkz. **Jacques Micheli/Philippe Nordmann/Catherine Jaccottet Tissot/joel Crettaz/Thierry Thonney/Erica Riva; Le nouveau Droit du Divorce**, Editions Pépinet, 1999, N. 26 vd. Yazarlar, İsviçre'deki boşanma oranının diğer Avrupa ülkelerinden daha yüksek olduğunu ve boşanmaların evliliğin beş ve dokuzuncu yılları arasında daha sık görüldüğünü ve daha çok kadınların boşanma davası açtıklarını belirtmektedirler.

124 **Schwenzer**, Allgemeine Einleitung, N.12. Zinaya dayalı boşanma davalarının oranı ise % 0.8 dir. Yine 1990'lı yıllarda açılan davaların % 3.5'i ayrılık ile sonuçlanmıştır.

Boşanma oranının artması, beraberinde ana-babası boşanmış çocukların durumunu gündeme getirdi. 1998 yılında toplam olarak 14.476 ergin olmayan çocuğun ana babası boşandı ve bu boşanmalar sonucunda giderek artan bir şekilde, % 90'lara varan oranda çocukların velayeti anneye verildi.[126]

4-Yeni boşanma hukukunun amacı ve yeni boşanma hukukuna egemen olan ilkeler

Bir çok ülkede olduğu gibi İsviçre'de de, uygulamada yaşanan gerçeklik ile, yasal düzenlemeler birbirine uymaz hale gelmişti. İşte İsviçre kanun koyucusu bu durumu, yani uygulamada yaşanılanı düzenleme, yaşamın gerisinde kalmama amacı ile hareket etti.[127] Bu amaç doğrultusunda yeni düzenleme şu ilkeler çerçevesinde şekillendi.

a-Kusur ilkesinden vazgeçilmesi

Değişikliğin ana amaçlarından biri, boşanma nedenleri ve mali sonuçları konusunda kusur ilkesinden vazgeçilmesidir.[128] Bu ilkeden vazgeçilmesi için verilen gerekçeleri aşağıdaki gibi sıralayabiliriz.

Evliliğin çözülmesinde çoğu zaman hangi eşin kusurlu olduğu veya eşlerin ne oranda kusurlu oldukları saptanamaz.[129] Böyle bir araştırmada çoğu kez sonuca da

---

125 **Perrin**, 10. Bkz. yukarıda verilen istatiksel bilgiler.

126 **Schwenzer**, Allgemeine Einleitung, N.14. Velayetin anneye verilmesi oranının 1960'lardan bu yana arttığı belirtiliyor. Bkz. **Reusser**, N. 1.06.

127 **Schwenzer**, Allgemeine Einleitung, N.17.

128 Botschaft Scheidungsrecht, 27; **Fankhauser**, 7, **Rhiner**, 91; **Schwenzer**, Allgemeine Einleitung, N.18; **Reusser**, N.1.05; **Reusser,** Grundgedanken, 65 vd.; **Sutter,** 94; **Perrin**, 10; **Suzet Sandoz, Presantation du Nouveau Droit du Divorce**, Le Nouveau Droit Du Divorce, Lozan, 2000, 3; **Micheli/Nordmann/Jaccottet Tissot/ Crettaz/Thonney/Riva,** N. 40 vd.; **Sutter**, 94; **Serap Helvacı, İsviçre ve Türk Hukukunda Boşanma Sebepleri**, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, II. Cilt, İstanbul, 2002, 1168.

129 **Perrin**, 11; **Reusser**, N. 1.05

varılamaz ve bir anlam da ifade etmez.[130] Eşlerin beraberliklerindeki çok az olay üçüncü kişiler tarafından belirlenebilir, ve psikolojik açıdan yaşanılanları gösterebilir.[131] Boşanma sonuçlarının da kusura dayalı olarak belirlenmesi haksız sonuçlara götürebilir ve özellikle ekonomik açıdan güçsüz eşler bundan zarar görür, ekonomik açıdan güçlü eşler ise kendi kusurlarının sonuçlarını evlilik sonrasında hiç yaşamayabilirler.[132] Kusura belirli bir anlam yüklemek ve kusur saptamasına girişmek duygusal ilişkilerde, evliliğin çözülmesinde taraflara bir yarar sağlamayan, var olan tansiyonu faydasız şekilde yükselten ve özellikle çocuklar açısından olumsuz sonuçlar doğuran, boşanma kavgasının şiddetlenmesine neden olan bir olgudur.[133] Kusur araştırması, çocuklar açısından da, boşanma sonrası ilişkilere yansıdığından çocukların bundan zarar görmesi kaçınılmaz olmaktadır.

İsviçre'de, boşanmanın kusur esasına bağlı olması eleştiri konusu olduğundan, yeni boşanma hukukunun da, bu tecrübelerin ışığı altında geliştirildiği, sosyologların çalışmalarından yararlanıldığı, bu çalışmaların sonucunda, boşanmanın sadece eşleri ilgilendiren bir iş olduğu, boşanmanın sonuçlarına ilişkin olarak, esas sorumluyu aramaktan çok, boşananların sosyal açıdan ayakta tutulmalarının gerektiği noktasına gelindiği belirtilmektedir.[134]

Bununla birlikte yeni düzenlemede de, kusur prensibinden dönülmesinin yeteri kadar açık olmadığı, örneğin ZGB. Art. 125/3'de öngörülen hakkaniyet şartının, kusur ilkesine kapıları açabileceği noktasında eleştiri getirilmekte, kusur ilkesinden

---

130 **Perrin**, 11; **Rhiner**, 92. Yazar kusur ilkesinden vazgeçilmesinin, İsviçre boşanma hukukunun en hayati ihtiyaçlarından birisi olduğunu belirtmekte ve boşanma sonuçları için de bu ilkenin hakim olması gereğini belirtmektedir.

131 **Reusser**, N. 1.05.

132 **Reusser**, N. 1.05; **Micheli/Nordmann/Jaccottet Jaccottet Tissot/CrettazThonney/Riva,** N. 11.

133 **Perrin**, 11. Yazar "Suça ve masumiyete belirleyici bir anlam yüklemek, duygusal ilişkilerde ateşe yağ atmak gibidir" ifadesini kullanmaktadır. Yazara göre, eşler arasında ayrılık sonrası olacak olan öfke ve gerilim bu kusur araştırması ile yararsız şekilde artacaktır. Ayrıca bkz. **Reusser**, N. 1.05.

134 **Perrin**, 11.

gerçek anlamda bir dönüş olup olmadığını uygulamanın göstereceği belirtilmektedir.[135]

Diğer yandan ZGB. Art. 115'de getirilen düzenleme ile ciddi nedenlerin (motifs sérieux) evlilik birliğinin devamını çekilmez hale getirmesi durumunda, buna neden olmayan eş boşanma isteyebilmektedir. Bu düzenleme, çekilmezliği doğuran ciddi nedenlerin doğumuna neden olan eşe, kural olarak dava hakkının tanınmadığı gibi durmaktadır. Her ne kadar bu eşin karşı tarafın def'i/itirazını hakkın kötüye kullanılması yasağı ile karşılayabileceği düşünülse bile kanunun düzenlemesi bu şekildedir. Bu nedenle ZGB. Art. 114'de tek taraflı boşanma için öngörülen dört yıllık sürenin, bir çok kişi için uzun görülebileceği, ancak buna karşın bu düzenlemenin, uygulamada, ZGB. Art. 115'de düzenlenen çekişmeli usulde, kusur prensibine geri dönme korkusundan kaynaklandığı belirtilmektedir.[136]

b-Evliliğin sarsılması prensibinin temel prensip olması

Yeni boşanma hukuku evliliğin sarsılması prensibi üzerine bina edilmiştir. Bu çerçevede evliliğin sarsılmasının ne anlama geldiği formüle edilerek, evliliğin sarsıldığına ilişkin kanıt getirme aranmamıştır.[137] Kanun koyucu bazı faktörleri evliliğin sarsıldığına ilişkin kesin kanıtlar sayarak, insani ilişkilerdeki olguların mahkeme önüne getirilmesindeki sakıncaları gidermiştir.[138] Bu anlamda uzun süren fiili ayrılık veya eşlerin birlikte boşanmayı talep etmeleri, kanun tarafından evliliğin sarsılmasına ilişkin aksi ispat edilemeyecek bir kanuni karine olarak düzenlenmiştir.[139]

---

135 **Schwenzer**, Allgemeine Einleitung, N.18.

136 **Schwenzer**, Allgemeine Einleitung, N.18; Ayrıca bkz. **Rhiner**, 93.

137 **Rhiner**, 93.

138 **Rhiner**, 94. Yazar sarsılmanın formüle edilerek kirli çamaşırların mahkeme önüne getirilmesinin önlendiğini belirtmektedir.

139 **Rhiner**, 95. Yazar, burada formülleştirilmiş bir sarsılma kanıtının getirildiğini ifade etmektedir.

c- Eşler arasında bir anlaşmanın sağlanması

Gerekçede de belirtildiği gibi, yeni boşanma hukukuna egemen olan ilkelerden biri ve değişikliğin amacı, boşanma ve boşanma sonuçları üzerinde eşler arasında bir anlaşmanın sağlanmasıdır.[140] Eşler bu yeni modelde, kendi rızaları ile evlilik birliğinin çözülmesine, boşanmalarının sonucuna ilişkin olarak, son bir çaba ile düzenleme yapma konusunda teşvik edilmektedirler.[141] Evlilik kesin olarak bittiğinde, olabildiğince tüm tarafların yararına bir boşanmanın koşulları araştırılmalıdır. Boşanma tüm taraflar için sancılı bir oluşumdur. Tüm araştırma ve gözlemlerin gösterdiği, eşler arasındaki işbirliğinin, uyuşmazlığın en akılcı bir biçimde çözülmesinde ve en az travma ile atlatılabilmesinde en önemli unsur olduğudur.[142] Yine bu tip bir boşanmanın, çocukların gelişimini, devam eden bir evlilikteki çekişmeden daha az tehdit ettiği, çocukların en az zarara uğramalarının sağlanması için eşler arasında boşanma sonrasında olumlu, sınırları belirlenmiş, karmaşık olmayan ilişkilerin kurulması gerektiği, bu nedenle de boşanma hukukunun görevinin uyuşmazlıkları çekmek değil, tersine tarafların ve çocukların mümkün olduğunca iyi bir şekilde yeni bir yaşama geçmeleri olması gerektiği belirtilmektedir.[143]

Eşler arasındaki işbirliği ve anlaşmanın sağlanması, İsviçre kanun koyucusunun temel tercihi olarak göze çarpmaktadır.[144] İsviçre kanun koyucusunun bu noktaya gelmesinin ana nedeninin, son yirmi yıldır boşanmaların son derece çatışma ile dolu

---

[140] Botschaft Scheidungsrecht, 29; **Fankhauser**, 8; **Rhiner**, 96; **Reusser**, N. 1.04; **Reusser**, Grundgedanken, 61 vd.; **Perrin** 11; **Schwenzer**, Allgemeine Einleitung, N.19; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111, N.1; **Micheli/ Nordmann/Jaccottet Tissot/Crettaz/Thonney/Riva;** Le nouveau Droit du Divorce, Editions Pépinet, 1999, N. 58 vd.; **Reusser,** Die streitige Ehescheidun, 249; **Bram,** 1513. Yazar boşanma hukukundaki değişikliğin ana amacının ortak taleple boşanmayı getirmek olduğunu belirtmektedir.

[141] **Perrin**, 11; **Reusser,** Die streitige Ehescheidung, 249. Hakimlerin yeni boşanma hukuku çerçevesindeki görevlerinin, taraflara yardımcı olarak, aralarında ortak çözümler bulmalarını sağlamak olduğu yönünde **Bram**, 1514 .

[142] **Reusser**, N. 1.04; **Perrin**, 11; **Fankhauser**, 7; **Rhiner**, 96; **Micheli/Nordmann/Jaccottet Tissot/Crettaz/ Thonney/Riva;** Le nouveau Droit du Divorce, Editions Pépinet, 1999, N. 60.

[143] **Reusser**, N. 1.04

[144] **Reusser,** N. 1.08; **Perrin** 11.

olduğu ve yeni boşanma hukuku çözümlerinin/düzenlemelerinin çoğulcu toplumlarda olayların ikna gücünü gösterdiği biçiminde açıklanmaktadır.[145]

Eşlerin boşanma ve sonuçları üzerinde anlaşmalarının amaçlandığı İsviçre modelinde, bu amacı gerçekleştirme düşüncesi ile her şeyden önce ZGB. Art. 111 ve 112'de anlaşmalı boşanma çekişmesiz yargı (nizasız kaza) olarak düzenlenmiş ve Art. 116'ya göre de, çekişmeli usulden çekişmesiz usule dönülebilmesi imkanı tanınmıştır.[146] Anlaşmalı boşanma ile Medeni Kanunda boşanma usulüne ilişkin özel koşullar getirilmiştir. Bu koşulların yerine gelmemesi halinde anlaşmalı boşanma yapılamayacaktır. Bu tutum, kanun koyucu tarafından boşanmanın çekişmeli olmasının istenmediği, ve bu amaçla boşanmaya ilişkin çekişmesiz bir yargı prosedürünün getirildiği biçiminde açıklanmaktadır.[147] Kanun koyucunun iradesi, eşlerin medeni bir süreç izlenerek boşanabilmelerinin sağlanmasıdır.[148] ZGB. Art. 116' nın amacı da budur. Bu hükme göre, eşlerden birisi ortak hayatın kurulamaması, askıya alınması (Art. 115) veya evlilik birliğinin sarsılması nedeniyle boşanma talep ederse ve diğer eş boşanmaya açık olarak rıza gösterirse veya karşı dava açarsa, ortak dilekçe ile boşanmaya dair (Art. 111-112) hükümler kıyasen uygulanır. Kanun koyucunun anlaşmalı boşanma prosedürü içerisinde başlamamış bir boşanma davasında bile hedefinin, tarafların anlaşmalı boşanma yapmaları, anlaşarak boşanmaları olduğu bu hüküm ile de açıkça görülmektedir. Anlaşmalı boşanma

---

[145] **Perrin**, 11. Kanunkoyucunun tercihinin yerinde olduğu, İsviçre'de 2001 yılında gerçekleşen 15.778 boşanmadan 14.753'ünün tam anlaşmalı, 494'ünün kısmi anlaşmalı, 310'unun ayrı yaşamaya dayanan ve 223'ünün de birlikte yaşamanın beklenememesi sebebine dayanan boşanma ile gerçekleşmesinden anlaşılmaktadır. Bu bilgiler için bkz.. **Reusser**, Die streitige Ehescheidung, 250.

[146] **Schwenzer**, Allgemeine Einleitung, N.19; **Perrin** 12; **Sandoz**, Divorce sur requête commune, 202; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111, N.1; **Sutter**, 96; **Cyril Hegnauer/Peter Breitschmid, Grundriss des Eherechts**, Stampfli Verlag, Bern, 2000, 108. Aynı yönde, 20.12.2001 tarihli Federal Mahkeme kararında da ortak taleple boşanmanın çekişmesiz yargı olduğu kabul edilmiştir, (5C.249/2001/bnm) http://clir.bger.ch/. İsviçre Medeni Kanununun 111. maddesinde, Fransızca metinde madde başlığı "Divorce sur requête commune" olarak ifade edilmekte ve yine madde içerisinde de aynı şekilde requête ibaresine yer verilmektedir . "Requête" usul hukukunda, spesifik olarak, çekişmesiz yargıya başvuruya özgü olarak kullanılan bir terimdir. Bkz. **Gerard Cornu, Vocabulaire Juridique**, Presses Universitaires de France, Paris, 1996, 732.

[147] **Sandoz**, Divorce sur requête commune, 202; **Reusser**, Die streitige Ehescheidung, 249.

[148] **Sandoz**, Presantation, 12.

prosedürü içerisinde eşlerin anlaşamamaları ihtimali de düşünülmüş ve çekişmeli yargıya geçilebilmesi için de ZGB. Art. 113 ile imkan tanınmıştır. Eğer boşanma üzerinde anlaşma var, etkileri üzerinde anlaşma yok ise, o zaman çekişmesiz yargıdan çekişmeli yargıya geçilecektir.[149]

Yeni düzenleme ile eşler arasındaki anlaşma, boşanma nedeni olarak işlev görmektedir ve bu anlaşma hakimin kararının hukuki temelidir.[150] O kadar ki, eşlerin anlaşmasına değer verilmesinin, mahkeme usulünü, boşanma kaydı tutan bir duruma getirdiği söylenebilmektedir.[151]

Tasarıda olduğunun aksine, eşlerin boşanma öncesi uzmanlardan yardım almaları, onlarla görüşmeleri Parlamentoda kabul görmemiştir ve bu durum eleştirilmektedir.[152]

d- Çocuğun yararının gözetilmesi

Değişikliğin ana amaçlarından birisi de çocuk yararının en üst düzeyde korunmasıdır.[153] Yasa koyucu, boşanma sonrasında çocukların bakımını güvence altına almak için, devlet müdahalesini de öngörmüştür.[154] Bu anlamda ZGB. Art. 133 ve ZGB. Art. 134 yeniden düzenlendi. ZGB. Art. 133 ile, çocuğun yararına olmak ve ebeveyninin çocuğun kimin yanında kalacağına, bakım giderlerinin ne şekilde karşılanacağına dair, hakim tarafından onaylanabilir bir anlaşma sunmuş olmaları

---

149 **Sandoz**, Divorce sur requête commune, 203.

150 **Perrin**, 12.

151 **Schwenzer**, Allgemeine Einleitung, N.19.

152 **Schwenzer**, Allgemeine Einleitung, N.19; Ayrıca bkz. **Fankhauser**, 7.

153 Botschaft Scheidungsrecht, 30; **Reusser**, N. 1.07; **Reusser**, Grundgedanken, 70 vd.; **Schwenzer**, Allgemeine Einleitung, N.20; **Sandoz**, Presantation,3; **Fankhauser**, 7; **Rhiner**, 96, 102.

154 **Reusser**, N.1.07; **Schwenzer**, Allgemeine Einleitung, N.20.

koşulu ile, hakim tarafından ortak velayete karar verilebileceği hüküm altına alındı.[155] Çocuğun kimin yanında bırakılacağı konusunda Çocuk Hakları Sözleşmesi ile belirlenen esaslar gözetildi.[156] ZGB. Art. 144 ile çocuğun hakim tarafından dinlenmesi ve ZGB. Art. 146 ile de, boşanma prosedürü içerisinde çocuğun kayyım aracılığı ile davada temsil edilebilmesi imkanı getirildi. Ayrıca devlet yardımı ve koruması ile birlikte, hakimin gerektiğinde çocuğun yararını gözeterek, ana-babanın iradesi hilafına düzenlemeler yapabilmesi ve hatta ana baba ile ilişkiyi tasfiye edebilme imkanı getirilmiştir.[157]

Ancak bu alanda pek çok sorunun halen çözülmemiş olduğu ve yasal düzenleme ile getirilenlerin, çocuğun yararını koruma konusunda ne ölçüde yararlı olabileceğini uygulamanın göstereceği belirtilmektedir.[158]

e-Boşanma sonrası ekonomik sonuçların gözetilmesi

Yeni boşanma düzenlemelerinde boşanmanın ekonomik sonuçları da gözetilmiştir.[159] Boşanma sonrasında, evlilik sırasındaki yükümlülüklerin bölüşümü, çocukların bakımı konusunda, boşanmanın bir eşin zararına sonuç doğurmasına izin verilmemesi noktasından hareket edildi ve bu amaçla ZGB. Art. 122 de sigorta denkleştirmesi, ZGB. Art. 125'de de boşanma sonrası nafaka düzenlendi.[160]

---

155 Schwenzer, ortak velayetin uygulamanın talebi olduğunu belirtiyor. (**Schwenzer**, Allgemeine Einleitung, N.19). Ortak velayetle ilgili kanun değişikliği öncesi, pozitif hukukun aksine gelişen İsviçre uygulaması için bkz. **Oktay**, 43.

156 **Schwenzer**, Allgemeine Einleitung, N.120.

157 **Reusser**, N. 1.07.

158 **Schwenzer**, Allgemeine Einleitung, N.20.

159 Botschaft Scheidungsrecht, 30; **Schwenzer**, Allgemeine Einleitung, N.21. Yazar, kurumsal koruma düşüncesinin, çocukların aidiyeti ve boşanmanın mali sonuçlarında da kendisini gösterdiğini, ancak bunun sadece kadınlar ve çocuklar için düşünüldüğünü belirtmektedir. (Allgemeine Einleitung, N.24); **Micheli/Nordmann/Jaccottet Tissot/Crettaz/Thonney/Riva;** N. 50 vd.; **Reusser,** Grundgedanken, 67 vd. Yazar boşanma sonuçlarında mümkün olduğu kadar kadın erkek arası eşitliğin sağlandığını belirtmektedir. (Sf. 66 vd.).

160 **Schwenzer**, Allgemeine Einleitung, N.21; **Fankhauser**, 7; **Rhiner**, 102.

f- Yeni boşanma hukuku ile İsviçre hukukuna getirilen diğer değişikler

Yeni düzenlemenin eski düzenlemeye göre en büyük yeniliği, boşanma sebeplerinin değil (Scheidungsgründen-causes de divorce), boşanma şartlarının (Scheidungsvoraussetzungen-conditions de divorce) düzenlenmiş olmasıdır. Başka bir ifade ile, eski hukuktaki boşanma sebeplerinin yerini, yeni hukukta boşanma şartları almıştır.[161] Boşanmanın şartları, hem maddi hukuka, hem de usul hukukuna ilişkin olarak getirilmiş ve usul hukukuna ilişkin şartlar da boşanmanın maddi şartları arasına girmiştir.[162]

Yeni düzenleme ile getirilen diğer göze çarpıcı yenilik, anlaşmalı boşanmanın yasal bir çerçeveye kavuşturulmuş olması ve tarafların bu şekilde boşanmalarının özendirilmesi yönündeki kanun koyucunun tavrıdır. Reformun en önemli yüzünün anlaşmalı boşanma olduğu ve yasa koyucunun anlaşmalı boşanmayı kolaylaştırma ve boşanmadan kusuru çıkarma amacı ile hareket ettiği, ancak aceleciliği önlemek ve boşanmanın serbest irade sonucu olmasını sağlamak için, bir çok usul hükmünün tarafların (eşlerin) durumunu teminat altına almak veya zarar görmesini engellemek için konulduğu, bu şekilde bir çok usul hükmünün boşanmanın maddi şartı haline getirildiği, maddi ve usul hukukuna ilişkin bu birleşmenin, yeni boşanma hukukunu, maddi hukuk olmadan önce bir usul hukuku haline getirdiği belirtilmektedir.[163] Kusurun, boşanma hukukunun dışına çıkarılmaya çalışılmış olması, sosyal güvenliğin re'sen düzenlenmiş olması, boşanmadan sonra ortak velayetin mümkün olması, çocuğun dinlenilmesi ve çocuğun bir kayyım aracılığı ile boşanma prosedürüne katılmasının sağlanması, çocukların geleceğini ilgilendiren konularda vesayet

---

[161] **Rhiner**, 103; **Helvacı**, 1151. Gerçekten de boşanmanın düzenlendiği ZGB. Art 111-116'nın başlığı "boşanma şartları" olarak değiştirilmiştir.

[162] **Rhiner**, 104.

[163] **Fankhauser**, 8; **Rhiner**, 103 vd.; **Schwenzer(Fankhauser)**, Vorb. Zu Art. 111-112, N.1-2; **Sandoz**, Divorce sur requête commune, 199-200.

makamlarının ve adli makamların yetkileri ile ilgili kuralların basitleştirilmesi ve boşanma sonrası nafakanın tahsilinin icrasının kolaylaştırılmış olması yeni hukukun getirdiklerinin ana başlıkları olarak sayılabilir.[164]

5- Yeni Boşanma Hukukuna getirilen eleştiriler

Yeni boşanma hukuku, yabancı ülke tecrübeleri ve çözümlerinin nazara alınmadığı ve boşanma hukukundaki değişikliklerin, Aile Hukukunun diğer alanlarına etkisindeki eksiklikleri noktasında eleştirilmektedir.[165] 70'li ve 80'li yıllardaki Alman ve Fransız tecrübelerinin hiç dikkate alınmadığı, Aile Hukuku alanında, dünyaca yol gösterici olarak gözetilmesi gereken, Anglo-Amerikan ve İskandinav üçgenindeki gelişmelerin çok az dikkate alındığı belirtilmektedir.[166] Yine uygulama için getirilen yeniliklerin esaslı olmadığı, yeni düzenleme ile, uygulamanın yaptıklarını kodifiye etmekle yetinildiği, tek taraflı boşanmada birçok yerdeki uygulamanın gerisinde kalındığı, parlâmentoda dile getirildiği gibi, reform değil, reformcuk (Reförmchen) yapıldığı biçiminde eleştiriler yapılmaktadır.[167]

Bu eleştirilerin ışığında yeni düzenlemenin eksiklikleri de şu şekilde sıralanmaktadır.[168] Düzenleme dışı kalan noktalar boşanma hukukunun çekirdeğinde olan noktalardır. Örneğin, sigorta ile ilgili mesleki alanda düzenleme

---

164 **Sandoz**, Presantation, 3.

165 **Schwenzer**, Allgemeine Einleitung, N.25; **Sandoz**, Presantation, 18.

166 **Schwenzer**, Allgemeine Einleitung, N.26. Bu konuda ilginç bir eleştiri de Sandoz'dan gelmiştir. Sandoz Türk Hukukuna atıf yaparak, Türk Hukukunun kaynak hukukun önüne geçtiğini belirtmekte ve hazırlık çalışmalarında Türk Hukukundan yararlanılmamasını eleştirmektedir. (**Sandoz**, Presantation, 18-19).

167 **Schwenzer**, Allgemeine Einleitung, N.27-28.

168 **Schwenzer**, Allgemeine Einleitung, N.29-30-31-32. Yazar ayrıca, çocuğun temsilinin sadece boşanma konusunda kabul edilip, çocuğu ilgilendiren diğer konularda, özellikle çocuğun korunmasına dönük önlemlerde buna yönelik düzenleme bulunmamasının anlaşılır gibi olmadığını, üvey çocuğun evlat edinilmesinin dışında diğer problemlere dair bir düzenleme yapılmamış olduğunu belirterek, boşanmaların artması ve aile yaşamının kazandığı yeni biçim karşısında, çocuk hukukunun acilen bir düzenlemeye ihtiyacı olduğunu, bu konularda kanton hukuklarının da yetersiz olduğunu belirtmektedir. (Aynı yerde).

bulunmamaktadır. Evlilik dışı yaşam ve aynı cins partnerlerin durumu boşanma ile paralel problemlerin varlığına karşın düzenlenmedi. Çocuk Hukukunda bir geçiş hükmü olmadığı gibi toplu bir konsept de bulunmamaktadır.

Ayrıca, ortak taleple boşanma prosedüründe yer alan düşünme süresi ve boşanmaya yazılı onayın, sonuç alma süresini uzattığı ve prosedürü karışık hale getirdiği yolunda da eleştiriler vardır.[169]

B-Ortak Taleple Boşanma (ZGB. Art.111-112)

1-Genel olarak

Yeni İsviçre boşanma hukukunda, artık iki tip boşanma imkanının varlığından söz edilebilir; Birisi çekişmesiz usulde ortak taleple, diğeri çekişmeli usulde dava yolu ile.[170]

İsviçre Medeni Kanununda boşanma sebeplerinin sistematik düzenlenişi de mantıki bir hiyerarşi içerisindedir.[171] ZGB. Art. 111-116 arasında "Boşanmanın Şartları" başlığı altında, eşlerin ortak talebi ile boşanma (Art. 111-112), ortak talepten tek taraflı talebe geçiş (Art. 113), dört yıllık fiili ayrılığa dayalı boşanma (Art. 114), evlilik birliğinin sarsılması nedeni ile boşanma (Art. 115) ve tek taraflı talepten ortak dilekçe ile anlaşmalı boşanmaya geçiş (Art. 116) düzenlenmiştir. Eşlerin ortak talebi ile boşanma da, eşlerin boşanma sonuçları üzerinde her konuda anlaşmış olmaları halinde "Tam Anlaşma(lı)=umfassende Geeinigkeit-Accord Complet",

---

169 **Micheli/Nordmann/Jaccottet Tissot/Crettaz/Thonney/Riva,** N. 66. Ayrıca bkz. **Sutter,** 94. Yazar hakime takdir hakkı tanımayan bir düzenlemenin söz konusu olduğu ve bunun demokrasinin temel prensipleri ve hukuk devleti ilkeleri ile bağdaşmadığını öne sürmektedir. (Aynı yerde).

170 **Reusser**, N. 1.12.

171 **Schwenzer(Fankhauser)**, Vor. zu Art. 111-116, N.8, 9; **Rhiner**, 11. Yazar, davacı ve davalının yer aldığı çekişmeli usulün, anlaşmalı boşanmanın amacına hiçbir şekilde uygun olmadığını belirtmektedir. (Aynı yerde).

anlaşamadıkları bazı hususların çözümünü hakime bırakmış olmaları halinde de "Kısmi Anlaşma(lı)=Teileinigung-Accord Partiel" biçiminde düzenlenmiştir.

Ortak taleple başvuru (çekişmeli boşanma sonuçları üzerinde bir anlaşma olmadığı sürece) iki taraflı bir usul değildir. Eşlerin dinlenmesi, bir düşünme süresi verilmesi ve boşanma isteğinin düşünme süresi sonunda onaylanması esasına dayalı, özel bir boşanma usulüdür.[172] Kanun koyucu bu usulü yaratırken, Fransız modelinden etkilenmiş ve oradaki usule ilişkin kurumları getirmiştir.[173]

2-Tam anlaşmalı boşanma (ZGB. Art. 111)

a-Hükmün amacı

ZGB. Art. 111 ile, boşanma ve boşanma sonuçları üzerinde anlaşmış eşlere, basit ve önceden belirlenmiş bir şekle uyarak, ortak yaşamı sona erdirme olanağı sağlanmak istenmiştir.[174] Bu maddedeki düzenleme ile, kanun koyucunun amacının, boşanma isteğinin dışında yan sonuçlar üzerinde de, taraflar arasında bir anlaşmanın varlığını aramak olduğu, boşanmanın yan sonuçları üzerinde tam bir anlaşmayı öngördüğü anlaşılmaktadır. Boşanmanın maddi hukuka ilişkin koşulları ve usul hükümleri, acele bir boşanmayı önleme, boşanma sonuçları üzerindeki anlaşmanın hakkaniyete uygunluğunu ve küçük çocukların yararını gözetme ve garanti altına

---

172 **Reusser**, N. 1.27.

173 **Rhiner**, 109. Yazar, Avrupa ülkelerinde evliliğin sarsılmasına dayanan karşılıklı boşanma iradesini tespit için iki usulün bulunduğunu, örneğin Almanya'da bir yıllık ayrı yaşamdan sonra, boşanma isteğinin mahkemeye belirtilmesinin arandığını, diğerinde de, Fransız sisteminde olduğu gibi, eşlerin önce yalnız, sonra birlikte dinlenerek verilen bir düşünme süresinden sonra, boşanma isteklerini onaylamalarının arandığını, İsviçre sisteminin Fransız sisteminden esinlendiğini belirtmektedir.

174 **Sutter/Freiburghaus**, Vor. Zu Art. 111-116, N.8; **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.1, 4; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111, N.1; **Michel Ducrot, Le procès en divorce et en séparation de corps dans le canton du Valais**, Le Nouveau Droit Du Divorce, Lozan. 2000, 67. Yazar, Medeni Kanunun basit ve çabuk bir prosedüre yönelik hüküm içermediğini, ancak zımnen böyle bir prosedürü empoze ettiğini, çünkü anlaşmalı boşanmayı karmaşık hale getirecek ve yavaşlatacak kuralların konulamayacağını belirtiyor. Aynı yönde, **HeinzHausheer/Thomas Geiser/Esther Kobel, Das Eherecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches**, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2000, 99.

alma amacına hizmet etmektedir. Usuli hükümler, geniş ölçüde koruma fonksiyonu görmekte ve bu nedenle de bu hükümler boşanma maddi hukukunun bir parçası haline gelmektedirler.[175]

b-Tam anlaşmalı boşanmanın koşulları

aa-Ortak boşanma başvurusu

İlk koşul, eşlerin boşanmayı talep eden birlikte başvurularının mahkemeye yapılmasıdır.[176] Bu başvurunun şeklinin ne olacağı konusunda kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. O nedenle, eşlerin ortak başvurularının yazılı veya sözlü olabileceği, ancak açıklık ve ispat kolaylığı açısından birlikte imzalanmış bir dilekçenin yeğlenmesi gerektiği belirtilmektedir.[177] Ancak, kuşkusuz, eşlerin ayrı ayrı dilekçe vermeleri de geçerlidir ve ortak başvuru koşulunu yerine getirir.[178] Bu başvuru bir temsilci veya eşlerin ortak temsilcisi ile de yapılabilir.[179] Yasada ortak başvurunun içeriğine ilişkin bir gereklilik de öngörülmemiştir. Ancak bu başvurudan, iki eşin de boşanmayı istedikleri açık olarak görülmelidir.[180] Bu başvuruda evliliğin

---

175 **Sutter/Freiburghaus**, Vor. Zu Art. 111-116, N.8; **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.9; **Ducrot**, 67. Ayrıca ortak taleple boşanmaya ilişkin olarak kanton usul hukuklarına hükümler eklenmiştir. Örneğin Valais kantonu usul kanununa bu anlamda 96. maddeye hükümler eklenmiştir . Özellikle bkz. **Ducrot**, 30 vd.; **Rhiner**, 116. Kesin sürelerin ve usuli gerekliliklerin hakime takdir hakkkı vermediği ve bunun tarafların çıkarları açısından zararlı olabileceği yönünde **Sutter**, 94.

176 Bu ortak başvurunun, eski hukukun aksine, boşanmanın maddi şartı olduğu ve aynı zamanda boşanma sebebi teşkil ettiği yönünde **Rhiner** 116-117.

177 **Sutter/Freiburghaus**, Vor. Zu Art. 111-116, N.9; **Rhiner**, 117-118; **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.1, 4; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111, N.3; Schwenzer (Fankhauser), ZGB. Art. 111 ve Art. 136'nın lâfzının ortak bir yazılı formülle başvuruyu tavsiye ettiğini ifade ediyor. (**Schwenzer (Fankhauser)**, Art. 111, N.9).

178 **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.9; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111, N.3; **Fankhauser**, 12.

179 **Sutter/Freiburghaus**, Vor. zu Art. 111-116, N.9; **Ducrot**, 33; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111, N.1; **Fankhauser**, 12; **Rhiner**, 121; **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N. 45. Yazarlar 111 ve 136' nın açıkça ortak başvurudan bahsettiğini, özellikle ortak bir talep ve tam bir anlaşmanın/uyuşmanın olduğu durumlarda tek bir temsilcinin olabileceğini belirtiyorlar. (Aynı yerde).

180 **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.8; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111, N.3. Reusser bu başvurunun, mahkemeden şu tarihde yapılan evliliğimizin sona erdirilmesini talep ediyoruz, ekte boşanma anlaşmamız ve gerekli belgeler var tarzında iki cümleden de oluşabileceğini ifade etmektedir. (**Reusser**, N. 1.30). Ayrıca bkz. **Fankhauser**, 12. Yazar, bu başvuru için sıkı şekil

öyküsünün anlatılması veya sarsılmanın nedenlerinin gösterilmesi gerekli değildir.[181] Yine boşanma arzusunun ortak olarak oluşması değil, boşanma isteği üzerinde eşlerin anlaşmış olduklarının anlaşılması yeterlidir.[182]

bb- Eşlerin dinlenmesi

ZGB. Art. 111, mahkemenin, ortak taleple başvuran eşlerin, boşanma iradelerinin serbestliği ve iyice düşünülmüş (olgun) bir iradeye sahip olup olmadıkları konularında[183] ve ayrıca tarafların onaylanabilecek nitelikte bir anlaşma meydana getirip getirmedikleri konularında[184] kanaat sahibi olabilmesi için, ayrı ayrı ve birlikte dinlenilmelerini öngörmüştür.[185] Dinleme ile ilk amaçlanan, tarafların boşanma arzularının serbest irade ve olgun düşünce ürünü olup olmadığının takdiri,

---

şartları aranmadığını, çünkü dinleme ve yazılı onay safhasında boşanma iradesinin, boşanmanın gerçekten istenip istenmediğinin araştırılmasının mümkün olduğunu belirtmektedir.

181 **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111, N.3 ; **Reusser**, N. 1.30. ZGB. Art. 136/1'in açık hükmü karşısında, boşanmaya ilişkin ortak talep bir sulh girişimi olmaksızın doğrudan yargıç önüne getirilecektir.

182 **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.9. Schwenzer(Fankhauser), ortak bir boşanma talebi/dilekçesi verildiğinde, boşanma konusundaki iradenin serbestçe oluşmamış, baskı altında oluşmuş olabileceğinin akla gelebileceğini belirterek, kanton hukuklarında ortak dilekçeye mi yaksa tek tek dilekçeye mi üstünlük tanınacağının merak konusu olduğunu belirtmektedir. **(Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N. 12); İsviçre Hukukunda ortak boşanma iradesinin boşanma sebebi olarak ön görülmediğini, şartların bütününün yerine getirilmesi ile, bu anlamda boşanma iradesinin, kanunda aranan şartlarla gösterilmesi suretiyle boşanmanın mümkün olduğu yönünde **Rhiner**, 136.

183 Serbest irade ve olgunlaşmış fikir birliğinin ne anlama geldiği ile ilgili geniş açıklamalar için bkz. **Rhiner**, 135 vd.

184 **Fankhauser** 24, 26-27. Yazar bu yönde inceleme yapılmasının zorunluluğunu isabetle belirtmektedir. Eğer taraflar böyle bir anlaşma getirmiyorlarsa anlaşmalı boşanma koşulları bulunmadığı için talebin reddedilmesi gerekeceği yönünde, **Rhiner**, 131.

185 **Fankhauser**, 24, 26; **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.10; **Sutter/Freiburghaus**, Vor. zu Art. 111-116, N.19; **Reusser**, N. 1.34; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111, N.7. Yazarlar, ayrı ve birlikte dinleme için kanunun bir sıra öngörmediğini, uygulamanın farklılıklar gösterdiğini belirtiyorlar. (Art. 111 N. 15). Ayrıca bkz. **Rhiner**, 132. Yazar dinlemenin usuli bir nitelik arzetmeyip, boşanmanın maddi hukuka ilişkin şartı haline getirildiğini belirtmektedir. Tarafların dinlenmesinin İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 6/1 maddesi yönünden değerlendirilmesi için bkz. **Jeanine de Vries Reilingh, Lapplication des garanties de l'article 6 alinéa 1 CEDH a la procedüre de divorce sur requete commune**, spécialement le droit d'etre entendu, Aktüelle Juristische Praxis, 99/12, 1522 vd. Yazar, anlaşmalı boşanma olmasına rağmen, tarafların hak ve yükümlülüklerini ilgilendiren bir durum olduğu için, bu hükmün uygulama alanı bulduğunu ve tarafların açık ve yeterli şekilde dinlenmeleri gerektiğini belirtmektedir (sf. 1523).

tespitidir.[186] Bu dinleme esnasında, eşlerin boşanmaya hazır olup olmadıkları da doğrulanır ki bundan amaç, bir eşin iradesinin, diğer eşin veya üçüncü bir kişinin baskısı altında kalıp kalmadığı ve iradesinin kabul edilemeyecek bir biçimde etkilenip etkilenmediğinin ortaya çıkarılmasıdır.[187] Hiçbir durumda, eşlerden birinin, diğerine baskı uygulaması ve iradesini etkilemesine izin verilemez.[188]

Anlaşmanın onaylanabilir olup olmadığı, açık, tam, ve adil olduğu da sonuç olarak tarafların dinlenmesi ile ortaya çıkacaktır.[189] Bu dinleme, eşlerin mahkemeye sundukları anlaşmadaki kapalı, ve sorun çıkarabilecek hususların giderilmesine ve ayrıca çocuklara ilişkin istemlerin yerindeliğini tartışmaya da imkan verir.[190] Dinleme esnasında, taraflara soru sorularak açıklık sağlanır ve/veya eksiklikler giderilir.

Mahkeme evlilik birliğini, ortak yaşamı sarsan olayları, maddi sebepleri araştırma yetki ve yükümlülüğünde değildir.[191] Bu nedenle dinleme, ortak yaşamın sarsılmasının maddi sebeplerini araştırmaya dönük olamaz, hakimin böyle bir yetkisi ve görevi yoktur, bu yönde bir inceleme yapamaz.[192] Evlilik birliğinin, somut olayda

---

186 **Reusser**, 13.7; **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.10; **Sutter/Freiburghaus**, Vor. zu Art. 111-116, N.19; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111, N.7. Yazarlar, serbet irade ile, iradenin geçerli olamayacak bir biçimde irade sakatlığı, veya diğer eşin baskısı ile etkilenmemiş olmasının amaçlandığı, olgun düşünce ile de, eşlerin boşanma ve boşanma sonuçları üzerindeki anlaşmaya esaslı şekilde düşündükten sonra varmış olmalarının anlaşılması gerektiği belirtilmektedirler. Ayrıca bkz. **Hegnauer/Breitschmid**, 70.

187 Botschaft Sheidunsrecht, 86; **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.10. Ayrıca bkz. **Rhiner**, 139 vd. Yazar, evliliğin sona erdirilmesi yönünde, gerçek bir iradeye sahip olunmasının arandığını, ortak hayatın bitirilmesi amacıyla değil de, kişisel ilişkiler nedeniyle, böyle bir talebin yapılmasının ve boşanma yolunun başka amaçlarla kullanılmasının MK. md. 2'de düzenlenen hakkın kötüye kullanılması olacağını belirtmektedir (sf.140).

188 **Reusser**, N. 13.7.

189 **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.10; **Sutter/Freiburghaus**, Vor. zu Art. 111-116, N.19; **Reusser**, N. 1.37. Bu dinleme sırasında tarafların tam bir anlaşma sunmuş olmaları gerektiğinin aranması yönünde **Rhiner**, 131.

190 **Sutter/Freiburghaus**, Vor. zu Art. 111-116, N.19; **Fankhauser**, 27.

191 **Fankhauser**, 29; **Reusser**, N. 13.7; **Sutter/Freiburghaus**, Vor. zu Art. 111-116, N.19; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111, N.9.; **Rhiner**, 132.

192 **Schwenzer(Fankhauser)**, Vor. zu, Art. 111-116, N.4; **Sutter/Freiburghaus**, Vor. zu Art. 111-116, N.19; **Reusser**, N. 1.37; **Ducrot**, 35.

sarsılıp sarsılmadığı önemli değildir.[193] Çünkü mahkeme, evliliğin gerçekten yıkılıp yıkılmadığını araştırmak, doğrulamak zorunda değildir.[194] Mahkemenin incelemesi, ortak başvuruyu yapan kişilerin boşanmayı isteme noktasında niyetlerinden emin olma ile sınırlıdır, yoksa başvuruda bulunanların evliliğin çöktüğü/sarsıldığı düşüncesine sahip olduklarını tespit ile değil.[195]

Dinlemenin amacına ulaşabilmesi için, dinlemenin hakim tarafından, yeterli sürenin ayrılarak, ciddi bir şekilde yürütülmesi ve basit bir formalite olarak görülmemesi gerektiği belirtilmektedir. Tarafların dinlenmesi aracısız ve şahsen olmalıdır.[196] Dinleme öncesinde taraflarca, formüler bir şekilde hazırlanmış bir metnin doldurulmasının dinleme yerini tutamayacağı belirtilmektedir.[197]

Kanun açıkça, eşlerin ayrı ayrı ve birlikte dinleneceğini söylüyor. Bu ifade, eşlerin şahsen mahkemeye gelmesi ve dinleme anında temsilin mümkün olmadığı anlamına geliyor.[198] Böylece mahkeme, her eşin, tamamen serbest ve etki altında kalmadan, boşanma başvurusu yaptığına ve boşanma sonuçları üzerinde iradesini açıkladığına emin olabilecek, hem boşanma ve hem de yan sonuçlar konusunda, başvurunun serbest irade ve olgun düşünce ürünü olduğu yönlerinden, kanun koyucunun kendisine yüklemiş olduğu görevi yerine getirebilecektir. Ayrı dinleme, diğer eşten uzakta dinlenmeyi ifade etmektedir.

---

193 **Schwenzer(Fankhauser)**, Vor zu. Art. 111-114, N.4; **Rhiner**, 134.

194 **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.13.

195 **Fankhauser**, 29; **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.13; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111, N.11; **Rhiner**, 134.

196 Botschaft Schdeingsrecht, 86; **Fankhauser**, 28; **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.11; **Sutter/Freiburghaus**, Vor. zu Art. 111-116, N.21; **Reusser**, N. 1.38; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111, N.9.

197 **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.12. Gerekçede, dinlemeyi boşanma hakiminin şahsen yapması gerektiği, mahkeme personeline bırakılamayacağı belirtilmektedir. (Botschaft Schdeingsrecht, 86). Ayrıca bkz. **Sutter/Freiburghaus**, Vor. zu Art. 25.

198 **Reusser**, N. 1.34; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111, N.8; **Fankhauser**, 28; **Rhiner**, 152.

Eşlerin tek başlarına (ayrı) dinlenmesindeki amaca ulaşılabilmesi için, ortak temsilciye ve yine karşı tarafın temsilcisine, bu ayrı dinlemenin kapalı olduğu, yani ayrı dinlemelerde bu kişilerin bulunamayacağı belirtilmektedir.[199] Ancak eşin, kendi temsilcisinin dinleme anında yanında bulunmasına dinlemenin amacı açısından bir engel yoktur.[200] Buna karşın, birlikte dinlemede, eşlerin hem kendi, hem de, diğer eşin avukatının bulunmaması gerektiği belirtilmektedir.[201] Avukatlar dışında, üçüncü kişilerin de dinleme esnasında bulunmasına cevaz verilmemektedir.[202]

ZGB. Art. 111/3'e gidilmesine gerek olmaksızın, birinci dinlemenin sonuca ulaşabilmesi için, yani mahkemenin boşanma arzusu ve boşanma sonuçlarına ilişkin her noktada açıklığın sağlandığına kanaat getirmesi anına kadar, birden çok duruşma (oturum) yapılabilir,[203] Art. 111/1'de öngörülen birinci dinleme, birden fazla aşamada tamamlanabilir.[204] Bu anlamda kanun koyucunun, birinci dinleme çerçevesinde, hakimin yetkisini kısıtlamak istemediği belirtilmektedir.[205]

---

199 **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.12; **Sutter/Freiburghaus**, Vor. zu Art. 111-116, N.24; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111, N.9 ; **Rhiner**, 156. Ayrı dinlemenin anlaşmalı boşanmadaki durumun özelliği gereği, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 6/1 maddesine aykırı sayılamayacağı yönünde **Reilingh**, 1526.

200 **Fankhauser**, 28. Eşin kendi temsilcisinin dinlemede bulunup bulunamayacağı sorusuna **Schwenzer (Fankhauser)** Art. 111, N.12'de olumsuz cevap vermekte, bunun ancak diğer usul işlemlerinde mümkün olduğunu; **Sutter/Freiburghaus**, Vor. zu. Art. 111-116, N.24'de buna, dinlenen eşin kendisinin kanton hukukuna göre karar verebileceğini, mahkemeye de böyle bir imkanın tanınabileceğini belirtmektedir. Aynı fikirde **Reusser**, N. 1.34 Bu hususu kanton hukuklarının düzenlemesinin uygun olacağını belirtiyor. **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111, N.8-9'da şahsen dinlenen eşin yanında avukatının bulunabileceğini belirtiyor; Aynı yönde bkz. **Rhiner**, 155 vd. Federal Mahkeme 14 Haziran 2002 tarihli kararında eşin avukatının ayrı dinlemede bulunup bulunmayacağının kanton hukuklarınca düzenleneceğini belirtmektedir (5P.55/2002/min) (http://clir.bger.ch/.).

201 **Rhiner**, 157.

202 **Rhiner**, 157.

203 "Dinleme, mahkemenin, boşanma arzusunun ve boşanma anlaşmasının serbest irade ve olgun düşünce ile yapıldığına ve anlaşmanın bilinçli bir irade ile onaylandığına karar vermesi ile son bulur." **Sutter/Freiburghaus**, Art. 111, N.29. Ayrıca bkz. Art. 111, N. 26. **Rhiner**, 159.

204 **Sutter/Freiburghaus**, Vor. zu Art. 111-116, N.27, 29; **Rhiner**, 159; **Reusser**, N. 1.39; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111, N.9.

205 **Sutter/Freiburghaus**, Vor. zu Art. 111-116, N.27. Reusser, dinleme sonucunda boşanma anlaşmasının açık olmadığı, bir bütün teşkil etmediği (tam olmadığı), veya başka sebeplerle onaylanabilir olmadığının saptanması halinde, mahkemenin bu anlaşmayı düzeltmeleri için

Öğretide, boşanma hakiminin eşleri şahsen dinlemesine istisna getirilebileceği ve istisna oluşturan hallerde, eşlerden birinin şahsen dinlenmesinden vazgeçilebileceği veya engeli olan bu eşin istinabe yolu ile dinlenebileceği belirtilmektedir.[206] Eşlerden birinin objektif koşullar altında mahkemeye gelebilmesi mümkün değilse veya beklenemiyorsa (uzan süren hastalık, yabancı ülkede bir hastanede yatıyor olunması, yabancı bir ülkede bulunulması, ilişki kurmanın son derece zor veya pahalı olacağı bir yolculukta bulunuluyor olması veya gelmeyen tarafın menfaatinin mahkemece korunabiliyor olduğuna inanılıyor olunması hallerinde) eşin şahsen dinlenmesinden vazgeçilebilecektir.[207] Eşlerin her ikisinin de, İsviçre sınırları içerisinde yaşıyor olmaları halinde, eğer sağlık sorunu gibi bir engel yok ise, mutlaka şahsen dinlenilmelerinin gerektiği, ancak bu dinlemenin, mahkeme binası dışında olabileceği ve eğer eşler ister ise, hakimin odasının dinleme yeri olarak tercih edilebileceği belirtilmektedir.[208]

Ayrı ayrı dinlenen eşlerin, yukarıda söz konusu edilen nedenlerle, birlikte dinlenebilmeleri mümkün olmayabilir. Bu gibi hallerde, anlaşmalı boşanma isteminin

---

taraflara süre vereceğini, sadece çok az değişiklik ve ekleme gerekiyorsa, bu hususların mahkeme önünde veya dinlemenin bitmesinden sonra da yapılabileceğini, önemli eksikliklerin varlığı halinde ise mahkemenin, eşlerin bu boşanma anlaşması üzerinde çalışabilmesi için (avukatlarının yardımı veya sosyal danışmanların yardımı ile) bir mehil verebileceğini, düzeltilen bu anlaşmadan sonra yeni bir dinlemeye karar verilmesinin gerektiğini belirtmektedir. (**Reusser**, N. 1.39). Aynı görüşte **Perrin**, 15.

206 **Reusser**, N. 1.35; **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.14; **Sutter/Freiburghaus**, Vor. zu Art. 111-116, N.32; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111, N.8. Reusser, bu dinlemenin telefonla dahi olabileceğini kabul etmektedir. (**Reusser**, N. 1.35). Dinlemenin telefonla veya yazılı olarak yapılabileceği yönünde **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111, N.8. Yazarlar, bu durumda eşin bir temsile ihtiyaç duyup duymadığının da incelenmesi gerektiğini belirtiyorlar. **Sutter/Freiburghaus**, ise telefon ile dinlemenin mümkün olmaması gerektiğini (Vor. zu. 111-116, N. 32) belirtmektedir. Ayrıca bkz. **Rhiner**, 152 vd. Yazar telefonun mümkün olup olmadığının somut olaya göre değerlendirilmesi gerektiğini, konuşanın eş olduğunun kanıtlanması koşulu ile buna izin verileceğini belirtiyor.

207 **Reusser**, N. 1.35; **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.14; **Sutter/Freiburghaus**, Vor. zu Art. 111-116, N.32. Reusser bu durumlarda eşleri 115. maddeye göndermenin tatmin edici olmadığını, ancak eşler eğer dört yıldır ayrı yaşıyorlar ise 114. maddeyi uygulamanın daha basit olacağını belirtmektedir. (**Reusser**, N. 1.35). Ayrıca bkz. **Rhiner**, 154 vd.

208 **Reusser**, N. 1.36. **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111, N.8.

geri çevrilmemesi gerektiği, eğer eşlerin ayrı ayrı dinlenilmeleri ile iradelerin serbestçe açıklandığı yolunda mahkemeye kanaat gelmiş ise birlikte dinlemeden vazgeçilebileceği belirtilmektedir.[209]

ZGB. Art. 144.'de çocukların da şahsen dinleneceği hüküm altına alınmıştır. Hakim veya bu amaçla görevlendirilecek bir kişi, çocuğun yaşının veya diğer nedenlerin duruşmaya gelmesine engel olmadığı sürece, şahsen çocukları dinler (ZGB. Art. 144/2). Çocuğun dinlenmesi, eşlerin velayet konusundaki anlaşmalarının onaylanabilirliği açısından gereklidir.[210] Çocuğun şahsi dinlenmesi, eşlerin şahsi dinlenmesi esnasında yapılmaz.[211]

cc-Mahkemenin (anlaşmayı) incelemesi

aaa- Genel olarak

ZGB. Art. 111'de açıkça öngörüldüğü üzere, mahkeme, taraflar arasındaki anlaşmanın serbest irade ile yapılmış olduğuna, üzerinde iyice düşünülmüş olduğuna (olgun düşünce ürünü olduğuna) ve bu anlaşmanın onaylanabilir olduğuna kanaat getirmelidir. İki aylık düşünme süresi verilmeden önce, mahkeme bu incelemeyi yapmalı ve yan sonuçların onaylanabilir olup olmadığını denetlemelidir.[212] Bu

---

209 **Sutter/Freiburghaus,** Vor. zu Art. 111-116, N.34.

210 **Fankhauser**, 30; **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.15; **Sutter/Freiburghaus**, Art. 144, N.15. Yazarlar çocuğun dinlenmemesi halinde, mahkemenin, çocuk ile ilgili anlaşmanın onaylanabilir olduğuna karar veremeyeceğini belirtiyorlar (Art. 111, N.29).

211 **Reusser**, N. 1.43. Reusser, mahkemenin iki aylık düşünme süresi içerisinde çocuğu dinleyebileceğini belirtiyor. (Aynı yerde). Bu görüşün öğretide kabul görmediği anlaşılıyor. **Schwenzer (Fankhauser)** Reusser'e de atıf yaparak mahkemenin, anne babanın taleplerinin kabul edilip edilemeyeceği noktasında kararını verirken, bu kararının sağlıklı bir şekilde oluşumuna hizmet edebilecek tüm hususları bilmek zorunda olduğunu, bu nedenle de çocukların dinlenmesinin (ve açıklamaların alınmasının) Art. 111/2'ye göre, iki aylık düşünme süresi içerisinde mümkün olamayacağını belirtmektedir. (Art. 111, N.19). Aynı yönde **Sutter/Freiburghaus**, Art. 111, N.29, "Düşünme süresinin anlamı, eğer eşler bu sürenin başlangıcında anlaşmalarının içeriği konusunda açık bir fikre sahip iseler vardır. Her noktada anlaşma sağlanamadan birinci dinlemenin bittiği söylenemez.".

212 **Fankhauser**, 31; **Hegnauer/Breitschmid**, 70; **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.16; **Reusser**, N. 1.33; İki aylık düşünme süresi boyunca da, tarafların bu anlaşma üzerinde düşünme

incelemede varılacak sonuç önemlidir, zira mahkeme bu inceleme ile eşlerin anlaşmasının serbest ve olgunlaşmış irade ile yapıldığını kesin olarak anlar ve böylece eşlerin amaç ve niyetlerinin ortaya çıkması sağlanmış olur.[213] Serbest ve olgunlaşmış irade, taraflardan birisinin tehdit veya hileye maruz kalmadan boşanmayı istemesi ve yan sonuçlar üzerindeki anlaşmayı yapmış olması halinde vardır. Burada tarafların sadece olayı çok iyi düşünmüş olmaları değil, ortaya çıkacak hukuki ve fiili sonuçları bilip anlamalarının da gerektiği belirtilmektedir.[214]

Mahkeme, sadece tarafların belli konularda anlaşmaya varıp varmadıklarına ilişkin kontrol değil, içerik kontrolü yaparak, üzerinde anlaşılan hususların sonuçlarının onaylanabilir olup olmadığını karara bağlar.[215]

Bu inceleme ile, eşlerin yazılı onayı ile boşanmanın sağlanabilmesi için gerekli olan ve mahkemece yürütülmekte olan bu aşamaya kadarki usuli yol tamamlanmış olur.[216]

bbb- Hakimin onayı

Eşler arasındaki anlaşma açık, bir bütün oluşturan (tam) ve açık bir şekilde hakkaniyete[217] aykırı değilse hakim tarafından onaylanacaktır. (ZGB Art. 111, Art.

---

imkanlarının olması ve bu süre sonunda da hakimin anlaşmayı onaylayabilmesi gerektiği, Mahkemenin bu anlaşmanın kanuna uygun olup olmadığını incelemekle yükümlü olduğu ve bu incelemenin mahkemenin görevi gereği resen yapması gereken bir inceleme olduğu yönünde **Rhiner**, 129.

213 **Fankhauser**, 31; **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.16.

214 **Fankhauser**, 35-36.

215 **Fankhauser**, 31; **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.16.

216 **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.16.

217 **Perrin**, 16; Yazar, Tasarıda bu ifadenin daha değişik olduğunu belirterek, hakkaniyet kontrolünün gerçekleştirilmesinin zor olduğunu ifade ile, açıkça hakkaniyete aykırılığı arama zorunda olmayı eleştiriyor ve kural olarak, tarafların düzenlemesinin en adil çözüm olduğunun düşünülmesinin doğru olduğunu, o halde hakkaniyet kelimesi değil, uygun olma ifadesinin kullanılmasının daha doğru olacağını, hakimin takdirinin adil olup olmama noktasında değil, anlaşmanın somut olaya

140). Anlaşmanın tamlığından kasıt, eşlerin kendi iradeleri ile düzenleyebilecekleri bütün boşanma sonuçlarının yapacakları anlaşmanın kapsamına dahil olmasıdır.[218] Boşanma arzusu ve yapılan anlaşma olgun bir düşüncenin ürünü olmalıdır. Bu gereklilik, sadece iradenin oluşma sürecinde değil, aynı zamanda iradenin ciddiyetinde, devamında ve sağlamlığında da aranmalıdır.[219] ZGB. Art. 111/1'in ifadesine göre, hakimin onayının, sadece taraflar arasındaki anlaşmanın iyi düşünülmüş ve serbest irade ile yapılmış olması hususunda değil, boşanma talebinin de iyi düşünülmüş ve serbest irade ile verilmiş olması noktasında da aranması gerekmektedir . Ancak, hakim boşanmanın hakkaniyete uygun olup olmadığını araştıramayacak/denetleyemeyecek, hakkaniyet kontrolünü boşanmanın yan sonuçları üzerinde yapacaktır. ZGB. Art. 140/2'de, açık bir şekilde, hakkaniyete uygun olması aranan boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin anlaşmadır, boşanmanın kendisi değil.[220]

Mahkeme eğer ZGB. Art. 140'ın koşullarının oluşmadığı sonucuna varır ise, anlaşmayı onaylamaz. Ancak mahkeme böyle bir kanaate ulaşır ise, ret kararının gerekçelerini açıklamalıdır.[221]

---

uygun olup olmadığı noktasında olduğunu, bunun için de taraflar açısından başka bir anlaşma yapılabilirliğinin araştırılması gerektiğini belirtiyor. (Perrin, 16).

218 **Sutter/Freiburghaus**, Art. 111, N.11. **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111, N.5'de kanunun, boşanma sonuçlarına ilişkin anlaşmanın başvuru öncesinde hazır olduğu mantığından hareket ettiğini, ancak bunun şart olmadığını, başvuru sırasında anlaşma olmasa dahi, birinci dinlemede bir anlaşmanın yapılması halinde Art 111'in uygulanabileceğini, ancak bu durumda, ikinci dinlemeye karar verilmesinin şart olduğunu ve düşünme süresinin de bundan sonra verilmesinin düşünülebileceğini, çünkü birinci dinlemede varılan bu anlaşmanın olgun düşüncenin ürünü olmayabileceğini dile getirmektedirler. Anlaşmanın birinci dinleme öncesinde tamamlanması gerektiği, eğer anlaşma tam değilse, dinleme öncesinde eşlere süre verilerek, bu anlaşmanın tamamlanmasının sağlanması gerektiği yönünde **Rhiner**, 131.

219 **Fankhauser**, 35; **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.20. Schwenzer (Fankhauser), birlikte boşanma talebinin bir anda ışık çakması gibi olmayıp, belli bir karar verme süreci içerisinde oluşmuş olması gerektiğini, bir anlık boşanma arzusu yetse idi, iki aylık düşünme süresinin anlamsız olacağını dile getirmektedir. (Aynı yerde).

220 **Perrin**, 16.

221 **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.21.

Birinci dinlemenin tamamlanmasına ve hatta Art. 111/3 doğrultusunda ikinci dinleme de yapılmasına karşın, yan sonuçlar üzerinde yeterli açıklık sağlanamazsa[222] veya mahkemeye sunulan belgelerden tarafların anlaşmalarının onaylanabilir nitelikte olmadığı sonucuna varılırsa, mahkemenin hemen olumsuz bir karar vermesi yerine, taraflara bir seçim hakkı tanıması gerektiği belirtilmektedir.[223] Mahkeme, ortak taleple boşanma koşullarının yerine gelmediğine dair bir ara karar verdiğinde, taraflar, mahkemece onay verilmeyen anlaşmalarındaki noktaların çözümünü Art. 112'de olduğu gibi mahkemeye bırakabilirler.[224] Ancak taraflar bu yola rağbet etmeyip, kendi çözümlerinde ısrarlı iseler, bu kere de, mahkeme taraflara Art. 113 doğrultusunda dava açmaları için süre vermelidir.[225] Bu karar temyiz edilebilir. Taraflar ne temyiz ediyorlar ve ne de Art. 113 doğrultusunda bir dava açıyorlar ise, sürenin sonunda durumu açıklayan nihai bir karar verilir.[226] Aynı şey iki aylık düşünme süresinin geçmesine karşın eşlerin onay vermemesi halinde de geçerlidir.[227]

Mahkemenin anlaşmayı onaylama kararının şekli içeriğinin olup olmayacağının Kantonların düzenleme alanına girdiği belirtilmektedir.[228] Mahkemenin tarafların

---

222 Anlaşmanın tam olmasının başlangıçta aranmaması gerektiği, dinlemeden önce verilen süre ile taraflara anlaşmayı tamamlama imkanının verilmesinin uygun olacağı, ancak dinleme sırasında anlaşmanın tamam olmasının aranması gerektiği yönünde **Rhiner**, 131.Yazar birinci dinlemede tarafların, boşanma sonuçları üzerinde anlaşmalarının aranması gerektiği fikrindedir.(Rhiner, 149).

223 **Reusser,** N. 1.40; **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.23; **Sutter/Freiburghaus**, Art. 111, N.31. Mahkemenin re'sen bu seçim hakkını tanıması gerektiğinin tartışmalı olduğu yönünde **Rhiner**, 166. Re'sen seçim hakının tanınması fikrinde **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.23.Bunun resen yapılmaması gerektiği yönünde **Sutter/Freiburghaus**, Art. 111, N.31.

224 **Reusser**, N. 1.40; **Rhiner**, 163; **Sutter/Freiburghaus**, Art. 111, N.31; **Rhiner**, 165. Yazar, burada ZGB. Art. 112'nin kıyas yolu ile uygulanıp, direkt uygulanmayacağını belirtmektedir.

225 **Fankhauser**, 40; **Hegnauer/Breitschmid**, 71; **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.23; **Reusser**, N. 1.40; **Rhiner**, 167.

226 **Reusser**, N. 1.40.

227 **Reusser**, N. 1.41.

228 **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.22.

yazılı onayını kabul etmesine kadar, ortak taleple boşanma koşullarının yerine gelmediği her zaman ileri sürülebilir.[229]

ccc- Anlaşmanın kapsamı

Anlaşmanın kapsamına nelerin gireceği sorusuna, ZGB. Art. 119 vd. da düzenlenen boşanma sonuçlarının tümünün girmesi gerektiği,[230] eşlerin tasarrufunda olmayan ve usule ilişkin konularda ise, bağlayıcı olmamak koşuluyla, anlaşma yapılabileceği belirtilmektedir.[231]

Eşlerin anlaşması, velayeti, şahsi ilişkileri ve nafakayı da içermelidir. Mahkeme, çocuğun kimde kalacağının düzenlenip düzenlenmediğini ve tarafların bu konuda taleplerinin olup olmadığını incelemek zorundadır.[232] Boşanma sonuçlarına ilişkin anlaşmada eşler, ergin olmayan çocuklarına ilişkin düzenlemeleri de, mahkemenin bu konudaki takdir hakkı saklı kalmak kaydı ile yapabilirler.[233] Taraflar ZGB. Art. 133 gereğince, ortak velayeti de kabul edebilirler. Bu durumda, çocuğun, fiilen kimin yanında kalacağı, bakım giderlerinin nasıl karşılanacağı da taraflar arasındaki anlaşmada belirlenmiş olmalıdır (ZGB. Art. 133/3).

---

229 **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.22. Yazar mahkemenin onay kararının neleri içermesi gerektiğini açıklamaktadır. (Art. 111, N.22).

230 Buraya evlilik soyadı (ZGB. Art. 119), mal rejiminin çözülmesi (ZGB. Art. 120/1), eşlerin birbirlerine mirasçılığı ve ölüme bağlı tasarruflar (ZGB. Art. 120/2), Aile konutu (ZGB. Art. 121), Sigorta (ZGB. Art. 122-123-124), Nafaka (ZGB. Art. 125 vd.), Velayet, şahsi ilişkiler (ZGB. Art. 133) girer. Bkz. **Sutter/Freiburghaus**, Art. 111, N.12.; **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.24; **Reusser**, 1.31; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111, N.4.; **Fankhauser**, 18 vd. Eşlerin tasarrufunda olan boşanma sonuçlarının söz konusu olduğu, ayrıca çocuklara ilişkin olarak ortak talebin de yapılması gerektiği yönünde **Rhiner**, 124; **Micheli/Nordmann/Jaccottet Tissot/Crettaz/Thonney/Riva,** N. 147.

231 **Sutter/Freiburghaus**, Art. 111, N.11; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111, N.4. Bu anlaşmanın da maddi hukuka ilişkin şartlardan olduğu ve boşanma sebebi teşkil ettiği yönünde **Rhiner**, 122.

232 **Fankhauser**, 32; **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.18; **Sutter/Freiburghaus**, Art. 111, N.18.

Tarafların çocuk hakkında yaptıkları teklifin veya anlaşmanın kabul edilebilirliği hakkında mahkemenin kuşkusu varsa veya mahkeme tarafların tekliflerini kabul etmiyorsa ikinci dinleme yapılmalıdır.[234] Çocukların velayeti veya ortak velayet halinde kimin yanında kalacağı hususlarında mahkeme re'sen (ZGB. Art. 133/1) araştırma yapar.[235] ZGB. Art. 144/2' de öngörüldüğü gibi yaşı ve önemli bir sebebin aksini gerektirmemesi koşulu ile çocuk, mahkeme veya mahkemenin görevlendireceği bir kişi tarafından dinlenir.[236] Çocukların anne babaya aykırı fikir açıklamalarının dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir.[237] Mahkeme çocuklarla ilgili sorunun çözümü için, gerekli süreyi beklemelidir.[238] Çocukla ilgili olarak ana, baba ve mahkeme arasında bir uyuşma olmaz ise Art. 112 veya Art. 113 gündeme gelir.

ddd- Anlaşmanın bağlayıcı olmadığı

Boşanma anlaşmalarının (boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin anlaşmaların), hakimin onayından önce, taraflar arasında bağlayıcı olup olmadığı, eski İsviçre boşanma hukukunda ihtilaflara neden olmakta idi.[239] Ancak genel olarak öğreti ve

---

233 **Fankhauser**, 35; **Sutter/Freiburghaus**, Art. 111, N.17; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111, N.4; **Rhiner**, 123.

234 **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.30. **Reusser**, N. 1.44. Reusser, anne, baba veya çocuğun dinlenmesi veya diğer koşullar, mahkemeyi, çocukla ilgili talebin, onun için en iyi çözüm olduğu yolunda şüpheye düşürürse, yeni dinlemelerin yapılabileceğini, açıklamaların istenebileceğini ve bu amaçla çocuk hakkındaki düzenlemenin uygun olması için mahkemenin ilgili resmi kurumlardan bilgi, görüş alabileceğini belirtmektedir. (Aynı yerde).

235 **Reusser**, N. 1.43.

236 **Reusser**, N. 1.43.

237 **Fankhauser**, 22; **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.19.

238 **Reusser**, N. 1.44.

239 İsviçre Öğretisinde bazı yazarlar ve Federal Mahkeme (BGE 60 II 82, BGE 60 II 169) bu sözleşmenin, özel hukuk sözleşmesi olduğunu kabul etmeyip, bunun usul hukukuna ait bir sözleşme olduğunu, bunun dışında anlam ifade etmediğini ve tarafların, ancak hakimden sözleşmenin onaylanmamasını isteyebileceklerini kabul etmekteydiler. Bu yazarlara göre, bu sözleşme, onaydan sonra hakimin kararının bir parçası haline gelmekte ve bu anlaşmanın iptali ancak kararların iptali usulüne bağlı olmaktadır. Bazı yazarlar ise, bu sözleşmenin hakim onayından önce, bir özel hukuk sözleşmesi olduğunu kabul etmekte ve irade sakatlığı nedeniyle iptalinin istenebileceğini kabul etmektedirler. Diğer bazı yazarlar ise, boşanmanın yan sonuçları arasında ayırım yaparak mali konulara ilişkin iptal isteminin mümkün olduğunu, ancak örneğin

uygulamada, bu sözleşmelerin hakimin onayından önceki dönemde de, bir Borçlar Hukuku sözleşmesi olarak, tarafları bağladığı kabul edilmekte idi.[240] Yine anlaşmadan, tek taraflı olarak dönülemeyeceği, ancak Borçlar Hukukunun genel kuralları uyarınca, irade sakatlığı nedeni ile feshedilebileceği, ayrıca hakimden de anlaşmanın onaylanmamasının istenebileceği kabul edilmekte idi.[241]

İsviçre'de boşanma hukukunda yapılan yeniliklerden sonra, artık ZGB. Art. 111/1'e göre yapılan boşanma anlaşmasından, tek taraflı olarak her zaman serbestçe dönülebileceği kabul edilmektedir.[242] Ön incelemede, bu anlaşmanın kabul edilmesi bir hukuki etki meydana getirmez, bu sadece bu anlaşmanın onaylanabilir olması nedeniyle boşanma isteminin kabul edilebileceğini gösterir ki, boşanma ancak, iki

---

çocuklara ilişkin sonuçlar bakımından bunun mümkün olmadığını belirtmektedirler. Bu konu ile ilgili olarak toplu bilgi için bkz. **Thomas Geiser, Bedürfen Ehevertrage der gerichtlichen Genehmigung**, Privatrecht im Spannungsfeld zwischen gesellschaftichem Wandel und ethischer Verantwortung (Festschrift für Heinz Hausheer zum 65. Geburstag, Stampfli Verlag, Bern, 2002, 217 vd.; **Alfred Koller, Die İrrtumsanfechtung von Scheidungskonventionen**, AJP, 1995/4 s. 412. Yazara göre ise, boşanma hukuku bu sözleşmenin hata ile yapılması durumunu düzenlemediğinden, bir hukuki boşluk bulunmaktadır ve bu boşluk Borçlar Kanununun hükümleri ile doldurulmalıdır. Bu sonuç, hem sözleşme onaylanmadan önce, hem de onaylandıktan sonra geçerli olmalıdır. Yazara göre, onay, iptal istemi ile ilgili başvuruyu değiştirir, onaydan önce eşe yöneltilecek beyan yeterli iken, onaydan sonra mahkemeye başvurularak iptal sağlanabilir (Koller, 416- 419). Ayrıca eski hukuk ve yeni hukuk için bkz. **Rhiner**, 124 vd., 173. Yazar, bu sözleşmenin niteliği ile ilgili olarak mahkeme önünde sulh sözleşmesi nitelemesini eleştirmektedir, 125 vd.

240 **Geiser**, N. 219; **Bühler/Spühler**, Art. 158 N.149; **Karl Spühler/Sylvia Frei-Maurer, Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht**, Band II Das Familienrecht, 1. Abteilung Das Eherecht, 1. Teilband, 2. Hälfte Die Ehescheidung, Bern, 1991, Art. 158 N.151 ff.; **Hans Hinderling-Daniel Steck, Das Schweizerische Ehescheidungsrecht**, 4. Auflage, Zürih, 1995, 519; **Koller**, 416; **Turan Esener, Boşanmanın Fer'i Neticelerine Dair Mukaveleler, AÜHFD**, Cilt. VIII, Sayı. 3-4, Ankara, 1951, 615; **Gülçin Elçin Grassinger, Boşanma Davasında Eşlerin Boşanmanın Tali Sonuçlarına İlişkin Konularda Anlaşma Yapmaları Ve Konu İle İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararı, İHFM,** Prof. Dr. Türkan Rado'ya Armağan, Cilt: LV, Sayı 3, İstanbul, 1997, 237; **Sutter/Freiburghaus**, Art. 111 N.1; **Perrin**, 16; 237; BGE 99 II 361 .

241 **Bühler/Spühler**, Art. 158 N.151; **Spühler/Frei-Maurer**, Art. 158 N.150 ff.; **Hinderling-Steck**, 519; **Esener**, 616; **Elçin Grassinger**, 237; **Sutter/Freiburghaus**, Art. 111 N.1; BGE 115 II 206-208.

242 **Geiser**, N.221; **Fankhauser**, 38; **Rhiner**, 126, 46; **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.21; **Sutter/Freiburghaus**, Art. 111, N.1; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111, N.5; **Perrin**, 16. Yazar Art 140/2'ye atıf yaparak, bu madde ile böylece, öğretide, boşanma anlaşmasının, hakim tarafından uygun bulunması aşamasından önceki hukuki niteliği konusundaki ihtilaflara son noktanın konulduğunu ifade etmektedir. Rhiner de, bu anlaşmanın artık, Borçlar Hukuku sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceğini, iki aylık düşünme süresi içinde serbestçe dönülebilecek, boşanma hukukuna ilişkin, özel bir sözleşme olduğunu söylemektedir.(**Rhiner**, 126).

aylık düşünme süresinden sonra, eşlerin onayı ile olur ve taraflar bu süreçte onay vermeme konusunda tamamen serbesttirler.[243] ZGB. Art. 111/2'de düzenlenen onay şartı da, boşanma anlaşmasından serbestçe dönülebileceğinin bir göstergesidir.[244] Taraflar düşünme süresi sonunda verilen onaydan sonra, bu anlaşmadan ancak irade sakatlığı veya değişen durumlar nedeniyle dönebilirler.[245]

Eski hukukun aksine, boşanma sonuçlarına ilişkin anlaşmadan, her bir eşin dilediği zaman dönebileceği, eşlerin bu anlaşmalarının (boşanma istemi ile birlikte verilmiş olması ve anlaşmanın asgari içeriğinin) boşanmanın maddi şartı olmasından da çıkmaktadır.[246]

eee-Anlaşmanın şekli

ZGB. Art. 111 anlaşma konusunda yazılı bir şekil şartı içermiyor. Ancak kanunun lâfzından ve anlaşmanın içeriğinden, sadece yazılı bir anlaşmanın gündeme geleceğinin anlaşıldığı ve uygulamada da, olayların çoğunda, yazılı başvuru ile birlikte, yazılı bir anlaşma verildiği belirtilmektedir.[247]

fff-Belge verme yükümlülüğü

---

243 **Fankhauser**, 46; **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.21.

244 **Sutter/Freiburghaus**, Art. 111, N.14.

245 **Rhiner**, 173. Yazar, bunun dışında tarafların, mahkemeden anlaşmanın onaylanmamasını talep edebileceklerini belirtmektedir, 173. Yazara göre, değişen durumları mahkeme kendiliğinden araştırmakla yükümlü olmayıp, ancak bilgisine ulaşan olaylar varsa değerlendirmeye alır, 175.

246 **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111, N.5; **Sutter/Freiburghaus**, Art. 111, N.14. Yazarlar, ayrıca eski hukuk da olduğu gibi, çekişmeli boşanma davasında da, bir anlaşma imzalanabileceğini belirtiyorlar. (Art. 111, N.1). Anlaşmalı boşanmadaki boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin anlaşma, evlilik sözleşmesi, ayrı yaşamayı düzenleyen anlaşma ile boşanma anlaşması kavramları ve birbirinden farkları için bkz. **Gesier,** 218 vd.

247 **Sutter/Freiburghaus**, Art. 111, N.13; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111, N.4.

Eşler, mahkemenin ortak boşanma başvurularının ve boşanma sonucu ile ilgili anlaşmanın tamlığı ve hakkaniyete uygunluğunu takdir edebilmesi için, gerekli bütün belgeleri vermek zorundadırlar.[248] ZGB. Art. 111/1'in açık anlatımından, sadece boşanma anlaşmasının değil, gerekli belgelerin de mahkemeye verilmesinin şart olduğu anlaşılmaktadır. Bunların hangi belgeler olduğu, kanunun değişik hükümlerinin incelenmesinden ortaya çıkmaktadır. Öğretide bu belgelerin neler olduğuna örnek olarak; aile evlilik cüzdanı, maaş bordrosu/tablosu gibi gelir durumunu gösteren belgeler, kira sözleşmesi, banka hesaplarını gösteren belgeler, sigorta, emeklilik durumunu gösteren belgeler, her bir eşin malvarlığını gösteren belgeler, mal rejimi anlaşması, vergi bildirimleri, sigortanın ödenmiş kısmı (ZGB Art. 141), hastalık sigorta belgesi, ihtiyacı gösteren belgeler sayılmaktadır.[249]

Ortak talebin yapılmasından sonra, boşanma anlaşmasının ve eklerinin bir ilk incelemeye tabi tutulacağı ve eksik belgelerin veya durumun özelliğine göre mahkemenin uygun göreceği belgelerin hemen isteneceği belirtilmektedir.[250] Sonuç olarak, hakime boşanma anlaşmasının onaylanıp onaylanamayacağını takdire yarayan her tür belge mahkemeye sunulmalıdır.[251] Tarafların dinlenmesinden önce, belgelerin mahkemeye sunulmuş olması gerektiği ve yine eğer eksik belge varsa, taraflar dinlenmeden önce, mahkemenin bunları talep etmesi gereği belirtilmektedir.[252]

---

248 **Fankhauser**, 14; **Rhiner**, 128; **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.24; **Sutter/Freiburghaus**, Art. 111, N.15; **Reusser**, N. 1.31; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111, N.6.

249 **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.24; **Sutter/Freiburghaus**, Art. 111, N.15; **Reusser**, N. 1.33; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111, N.6.

250 **Fankhauser**, 46, 14 vd; **Sutter/Freiburghaus**, Art. 111, N.15; **Rhiner**, 120; **Reusser**, N. 1.31; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111, N.6. Yazarlar belge verilmesi zorunluluğunun, bir düzen hükmü olduğunu ve belge yokluğu nedeni ile boşanma talebinin (başlangıçta) reddedilemeyeceğini ifade ediyorlar. (Art. 111 N.6). Reusser bu incelemeyi takiben, mümkün olduğunca kısa bir süre içinde, eşlerin birinci dinlemeden haberdar edilmeleri gereğine değiniyor. (N.1.33).

251 **Fankhauser**, 14; **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N. 24; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111, N.6. Yazarlar belgelerin boşanma anlaşmasının mahkemece incelenmesinden önce verilmesi gereğine değiniyorlar. (Art. 111 N.6). Ayrıca bkz. **Rhiner**, 129.

252 **Rhiner**, 130.

Mahkemenin incelemesinde belgelerin tamamlığının önemli ve merkezi bir rol oynadığı, mahkemenin, belgenin içeriksel doğruluğunu kontrol etmek yükümlülüğünde olduğu, belgenin doğruluğundaki kuşkularının neden kaynaklandığını da açıklamasının gerektiği, öte yandan, mahkemenin yeterli bir iz, emare olmadan da eksiklikleri araştırmak zorunda olmadığı ifade olunarak, bu fiili ve ağırlaştırılmış kanıt yükümlülüğünün boşanma mahkemesinin gerçeği araştırma görevine de uygun olduğu belirtilmektedir.[253]

dd-Seçimlik ikinci dinleme

ZGB. Art. 111/3'de mahkemenin, bir duruşma daha öngörebileceği hüküm altına alınmıştır. Tasarının parlâmentoda görüşmeleri sırasında eklendiği ifade olunan bu fıkranın yerinin yanlış olduğu, üçüncü fıkranın birinci fıkra ile ilişkilendirilmesinin gerektiği ve esas yerinin birinci fıkranın altında ikinci fıkra olması gerektiği belirtilmektedir.[254] Tasarının ikinci dinlemeyi zorunlu saydığı ve burada boşanma arzusunun ve onayının sözlü olarak yapılmasının arandığı, bu dinleme sisteminin yazılı onay sistemi ile değiştirildiği ve ikinci dinlemenin Art. 111/3 ile Art. 111/1'e göre yapılan duruşmanın ikinci ayağı olarak düzenlendiği ifade olunmaktadır.[255] Seçimlik ikinci dinleme, Art. 111/1'e göre yapılması gereken dinlemenin sonuçlandırılması anlamını taşır, yoksa Art. 111/2'ye göre yapılması gereken yazılı onayın yerini tutmaz.[256] Birinci ve ikinci dinleme arasında geçen zaman, taraflara kararlarını açıklığa kavuşturma, arzularını/isteklerini sağlamlaştırma konusunda yardım eder. Mahkeme ikinci dinlemeyi yapmaksızın yazılı onayı da isteyebilir. Mahkemeye sunulan belgelerin, boşanma anlaşmasının hakkaniyete uygunluğunu

---

253 **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.25.

254 **Sutter/Freiburghaus**, Art. 111, N.57. Yazarlar, parlâmentonun birinci fıkradan farklı olarak ne amaç güttüğünün belli olmadığını belirtiyorlar. (Aynı yerde).

255 **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.26; **Fankhauser**, 40; **Rhiner**, 196. Bu hükmün konulma amacı ile ilgili açıklamalar için bkz. **Rhiner**, 112 vd. Yazar ikinci dinleme yerine, yazılı onayın getirilmesinin mahkeme masraflarının yükselmemesi amacına dayandığını belirterek bu durumu eleştirmektedir.

256 **Fankhauser**, 40; **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.27.

değerlendirmeye yetmediği durumlarda da, ikinci dinleme yapılmalıdır.[257] Eşler dinlenmiş, bu meyanda düşünme süresi içerisinde ilişkilerde bir değişiklik meydana gelmiş ve bu durum, özellikle yan sonuçlara ilişkin anlaşmada değişiklik gerektiriyorsa Art. 111/3'deki ikinci dinleme olanağından yararlanılmalı ve bu dinlemeden sonra da eşlere yeni bir düşünme süresi verilmelidir. Tarafların ikinci dinlenme talepleri varsa, mahkeme kural olarak bu talebi kabul etmelidir.[258]

Öğretide, ZGB. Art. 111/3'e göre, ikinci dinlemenin, mahkemenin birinci dinlemeyi bitirip vakıaları tespit ederek, çocuklara ait ortak talebe karşı koyması veya en azından tekrar dinleme ihtiyacı duyması halinde, örneğin çocukların menfaati ile ilgili yeni olayların ortaya çıkması halinde veya mahkemenin eşlerin arzuları konusunda kuşkuya düşmesi halinde, iki aylık düşünme süresinden sonra eşlerden birinin veya her ikisinin onay vermemesi halinde, eşlerden birinin boşanma sonuçlarını değiştirmek istemesi halinde, eşlerden birinin veya her ikisinin birden birinci dinleme sırasında yazılı onay yerine, ikinci dinleme yapılmasını istedikleri hallerde (özellikle eşlerden birinin mahkemenin dilini bilmiyor veya yazamıyorsa bu anlam kazanmaktadır) yapılabileceği belirtilmektedir.[259]

Mahkeme ZGB. Art. 111/3'e göre, ikinci dinlemeyi gerektiren nedenlerle, devam eden dinlemeler öngörebilir. Art. 111/1'de olduğu gibi burada da (ikinci dinleme de)

---

257 **Fankhauser,** 41; **Schwenzer(Fankhauser),** Art. 111, N.29; **Perrin,** 16; **Rhiner,** 199 vd.

258 **Fankhauser**, 41 vd; **Schwenzer(Fankhauser),** Art. 111, N.31; **Rhiner**, 198. Esas olarak ikinci dinleme de birincisi gibi yürütülür. İkinci dinlemeye de eşler şahsen gelmek zorundadırlar. (**Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.24). Yazar, Böyle bir karar verildiğinde, açıklığı sağlamak için, bir veya iki aylık bir süre verilmesinin uygun olacağını, ancak bu şekilde prosedürün uzamasının da haklı görülebilir olmasının gerektiğini, tarafların arzusu dışında, altı ayı aşan bir sürenin verilemeyeceğini, çünkü ortak taleple boşanmanın ana amacının taraflara çekişmesiz ve hızlı bir usulü sağlamak olduğunu belirtmektedir. (Aynı yerde).

259 **Sutter/Freiburghaus**, Art. 111, N.58,59,60. **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111, N.19. Sutter/Freiburghaus, mahkemenin birinci dinleme esnasında, boşanma iradesinin geçerliği konusunda kuşkuya düşmüş olması halinde, ikinci dinlemeye karar verilemeyeceğini, zira bu durumda, boşanma iradesinin olgun düşünce ürünü olması gereğinin yerine gelmemiş olduğunu ve birinci fıkraya göre yapılan dinleme sonucunda boşanma isteminin reddi gerektiğini belirtiyorlar. (Art. 111. N.61). Ayrıca bkz. **Fankhauser,** 42 vd. İkinci dinlemenin yapılması gereken haller ile ilgili geniş açıklama için bkz. **Rhiner**, 199 vd.

birkaç aşamada gerçekleştirilebilir/tamamlanabilir.[260] Birinci dinleme gibi, ikinci dinleme de, eşlerin şahsen dinlenmesi suretiyle yapılmalıdır.[261] Ancak ikinci dinlemede, eşlerin ayrı dinlenmesinin kanunda şart olarak ön görülmemesine rağmen, amaca uygunluk bakımından ayrı dinlemenin de yapılması gerektiği savunulmaktadır.[262]

ee-Düşünme süresi

ZGB. Art. 111/1'e göre ve gerekirse Art. 111/3'e göre yapılması gereken dinleme sona erdiğinde, eğer mahkeme, boşanmanın ve yan sonuçlar üzerindeki anlaşmanın, serbest ve olgun iradenin ürünü olduğu kanaatine vararak, eşler arasındaki yan sonuçlara ilişkin anlaşmanın içeriğini de onaylarsa[263] Art. 111/2 gereğince, eşlere iki aylık düşünme süresi verir. Dinleme bittiğinde, mahkemenin bunu tespit ile birlikte, düşünme süresinin de hangi tarihten itibaren başladığını belirten bir karar vermesinin, sürenin sonunu tayin açısından yerinde olacağı, hatta mahkemenin bu esaslar çerçevesinde sürenin sonunu da belirleyebileceği belirtilmektedir.[264] Bu sürenin sonunda eşler, yazılı olarak boşanma iradelerini ve anlaşmalarını onaylarlarsa boşanmaya karar verilir. İki aylık süre, taraflara anlaşma ve boşanma üzerinde ciddi bir şekilde düşünme imkanı veren koruma amaçlı bir süredir.[265] Yasa koyucunun

---

260 **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.33; **Sutter/Freiburghaus**, Art. 111, N.57. Schwenzer (Fankhauser), ikinci dinlemenin sonucunun da olumlu olması halinde, mahkemenin iki aylık düşünme süresini vereceğini, mahkemenin ikinci dinlemenin sonunda boşanma kararını tefhim etmesinin mümkün olmadığını, iki aylık düşünme süresinin sonunda yazılı onayın muhakkak gerektiğini belirtmektedir. (Art. 111, N.32).

261 **Rhiner,** 202; **Fankhauser**, 43. Yazar dinlemenin eşlerin gerçek iradelerini saptayabilecek ciddiyet ve zaman dilimi içinde yapılması gerektiğini belirtmektedir.Aynı yönde **Rhiner**, 152.

262 **Rhiner**, 202.

263 Bkz. **Fankhauser**, 47 vd. Yazar amaca uygun yorum ile iki aylık sürenin başlangıcı konusunda kanunun getirdiği kuraldan ayrılınabileceğini belirterek, özellikle belge eksikliği varsa, bunların tamamlanmasından sonra sürenin başlayacağını belirtmektedir.

264 **Sutter/Freiburghaus**, Art. 111, N. 38. **Fankhauser,** 38. Yazar, mahkemenin, taraflar arasındaki anlaşmayı onaylaması halinde, iki aylık düşünme süresinin sonunu da belirterek tayin etmesi gerektiğini belirtiyor. Ayrıca bkz. **Rhiner**, 169 vd. Yazar sürenin en erken, dinlemenin bitmesi ile başlayacağını belirtmektedir.

265 Botschaft Scheidungrecht, 88; **Fankhauser**, 44; **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.34. Sürenin hesabı OR Art. 73'e göre yapılır. **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111 N. 37; **Rhiner**, 169;

amacının, taraflara mümkün olduğunca basit ve dava ekonomisine uygun bir usul sunmak olduğu için daha uzun bir sürenin öngörülmediği belirtilmektedir.[266]

İki aylık düşünme süresi tam anlamı ile tüketilmesi gereken bloke bir süredir. Bunun anlamı süre geçmeden evvel yapılan bir beyanın geçerli olmaması ve ancak sürenin geçmesinden sonra taraflardan beklenen davranışın gösterilmesi gereğidir.[267] Bu çerçevede, kanunun emredici[268] olarak iki aylık süre koyduğu, mahkeme tarafından uzatılıp kısaltılmasının mümkün olmadığı,[269] süre içerisinde verilen onayın geçerli olmadığı, süre içerisinde verilen bu onayın süre bitiminde de geçerli hale gelemeyeceği, aynı şekilde bu süre içinde verilen bir geri alma beyanının da dikkate alınamayacağı belirtilmektedir.[270]

Perrin, 19, Yazar iki aylık düşünme süresinin parlamento tarafından getirildiğini belirtiyor ve boşanmanın bir anda sonuçlanabilen bir olay (Neskafe duruşması olmasından) korkulduğu için, bunun yapıldığını, şu andaki sistemin postadaki mektuba benzediği kanaatini ifade ediyor.

266 **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.34. Yazar düşünme süresinin kanunda düzenleme yerinin uygun olmadığını belirtiyor. (Art. 111, N.35); Ayrıca bkz. **Sutter**, 96. Yazar kanunun yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra, düşünme süresinin amaç ve anlamının tartışıldığını belirtmekte ve bir görüşe göre, bu sürenin boşa harcanan zaman olduğunu belirterek, kanunda, düşünme süresi verilmeden boşanma kararı verilmesinin de müeyyidesiz kaldığını, çünkü bunun temyiz sebebi olmadığını ifade etmektedir.

267 **Fankhauser**, 46. Yazar bu sürenin niteliği ile ilgili açıklamalarında, bu sürenin alışılmış bir süre olmayıp, özellikli bir süre olduğunu açıkça belirtmektedir.

268 Bu sürenin uygulamada emredici olarak kabul gördüğü belirtiliyor. Bkz. **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111, N.15.

269 **Fankhauser**, 47-48. Yazara göre sürenin kısaltılması, amacını yerine getirmesini önlerken, uzatılmasının da, bu usulle fazla uzun ve karışık olmayan bir boşanma yolu izleyen eşlerin isteklerine aykırı olacaktır. Ayrıca bkz. **Rhiner**, 167 vd., 171.

270 **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.35; **Fankhauser**, 47. Yazar bu süreyi "Sperrfrist" olarak nitelendirmektedir, 46; **Reusser**, 1.42. **Perrin**, 19; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111, N.10. **Schwenzer(Fankhauser)**, kanuni bir süre olduğu için tarafların anlaşması ile sürenin kısaltılamayacağını, ancak kanunun amacı ve anlamından yola çıkılarak, iki tarafın rızası ile, bu sürenin kısaltılabilmesi mümkün olmalı idi diyor (Art. 111, N.37.). **Sutter/Freiburghaus**, süre ne uzatılabilir ve ne de kısaltılabilir, süreden vazgeçmek de mümkün değildir diyorlar (Art. 111. N.38). **Honsell/Vogt/Geiser**, vazgeçme veya kısaltma mümkün değildir, bu süre kısaltılıp uzatılamaz diyorlar (Art. 111, N.10, 15).

Mahkemenin bu süreyi uzatmasının mümkün olmasına karşın, tarafların kendi rızalarıyla bu süreyi uzatıp uzatamayacakları da tartışmalıdır.[271]

Kural olarak, taraflar düşünme süresinin geçmesinden sonra, boşanma kararını vermeyi sağlayacak yazılı onayı, fazla bir süre geçirmeksizin vermek zorundadırlar.[272] Ortak taleple boşanmayı seçen eşlerden her biri, düşünme süresinin bittiği gün, mahkemeye başvurarak, diğer eşe doğrudan bir bildirimde bulunulmasını isteyebilir.[273] Eğer sürenin bitmesine karşın, tarafların ikisinden de bir tepki gelmiyor ise, mahkeme bu kez taraflara birbirlerine onay için son bir süre tanınmasını isteyebileceklerini hatırlatır.[274] Bu durumda şu ihtimaller düşünülebilir; taraflar onay verirler ise boşanma kararı verilir, kısmi anlaşma prosedürüne geçilebilir, bu iki ihtimalin dışında taraflara ZGB. Art. 113 doğrultusunda dava açmaları için süre verilir.[275]

ff- Yazılı onay

ZGB. Art. 111/2'ye göre, düşünme süresinin sonunda, eşler, boşanma arzularını ve anlaşmalarını onayladıklarını yazılı[276] bir biçimde mahkemeye bildireceklerdir.[277]

---

271 Sürenin tarafların rızası ile uzatılabileceği yönünde **Fankhauser**, 49 vd. Aksi yönde **Rhiner**, 171.

272 **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.38. Yazar bu yazılı onayın Medeni Kanunda, şaşırtıcı bir şekilde düzenlenmemiş ise de, Kanton Mahkemelerinin bu konuda fazla zorlanmadığını, bu konuda problem çıkmadığını, bu onayın ne kadar süre bekleneceği konusundaki kararın Kanton Hukukuna veya Kanton Mahkemelerinin takdirine terkedilmiş olduğunu, Kanton usul hukukunun, her durumda, taraflara onay verme hususunu hatırlatma imkanını verebileceğini ifade ediyor (Art. 111, N.38).

273 **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.38; **Reusser**, N. 1.49. **Schwenzer(Fankhauser)**, bu halde diğer tarafın ikametgahının ülke dışında olması gibi önemli bir neden yoksa, mahkeminin bir aydan daha fazla bekmemesi gerektiğini belirtiyor (Art. 111, N.38).

274 **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.38; **Reusser**, N. 1.49. Yazar, mahkemenin ZGB. Art. 111/3 çerçevesinde, ikinci bir dinlemeye karar vererek tarafları çağırabileceğini belirtiyor.

275 **Fankhauser**, 58; **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.38; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111, N.15; **Sutter/Freiburghaus**, Art. 111, N.48. Yazarlar, bu konuda kantonlarca düzenleme yapılmasının gereğine değiniyorlar.

276 Bu yazılılık OR. 13'e göre araştırılır. (**Sutter/Freiburghaus**, Art. 111, N. 36). Ayrıca bkz. **Fankhauser**, 51 vd. Yazar, yazılı onayın, aktif durumda bulunmayı gerektirdiğini, susma veya

Art. 111/2'nin zımni ifadesinden, çocuğun velayeti ve kimin yanında kalacağına dair ortak talebin de onaylanmasının arandığı çıkmaktadır.[278] Onayın açık, anlaşılabilir, şartsız olması gerektiği ve her hangi bir gerekçeye de ihtiyaç bulunmadığı belirtilmektedir.[279] Yazılı onay da boşanmanın maddi hukuka ilişkin bir şartını teşkil etmektedir ve emredici bir düzenlemedir.[280]

Yazılı onayın da serbest irade ile verilmiş olması gerekir. Üçüncü kişilerin baskısı veya boşanmanın serbestçe istenmesini sınırlayan her şart, onayın geçersiz olmasını gerektirebilir.[281]

Düşünme süresinin amacına uygun olarak, düşünme süresinin bitmesinden önce verilen onay, hiçbir şekilde bir etki doğurmaz, sürenin sonunda yeniden verilmelidir.[282] Ancak taraflar boşanmayı onaylamıyorlarsa, açık bir geri alma beyanında bulunmalarına gerek yoktur.[283]

---

kanaat verici davranışla onayın verilemeyeceğini belirtmektedir. **Rhiner**, 179'da noterden düzenlenmiş resmi bir belgenin de yazılı onay olarak geçerli olacağını belirtmektedir.

277 Bu şart Tasarının kanunlaşması sırasında Parlamento tarafından getirilmiştir, bkz. **Bram**, 1512.

278 **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.39; **Fankhauser**, 52; **Reusser**, 1.46; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111, N.10.

279 **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.39; **Sutter/Freiburghaus**, Art. 111, N.35; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111, N.10; **Rhiner**, 178.

280 **Rhiner**, 176.

281 **Rhiner**, 176; Önek olabilecek haller için bkz. **Fankhauser**, 55 vd. Yazar, bir eşin verdiği onayın, diğerine bildirilmesinin, onu etkileyebilmesine rağmen, sakıncası olmadığını belirtmektedir. (Fankhauser, 56).

282 **Fankhauser**, 50; **Rhiner**, 181; **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.40; **Sutter/Freiburghaus**, Art. 111, N.41; **Reusser**, N. 1.47; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111, N.10.Yazılı onayın, düşünme süresinin geçmesinden sonra verilmesinin geçerlilik koşulu olup olmadığı tartışması veya etkisinin, düşünme süresinin geçmesi ile meydana geleceği konusundaki tartışmalar için bkz. **Rhiner**, 182 vd.

283 **Fankhauser**, 52 vd.; **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.40.

Düşünme süresinin bitiminden sonra, yazılı onayın verilmesi için, belirli bir süre beklenmesinin uygun olacağı, bu sürenin yedi günden on güne kadar olabileceği, ancak hiçbir zaman bir aya kadar uzamayacağı belirtilmektedir.[284]

Boşanma başvurusundan veya anlaşmasından, yazılı onay verilinceye kadar serbestçe dönülebilir. Geri alma, açık veya örtülü olabilir. Mahkemeye bir gerekçenin bildirilmesi gerekmez. [285]

Eşlerin her biri bu yazılı onayı ayrı ayrı verebilirler. Ortak bir dilekçe ile onayın verilebilmesi mümkün müdür? Schwenzer (Fankhauser); iradenin baskı altında kalmaması gerekliliğinden hareketle, yazılı onayı, her bir eşin ayrı ayrı vermeleri gerektiği görüşündedir.[286] Sutter/ Freiburghaus ise; yazılı onayın ayrı ayrı verilebileceği gibi birlikte de verilebileceği görüşündedirler.[287] Tarafların talebi halinde, mahkemece yapılacak bir duruşma sonucunda da hazırlanan tutanağın imzalanması suretiyle bu onayın verilebileceği belirtilmektedir.[288]

Yazılı onay eşlerce şahsen mi yapılmalıdır, yoksa bu koşul temsilci eli ile de yerine getirilebilir mi? Onayın amacının, boşanma arzusunun geçerliğini, ciddiyetini açıklamak ve acele bir kararı önlemek olduğundan, amaca uygunluk açısından,

---

284 **Fankhauser**, 50-51. Yazar, hakim tarafından kesin bir süre verilmişse, bu düşüncenin geçerli olmayacağını, yani ek bir sürenin daha beklenmeyeceğini belirtmektedir. (Fankhauser, 51). Ayrıca bkz. **Rhiner**, 183. Aksi yönde **Hegnauer/Breitschmid,** 72. Yazarlar bir aylık süre verilmesinin düşünülebileceğini belirtmektedir.

285 **Fankhauser**, 51; **Sutter/Freiburghaus**, Art. 111, N.49.

286 **Fankhauser**, 53 vd; **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.41.

287 **Sutter/Freiburghaus**, Art. 111, N.36. Yazarlar, ayrıca onayın mahkeme kalemine sözlü olarak verilebileceğini, kayda geçen beyanın imzalanması ile onay koşulunun yerine geleceğini ifade ediyorlar. (Aynı yerde).

288 **Reusser**, N. 1.46; **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N. 41; **Rhiner**, 176, 180; **Perrin**, 19; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111, N.19; **Fankhauser**, 54. Yazar bu tür bir duruşmanın ZGB. Art 111/3'deki duruşma olmadığını belirtiyor. Perrin' e göre de bu duruşma iki aylık düşünme süresinden sonra olur. (**Perrin**, 19).

onayın şahsen yapılması gerektiği, temsile kapalı olduğu ifade olunmaktadır.[289] Bu onayın, eşlerin imzası bulunmak koşuluyla, bir avukat tarafından, sadece formüle edilebileceği[290] ve bir temsilci tarafından mahkemeye götürülebileceği belirtilmektedir.[291]

Diğer yandan, yazılı onay mahkemeye verildikten sonra, ancak OR. md. 9'daki şartların varlığı halinde geri alınabileceği belirtilmektedir.[292] Karşı tarafa ulaşmış olan yazılı onay, mahkemenin boşanma kararından önce de bağlayıcı etkisini meydana getirir.

Yazılı onayın verilmesinden sonra, taraflar artık onayladıkları boşanma iradesi ve yan sonuçlar ile ilgili anlaşma ile bağlıdırlar.[293] Ancak, yazılı onaya rağmen tarafların ortak taleplerini birbirleri ile anlaşarak geri çekebilecekleri doğaldır.[294] Kural, onaydan sonra tarafların anlaşma ile bağlı olmaları olmasına karşın, Art. 149/'1'deki koşulların varlığı halinde, eski hukuktaki gibi, geri alma mümkündür. Taraflar, bu hüküm doğrultusunda, mahkemeye verecekleri bir dilekçe ile irade sakatlığı veya Federal usul hükümlerine aykırılığı öne sürerek onaylarını geri alabilirler. Yine taraflar, eski hukuk da olduğu gibi, anlaşmanın açıkça hakkaniyete uygun olmadığını,

---

289 **Fankhauser**, 53 vd.; **Rhiner**, 181; **Sutter/Freiburghaus**, Art. 111, N.36; **Reusser**, N. 1.47; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111, N.10. Sutter/Freiburhaus, aksi halde bu gerekliliğin (yazılı onayın) şekli bir koşula dönüşerek içeriğinden kaybedeceğini, bu durumun da buradaki koruma amaçlı usuli gerekliliklerin, boşanmanın maddi koşulları haline getirilmiş olmasına aykırılık teşkil edeceğini belirterek, evliliğin çözülmesinin eşlerin yaşamında derin bir kesit oluşturduğunu, o halde eşlerin şahsi açıklamalarını istemenin beklenemez bir şey olmadığını haklı olarak ifade etmektedirler. (Art. 111, N.37).

290 **Sutter/Freiburghaus**, Art. 111, N. 37.

291 **Fankhauser**, 53; **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.42; **Reusser**, 1.47; **Rhiner**, 181 vd.

292 **Fankhauser**, 59.

293 **Fankhauser**, 57; **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.43; **Sutter/Freiburghaus**, Art. 111, N.43, 46; **Reusser**, N. 1.46; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111, N.10.

294 **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.2; **Reusser**, N. 1.31; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111, N.10; **Rhiner**, 184.

fiili ilişkilerin değiştiğini iddia ederek mahkemeden bu anlaşmaya bağlı kalınarak boşanma kararı verilmemesini isteyebilirler.[295]

Eşlerden birinin, iki aylık süre içerisinde ayırtım gücünü kaybetmesi halinde, onay yasal temsilci tarafından verilebilir mi sorusuna, onayın, boşanma davasının maddi koşullarından biri olması ve şahsa bağlı bir hakkın kullanılıyor olması gerekçesi ile olumsuz cevap verilmektedir.[296]

gg- Mahkemenin boşanma kararı

ZGB. Art. 111/2'ye göre, ortak taleple boşanmada, boşanma arzusu ve anlaşmaya dair yazılı onayın gelmesi ile tüm koşullar oluştuğunda, mahkeme boşanma kararı verir ve anlaşmayı onaylar.[297] Hakim tarafından onaylanan anlaşma, boşanma kararında yer alır ve kararın bir parçası olur[298](ZGB. Art. 140/1). Mahkeme Art. 111/1'deki ön inceleme çerçevesinde anlaşmaya onay vermiş olsa bile, onayını gözden geçirmesini gerektirecek değişikliklerin varlığı halinde onayını geri çekebilir.[299] Böyle bir durum söz konusu olduğunda mahkemenin eşlere yeni bir talepte bulunmak veya yeni bir düzenleme için imkan tanımasının gerektiği belirtilmektedir.[300]

---

295 **Fankhauser**, 49 vd.; **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.43; **Sutter/Freiburghaus**, Art. 111, N.47; **Reusser**, N. 1.47; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111, N.10. **Bühler/Spühler**, Art. 158, N. 151; BGE 99 359, 361 ff.

296 **Sutter/Freiburghaus**, Art. 111, N.51,52,53.

297 Kararda yer alması gereken hususlar ile ilgili bilgi için bkz. **Hegnauer/Breitschmid,** 122.

298 **Hegnauer/Breitschmid,** 122; **Bram**, 1515; **Ducrot**, eğer bu anlaşma ayrı bir metin halinde ise, mahkeme kararında açıkça belirtilmek koşulu ile anlaşmanın ekde yer alabileceğini, ancak bu metnin de, hakim tarafından muhakkak imzalanması gerektiğini belirtmektedir. (Ducrot, 57).

299 **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.44; 11. **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111, N.11; **Rhiner**, 186 vd.

300 **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111, N.11; **Rhiner**, 189.

ZGB. Art. 149/1'e göre, ortak başvuru üzerine verilen bir boşanma kararı, sadece boşanma isteğine ilişkin irade sakatlığı veya usule ilişkin Federal hükümlere aykırılık nedeni ile temyize konu yapılabilir. ZGB. Art 149/2'ye göre de, eğer bir eş, ortak anlaşma ile düzenlenen boşanmanın yan sonuçlarını temyize konu yaparsa ve kararın bu bölümü temyiz incelemesi sonucu değiştirilir (bozulur) ise, diğer eş, hakim tarafından belirlenen bir süre içerisinde boşanmaya onayını geri alabilir.[301]

3- Kısmi anlaşmalı boşanma (ZGB. Art. 112)

a-Hükmün amacı

Eşlerin tüm boşanma sonuçları üzerinde anlaşamamaları halinde, Fransız Hukukunun aksine, ortak taleple anlaşmalı boşanma yolu kapalı değildir.[302] Kısmi anlaşmalı boşanma, eşlerin boşanma konusunda anlaşıp, boşanmanın yan sonuçları üzerinde hiç[303] veya tam bir anlaşma sağlayamamaları hali için öngörülmüştür. Kısmi anlaşmaya dayanan ortak boşanma talebi karma bir usulü getirmektedir.[304] Burada eşler, üzerinde anlaşılamayan sonuçlar konusundaki çözümü mahkemeye bırakmaktadırlar. Kısmi anlaşmalı boşanma, çekişmeli boşanma usulü karşısında,[305] ortak taleple boşanmak isteyen eşlerin, boşanma üzerinde anlaşıp, yan sonuçları

---

301 Geniş bilgi için bkz. **Fankhauser**, 145 vd. Ortak taleple boşanmada temyiz ve sonuçları için bkz. **Sandoz**, Divorce sur requête commune, 198 vd.

302 Bu hükmün amacı ile ilgili açıklamalar için bkz. **Rhiner**, 207 vd.

303 **Schwenzer (Fankhauser)**, Art. 112, N. 4'de tarafların, hiçbir yan sonuçda anlaşamadıkları zaman, kısmi anlaşmalı yola gidilip gidilemeyeceğinin belli olmadığını, kanunun lâfzının, tarafların asgari bir biçimde de olsa, yan sonuçlar üzerinde anlaşmalarını arıyor göründüğünü, ancak gerekçede de belirtildiği gibi, bu usule hiç anlaşma olmasa da başvurulabileceğini belirtiyor. Ayrıca bkz. **Fankhauser**, 63; **Heinz Hausheer, Die wesentlichen Neuerungen des neuen Scheidunsrecht**, in: ZBJV 135 (1999), 1, 8 ; **Sutter/Freiburghaus**, Art. 112, N.5'de ise, açıkça, tarafların hiçbir konuda anlaşamamış olsalar bile, Art. 112' den yararlanacakları belirtiliyor. Aynı yönde **Rhiner**, 211. Yazar aksini savunmanın geçerli bir sebebi olmadığını belirterek, eşlerin boşanma iradesinin evliliğin sarsıldığının işareti olduğunu belirtmektedir ; Karş. **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 112, N.3.

304 **Fankhauser**, 62; **Reusser**, N. 1.51; **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 112, N.4; **Sutter/Freiburghaus**, Art. 112, N.5. İki usulün bir arada olmasının problem çıkarmaya müsait olduğu yönünde, **Micheli/Nordmann/ Jaccottet Tissot/Crettaz/Thonney/Riva**, N. 67.

305 Eşlerin anlaşamadıkları noktalarda Art. 136'ya göre sulh girişiminde bulunulamayacağı yönünde **Rhiner**, 218.

üzerinde anlaşamadıklarında ve çekişmeli bir yolda zorlanmak istemedikleri taktirde başvurabilmeleri için getirilen bir ara çözümdür.[306] ZGB. Art 112 ile, kanun koyucunun bir özel usul getirerek, bazı boşanma sonuçları üzerinde anlaşma sağlayamamış eşlere de, ZGB. Art. 114 ve 115'e gidilmesine gerek kalmaksızın boşanma olanağını sağlamak istediği anlaşılmaktadır.[307] Burada da ZGB. Art. 111/1'deki gereklilikler, yani serbest irade ve olgun düşüncenin varlığı aranacaktır.

Kısmi anlaşma ile ilgili hükümler şu durumda da uygulanır. Eşler tam bir anlaşmaya varmalarına rağmen, çocuklarla ilgili anlaşmaya varamamışlarsa veya anlaşmaları her hangi bir sebeple onaylanmamış ve de mahkemenin verdiği süre içerisinde yeni bir anlaşma sunmamışlar ise veya eşler bu konuda mahkemenin karar vermesini istemişlerse bu durumda da kısmi anlaşmalı usul yürütülebilir.[308]

Eşlerin sunduğu anlaşma onaylanabilir değilse ve mahkemenin tutumuna direnirler ise, artık çekişmeli bir boşanma davası yürütmek zorunda kalabilecekleri söylenebilir (ZGB. Art. 113).[309]

---

306 **Sutter/Freiburghaus**, Art. 112, N.9; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 112, N.2.

307 **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 112, N.1; **Reusser**, N. 1.51. **Perrin**, 19. Perrin bu boşanma tipinin, son derece orijinal olduğunu belirterek, bu çözümün Fransız tecrübesini dikkate alma yolundaki bir çabadan dolayı kanuna girdiğini, Fransız Hukukunda anlaşmalı boşanmaya rağmen, kusura bağlı boşanmanın da önemli bir yer tuttuğunu, çünkü eşlerin ayrılığın gerekliliğine inanmalarına rağmen, karşı çıktıkları boşanma sonuçları ile ilgili bir kazanç elde etme yolunda hukuki bir mücadeleyi sürdürmek istediklerini vurguluyor. Yazara göre, bu kısmi anlaşmalı boşanma çözümü, boşanmanın sosyal gerçekliklerine, yargıcın koşulları uydurmasını da sağlayacak imkanları eline vermekte.(**Perrin**, 20).

308 **Fankhauser**, 63; **Perrin**, 21; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 112, N.2; **Rhiner**, 165, 211. Yazar bu durumda Art. 111'in kıyas yolu ile uygulanacağını belirtmektedir.

309 **Sutter/Freiburghaus**, Art. 112, N.9.

T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU DOKÜMANTASYON MERKEZİ

b-Kısmi anlaşmalı boşanmanın koşulları

aa-Ortak başvuru

Kısmi anlaşmalı boşanma için de, ortak başvurunun şart olduğu kanun metninden açıkça anlaşılmaktadır. Başvurunun içeriği ve şekli ile ilgili olarak, ZGB. Art. 111'de yapılan açıklamalar burada da geçerlidir. Bu başvurudan, eşlerin boşanma üzerinde anlaştıkları, üzerinde anlaşmaya varamadıkları yan sonuçların çözümünü ise mahkemeye bıraktıkları anlaşılmalıdır.[310] Eşler, başvurularında, bir anlaşma yapamadıkları veya anlaşmada düzenlemek istemedikleri noktalarda, mahkemenin karar vermesini istediklerini belirtmelidirler.[311] Çekişmeli olmayan sonuçlar için de, ortaya ZGB. Art. 111'de olduğu gibi bir anlaşma konulmalıdır.[312]

Kanun, bu başvuru ile ilgili bir şekil zorunluluğu getirmediğinden, bu başvurunun sözlü de yapılabileceği, ancak açıklık ve ispat kolaylığı açısından, kantonların yazılı şekil şartını öngörebilecekleri, yine başvurunun şahsen yapılmasının gerekmediği, temsilci aracılığı ile de yapılabileceği belirtilmektedir.[313]

---

310 **Fankhauser,** 63; **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 112 N.3; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 112, N.4,5; **Sutter/Freiburghaus**, Art. 112, N.11. Yazarlar, burada mahkemenin çekişmeli boşanma sonuçlarına ilişkin karar vermesine ilişkin talep, ZGB. Art 111'deki anlaşmanın yerine geçmektedir diyorlar. (Art. 112, N.12). Aynı yönde **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 112, N.5.

311 **Sutter/Freiburghaus**, Art. 112, N.13; **Bram,** 1518. Perrin, klasik olarak boşanma davalarında nafaka konusunda uyuşmazlık çıktığını ve çekişmeli davalarda, tarafların, elindeki tüm imkanları, karşı tarafı baskı altına almak için bir silah olarak kullandığını, bunun da yargının sağlıklı işlemesi açısından kesinlikle patolojik bir durum olduğunu, çünkü hakimlerin uyuşmazlık konusu noktalarla ilgili tüm vakıalar için araştırma yapmak zorunda kaldığını belirterek ZGB. Art. 112 ile, hakimlerin, teknik olarak, tarafların bunu kötüye kullanmalarına bir son verme imkanına kavuşturulduklarını ve artık hakimlerin tüm şantaj ve baskılardan bağımsız olarak, eşler arasındaki gerçek sorunları araştıracağını söylüyor. (**Perrin**, 20). Yazar, açık olmayan, bu nedenle de onaylanabilir olmayan bir anlaşma sunulması halinde de, eşlerin ZGB. Art.112'den yararlanmak istediği anlamının çıkacağını belirtmektedir. Ayrıca bkz. **Rhiner**, 212. Yazar, bilinçli olarak hakimin çekişmeli noktalarda karar vermesinin istenmesini aramaktadır.

312 Tarafların, kısmi anlaşmalı boşanmayı, ancak çekişmeli boşanma noktalarının kendi belirledikleri hususlarda karar verilmesi şartına tabi tutmalarının mümkün olup olmadığı tartışması için bkz. **Rhiner**, 213 vd. Yazar davanın bu şartla açılmasının mümkün olduğunu belirtmektedir. (Rhiner, 214).

313 **Sutter/Freiburghaus**, Art. 112, N.14, 15; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 112, N.5; **Rhiner**, 215 vd.

Kanunun lâfzından, başvurunun birlikte yapılacağı sonucu çıkarılmakta ise de, bunun anlaşmaya varılmayan konuların, Mahkemenin kararına bırakılması konusunda ortak iradenin bildirilmesi anlamına gelip, başvurunun birlikte yapılmasının aranmayacağı belirtilmektedir.[314] Diğer usuli prosedür hakkında da, ZGB. Art 111'de düzenlenmiş olan, tam anlaşmalı boşanmanın prosedürü, yani eşlerin dinlenmesi, hakimin anlaşmayı onaylaması, düşünme süresi verilmesi ve eşlerin yazılı bir şekilde boşanmayı onaylamaları safhaları uygulanır.[315]

bb-Dinleme

Eşler, ZGB. Art. 112/ 2'de açıkça yazılı olduğu üzere, tam anlaşmalı boşanmada olduğu gibi, mahkeme tarafından dinlenmelidirler. Burada da şahsen, ayrı ayrı dinleme, ortak dinleme, iki aylık düşünme süresi, yazılı onay ve seçimlik ikinci dinleme söz konusudur.[316] Mahkemenin boşanma arzusunun ve kısmi anlaşmanın serbest irade ve olgun bir düşüncenin ürünü olduğunu, çocuklar hakkındaki anlaşmanın onaylanabilir olduğunu denetlemesi gerekir.[317] Ayrıca eşler, üzerinde anlaşmaya varamadıkları yan sonuçlar hakkında da dinlenirler.[318] Dinleme ile amaçlanan, tam anlaşmada olduğu gibi, boşanma arzusu, serbest irade, olgun düşüncenin olup olmadığının kontrol edilmesidir.[319] Bu gereklilik üzerinde anlaşılamayan ve mahkemeye bırakılan yan sonuçlar için de vardır. Mahkeme, eşlerin açıklamalarının ve mahkemenin onların sonuçlar üzerindeki anlaşmazlıklarından bağımsız olarak karar vereceğinin bilincinde olduklarından emin olmalıdır.[320] Eşler,

---

314 **Rhiner**, 215.

315 **Rhiner**, 219.

316 **Schwenzer(Fankhauser)**, Art 112 N.8; **Reusser**, N. 155; **Sutter/Freiburghaus**, Art. 112, N.18, 19; **Rhiner**, 218 vd.

317 **Fankhauser**, 64; **Schwenzer(Fankhauser)**, Art 112 N.8; **Reusser**, N. 155; **Sutter/Freiburghaus**, Art. 112, N. 19; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 112, N.6.

318 **Schwenzer(Fankhauser)**, Art 112 N.8; **Reusser**, N. 155; **Sutter/Freiburghaus**, Art. 112, N.20.

319 **Schwenzer(Fankhauser)**, Art 112 N.9.

320 **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 112, N.6.

çocuklara ilişkin bir anlaşmaya varmışlar ise, çocuk da ZGB. Art. 111'de olduğu gibi dinlenmelidir.

ZGB. Art. 111'de olduğu gibi, belge verme yükümlülüğü ve mahkemenin bunları incelemesi burada da geçerlidir.

Mahkeme, dinleme sonucunda, boşanma anlaşmasının ve çekişmeli noktaların mahkemeye bırakılmasının serbest irade ve olgun düşünce ürünü olup olmadığına, kısmi anlaşmanın onaylanıp onaylanmayacağına ve çocuklar konusundaki düzenleme konusunda da karar verir ve daha sonraki duruşma usulünü taraflara bildirir.[321] Bu durumda iki aylık düşünme süresi başlar.

Mahkeme, kısmi anlaşma ile boşanma sonuçlarının oluşmadığına karar verirse, dar anlamda bir kararla, eşlerin boşanma başvurusunu reddeder ve taraflara ZGB. Art 113'e göre dava açmak için süre verir.[322]

cc-Düşünme süresi

Düşünme süresi de, yazılı onay gibi, boşanmanın maddi koşullarından birini oluşturur ve tıpkı tam anlaşmalı boşanmada olduğu gibi, kısmi anlaşmalı boşanmada da, eşlere iki aylık düşünme süresi tanınır. Düşünme süresi içerisinde, her eş, boşanma başvurusunu, kısmi anlaşma ve çekişmeli yan sonuçların çözümünü mahkemeye bırakmış olduğuna dair onayını geri alabilir.[323]

---

321 **Sutter/Freiburghaus**, Art. 112, N.23.

322 **Sutter/Freiburghaus**, Art. 112, N.24. Yazarlar, eğer eşlerin sundukları kısmi anlaşmanın onaylanmasına bir engel varsa, burada da, eşlere çekişmeli yan sonuçların uygun şekilde tamamlanması imkanının verilmesi gerektiği kanaatindedirler.

323 **Fankhauser**, 66; **Sutter/Freiburghaus**, Art. 112, N. 23.

dd-Yazılı onay

Boşanma başvurusu ve üzerinde anlaşılan kısmi anlaşma yazılı onayın konusunu teşkil eder. Bu açıklamanın da, serbest irade ve olgun düşüncenin ürünü olması gerekir. Yine yazılı onay, mahkemenin çekişmeli noktalarda karar vermesine dair anlaşmayı da kapsamalıdır.[324] Onay öncesinde, tarafların önünde iki seçenek vardır. Ya onay verecekler ve çekişmeli usule girecekler, ya da boşanma davasından vazgeçecekler.[325]

Öğretide Perrin,[326] çekişmeli noktaları hakime götürme konusunda, tarafların anlaşmasını bir usul anlaşması olarak nitelendirerek, bunun da hukuki nitelik olarak, hakem şartından uzak bir düzenleme olmadığını belirtmektedir. Yazara göre, eşlerden birinin boşanmayı kabul edip, çekişmeli konuların hakim tarafından çözümlenmesini içeren kısmi anlaşmalı prosedürü yürürlüğe koyan usul anlaşmasını yapmayı reddetmesinin mümkün olduğunu, ama bunu yapmakta haklı bir menfaatinin olmadığını, çünkü boşanma davasında, her durumda eşlerin anlaşmazlık noktalarını çözmede yargıcın yetkili olduğunu, haklı olarak vurgulamaktadır. Ayrıca yazara göre, bu durum bazı koşullar altında hakkın kötüye kullanılması yasağının kapsamına dahi girebilir.

Onayın etkisi nedir? Geçerli bir yazılı onayın etkisi, aynen ZGB. Art 111'de olduğu gibidir. Yazılı onay üzerine, eşler kısmi anlaşma ile bağlanırlar, tek taraflı dönme mümkün olmaz.[327] İrade sakatlığı öne sürülerek, anlaşma ile bağlı olunmadığı iddia edilebilir. Yine her eş, kısmi anlaşmayı onaylamamasını ZGB. Art. 111'de

---

[324] **Fankhauser**, 67; **Sutter/Freiburghaus**, Art. 112, N. 36; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 112, N.; **Rhiner**, 222. Aksi yönde, **Reusser**, N. 1.55.

[325] **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 112, N.13; **Rhiner**, 229.

[326] **Perrin**, 20.

[327] **Fankhauser**, 66; **Sutter/Freiburghaus**, Art. 112, N. 30. **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 112, N.13. Schwenzer (Fankhauser), eşlerin dinlenme esnasında verdikleri onay ile bağlı olup olmadıklarının belli olmadığını söylüyor. Kanaatimizce, ZGB. Art. 111'de olduğu gibi, düşünme süresi dolmadan verilen onayın bir anlamı olmadığından bağlanma söz konusu olmaz.

olduğu gibi mahkemeden isteyebilir.[328] Yazılı onayın zamanı ve şekli ZGB. Art 111'de olduğu gibidir. Boşanmaya onay, yan sonuçların düzenlenmesinin sonucuna bağlı tutulamaz.[329] Eşlerin yazılı onaylarına ve onayın bağlayıcı etkisine rağmen, bu yeterli değildir, ayrıca hakimin de onayı gerekir. Mahkeme boşanma ile beraber, çekişmeli sonuçlar hakkında da karar verdiğinde kısmi anlaşmayı da onaylar ve boşanma kararı tüm bu hususları kapsayan bir bütünlükte verilir (ZGB. Art. 112/3).[330]

ee- Çekişmeli usule geçiş

aaa-Usul

Eşlerin, boşanma ve kısmi anlaşmaya dair onayı geldiğinde, çekişmesiz usul sona erer ve çekişmeli usule geçilir.[331] Şekli olarak bir geçiş söz konusu değildir.[332] Bu noktadan itibaren çekişmeli usule ilişkin kurallar uygulanır.[333]

Çekişmeli usule geçiş, ZGB. Art. 112/2'de öngörülen iki aylık düşünme süresinin geçmesinden sonra mümkün olmaktadır. Öğretide, bunun hangi nedenle bu şekilde düzenlendiğinin anlaşılamadığı, ancak bu düzenlemenin nedeninin, çekişmeli usule geçilmezden önce, taraflar arasında anlaşma olan noktalarda belli bir olgunluğa ve

---

328 **Sutter/Freiburghaus**, Art. 112, N.30.

329 **Schwenzer(Fankhauser)**, Art 112 N.13. Ayrıca bkz. **Rhiner**, 214 vd.

330 **Fankhauser**, 67; **Reusser**, N. 1.56. **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 112, N.11. **Schwenzer (Fankhauser),** boşanma kararının birliği esasına aykırılık, sadece eski hukukda olduğu gibi, gerekli şartlar varsa mümkündür, örneğin mal rejiminden kaynaklanan karışık bir çekişme varsa ve diğer yan sonuçlar üzerinde anlaşma sağlanmışssa boşanmaya karar verilir, çekişmeli mal rejimine ait sorunun çözümü ayrı bir davaya dönüştürülür diyor. Aynı yönde **Fankhauser**, 67; **Reusser**'de bazı çekişmeli durumların, istisnaen, daha sonraki bir dava ile çözülebileceğini ifade ediyor. (Reusser, N. 1.56). Aynı yönde **Sutter/Freiburghaus**, Art. 112, N. 42. Karş. **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 112, N.11.

331 **Fankhauser**, 68; **Reusser**, N. 1.54; **Sutter/Freiburghaus**, Art. 112, N. 37; **Perrin**, 20; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 112, N.8; **Rhiner**, 234.

332 **Schwenzer(Fankhauser)**, Art 112 N.16; **Reusser**, N. 1. 53; **Sutter/Freiburghaus**, Art. 112, N. 34.

333 Botschaft Sheidungrecht, 89; **Schwenzer(Fankhauser)**, Art 112, N.16; **Sutter/Freiburghaus**, Art. 112, N. 35. Yazarlar çekişmeli usulün sözkonusu olduğunu, ancak bu usulde cari olan davacı-davalı rol dağılımının burada eksik olduğunu ifade ediyorlar.

kararlılığa ulaşılmış olmasının sağlanmasına ve taraflar arasında çekişmeli konulardaki savunma imkanlarının da hazırlanmasına hizmet olabileceği ifade edilmektedir.[334]

ZGB. Art 112/3'e göre taraflar, üzerinde anlaşamadıkları boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin taleplerini bildirmek, dilekçe vermek zorundadırlar.[335] Bu hüküm kısmi anlaşmalı boşanmanın çekişmeli karakterini vurgulamaktadır.[336] Hakim iki eşe de birden dilekçe verebilmeleri için süre verebilir.[337]

Çekişmeli sonuçlara ilişkin olarak yürütülen usul, taraflara kanıt getirme yükümlülüğünü de getiriyor. Çekişmeli usulde ZGB. Art. 135 vd. hükümleri uygulanacaktır.[338] Çocukların durumunun düzenlenmesi konusunda, mahkemece re'sen araştırma ilkesi geçerlidir. Bu aşamada dahi taraflar, çekişmeli yan sonuçlar üzerinde bir anlaşma yapabilirler.[339]

bbb- Çekişmeli yan sonuçlar üzerinde anlaşma

Eşler çekişmeli boşanma sonuçlarının çözümleneceği/karara bağlanacağı çekişmeli usulün yürüdüğü zaman içerisinde de, yan sonuçlar üzerinde bir anlaşma

---

334 **Perrin**, 20. Bu şekildeki düzenlemenin nedeninin usul ekonomisi olduğu yönünde bkz. **Reusser**, N. 1.54. Ayrıca bkz. **Fankhauser**, 65.

335 Dilekçenin ne zaman verileceği konusunda **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 112, N.18'de birinci dinleme esnasında bunun yapılması gereğine değiniyor. Bu konuda geniş açıklama için bkz. **Fankhauser**, 70 vd.

336 **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 112, N.17.

337 **Sutter/Freiburghaus**, Art. 112, N. 38; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 112, N.10.

338 **Fankhauser**, 73. Ancak, yazar burada da, Art 116'nın uygulanması ile, dinleme ve düşünme süresi ile birlikte yazılı usulde onayın da aranacağını, çünkü her ne kadar çekişmeli usul olsa da, anlaşmalı boşanma yapıldığını belirtmektedir (sf. 77). Aksi fikir, **Sutter/Freiburghaus**, Art. 112, N. 39; **Rhiner**, 229. Yazarlar dava yolu ile yapılan bir boşanma yargılaması söz konusu olduğundan, ZGB. Art. 136 vd. hükümlerinin uygulanacağını belirtmektedirler. Yine bu hükümler sınırlayıcı olmadığından kanton hukukunun da uygulanacağını belirtiyorlar, bkz. **Sutter/Freiburghaus**, Art. 112, N. 39.

339 **Schwenzer(Fankhauser)**, Art 112 N.21; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 112, N.12.

imzalayabilirler.[340] Bu anlaşma, uygulanacak usulde bir değişiklik yaratmaz. Özellikle bu durumda ZGB. Art 111'de düzenlenen tam anlaşma hükümlerinin uygulanması söz konusu olmaz.[341] Çekişmeli bölümde imzalanan bu anlaşma, ZGB. Art 112/1'de düzenlenen kısmi anlaşmadan da farklıdır. Bu anlaşma, bir boşanma davası sırasında (eski hukuk da olduğu gibi) eşler arasında imzalanan bir anlaşma olarak ele alınmalıdır.

Eşler bu anlaşma ile bağlıdırlar, bu anlaşma tek taraflı geri alınamaz, ancak her eş mahkemeden, irade sakatlığı veya açıkça hakkaniyete aykırılık gibi nedenlerle anlaşmaya onay vermemesini isteyebilir[342] (ZGB. Art. 140).

ZGB. Art. 140'a göre, boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin anlaşmaların bütün çeşitleri, onay koşulu bakımından aynı şekilde ele alınırlar, ki bu durum, anlaşmanın ortak taleple yapılan bir boşanma davası gereğince yapılmış olmasında da, çekişmeli usulde yapılmış bir anlaşma olmasında da aynıdır.[343] Anlaşmanın niteliği, onay açısından fark yaratmaz, Mahkeme anlaşmanın serbest irade ve olgun düşünce ürünü olup olmadığını, açık ve hakkaniyete açıkça aykırı olup olmadığını kontrol eder.

ff-Mahkemenin boşanma kararı

Boşanma kararı kısmi anlaşma ile varılan sonuçları olduğu gibi, çekişmeli prosedürde, hakim tarafından çözülen yan sonuçları da kapsayacak şekilde bir bütün olarak verilir (ZGB. Art 112/3).[344]

---

340 **Fankhauser**, 74 vd.; **Sutter/Freiburghaus**, Art. 112, N. 44. **Schwenzer(Fankhauser)**, Art 112, N.21.

341 **Sutter/Freiburghaus**, Art. 112, N. 44.

342 **Sutter/Freiburghaus**, Art. 112, N. 46; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 112, N.12; **Rhiner**, 230.

343 **Sutter/Freiburghaus**, Art. 112, N. 48.

344 **Fankhauser**, 71; **Rhiner**, 230; **Schwenzer(Fankhauser)**, Art 112 N.22; **Reusser**, N. 1. 56; **Sutter/Freiburghaus**, Art. 112, N. 41; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 112, N.11. Schwenzer (Fankhauser), bu üç sonuç arasındaki birbirine bağlılık nedeni ile, tek bir karar olması gereğine

Burada da, boşanmaya ve kısmi anlaşmaya ilişkin olarak ZGB. Art. 149 hükmü geçerlidir. Boşanma kararı, irade sakatlığı veya Federal usul hükümlerine aykırılık halinde temyiz edilebilir. Bir eş kısmi anlaşmada düzenlenen boşanma sonuçlarını temyiz konusu yaparsa, ZGB. Art. 149/2'deki koşullarla, diğer eş, boşanmaya onayını geri çekebilir.

Eşler arasında çekişmeli olan ve mahkeme tarafından çözüme bağlanan boşanma sonuçları, sadece Kanton usul hukukuna aykırılık nedeni ile temyize konu edilebilir.[345] Bu durum, aynı şekilde, bir boşanma davasında ZGB. Art. 140'a göre imzalanan yan sonuçlara ilişkin anlaşmalar için de geçerlidir. Bu anlaşma ZGB. Art. 149/2'de söz konusu edilen ortak başvuru için düzenlenen boşanma anlaşmasından ayırdedilmelidir.[346]

C- Ortak Başvurunun Tek Taraflı Talebe Dönüşmesi (ZGB. Art. 113)

Mahkeme, ne ZGB. Art. 111'in ve ne de ZGB. Art. 112'nin koşullarının yerine gelmediğine karar verirse, ortak taleple boşanma mümkün olmaz. Taraflar serbest iradeleri ile başvurularını geri almadıkça ZGB. Art. 111-112'nin uygulandığı bir davada, ortak başvuru koşullarının oluşmadığının[347] görülmesi durumunda, hemen bir ret kararı verilemez. ZGB. Art. 113'de düzenlendiği üzere, hakim, ortak dilekçe ile

---

değiniyor ve çekişmeli yan sonuçların da daha önce üzerinde anlaşılmış sonuçlara göre çözülmesi gerektiğini, eğer bu mümkün olmaz ise Art. 111/3 kıyasen uygulanarak, eşlerin ikinci dinlemeye çağrılmalarını, eşler durumda bir değişiklik yaratamıyorlarsa, kısmi anlaşmalı boşanma koşulları eksik olduğundan Art. 113'e gidilmesi gerektiğini, böyle bir yarıda bırakmanın usul açısından bir komplikasyon yarattığının açık olduğunu, bu durumda, çekişmeli yan sonuçlara ait usulün tekrarlanıp tekrarlanmayacağının veya yalnız çekişmesiz olan noktalarda bir karar verilip verilemeyeceğinin belli olmadığını ifade ediyor . (Art. 112, N.22).

345 **Sutter/Freiburghaus**, Art. 112, N. 52.

346 **Sutter/Freiburghaus**, Art. 112, N. 52.

347 Geniş açıklama için bkz. **Rhiner**, 238 vd. Yazara göre, anlaşmalı boşanma koşullarının var olmadığı her halde bu hüküm uygulanır.

boşanma şartlarının oluşmadığını tespit ettiğinde,[348] her eşe, tek taraflı olarak, talebini ZGB. Art. 114 veya ZGB. Art. 115'e göre devam ettirebilmesi için, bu maddelerde yer alan şartların var olup olmadığından bağımsız olarak, süre verir.[349] Mahkeme tarafından böyle bir süre verilmesinden, ancak, her iki eşin boşanma nedeninin bulunmadığına ilişkin onayları olduğu taktirde vazgeçilebilmesi mümkündür.[350]

ZGB. Art. 113, Art. 111-112'den Art. 114-115'e geçişin koordinasyonunu sağlar ve hakimin anlaşmalı boşanma koşullarının yerine gelmediğine karar vermesi halinde uygulanır. Bu hükümle, Art. 111'in uygulanmasıyla geçen sürenin boşa gitmemesinin amaçlandığı, böylece mahkemenin yetkisinin ve geçici tedbirlerin devam ettiği, mal rejimine ilişkin taleplerin ilk başvurunun yapıldığı tarihe göre belirlendiği ve bu hükmün usul ekonomisi açısından yerinde olduğu belirtilmektedir.[351]

Bir boşanma davasında Art. 116 yoluyla Art. 111 veya Art. 112'ye geçilmiş ise, artık Art. 113 uygulama alanı bulmaz, mahkeme anlaşmalı boşanma koşullarının oluşmadığına karar verdiğinde başlangıçtaki boşanma davasına devam olunur.[352]

---

348 Örneğin onay verilmediği veya geri alındığı, eşlerin anlaşmalarının mahkemece onaylanmadığı, mahkemenin serbest irade yokluğuna, olgun düşünce yokluğuna, anlaşmanın açık olmadığına veya açıkça hakkaniyete aykırı olduğuna kanaat getirmesi hallerinde, mahkemenin anlaşmalı boşanma şartlarının bulunmadığına dair karar vermesinin gerektiği, hangi şartın eksik olduğunun önemli olmadığı belirtilmektedir. (**Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 113, N.4).

349 **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 113, N.5; **Sandoz,** Presantation, 13. Perrin, ise hakimin, Art 114 ve 115'in koşullarının da olmadığını görür ise süre verilmemesi görüşündedir. (**Perrin**, 21). Sandoz, bu fikre karşı çıkmakta ve 113. maddenin lâfzının, yargıca, bu konuda takdir hakkı vermediğini, yargıca tanınan takdir hakkının sürenin ne kadar olacağı ve taraflara farklı süreler takdir edebileceği noktasında olduğunu, tek taraflı boşanma imkanından yararlanıp yararlanmama konusundaki takdir hakkının, yalnızca taraflara ait olduğunu ifade etmektedir. (**Sandoz**, Presantation, 13). Her eşe, süre verilmesi gerektiği yönünde **Rhiner**, 241.

350 **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 113, N.5. **Reusser** ise süre verilmesinden serbestçe vazgeçilebileceği düşüncesindedir. (N. 1.57). Reusser ayrıca ZGB. Art. 113'ün uygulandığı durumda da kanton hukuklarında bir barıştırma sürecinin bulunmadığını belirtiyor. (Aynı yerde).

351 **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 113, N.1; **Schwenzer (Fankhauser),** Art. 113, N.10; **Rhiner**, 237. Hükmün amacı ile ilgili geniş açıklama için bkz. **Rhiner**, 236 vd.

352 **Reusser**, N.1.60; **Schwenzer (Fankhauser),** Art. 113, N.11; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 113, N.3. **Sandoz,** Pesantation, 12. Yazar, bu usulü "ping pong prosedür" olarak nitelemekte ve bunun mümkün olduğunu ifade etmektedir.

Sürenin ZGB. Art. 4 doğrultusunda, hakkaniyete uygun olarak belirlenmesi gerektiği, tarafların özel durumuna uygun olması ve gerektiğinde uzatılmasının mümkün olduğu,[353] ancak, ZGB. Art. 114'de düzenlenen dört yılık ayrılık süresinin dolmasını hedefleyecek şekilde süre belirlenmesinin mümkün olmadığı belirtilmektedir.[354]

Eşlerden birinin, belirlenen sürede dava açmış olması yeterlidir. Bu dava eşlerin ortak başvurularını geri çeviren mahkemeye olmalıdır.[355]

Mahkemece tespit edilen süre sonunda, eşlerden bir talep gelmez ise başvuru düşer.[356] Bunun için dava açılmamış olması yeterlidir, mahkemenin bir kararına gerek yoktur. Çünkü anlaşmalı boşanmanın koşullarının bulunmadığının tespiti, maddi koşulların yokluğuna dair, nihai bir karardır ve bu durumda artık talebin reddi biçiminde bir karara ihtiyaç yoktur.[357]

Dava açılması ile çekişmeli usule geçilir.[358] Her iki eşin de dava açması halinde veya dava sırasında eşlerin anlaşma sağlamaları halinde ZGB. Art. 116'nın uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalıdır.[359]

---

353 **Reusser**, N. 1.61. Bu sürenin en az on gün olması gerektiği ve Kanton hukukuna göre uzayabileceği yönünde **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 113, N.6.

354 **Schwenzer (Fankhauser),** Art. 113, N.9; **Reusser**, 1.61; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 113, N.6; **Rhiner,** 243.

355 **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 113, N.6.

356 **Reusser**, N. 1.62; **Sandoz**, Presantation, 13.

357 **Sutter/Freiburghaus**, Art. 113, N.16, 14; **Rhıner**, 246; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 113, N.7. Karş. **Reusser,** 1.57; **Schwenzer(Fankhauser),** Art. 113, N.6, 13.

358 Bu durumda da, ZGB. Art. 136'da öngörüldüğü gibi, barıştırma girişiminin uygulanmayacağı yönünde **Rhiner,** 248.

359 ZGB. Art. 116'nın uygulanacağı yönünde **Rhiner**, 346; **Suzette Sandoz, Nouveau droit du divorce-Les Conditions du divorce**, ZSR 118 (1999) I S. 103 ff., 110; **Sutter/Freiburghaus**, Art. 116, N. 8. Art. 116'nın uygulanmasının sözkonusu olmayacağı yönünde

D-Tek Taraflı Başvurunun Ortak Talebe Dönüşmesi (ZGB Art. 116)

ZGB. Art. 116 ile, ZGB. Art. 113'de öngörülen ihtimalin tersi düzenlenmiştir. Hükme göre, eşlerden biri, ortak hayatın kurulamaması, askıya alınması (ZGB. Art. 114) veya evlilik birliğinin sarsılması (ZGB. Art 115) nedeniyle boşanma talep ederse ve diğer eş, boşanmaya açık olarak rıza gösterirse veya karşı dava açarsa, ortak dilekçe ile boşanmaya dair hükümler kıyasen uygulanır. Bu hüküm, bir usul hükmü olarak değil, ZGB. Art. 111'in uygulanmasını, emredici bir şekilde istediğinden, maddi hukuk hükmü olarak nitelendirilmektedir.

Bu hükümle amaçlanan, taraflara anlaşmalı boşanma ile sunulan usuli garantilerin -ki bunlar eşlerin mahkemece dinlenmesi ve düşünme süresidir- devam etmesidir.[360] Taraflardan birisi, diğerinin davasını onaylar veya karşı dava açarsa, bu durumda artık, ZGB. Art. 114 veya ZGB. Art. 115'in koşullarının oluşup oluşmadığı araştırılmaksızın, ZGB. Art. 111 uygulanır.[361] Eğer, taraflar, boşanmanın tüm sonuçları üzerinde anlaşmaya varmamışlarsa veya yaptıkları anlaşma mahkeme tarafından onaylanır bulunmamışsa, bu durumda da ZGB. Art 112 uygulanacaktır.[362]

Eşlerden birisinin, diğerinin açtığı davayı onaylaması, verilen bir dilekçe ile mümkün olur. Bu dilekçeden, davanın kabul edildiği açık olarak anlaşılmalıdır.[363]

Hegnauer/Breitschmid, 73, N.1.62. Bu hususun düşünülebileceği yönünde **Honsell/Vogt/Geiser,** Art. 113, N.8 ; **Schwenzer (Fankhauser),** Art, 113, N. 11.

360 **Fankhauser,** 77; **Rhiner,** 327; **Daniel Steck, Scheidungsklagen, Das neue Scheidungsrecht,** Referate de Tagung vom 17/18 Marz 1999, Schultess Verlag, Zürich , 1999, 40.

361 **Rhiner,** 327.

362 **Rhiner,** 354 vd.

363 **Rhiner,** 331. Yazar, mahkeme önünde sözlü açıklamayı kabul için yeterli saymaktadır. Aynı yönde **Fankhauser,** 77.

Eğer olayların tartışması yapılmakta ise, onay yok olarak değerlendirilmelidir. Kabul, davanın her aşamasında hatta temyiz safhasında da verilebilir.[364]

Tarafların, boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin anlaşma sunmalarından sonra, mahkeme önünde dinleme yapılmalı ve boşanma isteğinin ve anlaşmanın serbest irade ve olgun bir düşüncenin ürünü olup olmadığı saptanmalıdır. Ayrıca, bu dinleme, taraflar arasındaki anlaşmanın onaylanabilir olup olmadığını da saptamaya yarar.[365] Bu düşünme süresinden sonra da, taraflar, anlaşmayı ve boşanmayı onayladıklarını bildirmek zorundadırlar.[366] Çünkü bu şartlar, anlaşmalı boşanmanın maddi şartlarıdır ve tarafların acele bir karar vermelerini, ayrıca zayıf olan tarafın, ölçüsüz yükümlülük altına girmesini de önleme amacını taşırlar. Ve bu anlamda da boşanma anlaşmasının hakkaniyete uygun olmasını sağlarlar. Tarafların serbest irade ve iyice düşünerek karar vermelerine hizmet eden bu şartların, dava yolu ile başlayan boşanma prosedüründe de uygulanması, hem amaca uygundur, hem de aynı sonucu doğuran iki prosedürde farklılık olmamasını sağlamaktadır.[367]

---

364 **Rhiner**, 333; **Steck**, 42. Temyiz aşamasında kabul olması halinde ZGB. Art. 116 yolu ile ZGB Art. 111'in uygulanacağı yönünde 14.11.2002 tarihli Federal Mahkeme Kararı için bkz. (5P.76/2002/bnm) http://clir.bger.ch/. Aynı yönde bir başka Federal Mahkeme kararı için bkz. 20.09.2001 tarih, (5C.2/2001). http://clir.bger.ch/. Ayrıca bkz. Reusser, N. 1.96. Yazar bu sonucu kabul etmemekte ve temyiz aşamasında kabul halinde, ilk davaya göre boşanmanın gerçekleştirilip, ZGB. Art. 111'in uygulanmayacağını belirtmektedir.

365 **Fankhauser**, 77; **Rhiner**, 333.

366 Bu onayın boşanmaya mı yoksa boşanma sonuçlarına mı yönelik olması gerektiği yönünde doktrinde birlik yoktur. **Steck,** 42; **Rhiner**, 350; **Sutter/Freiburghaus** , Art 116, N. 15'de sadece boşanmaya onayı ararken, **Reusser** , N. 1. 98; **Fankhauser**, 77'de boşanma ile birlikte, boşanma sonuçlarına onayı da aramaktadır. Ayrıca bkz. **Fankhauser,** 77. Yazar, bu onayın boşanma davası onayı ile örtüşeceğini belirtmektedir.Federal Mahkeme de 6 Eylül 2001 tarihli kararında Art. 116'nın kıyas yolu ile Art. 111'in uygulanacağını ön görmesinden hareketle, eşlerden birinin diğerinin davasını kabul etmesi halinde bu kabulün boşanmaya onay anlamına geleceğini ve ayrıca yazılı onay aranmayacağını belirtmektedir. (5C.129/2001/min) http://clir.bger.ch/. Aynı yönde bir başka Federal Mahkeme kararı için bkz. 20.09.2001 tarih, (5C.2/2001). http://clir.bger.ch/.

367 **Fankhauser**, 79. Yazar, kontrol prosedürü mahiyetindeki usul hükümleri ile, zayıf tarafın korunmasının amaçlandığını, bu nedenle, bu hükümlerin dava yolu ile olan boşanmalarda da uygulanacağını ve usul hükümlerinin baskısı altında, tarafların anlaşmayı ciddiye almalarının sağlanacağını belirtmektedir (Aynı yerde).

Tarafların, anlaşma ile bağlanmalarını sağlayan şey, boşanma ve boşanma sonuçlarına ilişkin anlaşmaya verilen onaydır. Bu onaydan önce, burada da, anlaşmadan serbestçe, gerekçe bildirmeksizin dönmek mümkündür.[368]

Bir eşin, diğerinin davasını kabul etmesi, veya karşı dava açması sonucunda ZGB. Art. 111 veya Art. 112'nin uygulanması gündeme gelir, fakat anlaşmalı boşanma şartlarının dolmadığı tespit edilirse, Art. 113 uygulanarak, taraflara süre verilmesi gerekmemekte ve bu durumda ilk davanın davam edeceği kabul edilmektedir.[369]

II-Alman Hukuku

A- Genel Olarak

Almanya'da, 1976 tarihinde kabul edilen ve 1 Temmuz 1977 Tarihinde yürürlüğe giren Evlilik ve Aile Hukuku Reformu Hakkında 1. Kanunla (Das erste Gesetz zur Reform des Ehe und Familienrechts) boşanmaya ilişkin hükümlerde köklü değişiklikler yapılmıştır. Bu Kanunla, Alman Medeni Kanununun (BGB) § 1564-1587 arasında yeni boşanma hukuku düzenlenmiştir.[370]

---

368 **Fankhauser**, 80.

369 **Rhiner**, 357; **Bram**, 1519.

370 Alman boşanma hukuku ile ilgili toplu bilgi için bkz. **Haluk Burcuoğlu, Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XLVIII-XLIX S. 1-4, İstanbul, 1983, sf. 113 vd.; **Dieter Giesen, Familienrecht**, 2. Auflage, Mohr Siebeck, 189 vd.; **Thomas Rauscher, J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuchmit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**, 1993, § 1564 vd; **Kurt Rebmann, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7, Familienrecht,I**, § 1564 vd.; **Dieter Schwab, Familienrecht**, 10. Überarbeitete Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1999.

Yapılan bu değişiklikle, Alman Hukukunda kusur ilkesi tamamen terkedilerek, yerini sarsılma ilkesi almıştır.[371] Ayrıca, boşanmada özel nedenler kaldırılarak, evliliğin yürütülememesi adı altında tek ve genel bir boşanma nedeni kabul edilmiştir. Bu hususu ispatlamayı kolaylaştıracak kanuni karineler getirilmiştir. Eşlerden her birinin, bu nedene dayanarak boşanma talebi ile mahkemeye başvurması mümkün kılınmıştır (BGB § 1565 /1).[372] Bu hüküm, Alman Hukukunda boşanmanın tek hukuki sebebini oluşturmaktadır.[373] Diğer hükümler, bu hükmün uygulanmasına ilişkin karineleri ön görmektedir. Diğer önemli yenilik de anlaşmalı boşanmanın mümkün kılınmış olmasıdır.[374]

Alman Hukukunda anlaşmalı boşanma ile birlikte ayrı yaşamaya dayanan boşanma ve çekişmeli boşanma da varlığını sürdürmektedir. Bütün bu kurumlar, evliliğin başarısızlığı veya sarsılması temel ilkesi etrafında düzenlenmiş ve bazı haller sarsılmanın varlığına karine olarak kabul edilmiştir. Evliliğin sarsılması ise, eşlerin yaşam birlikteliğinin kalmaması[375] veya eşlerden bu birlikteliği kurmalarının beklenememesi şeklinde kanunda tarif edilmiştir (BGB. § 1565/1, c.2). Kusur ilkesi terk edildiğinden, boşanmanın gerçekleşmesi için sarsılmaya sebep olan eşin kim olduğunun önemi yoktur.[376]

---

371 **Dethloff**, 99; **Rebmann**, § 1565, N1. Ancak yazar, hükmün ikinci fıkrasından dolayı, boşanma sebeplerinden bir kısmında, kusur prensibinin varlığını koruduğunu belirtmektedir.

372 Ancak sadece birden çok boşanma halinin mi yer aldığı, tek bir boşanma sebebinin mi, yoksa birden çok boşanma sebebinin mi yaratıldığı konusunun tartışmalı olduğu yönünde **Bea Verschraegen, Die einverstandliche Scheidung in rechtsvergleichender Sicht**, Duncker&Humblot, München, 1991, 305. Yazar evliliğin sarsılması sebebinin, tartışmasız tek boşanma sebebi olarak yasada yer aldığını, sarsılmanın çeşitli kriterlerinin ise yasada düzenleme bulduğunu belirtmektedir (sf. 307).

373 **Dethloff**, 100.

374 Bak. **Rauscher**, § 1565 N. 4.Yazar bu kurumun eleştirildiğini, ancak hukuk politikası bakımından bunun yerinde olmadığının ortaya çıktığını, çünkü boşanmalarda %80-90 oranlarında bu sebebe dayanıldığını belirtmektedir.

375 Yaşam birlikteliğinin olmamasından, eşlerin kişisel ilişkisinin kalmaması, bir anlamda birbirine yabancılaşma anlaşılmaktadır.

Alman Hukukunda, boşanma ile ilgili düzenlemeler ışığında, boşanma halleri aşağıdaki gibi gruplandırılabilir

B-Eşlerin Boşanmayı Birlikte Talep Etmesi

1. Eğer eşler bir yıldır ayrı yaşamakta iseler ve ikisi de boşanmayı talep ediyor veya birisi diğerinin boşanma talebini kabul ediyorsa, bu durumda, evliliğin sarsılmasının gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın boşanma kararı verilir (BGB. § 1566/1).

2. Anlaşmalı boşanma şartları bulunmamakta ise, yani, henüz bir yıllık ayrı yaşama süresi dolmamışsa veya eşler birlikte yaşamakta iseler, mahkeme, her iki eş de boşanmayı talep etse bile, evliliğin başarısızlığa uğramış olup olmadığını objektif olarak kontrol eder.[377] Evliliğin başarısızlığa uğradığı mahkeme tarafından kabul edilse bile, BGB. § 1568/I gereği, ergin olmayan çocukların menfaatinin evliliğin devamını gerektirmesi halinde, boşanma kararı verilmeyecektir. Bu ihtimalde ZPO. § 630 uygulama alanı bulmayacaktır.

3. Anlaşmalı boşanma şartları gerçekleşmemiş olmakla birlikte, her iki eşin de boşanmayı talep etmesi halinde, evliliğin sarsıntıya uğradığı mahkeme tarafından kabul edilse bile, evliliğin devamı, eşlerden her ikisi için diğer eşin şahsından kaynaklanan nedenlerden dolayı katlanılamaz güçlük oluşturmayacaksa boşanmaya karar verilmeyecektir (BGB. § 1565/2).[378]

---

376 Eşlerden birisinin boşanmayı istemesi halinde, evlilik durumunu devam ettirmesinin mümkün olmadığı yönünde **Rebmann**, § 1565, N. 3.

377 **Schwab**, N. 318.

378 BGB. § 1565/2 de düzenlenen bu halin her iki eşin boşanmayı talep etmesi halinde uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır.(Bkz. **Burcuoğlu**, Alman Hukuku, 127).

C- Eşlerden Sadece Birisinin Boşanmayı Talep Etmesi

1. Eşler hiç ya da henüz bir yıldır ayrı yaşamamakta iseler ve boşanma, eşlerden sadece birisi tarafından talep edilmişse, mahkeme evliliğin başarısızlığına karar vermiş olsa bile, boşanma, ancak boşanmayı talep eden eş için, evliliğin devamı, diğer eşin şahsından kaynaklanan nedenlerden dolayı katlanılamaz sıkıntı yaratacaksa mümkündür. Ancak bu durumda dahi iki halde boşanma kararı verilmez.

a) Evliliğin devamını ergin olmayan çocukların menfaati zorunlu kılmakta ise,

b) Boşanmaya karşı çıkan eş, olağanüstü koşullar nedeniyle, talepte bulunan eşin çıkarları göz önüne alınsa bile, boşanma sonucunda olağanüstü güçlüklere maruz kalacak ise.

2. Eşler bir yıldır ayrı yaşamakta, ancak henüz üç yıldır ayrı yaşamıyorlar ise, mahkeme evliliğin başarısız olup olmadığını araştırır. Eğer, evliliğin başarısızlığına karar verilirse, boşanmayı talep eden eş için, evliliğin devamının katlanılamaz olmasının, diğer eşin şahsından kaynaklanıp kaynaklanmadığını araştırmaksızın boşanma kararı verir. Ancak bu durumda da aşağıdaki iki halde boşanma kararı verilmez.

a) Evliliğin devamını ergin olmayan çocukların menfaati zorunlu kılmakta ise,

b) Boşanmaya karşı çıkan eş, olağanüstü koşullar nedeniyle, talepte bulunan eşin çıkarları göz önüne alınsa bile, boşanma sonucunda olağanüstü güçlüklere maruz kalacak ise.

3. Eşler üç yıldır ayrı yaşamakta iseler, evliliğin başarısız olduğu aksi ispatlanamaz bir karine olduğundan, diğer eş kabul etmese bile boşanma kararı verilir (BGB § 1566/2). Ancak aşağıdaki iki halin varlığı durumunda yine boşanma kararı verilemeyecektir.

a) Evliliğin devamını ergin olmayan çocukların menfaati zorunlu kılmakta ise,

b) Boşanmaya karşı çıkan eş, olağanüstü koşullar nedeniyle, talepte bulunan eşin çıkarları göz önüne alınsa bile, boşanma sonucunda olağanüstü güçlüklere maruz kalacak ise.

D- Alman Hukukunda Anlaşmalı Boşanma[379]

BGB § 1566 anlaşmalı boşanmayı düzenlemektedir. Tekrarlayalım ki, Alman Hukukunda boşanmanın hukuki sebebi BGB. § 1565'de düzenlenmiştir, BGB. § 1566 ise sadece, buna ilişkin karineleri içeren bir hükümdür.[380] Eşlerin boşanma konusundaki anlaşmaları, evliliğin sarsılmasına ilişkin geri alınamaz bir karine olarak öngörülmüştür.[381] Kanun koyucu, böylece, bir yıllık ayrı yaşamayı ve eşlerin boşanma konusundaki anlaşmalarını, evliliğin sarsılmasına ilişkin, aksinin ispatına cevaz verilmeyen olgular haline getirmiştir. Bu olgulara bağlanan hukuki sonuç, bu evliliğin sona erdirilebilir bir evlilik olmasıdır. Aslında eşlerin evliliğin kurulmasını kendi aralarındaki anlaşma ile gerçekleştirememelerine karşın, boşanma konusunda irade birliğine varmalarına, kanun tarafından, aksinin ispatı mümkün olmayan bir

---

379 Geniş bilgi için bkz. **Dethloff**, 99 vd.; **Daniel Dumusc, Le Divorce par consentement mutuel dans les législations européennes**, İmpremerie Ganguin&, Laubscher SA, Montreux, 1980, 154 vd.; **Giesen**, 190 vd.; **M. Ronke**, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Auflage, Aschendorrffsche verlagsbuchhandlung, Münster, § 1566; **Rauscher**, 1566; **Kurt Rebmann**, § 1566; **Verschraegen**, 307 vd.

380 **Ronke**, § 1566, N. 1; **Dethloff**, 100. Yazar, bu karinelerin ispat yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeler değil, maddi hukuka ilişkin şartlara ilişkin olduğunu, ancak bunun karinelerin değerlendirmesinde değişiklik yaratmadığını belirtmektedir.

381 **Schwab**, N. 36. Yazar, eşlerin evliliğin hükümleri üzerinde tasarrufta bulunmalarının mümkün olmadığı halde, kanunun, iki tarafın iradesi ile boşanmayı istemelerini, geri alınamaz bir sarsılma karinesi olarak ön gördüğünü belirtmektedir. Aynı yönde **Dethloff**, 98. Alman Hukukunda tam anlamıyla anlaşmalı boşanmanın olmadığı, çünkü bu tür boşanmanın, ancak evliliğin sarsılması ile yapılmasının mümkün olduğu yönünde **Verschraegen**, 306. Diğer yandan yazar, anlaşmalı boşanmanın tüm boşanma halleri için mümkün olması gerektiğini, çünkü kanunun sadece tek bir boşanma sebebi ön gördüğünü, ancak kanunun çekişmeli yargı sistemi öngörerek buradaki sınırı çizdiğini belirtmektedir. (sf. 312). Bu konudaki tartışmalar için bkz. **Verschraegen**, 307 vd.

karine olarak değer verilmiş ve hakim tarafından bu olgunun incelenmesi imkanı kaldırılmıştır.[382]

Anlaşmalı boşanmaya ilişkin diğer şartlar ve usul hükümleri Alman Usul Kanunu (ZPO) § 630'da yer almaktadır.[383]

1-Anlaşmalı boşanmanın şartları

a-Genel olarak

BGB. § 1566/1'e göre anlaşmalı boşanma aşağıdaki şartlarla mümkün olabilmektedir:

Eşler en az bir yıldan beri ayrı yaşıyor olmalıdırlar,

eşlerin ikisi de boşanmayı istiyor olmalıdır.

Alman Usul Kanunu § 630 da bu şartlara ek olarak, yeni şartlar getirmektedir. Buna göre, boşanma dilekçesi aşağıdaki şartları ihtiva etmelidir:

Diğer eşin boşanmayı onayladığı veya aynı şekilde boşanma talebinde bulunacağı,

Çocukların velayetinin eşlerden hangisinde olacağına, diğer eşin çocukla kişisel ilişkisine ilişkin açıklama ve diğer eşin bu düzenlemeye rızası veya ortak velayetin kabul edildiğine ve bu durumda kişisel ilişki konusunda tarafların anlaşmasına ilişkin açıklama,

---

382 **Schwab**, 152, N. 316; **Rauscher,** § 1565 N. 1a; **Dethloff**, 99. Yazar eşlerin anlaşmasının, bu hüküm yoluyla sarsılma ilkesine yerleştirilmiş olduğunu belirtmektedir.

383 Bu şartların bütün anlaşmalı boşanmalarda uygulanacağına ilişkin bkz. **Verschraegen**, 318.

Eşlerin çocuklarına karşı yükümlü oldukları bakım nafakası, boşanma sonrası eşler arasındaki nafakaya ilişkin yükümlülükleri ve aile konutu ile ev eşyaları konusundaki anlaşmaları.

ZPO. § 630/3'e göre, boşanma talebini verdikleri anda eşler, boşanma sonrası nafakası ile aile konutu ve ev eşyası ile ilgili hukuki ilişkilerini düzenleyen icraya konulabilir bir senet de düzenlemiş olmalıdırlar.[384]

b-Ayrı yaşama şartı

Alman boşanma hukukunda ayrı yaşama temel öneme sahiptir. Bir yıllık ve üç yıllık ayrı yaşama dışında boşanma, ancak özel hallerde mümkün olmaktadır (BGB. § 1565/2). Alman Hukukunda, evliliğin başarısızlığı karinesi ayrı yaşama dayandırılmıştır.[385] Bu nedenle de, anlaşmalı boşanma da bir yıllık ayrı yaşamdan sonra mümkün kılınmış ve bu sürenin geçmesi boşanmanın maddi şartı olarak belirlenmiştir.[386]

BGB. § 1567'ye göre, eşlerin, bir konutta ortak bir şekilde yaşamamaları ve bunun bir eşin, evliliğin gereği olan ortak yaşamı reddetmesinden kaynaklanıyor olması halinde, ayrı yaşam şartı gerçekleşmiş sayılır. Hükme göre, aile konutunda ayrı yaşamanın söz konusu olması halinde de ayrı yaşam gerçekleşebilir.

---

384 Geniş bilgi için bkz. **Verschraegen,** 353 vd; **Giesen,** 191 vd.

385 Ayrı yaşama evliliğin sarsılmasına ilişkin en önemli kanıt sayılmaktadır. **Dethloff**, 99, **Ronke,** § 1565 N. 3. Ayrılığın evlilikle boşanma arası bir durum olduğu, ve hukuki problemler nedeniyle da kanunla düzenlenmesi ihtiyacı olduğu yönünde **Schwab**, N. 320.

386 **Rebmann**, § 1565 N. 16; **Dethloff**, 102; **Rauscher,** § 1565 N.3.

Hükmün ikinci fıkrasına göre, eşlerin barışma amacı ile kısa süreler birlikte olmaları süreyi kesmediği gibi, bu durum sürenin işlemesini de durdurmamaktadır.[387] Barışma gerçekleşmişse, sürenin işlemesi duracağından, ayrı yaşama içinde barışmanın olduğunun ispatı gerekmektedir.

Bu hüküm ışığında ayrı yaşamayı aşağıdaki şartlarda kabul etmek gerekir:

Eşler arasında aynı konutta birlikte yaşama hiç gerçekleşmemiş veya sonradan ortadan kalkmış olmalı[388] ve,

En az eşlerden birisi, aile yaşamını reddettiği için ortak yaşam kurulamamış olmalıdır.[389]

Ayrı yaşamın kabul edilmesi için, birlikte yaşamanın mümkün olması, yani zorunluluk nedeniyle ayrı yaşamın gerçekleşmemesi aranmaktadır. Yani ayrılık, bozulan bir eş ilişkisinin ürünü olmalıdır.[390] Diğer yandan, ayrı yaşam subjektif nedenlerle, yani en az eşlerden birisinin aile yaşamını reddetmesi nedeniyle, ortak yaşamı kurmaya yanaşmaması halinde kabul edilmektedir.

Ayrı yaşamın, aynı evin içinde de gerçekleşeceği açık olarak BGB. § 1567/I-2'de kabul edilmektedir. Yüksek Mahkeme kararları ışığında gelişen[391] uygulamaya göre, aynı evin içinde olmasına rağmen, ortak ev hayatı yaşamamak ve ortak kullanılan

---

387 Bu düzenlemenin amacı, eşlerin barışma girişiminde bulunmalarını teşvik olarak açıklanmaktadır. Bkz. **Burcuoğlu**, Alman Hukuku, 123.

388 Bu durum objektif şart olarak nitelendirilmektedir. Bkz. **Verschraegen,** 310; **Dethloff,** 113.

389 Görüldüğü üzere burada, eşin aile yaşamını reddetmesi nedeniyle, diğeriyle ortak yaşamı reddetmesi gerekir ki bu bir subjektif neden olarak değerlendirilmektedir. Bkz. **Schwab**, N. 321; Aynı yönde **Verschraegen,** 310; **Dethloff,** 113.

390 **Schwab**, N. 322; **Rebmann**, § 1565, N. 20; **Giesen**, 190.

391 BGH FamRZ 1978, 671; 1979, 1979, 469, 470. Bu konuda geniş açıklamalar için bkz. **Dethloff**, 114 vd.

yerlerde kişisel bir ilişki olmaksızın, tesadüfi bir arada olmalar ayrı yaşama anlamına gelmektedir.[392]Yine aynı hükme göre, barışma amacı güden kısa süreli bir araya gelmeler, bir yıllık ayrı yaşama süresini kesmemekte ve ortadan kaldırmamaktadır. Bu amaçla geçen birlikte yaşanan süreler de, bir yıllık sürenin hesabında nazara alınmaktadır.

Bir yıllık süre, en erken evliliğin kurulması ile başlar ve ancak BGB. § 1567'deki şartların yerine gelmiş olması halinde hesap edilir. Diğer yandan, bu sürenin, son sözlü duruşmanın yapıldığı anda dolmuş olması da yeterli görülmektedir.[393]

Bir yıllık sürenin dolduğu, her tür delille ispat edilmekte ve sürenin bir yılı doldurduğunun hakim tarafından re'sen incelenmesi gerekmediği, sürenin geçmediğini iddia edenin ispatlaması gerektiği belirtilmektedir.[394]

c-Eşlerin ikisinin de boşanmayı istiyor olması

Anlaşmalı boşanmanın en doğal şartı, eşlerin ikisinin de boşanmayı istiyor olmasıdır. Mahkeme, bu isteğin ciddi ve serbest irade ile yapılıp yapılmadığını incelemekle yükümlüdür.[395] Bu durum, evliliğin geri dönülmez şekilde sarsıldığının da ifadesi olmaktadır.[396] Eşler, ya ikisi de boşanma dilekçesi vereceklerdir, ya da

---

[392] Bir yıllık ayrı yaşamaya dayanan boşanmalarda, eşlerin % 97'sinin ayrı evlerde yaşadıklarının, sadece % 3'ünün aynı evde yaşadıklarının tespit edildiği yönünde **Dethloff,** 117 .

[393] **Rebmann**, § 1565 N. 17; **Dethloff**, 113 ; **Ronke,** § 1565 N. 1a.

[394] **Rebmann**, § 1565, N. 18.Yazar sürenin geçmemesinin evliliğin sürmesine yönelik bir vakıa olduğunu belirtmektedir. Aksi fikir, **Rauscher,** § 1565 N.20; Ayrıca bkz. **Ronke,** § 1565 N. 30 vd.

[395] **Verschraegen**, 327; **Dethloff,** 107.

[396] **Rebmann,** § 1566, N. 10.

birisi diğerinin yaptığı talebi onaylayacaktır.[397] Mahkeme dışında yapılan açıklamanın önemi yoktur.

Eşlerin boşanmayı birlikte istemeleri, ya boşanma davası açılırken, birlikte dilekçe vererek kanıtlanabilir, ya da diğer eşin bu boşanmayı istediğine ilişkin onayı istenebilir. Aynı şekilde, çekişmeli boşanma davasının da, anlaşmalı boşanmaya dönüşmesi, ancak anlaşmalı boşanmaya ilişkin şartların yerine getirilmesi ile mümkün olabilmektedir.

Ancak belirtelim ki, Alman Hukukunda da mahkeme, dilekçenin sadece usul açısından gerekli şartları yerine getirip getirmediğini incelemekle yetinir, yoksa eşlerin hangi sebeple bu talepte bulunduklarını, ya da evliliğin gerçekten sarsılıp sarsılmadığını incelemek yetkisine sahip değildir.[398] Eşlerin birlikte boşanmayı istiyor olmaları, anlaşmalı boşanmanın geçerli olması için yeterli bir sebepdir. Ancak bu durum, boşanmayı gerçekleştirecek yeterli sebep olmayıp, bu konudaki karinenin temelini teşkil eden etkiye sahiptir. Alman Hukukunda tarafların iradeleri, evlilikleri üzerinde tasarrufta bulunmalarını sağlayan tek unsur olarak düzenlenmemiş, maddi şartlardan birisi olarak kabul görmüştür.[399] Dolayısıyla eşlerin sadece sözleşme ile evliliklerini sona erdirmeleri mümkün değildir. Böyle bir sözleşme yapılması tek başına hukuki sonuç doğurmaya yeterli değildir.

---

397 **Verschraegen**, 327; **Ronke,** § 1565 N. 1b; Bu konuda geniş açıklamalar için bkz. **Rauscher,** § 1565 N. 31.

398 **Rebmann,** Art.1566, N. 15; **Dethloff,** 108. Ancak yazar, mahkemenin bu talebin diğerinin baskısı altında yapılmadığını, serbest irade ile yapıldığını da kontrol etme hakkına sahip olduğunu belirtmektedir. Bütün bu hallerde, irade sakatlığına ilişkin genel hükümlerin uygulama alanı bulacağını kabul etmektedir. Yine Yazar bu dilekçenin, sadece kendi menfaatine boşanma sonuçları sağlamak için verilmesinin de ahlaka aykırı sayılamayacağını da belirtmektedir (Sf. 108).

399 **Dethloff**, 106.

Eşler boşanma konusunda verdikleri taleple bağlı değildirler, her zaman geri alınabilir ya da vazgeçilebilir bir talep olarak eşler için bağlayıcı etki meydana getirmez.[400]

Eşlerin ikisinin birden anlaşmalı boşanmayı talep etmeleri, ya da birinin talebine diğerinin onay vermesi, evlilik üzerinde tarafların tasarrufunu sağlayan bir işlem değil, sadece evliliğin sona erdirilebilmesi hukuki sonucunu doğuran bir işlemdir.[401]

d-Usul Kanunundaki şartlar:

Usul kanunu ile anlaşmalı boşanmaya ilişkin şartlar getirilmesi ile, bunların usule ilişkin şartlar mı olduğu, yoksa boşanmanın maddi şartları mı olduğu sorunu gündeme gelmiştir.[402] Hemen hemen tartışmasız kabul edilen görüş, bunların anlaşmalı boşanmanın şekline ait, ancak boşanmanın maddi şartları olduğudur.[403] Bu şartlar aşağıdaki gibi sıralanabilir

aa- ZPO. 630'daki şartları yerine getiren dilekçenin verilmiş olması

Anlaşmalı boşanma yapmak isteyen eşler, ya birlikte dilekçe verecekler, ya da diğer eşin onayı kanıtlanacaktır. ZPO. § 630'da getirilmiş şartları yerine getirmeyen dilekçenin, daha sonradan düzeltilebileceği kabul edilmektedir. Eğer bu gereklilikler yerine getirilmemekte ise, eşlerin anlaşmalı boşanma yapmaları mümkün olmamakta,

---

400 **Dethloff**, 106; **Rauscher,** § 1565 N. 40 vd.

401 Çünkü sadece tarafların bu talebi boşanmayı sağlamamakta, diğer usuli ve maddi şartların da yerine gelmesi gerekmektedir.**Dethloff**, 107. Ayrıca bkz. **Ronke,** § 1565 N. 2. Yazar, hakimin evliliğin gerçekten sarsıldığına ilişkin ispatı aramayacağını belirtmektedir.

402 Bu konudaki tartışmalar için bkz. **Verschraegen**, 320 vd.

403 **Rebmann**, Art. 1566, N. 12; **Verschraegen**, 322; **Rauscher,** § 1565 N. 31; **Rauscher,** § 1565 N. 59.

ancak dava BGB. § 1565 /Ab.1-2 veya BGB. § 1566 /Ab.2'ye göre çekişmeli boşanma davası olarak devam edebilmektedir.[404]

ZPO § 630/Absatz 1, Nr. 1'e göre, Mahkeme bu yönde aldığı talep üzerine, diğer eşe, ya aynı şekilde bir dilekçe vermesi, ya da eşinin verdiği dilekçeye onayını vermesi amacı ile haber verir.[405]

bb- Kanunda aranan hususlara ilişkin tarafların anlaşmaları

Anlaşmalı boşanmanın mümkün olması için, bunu talep eden eşler, yasanın aradığı zorunlulukları yerine getiren bir anlaşmayı mahkemeye sunmak zorundadırlar. Bu anlaşmada, kanunun aradığı hususların düzenlenmiş olması mutlaka gerekmektedir. Bunlar, ergin olmamış çocuklarla ilişkilerin ne olacağı konusunda tarafların vardığı çözüm ile[406] gerek ergin, gerekse ergin çocuğa ödenecek bakım nafakası ve aile konutu ile ev eşyasına ilişkin düzenlemelerdir.[407] Çocukların velayeti ile, çocukla kurulacak şahsi ilişkilere ilişkin düzenlemeler konusunda taraflar sadece öneri getirmektedirler ve bunun hakimi bağlayıcı yönü bulunmamaktadır.[408] Hakim, bu anlaşmanın, çocuğun menfaatinin en iyi şekilde korunması için yeterli olup olmadığını kontrol etmekle yükümlüdür. Eşlerin bu konularda serbestçe tasarrufta bulunma hakları yoktur. Ancak mahkeme tarafların anlaşmasını kararında göz önünde tutar.[409]

---

404 Usul ekonomisi gereği, mahkemenin bu durumu sorması ve taraflara ihtimalleri hatırlatması yönünde, **Rebmann**, Art. 1566, N. 12.

405 Ayrıca anlaşmalı boşanma talebini alan Mahkemenin, ergin olmuş veya ergin almayan çocukların olup olamadığını araştırması gerektiği yönünde **Rebmann**, Art. 1566, N. 11.

406 Mahkeme tarafların çözümünden, sadece, çocuğun çıkarlarını nazara alarak ayrılır. Bkz. **Verschraegen**, 332.

407 Ayrıntılı açıklama için bkz. **Verschraegen**, 331 vd.

408 **Dethloff**, 121.

409 **Dethloff**, 118.

Bunların dışında da, eşler, istedikleri hususları anlaşmada düzenleyebilirler.[410] Ancak belirtmek gerekir ki, boşanma sonucunda eşe ödenecek nafaka, çocuklara verilecek nafaka ile aile konutu ve ev eşyası ile ilgili düzenlemeler bu anlaşmada mutlaka bulunmalıdır ve bu konudaki anlaşma bağlayıcıdır. Eğer tarafların sundukları metne göre, tarafların fikir birliği bulunmamakta ise, mahkeme eşlerin öncelikle bu konular üzerinde anlaşma sağlayıp sağlayamayacaklarını kontrol ederek, anlaşmalı boşanmanın mümkün olup olmadığına bakar.[411] Bu anlaşmanın yazılı olması, bunu talep eden her hangi kanun hükmü olmamasına rağmen, amaca uygun yorum bakımından gereklidir[412]. Anlaşmadan her zaman tek taraflı olarak geri dönülmesi mümkündür.[413]

Anlaşmanın kanundaki yasaklamalara aykırı olmaması gerekmektedir. Bu bağlamda, ahlâka aykırı olmaması gerekmektedir. Tarafların birinin, diğerini, özellikle ekonomik yönden baskı altına alarak bu anlaşmayı yaptırması da ahlâka aykırı olarak nitelendirilmektedir.[414] Ayrıca olağanüstü şekilde mali yükümlülükler altına girme veya malvarlıksal haklarından vazgeçme geçerli olmamalıdır.[415]

Anlaşmanın Mahkemeye sunulacağı son zaman noktası, son sözlü oturumun yapıldığı zamandır.[416] Bu zamanda, eşlerin üzerinde anlaştıkları bir anlaşma bulunmamakta ise, (ZPO § 630/Ab.1 Nr.2 veya ZPO § 630 /Ab.1 Nr.3'e göre) bir

---

410 Bu konuda örnekler için bkz. **Verschraegen**, 360.

411 Anlaşmalı boşanmanın, sadece taraflar her konuda, geniş ölçüde anlaşma sağlamakta iseler mümkün olduğuna, bunun dışında genellikle anlaşmalı boşanma ile başlayan usulün, çekişmeli boşanmaya dönüştüğü yönünde bkz. **Rebmann**, Art.1566, N. 14, 4a. Yazar, anlaşmalı boşanmanın, tarafların boşanmanın sonuçlarına ilişkin emin olmadıkları noktalarda, anlaşma sağlayıp sağlayamayacaklarının denendiği bir yol olmayıp, tamamen anlaşma varsa başvurulacak bir yol olduğunu belirtmektedir. (Aynı yerde).

412 **Rebmann**, Art. 1566, N. 11; **Verschraegen**, 353. Yazar asgari içeriğin belirlenmiş olmasını gerekçe olarak vermektedir.

413 **Verschraegen**, 362.

414 **Verschraegen**, 350.

415 **Dethloff**, 123.

416 **Verschraegen**, 353.

anlaşma mahkemeye sunulamamakta ise, yargılamaya çekişmeli boşanma olarak dava yolu ile devam edilir veya yasadaki çekişmeli boşanmaya ilişkin şartlar yerine gelmemişse de talep reddedilir.

Anlaşmanın hukuki niteliği konusunda, hukuki işlem mi yoksa mahkeme önünde yapılan sulh mü olduğu tartışılmaktadır.[417] Belirtelim ki, eğer hukuki işlem olursa irade sakatlığının ileri sürülmesi mümkün iken, mahkeme önünde yapılan sulh söz konusu olduğunda, mahkemenin bunu kontrol yükümlülüğü olduğundan, bu durum ileriye sürülemeyecektir.[418]

III- Fransız Hukuku

A-Fransız Hukukunda Boşanma

Fransız Hukukunda da yeni gelişmeler, 1975 yılında Medeni Kanunun boşanma ile ilgili hükümlerinde değişikliklerle sonuçlanmıştır.[419] Bu değişikliklerle Medeni Kanunda boşanmanın özel sebepleri kaldırılmış, anlaşmalı boşanma kanuna girmiş, genel bir sebep olarak da kusura dayalı boşanma sebebine yer verilmiştir. 11 Temmuz 1975 yılında yapılan değişiklikle, Fransız Medeni Kanununun (CCF.) 229. maddesinde yapılan düzenleme ile üç tür boşanma sistemi kanuni düzenleme haline getirilmiştir.

a-Anlaşmalı boşanma (CCF. Art. 230-236)

---

417 **Verschraegen**, 346.

418 **Verschraegen**, 306-348.

419 75-1124 nolu Decret ile tamamlanan bu Kanun, 1 Ocak 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun boşanmayı Medeni Kanun dışında düzenlememekte, ancak Medeni Kanunun önemli hükümlerini değiştirmektedir. Kanun hazırlıkları ile ilgili olarak bkz. **Dumusc**, 30 vd. Ayrıca boşanma hukukundaki değişikliklere toplumun etkisi ve hukukla toplum arasındaki ilişkiyi inceleyen bir çalışma için bkz. **Jean Carbonnier, Les rapports entre le droit et la société à travers la réforme du droit français du divorce,** Révision du droit du divorce,experiences étrangeres récentes, Schultess Verlag, Zürich, 1988, 7 vd. Yazar kanun değişikliği yapılırken yapılan anket çalışmalarını ve sonuçlarını değerlendirmektedir. (sf. 9 vd.).

b-Ortak hayata son verilmesi nedeniyle boşanma (CCF. Art. 237)

c-Kusura dayalı boşanma (CCF. Art. 242)

Anlaşmalı boşanma ise kendi içinde iki türe ayrılmaktadır:

a-Eşlerin birlikte talebi ile boşanma (CCF. Art 230-232).

b-Bir eşin boşanma talebinin diğeri tarafından kabul edilmesi (CCF. Art 233-236).

Fransa'da bu reformun ve özellikle anlaşmalı boşanmanın toplumda son derece kabul gördüğü belirtilmektedir.[420]

Fransız Medeni Kanununun 237. maddesinde, altı yıl boyunca ortak hayata ara verilmesi boşanma sebebi olarak düzenlenmiştir. Buna göre, ortak hayata ara verilmesi ile boşanma, iki halde mümkündür. Şöyle ki; ortak hayata altı yıl boyunca ara verilmiş, yani fiili ayrılık varsa, ya da altı yıldan beri eşlerden birinin, akli melekelerinin ciddi şekilde bozulması nedeniyle, ortak hayat eşler arasında sona ermiş ve ortak hayatın bir daha kurulması beklenemiyorsa boşanmaya karar verilebilmektedir.

Ortak hayata ara verilmesine dayanan boşanma, maddi şartların gerçekleşmesi ile evlilik birliğinin boşanma ile sonuçlanmasını sağlayan bir yoldur. Fiili ayrılık

---

[420] **Claude Lienhard, Regards sur l'état actuel des procédures de divorce en Franse**, Le Droit de la Famille en Europe son Evolution depuis l'antiiquité jusq'au nos jours, Presse Universitaries, Lüxembourg, 1992, 582; **Jacques Massip, Un tableau du divorce 12 ans après la réforme de 1975**, Revision du droit du divorce,experiences étrangeres récentes, Schultess Verlag, Zürich, 1988, sf.70. Yazar 1981- 1987 yılları arasında boşanmaların yaklaşık %35'inin bu yolla yapıldığını ve bunların da %50'sinden fazlasının Paris'te gerçekleştiğini belirtmektedir. Ayrıca bkz. **Dumusc**, 31. Anlaşmalı boşanmanın toplumda geniş şekilde kabul gördüğü ve boşanma ile ilgili yapılan bir ankete katılanların % 48'inin kolay boşanmayı tercih ettikleri yönünde **Carbonnier,** 10.

kavramı ile anlatılmak istenen, eşler arasında, gerek maddi, gerekse manevi hayat ortaklığının sona erdirilmiş olması, yani ortak hayata ara verilmiş olmasıdır. Ortak hayata ara verilmesi, iki tarafın isteği ile dostça olabileceği gibi, bir tarafın iradi olarak ortak hayatı terketmesi ile de meydana gelebilir.[421] Zorunlu ayrılıklar, (hastahanede bulunma veya cezaevi gibi) fiili ayrılık anlamına gelmemektedir. Çünkü bu hallerde, manevi unsur yani, duygusal hayatı terk etme iradesi eksik kalmaktadır.

Ortak hayata ara verilmesi altı yıl sürmüş olmalıdır. Yargı kararlarında, eşlerin, kendilerine son bir şans daha vermek için, kısa süre ile bir araya gelmelerinin veya bazı problemleri çözmek için bir arada bulunmalarının süreyi kesmeyeceği kabul görmektedir.[422]

Uygulamada, fiili ayrılığa dayanan boşanmaların, çok az bölümünün bu sebebe dayandığı belirtilmektedir.[423] Ancak bu sebebin asıl önemi, boşanma istemeyerek boşanmamakta direnen eşin, bu sebeple boşanmanın sağlanacağını bildiğinden, farklı hareket etmesini sağlamaktaki oynadığı roldür.[424]

Fransız Hukukunda, ortak hayata ara verilmesi sebebi ile boşanma davası açılınca, karşı tarafın, kusura dayalı boşanmanın yürümesi konusunda talep hakkı bulunmaktadır. Bu talep karşı tarafça kabul edildiğinde, karşı tarafın kusuruna dayanan boşanma davası sonuçlanarak, kusura dayanan boşanmanın sonuçları doğmaktadır. Bu yola başvurmanın sağlayacağı faydalardan birisi davalı eşin kusursuzluğunun ispat edilmesi, diğeri de, bu eşin kusurlu eşinden boşanma nedeniyle uğradığı zararlarını tazmin imkanına kavuşmasıdır.

---

421 **Massip,** 74. Yazar, hakim kararı ile ayrı yaşamanın da fiili ayrılık şartını gerçekleştirmeye engel olmayacağını belirtmektedir. Ayrıca bkz. Massip sf. 75'de anılan Yüksek Mahkeme Kararları.

422 **Massip,** 74. Bkz. Burada anılan mahkeme kararları.

423 **Massip,** 74. Yazar, bu yolun, kusura dayanan veya anlaşmalı boşanmayı temin edemeyenlerin başvurduğu yol olduğunu belirterek, bunun bir nedeninin de, bu sebebe dayanarak dava açan kişinin, yargılama masraflarını üstlenmek zorunda olması olduğunu belirtmektedir.

Kusura dayalı boşanma ise, eşlerden birinin kendinden kaynaklanan sebeplerle, evlilik hayatına ilişkin görevlerini ciddi şekilde ihlal etmesi nedeniyle, ortak hayatın devamının çekilmez olması halinde mümkün olabilmektedir (CCF. Art. 242). Kusura dayalı boşanma[425] daha çok, psikolojik etkilerle, eşlerden birisinin, diğerinin kusurlu olduğunu mahkemeye tespit ettirme isteğine dayanmaktadır.[426] Daha çok zina sebebi ile açılan[427] bu boşanma davalarında, zina olayı, evliliğin devamını beklenmeyecek kılan, evliliğin yüklediği vazifelere ve sadakat yükümlülüğüne aykırı bir davranış olarak görülerek, kusur nedeniyle boşanmayı mümkün kılmaktadır.[428]

B-Fransız Hukukunda Anlaşmalı Boşanma

1-Genel olarak

1975 Kanunu ile, eşlerin boşanma konusundaki anlaşmalarının yoğunluğu ölçüsünde, anlaşmalarını hayata geçirme konusunda farklı mekanizmalar getirilmiştir.[429] Fransız Hukukunda, eşlerin boşanmayı isteme konusunda anlaşmaları yeterli sayılmış, boşanma sonuçları konusunda, tam olarak anlaşma sağlamaları

---

424 **Massip,** 74.

425 Boşanmaların %50'sini teşkil eden (1987 yılı itibariyle) bu sebebin, Fransa için, oldukça önemli olduğu yönünde **Massip**, 72.Yazar anlaşmalı boşanmanın da, bu sebep altında değerlendirilebileceğini, çünkü Kanunun (md.248) tarafları, boşanma sebebini mahkemeye bildirmeme konusunda yetkilendirip, mahkemenin sadece boşanmanın kurucu şartlarının olduğu yönünde bir araştırma ile yetinmesi yönünde düzenleme getirdiğini belirtmektedir. Ayrıca örneğin, bazen avukat tutmamak için, eşlerden birinin, mahkemede diğerinin kendisine isnat ettiği boşanma sebebini kabul etmesi ile de kusura dayalı boşanma gerçekleştiği gibi, eşin boşanma davası sırasında boşanmayı kabul etmesi yolu ile de kusura dayalı boşanmalar görülebilmektedir. 1990'da bu oranın % 54 olduğu ve bunlardan 2/3'sinin birlikte başvuruya, 1/3'ünün de, birinin talebinin diğeri tarafından kabulüne dayandığı yönünde **Dethloff,** 178. Ayrıca bkz. **Carbonnier,** 10. Yazar 1985 yılı itibariyle toplam 110.391 boşanmanın 55.419'unun anlaşmalı boşanma, 53.711'inin kusura dayanan, 1.261'inin de fiili ayrılığa dayanan boşanma şeklinde gerçekleştiğini belirtmektedir.

426 Hakimlerin, eşlerin psikolojilerini ve uyuşmazlıkları nazara alarak, kusura dayalı boşanmanın kanundan kaldırılamayacağını kabul ettikleri yönünde **Massip,** 73.

427 **Massip,** 73.

428 **Massip,** 74.

429 **Lienhard,** 583.

aranmamıştır. Böylece tam anlaşma veya kısmi anlaşmaya dayanan anlaşmalı boşanma tipleri yaratılmıştır.

Eşlerin boşanma konusunda, tam anlaşmalarının arandığı anlaşmalı boşanma sisteminde, eşlerin sadece, boşanma hususunda değil, tüm malvarlıksal ve malvarlıksal olmayan problemler (örneğin çocukların kimde kalacağı veya bakımı gibi) üzerinde de anlaşmalarının gerektiği bir sistem söz konusudur. Bu anlaşmanın sağlıklı bir iradeye dayanması, düşünme süresi, hakim kontrolü gibi mekanizmalarla tamamlanmıştır. Anlaşmalı boşanmanın hakim kontrolüne tabi olmasına rağmen, reddinin son derece nadir olduğu, anlaşmalı boşanma ile ilgili uyuşmazlıkların, daha çok, boşanma sonrası anlaşmanın uygulanmasına ilişkin yaşandığı belirtilmektedir.[430] Ancak belirtmek gerekir ki, boşanmaya ilişkin sonuçlar ile boşanma kararı bölünmez bütün teşkil etmekte, örneğin sadece boşanma temyiz konusu yapılamadığı gibi, anlaşma onaylandıktan sonra irade sakatlığının ileri sürülmesi de mümkün görülmemektedir.[431]

Anlaşmalı boşanma, birlikte başvuru ile olduğu gibi, bir tarafın başvurusunun, diğeri tarafından kabul edilmesi yolu ile de mümkün olmaktadır[432] (CCF. Art 230 ve 233). Fransız Hukukunda, Alman Hukukundan farklı olarak, eşlerin anlaşmasına boşanmayı gerçekleştirici bir etki tanınmış olup, tarafların bu isteğine sebep olan olayların, hakim önünde ispatından vazgeçilmiştir.[433] Eşlerin birlikte talebi veya

---

430 **Massip,** 70-71.

431 **Massip,** 71.

432 Bu yolun birlikte başvurudan daha sık görüldüğü, bunun nedeninin de iki kez mahkemeye gitmekten yani zaman kaybından kaçınmak olduğu yönünde **Massip**, 71. Ancak Yazar bu yola başvurunun, sıklıkla boşanma üzerinde dahi anlaşmadan olduğunu, şöyle ki ortak hayata ara verilmesi ya da kusura dayalı boşanma davası açmak isteyen tarafın, diğer eşin tepkisini almak için böyle bir yola başvurduğunu, olayların çoğunda bu talebin cevapsız kalarak dilekçenin işlem görmediğini belirtmektedir (sf. 72).

433 **Dethloff,** 173-174. Yazara göre Fransız Hukukunda boşanma sebebi ile boşanma unsurları birbirinden farklılaşmaktadır. Şöyle ki, boşanma sebebi, tarafları boşanma talebini yöneltmeye iten sebepler olduğu halde, boşanma şartları o evliliğin boşanmayla sonuçlanabilmesini sağlamaktadır. Yazar Alman Hukukundan farklı olarak Fransız Hukukunda, eşlerin anlaşmasının

birinin talebinin diğeri tarafından kabulü, eşlerin ortak hayatının devamının artık beklenemeyeceği anlamına gelmektedir. Bu nedenle bir tarafın başvurusu, diğerince tam olarak kabul edildikten sonra, hakimin bu talep ve talebe katılmanın tam irade ile olduğunu saptaması koşuluyla, artık ileriki safhalarda, boşanma sebebinin var olup olmadığını tartışma konusu yapamayacağı kabul edilmektedir.[434]

Belirtmek gerekir ki, çekişmeli yargıda, hakim ilk olarak tarafları barıştırma girişiminde bulunmakla yükümlüdür. Barıştırma girişimi, tarafların birlikte başvurusu veya birinin talebinin diğeri tarafından kabulü halinde de hakime tanınmış bir imkandır. Ancak birlikte başvuruda bu yola hiç gidilmediği ve eşlerin evlilikleri üzerinde, hakimin kontrolüne tabi olarak, tasarruf etme haklarına usuli bir engel yaratılmadığı belirtilmektedir.[435] Böylece maddi boşanma hukukunda, irade özgürlüğü ağır basmakta ve eşlerin ortak hayatlarını çekilmez bulmaları halinde, bunu sona erdirmek için gerekli yargılama safhasında da evlilikleri üzerinde tasarrufta bulunmaları serbestisi devam etmiş olmaktadır.

2-Birlikte talebe dayanan anlaşmalı boşanma

Fransız Medeni Kanunun 230. maddesinde düzenlenen birlikte taleple anlaşmalı boşanma, eşlerin, hem boşanma, hem de boşanmanın sonuçları konusunda, tam anlaşmaya varmış olmaları halinde başvurulabilen bir yoldur. Maddi şartların yanında belli bir sürenin geçmesine ilişkin usuli şartlar da vardır. Bu şartlar aşağıdaki gibidir

---

boşanma sebebi değil, boşanma şartı olduğu ve bu haliyle Fransız boşanma hukukunun anlaşmalı boşanmanın özgün bir görünümü olduğunu belirtmektedir.

434 **Massip**, 72.

435 **Dethloff**, 177.

a-Maddi şartlar

aa-Birlikte başvuru

Eşler, boşanma taleplerini ve ek olarak boşanma sonuçları ile boşanma prosedürü sırasında aralarındaki ilişkilerin nasıl olacağını düzenleyen, geçici anlaşmayı, mahkemeye vererek, anlaşmalı boşanma prosedürünü başlatırlar. Bu başvuru eşler veya avukatları tarafından yapılabilmektedir.

bb-Boşanma üzerinde anlaşma

Anlaşmalı boşanmanın kurucu unsuru anlaşmadır. Eşler, gerek boşanma konusunda, gerekse sonuçları konusunda tam olarak anlaşma sağlamışlarsa, birlikte imzaladıkları bir dilekçe ile başvurularını yapmaktadırlar. Bu anlaşma, eşlerin evlilikleri üzerinde tasarruf etmelerini sağlamaktadır. Bu anlaşmanın, gerçek iradeyi yansıtması ve ciddi olması gerekmektedir, ki bu özellik, hakim tarafından kontrolü gerekli kılmaktadır. Hakim, eşlerin boşanma anlaşmasını serbest irade ile yapıp yapmadıklarını ve eşlerce ciddi bir şekilde istenip istenmediğini kontrol etmektedir. Serbest irade, diğer eş veya üçüncü bir kişinin hile veya tehdidi olmamasını veya hataya düşmemeyi ifade etmektedir. Boşanma iradesinin, serbestçe kullanılmamış olduğu her durumda, anlaşmalı boşanmanın sonuçlanması mümkün değildir. Boşanma iradesinin, ciddi olması, yani olgunlaşmış bir düşüncenin ürünü olması da gerekmektedir. Mahkeme önüne, tarafların şahsen gelmesi, hakimin etkili bir kontrol yapmasını sağlamaktadır.[436]

Son sözlü duruşma olan, hakimin boşanmaya karar vermesi anına kadar, talep geri alınabilmektedir. Boşanma, hakimin kararı ile mümkün olmaktadır. Ancak,

---

[436] **Dethloff**, 181

hakimin kararının sebebi, tarafların boşanma ve boşanma sonuçları üzerindeki anlaşmalarıdır.[437]

cc- Boşanmanın sonuçları üzerinde anlaşmaya varma

Fransız Medeni Kanununun 230. maddesi, eşlerin birlikte başvuru ile boşanmayı sağlamalarının, tüm boşanma sonuçları üzerinde, eşlerin anlaşmaya varmış olmaları ile mümkün olacağı düzenlemesini getirmektedir.[438] Boşanmanın sonuçları üzerinde eşlerin anlaşmalarının, ve bunları öngören bir düzenlemenin aranması, eşlerin evlilikleri üzerinde serbestçe tasarruflarını da engellemektedir. Ayrıca, kanun boşanma prosedürü boyunca, eşlerin birbirleri ile ve çocukları ile ilişkilerini düzenleyen bir geçici anlaşma yapmalarını da aramaktadır.[439] Fransız sisteminde, boşanmanın bütün sonuçlarına ilişkin anlaşmanın boşanma talebinden önce tamam olması aranmakta ve eğer tamam değilse, verilen süre içinde tamamlanması gerekmektedir. Ayrıca eşler, bu anlaşmanın içeriğini hakimin kontrol etmesini sağlayacak tüm bilgi ve belgeleri de hakime vermek zorundadırlar.[440]

Eşlerin düzenlemelerinin arandığı boşanma sonuçları, eşlerin birbirleriyle ve çocuklarıyla ilişkilerine ait düzenlemelerdir. Çocukların velayeti, kimin yanında kalacağı, nafaka ve aile konutunun kime kalacağına ilişkin düzenlemelerin, bu anlaşmada mutlaka bulunması gerekmektedir. Mal rejimine ilişkin düzenlemenin bulunması da Alman Hukukunun aksine gerekli tutulmuştur. (Fransız Usul Kanunu

---

437 **Dethoff**, 179. Yazar Fransız Hukukunda da, her iki eşin boşanma iradesinin Medeni Kanunun 230 maddesi çerçevesinde bir şart olarak ön görüldüğü halde boşanmanın sözleşmesel karakterine de işaret ettiğini belirtmektedir,

438 Bu anlaşmada hangi hususların olacağı konusunda Kanun, 255. ve 256. maddelerine atıf yapmaktadır. Hangi konuların düzenleneceği ile ilgili bkz. **Dumusc**, 35 vd. Yazar bu anlaşmanın yapılmasının çok vakit aldığını, ancak taraflara avukat ve danışmanların yardım ettiğini, yine de bu anlaşmayı yapmanın zaman, sabır ve psikoloji gerektirdiğini belirtmektedir. (sf.36). Bunun, eşlerin boşanmanın ciddiyetini anlamaları ve boşanmaları halinde sonuçlarının ne olacağını görmelerini de sağladığı yönünde **Dethloff**, 184.

439 Hangi konuların düzenleneceği ile ilgili olarak bkz. **Dumusc**, 34 vd.

440 **Dumusc**, 38 vd.

md. 1097). Anlaşmalı boşanmaya ilişkin talep yapıldıktan sonra, üç aylık düşünme süresinin geçmesi ile boşanmaya onay verilirse, mallara ilişkin arada geçen süredeki değişikliklerin de haber verilmesi gerekir. Eşler anlaşmaları yanında, malların bölüşümü konusunda, noterde düzenlenmiş bir senedi de vermek zorundadırlar (Fransız Usul Kanunu md. 1097/2).

Eşlerin boşanmanın sonuçlarına ilişkin anlaşmaları, gerek çocuklar ile ilişkiler, gerekse mallara ilişkin hükümler, hakim tarafından kontrol edilir. Medeni Kanunun 253. ve Usul Kanununun 1093/2. maddesine göre, bu düzenlemelerin, çocukların menfaati ile çatışmaması gerekmektedir. Eğer hakim bu yönde bir kanaate varırsa, eşlerin anlaşmalarını tamamlamalarını veya değiştirmelerini ister. Eşler, hakim tarafından yapılan öneriyle anlaşmayı tamamlamak veya değiştirmek zorunda değillerdir. Ancak bu durumda hakim, kendisi tarafından uygun bulunmayan ve gerek çocukların, gerekse eşlerin menfaatlerini zedeleyen hükümler değiştirilmediği takdirde anlaşmaya onay vermeyecektir.[441]

Fransız Hukukunda da, eşlerin durumunun değerlendirilmesi açısından, hakime her türlü belge ve bilginin sunulması yükümlülüğü bulunmaktadır.

Birlikte başvuru ile yapılan (anlaşmalı) boşanma, bir çekişmesiz yargı (procédure gracieuse) işidir ve hakimin kararı Fransız Usul Kanununun 1088. maddesi anlamında bir ilam değil, sadece boşanmayı tespit eden bir karardır.[442]

---

[441] Uygulamada boşanmanın sonuçlarına ilişkin anlaşmalarda, irade serbestisine büyük yer verilip, hakim müdahalesinin çok sınırlı kaldığı yönünde **Dethloff,** 188.

[442] **Dethloff,** 176. Eşlerin bu yargılamadaki menfaat durumları tek bir avukat tarafından birlikte temsillerine de imkan vermektedir. Bkz. **Dethloff,** 176.

dd- Evliliğin en az altı aydır devam ediyor olması

Fransız Hukukunda, anlaşmalı boşanma başvurusu yapmak için, evliliğin en az altı ay sürmüş olması gerekmektedir.[443] Süre şartı maddi hukuka ilişkin bir şart olarak kabul görmektedir.[444]

b-Usuli şartlar

aa- Tarafların dinlenmesi ve anlaşmalarının incelenmesi

Eşler aile mahkemesi hakimi tarafından, önce ayrı, sonra birlikte dinlenerek, üzerinde anlaştıkları geçici anlaşma ve boşanmanın sonuçlarına ilişkin anlaşmada gerekli değişiklikler yapılır ve geçici anlaşma uygulamaya konulur.

bb- Üç aylık düşünme süresinin geçmiş olması

Fransız Medeni Kanununun 231. maddesine göre, anlaşmalı boşanma talebi yapıldıktan sonra, aile mahkemesi hakimi eşleri, ayrı ayrı ve sonra birlikte dinleyip, boşanmanın serbest irade ile ve ciddi şekilde istendiğini tespit ettikten sonra, dilekçenin verilmesinden itibaren, en az üç aylık bir düşünme süresi geçirilmek zorundadır. Düşünme süresi konulmasının amacı, tarafların boşanma isteklerinin sürekli ve yeterli ciddiyete ulaşmasından emin ve yaptıkları işin bilincinde olmalarını sağlamaktır.[445]

Her iki eş de, üç ayın sonunda boşanma taleplerini tekrar bir dilekçe ile mahkemeye bildirmek zorundadırlar. Eğer düşünme süresinin bitiminden sonra, taleplerini yenilemezlerse boşanma talebinden vazgeçilmiş sayılır ve yargılama sona

---

[443] Bu sürenin amacı, eşlerin kısa bir evlilik tecrübesinden sonra, geri dönülmez ve acele bir karar vermelerini önlemektir. (**Dumusc,** 33).

[444] **Dethloff,** 182. Yazar bu sürenin önce çok uzun ön görüldüğünü, gereksiz olduğu yönünde de eleştirildiğini, nitekim uygulamada, anlaşmalı boşanma başvurularının ilk altı aydan sonra yoğun olarak yapıldığının gözlemlendiğini belirtmektedir.

[445] **Dumusc,** 40.

erdirilir. Eşler birinci duruşmadan itibaren, en az üç ay, en fazla da dokuz ay içinde taleplerini yenilerlerse, her iki eşin de şahsen bulunacağı bir duruşmada hakim boşanma kararını verir. Ancak, bunun için eşlerin, boşanma konusundaki iradelerinin serbestçe açıklanmış ve sürüyor olması gerekmektedir. Ek olarak da, eşler arasındaki anlaşmanın, eşlerin ve çocukların yararına uygun hükümler getirmiş olması gerekmektedir. Eğer anlaşma, bu gerekliliği yerine getirmiyorsa ve hakimin isteği üzerine değişiklik yapılmıyorsa, hakim boşanma istemini reddedecektir.

3-Eşlerden birinin talebinin diğeri tarafından kabul edilmesi

a-Eşlerden birinin açtığı davanın diğerince kabul edilmesi

Fransız Medeni Kanununun 233. maddesinde, eşlerden birisinin, boşanma talebi, diğerince kabul edildiğinde de anlaşmalı boşanma yolunun açılması mümkün kılınmıştır. Bu yolun kendine özgü bir boşanma sebebi olduğu ve evlilik üzerinde sözleşme yolu ile tasarruf etmeyi sağlayan bir yol olmadığı kabul edilmektedir.[446]

Eşlerden birinin talebinin, diğerince kabul edilmesi halinde bu durum, evliliğin devamının beklenemez olduğunun, başka bir ifade ile evliliğin sarsıldığının kabulü anlamında değerlendirilip, sebebin ne olduğunun hakim tarafından araştırılmasından vazgeçilmiştir.

b- Süre şartının bulunmaması

Fransız Medeni Kanununun 233. maddesinde, bu yola başvurmak için de, evliliğin en az altı aydan beri sürmüş olması açıkça aranmamaktadır. Ancak normun amacından hareket edilerek Medeni Kanunun 230. maddesinde aranan, en az altı aylık evliliğin, burada aranmaması gerektiği, çünkü bu ihtimalde, hakim kontrolü

---

[446] **Dethloff,** 190. Yazar uygulamada, eşlerden birinin boşanma talebini, diğerinin de kabul talebini aynı anda verdiğinin, bu durumda da anlaşmalı boşanma anlaşması yapıldığının kabul edildiğini belirtmektedir.

olduğu gibi, hakimin barışma girişiminde bulunma zorunluluğunun da olduğu belirtilmektedir.[447]

c-Boşanmanın sonuçları üzerinde anlaşmanın aranmaması

Fransız Medeni Kanunun 233. maddesinde ön görülen, bir eşin talebinin, diğerince kabul edilmesi yoluyla yapılan boşanmalarda, boşanma sonuçları üzerine bir anlaşma yapılması da gerekli değildir.

Eşlerin tam olarak anlaşmaya varamayıp, birinin boşanma talebinin, diğeri tarafından kabul edilmesi halinde hakim, eşlerin anlaştıkları hususları göz önüne almak suretiyle, boşanma sonuçlarını düzenler. Bu durumda, eşler arasında, özellikle çocuklara ilişkin ve mali sorunlara ilişkin çekişmeler yaşanabilmektedir. Çocuklara ilişkin hususlar ve mali hususlarda, son kararı vermek görevi hakimdedir. Ancak uygulamada hakimlerin, eşlerin yaptıkları teklifleri kabul etmekte oldukları ifade edilmektedir.[448]

d-Boşanma prosedürü

Eşlerden birinin açtığı dava, diğeri tarafından kabul edilirse, aile mahkemesi önünde yapılan duruşmada, hakim, tarafları ayrı ve birlikte dinleyerek, evliliğin devamının kendileri için beklenebilir veya beklenemez olması olgusunu değerlendirerek, boşanma talebini kabul edip etmediklerini açıklarlar. Hakim ortak hayatın devamının beklenip beklenemeyeceği konusunda bir değerlendirme yapmak durumunda değildir.[449]

---

[447] **Dethloff**, 191; **Dumusc**, 45 .

[448] **Dethloff**, 194 .

[449] **Dumusc**, 49.

Ayrıca tam anlaşmalı boşanmada olduğu gibi, üç aylık düşünme süresi sonunda, talebin eşler tarafından tekrarlanması gerekmemektedir. Eğer boşanma talebi kabul edilirse, ikinci süreç başlar ve burada bir düşünme süresi de aranmadığı için, anlaşmalı boşanmadan daha hızlı bir şekilde boşanma sonucu elde edilir.

Bu türlü boşanmada, boşanma sonuçları üzerinde eşler tarafından bir anlaşma yapılması ve bu anlaşmanın tüm boşanma sonuçlarına ilişkin olması şartı bulunmamaktadır. Eğer anlaşma sağlanırsa, eşler arasında böyle bir anlaşma yapılabilir. Eğer eşlerden birisi, diğerinin talebini kabul etmiş, fakat boşanma sonuçları üzerinde anlaşamamışlarsa, bu durumda yargılama hem çekişmeli yargı, hem de çekişmesiz yargının unsurlarını bir arada bulundurmaktadır.

IV-Diğer Ülkeler

Almanya, Fransa ve İsviçre dışındaki ülkelerde de, son otuz yıldan beri, boşanma hukukunda önemli değişiklikler yapıldı ve boşanma sebebi olarak kusur ilkesinden, evliliğin sarsılması ilkesine dönüldü. Bir çok hukuk sisteminde anlaşmalı boşanma kabul edildi. Kısaca bazı ülkelerdeki duruma değinmek istiyoruz.

1-İngiltere

İngiltere'de boşanma hukuku, 1971 yılında yürürlüğe giren, 1969 tarihli "Divorce Reform Akt" ile düzenlendi[450] ve daha sonra bu düzenleme 1973 yılında Evlilik Hukuku düzenlemesi içine alındı. Bu kanun, kusur prensibini boşanma hukukundan tamamen çıkararak, evliliğin geri dönülmez şekilde sarsılmasını boşanma sebebi olarak getirdi. Kanunda evliliğin sarsıldığına ilişkin karineler düzenlendi. Bu çerçevede, iki yıllık ayrı yaşamadan sonra, açılan boşanma davasını, karşı tarafın

---

[450] Geniş bilgi için bkz. **Dethloff**, 143 vd.; **Brenda Hoggett, The British Experience**, Révision du droit du divorce:Expériences étrangéres récentes, Schultess Verlag, 1988, Zürich, 19 vd; **Dumusc,** 186 vd.

kabul etmesi halinde boşanma mümkün kılındı.[451] Böylece anlaşmalı boşanma hukuk sistemine girmiş oldu.[452] Burada ispatlanması gereken konu, evliliğin sarsılması değil, iki yıllık ayrı yaşanmış olmak kaydıyla, boşanmaya rıza gösterilmesidir. Dolayısıyla ayrı yaşam, evliliğin sarsıldığına ilişkin karinenin hüküm doğurmasını sağlamaktadır.[453] Hakim, boşanma davasına verilen rızanın serbest irade ile verilip verilmediğini ve ciddiyetini kontrol etmekle yükümlüdür.

1996 tarihli Aile Hukuku Kanunuyla (Family Law Act), kusur unsuruna bağlı tüm sonuçlar boşanma hukukundan tamamen silindi. 1996 değişikliği çerçevesinde, boşanma prosedüründe ve boşanma sonrasında birbirinden farklı koruyucu hükümler kanuna eklendi. Bu kanuna göre, boşanma davası, evliliğin ilk yılında açılamamakta ve yine anlaşmalı boşanmada dokuz aylık düşünme süresinin geçmesi ile hakimin boşanma kararı vermesi mümkün kılındı.

2-Avusturya

Avusturya'da, evlilik hukuku 1978 yılında yürürlüğe giren 1976 tarihli Evlilik Kanunu ile (Ehegesetz) önemli değişikliğe uğramıştır.[454] Kusur boşanma hukukunun dışına çıkarılmamış olduğundan, boşanma sonuçları Avusturya'da kusur durumuna göre düzenlendiğinden hakim, kararında kusur durumunu belirlemek zorundadır. Bu nedenle de boşanmalarda kusur araştırması yapılmaktadır.

---

451 İngiltere'de anlaşmalı boşanmanın mı getirildiği, yoksa eşlerin kanıt getirme yükümlülüğünün mü kaldırıldığı tartışması için bkz. **Dethloff**, 145 vd.

452 **Hoggett**, 22. Yazar, aslında daha 1966 yılında, boşanma davalarının % 93'ünde savunma yapılmadığını ve dolayısıyla, anlaşmalı boşanmanın toplumda daha önceden yaşandığını belirtmektedir. İngiltere'de anlaşmalı boşanmanın leh ve aleyhinde ileri sürülen fikirler ve anlaşmalı boşanmanın kanunlaşma süreci ile bilgi için bkz. **Dethloff**, 84 vd.

453 **Dethloff**, 143. Yazar, İngiltere hukukunda da, taraflara bu düzenleme ile evlilikleri üzerinde tasarrufta bulunma hakkının tanınmış olduğunu kabul etmektedir (sf. 152).

454 Geniş bilgi için bkz. **Verschraegen**, 449 vd.; **Dumusc**,76 vd.

Evlenme Kanununun 55. maddesi, anlaşmalı boşanmayı düzenlemektedir.[455] Buna göre, eşler altı aydır ayrı yaşamak koşulu ile[456] anlaşmalı boşanma talebinde bulunabileceklerdir. Bu talebin, birlikte başvuru şeklinde olabildiği gibi, bir eşin açtığı davanın diğerince kabulü ile de mümkün olduğu savunulmaktadır.[457] Eşler, bu taleple birlikte, boşanma sonuçlarına ilişkin bir anlaşmayı da mahkemeye sunmak zorundadırlar. Bu anlaşmada, çocukların durumu, yani velayet hakkı, şahsi ilişki kurma hakkı ve iştirak nafakası düzenlenmek zorunda olduğu gibi, boşanma sonrası, eşlerin birbirlerine karşı nafaka yükümlülükleri de düzenlenmek zorundadır. Mal rejiminden doğan taleplerin da düzenlenebileceği kanunda açıklanmakta, ancak bunun sonraya da bırakılabileceği anlaşılmaktadır. Eğer eşler, bu anlaşmayı yapmamışlarsa, mahkeme onlara yol göstererek anlaşmanın yapılmasını sağlamaktadır.

Boşanma, eşler arasında altı aylık sürenin ayrı yaşandığı ve boşanma sonuçlarına ilişkin anlaşmanın varlığı kontrol edildikten sonra, ancak hakimin kararı ile mümkün ve boşanma sonuçlarına ilişkin anlaşma da kararın bir parçası olmaktadır (EheG. Art 55/3). Avusturya'da düşünme süresi veya eşlerin boşanma taleplerini sonradan onaylama zorunluluğu bulunmamaktadır.

3-İtalya

İtalya'da yakın zamanlara kadar, boşanma yasağı hüküm sürmekte idi. Gerçekten de 1865 tarihli İtalyan Medeni Kanunu evliliğin sonsuzluğu prensibini kabul etmekteydi.[458] 1970 yılında, Medeni Kanunda yapılan değişiklikle, boşanma çok sıkı

---

455 Anlaşmalı boşanma kanunda düzenlenmeden önce de, uygulamada var olduğu yönünde **Dumusc**, 7.

456 Bu ayrılık, coğrafi ayrılık şeklinde değil, eş olmanın yüklediği vazifeleri yapmama anlamında değerlendirilmektedir. Bkz. **Dumusc**, 79; **Verschraegen**, 456.

457 **Verschraegen**, 453; **Dumusc**, 81.

458 Geniş bilgi için bkz. **Dumusc**, 109 vd.; **Pietro Rescigno, L'esperienza italiana:evolusione recente, Rvisison du droit du divorce**:Experiences étrangeres récentes, Schultess Verlag, Zürich, 1988, 53 vd.; **Rodolfo Sacco (Çeviren Hüseyin Hatemi), İtalya'da Boşanma,**

koşulların varlığı halinde kabul edildi. 1987 tarihinde bu Kanunda tekrar önemli değişiklikler yapılarak boşanma şartları hafifletildi.

İtalyan Medeni Kanunun 158. maddesi evliliğin çözülmesinin ancak hakim kararı ile mümkün olacağını hükme bağlamaktadır. Evliliğin çözülmesi ya üç yıllık ayrı yaşamdan sonra ya da kanunda belirlenmiş olan sebeplerle mümkün olmaktadır. Ayrılığın da ya hakim kararı ile ya da eşlerin karşılıklı rızası ile olması gerekmektedir. Kanuna göre ayrılık kararı verilebilmesi için birlikte yaşamın çekilmez olması ve ayrılık talep eden eşin evlilikten doğan görevlerini ifada kusurlu olmaması gerekir.

Bu durumda anlaşmalı boşanma üç sene ayrı yaşamadan sonra mümkün olmaktadır.[459] Eşlerin karşılıklı rızası evliliği sona erdirmeye yetmemekte, bu ancak, belli bir prosedürün izlenmesi ve belli bir sürenin geçirilmesi ile mümkün olmaktadır.[460]

4-Hollanda

Hollanda Medeni Kanununda 1971 yılında yapılan değişiklikle, evliliğin geri dönülemeyecek şekilde sarsılması, tek boşanma sebebi olarak getirilmiştir. Bu hukuk sisteminde de kusur, boşanma nedeni konusunda hiçbir şekilde dikkate alınmamaktadır. Ancak boşanmanın sonuçları kusur durumuna göre düzenlenmektedir. Hollanda'da evliliğin kurulmasından itibaren, bir yıl geçmedikçe, boşanma kararı verilememektedir. Ancak önemli sebeplerin varlığı halinde, hakim bu

---

Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yeni Seri, Yıl: 11, Sayı: 4, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, İstanbul, 1978, 125 vd.

459 Süre beş yıl olarak ön görülmüşken, kanunlaşma aşamasında bu süre üç yıl olarak getirilmiştir. Bkz. **Rescigno**, 56.

460 **Rescigno**, 56.

süreyi azaltabilmekte veya kaldırabilmektedir (Hollanda Medeni Kanunu=NBW. Art. 156).

Anlaşmalı boşanma Medeni Kanunun 150-154. maddeleri arasında düzenlenmektedir. İki eş boşanma dilekçesi verirse, evliliğin geri dönülmez şekilde sarsıldığı karinesi hüküm doğurarak, boşanma kabul edilmektedir. Bu durumda, ya başlangıçta, ya da daha sonra eşlerin boşanma sonuçlarını düzenleyen bir projeyi de mahkemeye sunmaları gerekmektedir. Ancak, eşlerin her konuda fikir birliğine varmış olmaları da aranmamaktadır. Boşanma duruşması, talepten en az üç hafta sonra eşlerin katılımıyla yapılır.[461] Hakim eşlerin boşanmayı isteyip istemediklerini ve yan sonuçlar üzerindeki anlaşmanın, özellikle çocukların menfaatine uygun olup olmadığını kontrol eder, ve gerektiğinde bu anlaşmayı değiştirir. Boşanma hakimin kararı ile mümkün olmakta ve boşanmanın sonuçlarına ilişkin anlaşma da kararın bir parçası haline gelmektedir.

Eşlerden birinin boşanma talebi halinde bu eşin, iddiasını, yani evliliğin sarsıldığını ispatlaması gereklidir. Bu durumda evlilik birliğinin sarsılmamış olduğunu diğer eşin kanıtlama hakkı vardır (NBW. Art. 150-154)[462].

---

[461] Prosedür hakkında bilgi için bkz. **Dumusc**, 148 vd.

[462] **Dumusc**, 149.

3. BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA ANLAŞMALI BOŞANMA

I-Boşanma Hukukunun Medeni Kanunumuzda Düzenlenme Şekli

A-1926 ve 2001 Tarihli Medeni Kanunlarımız

1926 tarihli Medeni Kanunumuz, kaynağı olan, 1907 tarihli İsviçre Medeni Kanununu izleyerek, boşanma olanağını hakim hükmü ile ve belli nedenlerin varlığı halinde tanımıştır. Bu tutum, o dönem büyük kodifikasyonların genel tutumu idi.[463] 4721 sayılı Medeni Kanunumuz da, esas olarak, Eski Medeni Kanunumuzun çok nedenli boşanma tavrını benimsemiş ve boşanma nedenlerini sıralayarak, bu nedenlerin gerçekleşmesi halinde hakim hükmü ile boşanmayı düzenlemiştir

MK. md. 161-165 (EMK. md. 129-133) arasında beş adet özel boşanma nedeni[464] düzenlenmektedir. Bunlar; zina (MK. md. 161-EMK. md. 129), hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış (MK. md. 162- EMK. md.162), suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme (MK. md. 16- EMK. md.163), terk (MK. md. 164- EMK. md.132) ve akıl hastalığıdır (MK. md. 165- EMK. md.133).

---

463 Bkz. 1. Bölüm, I, A,3.

464 Özel boşanma nedenleri, kanunda sınırlı sayıda belirlenmiş, belirli bazı olguların gerçekleşmesi halinde, bu olguların varlığına boşanma sonucunun bağlandığı durumlardır. Bu durumlar kanunda tek tek sayılmıştır. Bu boşanma nedenine dayanan eş, kanunda boşanma nedeni olarak belirlenmiş olgunun varlığını kanıtlamak zorundadır. Boşanma sonucunun alınmasında, özel nedenin varlığının kanıtlanması bazı hallerde yetmemekte, ayrıca evlilik birliğinin de bu olgu nedeniyle sarsılmış olduğunun ortaya çıkmış olması aranmaktadır. Buna göre de mutlak-nisbi neden ayırımı yapılmaktadır. (**Feyzioğlu/Özakman/Sarıal**, 254, 255; **Köprülü/Kaneti**, 144 vd.; **Yalçınkaya/Kaleli**, 589, 590; **Egger (Çağa,)**, 150, 151; **Hatemi/Serozan**, 217, 218.).

MK. md. 166/1 (EMK. md.134/1)'de "Evlilik birliğinin sarsılması" başlığı altında, "Evlilik birliği, ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olursa, eşlerden her biri boşanma davası açabilir." hükmü ile boşanmanın genel nedeni[465] düzenlemiştir.[466] MK. md. 166/3 (EMK.

---

[465] Boşanmanın genel nedeni, boşanma kararı verilebilmesi için, kanunda sayılmış belirli bir tip nedenin kanıtlanmasına gerek olmaksızın, (tip veya atipik bir nedenle) evlilik birliğinin sarsılmış olmasının aranması halidir. (**Feyzioğlu/Özakman/Sarıal**, 254, 255; **Köprülü/Kaneti**, 144 vd.; **Yalçınkaya/Kaleli**, 589, 590; **Egger (Çağa,)**, 150, 151; **Hatemi/Serozan**, 217, 218).

[466] Görüldüğü gibi boşanmanın genel nedeni sarsılma ilkesine dayanmaktadır. EMK'nun 1988 değişikliğinden önceki 134/1-2 maddesinde; "Aralarında müşterek hayatın çekilmez bir hale gelmesini mucip olacak derecede şiddetli bir geçimsizlik baş gösterdiği taktirde karı kocadan her biri, boşanma davasında bulunabilir. Eğer geçimsizlik iki taraftan birine daha ziyade kabili isnat ise boşanma davasını ikame hakkı ancak diğer tarafa aittir." tarzında bir ifade bulunmakta idi. Burada, geçimsizliğin ortaya çıkması, evlilik birliğinin sarsılması için mutlaka eşlerden birinin kusurlu olması gerekmemektedir. Geçimsizlik-sarsılma ile kusur-kusursuzluk arasında bir bağ bulunmamaktadır. Ancak maddenin ikinci fıkrasından yola çıkılarak, boşanma davası açma hakkının kural olarak kusursuz eşe tanındığı, daha fazla kusuru olan eşe, dava hakkı tanınmadığı ifade edilmekte idi.(**Feyzioğlu/Özakman/Sarıal**, 306-307). Yargıtayın uygulaması da, katı bir şekilde bu yönde idi. Bu durumun sürdüğü, yani 3444 sayılı kanun değişikliğinden sonra da, dava açma hakkının kusursuz eşe tanındığı, kusurlu eşin dava açamayacağı bazı yazarlarca savunulmaktadır. (Bkz. **Bilge Öztan, 344 sayılı kanunla getirilen değişiklikten sonra Medeni Kanun'un 134'cü maddesi**, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü yayınları, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1990, (Öztan, Makale), 122,124; **Hatemi/Serozan**, 233). Ayrıca tam kusurlu veya daha fazla kusurlu eşin dava açması halinde, kusurluluğun karşı tarafça ileri sürülmediğinde, hakim tarafından re'sen göz önüne alınıp alınamayacağı, yani kusurun burada bir "def'i" mi, yoksa bir "itiraz" mı olduğu konusu tartışmalı idi. Öğretide baskın görüş ve Yargıtay uygulaması İsviçre öğretisinin ve Federal Mahkemenin görüşünün aksine, burada bir itirazın bulunduğu, kusuru hakimin re'sen gözetmesi gerektiği yönünde idi. Bu durum büyük sıkıntılara yol açtığı için, 1988 değişikliği ile kusurun ileri sürülmesi bir "def'i" haline getirilmiştir. Her ne kadar 166. maddenin ikinci fıkrasında "itiraz" kelimesi kullanılmış ise de kusurun öne sürülmesinin bir def'i haline getirildiği açıktır. Zira madde metninde açıkça "...davalının açılan davaya itiraz hakkı vardır." denilerek bu hakkın kullanımı davalının isteğine bırakılmaktadır. (Bkz. **Kemal Oğuzman/Mustafa Dural, Aile Hukuku**, Filiz Kitapevi, İkinci Bası İstanbul, 1998, 126; **Köprülü/Kaneti**, 173; **Yalçınkaya/Kaleli**, II, 2042, **Öztan**, Makale, 123. Ayrıca bkz. **Schwarz (Davran)**, 156; **Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku**, C. II, 5. Bası, İstanbul, 1965, 221; **Ferit H. Saymen/Halit K. Elbir, Türk Medeni Kanunu, Aile Hukuku**, C. III, 2. Bası, İstanbul, 1940, 258. Yarg. HGK. 11.9.1963 tarih, 2/19-66 sayılı kararı, **Hilmi Yazıcı/Hasan Atasoy, Şahıs, Aile ve Miras Hukuku ile ilgili Yargıtay Tatbikatı**, 1952-1970, Ankara, 1970, 281;Yarg. HGK. 13.12.1967 tarih , 966/2-805/613 sayılı kararı,; Yarg. HGK, 23.1.1963 tarih ve 2/75-7 sayılı kararı, **Yazıcı/Atasoy**, 274-275; **Mustafa Reşit Karahasan, Boşanma Hukukunda Kusur Meselesi ve Bir Genel Kurul Kararı, İBD**, 1963, sf. 13 vd. Karş. **Aydın Zevkliler/M. Beşir Acabey/K. Emre Gökyayla, Zevkliler Medeni Hukuk, Giriş Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Aile Hukuku**, 6. Baskı, Seçkin yayınevi, Ankara, 1999, 1002; **Tekinay**, 188-189; **Hatemi/Serozan**, 233 vd.; **Bilge Öztan, Aile Hukuku**, 2. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2000, 183 (Öztan, Aile); **Burhan Gürdoğan, Boşanma Davalarında Usule İlişkin Hükümler**, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, Cilt. II, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977, 217). MK. md. 166/1 hükmünde, evlilik birliğinin ortak hayatı sürdürmelerinin kendilerinden beklenemeyecek derecede temelinden sarsılmış olması durumunda, eşlerden her birinin, boşanma davası açabileceği açıklıklıkla belirtilmiştir. Kusurun öne sürülmesinin de teknik anlamda bir defi haline getirilmiş

md.134/3)'de düzenlenen eşlerin boşanma konusunda anlaşmaları ve MK. md. 166/4 (EMK. md. 134/4)'de düzenlenen, eşlerin belli bir süre ayrı kalmaları (eylemli=fiili ayrılık, ortak hayatın kurulamaması) da bazı yazarlarca[467] boşanmanın genel sebebi içerisinde düşünülmekte, bazı yazarlarca ise, son iki neden genel boşanma nedeni içine alınmamakta ve boşanma nedenleri dört bölüme ayrılarak incelenmektedir.[468]

4721 sayılı Medeni Kanunumuzun, boşanma nedenlerine ilişkin olarak, 1926 tarihli Medeni Kanunumuzda 3444 sayılı Kanunla 134. maddede yapılan değişiklikler ile birlikte, özel boşanma nedenlerini koruması, Kanunun genel gerekçesinde şu şekilde açıklanmaktadır.[469] "Komisyon çalışmaları sırasında Medeni Kanunda ayrı ayrı özel boşanma sebeplerine yer verilmeyerek, bunların yerine Alman Medeni Kanununda (BGB) olduğu gibi, genel bir sebep olarak sadece 'temelden sarsılma' ilkesine dayanan bir boşanma sebebinin kabul edilip edilmemesi konusu uzunca süre tartışılmış, ancak yürürlükteki kanunun 134. maddesinde 3444 sayılı Kanunla yapılan değişikliğin, genel bir boşanma sebebi olarak Alman Medeni Kanununun 1555 ve 1567 nci maddelerine benzer bir hüküm içerdiği, bu genel boşanma sebebi dışında Tasarının 161 ila 165 inci maddelerinde öngörülen özel boşanma sebeplerinin uygulamada bu güne kadar her hangi bir sorun yaratmamış olmaları ve özellikle "zina"nın özel bir boşanma sebebi olmaktan çıkartılıp genel boşanma sebebi olarak "evlilik birliğinin temelden sarsılması" sebebi içerisinde değerlendirilmesinin Türk toplumunda yanlış yorumlara yol açabileceği düşüncesiyle, mevcut durumun aynen korunması görüşü ağırlık kazanmıştır".

---

olması gerçeği karşısında artık, kanaatimizce, kusura bakılmaksızın her iki eşin de dava açma hakkına sahip olduğu kabul edilmelidir. (Aynı yönde **Oğuzman/Dural**, 126). Yargıtay da esasen bu görüştedir; "3444 sayılı kanun, Medeni Kanunun 134. maddesini degiştirirken, kusur unsurunun boşanmada yarattığı güçlüğü önemli ölçüde hafifletmiş, kusur yerine evlilik birliğinin onarılmaz bir biçimde sarsılmasına önem vermiş, özetle kusurlu eşe de dava açma hakkı tanımıştır. (Yarg. 2. HD. 2002/642 E, 2002/1150 K, sayılı ve 4.2.2002 tarihli kararı. Yargı Dünyası, 2002.5.62-64).

467 **Tekinay**, 194 vd.; **Akıntürk**, 252 vd; **Öztan**, Aile, 306 vd; **Oğuzman/Dural**, 113.

468 **Hatemi/Serozan**, 217-218.

469 Türk Medeni Kanunu Tasarısı ve Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun Tasarısı, Genel Gerekçe, Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara, 1999, 253.

1971 ve 1984 Tarihli Tasarılarda da olduğu gibi, bu Tasarıda[470] da kaynak kanundan kopmamak düşüncesinin egemen olmasına karşın, kaynak İsviçre Kanununda, Boşanma Hukuku alanında, 1998 yılında yapılan değişiklikler izlenmemiştir. Yine MK. md. 166/3-4 hükmünün esinlendiği 1976 tarihli Alman Boşanma Hukukundan da yararlanılmamıştır.

B-Medeni Kanundaki Düzenlemenin Değerlendirilmesi ve Eleştirisi

1-Evlilik birliğinin sarsılması aslında tek boşanma nedenidir

Özel boşanma nedeni olarak ayrıca düzenlenen tüm hallerde de, aslında, evlilik birliği MK. md. 166/1 anlamında temelinden sarsılmaktadır. Medeni Kanunda, özel boşanma nedenleri ayrıca düzenlenmemiş olsa idi, bu bir eksiklik teşkil etmeyecekti. Zira bu hallerin gerçekleşmesi durumunda, genel neden olan evlilik birliğinin sarsılması olgusu gerçekleşecek ve dava açmak isteyen eş, genel nedene dayalı olarak boşanmayı talep edebilecekti.[471] O nedenle yeni İsviçre Boşanma Hukukunda, bizde olduğunun aksine, özel boşanma nedenlerine yer verilmemiş ve boşanma tek bir ilke,

---

[470] 1999 tarihli tasarı Genel Gerekçe sf.. 246.

[471] Yargıtay da, aynı olayın, hem genel nedene ve hem de özel nedene dayalı olarak, boşanma nedeni olabileceğini ve aynı dava içinde, bu olayın, özel ve/veya genel neden olarak ileri sürülebileceğini belirtmektedir. "Boşanma davalarında hem genel ve hem de özel boşanma sebeplerinden birisine dayanılması mümkündür. Nitekim dava dilekçesinde pek fena muameleye ilişkin özel boşanma sebebi ile birlikte şiddetli geçimsizlikten de söz edilmiş ve dolayısıyla Medeni Kanunun 134. maddesine de dayanılmıştır. O halde davada pek fena muameleye ilişkin Medeni Kanunun 130. maddesinin unsurları mevcut olmasa dahi, ileri sürülen olaylar sabit bulunduğu taktirde ortak yaşantıyı çekilmez hale getirip getirmediğinin de araştırılması gerekirken bu yön göz önünde tutulmaksızın şiddetli geçimsizliğe yönelik boşanma isteği konusunda olumlu olumsuz bir karar verilmemesi usul ve kanuna aykırıdır." (Yarg. 2. HD. 15.9.1986 tarih, 5935/7459 sayılı kararı. **Şener,** TMK, 574-575). "Bir olay (eylem) özel boşanma sebeplerinden birisinin konusunu teşkil edeceği gibi, genel boşanma sebebini (MK. m. 134) de oluşturabilir. Davacı isterse özel isterse genel boşanma sebebine dayanarak boşanma davası açabilir. Hal böyle olunca mahkemece yapılacak iş, dayanılan sebebe göre inceleme yapıp hüküm vermekten ibarettir. Buna rağmen davacının ancak zina eylemine dayanarak dava açabileceği, şiddetli geçimsizlik sebebiyle (MK. m.134) boşanma isteyemeyeceği gerekçesiyle davanın reddi isabetsizdir. (Yarg. 2. HD. 14.4.1986 t. 3660/3884 sayılı karar. **Şener,** TMK, 577. Aynı yönde başka bir karar için bkz. Yarg. 2. HD. 31,5,1983 t. 3732/4974 sayılı karar. **Şener,** TMK, 564-565).

"evlilik birliğinin sarsılması" ilkesi çerçevesinde düzenlenmiştir. İsviçre bunu yaparken, kendisinden önce boşanma hukukunu yenileyen başta Almanya ve Fransa gibi çağdaş hukukları izlemiştir.

MK. md. 166/3 hükmünde düzenlenmiş olan, eşlerin boşanma üzerinde anlaşmış olmaları ve MK. md. 166/4 hükmünde düzenlenen, ortak hayatın kurulamaması nedenlerinin temelinde de evlilik birliğinin sarsılması olgusu yatar. O nedenle, özel veya genel olarak adlandırılan tüm boşanma nedenleri, aslında tek bir neden içinde toplanabilir ve bu açıdan bakıldığında, aslında tek bir boşanma nedeninin var olduğu ortaya çıkar: "Evlilik Birliğinin Sarsılması".[472]

Bizce, 4721 sayılı 2002 tarihli Medeni Kanunumuzun özel boşanma nedenlerini korumasına gerek yoktu. Çağdaş yabancı hukuklarda, boşanma konusunda özel nedenlerin sayılmasından, (çok nedenlilikten) uzaklaşılmakta ve tek bir nedenle (evlilik birliğinin sarsılması nedeni ile) boşanma sağlanmaktadır. Uygulamada da görülmektedir ki, özel nedenlerin varlığına rağmen, büyük bir çoğunlukla, boşanma davaları genel neden olan, evlilik birliğinin sarsılması nedenine dayalı olarak açılmaktadır. Bu durum değişiklik öncesi İsviçre için de aynıdır. Yine İsviçre'de değişiklik öncesi, tüm boşanma nedenlerinin nisbileştirildiği,[473] özel nedenlere dayanıldığında da evlilik birliğinin sarsılmış olmasının arandığı görülmekte idi.[474] O nedenle Medeni Kanun yenilenirken, esasında tek bir (evlilik birliğinin sarsılması, başarısızlığa uğraması, çökmesi) boşanma nedeninin varlığının kabulü ile, bu anlayış

---

472 Aynı görüşte **Rhiner**, 49, Yazar, özel sebeplerde aranan koşulların, aslında evliliğin sarsılmasının sonucu olduğunu isabetle belirtmektedir; **Burcuoğlu**, Davran'a Armağan, 61-62; **Burcuoğlu**, Öntasarıda Boşanma, 119; **Bühler/Spühler**, Einleitung, No. 20. **Hatemi/Serozan** sf. 229'da **Hatemi**'de aynı sonuca varmaktadır; "Aslında, 14.6.1976 günlü Alman 1. Evlilik Hukuku Reformu Kanunu en doğru sonuca varmıştır: Boşanmanın tek sebebi vardır: O da evliliğin başarısızlığa uğraması, düzelmez biçimde sarsılması, çökmesidir."

473 Öğretide, boşanmanın özel nedenlerinde, bu özel nedenin kanıtlanmasına rağmen, evlilik birliğinin sarsıldığının da ayrıca kanıtlanmasının arandığı hallerde özel nedenin nisbi, tersi durumda mutlak olduğu şeklinde bir ayrım yapılmaktadır. (**Oğuzman/Dural**, 115 vd.;**Hatemi/Serozan**, 219; **Tekinay**, 201 vd.; **Akıntürk**, 210.) Burcuoğlu bu ayrıma karşı çıkıyor. Bkz. **Burcuoğlu**, Davran'a Armağan, 63.

474 **Rhiner**, 49 vd.

doğrultusunda boşanma hukuku şekillendirilebilirdi.[475] Bu konudaki en son düzenlemeyi yapan kaynak İsviçre Medeni Kanununda olduğu gibi, kusur ilkesi terk edilerek, boşanma usulü eşlerin anlaşmaları üzerine kurulabilir (çekişmesiz usul) ve yine eşlerin anlaşamamaları ihtimali karşısında da, tek taraflı olarak, evlilik birliğinin sarsılması nedenine dayanan boşanma davası açma imkanı (çekişmeli usul) tanınabilirdi. Ayrıca, belli süreli fiili ayrılığın da, öncesinde redle sonuçlanmış bir dava olmaksızın, evlilik birliğinin sarsıldığı yönünde bir karine olarak görülmesi sureti ile, fiili ayrılıklarda da tek taraflı boşanma olanağı sağlanabilirdi. Bu yapılmamıştır.[476]

2- Kusur ilkesine yer verilmesi

MK. md. 166/1 hükmü ile, tüm hukuk düzenlerinde genel neden olarak yer alan "evlilik birliğinin sarsılması", bir boşanma nedeni olarak varlığını sürdürmektedir. Kusur ilkesi terk edilmemiş,[477] ancak MK. md. 166/2 ile, kusur bir itiraz olmaktan

---

475 Burcuoğlu, 1984 tarihli Medeni Kanun Öntasarısının boşanma hükümlerini eleştirdiği incelemesinde, öntasarının boşanmanın çok nedenliliğini benimsemiş olmasını ve kusur ilkesini muhafaza etmiş olmasını isabetli bulmamakta ve günümüzde boşanmanın tek nedenli olması ve kusurdan mümkün olduğu ölçüde arındırılması çabalarının giderek güç kazandığını, mutlak-nisbi boşanma nedenleri ayırımının ortadan kalkmaya başladığını ve bu gelişmenin mantıksal sonucunun da evlilik birliğinin temelinden sarsılmasının tek boşanma nedeni olması ve halen var olan diğer boşanma nedenlerinin, temelden sarsılmanın birer örneğini oluşturmakta olduklarını yerinde olarak ifade etmektedir. (**Burcuoğlu**, Öntasarıda Boşanma, 119).

476 Tasarının bu konudaki tutumuna dair, yukarıda aktarılan gerekçesine katılabilme olanağı yoktur. Özellikle, kaynak kanun olan, İsviçre Medeni Kanununun yeni hükümlerinin varlığı karşısında, eski düzenleme ile yetinilmesine ve özellikle "zina"nın özel bir boşanma sebebi olmaktan çıkartılıp, genel boşanma sebebi olarak "evlilik birliğinin temelden sarsılması" sebebi içerisinde değerlendirilmesinin Türk toplumunda yanlış yorumlara yol açabileceği düşüncesiyle, mevcut durumun aynen korunması yoluna gidildiği yolundaki alt gerekçeye de katılabilme olanağı bulunmamaktadır.

477 Yargıtay yukarıda da değinildiği gibi, 1988 değişikliğinden sonra, kanunun kusur yerine, evlilik birliğinin onarılmaz bir biçimde sarsılmasına önem verdiğini, kusurlu eşe de dava açma hakkının tanınmış olduğunu saptamakta, ancak davacının tam kusurlu olması durumunda boşanma kararı verilemeyeceğini ifade etmektedir. Yargıtay'a göre; "Ne var ki bu değişikliği tamamen kusurlu eşin de dava açabileceği ve yararına boşanma hükmü elde edebileceği biçiminde yorumlamak ve değerlendirmemek gerekmektedir. Çünkü böyle bir düşünce, kimsenin kendi eylemine ve tamamen kendi kusuruna dayanarak bir hak elde edemeyeceği yönündeki temel hukuk ilkesine aykırı düşer. Diğer taraftan yine böyle bir düşünce tek taraflı irade ile sistemimize aykırı bir boşanma olgusunu ortaya çıkarır. Boşanmayı elde kişi karşı tarafın hiçbir eylem ve davranışı söz konusu olmadan, evlilik birliğini, devamı beklenmeyecek derecede temelinden sarsar, sonra da madem ki birlik artık sarsılmış diyerekten boşanma doğrultusunda hüküm kurulmasını talep

çıkarılmış, def'i haline getirilmiştir. Kusur boşanmanın sonuçları konusunda da varlığını sürdürmektedir (MK. md. 174-175). MK. md. 166/2 cümle 2 gereksiz bir düzenleme gibi durmaktadır. Kusurun ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması sayıldığı hallerde, bunun hakim tarafından dikkate alınmayacağına dair bir düzenlemenin, bu hususun genel hükümlerden de çıkarılacak bir sonuç olduğu düşünüldüğünde gereksiz olduğu savunulabilir.[478] Burada, kanun koyucunun bu düzenlemenin gerekmediğini düşünüyor dahi olsa, geçmişte kusur yüzünden yaşanan

---

edebilir. Öyle ise Medeni Kanunun 134. maddesine göre boşanmayı isteyebilmek için tamamen kusursuz ya da az kusurlu olmaya gerek olmayıp daha fazla kusurlu bulunan tarafın dahi dava hakkı bulunmakla beraber, boşanmaya karar verilebilmesi için davalının az da olsa kusurunun varlığı ve bunun belirlenmesi kaçınılmazdır. (...). Mevcut olaylara göre evlilik birliğinin, devamı eşlerden beklenmeyecek derecede, temelinden sarsıldığı kuşkusuzdur. Ne var ki bu sonuca ulaşılması tamamen davacının tutum ve davranışlarından kaynaklanmış olup, davalıya atfı mümkün hiçbir kusur gerçekleşmemiştir. Bu durumda açıklanan nedenle isteğin reddi gerekirken kanun hükümlerinin yorumunda yanılgıya düşülerek boşanmaya karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır. (Yarg. 2. HD. 2002/642 E, 2002/1150 K, sayılı ve 4.2.2002 tarihli kararı. Yargı Dünyası, 2002.5.62-64. Aynı yöndeki diğer kararlar; Yarg. 2. HD. 1.3.1991 gün , 734/3720; Yarg. 2. HD. 25.2.1991 gün, 170/3367. Bu kararlar **Şener**, TMK, 476 vd. yayımlanmıştır). Bu kararlardan anlaşıldığı kadarı ile, Yargıtay'a göre, davalının sarsılmada hiç kusurunun olmaması, buna karşın tüm kusurun davacının üzerinde bulunması halinde, davalı def'i hakkını kullanmamış olsa bile boşanmaya karar verilemeyecektir. (Çünkü biri hariç diğer kararlarda karşı tarafın kusurunun davalı tarafından ileri sürüldüğü anlaşılamamaktadır). Kanaatimizce, Yargıtay tarafından yukarıda aktarılan görüşler kabul edilemez. Öncelikle, kusurun öne sürülmesinin bir def'i haline getirildiği bir düzende, evlilik birliği sarsılmış, ancak bu sarsılmada, davalının hiç kusuru bulunamamış olsa bile, karşı tarafın kusuru, davalı tarafça öne sürülmediği sürece, davacı sarsılmada tümüyle kusurlu olsa bile açılan dava reddedilemez. (Bu yönde, **Oğuzman/Dural**, 126 ve dn.216). Öte yandan, Evlilik birliği, ortak hayat sürdürülemeyecek decede temelinden sarsılmış, başarısızlığa uğramış, sonuçsuz kalmış, çökmüş ise, artık bu sonucun kimin kusuru ile ortaya çıkmış olduğunu araştırarak, yani bu konuda kusura belirleyici bir anlam yükleyerek, evlilik birliğinin çözülmesi-çözülmemesi yoluna gitmek, artık çağdaş boşanma hukuku düzenlemelerinde terk edilmektedir. Temelinden sarsılmış bir evliliği kusur-kusursuzluktan yola çıkarak ayakta tutmanın kimseye bir fayda getirmeyeceği gerçeği karşısında, yürümeyen evlilik birliğinin çözülmesi herkesin menfaatine olarak görülmektedir.

478 Kusursuz veya daha az kusurlu eşin itirazının hakkın kötüye kullanılması yasağı ile karşılaşabileceği Türk-İsviçre öğretisi ve mahkeme içtihatlarında da kabul edilmekte idi. Bkz. **Tekinay**, 190 vd. Yarg. 2. HD. 25.04.1966 tarih, 2396/2429 sayılı kararlar (**Yazıcı/Atasoy**, 307); Yarg. 2HD. 26.4.1962 tarih ve 2371/2508 sayılı kararı. Son İçtihatlar, 1962,5179. Karş. HGK, 11.9.1963 tarih , 2/30-68 sayılı kararı (İKİD, 1963,2506); İsviçre Federal mahkemesinin kararları için bkz. Tekinay, 192 dn. 41, 41a da anılan kararlar. Ayrıca bkz. **Hasan Erman, İsviçre Federal Mahkeme İçtihatlarında Kusursuz veya Daha Az Kusurlu Eşin Boşanma Davasına İtirazının Hakkın Kötüye Kullanılması Sayılması Konusunda Son Gelişmeler, İBD**, 1987, Cilt. 61 Sayı 1-2-3 sf.35 vd. ; **Öztan**, Makale, 127; **Burcuoğlu**, Etüde, 54. Hatemi/Serozan, itiraz hakkının kötüye kullanılması olgusunun re'sen nazara alınabileceğini, hakimin EMK 134/II (MK. 166/II) deki itirazın somut olayda söz konusu olup olmadığını EMK. 150. (MK 184.) maddede belirtilen yargılama ilkeleri çerçevesinde tespit edebileceğini belirtmektedirler. (**Hatemi/Serozan.**, 235).

sıkıntıları göz önüne alarak tedbirli davrandığı anlaşılmaktadır.[479] Ancak, bu unsura, evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa boşanmaya karar verileceği yolunda bir hüküm eklenmesi, evlilik birliğinin sarsılmış olduğunun ortaya çıkmış olmasına karşın, sırf bu nedenle boşanmaya hükmedilememesi ihtimali karşısında yerinde olmamıştır.[480] O nedenle, öğretide, yerinde olarak, madde metninde ifade zaafiyetinin bulunduğunun kabulü ile, burada lâfzı yorumdan ziyade, amaca uygun yorum yapılarak, MK. md. 166/2 cümle 2'de yer alan birinci "ve"nin "veya" ikinci "ve"nin ise "özellikle" şeklinde anlaşılması gerektiği belirtilmektedir.[481] Böyle olunca, evlilik birliğinin devamında, davalı "veya" çocuklar bakımından korunmaya değer bir yararın kalmamış olmasının, itiraz hakkının kötüye kullanıldığının belirgin örneklerinden biri olduğu ve evlilik birliğinin devamında "çocuklar" veya "davalı eş" açısından birbirlerine bağlı olmaksızın, her biri için ayrı olarak bir yarar kalmamış ise boşanmaya hükmedilebilecektir.[482]

---

479 Öztan'a göre de; "Aslında def'i hakkının da diğer bütün haklar gibi, hukuk düzeninin ve Medeni Kanunun ikinci maddesinin çizdiği çerçeve içinde kullanılması gerekir. Dolayısıyla, bir hak kötüye kullanılıyorsa, onun himaye görmesi söz konusu olmaz. Bununla beraber, yeni düzenlemeye göre, def'i dermeyanı, hakkın kötüye kullanılması haline neden oluyorsa, göz önüne alınmayacağı hükme bağlanmıştır. Kanun koyucu burada, üst kavram olarak, hakkın kötüye kullanılması prensibine yer vererek, maddeye açıklık getirmek ve kusurla ilgili hükmün katı bir şekilde uygulanmasına yönelik şikayetleri önlemek istemiştir. (**Öztan**, Makale, 124-125).

480 **Oğuzman/Dural**, 127. 1984 Tarihli Öntasarıda bu hükmü karşılayan 130. maddenin 2. fıkrası 2. cümlesinde "Bununla beraber, davalının itirazı hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise ve *özellikle* evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa, davacının kusurunun daha ağır olması boşanma kararının verilmesine engel olmaz." biçiminde benzer bir hüküm bulunmaktadır. Hüküm içerisinde geçen "özellikle" ile davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yararın bulunmaması bir unsur olarak değil, örnek olarak gösterildiği halde, 3444 sayılı kanun ile bu metin kanunlaşırken "özellikle" kelimesi çıkarılmış ve davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yararın bulunmamasının aranması hükmün bir unsuru haline getirilmiştir. Oğuzman/Dural, bu durumu, 3444 sayılı kanunu hazırlayanların "özellikle" deyiminin önemine dikkat etmediklerinin anlaşılmakta olduğu biçiminde ifade etmekte ve evlilik birliğinin devamında, davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamasına rağmen boşanma davasına itirazın, itiraz hakkının kötüye kullanılmasının en çarpıcı hali olduğunu, yoksa ilave bir şartın söz konusu olmadığını yerinde olarak belirtmektedirler. (**Oğuzman/Dural**, 127).

481 **Öztan**, Makale, 125-126; **Oğuzman /Dural**, 127; **Yalçınkaya/Kaleli**, II, 2051.

482 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Öztan** , Makale, 12-126.

3-Çok nedenliliğin sürdürülmesi

MK. md. 161-165 arasında özel nedenlere yer verilmiş olması ve böylece boşanma sebeplerinde çok nedenliliğin muhafaza edilmesi de yerinde olmamıştır. Yukarıda da değinildiği gibi, tüm bu özel nedenler aslında evlilik birliğinin sarsılması nedeninin içine girebilecek nedenlerdir. O nedenle kanunda ayrıca düzenlenmelerinin bir gereği bulunmamaktadır. Ancak, anlaşmalı boşanmanın ve evlilik birliğinin sarsılması nedenine dayalı boşanmanın yaygın uygulaması karşısında, özel nedenlere gidilmesinin giderek azalacağı değerlendirilmesi yapılabilir. Tüm bunlara karşın, özel nedenlerin varlığı, anlaşmalı boşanmaya ilişkin olanlarını ileride irdelemeye çalışacağımız bir takım sorunların çıkmasına neden olmaktadır.

4-Anlaşmalı boşanmanın varlığı

MK. md. 166/3 hükmü ile, eşlerin birlikte başvurmaları veya bir eşin açtığı davanın diğer eş tarafından kabulü durumunda, anlaşmalı boşanma olanağı tanınmıştır.[483] Eşlerin boşanma ve boşanmanın sonuçları üzerinde anlaşmış olmaları halinde, onların bu iradelerine değer verilerek, boşanma olanağının sağlanmış olması, birey iradesine önem veren ileri bir tutumdur. Hakimin tarafları bizzat dinlemesi, iradelerinin serbestçe açıklandığını gözetmesi, eşler arasında düzenlenen yan sonuçlara ilişkin anlaşmayı denetlemesi son olarak İsviçre'de de benimsenen yerinde düzenlemelerdir.

Anlaşmalı boşanma olanağının sağlanması ile, eşlere, basit ve önceden belirlenmiş koşullara uyarak, süratli bir şekilde evlilik birliğini sona erdirme imkanı tanınmış olmaktadır.[484] Bu düzenlemelerle, hem birey iradesi korunarak eşlerin

---

[483] Yukarıda da değinildiği gibi, 3444 Sayılı Kanun'la 1926 tarihli Eski Medeni Kanunumuzda yapılan değişiklik sonucu, kaynak kanundan daha önce, anlaşmalı boşanma ve açılmış bir boşanma davasının redle sonuçlanmış olması koşuluyla, fiili ayrılığa dayanan boşanma imkanları Türk Hukuk hayatına girmiştir.

[484] Aynı yönde **Sutter/Freiburghaus**, Vor. zu Art. 111-116, N.8; **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N. 14; **Ducrot**, 67.

evlilikleri üzerinde tasarrufta bulunmaları mümkün kılınmış, hem de Devletin zayıf tarafı koruma amaçlı gerekli tedbirleri alması sağlanmıştır.[485]

MK. md. 166/3 hükmünün, boşanma hukukumuzda, kaynak kanunumuz İsviçre'dekine benzer bir düzenleme yapılıncaya değin, yerel mahkemeler ve Yargıtay tarafından, çağdaş hukuklardaki gelişmeler de izlenerek, içtihatlar yolu ile amacına uygun olarak uygulanmasının sağlanması şartıyla, çağdaş hukuklarda yerleşmiş ve bu kurumun varlık nedenini oluşturan temel ilkelerin ülkemizde de işletilebilmesi yolunda elverişli bir hüküm olabileceğini düşünmekteyiz.[486] [487]

---

[485] **Fankhauser**, 7 vd.

[486] Öğretide MK. 166/3 (EMK. 134/3) hükmü ile anlaşmalı boşanma değil olsa olsa kolaylaştırılmış boşanma yolunda bir düzenleme yapılmış olduğu Zevkliler/Acabey/Gökyayla tarafından savunulmaktadır. (**Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, 974). Bu görüşe katılabilme olanağı yoktur. Son olarak İsviçre de yapılan değişiklik ile kabul edilen anlaşmalı boşanmaya ilişkin düzenleme ile getirilen hususların büyük bölümü MK md. 166/3 hükmünün içinde vardır. Esasa müessir olmayan eksiklikler ise büyük ölçüde öğreti ve içtihatlar ile tamamlanabilir niteliktedir. Yine öğretide EMK. md. 134/3-MK.md. 166/3 hükmüne çeşitli gerekçelerle karşı çıkılmış, eleştiri getirilmiştir. Bu görüşler için bkz. **Tekinay**, 194-195; **Şener**, TMK, 454.

[487] Burcuoğlu yukarıda değinilen ve 1984 Tarihli Medeni Kanun Öntasarısının boşanma hükümlerini değerlendirdiği incelemesinde, Öntasarının 130 maddesinde öngörülen anlaşmalı boşanmayı gerçek ve önemli bir değişiklik olarak kabul etmemekte ve "eşlerin boşanma konusunda anlaşmalarının boşanma nedeni olarak kabul edilmesi yürürlükteki boşanma sistemine oranla büyük bir yenilik getirmiş sayılamaz." demektedir. (**Burcuoğlu**, Öntasarıda Boşanma, 115). Burcuoğlu, bu görüşünün gerekçesini ise, davalı eşin boşanmaya karşı çıkmaması halinde, mahkemelerin Türkiye ve İsviçre'de kolaylıkla boşanmaya hükmetmeleri olgusu ve yürürlükteki boşanma sistemi çerçevesinde, terk nedeninden de yararlanılarak, anlaşmalı boşanma yapılabilmesinin mümkün olması şeklinde açıklamakta ve kanunda, açık olarak anlaşmalı boşanmanın öngörülmesinin, bariz bir kanuna karşı hile olan, anlaşmanın şiddetli geçimsizlik ya da terk nedeniyle boşanma perdesiyle örtülmesini engelleyeceğini ve bu bakımdan olumlu bir gelişme olduğunu ifade etmektedir. (sf.115). Bizce de anlaşmalı boşanmanın uygulamada şiddetli geçimsizliğe veya terke dair hükmün arkasında yapılıyor olması bir kanuna karşı hile oluşturmakta ve daha önemlisi de, bu hükümlere dayanılarak anlaşmalı boşanma yapıldığında, bazı hususların hakimin denetiminden kaçırılabileceği sakıncalarını içermesi karşısında, kanunda yeterli bir düzenlemenin bulunmasının tercih edilmesi yerindedir. Böylece hakimin denetimine açık, şeffaf bir yol izlenerek, patolojik yollara sapılmaksızın, hukuk kuralları amacından saptırılmaksızın eşlerin boşanabilmeleri sağlanabilecektir. Ancak pek çok sakıncalar içeren kanuna karşı hile yoluna başvurulmaksızın, kanuni bir düzenleme ile eşlere anlaşmalı boşanma olanağının sağlanmış olması hiç kuşkusuz gerçek ve önemli bir değişiklik olarak kabul edilmek gerekir. Karşılaştırmalı Hukuk açısından bakıldığında, aslında, pek çok ülkede boşanma reformu içerisinde anlaşmalı boşanma kabul edilirken, esasen uygulamada var olan ve yaygın bir şekilde kullanılan fiili gerçekliğin kanunlaştırıldığı görülmektedir.

Biz de çalışmamızda, karşılaştırmalı hukuktan da yararlanarak, hükmün amaca uygun şekilde yorumlanarak uygulanmasına dönük bir yol izleyeceğiz.

5- Fiili ayrılığın boşanma nedeni olabilmesi

MK. md. 166/4 hükmünün, belli süreli fiili ayrılığın, tek taraflı taleple boşanmayı sağlaması yönünde yetersiz bir hüküm olduğu açıktır. MK md. 166/4 hükmü, çağdaş düzenlemelerdeki fiili ayrılığa boşanma sonucunu bağlayan hükümlerden farklıdır. MK. md. 166/4'de getirilen düzenleme ile fiili ayrılığın boşanma sonucunu doğurabilmesi için, bu fiili ayrılığın öncesinde, red ile sonuçlanmış bir boşanma davasının varlığı aranmaktadır.[488] Fiili ayrılık ne kadar uzun sürmüş olursa olsun, eğer başlangıcında red ile sonuçlanmış bir dava yok ise bu hükümden yararlanılamayacaktır.

Bu hüküm ile kanun koyucunun, yukarıda açıklandığı gibi, özellikle Yargıtay'ın kusuru bir itiraz olarak uygulaması nedeni ile, kusurlu eşin açmış olduğu davanın reddedilmiş, ancak evlilik birliğinin yeniden kurulamamış ve bunun uzun yıllar boyunca devam etmiş olması karşısında, kilitlenmiş evlilikleri çözmek amacıyla

---

[488] Bu hüküm, yukarıda da değinildiği gibi, 12.05.1988 tarih ve 3444 sayılı kanun ile Medeni Kanunumuza girmiştir. Madde gerekçesinde, boşanma kararı verilebilmesi için, taraflardan birinin hangi sebeple olursa olsun boşanma davası açıp bunun da reddine dair karar verilmiş olmasının gerekli olduğu açıklıkla belirtilmektedir. (TBMM Tutanak Dergisi, 18. Dönem, sf. 6, 4. Madde gerekçesi). 3444 sayılı Kanun üzerinde etkili olduğu görülen 1984 tarihli Öntasarıda, fiili ayrılık bir boşanma nedeni olarak kabul edilmemiştir. Gerekçede bu tutum şu şekilde açıklanmaktadır: "Belirli bir süre mesela beş yıl eşlerin ayrı yaşamış olması halinde kesinlikle boşanma kararı verilmesini öngörerek şikayetleri gidermeye çalışmak ise, tam aksi yönde sakıncalara yol açacak ve evliliğin geçici heveslere alet edilmesine, toplumun temelini teşkil eden aile müessesesinin ciddiyetinin azalmasına elverişli bir ortam yaratacaktır." Fiili ayrılığın boşanma nedeni olarak kabul edilmemesinin gerekçesi olarak gösterilen bu açıklamanın bizce kabulü mümkün değildir. Gerekçeye göre, taraflar beş yıl ayrı yaşadıkları zaman otomatik olarak boşanabileceklerini bildikleri için, gerçek anlamda evlenme iradelerinin olmamasına karşın, geçici bir hevesle evlilik yapabilecekler, yani sırf bu olanağın varlığı onları evlilik kararını hemen vermeye yöneltmeye yetecektir. Bu düşünce sahiplerinin beş yıllık bir sürenin insan ömründe ne kadar uzun bir süre olduğunu göz ardı ettikleri anlaşılmaktadır. Kaldı ki "beş yıl bekleyerek/ayrı kalarak boşanabileceklerini bilen tarafların, niyetleri kesin bu olmamakla beraber, derhal evlilik yapacaklarını söyleyebilmek, insanları evliliğe götüren yolda sayısız nedenin bulunduğunu inkâr etmek anlamına gelir ki, doğru değildir. Böyle bir düşünce yaşam gerçekleri ile bağdaşmaz. Öte yandan "toplumun temelini teşkil eden aile müessesesinin ciddiyetinin azalması"nın boşanmanın güçleştirilmesi ile sağlanamayacağı karşılaştırmalı hukuk verileri ile ortaya çıkmıştır.

hareket ettiği ve bir anlamda bir "tasfiye" hükmü getirdiği anlaşılmaktadır.[489] Hiç kuşkusuz bu düzenleme de olumlu bir adımdır.[490] Ancak eksiktir.

Öncesinde redle sonuçlanmış bir boşanma davası olmaksızın, belli süreli fiili ayrılığa boşanma sonucunun bağlanması, çağdaş boşanma hukuklarının kabul ettiği bir çözümdür. İsviçre Medeni Kanununun 114. maddesine göre, eşlerin en az dört yıl ayrı yaşamış olmaları durumunda, eşlerden her birinin boşanmayı isteyebileceği hüküm altına alınmıştır. Alman Medeni Kanununun § 1566/1 hükmüne göre, eşlerin üç yıldan beri birbirlerinden ayrı yaşamaları halinde, evlilik birliğinin çökmüş olduğu kabul edilmektedir. Fransız Medeni Kanununun 237. maddesine göre de, altı yıldan

---

[489] Madde gerekçesinde "... Bu günkü toplum hayatımızda beş hatta on yıl ve daha fazla bir süre ayrı yaşamakta olan karı kocalara rastlanmaktadır. Boşanma davası açan tarafın davası red olunduğunda o taraf müşterek hayata geri dönmek istemediği taktirde kanuni müeyyideler hiçbir zaman onu bu hayata geri dönmeye zorlayamayacaktır. Buna çare olarak maddeye sözü edilen son fıkranın ilâvesi uygun görülmüştür." Açıklaması yer almaktadır. (TBMM Tutanak Dergisi, 18. Dönem, sf.6, 4. Madde gerekçesi). Fiili ayrılığın bir boşanma nedeni olarak metne geçtiği ilk yer 1971 tarihli Öntasarıdır. Öntasarının "Ortak Hayatın Kurulamaması" kenar başlığını taşıyan 134/A maddesinin birinci fıkrasına göre; "Bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce veya sonra, boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış olan boşanma davasının reddine karar verilmiş ve kararın kesinleştiği tarihten beş yıl geçtiği halde, her ne sebeple olursa olsun, ortak hayat yeniden kurulamamışsa, eşlerden birinin istemi üzerine her halde boşanmaya karar verilir". Maddenin gerekçesinde ise, "...birikmiş durumda olan uzun süreli ayrılıkları da tasfiye etmek amacıyla md. 134/A ya (bu kanunun yürürlüğe girmesinden önce veya sonra) hükmü konulmuştur." denilerek tasfiye amacı açıklıkla vurgulanmıştır.(1971 tarihli Öntasarı, sf. 125). Burcuoğlu, 1984 Öntasarısında uzun süreli ayrı yaşamanın boşanma nedenleri içerisinde yer almamış olmasını, bizce de yerinde olarak, önemli bir eksiklik olarak görmektedir (**Burcuoğlu**, Öntasarıda Boşanma, 116).

[490] Aksi görüş, **Şener**, TMK, 454; **Tekinay**, 196. Tekinay ayrıca EMK 134/4 hükmünün Anayasa aykırı olduğunu da savunmuştur. (sf. 197). Anayasa Mahkemesi 8.4.1997 tarihli ve 1996/47 E; 1997/43 K. sayılı kararı ile EMK. 134/4 (MK. 166/4) hükmünün Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna varmıştır. (www.adalet.gov.tr). İptal istemi Anayasa Mahkemesinin önüne itiraz yolu ile gelmiş ve itiraz yoluna başvuran yerel mahkeme EMK 134/4. maddesi ile birlikte EMK 134/3. (MK 166/3) maddesinin de iptalini istemiş, ancak yerel mahkeme önündeki dava EMK md. 134/4 hükmüne dayandığından, EMK md. 134/3 inceleme dışı bırakılmıştır. Her ne kadar EMK md. 134/3 hakkında bir inceleme yapılmamış ise de, Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesi incelendiğinde, bu gerekçeden, EMK md. 134/3 hükmü konusunda da vaki olacak bir iptal isteminde de Anayasaya Mahkemesinin aynı şekilde davranacağının ip uçları çıkarılabilmektedir. Gerçekten de gerekçeye göre; "...Aile hukukundaki yeni görüşlere göre kanunda belirlenen süre kadar, eşler ayrı yaşamış ve bir araya gelememişlerse, evlilik birliğinin tekrar kurulamayacak ölçüde sarsılmış olduğu kabul edilir. Kimi ülkeler, kanunlarında 1947 yılından başlayarak ayrılık sürelerini bir ile on yıl kabul ederek bu yönde değişikliklere gitmişlerdir. Zaman içinde değişen gereksinimleri karşılamak, kişi ve toplum yararının zorunlu kıldığı düzenlemeleri yapmak, toplumdaki değişikliklere koşut olarak bu yönde alınan önlemeleri güçlendiren, etkilerini daha çok artıran ya da tam tersine bunları hafifleten veya tümüyle ortadan kaldıran işlemlerde bulunmak yetkisi, kanun koyucunun görevidir".

beri fiilen ayrı yaşamaları durumunda, eşlerden birisi, ortak yaşamın kopmuş olması nedeniyle boşanmayı isteyebilmektedir.

De lege feranda, belli süreli fiili ayrılığın boşanma sonucunu doğurabilmesi için, öncesinde redle bitmiş bir boşanma davasının bulunmasının aranmasından vazgeçilmesi yerinde olur.[491] Böylece fiili ayrılığın bir boşanma nedeni olarak benimsendiği çağdaş boşanma hukukları ile aynı çizgiye gelinecektir.

Hemen belirtilmelidir ki, öncesinde redle sonuçlanmış bir boşanma davası olmayan fiili ayrılıkların bir boşanma nedeni olarak kanunda düzenlenmemiş olmasına karşın, böyle durumlarda, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı söylenebiliyorsa, MK. md. 166/1 hükmünden yararlanılabilecektir. Bu noktada belli süreli ayrılıkların, içtihat yolu ile evlilik birliğinin temelinden sarsıldığının bir karinesi olarak kabulü ile boşanma olanağının sağlanmasının yerinde olacağı savunulabilir.[492] En az bir eşin evlilik birliğini koparmak amacıyla davrandığı, belli bir süre (örneğin üç yıl) bir araya gelmemiş eşler arasındaki evlilik birliğinin temelinden sarsılmadığını söyleyebilmek kolay olmasa gerektir. Böyle bir durumda, belli bir süre ayrı kalan eşlerden biri, boşanma istemi ile mahkemeye başvuruyorsa evlilik birliğinin temelinden sarsılması koşulunun gerçekleşmiş olduğu kabul edilebilir.

---

491 Burcuoğlu, 1984 Tarihli Öntasarıda, uzun süreli ayrı yaşamanın, başka herhangi bir şey aranmaksızın evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına karine sayılmalıydı diyerek, bizce de yerinde olarak, Öntasarıyı bu yönden eleştirmektedir. (**Burcuoğlu**, Öntasarıda Boşanma, 116).

492 Aksi görüş, **Tekinay**, 180-181; **Feyzioğlu/Özakman/Sarıal**, 331; **Şener**, Çatışan Eğilimler, 229-230; HGK, 15.11.1967 tarih, 967/2-169/539 sayılı karar. (**Yazıcı/Atasoy**, 276). 1984 Tarihli Öntasarı'da 130. maddeye ait gerekçede, uzun süreli ayrılıkların evlilik birliğinin sarsıldığını gösteren bir unsur oluşturabileceği kabul edilmektedir. Gerekçeye göre; "Evlilik birliğinin uzun süredir ayrı yaşamaları, olayın tüm şartları dikkate alınarak evlilik birliğinin devamında yarar kalmadığını gösteren bir unsur teşkil edebilir". Yine yukarıda değinilen ve EMK. md. 134/4. hükmüne ilişkin Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesinde, üç yıllık fiili ayrılığa dair şu değerlendirme yapılmaktadır: "Üç yıllık sürenin geçmesine karşın eşlerin bir araya gelmemesi ve evlilik birliğini sürdürememeleri durumunda, aile birliğinin korunması yönünden kişisel ve

6-Mevcut hükümlerin boşanma nedenleri açısından yeterliği ve değişiklik önerisi

Tüm yukarıda aktarılanlara karşın, mevcut hali ile karma bir model görünümü veren boşanma hukukumuzun, 3444 sayılı Kanundan sonra, çağdaş hukuklardaki düzenlemeler karşısında, istisnalar dışında, kural olarak, geri olduğunu söyleyebilmek haksızlık olur. Gerçekten de, yakından bakıldığında, boşanma nedenleri yönünden, çağdaş hukuklarda varılan çözümlerin, sonuç olarak, şu ya da bu şekilde, bizim hukukumuzda da (istisnalar dışında) var olduğu söylenebilir. Ancak bu görüş, boşanmanın sonuçlarına ilişkin düzenlemeler bakımından aynı şekilde kolaylıkla ileri sürülemez. Çağdaş düzenlemelerde boşanmanın sonuçlarının, oldukça ayrıntılı şekilde düzenlenmeye çalışıldığı, bu duruma karşın, yine de sonuçlar konusunda yetersiz kalındığının iddia edildiği gözlemlenmektedir.[493]

Ancak, tüm bu belirtilenlere karşın, yukarıda getirmiş olduğumuz eleştirilerin de ışığında, boşanma hukukumuzun karma (toplama) görünümünden kurtarılması ve boşanma sonuçlarının daha etkin bir biçimde düzenlenmesi açısından, bünyemize uygun olduğu ölçüde boşanma sonuçları ile birlikte, kaynak kanunda, 1998 yılında yapılan, boşanmaya dair düzenlemenin, tümüyle Medeni Kanunumuza alınması yerinde olurdu.

---

toplumsal bir zararın varlığından söz edilemez". (Anayasa Mahkemesi'nin 8.4.1997 tarihli ve 1996/47 E; 1997/43 K. sayılı kararı için bkz. www.adalet.gov.tr.).

[493] Kaynak İsviçre Hukukunda boşanmanın sonuçları ZGB. Art. 119-134 arasında, oldukça detaylı olarak düzenlenmiştir. Ancak bu düzenlemelerin dahi yetersiz kaldığı yolunda eleştiriler yapılmaktadır.

II- Anlaşmalı Boşanmaya Hakim olan İlkeler

A-Evlilik Birliğinin Sarsılması İlkesine Dayanan Boşanma Nedeni Olması

1- Genel olarak

Medeni Kanunumuzun "Evlilik birliğinin sarsılması" kenar başlığını taşıyan 166. maddesinin birinci fıkrası, sarsılma ilkesinden hareketle, genel bir boşanma nedeni getirmekte ve evlilik birliğinin, ortak hayatı sürdürmelerinin eşlerden beklenemeyecek derecede temelinden sarsılması durumunda, eşlerden her birinin, boşanma davası açabileceğini hükme bağlamaktadır. Bu düzenlemeye göre, evlilik birliğinin, ortak hayatın sürdürülmesi, eşlerden beklenemeyecek ölçüde temelinden sarsılması hali bir boşanma nedenidir.

Medeni Kanunun 166. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarında ise, bazı haller, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına ilişkin kesin karineler[494] olarak ön görülmekte ve bu fıkralarda düzenlenen şartların gerçekleşmesi ile de boşanma mümkün kılınmaktadır. MK. md. 166/3'e göre, evliliğin en az bir yıl sürmüş olması ve eşlerin birlikte başvurmaları veya bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde "evlilik birliğinin temelinden sarsılmış sayılacağı" hükme bağlanmıştır.

---

494 Karine (praesumptio) Türk Hukuk Lügatinde "malum olan bir vakıadan malum olmayan diğer bir vakıayı istidlal" olarak tanımlanmaktadır. Yaşam deneylerinden çıkarılan fiili karineler olduğu gibi, bizzat kanun tarafından getirilmiş olanları da vardır ve bu sonuncular için "kanuni karine" deyimi kullanılmaktadır. Kanuni karineler ispat kolaylığı sağlamak amacı ile kanuna konulmuşlardır ve ispat yükünün bir istisnasıdırlar. Kanuni karinenin aksinin ispatının mümkün olup olmadığına göre de "adi kanuni karine (praesumptio iuris tantum)" ve "kesin kanuni karine (praesumptio iuris et de iure)" ayrımı yapılmaktadır. Adi kanuni karinelerin aksinin ispatı mümkün olmasına karşın, kesin kanuni karinenin aksinin ispatı kesin olarak mümkün değildir. Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. **Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Cilt. II, 6. Baskı, demir demir yayınları, İstanbul, 2001, 2006 vd. **Kemal Oğuzman/Nami Barlas, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 9. Bası, Beta Basım A.Ş. İstanbul, 2002, 204 vd. **Aytekin Ataay, Medeni Hukukun Genel Teorisi, Temel Bilgiler-Genel Kavramlar**, 3. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, 427; **Ergun Özsunay, Medeni Hukuka Giriş**, 5. Bası, Güryay Matbaacılık, İstanbul, 1986, 353 vd.; **Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku**, 516; **İlhan E. Postacıoğlu, Medeni Usul Hukuku Dersleri**, 6. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti., İstanbul, 1976, 528 vd. Oğuzman/Barlas kesin kanuni karine için "kanuni faraziye" deyimini kullanıyor. (sf. 204). Öztan'da "faraziye" diyor. (**Öztan**, Aile, 319).

MK. md. 166/4'de ise, taraflardan birinin açtığı boşanma davası reddedilmiş olmak koşuluyla, eşlerin bu tarihten itibaren üç yıldır ayrı yaşamaları evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına ilişkin diğer bir kesin karine olarak düzenlenmiştir. Buna göre, en az üç yıl öncesinde redle sonuçlanmış bir boşanma davası bulunması ve üç yıldır ayrı yaşamış olmak koşuluyla, eşlerden her biri boşanma davası açabilecektir.

2- Anlaşmalı boşanma ve evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı karinesi

Yukarıda da değinildiği gibi, MK. md. 166/3'de bir karineye yer verilerek, evliliğin en az bir yıl sürmüş olması ve eşlerin birlikte başvurmaları veya bir eşin, diğerinin davasını kabul etmesi halinde "evlilik birliğinin temelinden sarsılmış sayılacağı" kanuni düzenleme haline getirilmiştir.. Yine bu temelden sarsılmanın şiddetinin de, ortak hayatı sürdürmelerinin eşlerin kendilerinden beklenemeyecek derecede olduğu da, hükmün amacından anlaşılmaktadır. MK. md. 166/3 hükmünün Alman Medeni Kanununun 1566. maddesinden esinlendiği görülmektedir. BGB § 1566/1 eşlerin üç seneden beri birbirlerinden ayrı yaşamaları halinde, BGB § 1566/2 ise, bir yıldan beri ayrı yaşayan eşlerin, her ikisinin birden boşanmayı istemiş olmaları durumunda, evlilik birliğinin sarsılmış, çökmüş olduğunu, aksi ispat edilemeyecek bir biçimde, karine olarak kabul etmektedir.[495]

Türk Öğretisinde, MK. md. 166/3'de "evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olduğu" yolunda bir "kesin kanuni karinenin=kanuni faraziyenin" varlığı konusunda bir ihtilaf bulunmamaktadır.[496] Bu bağlamda, eşlerin boşanmak için birlikte

---

[495] **Schwab**, N. 36; **Dethloff**, 98.

[496] **Oğuzman/Dural**, 128; **Akıntürk**, 261; **Öztan**, Makale, 127; **Öztan**, Aile, 319; **Hatemi/Serozan**, 237; **Kırbaş**, 16; **Yalçınkaya/Kaleli**, II, 2058; **Kocayusufpaşaoğlu**, 113; **Ahmet Kılıçoğlu**, **Boşanmayla ilgili olarak Medeni Kanunumuzda yapılan son değişiklikler, ABD**, Sayı. 3, Yıl. 1988, sf. 386; **Aydanur Gürzumar, Die Rolle des Richters im Ehescheidungsprozess in der Schweiz und in der Türkei**, Ankara, 1991, sf. 49; **İlhan Ulusan, Neue Vorschriften Über Die Sheidung im Türkischen Zivilgesetzbuch, Hukuk Araştırmaları**, Cilt. 4, Sayı. 1-3, sf. 49.

başvurmaları, veya bir eşin diğerinin boşanma davasını kabul etmesi durumunda, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı yolundaki karine hüküm doğuracaktır. Kanun evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına dair karinenin aksinin ispatına cevaz vermediğinden, burada bir "kesin kanuni karinenin" söz konusu olduğu anlaşılmaktadır. Mahkeme evlilik birliğini, ortak yaşamı sarsan olayları, maddi nedenleri araştırma yetki ve yükümlülüğünde değildir. Somut olayda evlilik birliği sarsılmamış olsa bile, ortak başvuru veya davanın kabulü ile evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olduğu varsayılır, bu konuda hakimin herhangi bir takdir hakkı bulunmamaktadır.[497] Kabul anına kadar evlilik birliğinin sarsıldığının kanıtlanamadığı hallerde olduğu gibi, tam tersine kabul anına kadar evlilik birliğinin sarsılmamış olduğunun ortaya çıktığı hallerde de sonuç değişmez, kesin kanuni karine işler. Kabul ile birlikte artık, hakim o ana kadar önüne getirilen olaylar üzerinde duramaz ve o ana kadar getirilen ispat vasıtaları, hakimi evlilik birliğinin sarsılmadığına ikna etmiş olsa bile, evlilik birliğinin sarsılmamış olduğu kabul edilemez.[498] Sonuç olarak, MK. md. 166/3'de aranan koşullar gerçekleştiğinde hakim, evlilik birliğinin gerçekten sarsılmış olup olmadığını araştıramayacağı gibi, sarsılma konusunda tarafların kusurunun olup olmadığı ile de ilgilenmeyecektir. Çünkü kanundaki düzenlemede tarafların kusuruna ilişkin bir şart da aranmamıştır. Görülmektedir ki, kanun koyucu evliliğin temelden sarsılması ile veya bu sarsılmada tarafların kusuru olup olmadığı ile ilgilenmemekte, eşlerin ikisinin de anlaşarak

---

Yarg. 2. HD. 22.12.1990, E. 1989/10786, K. 1990/2176 (YKD. 1990.9.1295). Bu karara göre; "Eşlerin birlikte başvurmaları ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi evlilik birliğinin temelinden sarsıldığının karinesi sayılır. Böyle bir durumda hakimin takdir hakkı sonuca etkili olmaz ve evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına ilişkin delillerin toplanmasına da gerek yoktur. Ancak, hakimin de boşanmaya karar verebilmesi için, evlilik birliğinin en az bir yıl sürmüş olması, boşanmaya ilişkin olmak üzere tarafların iradelerinin yargılamada serbestçe açıklanmış bulunması ve boşanmanın mali sonuçları ile ilgili olarak taraflarca mahkemeye bir anlaşma metninin sunulması ya da bu hususiaki anlaşmanın tutanağa geçirilmesi gerekir. Bu yön kamu düzeni ile ilgili olup mahkemece kendiliğinden göz önüne alınır." **Tekinay**, burada bir adi karinenin var olduğunu ifade ile bu karinenin aksinin ispat edilebileceğini öne sürmektedir. Bu görüş, hükmün amacı göz önüne alındığında, anlaşmalı boşanma durumunda evlilik birliğinin sarsıldığının araştırılmasının/kanıtlanmasının gerekmesinin anlamsız olması karşısında kabul edilemez. Aynı yönde **Kırbaş**, 18.

[497] **Reusser**, 1.37; **Sutter/Freiburghaus**, Vor. zu Art. 111-116 N. 19; **Schwenzer (Fankhauser)**, Vor. zu Art. 111-116, N.4, 13; **Ducrot**, 35; **Schwab**, 152, N. 316; **Dethloff**, 99, 108; **Rebbman**, §. 1566, N.15; **Massip**, 72; **Öztan**, Makale, 128; **Kırbaş**, 17-18.

[498] Böyle, **Öztan**, Makale, 129. Karş. **Burcuoğlu**, Davran'a Armağan, 70.

boşanmayı istemelerini evliliğin artık yürümeyecek derecede sarsıldığını kabul için yeterli saymaktadır.[499]

En az bir yıl sürmüş evliliklerde, eşlerin birlikte başvurması veya bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde, boşanma kararı verilebilmesi için izlenmesi gereken prosedür, madde metninde belirtilmiştir. Bu prosedür, anlaşmalı boşanmanın koşullarını da belirlemektedir. Burada usule ilişkin koşulların, anlaşmalı boşanmanın maddi koşulları haline geldiği (tıpkı İsviçre, Almanya ve Fransa'daki düzenlemelerde olduğu gibi) görülmektedir. Anlaşmalı boşanma yapılabilmesi için, tüm koşulların bir arada bulunması gerekir. Koşullardan birinin dahi eksikliği durumunda anlaşmalı boşanma yapılamaz. Bu koşulları aşağıda inceleyeceğiz.

B- Anlaşmalı Boşanma Çekişmesiz Yargı Faaliyetidir

1-Boşanma usulü konusunda İsviçre kanun koyucusunun tutumu

Boşanma alanındaki düzenlemeden sonra İsviçre'de anlaşmalı boşanmanın çekişmesiz yargıya, evlilik birliğinin sarsılması ve fiili ayrılık nedenleriyle boşanmanın ise çekişmeli yargıya tabi olduğu kabul edilmektedir.[500] Eşlerin esas olarak boşanma ve sonuçları üzerinde anlaşmalarının amaçlandığı bu modelde, ortak taleple başvurunun iki taraflı bir usul olmadığı, kanun koyucunun bu amacı gerçekleştirme düşüncesi ile her şeyden önce ZGB. Art. 111 ve 112'de anlaşmalı boşanmayı çekişmesiz yargı (nizasız kaza) olarak düzenlediği ve ZGB. Art. 116'da ise, çekişmeli usulden çekişmesiz usule dönülebilmesi imkanını tanıdığı

---

499 Bu yönde açıklamalar için bkz. **Öztan**, Makale, 128; "Kanun koyucu bu boşanma sebebini kabul ederken, boşanmanın gerekliliğini (eşlerin) kendilerinin kararlaştırmalarını istemiş, eşlerin evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına kusurları ile sebebiyet verip vermediklerini önemli saymamıştır. Önemli olan, evlilik birliğini temelinden sarsan olayların tarafların kusuru ile meydana gelip gelmemiş olması değildir. önemli olan sonuçtur. Eşler birlikte başvurmak suretiyle, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığını göstermektedirler". Ayrıca bkz. **Köprülü/Kaneti**, 174.

500 **Reusser**, N. 1.12, 27.

belirtilmektedir.[501] Kanun koyucunun ana amacı, eşlerin medeni bir süreç izlenerek boşanabilmelerinin sağlanmasıdır.[502] Bu amaç doğrultusunda getirilen ZGB. Art. 116 hükmüne göre, eşlerden birisi, ortak hayatın kurulamaması, askıya alınması (ZGB. Art. 115) veya evlilik birliğinin sarsılması nedeniyle boşanma talep ederse ve diğer eş boşanmaya açık olarak rıza gösterirse veya karşı dava açarsa, ortak dilekçe ile boşanmaya dair (ZGB. Art. 111-112) hükümler kıyasen uygulanır. Kanun koyucunun, anlaşmalı boşanma prosedürü içerisinde başlamamış bir boşanma davasında bile hedefinin, tarafların anlaşmalı boşanma yapmaları, anlaşarak boşanmaları olduğu, bu hüküm ile de açıkça görülmektedir. Bu tutum, kanun koyucu tarafından boşanmanın çekişmeli olmasının istenmediği, ve bu amaçla boşanmaya ilişkin çekişmesiz bir yargı prosedürünün getirildiği biçiminde açıklanmaktadır.[503] Yine anlaşmalı boşanma prosedürü içerisinde, eşlerin anlaşamamaları ihtimaline karşı da, aynı prosedür içerisinde, çekişmeli yargıya geçilebilmesi için ZGB. Art. 113 ile imkan tanınmıştır. Buna göre, eğer boşanma üzerinde anlaşma sağlanıp, sonuçları üzerinde anlaşma sağlanamıyor ise, o zaman da çekişmesiz yargıdan çekişmeli yargıya geçilecektir.[504]

İsviçre Medeni Kanununda anlaşmalı boşanma düzenlemesinde, usule ilişkin özel koşullara da yer verilmiş ve bu şartlar maddi hukuka ilişkin şartlar haline getirilmiştir. Bu koşulların yerine gelmemesi halinde, anlaşmalı boşanma yapılamayacaktır.

İsviçre'de olduğu gibi Almanya ve Fransa'da da anlaşmalı boşanma bir çekişmesiz yargı faaliyeti olarak kabul edilmektedir.[505]

---

501 **Schwenzer**, Allgemeine Einleitung, N.19; **Perrin** 12; **Sandoz**, Divorce sur requête commune, 202; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111, N.1.

502 **Sandoz**, Presantation, 12.

503 **Sandoz**, Divorce sur requête commune, 202.

504 **Sandoz**, Divorce sur requête commune, 203.

505 **Dethloff**, 176.

2-Çekişmeli/çekişmesiz yargı ayrımı

Çekişmeli yargıyı, çekişmesiz yargıdan ayırmaya tek bir kriter yeterli olmamakta, çeşitli kriterler yardımı ile iki yargı birbirinden ayrılabilmekte ise de, bu iki yargı çeşidi arasındaki ayrımı gösteren ön önemli kriterin "ihtilaf (niza-çekişme) yokluğu" kriteri olduğu kabul edilmektedir.[506] Buna göre, çekişmeli yargı (nizalı kaza) taraflar arasında var olan bir ihtilafın (çekişmenin, uyuşmazlığın) çözümü ile meşgul olur, çekişmesiz yargıda ise ilgililer arasında kural olarak bir ihtilaf bulunmamaktadır.[507] Hakim önüne gelen işin, çekişmeli yargının -davanın- aksine çekişme içermemesi bu tür faaliyette, hasımsızlığı da beraberinde getirmektedir.

Medeni Kanunumuzda ve diğer pek çok kanunlarda, dağınık bir şekilde, çekişmesiz yargıya giren işler bulunmasına ve çekişmesiz yargıya girdiği kesin olan bu işlerin mahkemelerin faaliyetlerinin azımsanamayacak bir bölümünü oluşturmasına karşın, ülkemizde, çekişmesiz yargı alanını düzenleyen özel bir kanun bulunmamaktadır. Çekişmesiz yargıya dahil olan işler için, özel kanunlarında, bizzat o iş için getirilmiş usul hükümlerinin yanı sıra, esasında çekişmeli yargı (dava) için getirilmiş olan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun hükümleri uygulanmaktadır.[508] Uygulamada, özellikle çekişmesiz yargıyı düzenleyen özel bir kanunun bulunmaması nedeniyle, ihtilaf bulunmadığı için çekişmesiz yargıya giren işlerde de mahkemelerin çekişmeli yargıda olduğu gibi hasım yaratma eğiliminde

---

506 **Baki Kuru, Nizasız Kaza,** Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1961, 15-19; **Kuru,** I, 26-27; **Üstündağ,** 48-49; **Postacıoğlu,** 26 vd.;**Yavuz Alangoya, Medeni Usul Hukuku Esasları,** 2. Bası, Namaş A.Ş. Yayınları, İstanbul, 2001, 52. **Hakan Pekcanıtez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, Medeni Usul Hukuku,** 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001, 63 vd.; **S. Şakir Ansay, Münazaasız (İhtilafsız) Kaza, Adliye Ceridesi,** 1939, No: 12. İki yargıyı birbirinden ayırabilmek için başvurulan diğer kıstaslar da şunlardır; Hasım yokluğu, ihtiyarilik, önleyici-tamir edici nitelik, inşai tesir, sübjektif hakkın yokluğu, re'sen harekete geçme. İhtilaf içermelerine karşın çekişmesiz yargıya dahil olan işlerin ayrımında bu ölçütler kullanılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kuru,** Nizasız Kaza, 14 vd.

507 **Kuru,** Nizasız Kaza, 16-19; **Kuru,** I, 26-27; **Postacıoğlu,** 29; **Üstündağ,** 49.

508 **Kuru,** Nizasız Kaza, 115 vd.; **Kuru,** I, 29; **Üstündağ,** 50.

olduğuna işaret edilmektedir.[509] Yine aynı nedenlerle, çekişmesiz yargıya tabi faaliyetlerde de çekişmeli yargıya ait terimler kullanılmaktadır.

Aile Hukuku çekişmesiz yargıya giren faaliyetlerin en sık görüldüğü alandır. Bunun nedeninin, çabuk, esnek, önleyici, koruyucu ve ekonomik olan çekişmesiz yargı usulünün, Aile Hukuku alanındaki işlere uygulanmasındaki genel menfaat düşünceleri olduğu ifade edilmektedir.[510]

Öğretide ve uygulamada, çekişmesiz yargıya dahil işlerde HUMK md. 507-511 arasında düzenlenen ve kısa, basit ve merasimsiz olarak nitelenen[511] (ve aslında çekişmeli yargı için öngörülmüş olan) "Basit Usulü Muhakeme" nin uygulanacağı konusunda görüş birliği vardır.[512]

İhtilaf yokluğu kıstasına göre çekişmesiz yargıya giren bir işin, yargılama esnasında ortaya çıkan gelişmeler üzerine, çekişmesiz yargıdan çıkıp çekişmeli yargıya girebilmesi de mümkündür.[513] Bu aşamadan itibaren artık çekişmesiz yargı kuralları uygulanacaktır.

---

509 **Kuru**, Nizasız Kaza, 21; Kuru, I, 29-30; **Alangoya**, 54.

510 **Kuru**, Nizasız Kaza, 69. Alangoya, çekişmesiz yargı işlerine bir bütün olarak bakıldığında, çekişmesiz yargının işlevinin, genel hatları ile, yeni hukuki durumlar yaratmak, kişilerin korunması ve hukuki ilişkilerin tasfiyesine yardım olarak üç kategori içinde toplamanın mümkün olduğunu belirtmektedir. (**Alangoya**, 53).

511 **Kuru**, Nizasız Kaza, 121.

512 **Kuru,** Nizasız Kaza, 120; **Üstündağ**, 50; **Alangoya**, 54.

513 **Kuru**, Nizasız Kaza, 41; **Kuru,** I, 30; **Üstündağ**, 49; Yarg. HGK. 22.6.1994 t. 1/346-464 (İKİD. 1995/441 sf. 10918-10921). Hukuk Genel Kurulunun kararına göre; "Hukukumuzda çekişmesiz yargıya giren işleri ve bunlar hakkında uygulanacak yargılama usulünü bir bütünlük içerisinde düzenleyen ayrı bir çekişmesiz yargı kanunumuz mevcut değildir. Çekişmeli yargıya ilişkin hükümler çeşitli kanunlara serpiştirilmiş durumdadır. Ancak uygulamada ve bilimsel alanda bu konu yeterince incelenmiş, içtihatlar artık kararlılık kazanmıştır. Çekişmesiz yargı işinin yargılama sırasında yapılacak itiraz ile çekişmesiz yargı alanından çıkıp çekişmeli yargı alanına girmesi her zaman mümkündür. Bu halde davanın genel hükümler çerçevesinde ele alınıp incelenmesi ve karara bağlanması gerekir." Aynı yönde bir başka karar; Yarg. 19. HD. 2.3.2000 t. 904/1573 (YKD. 2000.8.1269-1270).

3-Türk Hukukunda da anlaşmalı boşanma çekişmesiz yargıya tabi bir faaliyettir

Kanaatimizce, Medeni Kanunumuzun 166/3. maddesinde de bir çekişmesiz yargı (nizasız kaza) faaliyeti düzenlenmiştir. Boşanma ve yan sonuçları konusunda anlaşmış eşlerin, birlikte başvurmaları veya birinin açtığı davanın diğeri tarafından kabulü halinde, anlaşmış eşlere, kanunda belirtilen usulün izlenerek, boşanma olanağının sağlanmış olması karşısında, mahkemece yürütülecek bu faaliyetin çekişmeli yargı olduğu söylenemez.[514] Burada boşanma ve yan sonuçları konusunda anlaşmış eşler, mahkemeye başvurarak, hakimden evliliklerinin sona erdirilmesini istemektedirler. Bu başvuru üzerine, hakimin yapması gereken iş, bizzat anlaşmalı boşanmayı düzenleyen MK. md. 166/3 hükmünde sıralanan koşullarının var olduğunu saptayarak, evliliğin çözülmesine karar vermek ve bu çözülme üzerine ortaya çıkan duruma uygun hukuki sonuçları düzenlemektir.

Yargıtay kararlarında[515] MK. md. 166/3 (EMK. Md. 134/3) hükmünün bir çekişmesiz yargı faaliyetini gerektirdiği "çekişmesiz yargı" terimi kullanılarak ifade edilmiş değildir. Ancak Yargıtay'ın, hüküm içerisinde getirilmiş usulün titizlikle

---

514 Saptayabildiğimiz kadarıyla, Türk Hukukunda, MK. 166/3 de düzenlenmiş olan anlaşmalı boşanmanın, bir çekişmesiz yargı olduğunu belirten yazar bulunmamaktadır. Sadece Akıntürk, "...bu boşanma sebebi dolayısıyla boşanma, her iki eşin ortaklaşa bir dilekçe vermeleri biçiminde bir çekişmesiz yargı (!) türünü mü oluşturacaktır?" diyerek, bu konu üzerinde düşünülmesi gereğine (etkiyi kuvvetlendirmek amacıyla '!' işaretine de yer vererek) yerinde olarak dikkat çekmektedir. (**Akıntürk**, 262).

515 Bkz. Yarg. 2. HD. 08.06.1998, 6237/7154;Yarg. 2.HD.28.10.1992, 9993/10453 (**Ali İhsan Özuğur, Boşanma ve Ayrılık**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001,403 vd.). Yarg. 2.HD.10.12.1997, 12360/13465; Yarg. 2. HD. 28.11.1997, 11547/12959 (**Ömer Uğur Gençcan, Öğreti ve Uygulamada Boşanma**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2001, 649 vd.). Yarg. 2.HD. 14.12.1998, 12095/13532. Yarg. 2.HD.26.01.1999, 12775/114. Yargıtay tüm bu kararlarında, eşlerin tek bir konuda anlaşamamış olsalar dahi MK. 166/3 (EMK 134/3) maddesi uyarınca delil toplanmadan karar verilemeyeceğini, bu gibi hallerde tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde delillerinin toplanıp MK 166/3 (EMK 134.) maddesinin 1,2 ve 4. fıkralarına göre değerlendirme yapılmasının gerekli olduğunu içtihat etmektedir. Bu kararlardan da görülmektedir ki, eşlerin anlaşmasına dayalı olduğu için çekişmesiz yargı içerisinde süren bir boşanma istemi, anlaşmanın ortadan kalkması üzerine, artık çekişmeli usule geçmekte ve yargılamaya bu usul içerisinde devam olunmaktadır. Bizce Yargıtay'ın bu uygulaması yerindedir

izlenmesinin gereğine değinen ve hüküm içerisinde geçen bu usulün/koşulların bulunmaması halinde, anlaşmalı boşanma yapılamayacağına, artık hakimin taraflara olanak sağlayarak, yargılamaya MK. md. 166/1-2-4 fıkraları doğrultusunda devam edileceğine işaret eden, yerleşmiş kararlarının varlığı, burada esasen bir çekişmesiz yargı faaliyetin var olduğunu zımnen kabul ettiğini göstermektedir. Fakat, açıkça, buradaki usulün bir çekişmesiz yargı faaliyeti olduğu kabul edilmediği, daha doğrusu bu hususa hiç değinilmediği için, anlaşmalı boşanma prosedüründe de Yargıtay tarafından, tıpkı diğer çekişmesiz yargı işlerine benzer biçimde, çekişmeli yargıya ilişkin terminoloji kullanılmakta ve eşlerden taraf veya davacı/davalı olarak bahsedilmekte, çekişmesiz bölüm için de yine dava tabiri kullanılmaktadır. Gerçekten de çekişmesiz yargıya giren işlerde, müesseselerin niteliklerine, çekişmeli yargıya uygun olup olmadıklarına hiç dikkat edilmediği gibi, terimlerin kullanılmasına da özen gösterilmemekte ve böylece de, çekişmesiz yargıya özgü işlere ait terminoloji de gelişememektedir. Esasen bu, yukarıda da değinildiği gibi, çekişmesiz yargıya ilişkin kuralların dağınıklığından ve tamamiyetten uzak olmasından ve bu yargı türünde de çekişmeli yargıya ilişkin kuralların kıyasen uygulanıyor olmasından kaynaklanmaktadır.

Biz de çalışmamız boyunca bu güçlüğü yaşamış olduğumuz için, hiç kuşkusuz çekişmesiz yargıya özgü terimleri kullanmaya özen göstermekle birlikte, konunun daha iyi anlaşılabilmesi için, zorunluluk karşısında, çekişmeli yargıya ait terimleri de yer yer kullanmak durumunda kaldık. Yine, kimi durumlarda, Yargıtay'ın da zaman zaman bu anlamda kullandığı gibi, "taraf" sözcüğünü, çekişmeli yargıdaki, davacı-davalı taraf olarak değil, inceleme konumuzun özelliği gereği, "aile birliğinin tarafları", "eşlerden her biri" olarak kullandık. Bu anlamda da, esasen MK. 166/3 maddesinin metninde 2-4. cümlelerde kullanılan 'taraflar' ın, çekişmeli yargıdaki taraf (davacı-davalı) olarak değil, "evlilik birliğinin tarafları" yani "eşler" biçiminde anlaşılması gerekmektedir.

C-Usuli Şartlar Maddi Hukuka İlişkin Şartlar haline Getirilmiştir

Anlaşmalı boşanma konusunda en son düzenlemeyi yapan İsviçre'de eşleri korumak, zarar görmelerini engellemek, acelecilikten kaçınmak ve boşanmanın serbest irade sonucu olmasını sağlamak için, bir çok usul hükmü boşanmanın maddi şartı haline getirilmiştir. Maddi ve usul hukukuna ilişkin bu birleşmenin, yeni boşanma hukukunu, maddi hukuktan önce bir usul hukuku haline getirdiği belirtilmektedir.[516] Gerçekten de ZGB. Art. 111 vd. na yakından bakıldığında, boşanma sürecinin, gelişen ve eşler ile hakimin takınacağı tutuma göre, neredeyse, şemalaştırıldığı görülmektedir. Bu, büyük ölçüde, boşanmanın maddi koşulları haline getirilmiş usul hükümleri ile sağlanmıştır. Usuli hükümler burada koruma fonksiyonu görmektedirler.

Almanya'da, Usul kanunu ile, anlaşmalı boşanmaya ilişkin şartlar getirildiğinde, bunların usule ilişkin şartlar mı, yoksa boşanmanın maddi şartları mı olduğu konusunda hemen hemen tartışmasız kabul edilen görüş, bunların, anlaşmalı boşanmanın şekline ait, ancak boşanmamın maddi şartları olduğudur.[517]

Türk Hukukunda da, MK. md. 166'da getirilen usule ilişkin hükümler, tıpkı İsviçre ve Almanya'da olduğu gibi, eşlerin ve çocuğun korunması düşüncesinden kaynaklanmakta ve bu hükümlere uyulmaması halinde, anlaşmalı boşanma yapılamamaktadır. Madde içerisinde, mantıki bir sıra içerisinde düzenlenen usule uygun davranılmasını hakim re'sen gözetecektir. Burada da, usule ilişkin hükümlerin, anlaşmalı boşanmanın maddi koşulları, unsurları haline geldiği görülmektedir.

---

[516] **Fankhauser,** 8; **Rhiner**, 103 vd.; **Schwenzer(Fankhauser)**, Vorb. Zu Art. 111-112, N.1-2; **Sandoz,** Divorce sur requête commune, 199-200.

[517] **Rebmann**, § 1566, N. 12; **Verschraegen**, 320, 322.

III- Anlaşmalı Boşanmanın Koşulları

A-Evlilik Birliğinin En Az Bir Yıl Sürmüş Olması

1-Genel olarak

Eşlerin anlaşarak boşanabilmeleri için kanunun aradığı ilk koşul, evliliğin en az bir yıl sürmüş olması gereğidir. Bu koşulun varlığı hakim tarafından re'sen araştırılacak ve bir yıllık süre dolmamış ise anlaşmalı boşanmaya karar verilemeyecektir. Bu konuda öğreti ve Yargıtay uygulamasında bir ihtilaf bulunmamaktadır.[518] Yargıtay ayrıca bu unsurun kamu düzeninden olduğunu da belirtmektedir/vurgulamaktadır.

---

[518] **Öztan**, Makale, 129, **Oğuzman/Dural**, 128; **Kırbaş**, 21; **Akıntürk**, 261; **Köprülü/Kaneti**, 175; **Hatemi/Serozan**, 238. Yarg. 2. HD.08.06.1998, 6237/7154;Yarg. 2.HD.28.10.1992, 9993/10453 (**Özuğur**, 403 vd.). Yarg. 2.HD.10.12.1997, 12360/13465; Yarg. 2. HD. 28.11.1997, 11547/12959 (**Gençcan**, 649 vd.). Yargıtay bu kararlarında tarafların anlaşmalı boşanma istemi ile mahkemeye başvurduklarında, bir yıllık sürenin dolmamış olduğunu saptamakta ve bu halde artık anlaşmalı boşanma yapılamayacağını, ancak taraf delillerinin sorulup, sonucuna göre evlilik birliğinin temelinden sarsılıp sarsılmadığının araştırılması gereğine işaret etmektedir. Yani talep, eşlerce anlaşmalı boşanma istemi ile hakim önüne getirilmiş olsa bile, süre nedeniyle talep tümden reddedilmeyip, taraflara temelden sarsılmayı ispat imkanı verilerek MK. 166/1-2-4 doğrultusunda (dava yolu ile) boşanma imkanı sağlanabilecektir. Yargıtay, yine anlaşmalı boşanma istemi ile mahkeme önüne gelen tarafların, MK.166/3 hükmünde yer alan koşullara ilişkin olarak, tek bir konuda anlaşamamış olsalar bile, MK. md. 166/3 doğrultusunda boşanamayacaklarını, bu gibi hallerde, MK. md. 166/1-2-4 (EMK. md. 134/1-2-4) maddesi uyarınca, deliller toplanıp değerlendirme yapılması (dava yolu-çekişmeli usul) gereğine işaret etmektedir. (Yarg. 2. HD.07.07.1994, 6789/7023. İBBBA. CD-Rom Medya.). Yargıtay'ın bu uygulaması bizce doğrudur. Zira ortak başvuru ile eşlerde artık boşanma iradesinin varlığı ortaya çıkmış olmaktadır. Sırf süre şartı veya diğer koşullar gerçekleşmediği için istemin reddedilmesi halinde, eşler için yeni bir dava ile MK. md. 166/1-2-4 doğrultusunda boşanma yoluna başvurma olanağının var olduğu kuşkusuzdur. İşte eşlerin boşanabilmeleri için, başlamış bir süreç ve bu süreç içerisinde de çekişmeli yargıya geçme olanağı var iken, ayrıca bir dava açılmasını istemek ve böylece eşlere süre kaybettirmek, o ana kadar yapılanların boşa gitmesi yerine, aynı süreç içerisinde sorunun çözümü yoluna gitmek, hem eşlerin ve kanun koyucunun amacı ve hem de usul ekonomisi açısından yerinde bir davranıştır. Burada eşlerin ortak başvurularının anlaşmalı boşanma nedenine dayalı olarak hakim önüne geldiği, başvuru dilekçesinde evlilik birliğini temelinden sarsan olayların neler olduğuna yer verilmediği, bunun bir eksiklik olduğu öne sürülebilir. Yarg. HGK. 08.05.1985 tarih ve 1984/459 E, 1985/424 K. sayılı kararında; "...geçimsizliğe dayanan boşanma davalarında, geçimsizliğe yol açan olayların mahiyetleri itibariyle dava dilekçesinde genel bir biçimde belirtilmesi yeterli olup, bu olayların dava dilekçesinde ayrıntıları ile açıklanması zorunluluğundan söz edilemez. Bu itibarla olayda hakimin iki tarafın iddia ve savunmaları ile bağlılığı yolundaki usul kuralına aykırılık bulunmamaktadır."sonucuna varmıştır. (İBBBA. CD-Rom Medya). Anlaşmalı boşanma biçiminde hakim önüne geldiği halde, koşulları bulunmadığı için boşanma isteminin reddedilmeyerek, eşlere MK. md. 166/1-2-4 doğrultusunda açıklama yapmak (ek dilekçe vermek) ve delil ibraz etmek ve böylece de çekişmesiz usulden çekişmeli usule geçilmesi olanağının tanınması yerinde bir uygulamadır. Yine belirtilmelidir ki, anlaşmalı boşanma istemi yerine

1984 tarihli Öntasarıda ve 1985 tarihli Tasarıda anlaşmalı boşanmadan yararlanabilmek için, evlilik süresine ilişkin olarak bir yılın geçmesi öngörülmüş iken, hükümetin teklif ettiği metinde[519] farklı bir esas benimsenmiş ve dava açabilmek için herhangi bir süre aranmaksızın tarafların başvuruda bulunabilecekleri, hakimin bu durumda bir yıl ile iki yıl arasında bir süre ayrılığa hükmedeceği, eşlerin bu süre içerisinde ortak hayatın devamı amacıyla bir araya gelmemeleri halinde, evlilik birliğinin temelinden sarsılmış sayılıp, süre sonunda eşlerden her birinin boşanmayı talep edebileceği yolunda bir düzenleme teklif edilmiştir. Burada, boşanma öncesi ayrılığa hükmedileceği öngörülmüş olduğundan, anlaşmalı boşanmaya karar verilebilmesi için, evliliğin belli bir süre devam etmiş olması aranmıyor idi. Ancak Adalet Komisyonu, yerinde olarak, bu teklife rağbet etmemiş ve ayrılık kurumuna hiç başvurulmaksızın, evlilik birliğinin kurulmasından itibaren bir yıl geçmiş ise, eşlerin anlaşmalı boşanma için başvurabilecekleri esasını kabul etmiştir. Ayrılığı getiren hükümet teklifinin amaca uygun olmadığı ve boşanmayı kolaylaştıracağı yerde zorlaştıracağı yerinde olarak ifade edilmiştir.[520] Gerçekten de böyle bir düzenleme yaşam gerçekleri ile bağdaşmadığı gibi, çağdaş hukuklarda anlaşmalı boşanma kurumu ile amaçlanan ilkelere de ters düşmektedir.

2- Bir yıllık sürenin amacı

Kanun koyucunun, bir yıllık süreyi koyarken, eşlerin kendilerini boşanmaya götürebilecek geçimsizliklerin varlığını sağlıklı olarak bir yıldan önce göremeyeceklerini var saydığı, evliliğin hemen başında olabilecek küçük

---

getirilemeyen eşlerin, çekişmesiz yargıda istemlerini (dava yolu ile) sürdürebilme olanakları sadece MK. 166/1-2-4 ile sınırlı tutulamaz. Onlar kanaatimizce bu yolda özel boşanma nedenlerinden de yararlanabilecekler ve çekişmeli usulde MK. md. 161-165 hükümlerine de dayanabileceklerdir. Bu şekilde MK. md. 161 ve 162'de yer alan altı aylık ve beş yıllık sürelerin muhafazası da sağlanabilecektir.

519 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin Bazı Maddelerinin ve 918 sayılı Borçlar Kanunu'nun 49. Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun Tasarısına İlişkin Hükümetce teklif edilen metin için bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Dönem 18, Yasama yılı 1, sayı 25, sf. 16.

520 **Kırbaş**, 22; **Kılıçoğlu**, 386.

kırgınlıkların, eşlerin henüz birbirlerini iyi tanımadıkları bir dönemde, tarafları boşanmaya götütüreceğini düşündüğü ve bunu engellenmeye çalıştığı, bu süre içerisinde, eşlerin birbirlerini daha iyi tanıyıp, boşanma gibi önemli bir kararı, fevri bir şekilde almalarının önüne geçmeyi amaçladığı anlaşılmaktadır. Dönemin Adalet Bakanı, TBMM'deki sunuş konuşmasında, eşlerin birbirlerine uyum sağlayıp sağlayamayacaklarının ancak bu sürenin sonunda anlaşılabileceğini ifade etmektedir.[521] Bir yıllık evlilik süresi içerisinde eşlerin fiilen bir arada olup olmadıkları hükmün uygulanması açısından önem taşımamaktadır.[522]

Fransız Medeni Kanununun 230. maddesi bu süreyi altı ay olarak belirlemiştir. Alman Medeni Kanununda, anlaşmalı boşanma koşulu olarak, eşlerin en az bir yıldan beri ayrı yaşıyor olmaları, evliliğin başarısızlığa uğramış olduğuna karine sayıldığından, anlaşmalı boşanma için evliliğin üzerinden en az bir yıl geçmiş olması gerekecektir. İsviçre Medeni Kanununda anlaşmalı boşanma için evlilik sonrası bir süreye yer verilmemiştir.

Öğretide bu bir yıllık sürenin yerinde ve mantıki olduğu, eşlerin bir yıldan önce ortak yaşama bilincine tam olarak varamadıklarından, aşırı duygusallıkla yuvalarını yıkabilecekleri, amacın bu sonucu engellemek olduğu, kanun koyucunun insanların bu zayıf yönünü gözeterek iyice düşünmelerini sağlamak için böyle bir süre koymuş

---

521 Tutanak Dergisi, 399.

522 **Kırbaş**, 23; **Öztan**, Makale, 130. Oğuzman/Dural burada bir çelişki görmektedirler. Yazarlara göre; evliliğin en az bir yıl sürmüş olmasının gerekçesinin, eşlerin birbirlerini henüz iyice tanımadan boşanmaya kalkışmalarına bir ölçüde engel olmak olduğuna göre, kanunun belirli bir süre bir arada yaşamayı aramaması bir çelişki oluşturmaktadır. Çünkü, eşler, evlendikleri andan itibaren ayrı yaşamaya başlarlar ve hiçbir şekilde bir araya gelmeden bir yıl sonra boşanmak için başvururlarsa, hiç bir şekilde araya gelmediklerine göre evlilik birliğinin temelinden sarsıldığından, müşterek hayatın sürdürülmesinin kendilerinden beklenemez olduğundan söz etmek nasıl mümkün olur? (**Oğuzman/Dural**, 128). Bu görüş evlilik birliğini temelinden sarsan olayların muhakkak eşlerin bir arada (aynı çatı altında) yaşamaları halinde ortaya çıkabileceğini varsaydığından kabul edilemez. Zira eşler bir araya gelmeden de boşanmayı gerektirecek nedenler ortaya çıkabilir. Yine ülkemizde, bazı bölgelerde, çeşitli nedenlerle, evlilik akdi yapılmakta, ancak eşler bir süre sonra bir araya gelmektedirler. Bu ara dönem bir tür nişanlılık gibi geçirilmektedir. Bu gibi durumlarda, anlaşmalı boşanma yapılabilmesi için, eşlerin bir araya gelmiş olmalarının aranması sakıncalar doğurabilecektir.

olduğu;[523] her halde, eşlerin bir süre ayrı yaşadıktan sonra, boşanma davasını açmalarının, olayların etkisinden kendilerini kurtarıp, daha sakin, daha doğru bir karara varmaları yönünden isabetli olacağı, sadece bir yıllık evlilik süresinin fevkalade kısa olduğu, çünkü evlilik birliğini yürütebilmek için tarafların bir yıldan daha uzun bir süreye ihtiyaçlarının var olduğu, ilk krizden, özellikle de yeni evliliklerde ilk krizden sonra ve yeterince düşünülmeden dava açılmamasının gerektiği, evlilik birliğinin her durumda yürümesinin imkansız olduğu hallerde eşlerin, zaten MK. 166/1 (EMK. nun 134/1) maddesine dayanarak dava açabilecekleri, bu itibarla anlaşmalı boşanmaya imkan tanımak suretiyle boşanmanın çabuklaştırılmasının eşler yönünden fazla bir yarar getirmesinin düşünülemeyeceği[524] ileri sürülmüştür.

Kanaatimizce, eşlerin boşanma konusundaki iradelerine değer verilerek, anlaşmalı bir şekilde boşanmalarına olanak verilmesi karşısında, evliliğin en az bir yıl sürmüş olmasını aramak yerinde bir düzenleme olmamıştır.[525] Zira evliliğin en az bir yıl sürmüş olmasını haklı görenlerin öne sürmüş oldukları, eşlerin birbirlerini daha iyi tanımaları, fevri davranışlardan kaçınma, uyumun bir yıl içerisinde ortaya çıkabileceği, küçük kırgınlıkların boşanmaya sebebiyet verebileceği gibi olgular bir yıllık süre ile sınırlanamaz. Pekala bu gibi hususlar, bir yıldan sonra da ortaya çıkabilir ve eşler bu küçük kırgınlıklar nedeniyle boşanmayı isteyebilirler. Yine bir yıllık süre içerisinde, eşlerin anlaşmalı boşanmayı isteyebilecekleri çok önemli olaylar da ortaya çıkabilir ve eşler anlaşmalı boşanma yapmak isteyebilirler. Bu halde sırf süre şartı nedeni ile anlaşarak boşanamayacaklar, özel ve genel sebebe bağlı olarak dava açmak zorunda kalacaklardır. Anlaşmalı boşanma olanağının tanındığı bir düzende, hangi gerekçe ile olursa olsun eşlerin, boşanma istemi ile hakime

---

[523] **Şener**, Değişiklikler, 4; **Oğuzman/Dural**, 128; **Akıntürk**, 261; **Köprülü/Kaneti**, 175.

[524] **Öztan, Makale**, 131.

[525] Aynı görüşde **Kırbaş**, 23.

gidebilmelerini, belli bir sürenin geçmiş olmasını arayarak sınırlamak haklı görülemez.[526]

Belirtilmelidir ki, süre söz konusu olduğunda, anlaşmalı boşanma için, evliliğin başlangıcından itibaren bir sürenin geçmiş olmasını aramak, Alman Hukukunda olduğu gibi, belli bir süre ayrı yaşamayı aramaktan daha isabetlidir.[527]

3-Bir yıllık sürenin başlangıcı

Kanun evliliğin en az bir yıl sürmüş olmasını aradığından, bir yıllık sürenin başlangıcı, en erken evlenmenin kurulduğu tarihtir. Evliliğin hangi andan itibaren varolduğu Medeni Kanun değişikliğinden önce Yargıtay'ın 14.06.1965 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı ile açıklığa kavuşturulmuştu.[528] İçtihadı Birleştirme Kararına göre, evlendirme memurunun yönelttiği sorular üzerine, tarafların olumlu cevap vermeleri halinde, evlenme akdedilmiş olmaktaydı.

Yeni Medeni Kanunumuz, bu konuyu, kanuni düzenlemeye kavuşturarak, 142. maddesinde, evlenmenin, evleneceklerden her birinin, evlendirme memuruna olumlu

---

526 Uygulamada bu bir yıllık sürenin, boşanma konusunda anlaşmış eşleri engelleyemediği görülmektedir. Boşanma konusunda anlaşmış eşler, eğer evlilik birliği bir yıldan az sürmüş ise, bu kez çekişmeli usulde MK. md. 166/1-2'ye göre açılan bir dava sonucu boşanmaktadırlar. "Anlaşmış eşler"in söz konusu olduğu MK. md 166/1-2 uyarınca açılmış bir davanın, hakim tarafından reddedilmesi alışılmış bir durum değildir. Bu gibi hallerde eşlerin hakim önüne gelmeleri de gerekmemekte ve hemen tüm olaylarda, tek duruşma sonucu, tanık dinlenerek boşanma kararı verilmektedir. Anlaşmalı boşanma yapılabilmesi için, evlilikten itibaren bir yıllık bir sürenin geçmiş olmasını arama, bu nedenle de yerinde olmamıştır. De lege feranda bir çözüm olarak, bir yıllık sürenin kanundan çıkarılması yerinde olur.

527 **Burcuoğlu**, Etude, 67.

528 Yarg. İBK, 1965/3 E, 1965/3 K. sayılı ve 14.06.1965 tarih. "... şekle bağlı bir hukuki işlem niteliğini taşıyan evlenme akdinin geçerli olarak meydana gelebilmesi için , evlenecek kişilerin yetkili evlenme memuru önünde sadece irade bildirimlerini bir arada ve sözle olumlu olarak açıklamaları yeterlidir. Evlenme memurunun aldığı bu olumlu karşılıklar üzerine, evlenmenin kanunca akdedilmiş olduğunu söylemesi bile evlenme akdinin meydana gelebilmesi için esaslı bir unsur olmadığı gibi, yapılan evlenme akdini deftere işleyip altını imzalaması da idari bir şekil işleminden ibaret olup evlenmenin geçerli sayılmasını sağlayacak bir şartı da olamaz." (Kararın metni için bkz. **Esat Şener, Tüm Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları**, Ankara, 2000, sf. 449-454.).

sözlü cevaplarını verdikleri anda kurulacağını, hükme bağlamaktadır. MK. md. 166/3'deki bir yıllık süre de, MK. md. 142'ye uygun olarak bu tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır.

4- Bir yıllık sürenin niteliği

Bir yıllık sürenin hukuki niteliğini tespit etmek, bazı hukuki problemlere cevap bulmak için gereklidir. Anlaşmalı boşanma için dava açıldığında, henüz bir yıllık süre dolmamış, ancak yargılama süreci içerisinde, henüz karar verilmeden önce, bu bir yıllık süre dolmuş ise ne olacağı üzerinde durulması gereken bir konudur. Yargıtay, böyle bir durumda davanın (talebin) bir yıllık süre dolmadan açılmış olduğu gerekçesi ile anlaşmalı boşanma yapılamayacağını içtihat etmektedir.[529] Bu sorunun çözümü için MK. md. 166/3'de yer alan bir yıllık sürenin niteliğini tespit etmek gerekmektedir. Bizce, bu bir yıllık süre, maddi hukuka ilişkin yargılama (dava) şartıdır. Yargılama şartı, bir davanın esası hakkında yargılama yapılabilmesi ve yine çekişmesiz yargıda bir işin esası hakkında karar verilebilmesi için, muhakkak varlığı aranan hususlardır.[530] Yargılama şartlarının bulunup bulunmadığı, yargılamanın esasına girişilmeden önce, hakim tarafından, görevinden ötürü (re'sen) araştırılır. Taraflar, yargılama şartının eksikliğine rağmen yargılamayı sürdürmek isteseler dahi, hakim yargılamayı sürdürmemek (talebi/davayı reddetmek) zorundadır.[531] Yargılama şartının yokluğu yargılama talebinin (davanın) esastan değil, usulden reddini gerektirir.[532] Yargılama şartı gerçekleştikten sonra, hiç kuşkusuz aynı konuda yeniden talepte bulunulabilecek, dava açılabilecektir. Genel yargılama şartları yanında, çeşitli kanunlarda belirli davalar veya çekişmesiz yargı işleri için özel yargılama şartları da

---

[529] Yarg. 2. HD.08.06.1998, 6237/7154;Yarg. 2.HD.28.10.1992, 9993/10453 (**Özuğur**, 403 vd.). Yarg. 2.HD.10.12.1997, 12360/13465; Yarg. 2. HD. 28.11.1997, 11547/12959 (**Gençcan**, 649 vd.).

[530] **Kuru**,II, 1343; **Kuru**, Nizasız Kaza, 156; **Üstündağ**, 238. Yargılama (dava) şartları mahkemeye, taraflara ve yargılama konusuna göre üçe ayrılarak incelenmektedir. Bu ayrım altında incelenen yargılama şartlarına genel yargılama şartları denilmektedir. (Geniş bilgi için bkz. **Kuru**, II, 1343 vd.).

[531] **Kuru**, II,1345; **Kuru**, Nizasız Kaza, 156-157.

[532] **Üstündağ**, 243.

öngörülmektedir.[533] İşte MK. md. 166/3 hükmünde aranan, evlilik birliğinin en az bir yıl sürmüş olması koşulu da, böyle bir yargılama şartıdır.

Davanın veya çekişmesiz yargıya tabi bir istemin esası hakkında yargılamaya başlanılabilmesi, sürdürülebilmesi ve karar verilebilmesi için yargılama şartlarının, yargılamanın her aşamasında bulunması gerekmektedir. Ancak hakim tarafından yargılamanın başında varlığının araştırılması gereken yargılama şartı, bu yargılama şartının yokluğu nedeni ile henüz talep (dava) reddedilmeden önce gerçekleşir ise, artık yargılama şartının eksikliğinden söz edilemeyeceğinden, başlangıçtaki yargılama şartı eksikliği nedeniyle talebin (davanın) reddedilemeyeceği ve talep doğrultusunda yargılamaya devam edilerek (davanın esasına girilip) karar verilmesi gerektiği konusunda öğreti[534] ve uygulamada[535] görüş birliği bulunmaktadır.

İşte başlangıçta var olmayan, süreye ilişkin yargılama şartı, evlilik birliğinin en az bir yıl sürmüş olması koşulu, yargılama süreci içerisinde ve henüz talep, yargılama şartı eksikliğinden reddedilmemişken gerçekleşir ise, artık yargılama şartının

---

533 **Üstündağ**, 243; **Kuru**,II, 1388.

534 **Kuru**,II,1391 vd. **Necip Bilge/Ergun Önen**, **Medeni Yargılama Hukuku**, 3. Bası, Ankara, 1978, 413; **Postacıoğlu**, 204-205; **Recep Akcan, Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri**, Nobel Yayın Dağıtım Ltd. Şti., Ankara, 1999, 106.

535 "Özel daire ile yerel mahkeme arasındaki uyuşmazlık, davanın açıldığı tarihte bulunmayan bir dava şartının, dava görülmekte iken yerine getirilmiş ve davanın görülebilirlik engelinin kalkmış olması durumunda davanın esasına girilebilip, girilemeyeceği noktasında toplanmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki, dava şartlarının davanın açıldığı tarihten hükmün kurulduğu tarihe kadar aynen bulunması temel bir usul kuralıdır. Hakim, daha davanın başında, dava şartlarının bulunup bulunmadığını kendiliğinden (re'sen) araştırmak zorundadır. Bir dava şartının bulunmadığını tespit etmesi halinde işin esasına girmeden davayı usul yönünden reddetmelidir. Ancak bu yön ihmal edilmiş ve işin esasına girilmiş olması halinde, dava görülmekte iken başlangıçta noksan bulunan dava şartı da gerçekleşmişse artık davanın usulden reddedilmeyip esastan tetkikle çözüme ulaştırılması gerekir. Nitekim doktrindeki baskın görüş de bu yoldadır. (... Bir dava şartının noksan olmasına rağmen esasa girilmiş ve dava sırasında o dava şartı noksanlığı ortadan kalkmış ise, hüküm anında bütün dava şartları tamam olduğundan, davanın esası hakkında karar verilir. Yani dava, dava şartlarının başlangıçta noksan olduğu gerekçesiyle usulden reddedilemez.). (Prof. Dr. Baki Kuru, HUMK adlı kitabı, 1979 bası, cilt:1, sayfa 899). Bu itibarla, yerel mahkemenin davada işin esasına girilerek hüküm kurulabileceğine değinen direnme usul ve kanuna uygun olup yerindedir." HGK.03.03.1993, 2/773-82. (YKD.1993.5.682-684). Aynı mahiyette: HGK. 22.03.1995, 5/835-215. (YKD. 1996.12.1879-1880). HGK.31.05.1995, 14/371-566 (İKİD.1995, s.418, 11390-11391). Ayrıca diğer kararlar için bkz. **Akcan**, 106, dn.542.

başlangıçta varolmadığı (talepde bulunulduğunda bir yıllık sürenin henüz dolmamış olduğu) nedeni ile talep reddolunmamalı, esasa girilerek yargılamaya devam olunmalıdır. Çünkü karar anında tüm yargılama şartları tamamdır. Bu, usul ekonomisi açısından da yerinde bir davranıştır. Böylece başlangıçtan itibaren eşler tarafından yapılan işlemler de boşa gitmemiş olacaktır.

Yukarıdaki açıklamalar, açılmış bir boşanma davasının, diğer eş tarafından kabul edilmesi (çekişmeli yargıdan çekişmesiz yargıya geçilmesi) hali için geçerli olduğu gibi, dava söz konusu olmaksızın, eşlerin çekişmesiz yargı prosedürü içerisinde, boşanma için birlikte başvurmaları hali için de geçerlidir. Yani, eşlerin birlikte başvurma anında bir yıllık süre dolmamış olamakla birlikte, bu süre henüz kararın verilmediği yargılama süreci içerisinde dolar ise, yine talep reddedilmeyerek, yargılamaya devam edilecektir.

B-Eşlerin Boşanma Konusunda İradelerinin Birleşmesi

Anlaşmalı boşanmanın ön şartı eşlerin boşanma konusunda irade birliğine varmış olmalarıdır. Anlaşmalı boşanmayı düzenleyen bütün hukuklarda, bu irade birliğinin belli şekilde gösterilmiş olması aranmaktadır. Türk Hukukunda da MK. md. 166/3 hükmü, bu irade birlikteliğinin, birlikte başvuru veya bir eşin açtığı davanın diğeri tarafından kabul edilmesi yolu ile gösterilmesini aramaktadır. Bu iki halde, diğer koşullar da var ise, evlilik birliğinin temelinden sarsılıp sarsılmadığı hakim tarafından hiç araştırılmaksızın (kesin kanuni karine gereği) boşanmaya karar verilecektir. Diğer yandan, eşlerin boşanmayı isteme konusundaki iradelerinin de sağlıklı bir düşüncenin ürünü olması ve her hangi bir iradeyi bozan sebep ile de sakatlanmamış olması gerekir.

1-Birlikte başvurma

Kanun anlaşmalı boşanma için "eşlerin birlikte başvurabileceklerini" açıkça belirtmektedir. İsviçre'de ZGB Art. 111 ve Art 112'ye göre eşler, ortak bir dilekçe ile

mahkemeye başvurarak boşanmayı talep edebilmekte ve anlaşmalı boşanma sürecini başlatabilmektedirler. Kanunun lâfzının ortak bir yazılı dilekçe ile başvuruyu tavsiye ettiği belirtilmektedir.[536] Bizim hukukumuzda da MK. md. 166/3'de açıkça, eşlerin birlikte başvurmasından söz edilmiş olduğuna göre, hiç kuşkusuz eşler, birlikte, ortak bir dilekçe ile anlaşmalı boşanmaya karar verilmesini mahkemeden isteyebileceklerdir.[537]

Anlaşmalı boşanma istemini içeren ortak başvuruyu, eşlerin temsilcileri, hatta ortak temsilcileri aracılığı ile yapabilecekleri kabul edilmelidir.[538] İki ayrı metinde yer alan, ancak içerik olarak birbiri ile örtüşen ve aynı zamanda mahkemeye verilen, boşanmak isteyen eşlere ait talepler de, eşlerin birlikte başvurusu olarak düşünülmelidir.[539]

---

536 **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.9; **Rhiner**, 116 vd.

537 **Sutter/Freiburghaus**, Vor. zu Art. 11-116, N. 9; **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.1, 4; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111. N.4.; **Rhiner**, 116 vd.; **Fankhauser**, 12; **Kırbaş**, 27. 09.01.2003 tarihinde kabul edilen 4787 sayılı "Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun" ile, Medeni Kanunumuzun ikinci kitabı (Aile Hukuku) ve Medeni Kanunun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanuna göre, Aile Aukukundan doğan dava ve işler ile, 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanuna göre Aile Hukukuna ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi ile görevli Asliye Hukuk mahkemesi derecesinde Aile Mahkemeleri kurulmuştur. (Kanun metni, gerekçesi ve kanun üzerine görüşmelerin yer aldığı Genel Kurul Tutanakları için bkz. http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/). Bu kanunun 7. maddesinde; " Aile mahkemeleri, önlerine gelen dava ve işlerin özelliklerine göre, esasa girmeden önce, aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması bakımından eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek bunların sulh yoluyla çözümünü, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik eder. Sulh sağlanamadığı taktirde yargılamaya devam olunarak esas hakkında karar verilir." şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu hüküm, hiçbir şekilde, anlaşmalı boşanma için mahkemeye başvuran eşler hakkında, hakim tarafından bir sulh girişiminin zorunlu olduğu biçiminde anlaşılmamalıdır. Anlaşmalı boşanmada bir sulh girişimi, boşanma konusunda kararlı eşlerin, yaşamış oldukları sıkıntıyı uzatmaktan öteye bir anlam taşımaz. İsviçre'de, anlaşmalı boşanmada sulh girişimi bulunmadığı gibi, eşlerin ortak başvurularının her hangi bir sulh girişimi olmaksızın hakim önüne getirileceği belirtilmektedir. Yine Fransa'da sulh olanağı bulunmasına karşın, bu yola mahakemelerce hemen hiç gidilmediği gözlenmektedir. Bize göre de anlaşmalı boşanmada bir sulh girişimi olmamalıdır.

538 **Sutter/Freiburghaus**, Vor. zu Art. 11-116, N. 9; **Ducrot**, 33; **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.1, 4.

539 **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.9; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111. N.4.

Öğretide, MK. md. 166/3 hükmü doğrultusunda, eşlerin anlaşmalı boşanmayı sağlayabilmek için mahkemeye "birlikte başvurmaları" halinde, bunun ne şekilde gerçekleştirileceği konusunda soru işaretlerinin oluştuğu görülmektedir. Bu konuda Kılıçoğlu;[540] "Boşanma bir nizalı kaza olduğuna ve açılacak davada taraflardan biri davacı iken diğeri davalı olacağına göre eşlerin ortak bir dilekçe ile boşanma için baş vurmaları halinde usul hukuku açısından önemli sorunlar ortaya çıkabilir. Ancak burada ortak dilekçede eşlerin yine birisi davacı gösterilecek, davalı gösterilen diğer eş de bu davayı kabul iradesi imzası ile onaylayacaktır." demektedir. Akıntürk;[541] "Eşler önceden aralarında anlaşarak boşanmak üzere birlikte başvurabilirler, yani boşanma davasını beraberce açabilirler. Fakat bu durumda çekişmeli yargı türünden olan boşanma davasında davacı ve davalı tarafı eşlerden hangisi oluşturacaktır? Eşler boşanma davasını beraberce açabileceklerine göre acaba dava dilekçesinde her ikisi de hem davacı, hem davalı olarak mı gösterileceklerdir?" demektedir.

Yine Yalçınkaya/Kaleliye[542] göre de; kanun metni yanlış anlaşılmalara yol açabilecek şekilde kaleme alınmıştır. Yazarlara göre, daha yargılamanın başında, her iki eşin birlikte imzaladığı ortak bir dilekçenin aranmaması gerekir ve sadece eşlerden biri tarafından MK. md. 166/3 (EMK.134/3) ün uygulanması için hazırlanmış dava dilekçesi ile de boşanma yargılamasının harekete geçirilebilmesi mümkündür. Zira burada amaçlanan, boşanma hususunda eşlerin birlikte karar verdiklerinin anlaşılması ve gösterilmesidir. Eşlerin boşanma iradelerinin serbestçe açıklanıp açıklanmadığının, zaten davanın bir şartı olarak eşlerin hakim tarafından bizzat dinlenildikleri sırada belirlenmesi mümkündür.

Öncelikle belirtilmelidir ki, yukarıda açıklamaya çalıştığımız gibi, MK. md. 166/3 hükmü ile bir çekişmesiz yargı faaliyeti öngörülmüştür. Bu, eşlerin birlikte başvurmuş olmaları halinde de, bir eşin, diğerinin (özel, genel veya fiili ayrılık

---

[540] **Kılıçoğlu**, 387.

[541] **Akıntürk**, 262.

[542] **Yalçınkaya-Kaleli** ,II, 2061.

nedeniyle) açtığı davayı, kabul etmesi halinde de böyledir. Birlikte başvuruda, başvurudan itibaren çekişmesiz yargı, bir eşin diğerinin davasını kabulde ise, kabul anına değin çekişmeli, kabulden itibaren ise çekişmesiz yargı söz konusu olacaktır.

MK. md. 166/3 metninde, eşlerin anlaşmaları halinde, boşanma sonucuna ulaşılabilmesi için nasıl bir yol izleneceği usul kuralları getirilerek -ki bunlar anlaşmalı boşanmanın maddi koşullarıdır- gösterilmiştir. Metnin yanlış anlaşılmalara yol açmayacak şekilde, açık olarak kaleme alındığını düşünmekteyiz. Anlaşmalı boşanma istemi ile, ortak olarak, eşlerin mahkemeye başvurmalarını çekişmesiz yargı içerisinde düşündüğümüzde, birlikte başvuran eşlerden birinin davalı, diğerinin de davalı olarak gösterilmesinin bir gereği kalmaz; çünkü çekişmesiz yargı sisteminde iki taraf yoktur. Çekişmesiz yargıda, çekişmeli yargının aksine davacı, davalı, dava, hasım terimlerinin yeri ve anlamı bulunmamaktadır.[543] Çekişmesiz yargı işleri bir dava değildir. Eşler, çekişmesiz yargı usulü içerisinde mahkemeden bir istekte bulunmaktadırlar. Yukarıda da açıklandığı gibi, ayrı bir çekişmesiz yargı kanunumuzun olmaması nedeni ile, zorunlu olarak, çekişmesiz yargıya dahil işlerde de, çekişmeli yargıya dair kanun hükümlerinin uygulanıyor olması karşısında, uygulamada, çekişmesiz yargı işlerinde de iki taraf aranmakta, hasım yaratılmaya çalışılmaktadır. Eşlerin birlikte başvurarak boşanmayı istemeleri halinde de yaşanan budur. O nedenle de, Yargıtay kararlarında, eşlerin birlikte başvurmuş olduğu durumlarda da, bir eşin açmış olduğu davayı diğer eşin kabul etmesinden sonra da, sürekli, davadan söz edilmektedir. Oysa yukarıdan beri açıklamaya çalıştığımız gibi, bu halde çekişmesiz yargıya tabi bir istek/talep bulunmaktadır ve "dava" söz konusu değildir.

Kanunda açıkça eşlerin birlikte başvurarak boşanma isteminde bulunabilecekleri belirtilmiş olduğundan, hiçbir şekilde davacı-davalı terimlerine yer verilmeksizin

---

543 **Kuru**, Nizasız Kaza, 158. "...burada alâkadarlar kaideten zıt menfaat ve taleplerle karşı karşıya değildirler. Hatta, bazı hallerde, alâkadarlar müştereken mahkemeye müracaat ederek bir karar verilmesini veya tedbir alınmasını talep ederler..." (**Kuru**, Nizasız Kaza, 158).

"dilekçe verenler, talepte (istemde) bulunanlar, boşanmak isteyenler" gibi ifadelerle, eşler birlikte mahkemeye başvurabileceklerdir. Ülkemizde çekişmesiz yargı işlerinde (esasen bir çekişmeli yargı usulü olan) basit usul uygulandığından, burada HUMK md. 508 uygulama alanı bulacaktır. Bu hükme göre, birlikte başvuru iki örnek dilekçe ile gerekçeli ve "evrak-ı subutiye" eklenmiş olarak yapılmalıdır. Buradaki evrak-ı subutiyeden hakimin karar vermesine yetecek belgelerin dilekçeye eklenmesi gereği anlaşılmalıdır. Bu hususu ileride inceleyeceğiz.

Yine kanaatimizce, bir eşin anlaşmalı boşanma amacıyla tek taraflı olarak mahkemeye başvurması üzerine, birlikte başvuru koşulunun yerine getirilmediğinden bahisle, talep geri çevrilmemeli, diğer eşin yargılamaya katılımı sağlanarak, koşulların var olup olmadığı araştırılmalıdır.[544] Uygulama da daha ziyade bu yönde gelişmiştir.[545] Boşanma konusunda anlaşan eşlerden birisi, anlaşmalı boşanma talebi ile[546] tek başına dilekçe vermekte ve bu dilekçede, eşi ile boşanma konusunda anlaştığını belirterek, boşanma kararı verilmesini dilemektedir. Bu aşamada, bu tür bir dilekçe, birlikte başvuru koşulu oluşmadığı gerekçesiyle geri çevrilmemekte, gün tayin olunarak diğer eşe dilekçe tebliğe çıkarılmaktadır.

---

544 Kırbaş, aksi görüştedir. Yazara göre;"...daha başlangıçta bile birlikte hareket etmeleri gerekli eşlerden sadece birinin tek taraflı beyanı, hakimin diğer koşulların da varlığını araştırması için gerekli 'anlaşma' unsurunu sağlamaya yetmeyecektir. O halde, böyle bir durumda boşanma davasının kamu düzenine ilişkin koşullarından biri gerçekleşmiş sayılamayacağından, hakime düşen yargılamaya devamla MK.m.134/III'e göre eşleri iradelerinin serbestliği hususunda bizzat dinlemek için çağırmak ve boşanmanın sonuçları üzerinde de anlaşmalarını istemek değil, daha baştan tek taraflı başvuruda bulunan eşin bu talebini reddetmek olmalıdır."**Kırbaş**, 28.

545 Anlaşmalı boşanmaya dair ulaşabildiğimiz Yargıtay kararlarından, yalnızca bir tanesinde, eşlerin boşanmak üzere birlikte başvurdukları açıkça anlaşılmaktadır. Yargıtay burada da dava terimini kullanmaktadır. Yarg. 2. HD. 15.1.1997, 13730/449. Hukuk Bilgi Bankası, http://vakif.yargitay.gov.tr. İstanbul merkez ilçe ve diğer ilçelerin Asliye Hukuk Mahkemesi kalemlerinde yapmış olduğumuz kişisel araştırmamızda, eşlerin ortak bir dilekçe ile mahkemeye başvurarak anlaşmalı boşanma talebinde bulunduklarını, ancak bunun çok nadir olduğunu saptadık. Örneğin İstanbul (Sirkeci) mahkemelerine, ortalama haftada bir tane böyle bir başvurunun yapıldığı ve ilginç olanın da, bu tür başvuruların vekil (avukat) aracılığı ile değil, eşlerin bizzat kendilerince yapıldığı tarafımıza ifade olunmuştur.

546 Bu başvuruya, her zaman olmamakla birlikte, MK. md. 166/3 hükmünde yer alan boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda ortak olarak düzenlenmiş ve imzalanmış anlaşma da eklenmektedir. Ancak bu anlaşma daha sonra (ve genellikle de dinleme duruşmasında) verilmektedir.

2-Anlaşmalı boşanmada "talepte bulunabilme/yargılamayı sürdürebilme" ehliyeti

a. Taraf/ilgili olma ehliyeti

Taraf ehliyeti, usul hukukunda, bir davanın tarafı olabilme yeteneğini ifade eder. Taraf ehliyeti, usul hukukçularınca Medeni Hukukdaki medeni haklardan yararlanma (hak) ehliyetinin, medeni usul hukukunda büründüğü şekil tarzında tanımlanmaktadır.[547] Medeni (maddi) hukuka göre hak ehliyetine sahip herkesin, davada taraf ehliyeti de bulunmaktadır. Boşanma davasının tarafları eşlerdir. Üçüncü kişilerin, eşlerin temsilcisi olmaksızın boşanma davası açmaya hakları yoktur.[548] Taraf ehliyeti dava (yargılama) şartıdır.[549]

Çekişmesiz yargıda da menfaatler durumu aynı olduğundan, çekişmesiz yargıdaki ilgili olma ehliyetinin de, çekişmeli yargıdaki genel kurala göre tayin olunacağı, buna göre medeni haklardan yararlanma ehliyetine sahip olanların, ilgili olma ehliyetine de sahip oldukları, ilgili olma ehliyetinin de yargılama şartı olduğu belirtilmektedir.[550] Çekişmesiz yargıya tabi bir faaliyet olan anlaşmalı boşanmada ilgililer, eşlerdir.

b. Dava/faaliyette bulunabilme ehliyeti

Dava ehliyeti, kişinin kendisinin veya yetkili kılacağı bir temsilci (vekil) aracılığı ile bir davayı (davacı veya davalı olarak) takip etme ve usul işlemlerini yapabilme ehliyetidir (HUMK. md.59). Medeni hakları kullanma (fiil ehliyetine) sahip olan tüm

---

547 **Kuru**, I, 887; **Gürdoğan**, 209; **Aytekin Ataay, Şahıslar Hukuku, Birinci Yarım, Giriş-Hakiki Şahıslar**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Üçüncü. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978, 94.

548 **Tekinay**, 244.

549 **Kuru**, I, 1026. Yarg. HGK. 04.05.1994, 2/83-293 (TBBD, 1995.1.151-152).

550 **Kuru**, Nizasız Kaza, 145-146; **Postacıoğlu**, 139; **S. Ş. Ansay, Hukuk Yargılama Usulleri**, 7. Bası, Ankara, 1960, 104-105.

kişiler, dava ehliyetine de sahiptirler. Dava ehliyeti, maddi hukukdaki medeni hakları kullanma (fiil) ehliyetinin medeni usul hukukunda büründüğü şekildir.[551]

Çekişmesiz yargıda da, dava ehliyetine karşı gelen faaliyet (iş) ehliyetinin, çekişmeli yargıdaki genel kurala paralel, uygun olarak saptanmasının, çekişmesiz yargının niteliğine uygun olduğu belirtilmektedir.[552] Buna göre de, medeni haklarını kullanma ehliyetine sahip olanlar, çekişmesiz yargıda, faaliyet ehliyetine de sahiptirler.

Dava (faaliyet) ehliyeti incelenirken, medeni hukukdaki, fiil ehliyetine ilişkin genel olarak kabul gören ayrımdan yararlanılmaktadır. Biz de aynı yolu izleyeceğiz.

aa-Tam ehliyetliler

Ayırtım gücüne sahip (Sezgin, mümeyyiz), ergin (reşit) olan ve kısıtlı (mahcur) olmayan kişiler (yani tam ehliyetliler) tam dava ehliyetine sahiptirler. Bu kişilerin bir boşanma davasını bizzat veya vekilleri aracılığı ile açıp yürütebilecekleri konusunda tereddüt yoktur.[553] Boşanma davasını açan veya kabul beyanında bulunan vekilin özel yetkisi bulunması gerekir.[554]

---

551 **Kuru**, I, 1026-1027; **Gürdoğan**, 210; **Feyzioğlu/Özakman/Sarıal**, 350.

552 **Kuru**, Nizasız Kaza, 146; **Postacıoğlu**, 139; **Ansay**, 105.

553 **Kuru**, I, 1027 vd.; **Feyzioğlu/Özakman/Sarıal**, 350 ;

554 **Feyzioğlu/Özakman/Sarıal**, 350; **Kuru**, II, 1303; **Gürdoğan**, 211; **Feridun Müderrisoğlu, Avukatlıkta Vekalet ve Ücret Sözleşmesi ve İçtihatlar**, Ankara, 1974, 48-49; **Burhan Gürdoğan, Davaya vekalette özel vekalet gerektiren Haller**, Temsil ve Vekalete İlişkin Sorunlar, Sempozyum. (14-16 Haziran 1976), İstanbul, 1977, 159-160; **Kırbaş**, 43-44. Vekilin hangi hallerde özel yetkisinin bulunmasının gerektiği BK. md. 338/3 ve HUMK. md. 63. de gösterilmiştir. Boşanma konusunda vekilin özel yetkisinin bulunmasının gerektiği bu hükümlerde yer almamaktadır. Ancak öğreti, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olan boşanma konusunda da, vekilin özel yetkisinin bulunması gerektiğine kanaatimizce de yerinde olarak işaret etmektedir. Bu konuda Feyzioğlu/Özakman/Sarıal: "Verilmiş bir (genel vekaletname ile) davacı ya da davalı olarak boşanma davası takip edilemez. Gerçi BK. md. 388/III ile HUMK. md. 63 de (özel yetki alınmış olması) nı gerekli gören haller arasında (boşanma davası açabilme veya takip edebilme) imkanı ayrıca sayılmamıştır. Ancak sözü geçen maddelerdeki sayım tahdidi (sınırlayıcı) nitelikde değildir. Eşler ve evlilik birliğinin geleceğini etkileyen ağır sonuçlar doğuracak ve münhasıran

bb-Sınırlı ehliyetliler

Bunlar, kendilerine, MK. md. 429 doğrultusunda kanuni danışman (müşavir) atanan kimselerdir. Kendisine kanuni danışman tayin edilmiş kişilerin fiil ehliyetlerinin sınırlandığı alan malvarlığı haklarıdır. Şahıs varlığı hakları açısından bir kısıtlama bulunmamaktadır.[555] Bu grubun boşanma davasında dava ehliyetine sahip olduğu kuşkusuzdur.[556]

cc-Sınırlı ehliyetsizler

Bu gruba ayırtım gücüne sahip küçükler ile kısıtlılar girmektedir. Burada asıl olan fiil ehliyetinin bulunmamasıdır.[557] Ancak hemen belirtilmelidir ki boşanma davası açısından küçüklük söz konusu olmaz. Hukukumuza göre on yedi yaşını dolduranlar evlenme ehliyetine sahiptirler. Hakim izniyle olağanüstü durumlarda bu yaş sınırı on altıya kadar inebilir (MK. md. 124). Evlenme ise, MK. md. 11/2 hükmüne göre kişiyi ergin (reşit) kılar. Bu durumda da boşanma davası açısından küçüklük söz konusu

---

şahsa bağlı olan bir hakkın (boşanma davası açma ve davayı takip etme hakkının) hak sahibi adına kullanılmasına imkan verecek bir yetkinin de herhalde (özel olarak verilmiş bulunması) lazımdır." demektedir (sf. 350). Kuru: "...vekilin kişiye bağlı haklara ilişkin bir dava açabilmesi veya talepte bulunabilmesi için vekaletnamesinde bu konuda özel bir yetkinin bulunması gerekir. Özellikle vekilin müvekkili adına boşanma davası açabilmesi (veya müvekkiline karşı açılmış boşanma davasını takip edebilmesi) için, vekaletnamesinde özel bir boşanma davasını takip etme yetkisinin bulunması gerekir." (Kuru, II,1303). Postacıoğlu: "Keza şahsa bağlı muameleler bakımından, umumi vekaletnamedeki umumi mahiyetteki selahiyet kafi gelmemektedir" demektedir. (sf.324). Noterlik Yönetmeliğinin 93/k maddesi boşanma davaları için verilecek vekaletnamelerin fotağraflı olmasını amirdir. Yerel mahkemeler uygulamasında boşanma davalarında özel yetki aranmaktadır. Yargıtay kararlarında görüş birliği yoktur. 2. HD. 02.05.1983 tarih ve 3789/3905 (YKD.1983.9.1300) sayılı kararında özel yetki aramamakta, 12. HD. ise, 13.02.1985 tarih ve 14166/1215 (YKD. 1985.6.845-848) sayılı kararında, boşanma davası açabilmek için, vekilin özel yetkisinin bulunmasının gerekeceğini belirtmektedir. Kanatimizce de, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılması ile ilgili davalar söz konusu olduğunda, kanunda açıkça gösterilmemiş olsa bile, vekilin özel yetkisinin bulunması aranmalıdır.

555 **Kuru**, I, 1089; **Ergun Özsunay, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 4. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979, 50.

556 **Feyzioğlu/Özakman/Sarıal**,350-351.**Kuru**, I, 1089.

557 **Özsunay**, Gerçek Kişiler, 59; **Ataay**, Şahıslar Hukuku, 81; **Feyzioğlu/Özakman/Sarıal**, 351. Tekinay bu gurubu "sınırlı ehliyetliler" olarak adlandırmaktadır. (**Tekinay, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku**, 6. Bası, İstanbul, 1992, 224).

olmaz. Bu kişilerin durumu artık tam ehliyetliler grubu içinde mütalaa edilmek gerekir.[558]

Ayırtım gücüne sahip kısıtlıların, kural olarak fiil ehliyetleri ve dolayısı ile de dava ehliyetleri bulunmamakta, bu kişilerin kanuni temsilcileri tarafından temsil edilmeleri gerekmektedir. Ancak bu kişiler karşılıksız kazandırmalar, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımı ve haksız fiillerinden sorumluluk konularında ehliyetli sayılırlar (MK.md. 16/I-2, II). Boşanma davası açma, boşanma istemi ile birlikte başvurma veya açılmış bir boşanma davasında davalı olup, davayı MK. md. 166/3 doğrultusunda kabul etme kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanımıdır[559] ve kanuni temsilcinin rızasına ihtiyaç göstermez.[560] Bu kişiler, boşanma davasını kanuni temsilcilerinin katılımı olmaksızın bizzat açabilir,[561] açılmış bir davada davalı tarafında yer alıp, kabul beyanında bulunabilirler. Ayırtım gücüne sahip kısıtlı, açtığı veya kendisine karşı açılmış bir boşanma davasını veya inceleme konumuz açısından ortak dilekçe ile açılmış bir davayı bizzat kendisi takip edebilir, duruşmalarda bulunabilir ve yine tüm usul işlemlerini de fiilen yapabilir. Tüm bu konularda kanuni temsilcinin katılımı/denetimi aranmamalıdır.[562]

---

558 **Feyzioğlu/Özakman/Sarıal**, 351.

559 Öğretide kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar (münhasıran şahsa bağlı haklar) başkalarına devrolunamayan, miras yolu ile geçmeyen, hak sahibinin şahsiyeti yakından ilglendiren hakların ileri sürülmesine yarayan, bizatihi mali bir mahiyet taşımayan ve esas itibariyle kanuni temsil yolu ile kullanılmaları mümkün bulunmayan haklar olarak tarif edilmektedir. Bkz. **Ataay**, Şahıslar Hukuku, 85; **Özsunay**, Gerçek Kişiler, 61; **Mustafa Dural/Tufan Öğüz, Türk Özel Hukuku, C.II, Kişiler Hukuku,** Altıncı Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2002,72.

560 **Feyzioğlu/Özakman/Sarıal**, 351; **Tekinay**, 245; **Kuru**,1034 vd, özellikle 1038.

561 **Tekinay**, 245

562 **Kuru**, I, 1043; **Kırbaş**, 45-46. Yargıtay aksi görüştedir. Yargıtaya göre, ayırtım gücüne sahip küçükler ve kısıtlıların açtığı veya bunlara karşı açılan davalarda bu kişiler davayı kendileri yürütemezler, duruşmada bulunamazlar, bu kişilerin mahkemede kanuni temsilcileri tarafından temsil edilmeleri gerekir. (Yarg. 2. HD. 18.02.1974, 873/916 YKD. 1975.4.24-25; Yarg. 2. HD. 04.12.1975, 7673/9224 YKD. 1976.5.618-624). Yargıtayın bu görüşü, Kuru tarafından, sınırlı ehliyetsizlerin kanun gereği dava ehiyetlerinin bulunduğunun kabul edildiği, ayrık durumlarda da dava ehliyetlerinin bulunduğu kuralının inkarı anlamına geleceği yönünden haklı olarak eleştirilmektedir. (**Kuru**, I, 1043).

Sınırlı ehliyetsizlerin ehliyetli sayıldıkları konularda açmış oldukları veya kendilerine karşı açılan davalarda, kanuni temsilcinin, kendisine sınırlı ehliyetsiz tarafından yetki verilmediği sürece davayı takip yetkisi yoktur.[563] Yine bu gibi durumlarda sınırlı ehliyetsiz, davada kendisini temsil etmek üzere, kanuni temsilcisinin katılımı olmaksızın bir avukat tutabilir.[564] Bu halde geçerli bir ücret sözleşmesi de yapabilir.[565] İnceleme konumuz olan anlaşmalı boşanma isteminde de, ayırtım gücüne sahip kısıtlı, yukarıdaki açıklamalara uygun olarak boşanma istemine bağlı yargılamayı bizzat takip edebileceği gibi, bu konuda kanuni temsilcisine veya bir avukata yetki verebilir,[566] ücret sözleşmesi yapabilir.

Şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu kabul edilen boşanma hakkının kullanılması konusunda, dava ehliyetine sahip olduğu kuşkusuz olan ayırtım gücüne sahip kısıtlının, bu hakkını kullanmaması, yani dava açmaması halinde, acaba dava kanuni temsilci tarafından açılabilir mi? Bizce bu soruya Kuru[567] ile birlikte olumsuz cevap verilmelidir. Zira kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların niteliği gereği, bu haklar, hak sahibinin kişiliğini yakından ilgilendirmekte, duygusal bir karekter taşımakta ve bu nedenle de kural olarak kanuni temsil geçerli olamamaktadır.[568] Anlaşmalı boşanma faaliyetinde de, kanuni temsilcinin, temsil ettiği kişinin iradesinin tersine, böyle bir istemde bulunamaması veya açılmış bir davayı MK. md. 166/3 doğrultusunda kabul edememesi gerekir.

dd-Tam Ehliyetsizler

---

563 **Kuru**, I, 1044.

564 **Kuru**, I, 1044; **Üstündağ**, 237; **Postacıoğlu**, 208 vd. **Ataay**, Şahıslar Hukuku, 86.

565 **Kuru**, I, 1044. Yargıtay aksi görüştedir. Bkz. HGK. 12.07.1967. 4/162-328 (ABD. 1967.5.821).

566 **Kırbaş** , 46.

567 **Kuru**, I, 1045; Ayrıca bkz. **Hatemi/Serozan**, 215.

568 **Ataay**, Şahıslar Hukuku, 86; **Özsunay**, Gerçek kişiler, 61.

aaa-Genel Olarak

Ayırtım gücüne sahip olmayanların hakları kullanma (fiil) ehliyetleri bulunmamaktadır. Fiil ehliyetleri bulunmayan bu kişilerin, buna bağlı olarak dava ehliyetleri de bulunmamaktadır.[569] Tam ehliyetsizlerin taraf oldukları davalarda, bu kişiler, kanuni temsilcileri tarafından temsil olunurlar. Yine tam ehliyetsizler adına (MK. md. 449 uyarınca yasak olanlar dışında), tüm işlemler kanuni temsilcileri aracılığı ile yapılır.[570] Öncelikle belirtilmelidir ki, tam ehliyetsiz aleyhine açılan bir boşanma davasında tam ehliyetsizi, kanuni temsilcisinin temsil edeceği konusunda bir görüş ayrılığı bulunmamaktadır. [571] Tam ehliyetsize karşı açılan davada da, davalı olarak, kanuni temsilci değil, tam ehliyetsiz eş gösterilmelidir. Bu halde tebligat kanuni temsilciye yapılacak ve onun katılımı ile davaya devam olunacaktır. Aleyhine dava açılan tam ehliyetsizin bu aşamada kanuni temsilcisi bulunmuyor ise, önünde dava açılan mahkeme kendiliğinden (re'sen) sulh hukuk mahkemesine başvurarak davalıya kanuni temsilci (vasi) atanmasını sağlayacaktır.[572]

Tam ehliyetsiz tarafından bizzat kullanılması mümkün olmayan, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kanuni temsilci aracılığı ile kullanılıp kullanılamayacağı ve bu bağlamda tam ehliyetsizin kanuni temsilcisinin onun adına boşanma davası açıp açamayacağı sorunu önem arz etmektedir. İnceleme konumuz açısından bakıldığında, çekişmesiz yargıya tabi bir faaliyet olduğunu kabul ettiğimiz ortak taleple anlaşmalı boşanma için, kanuni temsilcinin talepte bulunup bulunamayacağı irdelenmelidir. Kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kanuni temsilci tarafından kullanılamamasının, fiil ehliyetsizliğini aşıp, hak ehliyetsizliği sonucuna varması, öğreti ve uygulamada bu

---

569 **Kuru**, I, 1047.

570 **Kemal Oğuzman/Özer Seliçi /Saibe Oktay, Kişiler Hukuku, Gerçek ve Tüzel Kişiler**, 7. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2002, 59; **Dural/Öğüz**, 78.

571 **Kuru**, I, 1047; **Tekinay**, 248; **Feyzioğlu/Özakman/Sarıal**, 353; **Oğuzman/Seliçi/Oktay**, 64.

572 **Kuru**, I, 1051 vd.; **Feyzioğlu/Özakman/Sarıal**, 353. Yarg. 2. HD. 15.09.1975, 6688/6735, YKD. 1976.2.147; Yarg. 2. HD. 30.10.1986, 9208/9482, İKİD, 1987.316.4853; Yarg. 2. HD. 26.01.1988, 11329/776, YKD. 1988.7.904; Yarg. 4. HD. 15.12.1987, 7621/9199, YKD. 1988.2.180-181; Yarg. HGK. 22.11.1995, 3/736-1020, İKİD.1996.426.11877-11878.

olumsuz sonucun giderilmesi için bazı çözüm yollarının araştırılması gereğini doğurmuştur. [573] Bu konuda öğretide baskın görüş, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkın, kural olarak, kanuni temsilci tarafından kullanılamayacağı, ancak tam ehliyetsizin menfaati[574] (çıkarı) gerektiriyorsa kanuni temsile izin vermenin gerekli olduğu yönündedir.[575]

İsviçre Federal Mahkemesi tam ehliyetsizin kanuni temsilcisinin boşanma davası açamayacağı görüşündedir.[576] Yargıtay'a göre,[577] kanuni temsilci, kural olarak, tam ehliyetsiz adına boşanma davası açamaz. Ancak, cana kast ve fena muamele ve diğer eşin haysiyetsiz hayat sürmesi gibi hallerde bu kural uygulanmaz. Türk öğretisinde, genel olarak, tam ehliyetsizin kanuni temsilcisinin, tam ehliyetsizin menfaati ve zorunluluk bulunması halinde tam ehliyetsiz adına boşanma davası açabileceği konusunda görüş birliği bulunmaktadır.[578] [579]

---

573 Kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kanuni temsil yolu ile kullanılmasının sağlanması ve bunun sınırları konusunda öne sürülen görüşlerin topluca sergilendiği bir kaynak olarak bkz, **Dural/Öğüz**, 72 vd.

574 İmre, burada öngörülen menfaat kriteri ve şartının yetersiz olduğunu belirterek şöyle demektedir: "Çünkü, menfaat dava hakkının genel şartıdır, bu bulunmadan hiçbir dava açılamaz. Bu sebeple, burada, menfaat kriterinin değil, ancak zorunluluk hatta önemli bir zorunluluk (zaruret) bulunması şartının varlığı aranmak gerekir." (**Zahit İmre, Medeni Hukuka Giriş**, 2. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976,270).

575 **Dural/Öğüz**, 77, dn. 233'de anılan yazarlar. Kuru, önemli bir zorunluluk bulunması halinde bu davaların kanuni temsilci tarafından açılabileceğine değinmektedir (**Kuru**, I, 1048).

576 BGE.78 II 99. BGE 85 II 224.Federal mahkemenin bu tutumu öğretide katı bulunmakta ve eleştirilmektedir. (Bu konuda bkz. **Bühler/Spühler**, Die Ehescheidung, Art, 143, N. 53 de anılan kaynaklar). Federal Mahkeme daha yeni bir kararında boşanma davasının açılmasından sonra davacının ayırtım gücünü kaybetmesi halinde davacının kanuni temsilcisinin kural olarak davaya devam edebileceğine karar verdi. BGE 116 385, 387 ff. Karar kanuni temsilcinin davayı geri alıp alamayacağına değinmediği için eleştirilmektedir. **Sutter/Freiburghaus**, Art. 111, N.52.

577 "Şiddetli geçimsizliğe gelince, şahsa bağlı haklardan olan böyle bir boşanma davasının vasi tarafından açılmasına mesağ yoktur. Şarihler bu hususu umumi olarak böyle kabul etmekte iseler de dairemiz fena mumamele ve cana kasıt gibi emsali işleri bu prensipten hariç tutmaktadır". (Yarg. 2. HD. 03.06.1964, 2642/3059, İKİD. 1964.46.3276-3277.). "Gerçi boşanma münhasıran şahsa merbut haklardan ise de diğer tarafın haysiyetsiz hayat ve gayri meşru yaşaması hallerinde akıl hastalığına müptela olan karı veya kocanın vasisinin mezkur sebeplerle boşanma davasını kabul hukuken zaruri bulunmasına" 2. HD. 03.03.1947, 5923/1219, **Kömürcüoğlu/Ergüney, Şahıs Aile ve Miras Hukuku**, Ankara, 1951, 252.)

578 **Feyzioğlu** 352-353; **Tekinay/Özakman/Sarıal,** 247-248; **Dural/Öğüz**,77-78; **Kuru**; I, 1048; **Hatemi/Serozan**, 215; **Oğuzman/Dural**, 134; **Oğuzman/Seliçi/Oktay**, 64; **Köprülü/Kaneti**,181; **Şener Akyol, Medeni Hukukta Uygulama Örnekleri**, C.I, Filiz Kitabevi,

bbb-Anlaşmalı boşanma durumunda

Tam ehliyetsizin menfaati gerektirdiği taktirde ve zorunluluk bulunduğu durumlarda, öğreti ve uygulamaya paralel olarak, kanuni temsilcinin boşanma davası açabilmesi bizce de mümkün olmalıdır. Ancak kanaatimizce, tam ehliyetsizin kanuni temsilcisi MK. md. 166/3 hükmünden yararlanarak tam ehliyetsiz adına (tek başına veya ortak dilekçe ile) anlaşmalı boşanma isteminde bulunamaz.[580] MK. md. 166/3 gereğince, anlaşmalı boşanmaya karar verilebilmesi için, aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, hakimin tarafları (eşleri) bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi gerekmektedir. İşte kanuni temsilci tarafından hakim önüne getirilmiş bir anlaşmalı boşanma isteminde, tam ehliyetsiz (ayırtım gücüne=temyiz kudretine sahip olmayan) eş tarafından, bu şart gerçekleştirilemeyecektir. Esasen bu durumda ayırtım gücüne sahip olmayan eşin iradesi de bulunmamaktadır. Bu aşamada kanuni temsilcinin tam ehliyetsiz yerine dinlenilebilmesi de mümkün değildir.[581]

İstanbul, 1971, 124. Kanaatimizce, tam ehliyetsiz adına boşanma davası açan kanuni temsilci bu dava içerisinde MK. md. 184/5 doğrultusunda boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin anlaşma da yapabilir. Karş. **Dural/Öğüz**, 78.

[579] Tam ehliyetsizin kanuni temsilcisine böyle bir dava açılması konusunda husumet izni MK.46/8 doğrultusunda Sulh Hukuk Hakimi tarafından verilecek ve bu aşamada tam ehliyetsizin boşanma davası açma konusundaki menfaati ve zorunluluk bulunup bulunmadığı denetlenebilecektir. (**Kuru**, I, 1048; **Gürdoğan**, 211; **İmre**, 371; **Hatemi/Serozan**,215). Tekinay ise tam ehliyetsizin menfaatinin bulunup bulunmadığını boşanma davasına bakan hakimin çözeceği kanaatindedir. (**Tekinay**, 248).

[580] Aynı görüşte **Dural/Öğüz**, 78. Yazarlar buna gerekçe olarak, anlaşmalı boşanmanın gerçekleşebilmesi için kanunen aranan eşlerin boşanma üzerinde anlaşmaları, yan sonuçlar üzerinde bir anlaşma yapmaları ve hakim önünde dinleme koşullarının, ayırtım gücüne sahip olmayan eş açısından yerine getirilemeyeceğini göstermektedirler. Bize göre, kanuni temsilci, genel kurallara göre, yan sonuçlar konusunda bir anlaşma yapabilir ise de, ayırtım gücüne sahip olmayan eşin boşanma konusunda iradesinin oluşması ve bunu hakim önünde açıklayabilmesi mümkün değildir ve ayırtım gücüne sahip olmayanın MK. md. 166/3'den yararlanamamasının asıl gerekçesi budur.

[581] **Kırbaş**, 48.

Menfaat ve zorunluluk bulunduğu durumlarda, diğer nedenlerle, kanuni temsilci tarafından boşanma davasının açılabileceğinin kabul edildiği bir düzen içerisinde, bu durum bir sıkıntı yaratmayacaktır.

Anlaşmalı boşanma istemine konu olan yargılamada, çoğu kez, aslında Medeni Kanunumuzda her biri özel olarak düzenlenmiş, boşanma nedenlerinden biri ve/veya genel neden olan temelden sarsılma nedeni eşler arasında gerçekleşmiş olmakta, ancak eşler bu spesifik nedeni kanunun kendilerine verdiği imkanı kullanarak gizlemekte ve hakim önüne bu nedeni hiçbir şekilde getirme ve/veya kanıtlama zorunluluğu altına girmeksizin çıkmaktadırlar. MK. md. 166/3 hükmü, eşlere bu imkanı, yani eşler arasında geçen ve eşleri boşanma noktasına götüren olayları, üçüncü şahısların önüne çıkarmama olanağını vermekte ve bu anlamda da eşler ruhsal sağlıklarını ve toplumsal saygınlıklarını koruyabilmektedirler. İşte acaba bir an için tam ehliyetsizin kanuni temsilcisinin de, yukarıda belirtildiği gibi tam ehliyetsizin toplumsal saygınlığını koruyabilmesi için, özel boşanma nedenine gitmeksizin, sulh hakiminden izin aşamasında bu durumu da ortaya koyarak, MK. md. 166/3 doğrultusunda boşanma isteminde bulunabilmesi için izin alabilmesinin mümkün olması gerektiği savunulabilir mi? Kanaatimizce bu sorunun yanıtı olumsuzdur. Zira yukarıda da belirtildiği gibi, bu halde de, kanuni temsilcinin tam ehliyetsiz yerine, iradenin serbestliği konusunda bizzat dinlenebilmesi mümkün değildir.

Tam ehliyetsiz aleyhine açılmış bir boşanma davasında, kanun gereğince, tam ehliyetsizi temsil edecek olan kanuni temsilcinin, bizce kabul beyanında bulanabilmesi mümkün ise de,[582] bir ileri aşama olan bizzat dinlenilme ve iradenin özgürce açıklanması koşulu gerçekleşemeyeceği, bu konuda kanuni temsile izin verilemeyeceği için, bu halde de tam ehliyetsiz açısından MK. md. 166/ 3 doğrultusunda boşanma yolu kapalıdır.

---

[582] Aksi görüşte **Kırbaş**, 47.

3-Bir eşin açtığı davayı diğer eşin kabul etmesi

a-Genel olarak

Eşlerin anlaşarak boşanabilmeleri için MK. md. 166/3'ün sağlamış olduğu diğer imkan, bir eşin açmış olduğu davanın, diğer eş tarafından kabul edilmesidir. Davanın kabulü, HUMK' nun 92-95 maddelerinde düzenlenmiştir. Kural olarak, MK. md. 166/3'ün uygulamasında da bu hükümler kullanılacaktır. MK. md. 184. de "Boşanmada yargılama usulü" kenar başlığı altında, bu maddedeki kurallar saklı kalmak kaydı ile, boşanma yargılamasının da HUMK'na tabi olduğu bildirilmektedir.[583]

b- Davayı kabul

Davayı kabul, iki taraftan birinin (davalının) diğerinin (davacının) talep sonucuna muvafakat etmesidir.[584] Kural olarak, tarafların, dava konusu üzerinde tasarruf yetkileri bulunduğundan, davalı, davayı kabul ederek, davayı sona erdirebilir. Ancak, tarafların, dava konusu üzerinde tasarruf yetkilerinin bulunmadığı durumlarda, davayı kabulün, davanın sonucu üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır.[585]

---

[583] Öğretide, aslında genel usul kurallarına (eski) 150. madde ile getirilen değişikliğin sadece yemin deliline başvurulamayacağı ve tarafların ikrarının hakimi bağlamayacağı yolundaki 2. ve 3. bendlerinin olduğu belirtilmektedir. (**Gürdoğan**, 213 vd.). Yazara göre; "MK.m.150/1 inci bend hükmü, hakimin boşanma ve ayrılık için sebep gösterilen olayların varlığına vicdanen kani olmadıkça onları sabit sayamayacağı hakkındadır. Bu, aslında bütün hukuk davaları için geçerli bir kuraldır. İspatın konusunu 'maddi olayların=vakıaların' teşkil ettiği bütün hukuk davalarınıda hakim bu olayların mevcudiyetlerine vicdanen kani olmadıkça onları sabit sayamaz. Kanuni delil, özellikle, senetle ispat hükümleri konusunu 'hukuki işlemler'in teşkil ettiği davalarda sözkonusudur. (HUMK. m. 288/I e bak.) Boşanma sebeplerinin tamamı 'maddi olaylar'dan ibaret olduğuna göre, ortada boşanma davalarına has istisnai bir hüküm mevcut değil demektir. MK. 150/4 üncü bend hükmüne göre, 'hakim beyyinatı serbetçe takdir edecektir'. Bu kural ise, HUMK. m. 240 da bütün hukuk davaları yönünden aynen düzenlenmiştir. Bu maddeye göre '...Kanunun tayin ettiği haller müstesna olmak üzere hakim ikame olunan delilleri serbesçe takdir eder.' Boşanma sebeplerinin hemen hepsi kanunun hakimin takdirini bağlayıcı istisnai bir hüküm koymamış bulunduğu hallerdir. Yalnızca MK. 133 gereğince akıl hastalığının şifası kabil olmadığı bilirkişi raporu ile tasdik edilmiş olmalıdır. Bunlara karşılık MK. 150/2 ve 3 hükümleri yalnızca boşanma davalırına ilişkindir. (**Gürdoğan**, 213 vd.).

[584] **Kuru**, IV, 3674; **Üstündağ**, 475; **Süha Tanrıver, Mahkeme Huzurunda Yapılan Kabuller, AÜHFD**, Yıl: 1995, Sayı: 1-4, sf. 221 vd.

[585] **Kuru**, IV 3676.

Öğretide, diğer eşin kabulü ile, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı yolunda kesin kanuni karinenin doğacağı ve diğer koşulların da varlığı halinde, anlaşmalı olarak boşanmaya karar verilecek davanın, muhakkak MK. md. 166/1'den mi açılmasının gerektiği, diğer özel (MK. md. 161-165) boşanma nedenlerine dayalı olarak açılan davalarda da, kabul üzerine, MK. md. 166/3'ün uygulanıp uygulanamayacağı konusunda görüş ayrılığı bulunmaktadır.

Öğretide savunulan baskın görüşe göre, kabul üzerine, MK md. 166/3'ün uygulanacağı dava, MK. md. 166/1-2'ye dayanan, genel, evlilik birliğinin sarsılması nedenine dayalı olarak açılmış olmalıdır.[586] Yargıtay da bu görüştedir.[587]

Tersi görüşte olan Oğuzman/Dural'a göre[588] ise; "Bir eşin diğerinin açtığı boşanma davasını kabul etmesi, sadece MK. md.134/I (Yeni MK. md. 166/1) uyarınca evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayanan davalarda değil, diğer boşanma sebeplerine dayanan davalarda da söz konusu olabilir. Mesela bir eşin açmış olduğu zina ya da terke dayanan boşanma davasında, davalı eşin boşanma sebebini kabul (ikrar) etmesi MK. m. 150/b.3 (Yeni MK. md. 184/b. 3)'e göre hakimi bağlamazsa da davalı eşin boşanma davasını kabul etmesi halinde hakim, MK. md.134/III (Yeni MK. md. 166/3)'e göre boşanmaya karar verebilir, yeter ki evlilik en az bir yıl sürmüş olsun."

---

586 **Öztan**, Makale, 128; **Hatemi-Serozan**, 260; **Yalçınkaya-Kaleli, II**, 2060; **Kırbaş**, 35.

587 Yarg. 2. HD.08.06.1998, 6237/7154;Yarg. 2.HD.28.10.1992, 9993/10453 (**Özuğur**, 403 vd.); Yarg. 2.HD.10.12.1997, 12360/13465; Yarg. 2. HD. 28.11.1997, 11547/12959 (**Gençcan**, 649 vd.); Yarg. 2.HD. 14.12.1998, 12095/13532. Yarg. 2.HD.26.01.1999, 12775/114 (**Zafer Ergün, Boşanma Davaları**, Adil Yayınevi, Ankara, 2001, 453,455).

588 **Oğuzman/Dural**, 129. Yazarlar ayrıca sf. 134-135'de aynı görüşlerini yineleyerek, zina nedenine dayalı olarak açılan bir boşanma davasında, davalının ikrarının, hakimi bağlamayacağını, ancak davalının davayı kabul etmesi halinde anlaşmalı boşanma hükümlerinin (EMK. Md. 134/III) uygulanması gerektiğini belirtmektedirler ki bu görüş bizce de yerindedir.

Kanaatimizce de, MK. md. 166/1 dışında, akıl hastalığı hariç, bir nedenle boşanma davası açılmış olmasına karşın, yargılamanın başında veya ilerleyen safhalarında, diğer eşin boşanmayı kabul ettiğini bildirmesi halinde, MK. md. 166/3 hükmü uygulanabilmelidir. Anlaşmalı boşanmaya ilişkin düzenlemenin, Medeni Kanunumuzun 166. maddesi içerisinde yer alması, anlaşmalı boşanmanın sadece bu maddeye dayanılarak açılan davalarda uygulanabileceğini haklı gösteremez. Hangi nedenle olursa olsun, açılmış bir boşanma davasında, evlilik birliğinin sarsılmış olduğu kuşkusuzdur. Bu çözüm, anlaşmalı boşanmayı kabul ederek, tarafların boşanma konusundaki birleşen iradelerine farklı bir değer veren ve bu birleşen iradeye, belli koşulların gerçekleşmesi üzerine, boşanma sonucunu tanıyan Medeni Kanunumuzun sistemine ters düşmediği gibi, çağdaş düzenlemelerle de uygundur. Çünkü esas olan her iki eşin de boşanmayı istemeleridir. Eşlerin özel nedenle açılmış davayı sürdürmeyip, MK. md. 166/3 doğrultusunda, birlikte başvuru ile, anlaşmalı boşanabilme olanakları kesinlikle vardır. İşte boşanmak isteyen tarafları, elde etmek istedikleri boşanma sonucunu, yürümekte olan bir yargılama süreci var iken, başka bir yargılama sürecini başlatarak sağlamalarını istemek, o zamana kadar yapılanların boşa gitmesi, usul ekonomisi bir yana, eşlerin yaşamak zorunda oldukları sancılı zaman dilimini uzatmaktan öteye bir anlam taşımayacaktır. Boşanma iradeleri birleşen eşlerin, diğer koşulların da sağlanması kaydıyla, kısa ve daha az stresli bir süreçte boşanmalarını sağlamak, birey ve toplum sağlığı açısından yerinde bir tutum olacaktır. Yukarıda da görüldüğü gibi, İsviçre çözümü de bu yoldadır. Böylece bu konuda azınlık görüşüne katılmış oluyoruz.[589]

---

[589] Bu görüşe karşı, kanun koyucunun MK. md. 184/3'de düzenlenen "tarafların bu konudaki her türlü ikrarları hakimi bağlamaz" hükmünün kanun metninden çıkarılmamış olduğu, kanun koyucunun amacı, eğer, hangi sebebe dayanırsa dayansın davalı eşin, bu boşanma davasını kabulüne imkan vermek ve MK. md. 166/3'ü uygulamak olsa idi, bu hüküm tamamen iptal edilirdi itirazında bulunulmuştur.(Kırbaş, 35). Gerçekten de Kırbaş'a göre: "... 3444 sayılı kanun boşanma yargılamasında davanın kabulünü hakim için bağlayıcı olmaktan alıkoyan (eski) MK.m.150. b.3 hükümünü bütünüyle kaldırmamıştır. Kanun koyucunun amacı eğer, hangi sebebe dayanırsa dayansın davalı eşin bu boşanma davasını kabulüne imkan vermek ve MK.m.134/III'ü uygulamak olsa idi, bu hüküm tamamen iptal edilirdi. Oysa sadece hükme MK.m.134 bünyesinde ve III. Fıkranın aradığı şartlarla bir istisna getirilmekle yetinilmiştir. Bu nedenle eşlerden biri tarafından açılan boşanma davası MK.m.134/I-II ye dayanmadıkça, davalı tarafın kabulünün MK.m.134/III ün uygulanmasını sağlamaya yeteceği sonucunu benimsemek yerinde olacaktır. O halde mesela, eşlerden birinin zina (MK.m.129) ya da terk (MK.132) nedeniyle açtığı boşanma davası, karşı tarafça kabul edilse bile, bu durum hakimi MK.m.134/III'e göre boşanmaya karar

Akıl hastalığına dayalı nedenle açılan boşanma davasında ise, akıl hastası olan davalının ayırtım gücünün bulunmaması nedeni ile, kendisinin kabul beyanında bulunamayacağı, kanuni temsilcisinin ise, yukarıda değinildiği üzere, kabul beyanında bulunmasının, (tam ehliyetsizin bizzat dinlenilerek, iradesinin özgür olduğu konusunda hakime kanaat gelmesi koşulu sağlanamayacağı için) bir anlam taşımaması karşısında, bu kabulün, anlaşmalı boşanma sonucunu elde etmeye yetmeyeceği düşünüldüğünde, esasen anlaşmalı boşanma olanağı bulunmamaktadır.

c-Davanın hangi zamana kadar kabul edilebileceği

Genel kural, davanın kabulünün, hükmün kesinleşmesine kadar mümkün olduğudur. Ancak öğretide, açılmış bir boşanma davasında, kabul söz konusu olduğunda, bunu belirli bir süre ile sınırlamak eğilimi vardır.[590]

---

vermeye zorlayamayacaktır." (**Kırbaş**,35-36). 3444 sayılı Kanun ile, eski Medeni Kanunumuz değiştirilmiş ve yeni bir boşanma nedeni olarak, eşlerin karşılıklı rızaları ile anlaşmalı boşanmaya olanak sağlanmıştır. Buna göre, bir eşin açtığı davayı, diğer eşin kabulü halinde de anlaşmalı boşanma yapılabilecektir. MK. md. 184/3 ile düzenlenen, boşanma yargılamasında, hakimin, tarafların ikrarları ile bağlı olmayacağıdır. Kural olarak, hakim, davacı tarafından iddia edilen vakıaların, karşı tarafça ikrarı ile, bu vakıaların ispat edilmiş olduklarını varsayamayacaktır. Oysa davayı kabul, ikrardan farklıdır. İkrarın konusu vakıalardır. Kabul ise, talep sonucuna ilişkindir.
İkrar ile davacının iddia ettiği tek tek vakıaların doğru olduğu bildirilir. Davayı kabulde ise, davacının davasını dayandırdığı bütün vakıalar toplamından çıkarmış olduğu ve netice-i talebine dayanak yaptığı sonuca boyun eğilir. İkrar ile dava sona ermez. Sadece ikrar edilen vakıanın ispatına gerek kalmaksızın, onun doğru olduğu varsayılır. Fakat dava netice-i talep doğrultusunda devam eder. Bu konuda bir değişiklik veya tereddüt söz konusu değildir. Bir ortak başvurunun veya kabulün söz konusu olmadığı boşanma davalarında ikrar, hakimi bağlamayacaktır. İkrar vaki olmuş olsa bile hakim, ileri sürülen vakıaların varlığına vicdanen kanaat getirmedikçe, o vakıayı, ispat edilmiş sayamayacaktır. Ancak, dava diğer davalı tarafından kabul edildiğinde, artık (çekişmeli usul sona erecek) boşanma istemi (çekişmesiz usulde) MK. md. 166/3 doğrultusunda devam edecektir.

590 **Öztan**, Makale, 129; **Yalçınkaya-Kaleli**,II,2060; **Kırbaş**, 37. Öztan'a göre: "Davanın ve yargılamanın her döneminde kabul beyanı ileri sürülebilir. Ancak bu kabulün hakimin davayı sona erdirip, hükmü açıkladıktan sonra yapılması mümkün değildir. Çünkü bundan sonra taraflardan birinin davayı kabul etmesi halinde, bu beyanın hüküm doğurabilmesi mümkün değildir." (**Öztan**, Makale, 129). Kırbaş'a göre ise :" ... davanın kabulü ile ilgili sürenin daha da dar tutulması gerekecek ve hatta ilk duruşmadan sonra davalı eşin kabul beyanında bulunması halinde, bu beyanın MK.m.134/III de aranılan 'eşlerin boşanma üzerinde anlaşması' şartını gerçekleştirmede yetersiz kalacağını kabul etmek yerinde olacaktır." (**Kırbaş**, 37).

Kanaatimizce, bir eşin açtığı boşanma davasını, diğer eşin kabul edebilmesi, kararın şekli anlamda kesinleşmesine kadar mümkün olmalıdır.[591] Genel kuraldan ayrılmayı gerektirecek bir neden yoktur. Kabul, karar kesinleşinceye değin, hangi aşamada yapılmış olursa olsun, kabul anından itibaren hakim, artık (çekişmesiz usulde) MK. md. 166/3'de aranan diğer koşullarının varlığını araştıracaktır. [592]

d- Davayı kabul beyanında bulunabilecek kişi

Her ne kadar HUMK. 92. madde hükmünde, iki taraftan birinin davayı kabul edebileceği tarzında bir ifade bulunmakta ise de, bununla kastedilenin, (kabul beyanında bulunacak olanın) davalı olması gerektiği belirtilmektedir.[593] MK. md.166/3 hükmünde bir eşin açmış olduğu davanın, 'diğer eş' tarafından kabul edileceğinden bahsedilmiştir. Buna göre, davalı konumundaki diğer eşin, davayı kabul edebileceği açıktır. Vekaletnamesinde özel yetkisi bulunan vekil de, kabul beyanında bulunabilir. (HUMK. md. 63). Kabul üzerine hakim, kabul beyanında bulunan tarafı bizzat dinleyecek ve iradesinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmedikçe boşanmaya hükmetmeyeceğine göre, bu durum olumsuz bir sonuç yaratmaz.

e-Kabulün yapılması

Davayı kabul, davalı tarafından mahkemeye yöneltilen tek taraflı irade beyanı ile yapılır. Kabulün açık olması gerekir. Kabul beyanından davalının davayı açık olarak kabul ettiği sonucu çıkarılabilmelidir. Zımni kabul mümkün değildir. Kabul beyanının sonuç doğurabilmesi için karşı tarafın rızasına veya mahkemenin kabulüne

---

591 İsviçre'de, Öğreti ve Federal Mahkeme kararlarında, ZGB. Art. 116'da düzenlenen kabulün, davanın her aşamasında, temyiz aşamasında dahi yapılabileceği kabul edilmektedir. Bkz. **Rhiner**, 333; **Steck**, 42. 14.11.2002 tarihli Federal Mahkeme Kararı için bkz. http://clir.bger.ch/. Aynı yönde bir başka Federal Mahkeme kararı için bkz. 20.09.2001 tarih, (5C.2/2001). http://clir.bger.ch/. Aksi görüş için bkz. **Reusser**, N. 1.96.

592 Kabul anına göre yerel mahkemenin veya Yargıtay'ın kabul üzerine vereceği kararlar için bkz. **Kuru**, IV, 3685-3686.

593 **Kuru**, IV, 3678; **Bilge/Önen**, 354.

ihtiyaç yoktur. [594] MK. md. 166/3 hükmünün uygulanması sonucunu doğuracak kabulün, şarta bağlı olarak yapılabilmesi mümkün değildir. Bu kural, diğer davalarda söz konusu olabilecek kabuller için de geçerlidir. [595]

f-Kabulün şekli

Davayı kabul, mahkeme içi ve dışı olmak üzere iki türlüdür. Mahkeme içi kabul de, sözlü ve yazılı olmak üzere iki şekilde yapılabilmektedir. Bu şart geçerlik şartıdır.

aa-Mahkeme içi kabul

Mahkeme içi kabul, yazılı ve sözlü olmak üzere iki türlüdür. Yazılı kabulde, davalı yargılama süreci içerisinde, hazırlayacağı bir dilekçe ile davayı kabul ettiğini bildirebilir. Bu dilekçe duruşma esnasında verilmiş ise, dilekçenin verildiği tutanağa yazılır. Duruşma dışında verilmiş ise, dilekçede imzası bulunan davalının veya yetkili temsilcisinin kimlik dökümü yapılması gerekir. Dilekçenin mahkemeye verilmesi ile kabul işlemi tamamlanır. Dilekçenin ayrıca karşı tarafa gönderilmesine gerek yoktur.[596] Ancak, kanaatimizce, boşanma davalarında, davayı açanın kabul keyfiyetini öğrenebilmesi açısından, kabul dilekçesinin tebliğe gönderilmesi yerinde olur. Sözlü kabulde davalı, duruşmada, davayı sözlü olarak kabul edebilir. Bu durumda, davalının kabul beyanı duruşma tutanağına yazılır. Tutanağın kabule ilişkin bölümü, davalının önünde okunarak, kendisine imza ettirilir. Kabul beyanının davalıya okunduğu ve ondan sonra imzasının alındığı hususunun da tutanağa yazılması zorunludur. Bu şekil şartlarına uygun olmayan kabul beyanı geçersizdir. (HUMK. md. 151).[597] MK. md. 166/3'ün uygulanacağı davalarda yukarıda belirtilen esaslar aynen geçerlidir.

---

[594] **Kuru**, IV, 3692-3693.

[595] **Kuru**, IV, 3688.

[596] **Kuru**, IV, 3699-3700.

bb-Mahkeme dışı kabul

Davalı, davayı mahkeme önünde kabul edebileceği gibi, mahkeme dışında da davayı kabul edebilir. Bu kabul beyanı noter önünde olabileceği gibi, karşı tarafa verilmiş bir yazıda veya yazılmış bir mektupta, ya da tanıklar önünde yapılmış olabilir. Kural olarak, bu tarz kabul de geçerlidir. Ancak, davacı tarafından, mahkeme önünde, usulünce ispat edilmesi gerekir. Davacı bunu yaparken, kanunen mümkün her tür delilden yararlanabilir. Burada üzerinde düşünülmesi gereken, mahkeme dışı kabulün MK. md. 166/3'ün uygulanacağı davalarda uygulama kabiliyetinin bulunup bulunmadığıdır. Kanaatimizce bu mümkün olmalıdır.[598] MK. md. 166/3 hükmünde, davalının kabulünün, muhakkak mahkeme içi olmasını gerektirecek bir zorunluluk bulunmamaktadır. Mahkeme dışı kabul beyanının kanıtlanması durumunda, bir sonraki aşama, davalının çağrılarak bizzat dinlenmesi olduğundan, mahkeme dışı kabulün varlığını iddia eden davacıya, bu iddiasını kanıtlama imkanı vermenin bir sakıncası bulunmamaktadır. Kabulün usulüne uygun olarak kanıtlanması halinde hakim, davalı eşi bizzat dinleyecek ve iradesinin serbestçe açıklandığına kanaat getirecektir. İradenin serbestçe açıklandığı konusunda hakim kuşkuya düştüğünde anlaşmalı boşanma gerçekleşmeyecektir. Bu aşamada, kabul ile ilgili bir aksaklık var ise, sakıncalı bir sonuç doğması hakim tarafından engellenebilecektir. Yine ileride açıklanacağı üzere, bize göre, anlaşmalı boşanmada davalı kabul beyanını karar kesinleşinceye değin, hiçbir ön koşula bağlı olmaksızın geri alabileceği için davalı açısından bu yönden de herhangi bir tehlike bulunmamaktadır.

g- Davalı eşin kabulünden dönmesi

Hukuk Usulü Muhakemeleri uygulamasında, davayı sona erdiren taraf işlemlerinden biri olan davalının kabulü ile uyuşmazlık ortadan kalkar ve henüz mahkeme kabul nedenine dayalı olarak davanın kabulüne karar vermemiş olsa bile, davalı kabulünden dönemez. Islah yolu da kapalıdır. Ancak, davalı kabul beyanının,

---

[597] **Kuru**, IV, 3698.

[598] **Kırbaş**, 42.

iradeyi sakatlayan hallerden birinin varlığını öne sürerek, geçersiz olduğunu iddia edebilir. Davalının bu iddiası, hüküm verilmezden önce aynı dava içerisinde hadise olarak, hükümden sonra ise ayrı bir dava içerisinde çözüme bağlanır.[599]

Kanaatimizce, kabulden dönülemeyeceği esası, MK. md. 166/3 hükmüne göre yürüyen bir yargılamada uygulanamaz. MK. md. 166/3'ün uygulandığı bir yargılamada, davayı kabul eden eş, karar şekli anlamda kesinleşinceye kadar bu kabulünden dönebilir.[600] Bu tür yargılamada kabul ne maddi anlamda ve ne de şekli anlamda kesin karar neticelerinin doğmasına neden olur.[601]

MK. md. 166/3 hükmü, bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde, evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olduğu yolunda kesin bir kanuni karine getirmektedir. Ancak, davalının yalın olarak davayı kabulü, boşanma sonucunu vermeye yetmemektedir. Kabul üzerine hakim, sadece evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olup olmadığını araştıramayacak, kesin kanuni karine ile bağlanacaktır. Buna karşın hakim, tarafları bizzat dinleyerek, iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmeli, boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulmalı veya önerisi taraflarca kabul edilerek tarafların ve hakimin uyuştuğu bir anlaşma ortaya çıkmalıdır. Tüm bu hususlarda bir eksiklik olması halinde boşanma kararı verilemeyecektir.

Kanunun bu düzenlemesi, buradaki kabulün, farklı bir kabul olduğunu göstermektedir. Buradaki kabul, boşanma talebinin, dava yolu ile hakim önüne

---

599 **Kuru**, IV, 3727 vd.

600 Kırbaş, daha önce boşanma davasını kabul etmiş olan davalı eşin, hakim tarafından bizzat dinlenilme aşamasına kadar ya da en azından bu sırada mahkemeye yönelteceği bir beyanla, davacı eşin rızasına ihtiyaç duymaksızın kabulünü geri almasının mümkün olabileceği, ancak eşler boşanma iradelerinin serbestliği hususunda dinlenilmiş ve hakimde olumlu kanaat uyandırılmışsa, artık bu aşamadan sonra kabul beyanının geri alınamayacağı gibi BK. md. 23 vd. hükümlerince iptaline de izin verilmemesi gerektiği düşüncesindedir. (**Kırbaş**, 38-39).

601 Bkz. Yarg. HGK. nun 16.10.1991, 2-465/493 sayılı kararı. (**Gençcan**, 642-644).

getirilmiş olduğu bir yargılamada, bu isteme, diğer eşin katılması suretiyle, çekişmeli yargıdan çekişmesiz yargıya dönülerek, artık anlaşmalı boşanma ile ilgili ileri evrelere geçilebilmesi için aranan bir hususdur. Bu, kabul usulî koşulunun, anlaşmalı boşanmanın maddi koşulu haline gelmiş olmasının da bir sonucudur. Kabulün doğurduğu tek sonuç, artık evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı olgusunun kanıtlanmasına gerek bulunmadığı, anlaşmalı boşanma için, diğer koşulların varlığının aranmasına başlanabileceğidir. Kabul üzerine, çekişmeli yargıdan çekişmesiz yargıya geçildiği de unutulmamalıdır. Çekişmeli yargıdaki esaslar, çekişmesiz yargıya uyduğu ölçüde kıyasen bu yargı çeşidinde uygulanmaktadır.

Anlaşmalı boşanma yapılabilmesi için özgür iradenin varlığı şarttır. Özgür iradenin bulunmadığın anlaşıldığı her aşamada, artık anlaşmalı boşanma yapılamaz. Bu bakımdan Yargıtay'ın kabule ilişkin irade açıklamasından, ancak iradeyi sakatlayan nedenlerin varlığı halinde, bu nedenlerin kanıtlanması suretiyle dönülebileceğini belirten kararındaki, çoğunluk görüşüne katılabilmek mümkün değildir.[602] Bu kararda, yerel mahkeme, davalının kabul beyanının, iradesini sakatlayan bir hal altında verilmiş olduğu iddiasına karşın, kabule ilişkin irade açıklamasından dönülemeyeceğini gerekçe göstererek, MK. nun 134/3. (yeni MK. md. 166/3) hükmüne göre anlaşmalı boşanma hükümlerini uygulayarak boşanmaya karar vermiştir. Yargıtay ise ; "... burada olduğu gibi mahkeme huzurundaki beyanın serbest iradenin ürünü olmadığı iddiası birer hadisedir. Mahkemenin önce ortaya çıkan hadiseleri incelemesi, çözmesi, sonra davanın esasını incelemeye başlaması gerekir. İddia Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 222. maddesince hadise şeklinde çözümlenmeden davaya devam edilmesi usul kanununa aykırıdır. O halde

---

602 Yarg. 2. HD.03.10.1994, 8139/8957 (**Gençcan**, 663-664) Ancak Yarg. Hukuk Genel Kurulu MK. md. 166/3 hükmünün uygulandığı davalarda hem kabul ve hem de feragat açısından kabul edilebilecek genel esasları belirlemiştir. Yarg. HGK. nun 16.10.1991, 2-465/493 sayılı kararına göre; "Kuralların hep birlikte değerlendirilmesinden açıkça anlaşıldığı üzere, boşanma davası, HUMK. 92. maddesinde yer alan kuralın istisnasını oluşturmaktadır. Davanın kabul edilmesi, tek başına kesin hükmün sonuçlarını doğurmaz. Bu nedenledir ki gerek hakim ve gerekse Yargıtay kanunda gösterilen unsurların varlığını re'sen gözetmek durumundadırlar. Şu halde dava karar kesinleşinceye kadar her hali ile derdesttir. Gerek, maddi anlamda kesin hüküm ve gerekse şekli anlamda kesin hüküm kuralları bir davadan feragate engel oluşturmaz." Son cümledeki gerekçe kabul açısından da kanaatimizce geçerlidir.

mahkemece hadise olarak ileri sürülen konuda tarafların açıklamaları alınmalı, gerekirse göstereceği delilleri sorulup toplanmalı, deliller Medenî Kanunun 134/3 (Yeni MK. m.d 166/3) maddesi çerçevesinde değerlendirilerek bir karar verilmelidir." gerekçesi ile hükmü bozmuştur. Bu çözüm kanaatimizce isabetli değildir. Bu karara ilişkin olarak, muhalif kalan iki üye tarafından kaleme alınan, muhalefet şerhinde dile getirilen görüşleri ise aynen paylaşmaktayız. [603]

Yargıtay 1995 tarihli bir kararında da,[604] yerel mahkemenin kararından sonra, temyiz aşamasında kandırıldığını, bilgisizliğinden, deneyimsizliğinden yararlanıldığını belirterek, kabulünden döndüğünü belirten davalının bu beyanını, yukarıda belirtilen kararda olduğunun aksine HUMK md. 222'ye dahi değinmeksizin dikkate almamış ve yerel mahkeme kararını onamıştır. Bu karara da katılabilme olanağı yoktur. Ancak bu kararda muhalif kalan üye tarafından dile getirilen görüşler ise tümüyle yerindedir.[605]

---

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

604 Yarg. 2. HD. 15.1.1996, 14248-251 Hukuk Bilgi Bankası, http://vakif.yargitay.gov.tr/. Bu karar Yargıtay kararlarında sıklıkla gördüğümüz şekilde gerekçeden de yoksundur. Bu hususun başta Anayasa olmak üzere hukuka uygun olmadığı açıktır. Uygulamada bu tip, standart, formüler biçimde kaleme alınmış kararlara (ki bu kararlar onamaya dair olmaktadır) "düz onama" denmektedir. Biz kararın içeriğini muhalefet şerhinden çıkardık.

605 Muhalefet şerhi şöyledir; "Davacı kocanın açtığı boşanma davasının yapılan yargılaması sırasında davalı boşanmayı kabul ettiğini ödence ve nafaka istemediğini, açıklamış, davaya bakan hakim başkaca bir inceleme yapmadan boşanmaya karar vermiştir. Davalı Yargıtaya gönderdiği dilekçe ile kandırıldığı, bilgisizliğinden deneyimsizliğinden yararlanıldığını belirtmiştir.(...). Somut olayda; davalının okumamış, köyde büyümüş bir kişi olduğu anlaşılmaktadır. (Nüfus kaydı ve dilekçede gösterilen adresinden). Cahil ve deneyimsiz olan davalıya hakimin olayın önem ve sonucunu anlatması, mali konulardaki haklarını hatırlatması bundan sonra boşanmayı kabulün serbest iradeye dayanıp dayanmadığını gözlemlemesi ve gözlem sonucunu açıklaması, kocasından

Kabulünden dönen davalının, tıpkı kabul beyanında bulunurken, herhangi bir neden göstermesinin gerekmemesi gibi, dönme beyanına da bir gerekçe eklemesi veya hakimde bu dönmenin yerindeliği hususunda bir kanaat uyandırmak yükümlülüğü bulunmamaktadır.[606]

C-Hakimin Eşleri Bizzat Dinleyerek İradelerinin Serbestçe Açıklandığına Kanaat Getirmesi

1-Genel olarak

Eşlerin birlikte başvurmaları veya bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi durumunda evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı yolundaki kesin kanuni karine hüküm ifade edecektir. Artık bu aşamadan sonra hakimin, gerçekten evlilik birliğinin temelinden sarsılıp sarsılmadığı konusunda bir araştırma yapabilmesi mümkün olmadığı gibi, eşler arasındaki olayların evlilik birliğini temelinden sarsıp sarsmaya yetip yetmediğini de araştıramayacaktır.[607] Hakim evliliğin gerçekten yıkılıp yıkılmadığını doğrulama yetki ve sorumluluğunda olmadığı gibi eşlerin evliliğin sarsıldığı/çöktüğü düşüncesine sahip olduklarını tespit etmesi de gerekmemektedir.[608] Bu sonuç, münhasıran MK. md. 166/3 hükmüne bağlı olarak birlikte başvuru ile

---

nafaka dahi istemediğini açıklayan davalının bu davranışının kabul edilebilirliği hakkında düşüncelerini gerekçelendirmesi Medeni Kanunun 134. maddesiyle öngörülen koşulların ne şekilde gerçekleştiğinin kararda açıklanması gerekir. Medeni Kanunun 152. maddesiyle ileriye yönelik nafakadan vazgeçilemeyeceğinin dikkate alınmaması kanunun hakime yönelik görevleri yerine getirmesi bundan sonra oluşacak duruma göre bir sonuca varılması gerekirdi. Belirtilen kanuni kurallar yerine getirilmeden boşanmaya karar verilemez. Diğer yönden, davalının temyiz dilekçesi kabul iradesinden vazgeçme niteliğindedir. Davalı kabulün serbest iradesine dayalı olmadığını, hükmün kesinleşmesine kadar açığa vurabilir. Bunu engelleyen kanuni bir kural yoktur. Davacıya iradesini geri alma (feragat hakkı) tanındığına göre davalıya da kabul iradesini geri alma hakkı tanınmalıdır. Aksi halde Anayasanın 10. Maddesinde öngörülen eşitlik kuralı zedelenmiş olur. (...). Bu itibarla cahil deneyimi olmayan kişinin yarattığı manevi baskının etkisinden dahi henüz kurtulamayan davalının yalın kalan kabulü de boşanmaya karar verilmesine ve bu görüşü onaylayan çoğunluğun düşüncesine katılmıyorum."

606 **Kırbaş**, 38.

607 **Schwenzer(Fankhauser)**, Vor. zu Art. 111-116, N.4; **Sutter/Freiburghaus**, Vor. zu Art. 111-116, N.19; **Reusser**, 1.37; **Perrin**, 14

608 **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.13

hakim önüne getirilmemiş, kabul anına kadar birtakım maddi vakıaların mahkemeye getirilmiş olduğu davalar için de geçerlidir. Kabul anına kadar mahkemeye getirilmiş olan maddi vakıalar evlilik birliğinin temelinden sarsıldığını kanıtlamaya yetmiyor olsa da bu sonuç değişmez. Bu tür davalarda kabul ile hakim, artık MK. md. 166/1-2'de aranan diğer koşulların varlığını arayamayacaktır. Hakim tarafından aranacak olan, eşlerin boşanma konusundaki iradelerinin serbestçe oluşmuş ve açıklanmış olup olmadığıdır.[609] MK. 166/3. maddesinin açık hükmüne göre, boşanma kararı verilebilmesi için hakiminin eşleri[610] bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına ve ayrıca bu iradenin serbestçe oluştuğuna kanaat getirmesi gerekir.

2-İradenin serbestçe açıklanması

3444 sayılı kanunun gerekçesinde de belirtildiği gibi, boşanma iradesinin ciddi olduğuna ve serbestçe oluştuğuna, hakim, takdir yetkisine dayanarak ve gerekli bütün araştırmaları yaptıktan sonra karar verecektir. Hakim, eşlerin boşanmaya yönelik irade beyanlarında yanıltılmış olup olmadıklarını da, yani iradeyi sakatlayan hallerden birinin var olup olmadığını da kontrolle yükümlüdür.[611] Kanun bu konuda hakime geniş bir takdir yetkisi vermiştir. Gerekçede hakimin tarafları dinlemesinin çeşitli baskılarla alınabilecek rızaları etkisiz kılmakta önemli bir tedbir olduğu ifade olunmaktadır.[612] Kanunda düzenlenmiş bu husus kamu düzenindendir.[613] Ancak MK. 166/3. maddesi uyarınca tarafların birleşen iradelerinin, serbest olmadığını açıkça ortaya koyan olgular belirlenip gerekçede gösterilmeden boşanma talebi reddedilemez.[614]

---

609 **Schwenzer(Fankhauser)**, Vor. zu Art. 111-116, N.10; **Sutter/Freiburghaus**, Vor. zu Art. 111-116, N.19; **Reusser**, 1.37;

610 MK. 166/3 maddesinin metninde 'taraflar' ibaresi kullanılmış ise de buradaki tarafı, çekişmeli yargıdaki taraf (davacı-davalı) olarak değil "evlilik birliğinin tarafları" yani eşler biçiminde anlamak gerekmektedir.

611 **Schwenzer(Fankhauser)**, Vor. zu Art. 111-116, N.4; Botschaft Sheidunsrecht, 86.

612 3444 sayılı kanun Hükümet Tasarısı 4. madde gerekçesi, TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 18, Yasama Yılı 1, sf.6; **Öztan**, Makale, 131.

613 **Yalçınkaya/Kaleli**, II, 2062.

614 Yarg. 2. HD. 20.10.1993, 8625/9559. (**Özuğur**, 400).

Kanun koyucunun, boşanma konusunda iradeleri birleşen eşlerin iradelerinin serbestçe açıklanmış olduğunun, geniş bir takdir hakkı çerçevesinde hakim tarafından denetlenmesini araması ve tarafları hakim ile yüz yüze getirmesi yerinde[615] ve çağdaş düzenlemelere de uygundur.

3-Eşlerin hakim huzurunda bizzat dinlenilmeleri

MK. 166/3. maddesinde hakiminin tarafları bizzat dinlemesi gerektiği emredici bir biçimde düzenlenmiştir.[616] Buna göre bu aşamaya kadar başvurusunu temsilci ile sürdürebilecek olan eş de artık mahkemeye gelecek[617] ve hakim tarafından boşanma iradesinin serbestliği konusunda bizzat dinlenecektir.[618]

ZGB Art. 111'de, anlaşarak boşanma için mahkemeye başvuran eşlerin, hakim tarafından ayrı ayrı ve birlikte dinleneceği ve iyice düşünmüş oldukları ve serbest iradeleri ile boşanmayı istedikleri konusunda hakimin kanaat sahibi olması

---

615 **Kırbaş**, 51

616 Yarg. 2. HD. 11.05.1998, 4765/5681; Yarg. 2. HD. 19.02.1990, 10658/2000 (**Gençcan**, 647-648, 682-683).

617 "(...) boşanmaya karar verilebilmesi için hakim bizzat tarafları dinleyerek iradenin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi şarttır. (MK:134/3) Vekaletnamesinde yetkisi olsa dahi vekilin beyanı boşanma kararı verilebilmesi için yeterli olamaz." Yarg. 2. HD. 13.02.1992, 1456/1636. (**Gençcan**, 672). "Davacı vekilinin davacı huzurunda beyanda bulunması davacının dinlendiği anlamına gelmez. Kanun koyucu hakim ile tarafların konuşmaları sonunda serbest iradenin denetlenmesini amaçladığı için Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununn 69. maddesinde yer alan kural bu gibi hallerde uygulanmaz." Yarg. 2. HD. 12.11.1990, 4932/10733. (**Gençcan**, 679). "... cevap dilekçesini tekrarlayan davalının bu beyanının boşanma konusunda hakim önünde dinlenme ve serbest irade açıklaması niteliğinde kabulü mümkün bulunmamaktadır. Yarg. 2. HD.22.10.1990, 10796/2176 (**Gençcan**,680).

618 Şenere göre: "Hakimin tam bir kanıya varması için onları (eşleri) duruşma sırasında görmesi, hareketlerini, konuşmalarını, jest ve mimiklerini, velhasıl her hallerini izlemek zorundadır. Aksi halde, irade serbestisiyle ve gerçekten boşanma arzusu içinde olup olmadıklarının tespiti mümkün olmaz. (...) Hakim, kendisini bu kanaate vardıran sebepleri kararda açıklamak zorunda değildir. İşte hakime tanınan böylesine önemli bir yetki ve takdir hakkının layıkı ile kullanılması için, eşleri birlikte incelemek fırsatının ona tanınması kaçınılmaz bir zorunluluktur". (**Şener**, Değişiklikler,4).

aranmaktadır.[619] Dinlemenin amacına ulaşabilmesi için, dinlemenin, hakim tarafından, yeterli süreninin ayrılarak, ciddi bir şekilde yürütülmesi, basit bir formalite olarak görülmemesi gereğine değinilmektedir.[620] Aynı esas bizim hukukumuz açısından da geçerli olmalıdır.

Bizim kanunumuzda, İsviçre Medeni Kanununda olduğu gibi (ZGB. Art 111/2) eşlerin birlikte ve ayrı ayrı dinlenmesi şartı aranmamıştır. Bu nedenle, eşlerin bir arada dinlenebileceği gibi, ayrı ayrı da dinlenebilecekleri kabul edilmek gerekir. Yine eğer hakim gerek görür ise, birlikte dinledikten sonra, her bir eşi ayrı ayrı bir kez daha dinleyebilir. Ancak kanımızca, eşlerin boşanma yargılamasının sürdürüldüğü mahkemenin dışında başka bir mahkemede (istinabe) yolu ile dinlenebilmeleri mümkün değildir. Bu, hüküm ile gerçekleştirilmek istenilene, hükmün amacına aykırıdır. İsviçre'de dinlemenin zorunluluk bulunan durumlarda istinabe[621] yolu ile, hatta yazılı[622] olarak veya telefon[623] ile yapılabileceği belirtilmektedir. Dinlemenin duruşma salonunun dışında veya zorunluluk varsa mahkeme binasının dışında, ilgilinin bulunduğu yerde yapılabilmesi de mümkündür.

Yine gerek görmesi halinde hakimin, dinlemenin amacına ulaşabilmesi için tarafları birden çok kez dinlemesi de mümkündür.[624]

---

619 İsviçre'de ilk duruşmadan itibaren iki aylık düşünme süresi öngörülmüştür. Bu sürenin sonunda eşler yazılı olarak boşanma iradelerini ve anlaşmalarının koşullarını teyit ederlerse (onay verirler ise) hakim boşanmaya karar verir ve anlaşmayı onaylar.(ZGB. Art. 111).

620 **Schwenzer(Fankhauser),** Vor. zu Art. 111-116, N.11; **Sutter/Freiburghaus,** Vor. zu Art. 111-116, N.21; **Reusser,** 1.38; Botschaft Sheidunsrecht, 86.

621 **Schwenzer(Fankhauser).** Art. 111-116, N.14; **Sutter/Freiburghaus,** Vor. zu Art. 111-116, N.32; **Reusser,** N.1.35;

622 **Honsell/Vogt/Geiser,** Art. 111 N. 8

623 **Reusser,** N. 1.35; **Honsell/Vogt/Geiser.** Art. 111.8. **Sutter/Freiburghaus,** ise telefonla dinlemeye karşıdırlar. (Vor. zu Art. 111-116, N.32).

624 **Sutter/Freiburghaus,** Art. 111, N.29, 26; **Reusser,** N.1.39; **Perrin,** 15.

Bir eşin açtığı davanın diğer eş tarafından kabulü üzerine[625] [626] yargılama, (çekişmesiz usulde) anlaşmalı boşanmaya dönüşmüşse, sadece, davalı eşin dinlenilmesi ile yetinilemez. Davayı açan asilin de dinlenilmesi gerekir.[627]

Burada üzerinde düşünülmesi gereken bir husus da şu olabilir. Acaba kabul beyanı gelinceye kadar toplanan delillerden, boşanma sebebinin (yani evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı, terk. zina vs.) gerçekleştiği kanıtlanmış ise, bu durumda da (çekişmesiz yargıya geçilerek) yargılama anlaşmalı boşanma hükümlerine göre mi sürdürülecek, yoksa başlangıçta davanın açıldığı ve artık kanıtlanmış olan nedene göre mi sonuçlandırılacaktır. Kanaatimizce, bu durumda, eşlerin anlaşarak boşanabilmelerine üstünlük tanımak uygun olur. Ancak anlaşmalı boşanma sağlanamıyor ise, davanın açıldığı (ve artık kanıtlanmış) boşanma nedeni doğrultusunda karar verilebilecektir. Gerçi böyle bir durumda, boşanma nedenini kanıtlayan davacıya karşı, davayı uzatmak isteyen kötüniyetli davalının kabul beyanı ile güçlük çıkarabileceği ve davanın sonuçlanmasını geçiktirebileceği itirazı yapılabilir. Bu ihtimalin varlığı, iyiniyetli eşlerin, son aşamada dahi anlaşmalı boşanabilme olanaklarını ellerinden almak için bir gerekçe oluşturmamalıdır. Hakim

---

625 "İlk oturumda davalı bizzat davayı kabul ettiğini beyan etmiştir. Bu beyan üzerine davacı asilin dinlenmek üzere hazır bulundurulması ve mali konularda, çocukların durumları hakkında düzenlemede bulunmaları için taraflara imkan tanımak gerekirken toplanan delillerle evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı ve bir taraf için birliği devam etirmenin beklenemeyeceği ispatlanmadığından söz ederek davanın reddi doğru bulunmamıştır." Yarg. 2.HD.08.03.1991, 1262/4268 (**Gençcan**, 678). Kanaatimizce bu kararda varılan çözüm şekli doğrudur.

626 Yukarıda aktarılan karara ilişkin muhalefet şerhindeki görüşlere katılabilme olanağı yoktur. Karara ilişkin muhalefet şerhinde: "Medeni Kanunun anlaşmalı (rızai) boşanmaya ilişkin 134/3. Maddesinin kanuni unsur ve şartlarının hazırlanıp mahkemeye sunulması (örneğin tarafların duruşmada hazır bulundurulmaları ya da boşanmanın mali sonuçlarıyla ilgili anlaşmanın düzenlenip mahkemeye verilmesi) tamamen dava taraflarına ilişkin bir yükümlülük olup bu yönlerin mahkemece re'sen (kendiliğinden) göz önünde tutulması söz konusu değildir. Başka bir ifade ile mahkemece Medeni kanunun 134/3. Maddesine uygun araştırma ya da soruşturma yapılmasına kanuni olanak bulunmamaktadır." Bu görüş, MK.166/3 hükmününün uygulanmasını son derece daralttığı ve hükmün amacına uymadığı için kabul edilemez.

627 "Mahkemece tarafların beyan ve kabullerine dayanılarak hüküm kurulmuş ise de davacı vekili ve davalı Sevim dinlenmiş, davacı asil dinlenmemiştir. ...hükmün...bozulmasına. Yarg. 2. HD. 21.01.1998, 13746/616. (**Gençcan**, 648). "Duruşmada davacı asilin beyanı alınmamıştır. Bu durumda anlaşma söz konusu olamayacağı gibi Medeni Kanunun 134/3 maddesi şartları oluşmamıştır". Yarg. 2. HD. 05.11.1992, 10221/10847 (**Gençcan**, 670).

usul hukukunun kendisine verdiği tüm olanakları kullanarak kötüniyetli girişimleri engelleyebilmelidir.

4-Eşlerin saiklerinin dikkate alınıp alınmayacağı

Acaba taraflar hakim önünde iradelerinin serbest olup olmadığı hususunda dinlenirken, kendilerini boşanma sonucuna götüren saikleri hakim tarafından dikkate alınacak mıdır? Tarafların hangi nedenle boşanmayı arzuladıkları araştırılıp, bu iç irade hakim tarafından uygun bulunmadığı durumlarda iradenin serbest olmadığı öne sürülebilecek midir?

Yargıtay bu konuda çelişik kararlar vermiştir. Yargıtay bir kararında;[628] "... Mahkemece davanın reddine esas alınan 'davacının babasından dulluk maaşı almak düşüncesi ile davayı açmış olabileceği' şeklinde ifade edilen konu saike ilişkin olup boşanma konusunda serbest iradeyi ortadan kaldırmaz" demektedir. Diğer bir kararında[629] ise, bu görüşünün tersine; "Tarafların yetim aylığı alma, eşin borcu sebebiyle mallarını takip ve hacizden kurtarma gibi mali sebeplerle boşanma isteğinde birleşmeleri, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına karine oluşturacak bir irade açıklaması olamaz." demektedir.

Kanaatimizce, eşlerin hakim önünde dinlenirken sahip olmaları gereken irade, boşanma konusunda kararlılıklarına dair özgür iradeleridir. Boşanma iradesinde olan tarafın bu sonuca hangi iç nedenlerle varmış olduğu hakimi ilgilendirmez. Hakimin kontrolle yükümlü olduğu husus, eşlerin boşanma sonucu konusundaki özgür, baskı altında kalmamış, sakatlanmamış, üzerinde düşünülmüş kararlarıdır.[630] Bu noktada

---

628 Yarg. 2. HD. 20.10.1993, 8625/9559 (**Gençcan**, 665-666).

629 Yarg. 2. HD. 17.01.1991, 7288/9704 (**Gençcan**, 676-677).

630 Yarg. 2. HD. nin1990/1721 E, 1990/6558 K. sayılı ve 25.06.1990 tarihli kararında da, yerinde olarak, şu görüşlere yer verilmektedir; "Uyuşmazlık 3444 sayılı kanunla değişen 134/3. fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan boşanma iradesinin serbestçe açıklanıp açıklanmadığının araştırılması ve tespitine ilişkindir. Mahkemece, tarafların boşanma sebebini söylememekte ısrarlı

boşanma iradesinin samimiyetini göstermesi açısından saik bir önem taşımaz. Eşler boşanmak istemektedirler. Bu iradeleri özgür müdür değil midir, iradelerini sakatlayan bir durum var mıdır yok mudur buna bakılacaktır. Bu nedenle de yukarıda aktarılan Yargıtay kararlarındaki görüşlerden birincisine katılıyoruz.

Yine kanaatimizce, eşlerin olgunlaşmış ve özgür iradeleri ile boşanmayı isteyip istemediklerinin hakim tarafından aranacağı an, onların bizzat hakim önünde dinlendikleri andır. Hakim önünde dinlendikleri anda iradeleri özgür idi ise, MK. md. 166/3'ün aradığı iradelerin serbestçe açıklanması unsuru gerçekleşmiş olacaktır. Bu nedenle Yargıtay'ın "tarafların boşanma kararına rağmen evlilik birliğini bozmamış olmaları, üç yıl süre ile boşanmamış gibi birlikteliklerini sürdürmüş olmaları hakim önündeki açıklamalarının serbest ve samimi bir irade ürünü olmadığını göstermektedir."[631] tarzındaki görüşüne katılamıyoruz.

---

davranmaları maddenin unsuru kabul edilerek dava reddedilmiştir. Oysa mahkemenin yapacağı iş bu boşanma arzusunun serbest iradenin kabulü olup olmadığını araştırmaktan ibarettir. Başka bir anlatımla boşanma sebebi ne olursa olsun, hatta ister açıklansın ister olayımızda olduğu gibi saklı tutulsun şayet boşanma arzusu bir tehdit, tazyik ve buna benzer iradeyi fesada uğratacak hiçbir etken olmaksızın tüm samimiyeti ve içtenlikle vaki ise olayda kanunun aradığı şartın oluştuğunu kabul etmek gerekir". (İBBBA. CD- Rom Medya).

631 Yarg. 2.HD. 28.05.1996, 3834/5692 (**Gençcan**, 653-655). Bu kararda devamla; "Davacı kocanın üç yıl karı koca gibi yaşantısını sürdürmesi eşine evliliğin devam edeceği konusunda güven vermesi ve üç yıl sonra üç yıl önceki mali koşullarla boşanmayı sağlamak üzere, kararı tebliğe çıkarması MK.nun 2. maddesiyle öngörülen iyi niyet koşullarıyla bağdaşmaz." denilmektedir. Karara konu olan olayda, eşlerin anlaşmaları sonucu 04.03.1993 günlü kararla boşanmalarına karar verilmiştir. (Davacı), kararı, 16.02.1996 tarihinde yani yaklaşık üç yıl sonra tebliğe çıkarmıştır. Kararı temyiz eden (davalı) eş karardan sonra evlilik birliğini devam ettirmeyi kararlaştırdıklarını ve üç yıl süre ile mutlu beraberliği sürdüklerini belirtmiş, (davalı) da temyiz dilekçesine verdiği cevapda, bu üç yıllık birliktelik iddiasını doğrulamıştır. Bizce, karara ilişkin muhalefet şerhinde de belirtildiği gibi, eşlerin boşanma kararından sonra, bir süre birlikte yaşamış olmaları, boşanma konusunda hakim önünde iradelerini açıklarken samimi olmadıklarını, iradelerinin özgür olmadığını göstermez. Burada yapılması gereken, karar henüz kesinleşmeden, bize göre kabul beyanının (Yargıtay aşamasında dahi) her zaman geri alınabilmesi mümkün olduğundan, temyiz edenin (kabul beyanında bulunanın-davalının) ifadeleri, kabul beyanının geri alınması olarak anlaşılıp yerel mahkeme kararının bozulması olmalı idi.

D-Hakimin Boşanmanın Mali Sonuçları İle Çocukların Durumu Hususunda Eşlerce Kabul Edilecek Anlaşmayı (Düzenlemeyi) Uygun Bulması

1-Genel olarak

MK. nun 166/3. maddesi doğrultusunda, eşlerin anlaşarak boşanabilmeleri için varlığı aranan diğer bir koşul da, eşlerin mali konularla çocukların durumu hususunda bir düzenleme (anlaşma) yapmaları ve bu düzenlemenin hakim tarafından uygun bulunmasıdır. Anlaşmalı boşanmanın maddi koşullarından biri olan bu koşul da kamu düzenindendir ve varlığı sağlanamıyorsa anlaşmalı boşanma yolu kapalıdır.[632] Kanun koyucu boşanma konusunda anlaşan eşlerin, boşanmanın yan sonuçları üzerinde de anlaşmalarını istemiştir. Çünkü aslında boşanmanın hukuk tarafından düzenlenmesinin en önemli nedeni boşanmanın yaratttığı sonuçlardır.

İsviçre'de, Boşanma Hukukundaki değişikliklerden sonra, eşler arasındaki anlaşma ve işbirliğinin, İsviçre kanun koyucusunun temel tercihi olduğu, yeni Boşanma Hukukuna egemen olan ilkelerden en önemlilerinden birinin ve değişikliğin amacının, gerekçede de belirtildiği gibi, boşanma ve boşanma sonuçları üzerinde eşlerin anlaşmasının sağlanması olduğu, eşlerin kendi rızaları ile evlilik birliğinin çözülmesinde son bir çaba ile düzenleme yapmaları konusunda teşvik edildikleri ifade edilmektedir.[633] Yine İsviçre'de değişiklikten sonra da, tarafların ortak taleple başvurularında söz konusu olan anlaşmanın (ZGB Art. 111-112) dışında, tıpkı eski hukukta olduğu gibi, çekişmeli usul söz konusu olduğunda da, çekişmeli yan sonuçlar üzerinde de bir anlaşma yapılabileceği, bu anlaşmanın ZGB Art. 111/1 ve Art. 112/2'de düzenlenen anlaşmadan farklı olduğu, bu anlaşmanın hükümlerinin eski hukuk da olduğu gibi ele alınması gerektiği belirtilmektedir.[634]

---

632 **Öztan**, Makale, 132; **Oğuzman/Dural**, 129; Yarg. HGK. 09.03.1994, 2-894/125. (**Gençan**, 641-642).

633 **Schwenzer**, Allgemeine Einleitung, N.19; **Reusser**, N.1.35, 1.88; **Perrin**, 11; Botschaft Scheidungsrecht, 29.

634 **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 112, N. 21; **Sutter/Freiburghaus**, Art. 112, 44.

Almanya ve Fransa'da da, anlaşmalı boşanma yapmak isteyen eşlerin, boşanmanın yan sonuçları üzerinde de bir anlaşmaya varmış olmaları bir koşul olarak aranmaktadır.[635]

3444 sayılı Kanun ile anlaşmalı boşanma Türk Hukukuna girmeden önce de, Eski Medeni Kanunumuzun 150. maddesinin 5. bendinde, boşanmanın yan (fer'i) sonuçlarına dair bir sözleşmeyi eşlerin yapabilecekleri düzenlenmekte idi.[636] Bu düzenleme, Yeni Medeni Kanunumuzda da 184. maddenin 5. bendi olarak aynen korunmuştur. MK. md. 184/5'e göre; "Boşanma veya ayrılığın fer'i sonuçlarına ilişkin anlaşmalar, hakim tarafından onaylanmadıkça geçerli olmazlar." Buna göre taraflar, bir boşanma davasında, boşanmanın kanundan doğan sonuçları dışındaki bir sözleşmeyi, boşanmanın yan sonuçları olarak yapabilecekler ve bu sözleşmeyi hakimin onayına sunacaklardır.

MK. md. 166/3 ile getirilen ve anlaşmalı boşanma için varlığı zorunlu olan mali sonuçlar ve çocukların durumuna dair anlaşma ile MK. md. 184/5'de yer alan anlaşma birbirinden farklıdır.[637] Bu da MK. md. 166/3'deki düzenlemenin niteliği göz önünde tutulduğunda doğaldır. Bu konuyu aşağıda ele alacağız:

---

635 **Dethloff,** 184; **Verschraegen,** 331 vd.

636 Geniş bilgi için bkz. **Turan Esener, Boşanmanın Fer'i Neticelerine Dair Mukaveleler, AHFD,** Cilt: VIII, Yıl: 1951, Sayı: 3-4, 610; **Gülçin Elçin Grassinger, Boşanma Davasında Eşlerin Boşanmanın Tali Sonuçlarına İlişkin Konularda Anlaşma Yapmaları Ve Konu İle İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararı, İHFM,** (Prof. Dr. Türkan Rado'ya Armağan), Cilt: LV, Sayı:3, Yıl:1997, 235 vd.; **Sutter/Freiburghaus,** Art. 112, N.46; **Bühler/Spühler,** Art. 158 N. 151.

637 **Schwenzer(Fankhauser),** Art. 112, N.21; **Sutter/Freiburghaus,** Art. 112, N.44; **Elçin Grassinger,** 235.

2-Anlaşmalı boşanmadaki boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin anlaşma (düzenleme) ile MK. md. 184/5'de yer alan anlaşmanın karşılaştırılması

a- MK md. 184/5 de yer alan "boşanma ve ayrılığın fer'i sonuçlarına ilişkin anlaşmalar"ın hukuki niteliği

MK. md. 184/5'de yer alan "Boşanma ve ayrılığın fer'i sonuçlarına ilişkin anlaşmaları"ın hukuki niteliği konusunda öğretide görüş birliği bulunmamaktadır.

İsviçre Hukukunda, genel olarak, öğreti ve uygulamada, bu sözleşmelerin hakimin onayından önceki dönemde de, bir Borçlar Hukuku sözleşmesi olarak, tarafları bağladığı kabul edilmektedir.[638] Yine anlaşmadan, tek taraflı olarak dönülemeyeceği, ancak Borçlar Hukukunun genel kuralları uyarınca, irade sakatlığı nedeni ile feshedilebileceği, ayrıca hakimden de anlaşmanın onaylanmamasının istenebileceği kabul edilmektedir.[639]

Türk Hukukunda baskın görüş, bu sözleşmeleri geçerliği hakimin onayı şartına bağlı bir özel hukuk sözleşmesi saymaktadır.[640] Burada hakimin onayı bir şekil şartı olmayıp, anlaşmanın inşai-yapıcı unsurlarından birisidir. Hakimin onayı koşulu gerçekleşmedikçe, ortada eksik bir anlaşma vardır. Hakimin onayına kadar, anlaşma tıpkı ayırtım gücüne sahip küçük veya kısıtlı tarafından yapılan bir anlaşmaya kanuni temsilci tarafından icazet verilmesinden önce olduğu gibi askıdadır. Yine bu

---

638 **Bühler/Spühler**, Art. 158 N.149; **Karl Spühler/SylviaFrei-Maurer**, **Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht**, Band II Das Familienrecht, 1. Abteilung Das Eherecht, 1. Teilband, 2. Hälfte Die Ehescheidung, Artikel 137-158 ZGB Ergänzungsband, Bern, 1991, Art. 158 N.151 ff.; **Hans Hinderling/Daniel Steck**, **Das schweizerische Ehescheidungsrecht**, Zürich, 1995, 519; **Koller**, 416; **Esener**, 615; **Elçin Grassinger**, 237; **Sutter/Freiburghaus**, Art. 111 N.1; **Perrin**, 16; 237; BGE 99 II 361

639 **Bühler/Spühler**, Art. 158 N.151; **Spühler/Frei-Maurer**, Art. 158 N.150 ff.; **Hinderling-Steck**, 519; **Esener**, 616; **Elçin Grassinger**, 237; **Sutter/Freiburghaus**, Art. 111 N.1; BGE 115 II 206-208.

640 **Esener**, 611 vd.; **Yalçınkaya/Kaleli**,II, 1580; **Egger (Çağa)**, 278; **Velidedeoğlu**, 199; **Öztan**, Aile, 266; **Gürzumar**, 173; **Tekinay**, 287; **Köprülü/Kaneti**, 185.

anlaşmalar hakim tarafından onaylarından evvel tarafları bağlarlar ve diğer herhangi bir anlaşmadan farksız olarak, tek taraflı bir fesih mümkün değildir. Eğer taraflardan birisi, boşanmanın yan sonuçlarına dair yapmış olduğu anlaşmanın hükümleri ile bağlı kalmak istemiyorsa, boşanma hakiminden, gerekçelerini göstererek anlaşmayı onaylamamasını isteyebilir. Bu gerekçeler, anlaşmanın iradeyi sakatlayan hallerden birinin varlığı nedeni ile sakat olduğu, ahlak ve adaba aykırı olduğu veya ilişkilerin değişmesi, yeni olayların ortaya çıkmış olması veya başkaca nedenlerle anlaşmanın hakkaniyete uygun olmadığı şeklinde olabilir. Bu hallerin varlığında, ilgili taraf, hakimden anlaşmayı onaylamamasını isteyebilir. [641]

Azınlıkta kalanlardan Oğuzman/Barlas'a göre[642] ise, bu sözleşme, hüküm doğurması için tamamlayıcı bir unsur olarak, hakim tarafından onaylanması (tasdik edilmesi) gereken bir sözleşmedir ve buradaki onay hakimin takdirine bağlıdır. Farklı diğer bir görüş[643] de burada , kanuni şarta bağlı bir sözleşme bulunduğu yolundadır.

MK. md. 184/5'de düzenlenen anlaşma, kural olarak, bir bütün teşkil eder. Buna göre hakim, anlaşmanın bir bölümünü takdirine göre değiştirerek onaylayamaz. Ancak redde neden olacak hususlarda, taraflara bilgi verip, anlaşmayı değiştirmelerini isteyebilir. Taraflar değişikliği kabul etmezler ise hakim, anlaşmayı tümüyle reddedip, re'sen karar verir. Yine, anlaşmanın mali olmayan hükümlerinden birisi onaya engel ise, bu hükmün butlanı, diğer hükümlerin butlanını gerektirmez, meğer ki bu batıl hüküm olmaksızın anlaşmanın yapılamayacağı anlaşılsın.[644]

---

641 **Esener**, 614 vd.

642 **Oğuzman/Barlas**, 141-142.

643 **Lale Sirmen, Türk Özel Hukukunda Şart**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü yayını, Ankara, 1992, 84.

644 **Esener**, 619-620.

b- MK. md. 166/3'de yer alan "boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenleme"nin MK. md. 184/5'deki anlaşmadan farkı ve hukuki niteliği

MK. md. 166/3' e göre, anlaşmalı boşanma talebinde bulunan eşler, bu istemlerinin sonuç doğurabilmesi için, boşanmanın yan sonuçlarına, bu bağlamda mali konulara ve çocukların durumuna ilişkin bir düzenlemeyi de hakimin onayına sunmak zorundadırlar. Böyle bir düzenleme hakime sunulamıyorsa, veya yargılama evresinde bir anlaşma ortaya çıkmıyorsa başvuruları/talepleri geri çevrilecektir.[645] Burada boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin anlaşmanın, anlaşmalı boşanmanın maddi koşullarından biri olduğu ve varlığı sağlanamıyorsa talebin geri çevrileceği kesin olarak görülmektedir.

Bu durumda Türk Hukukunda 3444 sayılı Kanundan sonra, boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin olarak, benzer, ancak birbirinden farklı iki anlaşma bulunmaktadır. Çekişmeli yargıda dava yolu ile görülen boşanma yargılamasında MK. md. 184/5 uygulanacaktır. MK. md. 184/5 hükmü anlaşmalı boşanma dışında, diğer bütün boşanma nedenleri açısından varlığını sürdürmektedir. Anlaşmalı boşanmaya özgü nitelikler içeren ve anlaşarak boşanmanın koşullarından olan anlaşmaya, (düzenlemeye) ise MK. md. 166/3 hükmü içerisinde yer verilmiştir. MK. md. 166/3 hükmündeki "taraflarca kabul edilen düzenleme" ile MK. md. 184/5 hükmündeki "boşanma veya ayrılığın fer i sonuçlarına ilişkin anlaşmalar" birbirinden farklıdır.[646]

Anlaşmalı boşanma yargılamasının söz konusu olmadığı bir davada, yani çekişmeli usulde eşler, dilerlerse MK. md. 184/5 gereğince anlaşma yapabilirler ve bunu hakimin onayına sunabilirler. Burada bir zorunluluk söz konusu değildir. Böyle bir sözleşme yapılmamış olsa dahi hakim, dava kanıtlanmış olmak koşuluyla

---

[645] **Rebmann**, §. 1566, N. 14, 14a.

boşanmaya karar verir. Ayrıca boşanmaya ilişkin re'sen düzenlemekle zorunlu olduğu sonuçları düzenler ve kararında gösterir. Yani bir boşanma davasında, eşler arasında MK. md. 184/5 anlamında bir anlaşma yok diye dava reddedilemez, hakim yan sonuçları re'sen düzenler. Oysa eşlerin anlaşmalı olarak boşanma istemini içeren bir yargılamada eşlerin, mali sonuçlara ve çocukların durumuna ilişkin bir anlaşmaya varmaları, anlaşmalı boşanmaya karar verilebilmesi için şarttır. Eşler arasındaki anlaşma burada, boşanmanın maddi koşulu haline gelmiştir. Eşler arasında bir anlaşma yok ise maddi koşullar yerine gelmemiş olduğundan anlaşmalı boşanmaya karar verilemeyecektir.

MK. md. 166/3 gereğince yapılan anlaşmanın bağlayıcı olup olmadığı ve bağlayıcı ise bunun hangi andan itibaren olduğu düşünülmelidir.

İsviçre'de, ZGB. Art. 111/1 veya ZGB. Art. 112/2 gereğince, eşler arasında yapılan anlaşmaların, yazılı onay anına kadar bağlayıcı olmadığı ve bu zamana kadar eşlerce bu anlaşmadan serbestçe dönülebileceği kabul edilmektedir.[647]

MK. md. 166/3 ile varlığı aranan ve hakim tarafından uygun görülecek anlaşma (düzenleme), hakimin katılımı olsun veya olmasın, anlaşmalı boşanmaya karar verilebilmesi için bulunması gereken maddi unsurlardan biridir.[648] Eşlerden birinin bu düzenlemeden vazgeçmesi, anlaşmalı boşanma kararı verilmesi için gerekli unsurlardan birinin yokluğu sonucunu doğurur ki, artık MK. md. 166/3 hükmünden yararlanılamaz. İsviçre'de de, eski hukukun aksine, boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin anlaşmadan hakimin onay anına değin, her bir eşin serbestçe dönebileceği

---

646 **Sutter/Freiburghaus**, Art. 111-116, N.44; **Elçin Grassinger**, 137 .

647 **Fankhauser**, 38, **Rhiner**, 126,46; **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.21; **Sutter/Freiburghaus**, Art. 111, N.1.; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111, N.5. **Perrin**, 16.

648 **Sutter/Freiburghaus**, Art. 111-116, N.14.

ittifakla kabul edilmektedir.[649] Aksi halde ZGB. Art. 111' de aranan düşünme süresi sonunda boşanma isteminin yazılı olarak onaylanması yönündeki düzenlemenin ve bu anlaşmanın asgari içeriğinin anlaşmalı boşanmanın maddi koşulu olmasının da anlamı kalmazdı. Türk Hukukunda, her ne kadar, eşlere tanınmış düşünme süresi sonunda yeniden onay verme gibi bir şart bulunmamakta ise de, bu anlaşmanın bizde de boşanmanın maddi koşulu olması ve kanun tarafından boşanmanın sonuçlanmasının hakimin bu düzenlemeyi uygun görmesine bağlanması nedenleriyle aynı sonuca varmak gerekir. Gerçekten de, eğer anlaşmanın yapıldığı andan itibaren, eşler arasında bağlayıcı olduğu kabul edilirse, hakimin onaylama zorunluluğu anlamsız kalmaktadır. O halde sonuç olarak, eşlerin hakimin önüne getirdikleri düzenlemenin, anlaşmalı boşanma yolunda, hakimin onayına değin bir bağlayıcılığı yoktur.[650]

MK. md. 166/3'de yer alan "düzenleme"yi bir tasarı, proje[651] olarak niteleyebilmek mümkün müdür? Anlaşmalı olarak boşanmak isteyen eşlerin mali, çocukların durumu ve diğer konularda boşanma sonucunda ne olacağı konusunu aralarında müzakere etmeleri, belli konular üzerinde uzlaşmaya varmaları doğaldır.

---

649 **Fankhauser**, 38, **Rhiner**, 126,46; **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.21; **Sutter/Freiburghaus**, Art. 111, N.1.; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111, N.5. **Perrin**, 16, Yazar Art 140/2'ye atıf yaparak, bu madde ile böylece, öğretide, boşanma anlaşmasının, hakim tarafından uygun bulunması aşamasından önceki hukuki niteliği konusundaki ihtilaflara, son noktanın konulduğunu ifade etmektedir. Bu anlaşmanın artık Borçlar Hukuku sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceği, iki aylık düşünme süresi içinde serbestçe dönülebilecek, boşanma hukukuna ilişkin, özel bir sözleşme olduğu yönünde bkz. **Rhiner**, 126.

650 Öğretide, eşlerin yargılamanın devamı sırasında kabul ettikleri düzenlemeden dönebilirler mi sorusuna, Öztan, farklı bir gerekçe ile olumlu cevap vermektedir. Yazar fikrini ; "...acaba taraflardan biri, davanın devamı sırasında kabul ettiği protokolden veya boşanmaya ilişkin beyanından dönebilir mi? Bu soruya olumlu cevap vermek gerekir. Çünkü asıl olan her zaman için evlilik birliğinin devam etmesidir ve yapılmak istenen anlaşma, taraflara durumlarını bir defa daha düşünme fırsatını sağlamayı hedeflemektedir. O halde taraflardan biri veya her ikisi dava sırasında anlaşma ile bağlı olmadığını ileri sürebilir."ifadesi ile belirtmektedir. (**Öztan**, Makale, 134). Kırbaş, MK. 166/3 deki düzenleme ile MK. 184/5 deki fer'i sonuçlara ilişkin anlaşma arasında bir fark görmemekte ve anlaşmanın uygun bulunmasından önce dahi eşlerden birinin tek başına anlaşmadan dönemeyeceğini belirtmektedir. (**Kırbaş**, 66).

651 Sözleşme tasarısı, projesi kavramı için bkz. **Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, Forma Halinde Basım, İstanbul, Filiz Kitabevi, 104-105.) Uygulamada MK. 166/3 doğrultusunda görülen boşanma yargılamalarında, anlaşmalı boşanmak isteyen eşlerin, boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda yapmış oldukları ve mahkemeye sundukları düzenlemeye "protokol" denmektedir. Öztan da protokol diyor. Bkz. **Öztan**, Makale, 134. Yargıtay ise bir çok kararında bu düzenlemeye "proje" demektedir.

Üzerinde uyuştukları bu noktaları tespit eden bir proje, taslak, düzenleme yapmaları da mümkündür. Bu tasarı ilke olarak bağlayıcı değildir. Onlar, bu tasarı, proje, düzenlemeyi yapmakla herhangi bir borç altına girmezler. İşte bu düzenlemeyi hakimin onayına sunup, hakimin uygun bulması sağlandıktan sonra, artık bu düzenleme, eşler için bağlayıcı olacaktır.

Onay öncesi, anlaşma, hakim tarafından denetlenecektir. Bu denetimin hangi yönden olması gerektiği konusunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. İsviçre Medeni Kanununun boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin anlaşmaları düzenleyen 140/1 maddesinde, bu anlaşmanın geçerliliğinin hakimin onayına bağlı olduğu hükme bağlandıktan sonra, ikinci fıkrada hakimin bu anlaşmayı tarafların sağlam bir düşüncenin ürünü olarak serbest irade ile imzaladıklarına ve anlaşmanın açık, tam ve açıkça hakkaniyete aykırı olmaması şartlarına bağlı olarak onaylayacağı hükme bağlanmaktadır. Bu ilkeler İsviçre öğretisi tarafından anlaşmalı boşanmada ZGB. Art. 111 gereği taraflar arasında yapılması aranan boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin anlaşmaya da uygulanmaktadır.[652] Türk Hukukunda, boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin anlaşmaların onaylanması şartına ilişkin, İsviçre'deki yeni düzenlemede olduğu gibi ön şartlar, kanun tarafından açıkça öngörülmemiş olmakla birlikte, İsviçre'deki eski düzenleme zamanında da savunulduğu gibi, hakimin bu anlaşmayı onaylaması şartının amacından hareketlle, aynı ilkelerin bizde de geçerli olduğu söylenmek gerekir.[653] Bu durumda, hakimin bu anlaşmayı onaylaması için, anlaşmanın açık, yani anlaşılır olması, bir bütün oluşturması (tam olması) ve açıkça hakkaniyete aykırı olmaması gerekecektir.[654]

---

652 **Rhiner**, 142; **Sutter/Freiburghaus**, Art. 140, N. 58.

653 **Bühler/Spühler**, Art. 158 N.180; ff.; **Hinderling-Steck**, 516; **Esener**, 616; **Elçin Grassinger**, 237; **Oğuzman/Dural**, 149.

654 **Schwenzer (Fankhauser)**, Art. 111, N. 16; **Reusser**, N. 1.33; **Perrin**, 16; **Rhiner**, 142.

3- MK. md. 166/3'de yer alan anlaşmanın içeriği

a- Genel olarak

MK. md. 166/3'de boşanma isteminin, zorunlu bir unsuru olarak aranan, taraflarca kabul edilecek düzenlemenin boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda olacağı belirtilmektedir. Kanun koyucu bu ifade ile, anlaşmanın (düzenlemenin) asgari içeriğini belirlemek istemiştir. Ancak düzenlemede yer alacak konulara ilişkin sınırlayıcı bir sayı yoktur.[655] Niteliği ile uygun düştüğü oranda eşler, diğer konulara da bu anlaşmada yer verebilirler. Belirtilmelidir ki, boşanmanın kanun gereği doğan sonuçları konusunda, eşlerin anlaşma yapabilme olanakları yoktur.

İsviçre'de, anlaşmanın kapsamına ZGB Art. 119 vd. düzenlenen boşanma sonuçlarının tümünün girmesi gerektiği, eşlerin tasarrufunda olmayan ve usule ilişkin konulara ise bağlayıcı olmamak koşulu ile anlaşmada yer verilebileceği belirtilmektedir[656]. Almanya'da, anlaşmanın kanunun aradığı tüm hususları içermesi gerektiği, ki bunların, küçük çocuklarla ilişkiler, küçük ve/veya ergin çocuğa ödenecek bakım nafakası, aile konutu ve ev eşyasına dair düzenlemeler olduğu, çocuğun velayeti konusunda eşlerin öneri getirebilecekleri; Fransa'da da eşlerin tüm yan sonuçlar üzerinde anlaşmalarının gerektiği, bu sonuçların eşlerin birbirleriyle ve çocuklarla olan ilişkilerine dair olduğu, velayet, nafaka, aile konutuna, hatta mal rejiminin tasfiyesine dair eşlerin çözümlerinin anlaşmada gösterilmesinin gerektiği belirtilmektedir.[657]

---

655 **Öztan**, Makale,133.

656 **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N. 24; **Sutter/Freiburghaus**, Art. 111, 12; **Reusser**, N. 1.31.

657 **Dethloff**, 121, 184; **Verschraegen**, 330,

b-Anlaşmanın zorunlu içeriği

aa-Mali konular

Eşler arasında düzenlenecek mali konulara, öncelikle eşlerin birbirlerinden talep edebilecekleri maddi ve manevi tazminat ile yoksulluk nafakası talepleri girmektedir.[658]

Dava sonucu verilen ve kesinleşen bir boşanma kararından sonra taraflar Medeni Kanunumuzun 178. maddesinin açık hükmü[659] karşısında, kararın kesinleşmesinden itibaren bir yıl içerisinde boşanma nedeniyle evliliğin sona ermesinden doğan dava haklarını kullanabilecekler ve bu cümleden olarak maddi, manevi tazminat ve yoksulluk nafakası taleplerini dile getirebileceklerdir. Acaba, bir anlaşmalı boşanma yargılaması sırasında, hakimin denetiminden/uygun bulmasından geçmiş bir anlaşmada bu taleplerde bulunulmamış ise, kararın kesinleşmesinden sonra (eski) eşler birbirlerinden maddi, manevi tazminat veya yoksulluk nafakası istemlerinde bulunabilecekler midir? Yargıtay, anlaşmalı olarak gerçekleşen boşanma yargılaması sırasında, yoksulluk nafakası istenmemiş ise, artık bir daha yoksulluk nafakası istenemeyeceğini belirtmektedir.[660] Kanaatimizce, anlaşmalı boşanma yargılaması

---

658 **Oğuzman/Dural**, 149; **Kırbaş**, 58; **Tekinay**, 287-288.

659 Eski Medeni Kanunumuz zamanında kanunda bu konuda bir düzenleme bulunmaması nedeni ile konu tartışmalı idi. Manevi tazminat açısından verilen bir içtihadı birleştirme kararı (Yarg. İBK. 1986/5E. 1988/1 K. sayılı ve 22.1.1988 tarihli karar. YKD.1988.8.1031 vd.) ile boşanma hükmünün kesinleşmesinden sonra da manevi tazminat davası açılabileceği kabul edilmiştir. Öğretide ve uygulamada aynı sonucun maddi tazminat ve yoksulluk nafakası açısından da geçerli olması görüşü ağırlık kazanmıştır. (Ayrıntılı bilgi için özellikle bkz. **Bilge Öztan, Manevi Tazminata İlişkin İçtihadı Birleştirme Kararı Maddi Tazminata ve Yoksulluk Nafakasına da Uygulanabilir mi, YD**, 1993.3.301 vd.). İçtihadı birleştirme kararının çözümünün maddi tazminat ve yoksulluk nafakasını da kapsayacak şekilde kanuni düzenleme haline getirildiği görülmektedir.

660 "Taraflar Medeni Kanunun 134/3. maddesi uyarınca boşanmışlar, davacı kadın orada nafaka isteğinin olmadığını açıklamıştır. (Eski) Medeni Kanunun 144. maddesi uyarınca yoksulluk nafakasına hükmedilmesi için, nafaka isteyenin boşanma anında, boşanma sebebiyle yoksulluğa düşeceğinin anlaşılması gerekir. Davacının beyanı bu olgunun varlığını kabule engeldir. Yoksulluk nafakası isteğinin reddi gerekirken kabulü yanlıştır." Yarg. 2. HD. 15.12.1997 tarih, 1997/13591 E, 1997/13691 K. sayılı karar. (**Ergün**, 475). "Taraflar Medeni Kanunun 134/3. maddesi gereğince anlaşmalı boşanma sureti ile boşanmışlar ve bu karar kesinleşmiştir. Oluşan bu karar o tarihte bu davanın davacısı kadının yoksulluğa düşmediği yönünden kesin hüküm

sırasında, eşler tarafından hakime sunulan ve hakiminin denetiminden, onayından geçen ve boşanma kararı ile birlikte kararın bir parçası durumuna gelen düzenlemede (anlaşmada) maddi, manevi tazminat ve yoksulluk nafakası hususları yer almıyor ise, boşanma kararından sonra açılacak bir dava ile bu taleplerin ileri sürülebilmesi mümkün değildir. Burada eşlerin, boşanma öncesinde, bu tür talepler konusunda bir anlaşmaya varmış oldukları ve bu taleplerden vazgeçmiş oldukları düşünülmelidir. Mali konularda anlaşılmış olması, anlaşmalı boşanmanın maddi koşullarından biridir. Boşanma sırasında bu talepler, muhtemelen eşler arasında gündeme gelmiş ve talepte bulunmama yolunda bir ortak karara varılmış ve bu karar da hakimin denetiminden geçen anlaşmaya yansımış ise, artık anlaşmalı boşanma kararından sonra, bir dava yolu ile maddi, manevi tazminat veya yoksulluk nafakası istenilememelidir.[661]

Ancak iştirak nafakası yönünden bu sonuç geçerli olmamalıdır. Anlaşmalı boşanma yargılamasında, çocuk için nafaka istenmemiş olsa bile, daha sonra ayrı bir dava ile iştirak nafakası istenebilir.[662]

Diğer yandan yargılama sırasında, mali sonuçlar ile ilgili bir düzenleme olmaksızın, kanun hükmünün bu (maddi) koşulu ihmal edilerek boşanma kararı verilmiş ve karar şekli anlamda kesinleşmiş ise, daha sonra, bu tür taleplerin ileri sürülüp sürülemeyeceği de düşünülmek gerekir. Yargıtay bir kararında, "Somut olayda, 3444 sayılı Kanun ile değişik MK. nun 134/3. maddesiyle düzenlenen anlaşmalı boşanmanın koşulları oluşmadan, örneğin boşanmanın mali sonuçlarıyla

---

oluşturur." Yarg. 2. HD.7.3.1997 tarih ve 1032 E., 2584 K. sayılı karar.(**Gençcan**, 651-652). Aynı yönde; Yarg. 2. HD. 10940 E. 11128 K. 1.11.1996 t. karar. (HBB.www.vakif.yargitay.gov.tr/).

661 Aynı görüşte, **Kırbaş**, 68-69.

662 "Davacı boşanma kararı ile velayeti kendisine verilen ve davalı ile müşterek evliliklerinden olma çocukları Gamze Gül için iştirak nafakası takdirini dava etmiştir. Dosya içinde mevcut boşanma dosyasının incelenmesinde tarafların anlaşmalı boşanma ile boşandıkları davacının nafaka istemediğini beyan ettiği görülmüş ise de; Davacının o davada çocuk için iştirak nafakası istememesi, çocuğun hakkı olan eğitim ve öğretimini sağlayacak yardımın bilahare istenmesine engel değildir. (Yarg. 2. HD. 14.10.1998 tarih, 10493 E, 10861 K. sayılı karar. Bu karara yerel mahkemece direnilmesi üzerine . Yarg. H. G. K. nun 01.12.1993 tarih ve 93/2-566 esas, 772 karar sayılı kararı ile, özel daire kararı benimsenerek, direnme kararı bozulmuştur. (**Gençcan**, 646-647).

ilgili, taraflarca kabul edilecek bir düzenleme mevcut olmadığı halde, anlaşmaya dayalı boşanmaya karar verilmiş ve hükmün bu kısmı temyiz edilmemekle kesinleşmiştir. O itibarla öncelikle belirtmek gerekir ki, bu halde ilgilisi genel hükümler çerçevesinde maddi ve manevi tazminat ya da, yoksulluk nafakasını, diğer taraftan isteme hakkına sahiptir" ifadesi ile konuyu olumlu şekilde sonuçlandırmıştır.[663] [664]

Boşanmanın mali sonuçlarının çözüme kavuşturulmuş olması, MK. md. 166/3 doğrultusunda yargılama sonuçlandırılıp, boşanma kararı verilebilmesi için, varlığı aranan maddi koşullardan biridir. Bu maddi koşulun gerçekleşip gerçekleşmediği diğer koşullarla birlikte hakim tarafından re'sen denetlenecektir. Bu husus kamu düzenindendir. Eğer bu koşulun yerine getirilmesi bir ihmal neticesi sağlanmamış ve karar şekli anlamda kesinleşmiş ise, sırf bu nedenle, bu tür taleplerin ayrı bir davaya konu edilemeyeceği söylenemez. Zira mutlaka hakkında karar verilmesi gereken bir konuda, verilmiş bir karar (düzenleme) yoktur.[665] Hakkında her hangi bir karar oluşturulmayan hususlara ilişkin olarak talepte bulunulmasına bir engel de yoktur. Bu nedenlerle biz de Yargıtay'ın çözümüne katılıyoruz.[666]

---

663 Yarg. HGK. 1992/552 E, 1992/651 K. sayılı ve 11.11.1992 tarihli karar. (İBBBA.CD- Rom Medya). Kararda devamla; "MK. nun 144. maddesinde ise boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek eşin, kusuru daha ağır olmamak şartıyla, geçimi için diğer eşten mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebileceği hükme bağlanmıştır. Bu durumda kusur araştırması ve boşanma nedeniyle yoksulluk nafakası isteyen eşin, yoksulluğa düşüp düşmeyeceğinin araştırılması ve sonucuna göre karar verilmesi gerektiği kuşkusuzdur." yargısına varılmaktadır.

664 Yargıtay HGK. EMK. md. 134/4 (MK. md. 166/4) doğrultusunda karara bağlanan bir davada da, yoksulluk nafakası talebinde bulunulmuş olmasına karşın, bu konuda bir karar verilmemiş olması halinde, yoksulluk nafakası isteği ile ilgili olarak mahkemece verilmiş olumlu veya olumsuz bir kararın mevcut olmadığını kabulle, ayrı bir dava ile yoksulluk nafakası isteminde bulunabileceği sonucuna varmaktadır. (Yarg. HGK. 26.05.1993 tarih, 2/107-205 sayılı karar. İKİD. 1993/395, sf.9885.).

665 **Kuru**, III, 3126. "Boşanmanın mali sonuçlarından biri veya bir kaçı hakkında hiç beyanda bulunulmamış, sükut geçilmiş ise, bu konuda taraflar arasında bir anlaşmanın varlığından söz edilemez. (...) Hakimin onayı dışında kalan boşanmanın mali sonuçlarıyla ilgili konularda hiç hüküm bulunmadığı halde, bu konuda kesin hükmün varlığından söz etmek Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 237. Maddesinin ön gördüğü koşulları göz ardı etmek olur." (Yarg. 2. HD. 7.3.1997 t. 1032 E. 2584 K. sayılı karara ait muhalefet şerhi. **Gençcan**, 652-653).

666 Kırbaş aksi görüştedir. Yazara göre; MK. md. 134/3'e dayanan boşanma yargılaması sırasında, boşanmanın bu zorunlu şartının gözden kaçmış, daha açık bir ifade ile, eşler arasında mali sonuçlar üzerinde her hangi bir talep olmamış, hakim de hatırlatmada bulunmadan hatalı olarak

İhmal sonucu boşanma kararında yer almayan yan sonuçlar konusunda, boşanma kararını veren mahkemeden, önceki kararına ek yapılmak veya tavzih yolu ile karar vermesinin istenebilmesi mümkün değildir.[667] Artık bu konularda bir dava açılması gerekmektedir.

bb-Çocukların durumu

MK md. 166/3 hükmünde açıkça belirtildiği gibi, eşler, anlaşmalarında "çocukların durumu" konusuna da yer vereceklerdir. Çocukların durumu ile kastedilen, 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 hususlarıdır. Bu konularda eşlerin bir anlaşmaya varmış

---

boşanmaya karar vermiş ve karar bu halde kesinleşmiş ise, böyle bir durumda eşlerin sonradan, karşılıklı mali talepler ileri sürdüklerinde de çözümün aynı olması gerekmekte, bu ihtimalde dahi, eşlerin maddi-manevi tazminat ve yoksulluk nafakası taleplerine izin verilmemelidir. Çünkü söz konusu taleplere ilişkin olarak kanunda mevcut koşulların varlığının belirlenebilmesi için, hakimin, boşanma talebine temel olan maddi olayları araştırması, incelemesi ve değerlendirmesinin gerekeceği, oysa MK. md. 134/3'ün uygulandığı boşanma yargılamasında, anlaşma nedeniyle bu hususların gündeme gelmeyeceği, boşanma kararı kesinleştikten sonra mali taleplerin ileri sürülmesi durumunda hakimin elinde bu talepleri değerlendirecek yeterli malzeme olmayacağının açık olduğu ve bu nedenle de sonradan mali taleplerle açılan davanın reddinden başka bir çözüm görülememektedir. (**Kırbaş**, 69-70). Biz Kırbaş'ın görüşüne, öncelikle bu çözümün menfaatler dengesine uygun olmaması nedeni ile katılamıyoruz. Kanun koyucu eşlerin boşanma konusundaki iradelerini anlaşmalı boşanma için yeterli saymamış, onların yan sonuçlar üzerinde de anlaşmalarını istemiştir. Öyle ki boşanma üzerinde anlaşma olduğu halde, yan sonuçlar üzerinde anlaşma yok ise, anlaşmalı boşanma yolu kapalıdır. Yan sonuçlar üzerinde eğer bir anlaşma var ise, çekişmesiz usulde boşanma ile birlikte bu konuda da karar oluşturulacaktır. Eğer yan sonuçlar üzerinde bir anlaşmaya varılamıyor ise, çekişmeli usulde (dava yolu ile) devam edecek yargılamada, boşanma ile birlikte yan sonuçlar üzerinde de karar verilebilmesi için tarafların kusuru da gündeme gelecektir. Kusurun gündeme gelmemesi için, eşlerin yan sonuçlar üzerinde anlaştığı bir boşanma yargılamasının varlığı şarttır. İşte ihmal sonucu karar oluşturulmadığı için, mali taleplerin öne sürüldüğü bir davada, davalı (diğer eski eş) kusur tartışmasına girmek istemiyor ise, kabul ile bu sonucu sağlayabilecek, davayı bitirebilecektir. Yok eğer talepleri kabul etmiyor ise, esasen önceki anlaşmalı boşanma yargılamasında da bunu yapacak olduğu düşünüldüğünde, bu koşullar altında, önceki yargılamanın da çekişmeli yargılamaya (davaya) dönüşecek olduğu tahmini yapılabileceğinden, böyle bir halde de, önce veya sonra, kusurun bir dava içerisinde tartışılıyor olmasının bir farkı kalmayacaktır. Ayrıca yan sonuçlar için açılan dava yeni bir yargılama olduğundan, kusur araştırması açısından, bu dava için gerekli ve yeterli malzemenin davacı tarafından mahkemeye getirilemeyeceği, araştırma yapılabilme imkanının olmadığını söyleyebilmek mümkün değildir.

667 **Kuru**, III, 3114.

olmaları gereği kanun koyucu tarafından aranmıştır. Öğreti[668] ve uygulamada[669] MK. 184/5'e göre boşanma veya ayrılığın fer'i sonuçlarına ilişkin anlaşmalarda çocukların durumu ile ilgili düzenlemeye yer verilmesi halinde, hakimin, bu düzenleme ile bağlı olmadığı, hakimin çocuğun durumu, velayeti ve ana baba ile ilişkilerini re'sen düzenleyeceği kabul edilmektedir.

MK. md. 182. hükmüne göre; " Mahkeme boşanma veya ayrılığa hüküm verirken, olanak bulundukça ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler. Velayettin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim, ve ahlak bakımından yararları esas tutulur."

Boşanma anına kadar çocuk ana ve babanın müşterek velayeti altındadır. Boşanma ile birlikte hakim velayeti anne veya babadan birine tevdi edecektir. Hakim taraflardan birini tercih ederken öncelikle çocuğun menfaatini ön planda tutacaktır.[670] Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin[671] 3. maddesinde de, açıkça, çocukları ilgilendiren düzenlemelerin mahkemelerce yapılması esnasında çocuğun yararının temel düşünce olduğu belirtilmektedir. Yargıtay da[672] "....Mahkemede velayet düzenlenirken, ana babalık duygularının tatmin edilmesi yanında ve hatta ondan daha

---

668 **Oğuzman/Dural**, 141; **Feyzioğlu/Özakman/Sarıal**, 383; **Tekinay**, 276.

669 Yarg. HGK. 07.02.1970, 2-52/71.(İBBBA. CD-Rom Medya.). Yarg. HGK. 12.06.1963, 2-36/50. İKİD, 1963,2627.

670 **Feyzioğlu/Özakman/Sarıal**, 881; **Selma Baktır Çetiner**, **Velayet Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, 115; **Tekinay**, 273. Velayet konusunda ayrıca bkz. **Rona Serozan, Çocuk Hukuku**, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2002, 167 vd.; **Emine Akyüz, Hakimin Velayet Hakkına Müdahalesi**, Doktora Tezi, Teksir, Ankara, 1971.

671 Türkiye 14.09.1990 tarihinde Çocuk Hakları Sözleşmesini imzalamış, 4058 sayılı kanunla da bu sözleşmenin onaylanması uygun bulunarak Bakanlar Kurulu tarafından 23.12.1994 tarihinde 9416423 sayılı kararla sözleşme 27.01.1995 tarihinde yürürlüğe girerek iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir.(Sözleşmenin metni için bkz. /http/www.adalet.gov.tr/.).

672 Yarg. 2. HD. 03.02.1992, 806/1044, (İBBBA. CD-Rom Medya). (Aynı karar, **Esat Şener**, Nafaka-Vesayet-Evlatlık-Babalık, Ankara, 1994, 195).

önemlisi, çocuğun yararının göz önünde bulundurulması zorunludur." diyerek çocuk yararının hakim tarafından birinci sırada aranması gereğine dikkat çekmiştir.[673]

Yargıtay başka bir kararında da,[674] velayetin düzenlenmesinin kamu düzenini ilgilendirdiğini, hakimin tarafların isteği ile bağlı olmaksızın çocuğun yararını gözeterek, alacağı önlemi takdir edeceğini, tarafların bu konudaki anlaşmalarının hakimi bağlamayacağını, ne var ki eski Medeni Kanunun 3444 sayılı Kanun ile değişikliğinden önce düşünülen bu durumun, değişiklikten sonra varlığını koruduğunun söylenemeyeceğini, Eski Medeni Kanunun 3444 sayılı Kanun ile değişik 134/3. maddesi karşısında, aynı kanunun 150/3. maddesiyle öngörülen kuralın anlaşma halinde uygulanamayacağını, tarafların çocukların durumu hakkında anlaşma yapabileceklerini, hakimin bu anlaşmayı uygun bulması halinde, anlaşmanın tarafları bağlayacağını öngördüğünü, aslında 3444 sayılı Kanun değişikliğinden önce de tarafların hakimin onayını almak koşulu ile boşanmanın eki (fer'i) niteliğindeki konularda anlaşma yapmalarının mümkün görüldüğünü, ancak uygulamada bu hükmün mali konularla sınırlı tutulduğunu, velayetin düzenlenmesinin ise bu hükmün dışında tutulduğunu, yeni düzenleme (EMK. m. 134/3) ile bu konuya açıklık getirildiğini, artık eşlerin çocukların velayeti konusunda da anlaşma yapabileceklerinin açıklığa kavuşturulduğunu belirtmektedir. Yargıtay kararda devamla; "Anılan kanuni düzenleme velayetin belirli koşullarla eşler arasında serbestçe düzenlenebileceğine olanak sağlamış bulunduğundan, anlaşma gereğinin

---

673 Yargıtay bir kararında hakim tarafından velayetin kime verileceğinin tespiti için gerekirse bilirkişiden yararlanılabileceğini belirtmektedir. Karara göre;"Velayet düzenlenirken çocukların yaşları, cinsiyetleri sağlık durumları, eğitimleri, ailenin parçalanması olgusunun en az hissedilmesi, anne sevgisine ihtiyaçları gibi etkenler göz önünde bulundurulmalıdır. Toplanan delillere göre çocuğun okul dosyası, karneleri, devam cetvelleri getirtilerek psikoloğ ve pedegoglardan oluşturulacak bir bilirkişi kuruluna sevki ile dosyadaki tüm bilgiler ile işaret edilen yönlerde göz önünde bulundurularak velayetin anne ya da babadan hangisine verilmesinin uygun olacağına dair rapor alınması, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir. Yarg. 2. HD. 28.09.1993, 7040/8331 (İBBBA. CD- Rom Medya). 09.01.2003 tarihinde kabul edilen, 4787 sayılı "Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun"un 5. maddesine göre, Aile Mahkemelerinin bünyesinde psikolog, pedegog ve sosyal çalışmacı niteliğini haiz uzmanların bulunması öngörülmüştür. Aile Mahkemesi hakimi, çocuk konusunda karar oluştururken, mahkeme bünyesinde çalışacak bu uzmanlardan da yararlanacaktır.

674 Yarg. 2. HD. 28.09.1995, 8706/9558 (**Gençcan**, 657-658).

yerine getirilmesinin istenmesi de mümkün hale gelmiştir. Belirtilen kanuni düzenleme karşısında (eski) Medeni Kanunun 148. maddesinin uygulama alanı daralmıştır. Hakim (eski) Medeni Kanunun 272. ve sonraki maddeleriyle öngörülen durumların bulunması halinde anlaşmaya müdahale ile çocuk hakkında uygun hüküm kurabilir. Somut olayda davalı velayetin alınmasını veya kaldırılmasını (nez) gerektiren bir nedenin varlığını ileri sürmediğine ve böyle bir durumun varlığı saptanamadığına göre anlaşma hükümlerine uygun hüküm kurulması gerek(...)"ir demektedir.

Kanaatimizce EMK. 134/3 (MK. 166/3) ile hakimin, velayetin düzenlenmesi konusundaki konumu değişmemiştir. Yargıtay'ın EMK. md. 134/3 (MK. md.166/3) karşısında, EMK. md. 148. (MK. md. 182) maddesinin uygulama alanının daraldığına ilişkin yorumuna katılabilme olanağı yoktur. Yargıtay, bu kararı ile ancak, velayetin nez'i sebepleri var ise, taraflar arasındaki düzenlemeye müdahale edilebileceğini, tersi durumda, taraflarca getirilen düzenleme ile bağlı olunduğunu dile getirmektedir ki bu görüşe katılabilmek bizce mümkün değildir. Eşler ister MK. md. 184/5 anlamında bir fer'i anlaşma, ister MK. md. 166/3 anlamında bir anlaşma (düzenleme) ile çocuğun durumu hakkında bir anlaşmaya varsınlar, bu anlaşmanın hakimin takdir hakkını ortadan kaldıramayacağı açıktır. Hakimin takdir hakkını sadece nez sebepleriyle sınırlamak için bir neden yoktur.

MK. md. 166/3'de eşlerin, çocukların durumu konusunda da bir anlaşmaya varmaları ve bu anlaşmanın (düzenlemelerinin) hakim tarafından uygun bulunması aranmıştır. Hakim eşler arasındaki düzenlemenin, çocukların yararına olmadığı sonucuna varır ise, bu düzenlemeyi kabul etmeyecek ve taraflara değişiklik önerecektir. Bir anlaşmaya varılamaması, hakimin tatmin olmaması halinde de, anlaşmalı boşanma yapılamayacaktır. Böyle bir kanuni düzenleme karşısında,

hakimin, çocukların velayeti konusunda takdir hakkının kısıtlandığını söyleyebilmek mümkün olmasa gerekir.[675] Karşılaştırmalı Hukuk açısından da durum böyledir.

İsviçre Öğretisinde, boşanma sonuçlarına ilişkin anlaşmada, eşlerin ergin olmayan çocuklarına ilişkin düzenlemeleri, mahkemenin bu konudaki takdir hakkı saklı kalmak kaydı ile yapabilecekleri, eşlerin anlaşmasının velayeti, şahsi ilişkileri ve nafakayı da içermesinin gerektiği, mahkemece de anlaşmada, çocuğun kimde kalacağının düzenlenip düzenlenmediğinin ve tarafların bu konudaki taleplerinin olup olmadığının incelenmek zorunda olduğu belirtilmektedir. [676] ZGB Art. 133/1 hükmüne göre, çocuğun velayeti veya ortak velayet halinde çocuğun kimin yanında kalacağı hususlarında, mahkemece re'sen araştırma ilkesi geçerlidir. Bu hükme göre, Hakim, nesebe ilişkin hükümleri de nazara alarak velayeti anne veya babadan birine verir, diğeri ile şahsi ilişkileri ve iştirak nafakasını düzenler. Velayet ve şahsi ilişkiler belirlenirken hakim, taraflar arasındaki anlaşmayı, çocuğun yararını ve tüm şartları nazara alır. Ayrıca hakim olabildiğince çocuğun da fikrini alır.[677] İsviçre de hakimin, çocuk konusunda, tarafların talepleri ile bağlı olmadığı, çocuğun yararı doğrultusunda, takdir hakkı çerçevesinde, çocuğun durumunu düzenleyebileceği, gerekirse ortak taleple yapılan boşanma istemini reddedebileceği görülmektedir.

Aynı çözümler Alman ve Fransız Hukukları için de geçerlidir. Almanya'da eşlerin çocukların velayeti ve kişisel ilişkiler konusunda öneri getirebilecekleri, ana-babanın taleplerinin hakimi bağlayıcı bir yönü olmadığı, hakimin önüne getirilen öneriyi göz önünde tutmakla beraber bu öneriyi çocuğun menfaati açısından

---

675 Öğretide Baktır Çetiner; "(...) sözleşme hakimin takdir hakkını kısıtlayamaz. Yargıç, ana-babanın sözleşmeyi yaparken çocuğun yararına uygun olmayan amaçlardan hareket edildiği sonucuna varırsa sözleşme hükümlerini uygulamayacaktır. Yine hakim, sözleşmeyi çocuk yararına uygun bulmazsa onu uygulamayacaktır." görüşündedir. (**Baktır Çetiner**, 111).

676 **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N. 18; **Sutter/Freiburghaus**, Art. 111, 18.

677 ZGB. Art. 144'de hakimin çocukların geleceğini belirlemek için çocukları şahsen dinleyeceği öngörülmüştür. Hakim veya bu amaçla görevlendirilecek bir kişi, çocuğun yaşı veya diğer nedenler duruşmaya gelmesine engel olmadığı sürece şahsen çocukları dinler (ZGB. Art. 144/2).

değerlendireceği, gerekirse reddedebileceği belirtilmektedir.[678] Fransa'da da, eşlerin yine bağlayıcı olmamak koşulu ile çocuklar hakkında anlaşma yapmaları gerektiği, anlaşmanın çocukların menfaati açısından kontrole tabi olduğu, hakimin çocuğun menfaati açısından getirmiş olduğu değişiklik önerisinin eşlerce kabul edilmemesi halinde anlaşmayı onaylamayacağı belirtilmektedir.[679]

Ancak özellikle anlaşmalı boşanma taleplerinde hakimin bu takdir hakkını kullanırken zorlanabileceğini ifade etmek gerekir. Zira anlaşmalı boşanma istemi dışında, boşanma davalarında, boşanma nedeni kanıtlanırken, birtakım maddi vakıalar hakim önüne getirilmekte ve hakim boşanma nedeninin varlığının yanı sıra, eşler, ana-baba çocuk ilişkileri hakkında da bir bilgiye sahip olmakta ve gerekirse velayetin verilmesi konusunda da bir ek araştırma yaparak velayet konusunu çözüme bağlamaktadır. Oysa yalın olarak, anlaşmalı boşanma istemi ile hakim önüne getirilmiş yargılamalarda veya dava olarak açılmış, ancak davanın hemen başında kabul ile anlaşmalı boşanmaya dönüşmüş yargılamalarda ise, hakimin önünde eşler arasındaki evlilik birliğinin sarsılmasına neden olan olaylar getirilmediği ve bir başka deyimle bu vakıalar adeta hakimden gizlendiği için, hakimin velayet konusunda karar verirken dolaylı da olsa yararlanabileceği veriler bulunmamaktadır. İşte bu gibi hallerde hakimin, özellikle, çocuğun yararını gözeterek re'sen araştırma yapması ve çocuğun geleceğini belirlemesi gerekir. Ancak eşlerin velayet konusundaki düzenlemeleri, özellikle anlaşmalı boşanma yargılamasında, her ne kadar bu düzenleme ile bağlı olmasa da, hakim tarafından haklı gerekçeler gösterilmedikçe reddedilmemelidir. Her şeye rağmen, kural olarak, çocukların çıkarını en iyi tayin edebilecek olanlar ana ve babadır.[680]

---

678 **Dethloff**, 118 vd.

679 **Dethloff**, 184.

680 **Tekinay**, 276.

Hakim takdir hakkını kullanırken keyfi davranmayacak, karar verirken ana babanın anlaşmasını da göz önüne alacak,[681] Öğreti ve Yargıtay kararlarında ifadesini bulan somut olayın özelliklerine uygun kriterleri kullanacaktır.[682]

Belirtmek gerekir ki, velayetin düzenlenmesinde eşlerin yargılamaya (davaya) temel teşkil eden olaylar üzerindeki kusurlarının, kural olarak bir önemi bulunmamaktadır.[683] Tarafların boşanma nedeni oluşturan olayların ortaya çıkmasındaki kusurları, ancak çocuğun çıkarı açısından gerekiyorsa bir değerlendirmeye tabi tutulabilir. Anlaşmalı boşanmada ise, eşlerin kusuru gündeme gelmez, başka bir ifadeyle eşlerden biri diğerinden daha kusurlu olarak kabul edilemez.[684]

Ana-babanın velayet konusundaki düzenlemeleri, ancak, onların velayet konusunda eşit konumda olmaları halinde, hakim için bağlayıcı olmak gerekir.[685]

c- Anlaşmanın ihtiyari içeriği

MK. 166/3'de eşlerin mali ve çocukların durumu konularında bir düzenleme yapmaları istenmiştir. Ancak bu konular sınırlı sayıda değildir. Bu konuda öğretide sıkça verilen örnek boşanan kadının boşanmadan sonra da boşandığı eşinin soyadını taşıyacağına dair bir hususun bu düzenlemede yer alabileceğidir.[686] Yine bize göre yargılama masrafları konusunda da bir çözüme bu düzenlemede yer verilebilir.

---

681 **Oğuzman/Dural**, 141.

682 Bu kriterler ve somut olay örnekleri için bkz. **Baktır Çetiner**, 114-115.

683 **Tekinay**, 274.

684 Yarg. 2.HD. 06.07.1995, 7015/7916. (**Gençcan**, 658).

685 **Baktır Çetiner**, 111; **Tekinay**, 274-275.

EMK. md. 146/2'e göre; boşanma ile boşanmadan önce yapılmış ölüme bağlı tasarruflar ile temin olunan menfaatleri taraflar kaybederler. Medeni Kanun değişikliğinden sonra, aynı hüküm 181. maddeye alınmıştır. Ancak bir değişiklik yapılmış ve ölüme bağlı tasarrufun içeriğinde bu kuralın aksini tarafların kabul edebilecekleri kabul edilmiştir. MK. md. 181/1'e göre; "boşanan eşler, bu sıfatla birbirlerinin kanuni mirasçısı olamazlar ve boşanmadan önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflarla kendilerine sağlanan hakları, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça, kaybederler." İşte ölüme bağlı tasarruftan aksi anlaşılmadıkça, kural olarak, eşler boşanma ile, boşanmadan evvel yapılmış ölüme bağlı tasarruflarla kendilerine sağlanan hakları kaybedeceklerdir. Burada konumuzla ilgili cevaplanması gereken soru şudur. Acaba eşler boşanmadan evvel bir ölüme bağlı tasarrufta bulunmuş ve bu tasarrufun içeriğinden de, diğer eşe tanınan hakkın boşanma üzerine de devam edeceği anlaşılamıyor ise, MK. md. 166/3'deki düzenlemenin (anlaşmanın) içerisinde bu sonucu doğuracak bir koşula yer verebilirler mi? Kanaatimizce bu soruya olumlu yanıt verilmelidir. Öncelikle belirtilmelidir ki, eşler yapmış oldukları ölüme bağlı tasarrufun koşullarını, ölüme bağlı tasarrufun şekil şartlarına uymak koşulu ile her zaman değiştirebilirler. Bu imkana sahip oldukları kuşkusuz olan eşlerin, bu yola gitmeyerek, değişiklik sonucunu doğuracak hükmü (düzenlemeyi) yan sonuçlara ilişkin anlaşmanın içerisinde yapmalarının bir sakıncası bulunmamaktadır. Hakimin onayından geçecek bir anlaşmada bu değişikliğin yapılıyor olması, şeklin koruma amacı ile sağlanmak istenen sonucu da kendiliğinden içermektedir.

Mal rejiminin tasfiyesi ile ilgili eşlerin anlaşmaları da bu düzenlemenin içerisinde yer alabilir. Kural olarak anlaşmalı boşanmaya dair kararın, eşler arasında söz konusu olabilecek tüm hususları kapsaması, ileriye dönük her hangi bir problem bırakmaması ve bu anlamda da bir bütün oluşturması gerekir. Bu nedenle de, mal rejiminin tasfiyesi konusunda da, eşlerin bir anlaşmaya varmış olmaları beklenebilir. Ancak, diğer yan sonuçlar üzerinde bir anlaşma sağlanmış olmasına karşın, mal rejiminin

---

[686] **Öztan**, Makale, 133; **Hatemi/Serozan**, 260; **Kırbaş**, 59. Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir. "Anlaşma kadının kocasının soyadını kullanmaya devam edeceği yönünde de olabilir. Yarg. 2. HD. 7.6.1993 tarih ve 1993/4902 E, 1993/5439 K. sayılı karar. (**Ergün**, 457).

tasfiyesi konusunda bir çekişme var ise, bu durum, anlaşmalı boşanma kararı verilmesine bir engel oluşturmaz, mal rejiminin tasfiyesi ileriye (gerekirse bir davaya) bırakılabilir,[687] bırakılmalıdır. Eşler arasındaki mal rejiminin tasfiyesinin, boşanma kararından sonraya bırakılması durumunda, mali konulardaki yan sonuçlara ilişkin olarak, hakim tarafından uygun bulunan anlaşmanın, mal rejiminin tasfiyesi sonrasında, hakkaniyete aykırılığının ortaya çıkabileceği de görülebilmektedir.[688]

İsviçre'de, eşlerin, aile konutu ile ilgili bir düzenlemeye anlaşmaları içerisinde yer verebilecekleri kabul edilmektedir. İsviçre'de aile konutu, ZGB. Art. 121/1[689] gereğince boşanmadan sonra da korunmaktadır. Bu hükme göre, eşlerden biri çocuklar veya diğer önemli nedenlerle aile konutuna ihtiyaç duyar ise, mahkeme kira sözleşmesinden kaynaklanan hak ve yükümlülüklerin, diğer taraf için hakkaniyet gereği kabul edilebilir olması halinde, muhtaç durumdaki bu eşe devrine karar verebilir. ZGB. Art. 121/2 ile diğer eşin, iki yılı geçmemek üzere, kira parasından ne şekilde sorumlu olacağı düzenlenmiştir. ZGB. Art. 121/3 ile de, aile konutunun eşlerden birine ait olması durumunda, mahkemenin, diğer eşe, aynı koşullar altında ve uygun tazminat karşılığında veya nafaka borcuna mahsuben, belirli bir süreyle oturma (sükna) hakkı tanınmasına karar verebileceği, önemli nedenlerin ortaya çıkması durumunda da oturma hakkının sınırlandırılabileceği veya kaldırılabileceği hüküm altına alınmıştır. İşte İsviçre'de eşler, bu konularda hakimin onayından geçecek bir düzenlemeye anlaşmalarında yer verebileceklerdir. Türk Hukukunda ZGB. Art. 121 benzeri bir hüküm bulunmamaktadır.[690] O nedenle de boşanma ile,

---

687 **Schwenzer (Fankhauser)**, Art. 112, N. 15; **Reusser**, N. 1.59. Yarg. 2. HD. nin 12166 E, 12874 K. sayılı ve 30 12. 1993 tarihli kararının muhalefet şerhinde yer alan "Mali konular hakkındaki düzenleme ile eşler arasındaki mal rejimlerinin alacak ve borç ilişkilerinde tasfiyesini kapsar." tarzındaki görüşe katılabilme olanağı yoktur. (Karar için bkz. **Gençcan**, 664-665).

688 **Schwenzer (Fankhauser)**, Art. 112, N. 15; **Reusser**, N. 1.59. Böyle bir durumda uyarlama davalarının gündeme geleceği değerlendirmesi yapılabilir.

689 Aile konutu başlığını taşıyan ZGB. Art. 121 Boşanmanın Sonuçları bölümünde düzenlenmiştir.

690 Bu durum, yani boşanma sonrasında, İsviçre'de olduğu gibi, aile konutunu koruyan bir hükmün Türk Hukukunda bulunmaması bir eksiklik olarak görülmekte ve yerinde olarak eleştirilmektedir. Bkz. **Şükran Şıpka, Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası**, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2002, 94 vd., 167-168.Yazar, Türk Hukukunda aile konutunun evliliğin boşanma (ya da iptal) kararı ile sona ermesinden sonra korunması ve diğer eş ile

aile konutu kurumu ile getirilen, diğer eş ve çocuklar lehine koruma kalkmaktadır.[691] Bu noktada, kanaatimizce, MK. md. 166/3 doğrultusunda boşanan eşlerin, ZGB. Art. 121'de yer alan çözüme benzer şekilde, aile konutuna ilişkin olarak bir anlaşmayı yapabilmeleri mümkündür. Böylece en azından anlaşmalı boşanmalarda, boşanma sonrasında da, aile konutu kurumu ile kanun koyucunun gerçekleştirmek istediği amaç, kanun boşluğuna karşın sağlanabilecektir. Bu anlaşmanın hakimin onayından geçecek olması, hakimin daha uygun göreceği bir düzenlemeyi, eşlere önerebileceği gerçeği karşısında da, diğer eş açısından ayrıca bir koruma olanağı doğacaktır. Bu şekilde, hakimin de müdahalesi ile, Türk Hukukunda da anlaşmalı boşanmalarda, ZGB. Art. 121 benzeri çözümlere ulaşılabilmesi mümkün olabilir.

d- Anlaşmada yer alamayacak konular

Boşanmanın doğrudan doğruya kanundan doğan sonuçları düzenlemeye konu olamazlar.[692] Örneğin eşler boşanmadan sonra da birbirlerine kanuni mirasçı olacaklarını kararlaştıramazlar.

4- MK. md. 166/3'de yer alan anlaşmanın şekli

MK. md. 166/3 eşler arasındaki anlaşmanın şekli konusunda İsviçre ve Almanya'da olduğu gibi bir şekil şartı getirmiyor. ZGB. Art. 111 anlaşma konusunda bir şekil şartı öngörmemesine rağmen, İsviçre'de öğreti tarafından, kanunun lâfzından ve anlaşmanın içeriğinden yazılı bir anlaşmanın söz konusu olacağı ve uygulamada

---

çocukların barınma haklarını karşılayacak bir hükmün, ZGB. Art. 121 örnek alınarak kabul edilmesinin, bu alandaki uygulama boşluğunu ve aile konutunun korunmasına ilişkin kanun koyucunun amacını tamamlayacağı görüşünü isabetle dile getirmektedir, **Şıpka**, 97. Bu konuda ayrıca bkz. **Ahmet Kılıçoğlu, Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler Ve Yasal Alım Hakkı**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2002.

691 **Şıpka**, 167.

692 **Oğuzman/Dural**, 149; **Tekinay**, 288; **Yalçınkaya/Kaleli**, II, 1582; **Egger(Çağa)**, 275; **Gürzumar**, 169.

da başvuru ile birlikte yazılı bir anlaşma verildiği belirtilmektedir.[693] Alman öğretisi de, her hangi bir kanuni düzenleme olmamasına karşın anlaşmanın yazılı olmasını amaca uygun olarak görmektedir.[694]

Türk Hukukunda, kanunen yazılı şekil aranmadığından, eşler yan sonuçlar üzerindeki anlaşmalarını, sözlü olarak da hakime bildirebileceklerdir. Bu halde hakim, eşlerin beyanlarını tutanağa geçirir ve tutanağın ilgili kısmını kendilerine imzalatır. Ancak yazılı şeklin avantajları göz önüne alındığında ve eşler arasındaki anlaşmanın, anlaşmalı boşanma söz konusu olduğunda, boşanmanın maddi koşullarından biri olduğu düşünüldüğünde, anlaşmanın yazılı olmasının aranması yerinde olur. Madde metninde 'düzenleme' kelimesinin kullanılmış olması, kanun koyucunun da yazılı şekli tercih ettiğini düşündürmektedir. Çünkü "düzenleme" terimi/fadesi yazılı bir metni akla getirmektedir. Yazılı şekil açıklığı sağladığı gibi, aynı zamanda hakimin denetim görevini de daha iyi yapabilmesini olanaklı kılar. Başvuru ile birlikte yazılı bir metin verilmesi, eşlerin dinlenmesi öncesinde hakimin anlaşmayı inceleyebilmesi açısından da önemlidir. Hakimin müdahalesi üzerine, anlaşmada değişiklik olmuş ise, bu değişikliklerin dahi mümkün olduğunca yazılı şekilde yapılması amaca uygundur. Ancak kanunun açık hükmü karşısında, eşler arasındaki anlaşmanın yazılı olmadığı nedeni ile boşanma istemi geri çevrilmemeli, gerekirse eşler yazılı bir anlaşma yapmaya yönlendirilmeli, sözlü anlaşma hakimin denetim görevini aksatmadıkça, eşlere anlaşmalı boşanma yolu açık tutulmalıdır.

5- MK. md.166/3'de yer alan anlaşmayı hakimin uygun bulması

a- Genel olarak

MK. md. 166/3 doğrultusunda boşanmak isteyen eşler, kanunda açıkça düzenlendiği üzere, boşanmanın mali sonuçları ve çocukların durumu konusunda bir uzlaşmaya varmak zorundadırlar. Eşler, üzerinde uzlaştıkları düzenlemeyi hakimin

---

693 **Sutter/Freiburghaus**, Art. 111, 13; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111 N. 4.

694 **Verschraegen**, 353; **Rebman**, §. 1566, N. 11.

onayına sunacaklardır. Hakimin, eşlerin önüne getirdiği düzenlemeyi, özellikle eşlerin ve çocukların menfaatleri açısından denetlemesi[695] gerekmektedir. Hakim 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 olacaktır.[696]

Yargıtay, anlaşmalı boşanmaya karar verilebilmesi için, kanunun öngördüğü ve kanun yolu denetimine olanak verecek bir biçimde, boşanmanın mali sonuçları ve çocukların durumu hususunda, eşlerce uygun bulunacak ve mahkemece değerlendirilecek bir düzenlemenin mahkemeye tevdi edilmiş olması gerektiğini, böyle bir düzenlemenin mahkemeye tevdi edilmemesi halinde, anlaşmalı boşanma hükmünden yararlanılamayacağını belirtmektedir.[697] MK. md. 166/3 gereğince varlığı aranan düzenlemenin, yukarıda da belirtildiği gibi, muhakkak yazılı şekilde olması gerekmemektedir. Eşler yazılı değil de, duruşma esnasında bu konudaki düzenlemelerini sözlü olarak hakime bildirip, açıklayıp tutanağa geçirtebilirler. Bu durumda da, artık eşler arasında kanunun aradığı bir anlaşmanın (düzenlemenin) varlığı açıktır. Burada hakimin üzerinde durması gereken, eşler arasında düzenlemeye konu oluşturabilecek olguların varlığının aranmasıdır. Örneğin boşanmak isteyen eşlerin çocukları bulunmuyorsa, çocuklar konusunda bir düzenlemenin varlığı aranmaz. Ancak velayeti söz konusu olmayan çocuk bulunmadığının, eşler tarafından beyan edilmesi ve bu hususun nüfus kaydı ile de sabit olması gerekir.

---

695 Yarg. HGK.09.03.1994, 2-894/125. **(Gençcan**, 641-42).

696 3444 sayılı kanuna ilişkin Hükümet tasarısının 4. madde gerekçesinde bu husus vurgulanmıştır; "Rızaya dayalı boşanmada diğer bir önemli faktör de hakimin boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulmasıdır. Taraflar bu yönde hazırladıkları anlaşmayı mahkemeye tevdi edecekler hakim de ancak bu anlaşmayı uygun gördüğü taktirde boşanmaya karar verebilecek ve tarafların ve çocukların menfaatlerini nazara alarak bu anlaşmada gerekli değişiklikleri yapabilecektir." (TBMM Tutanak Dergisi, Dönem:18 Yasama yılı:1 sf.6).

697 Yarg. 2.HD. 10.01.1989, 7365/9168, (**Gençcan**, 686-688). İsviçre Hukuku için **Honsell/Vogt/Geiser**, "Kanun boşanma sonuçlarına ilişkin anlaşmanın başvuru öncesinde hazır olduğu mantığından hareket ediyor. Bu şart değildir. Başvuru sırasında anlaşma olmasa dahi, birinci dinlemede bu anlaşma yapılırsa ZGB. Art. 111 uygulanabilir. " diyorlar. (Art. 111. N. 5).

b- Hakimin müdahalesi

MK. md. 166/3'den de açıkça anlaşılabileceği üzere, hakim, eşlerin önüne getirdikleri düzenleme ile kural olarak bağlı değildir. Zira maddede açıkça, hakimin düzenlemeyi uygun bulması gerektiği, anlaşmada uygun bulduğu değişiklikleri yapabileceği (önerebileceği) belirtilmektedir. Ancak bu bağlı olmamayı hakimin, eşler tarafından önüne getirilen bu düzenlemede, takdir hakkı çerçevesinde, eşlerin ve çocukların menfaatlerine bir aykırılık bulunduğuna vicdanen inanması halinde bağlı olmadığı, düzenlemenin menfaatlere uygun bir hale getirilmesini isteyebileceği tarzında anlamak gerekmektedir. Tersi durumda, zaten hakimin anlaşmayı uygun bulamamasının haklı bir gerekçesi de yoktur. Yargıtay 2. HD. nin bu konuda vermiş olduğu 12.12.1994 tarih ve 12452/12840 sayılı kararı[698] da bu şekilde yorumlayabilmek mümkündür. Her ne kadar Yargıtay bu kararında, "3444 sayılı yasa ile değişik Medeni Kanunun 134/2. maddesi uyarınca tarafların getirdiği ve üzerinde anlaştıkları konular hakimi de bağlar" demekte ise de, bu ifadeyi, hakimin takdir hakkı[699] çerçevesinde, bir aykırılık yoksa bağlar biçiminde anlayabilmek mümkündür. Kararda MK. md. 166/3 hükmünde yer alan düzenlemenin niteliği ile ilgili olarak, bizim de paylaştığımız düşünceler şu şekilde ifade olunmaktadır: "Hakim boşanmanın mali sonuçları ve çocukların durumu ile ilgili tarafların getirdiği önerileri, projeleri uygun bulmuyorsa, kendisi uygun öneriyi ortaya koyar. Gerekli değişikliği yapar. Hakimin getirdiği bu değişikliklerin taraflarca kabul edilmesi halinde boşanmaya hükmedilir. Aksi halde Medeni Kanunun 134/3 maddesi uyarınca boşanma kararı vermez. Bu gibi hallerde taraflardan tüm davaya ilişkin delillerini sormak ve sonucuna göre karar vermek gerekir."

Hakim, eşlerin mahkemeye getirdikleri düzenleme konusunda, bizzat eşler ve çocuklar açısından bir sakınca görüyorsa, sakıncaları giderecek şekilde eşlere bu

---

[698] **Gençcan**, 661-662.

[699] Hakimin takdir yetkisine ilişkin olarak bkz. **Seyfullah Ediz, Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi, AÜHFD,** Cumhuriyetin 50. Yılına Armağan, C.XXX, Sayı. 1-4, sf. 169 vd. Ankara, 1975.

düzenleme üzerinde değişiklik yapılmasını önerecektir. Kanaatimizce, hakim, duruşmada eşlerin kendi düzenlemelerindeki sakıncaların neler olduğunu ve bu sakıncaların, kendi önerilerinin kabulü halinde ne şekilde giderilebileceğini açıklamalıdır. Eşlerin, hakimin önerilerinin kabulü halinde, aralarındaki hukuki durumun ne olacağı konusunda aydınlatılmış olmaları gerekir.

Hakim, eşler tarafından önüne getirilen düzenlemeyi uygun görmüyor ise, değişiklik önermeden, düzenlemenin uygun bulunmadığından bahisle anlaşmalı boşanma istemini reddedemez. Düzenlemeyi, tüm olarak veya kısmi olarak, hangi nedenle 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. Bu anlamda Yargıtay'ın da kararlarında sık sık vurguladığı gibi[700] denetim görevini yerine getirmelidir. Ancak hakim, kendi önerisini de eşlere dayatamaz. Eğer düzenlemeyi uygun bulmadığını belirtmiyor ve bir değişiklik önerisi de getirmiyor ise, artık hakim, taraflarca önüne getirilen düzenleme doğrultusunda karar vermek zorundadır, düzenleme dışında kendisini tarafların yerine koyarak bir karar veremez. Yargıtay' da yukarıda aktarılan kararında[701] bu hususu vurgulamaktadır. Kararda; "... hakim tarafların boşanmanın mali sonuçları ve

---

700 Yarg. 2. HD. 01.02.1993, 13460/664 (**Gençcan**, 668).

701 Yarg. 2. HD. 21.12.1994, E. 12452, K. 12840. (Gençcan, 661-662). Başka bir kararında Yargıtay konuya açıklık getirmektedir. "Görülmektedir ki Medeni Kanunun 134/3 (Yeni MK. 166/3) maddesine göre ve kabule dayalı (anlaşmalı) bir boşanma davasında boşanmanın mali sonuçları ile ilgili olarak tarafların anlaşması dışında mahkemenin herhangi bir takdir hakkı söz konusu değildir. Bu konuya ait anlaşma mahkemece uygun bulunmuyorsa hakimin görevi taraflardan gerekli gördüğü değişiklikleri yapmalarını istemek ancak, onların kabulü halinde boşanmaya karar vermekten ibarettir. Mahkemenin kendisini tarafların yerine koyarak ve kendi takdirine göre maddi ve manevi tazminat ile yoksulluk nafakasına hükmetmesi mümkün olmayacağından manevi tazminat isteğinin reddi gerekirken ..." Yarg. 2.HD.21.11.1991, 10499/14491 (**Gençcan**, 672-674). Bir başka kararında da, Yargıtay, çocuklar ile kişisel ilişki açısından aynı çözüme işaret etmektedir: "Hakim anlaşmanın tümünü veya bir bölümünü uygun bulmamışsa kendisi uygun öneri getirmekle yükümlüdür. Boşanma, taraflarca, getirilen önerilerin kabul edilmesi halinde mümkündür. Aksi halde anlaşma dışına çıkılamaz. Anlaşmanın kişisel ilişkiyle ilgili bölümünün uygun bulunmadığı gerekçeli kararda açıklandığı halde, uygun öneri tarafların onayına sunulmamıştır. Belirtilen hata davanın sonucunu etkileyen bir hatadır. Bu yönün gözetilmemesi, kişisel ilişki yönünden tarafların anlaşması dışına çıkılarak hüküm kurulması doğru bulunmamıştır."(Yarg. 2. HD. 3830 E. 4949 K. sayılı ve 8.5.1997 tarihli karar. HBB www.vakif.yargitay.gov.tr)

çocukların durumu ile ilgili düzenlemeyi uygun bulmadığını belirtmemiş ve uygun bulduğu değişiklikleri (de) tarafların bilgisine sunmadığına göre tarafların anlaşmalarını uygun bulmuş sayılır. O halde hakimin anlaşma koşullarına göre karar vermesi gerekir. Bu hususlar dikkate alınmadan anlaşmaya aykırı düşecek şekilde çocuğun velayetinin anneye verilmesi doğru bulunmamıştır" denilmektedir.

c- Belge-bilgi verme yükümlülüğü

Hakimin eşlerce önüne getirilen anlaşmanın "uygun" olduğunu saptaması/denetlemesi gerekmektedir. Hakim takdir yetkisi çerçevesinde, anlaşmanın somut olaya uygunluğunu, eşler açısından var olan koşullar altında daha iyi bir anlaşma yapılabilir olup olmadığını araştıracaktır.[702] Bu kontrolü yapabilmesi için de bilgi ve belgelere ihtiyaç duyacaktır. Bu bilgi ve belgelerin, öncelikle boşanma isteminde bulunan eşlerce hakimin önüne getirilmesi gerekir. Burada eşler tarafından getirilen belgeler "uygunluk" kontrolünü sağlamaya yetmiyor ise ne olacaktır? Hakimin uygunluk kontrolü noktasında anlaşmaya müdahalesinin sınırı nedir? Hakim eşlerden ayrıntılı bir proje, bir envanter isteyebilecek midir?

İsviçre'de, eşlerin, mahkemenin ortak boşanma başvurularının ve boşanma sonucu ile ilgili anlaşmanın tamlığı ve hakkaniyete uygunluğunu takdir edebilmesi için gerekli bütün belgeleri vermek zorunda oldukları belirtilmektedir.[703] ZGB. Art. 111/1'in açık anlatımından, sadece boşanma anlaşmasının değil, gerekli belgelerin de mahkemeye verilmesinin şart olduğu anlaşılmaktadır. Gerçekten de, Art. 111/1'de açıkça, eşlerin ortak talebe "zorunlu belgeleri eklemeleri" gerektiği ifade edilmektedir. Bu zorunlu belgelerin neler olduğu, kanunun değişik hükümlerinin incelenmesinden ortaya çıkmaktadır. Öğretide bu belgelere örnek olarak; aile evlilik cüzdanı, maaş bordrosu/tablosu gibi gelir durumunu gösteren belgeler, kira

---

[702] **Perrin**, 16.

[703] **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.24; **Sutter/Freiburghaus**, Art. 111, N.15; **Reusser**, 1.31; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111, N.6.

sözleşmesi, banka hesaplarını gösteren belgeler, sigorta, emeklilik durumunu gösteren belgeler, her bir eşin malvarlığını gösteren belgeler, mal rejimi anlaşması, vergi bildirimleri, sigortanın ödenmiş kısmı (ZGB. Art. 141), hastalık sigorta belgesi, ihtiyacı gösteren diğer belgeler sayılmaktadır.[704]

Ortak talebin yapılmasından sonra, boşanma anlaşmasının ve eklerinin bir ilk incelemeye tabi tutulacağı ve eksik belgelerin veya durumun özelliğine göre mahkemenin uygun göreceği belgelerin hemen isteneceği,[705] sonuç olarak boşanma anlaşmasının onaylanıp onaylanamayacağını takdire yarayan her tür belgenin mahkemeye sunulması gerektiği belirtilmektedir.[706] Mahkemenin incelemesinde belgelerin tamamlığının önemli ve merkezi bir rol oynadığı, mahkemenin, belgenin içeriksel doğruluğunu kontrol etmek yükümlülüğünde olduğu, belgenin doğruluğundaki kuşkularının neden kaynaklandığını da açıklamasının gerektiği, öte yandan mahkemenin yeterli bir iz, emare olmadan da eksiklikleri araştırmak zorunda olmadığı ifade olunarak, bu fiili ve ağırlaştırılmış kanıt yükümlülüğünün boşanma mahkemesinin gerçeği araştırma görevine de uygun olduğu dile getirilmektedir.[707]

Fransız Hukukunda da, eşlerin durumlarının değerlendirilebilmesi için hakime her türlü bilgi ve belgenin sunulması gerektiği belirtilmektedir.[708]

Türk Öğretisinde Öztan,[709] hakimin tarafların malvarlıklarının bir envanterinin kendisine bildirilmesini isteyebileceği görüşündedir.

---

704 **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.24; **Sutter/Freiburghaus**, Art. 111, N.15; **Reusser**, 1.33; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111, N.6.

705 **Sutter/Freiburghaus**, Art. 111, N.15; **Reusser**, 1.31. **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111, N.6. Yazarlar belge verilmesi zorunluluğunun bir düzen hükmü olduğunu ve belge yokluğu nedeni ile boşanma talebinin (başlangıçta) reddedilemeyeceğini ifade ediyorlar. (Art. 111 N.6).

706 **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.24; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111, N.6. Yazarlar belgelerin boşanma anlaşmasının mahkemece incelenmesinden önce verilmesi gereğine değiniyorlar. (Art. 111 N.6).

707 **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.25.

Yargıtay bir seri kararında,[710] eşlerin bir düzenleme yapmalarının gereğine değinmiş ve tarafların düzenlemesine hakimin müdahale etmesindeki kanun koyucunun amacını açıklamıştır. Yine bu kararlarında Yargıtay, açıklamış olduğu amaç doğrultusunda, hakimin anlaşmaya müdahalesinin sınırının ne olması gerektiği konusundaki görüşlerini de ortaya koymuştur. Yargıtay'a göre[711]; "....Rızai (anlaşmalı) boşanmaya karar verilebilmesi için 'boşanmanın mali sonuçları' ve 'çocukların durumu' hakkında taraflarca hazırlanacak bir anlaşma mahkemeye tevdi edilmeli veya tutanağa geçirilmelidir. Böyle bir anlaşma mahkemeye bildirilmedikçe, yargılamaya devam olunması mümkün değildir. Çünkü, kanun koyucu bu hüküm ile evlilik birliğinin onarılmaz bir biçimde yara almasını ve (eşlerin) boşanabilmek için her şeyi göze almalarını önlemek istemiştir. Bir anlamda kendi yararlarını ve çocukların çıkarlarını düşünemeyecek duruma gelen eşlerin böyle bir anlaşma ile gelecekte daha sağlıksız, mantıksız ve adil olmayan şartların meydana gelişine engel olunmuştur. Böylece, boşanmanın ortaya çıkaracağı ruhsal çöküntüler, devamlı ve güvenli bir gelecek ile dengelenmiş olmaktadır. Hemen söylemek gerekir ki, kanunda 'taraflar' sözcüğü kullanılmak suretiyle davacı taraf için dahi bu kural geçerli bulunmaktadır. Zaten eşlerin anlaşmasına dayalı boşanmalarda bir bakıma iki davacı ve davalı vardır.[712] İki taraf da bir an önce boşanmayı sağlayabilmek ve bu yükten kurtulabilmek için kendi geleceğini tehlikeye atabilir. Sözgelimi davacı bütün malvarlığını davalıya bırakmaya razı olabilir. İşte Medeni Kanunun 3444 sayılı kanunla değişik 134/3. Maddesinin öngördüğü temel ilke ve bu gibi durumlarda

---

708 **Dumusc**, 38 vd.; **Dethloff**, 184.

709 **Öztan**, Makale,133.

710 Yarg. 2.HD. 21.11.1991, 10499/14491; Yarg. 2.HD.14.11.1991, 11529/14059; Yarg. 2. HD. 15.03.1990, 11382/2844; Yarg. 2. HD. 20.01.1989, 11247/183; 10.01.1989, 7365/9168 (**Gençcan**,672-688). Yarg. 2. HD. 25.06.1990 gün, E. 1430, K. 6518; Yarg. 2. HD. 14.11.1991 gün, E. 11382, K. 2844 (**Özuğur**, 430-443).Bu kararlar anlaşmalı boşanma Türk Hukukuna girdikten hemen sonra 1989-1991 yılları arasında verilmiştir. 1991 yılından sonra bu tarz bir karara araştırmalarımızda rastlayamadık.

711 Yarg. 2.HD. 21.11.1991, 10499/14491 (**Gençcan**, 672-674).

712 Yargıtay kararındaki bu ibare, bize göre, anlaşmalı boşanmanın çekişmesizlik karakterini vurgulamaktadır.

hakimin görevi gerekli müdahalede bulunmak ve tarafların yararları ile çocukların korunması açısından adil, mantıklı ve hakkaniyete uygun mali şartları belirleyerek kalıcı bir dengeyi gerçekleştirmektedir. İşte hakimin zorunlu ve çok önemli böyle bir görevi yerine getirebilmesi için taraflarca hazırlanacak ayrıntılı anlaşmanın (yani) mali projenin mahkemeye sunulması veya tutanağa geçirilmiş olması kaçınılmazdır. Çünkü; eşlerin eksiksiz tüm malvarlıkları bilinmedikçe, taşınır ve taşınmaz malların ayrıntılı bir dökümü yapılmadıkça, tarafların tekliflerinin ne ölçüde adil ve hakkaniyete uygun olduğunun belirlenmesi mümkün değildir. Aksi halde gerekli araştırmayı yapmış sayılamaz. Kamu düzenine yönelik olarak hakime doğrudan araştırma ve karar verme yetkisi tanıyan bu hükmün, mahkemelerce gereği gibi kullanılmaması halinde malvarlığını mahkemeden hatta bütün bir evlilik boyunca diğerinden gizleyen kötü niyetli eşe hukuki himaye sağlanmış olup, iyi niyetli eş açısından çok ciddi ve önemli sakıncalar doğar. Öyle ise Medenin Kanunun 3444 sayılı kanun ile değişik 134/3. maddesine dayalı davalarda boşanmaya karar verilebilmesi ve hatta yargılamaya devam olunabilmesi için hakimin değerlendirme yapmasına imkan tanıyacak tarafların tüm malvarlıklarını ve buna bağlı olarak bunların paylaşılma (ya da istifade) yollarını ayrıntılı olarak gösteren yeterli bir anlaşmanın mahkemeye tevdi edilmesi veya tutanağa geçirilmesi vazgeçilmez bir zorunluluktur. Nitekim, 3444 sayılı Kanuna ilişkin hükümet tasarısının 4. maddesine ait gerekçede; rızaya dayalı boşanmada diğer bir önemli faktör de hakimin boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması hususu vurgulanmıştır. Aynı gerekçede tarafların, bu hususda hazırladıkları anlaşmayı mahkemeye tevdi edecekleri, hakimin de ancak bu anlaşmayı uygun gördüğü takdirde boşanmaya karar verilebilmesi, ve yine hakimin tarafların ve çocukların menfaatlerini nazara alarak bu anlaşmada gerekli değişiklikleri yapabileceği belirtilmiştir. Öyle ise bir anlaşma (mali proje) açıklanmadıkça Medeni Kanun 134/3 maddeye göre boşanmaya karar verilmesi mümkün değildir. Olayımızda boşanmanın mali sonuçları ile ilgili olarak herhangi bir anlaşmaya varılmamış aksine bu yöndeki davalı teklifleri davacı tarafından kabul edilmemiştir. Bu durumda MK. 134/3 maddesinin kanuni unsuru oluşmamış olmasına göre verilen boşanma kararı usul ve kanuna aykırıdır."

Kararda eşlerin anlaşmalı boşanmadan yararlanabilmeleri için aralarında yapacakları düzenlemeyi, hakimin uygun görmesinin, kanun koyucu tarafından hangi gerekçe ile aranmış olduğu konusunda Yargıtay'ın görüşü ortaya konulmuştur. Gerçekten de, somut olayda eşlerden biri veya her ikisi bir an önce boşanmayı gerçekleştirebilmek için ileride mağdur olacağı sağlıksız bir anlaşmayı kabul edebilir.[713] Kararda, eşlerin ileride büyük ölçüde mağdur olabilecekleri bir anlaşmayı, hakimin, hangi nedenle kabul etmemesi gereğine işaret eden bu gerekçe bizce de yerindedir. Hakimin uygunluk kontrolünü yapabilmesi için gerekli olan belgeler eşler tarafından mahkemeye getirilmelidir. Bu belgeler, kural olarak ortak talebe ilişkin dilekçenin eki olarak verilmelidir. Ülkemizde çekişmesiz yargı işlerinde uygulanmakta olan basit usulde HUMK. md. 508'e göre mahkemeye verilecek dilekçeye "evrakı subutiye"nin ekleneceği öngörülmektedir. Bu hükme göre de eşler, mahkemeye başvuruda bulunurken, aralarındaki anlaşmanın (düzenlemenin) hakim tarafından denetimine olanak sağlayacak belgeleri de mahkemeye vereceklerdir. Yine basit usulde HUMK md. 511/2'ye göre hakim, yukarıda belirtilen tarzdaki belgelerin tamamlanmasını her zaman emredebilecektir. Belgelerin tam ve gerçeğe uygunluğu, hakimin, eşler arasındaki anlaşmanın hakkaniyete uygunluğunu kontrol edebilmesi için şarttır. Bu nedenle de hakim, nitelik ve nicelik açısından yeterli belgenin önüne getirilmiş olduğundan emin olmalıdır. Bu konuda kuşku duymasını gerektiren

---

713 "...boşanma kararına ulaşmış eşlerin içinde bulundukları ruhsal durum ve duygusal ortam, gerek kendileri ve gerekse müşterek çocuklarla ilgili her zaman sağlıklı bir karar vermelerini engellemektedir. Bazen de boşanmayı çok arzu eden eşin bu sonuca ulaşabilmek için ileride kendini büyük mağduriyetlere düşürebilecek koşulları, gereğince ve yeterince düşünmeden ve özellikle menfaatlerini dikkate almadan her şeyden vazgeçebilecekleri dikkatten uzak tutulamaz. Diğer taraftan ender olaylarda olsa bile eşlerden biri diğer eşin ya da onun yakınlarının cebir, hile ve tehditleriyle boşanmanın fer'i sonuçlarıyla ilgili olarak önemli ölçüde feragat gösterebilir. Hatta davacı eş dahi bir an önce boşanmayı sağlayabilmek ve bu yükten kurtulabilmek için kendi geleceğini tehlikeye atabilir. Örneğin, bütün malvarlığını davalıya bırakmaya razı olabilir. İşte bütün bu ve benzeri hallerde, boşanmanın eşlerden biri ya da çocuklarla ilgili olarak adaletsiz, haksız ve çok ciddi sakıncalar doğurmaması için kanun koyucu, tarafların boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hakkında hakimin açık müdahalesini zorunlu kılmıştır. O kadar ki, taraflar hakimin değişiklik önerilerini benimsememeleri halinde anlaşmaya rağmen davanın reddi anılan 134. maddede hükme bağlanmıştır. Çünkü, söz konusu kanun hükmünün dayandığı temel ilke; rızaya dayalı boşanmada hakimin gerekli müdahaleyi yapması ve taraf yararları ile çocukların korunması açısından adil, mantıklı ve hakkaniyete uygun mali koşulları belirleyerek, kalıcı bir dengeyi gerçekleştirmesidir". Yarg. 2. HD. 02.11.1989, 6979/8890 (YKD.1990.2.193-194).

durumlarda da re'sen araştırma yapabileceğinin kabul edilmesi gerekir.[714] Bu, çekişmesiz yargıda hakimin gerçeği araştırması[715] ve re'sen inceleme[716] yapabilmesi ilkelerine de uygundur. Ancak somut bir neden, iz, emare olmadan da, her olayda kuşkucu bir yaklaşımla eşlerin bildirdiklerinin aksine araştırma yoluna gidilmemelidir. Bu nedenle de, Yargıtay tarafından ifade edilen, hakimin, eşler tarafından önüne getirilen bilgiler ile yetinmeyerek, tarafların sosyal ve ekonomik durumları ile ilgili re'sen araştırma yapması yoluna gitmesi gerektiği şeklindeki görüşleri, yukarıda açıklamaya çalıştığımız biçimde anlıyoruz.[717]

Hakimin yeterli ön incelemeyi ve kontrolü yapabilmesi için, anlaşmanın ve belgelerin, eşlerin dinlenmesinden önce mahkemeye verilmiş ve başka yerlerden getirtilecek belgelerin de getirtilmiş, bu anlamda da dosyanın "tekemmül" etmiş olması gerekir. Anlaşmanın hakkaniyete uygunluğunun, eşlerin dinlenmesinden önce mahkemeye sunulan/getirtilen belgelerden büyük ölçüde belirgin hale gelmiş olması

---

714 "Mahkeme inkâr edilmeyen veya ikrar edilen vakıaları tahkik etmek serbestisine sahiptir. (...) Nizasız kazadaki delil çeşitleri, nizalı kazada olduğu gibi tahdit edilmiş olmayıp, mahkeme hâdise hakkında salim bir kanaate vâsıl olmak için her vasıtaya müracaat etmek serbestisine sahiptir. Bu cümleden olmak üzere mahkeme; alâkadarları dinleyebilir, resmi makamlardan malûmat isteyebilir, başka mahkemelerdeki dosyaları celbedebilir, hususi şahısların malûmatına müracaat edebilir ve bilhassa alâkadarların şahit göstermediği kimseleri de her zaman re'sen dinleyebilir." (**Kuru**, Nizasız Kaza, 168).

715 **Kuru**, Nizasız Kaza, 161, 165.

716 **Kuru**, Nizasız Kaza, 159 vd. "Re'sen araştırma prensibine göre, nizasız kaza hakimi, hangi vakıaların aydınlanmaya muhtaç olduklarını ve bunun nasıl yapılacağını tespit eder. Mahkeme, alâkadarların yapmış oldukları iddia ve beyanlarla ve alâkadarlar tarafından getirilen ispat vasıtaları ile bağlı olmayıp, durumun icap ettirdiği başkaca vakıa ve delilleri serbest takdirine göre arayıp bulmaya mezun ve mecburdur. Hâdisenin tam olarak tespiti mahkemenin vazifesidir; böylece, verilecek karara esas teşkil edecek olan yargılama malzemesinin tamamiyeti hakkındaki mesuliyet mahkemeye ait olmaktadır." (**Kuru**, Nizasız Kaza, 162).

717 "Kuşkusuz hakimin böyle bir yetkiyi haklı, adil ve tarafların ve çocukların yararına uygun bir biçimde kullanabilmesi için yalnızca eşlerin sosyal ve ekonomik durumları ile ilgili beyanlarına itibar etmemesi doğrudan araştırma yapması, ilgili yerlere yazı yazarak eşlerin taşınır ve taşınmaz mallarını ve gelir durumlarını gerçeği uygun biçimde tespit etmesi gerekmektedir. Ancak bu şekilde sağlıklı bilgilere sahip olması halindedir ki hakim kendisine tevdi edilen anlaşmanın (düzenlemenin) gerçeklere uygun düşüp düşmediğini belirleyebilir. Dolayısıyla taraflarla çocukların mevcut ve gelecekteki yararları açısından hakkaniyete uygun bir denge kurabilir. Aksi taktirde mahkemece hiçbir araştırma yapılmadan taraflarca boşanmanın mali sonuçları ile ilgili olarak mahkemeye tevdi edilen anlaşma (düzenleme) aynen benimsenirse Medeni Kanunun bu yasa ile Türk Boşanma Hukukunda 60 yılı aşkın bir süre benimsenmemiş anlaşmaya dayalı boşanma amacına ulaşmamış ve öncelikle eşlerle çocuklar, sonra da toplum açısından önemli sakıncalar doğurmuş olur." Yarg. 2.HD. 10.10.1989, 7365/9168.(**Özuğur**, 446-448).

gerekir. Bu nedenle uygunluk kontrolünün, sadece, eşlerin dinlenilmesi aşamasında yapılacak olması kabul edilemez. Türk Hukukunda eşlerin dinlenmesinden sonra bir düşünme süresine yer verilmemiş olması ve kural olarak dinlenilmeden hemen sonra boşanma kararı verilecek olması, hakimin bu konuda bir kat daha titiz davranmasını gerektirmektedir. Burada HUMK md. 509 hükmünden yararlanılabilir. 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 re'sen araştırmasını sürdürmelidir. Bu ön inceleme tamamlandıktan sonra, eşler dinleme için çağrılmalıdırlar. Burada hemen belirtilmelidir ki, hakim, eşlerin boşanma konusundaki iradelerinden ve anlaşmanın hakkaniyete uygunluğundan emin olmadıkça, eşlerin dinlenilmesi aşamasının olumlu olarak geçildiğinden söz edilemez ve boşanma kararı verilemez.

Ancak Yargıtay tarafından ortaya konulan, eşlerden tüm malvarlıkları ile buna bağlı olarak, bunların paylaşılma (ya da istifade) yollarını ayrıntılı olarak gösteren bir düzenlemenin istenilmesi görüşleri, kanun koyucunun amacını aşan, anlaşmalı boşanma hükmünden yararlanılması olanağını kaldıran, hatta hükmü uygulanamaz hale getiren[718] ve eşlerin bu hükme başvurmalarını caydırıcı, bizce kabul edilemez görüşlerdir. Eşlerden, kararlarda ifade edildiği gibi, tüm malvarlıklarını, paylaşım veya yararlanma yollarını gösteren bir proje istenmesi ve hatta bununla da yetinilmeyerek bu amaç doğrultusunda, her durumda, eşlerin beyanlarına itibar olunmayarak, hakim tarafından re'sen malvarlığı konusunda araştırma yapılması, eşleri anlaşarak boşanma yoluna götüren ve kanun koyucu tarafından kabul edilen özgür iradeleri ile vardıkları sonucun önüne büyük ölçüde engeller çıkarılabilir ki amaçlanan bu değildir. Bu yola gidilmesi durumunda, eşler arasındaki mal rejiminin tasfiyesi de anlaşmanın zorunlu kapsamına dahil hale gelecektir ki, gerek İsviçre'de

---

[718] **Kırbaş**, 61.

ve gerekse de ülkemizde mal rejiminin tasfiyesi anlaşmalı boşanmanın dışında değerlendirilmektedir.[719]

Bizce hakim, önüne gelen özellikle mali konularla ilgili düzenleme üzerinde denetleme görevini yerine getirirken, eşlerden birinin sırf boşanmayı sağlayabilmek için malvarlığının önemli bir bölümünü veya tümünü karşı tarafa bırakıp bırakmadığını (örneğin kadın eşin sahibi olduğu tek taşınmazı karşı tarafa bırakıyor olması), olağanüstü mali yükümlülükler altına girip girmediğini, düzenlemenin olağan koşullar altında yapılabilecek bir anlaşma olup olmadığını, somut koşullar altında hakkaniyete uygun olup olmadığını, yaşamın olağan akışına uygun sonuçlar içerip içermediğini, iradeyi sakatlayan hallerin varlığı altında yapılıp yapılmadığını, baskı altında yapılıp yapılmadığını, genel hukuk ilkelerine, ahlak ve adaba uygun olup olmadığını gözetmelidir. Hakim bu ilkeler altında denetimini yaparken, belgelerin tamlığı veya içeriklerinin doğruluğu hakkında bir iz, emare nedeni ile bir kuşkuya düşer ise, re'sen araştırma yapabilecek, eşlerden yeni belge, bilgi isteyebilecek ve sonucuna göre de gerekirse onay vermekten kaçınabilecek, anlaşmalı boşanma yolunu kapatabilecektir.

d- Uygulama kabiliyetini haiz bir anlaşma (düzenleme) olması

MK. md. 166/3 gereğince varlığı aranan ve hakimin uygun bulmasına sunulan düzenlemenin açık, anlaşılır, yerine getirilebilir bir düzenleme (anlaşma) olması

---

[719] Bu kararlar Eski Medeni Kanunumuz döneminde verilmiştir. Bilindiği gibi, Eski Medeni Kanunumuzda eşler arasındaki kanuni mal rejimi mal ayrılığı idi. Bu rejim, uzun süren evliliklerde, boşanma halinde kadın eş yönünden malvarlığı haklarında sakıncalar içerdiği ve kadınların mağdur olması sonucunu doğurduğu iddiaları ile eleştirilmekte idi. İşte Yargıtay yukarıda belirtilen kararlarında eleştirdiğimiz görüşlerini oluştururken, kanaatimizce, mal rejimi nedeniyle, özellikle mağdur olan kadını korumak amacıyla hareket etmiştir. Ancak Medeni Kanunda kabul edilen kanuni mal rejimi artık mal ayrılığı olmayıp, edinilmiş mallara katılma rejimi olduğundan, Yargıtay'ın yukarıda belirttiğimiz endişeleri belirli ölçüde giderilmiş olmakla, artık, Karşılaştırmalı Hukukun ve özellikle İsviçre Hukukununun ve yine Türk Hukuk Öğretisinin verileri ışığında içtihatlarını yeni bir bakış açısı altında oluşturabileceği kanaatindeyiz.

gerekir. Bu anlaşma sadece bir vaade dayanmamalıdır.[720] Eşler arasındaki anlaşma yeni uyuşmazlıklar doğuracak nitelikte olmamalıdır.[721]

e-Anlaşmanın (düzenlemenin) kararın (ilâmın) sonuç kısmında (hüküm sonucunda, fıkrasında) yer alması

MK. md. 166/3 doğrultusunda anlaşarak boşanmak isteyen eşler, aralarındaki anlaşmayı mahkemeye sunduktan ve gerek görülüyor ise, hakim tarafından değişiklik önerileri getirilip, bu aşama da geçildikten sonra, yargılamanın her üç süjesinin de katılımı ile ortaya çıkan bu anlaşma, boşanma kararı ile birlikte kararın (hükmün) ve yazılı kararın sonuç (ilamın hüküm sonucu) kısmında yer almalıdır.

Çeşitli kereler değindiğimiz gibi, bize göre, MK. md. 166/3 ile bir çekişmesiz yargı işi öngörülmüştür. Çekişmesiz yargıya özgü bir kanunumuzun olmaması ve esasen anlaşmalı boşanmayı, Türk Hukukunda bu güne değin, Yargıtay'ın ve öğretinin bir çekişmesiz yargı işi olarak değerlendirmiş olmamaları nedeni ile, anlaşmalı boşanmaya dair kararlarda da çekişmeli yargıya ilişkin kurallar ve terminoloji kullanılmaktadır. Eşler arasındaki anlaşmanın (düzenlemenin), verilen boşanma kararındaki yeri ve niteliği konusunda da aynı karışıklık geçerlidir. O nedenle biz, kabul ettiğimiz gibi, burada da çekişmesiz yargıya özgü terim ve kuralları kullanmaya özen göstermekle birlikte, konunun daha iyi anlaşılabilmesi için

---

720 **Öztan**, Makale, 133.

721 Yarg. HGK. 09.03.1994, 2-894/125 (**Gençcan**, 641-642). Bu karara ilişkin yerel mahkeme kararı, yerel mahkeme kararına konu olan olayda, bir Anonim Şirkete ait araba, karşı tarafa verilmiş, ancak arabanın trafik kaydı getirtilerek, arabanın kimin üzerine kayıtlı olduğu belirlenmemiş, davacının Anonim Şirketi temsile ve arabayı devre yetkisinin bulunup bulunmadığı araştırılmamış, devir halinde masrafların kime ait olacağı açıklanmamış, yine davalıya bırakılan taşınmaz mal kaydı getirtilmemiş, taşınmazın kim adına kayıtlı olduğu, üzerinde şerh veya takyidat bulunup bulunmadığı, davacının devre yetkili olup olmadığı, masrafların kime ait olacağı açıklığa kavuşturulmamıştır, ayrıca anlaşmada gösterilen tazminatın ödenmesi de davacının çek tanzim ederek karşı tarafa vermesi biçiminde düzenlenmiş, dolayısıyla davacının inisiyatifine bırakılmıştır gerekçeleriyle bozulmuş ve bu hallerin anlaşmanın infazını önleyebileceği en azından infazında tereddütler doğurabileceği belirtilmiştir. Yargıtay kararı bizce de doğrudur. Zira yerel mahkemeye sunulan düzenleme açık, anlaşılır, ve infazda güçlük doğurmayacak nitelikte değildir. Hakimin denetim rolü çerçevesinde anlaşmadaki bu belirsizliklerin eşlere tamamlattırması gerekir.

çekişmesiz yargıya özgü kavram ve terimlere de yer vereceğiz. Yine çekişmeli yargıya özgü kavramların, kıyasen, niteliği ile kabili telif olduğu ölçüde çekişmesiz yargıda da kullanıldığı hatırlanmalıdır.

Çekişmesiz yargıya yabancı olan ve çekişmeli yargıda söz konusu olan hükümler, ihtilafı kökünden halleden ve çekişmeyi sona erdiren nihai kararlardır.[722] İlâm ise, mahkeme kararının (hükmünün) taraflara verilen suretlerine verilen isimdir ve yine çekişmeli yargıya özgü, çekişmesiz yargıya ise yabancı bir kavramdır.[723]

Çekişmeli yargıda, HUMK. 388. maddesine göre, kararda hüküm sonucu kısmının bulunması zorunludur. [724] Hüküm sonucu kısmında, gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin, istek sonuçlarından her biri hakkında verilen hükümle taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların, mümkünse sıra numarası altında birer

---

722 **Kuru**, Nizasız Kaza, 173.

723 **Kuru**, Nizasız Kaza, 175; **Kuru**, III, 3146. Kuru, çekişmesiz yargıda hüküm tabirinin kullanılmasının doğru olmadığını, o nedenle, bütün çekişmesiz yargıya ait kararlar için "karar" tabirinin kullanılmasının çekişmesiz yargının niteliğine daha uygun düşeceğini, yine, çekişmesiz yargıda ilâm kelimesine tekabül eden tek bir kelime bulup, bunu çekişmesiz yargıya ait kararları gösteren kağıt hakkında genel bir terim olarak kullanmanın mümkün olmadığını, bundan dolayı da çekişmesiz yargıdaki kararları, gerek maddi bakımdan (hüküm karşılığı olarak) gerekse şekli bakımdan (ilâm karşılığı olarak, yani çekişmesiz yargıya ait kararları gösteren kağıt anlamında) "karar" olarak nitelemekten başka çare görülemediğini, hukuk dilimizde de karar kelimesinin, söz konusu her iki anlamda da kullanılmakta olduğunu, çekişmesiz yargıda bir karardan bahsedilince, bunun maddi anlamda mı yoksa şekli anlamda mı anlaşılması gerektiğinin çoğunlukla sözün gelişine göre saptanabileceğini belirtmektedir. (**Kuru**, Nizasız Kaza, 175-176).

724 Mahkeme tarafları dinledikten sonra yargılamanın sona erdiğini bildirerek kararını tefhim eder. Kararın tefhimi, en az HUMK. md. 388'de belrtilen hüküm sonucunun duruşma tutanağına geçirilerek okunması suretiyle olur. HUMK. md. 381. Karar kural olarak HUMK. nun 388. maddesinde belirtilen hususların tümünü kapsamalıdır. Ancak uygulamada hemen hemen duruşma sonucunda verilen tüm kararlar gerekçe içermemekte yalnız hüküm sonucunun tefhimi ile yetinilmektedir. Bu tür yalnızca hüküm sonucunu içeren kararlara kısa karar denilmektedir.(Kuru, III, 2953). HUMK. md. 381/3'e göre zorunlu nedenlerle yalnız hüküm sonucunun tefhim edildiği hallerde, gerekçeli kararın tefhim tarihinden başlayarak on beş gün içinde yazılması gerekir. Sonradan yazılan gerekçeli kararın kısa karar uygun olması gerekir. Tersi başlı başına bozma nedenidir. (**Kuru**, III, 2964-2965 ve devamında anılan Yargıtay kararları).

birer, açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gereklidir. (HUMK. md. 388/son).[725]

Anlaşmalı boşanmaya dair kararda, eşlerin üzerinde uzlaştıkları ve hakimin onayından geçen düzenlemenin, karar sonucunda (hüküm sonucunda) açık, icra (infaz) edilebilir şekilde, (boşanan) eşlerin hak ve yükümlülüklerini hiçbir tereddüde mahal vermeyecek şekilde gösterir bir biçimde ve yine herhangi bir şarta bağlanmaksızın yer alması gereklidir.[726] Mahkemece verilecek karar, eşlerin anlaştıkları konuları da içerecek ve bu anlamda bir eda kararı olacaktır.[727]

Acaba, eşlerce mahkemeye sunulan düzenleme hakim tarafından uygun görülmüş, bu husus tutanağa ve gerekçeye geçmiş, ancak hakim tarafından bu düzenlemede yer alan hususlar yukarıda belirtildiği gibi karar sonucunda (hüküm sonucunda) yer almamış ve sadece düzenlemenin onaylandığından bahisle düzenlemeye atıf yapılarak karar verilmiş ise tarafların hak ve borçlarının karar (hüküm) sonucunda yer almadığı ve icra edilemeyeceği öne sürülebilir mi? Uygulamada bazen, taraflarca önüne getirilen düzenlemeyi hakim onayladığını belirtmekte ve kısa kararda ve bazı hallerde gerekçeli kararda dahi, düzenlemede üzerinde anlaşılan hususları tek tek belirtmemekte, düzenlemeye atıfla yetinmektedir. Kanaatimizce yapılması gereken yukarıdaki paragrafta izah edildiği gibi olmakla beraber, söz konusu bu ihtimallerde de kararın infazı kabil olmalıdır. Kısa kararda düzenlemeye atıf yapılması, ancak gerekçeli kararda düzenlemenin açık bir şekilde

---

725 "Verilen karar ile iki tarafa yüklenen ve bahşedilen vazife ve haklar şüphe ve duraksamaya yer vermeyecek şekilde gösterilmelidir. (HUMK:md.388,389). Başka bir anlatımla karar infazda zorluk yaratmamalı tartışmaya açık olmamalıdır." Yarg. 2. HD. 07.06.1993, 4902/5439 (**Gençcan**, 666-667). "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 388/son maddesi gereğince tereddüt yaratmayacak nitelikte açık ve net hüküm kurulmalıdır. Tarafların anlaşmalı boşanma ile boşanmış olmalarına göre anlaşmaları gereğince edayı da sağlayıcı hüküm tesisi gerektiğinin düşünülmemesi usul ve kanuna aykırıdır. Yarg. 2. HD. 12.03.1993, 1811/2555. (**Gençcan**, 667).

726 **Kuru**, III,3078.

727 "Anlaşmalı boşanma taraflar arasındaki tüm uyuşmazlıkları halledecek nitelikte olmalı ve hüküm buna göre kurulmalıdır. Bu nedenle tarafların anlaştıkları seksen milyon lira konusunda da sadece anlaşmanın onanması ile yetinilmeyip eda hükmü taşıyan infazı kabil bir hüküm kurulmalıdır." Yarg. 2. HD. 09.11.1995, 10640/11879 (**Gençcan**, 656).

tarafların hak ve borçlarını gösterecek şekilde kararın sonucunda (hüküm fıkrasında) yer alması halinde bir sorun yoktur. Ancak gerekçeli kararda dahi, sonuç kısmında (hüküm sonucunda), düzenlemeye (onaylandığından bahisle) atıf yapılmakla yetinilmiş olması halinde tereddüt hasıl olabilir. Bu halde de düzenlemenin, kararın bir parçası olduğunu kabul etmek ve böylece düzenlemenin infazını (icrasını) sağlayabilmek mümkündür.[728] Hiç kuşkusuz tarafların kanunun aradığı her hususda anlaşmış oldukları düzenlemelerin varlığı halinde bu söylenenlerin bir geçerliği bulunmaktadır. Düzenlemede yer alması gereken hususlardan biri hakkında bir anlaşma yok ise, taraflar arasında bir anlaşmanın varlığından söz edilemeyeceğinden kararın bu şekli ile taraflarca kabulü mümkün değildir. Bu halde kararın bozulması istemi ile temyiz yoluna başvurulabilecektir.[729]

Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin, tashih-i karar başvurusu üzerine önüne gelen ve 1995/6497 E, 1995/7237 K. sayılı ve 21.06.1995 tarihli kararına konu olan olayda özel daire MK. md. 2 hükmünden hareketle ilginç bir sonuca varmıştır[730]. Karara göre; eşler boşanmışlar, yargılama sırasında birlikte düzenledikleri sözleşmeyi (protokolü) mahkemeye ibraz etmiş ve aynı günlü oturumda da tekrar etmişlerdir. Sözleşmede boşanmadan söz edilmemiştir. Ancak boşanma sonucunda küçüğün

---

728 Karar ekinde yer alan anlaşma metninin de hakim tarafından imzalanması gerekir. (**Ducrot**, 57).

729 **Kuru**, III, 3115. Yargıtay 2. HD. nin 07.03.1997 tarih ve E. 1032, K.2584 sayılı kararında, kanunun, tarafların üzerinde uzlaşmalarını aradığı hususlara hiç değinilmeden verilen yerel mahkeme kararını eleştiren muhalefet şerhindeki görüşler yerindedir; "Yasa özellikle boşanmanın mali sonuçları ve çocukların durumunun her yönüyle ortaya konulup üzerinde anlaşılmasını öngörmektedir. Boşanmanın mali sonuçlarından biri veya bir kaçı hakkında hiç beyanda bulunulmamış sükut geçilmiş ise, bu konuda taraflar arasında bir anlaşmanın varlığından söz edilemez. Somut olayda (Akşehir Asliye Hukukun 18.10.1995 gün 663/660 kararı) davacı Zeynep kocası davalı Rafet'ten iştirak nafakası istemiş, davalı davayı kabul etmiş ancak nafaka vermeyi reddetmiştir. Hakim bu konudaki anlaşmazlığı çözümlemeden ve bir öneri getirmeden boşanmaya karar vermiş, velayeti anneye bırakılan çocuk için dahi hüküm etmemiştir. Bu itibarla kanuni koşulları içeren bir anlaşmanın varlığından söz edilemez. Hakimin onayladığı bir yoksulluk nafakası davada hiç söz konusu edilmemiştir. Hakimin onayı dışında kalan boşanmanın mali sonuçlarıyla ilgili konularda hiç hüküm bulunmadığı halde, bu konuda kesin hükmün varlığından söz etmek Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunun 237. maddesinin öngördüğü koşulları göz ardı etmek olur." (**Gençcan**, 652). Bu kararda düzenlemenin karar sonucunda (hüküm fıkrasında) gösterilmesi gereğine değinilmemektedir.

730 Yargıtay'ın temyiz ve tashihi-i karar başvuruları üzerine vermiş olduğu kararlar Corpus, CD-Medya'da yayımlanmıştır.

velayeti, eğitim masrafları ile bir kısım mallar hakkında düzenleme getirilmiştir. Boşanmaya karar verilmiş ve bu protokol (anlaşma, düzenleme) bütün olarak karara (gerekçe bölümüne) alınmış, karar sonucunda (hüküm fıkrasında) ise gösterilmemiştir. Hakim, eşlerin bu anlaşmalarına müdahale de etmemiştir. Daha sonra eski eşlerden kadın, anlaşmanın birinci maddesinde ifadesini bulan otomobilin masraflarını ve beşinci maddesinde öngörülen çocuk için yapılan masrafların tahsilini (anlaşmadan kaynaklanan borcun yerine getirilmesini) talep etmiştir. Yerel mahkeme davayı kabul etmiştir. Temyiz üzerine Yargıtay, "...Tarafların boşanmalarını sağlayan (yerel mahkeme) kararının incelenmesinde, gerekçe bölümünde sözleşme şartları yazılmış ise de kararın hüküm bölümünde sözleşme ile ilgili bir madde yoktur. Daha açık bir ifade ile sözleşme hakkında hüküm kurulmamıştır. Hatta kararın tümünde hakimin sözleşmeyi onayladığına dair hiçbir açıklamada bulunmamaktadır." gerekçesi ile kararı bozmuştur.[731] Tashihi-i karar aşamasında ise bu kez Yargıtay, "Anlaşmanın karar metnine olduğu gibi alınması örtülü onay niteliğindedir. Kadın anlaşmadaki hükümlerin yerine getirileceğini düşünerek hakkında açılan boşanma davasını kabul etmiştir. (...) Kocanın bir yandan sözleşme sonucu boşanma hükmünü elde etmesi, bir yandan da sözleşme geçcrsizdir diyerek karşı çıkması Medeni Kanunun 2. maddesiyle öngörülen iyi niyetli davranış olarak yorumlanamaz." gerekçesi ile kararı onamıştır. Bize göre, hakimin, eşler arasındaki anlaşmayı olduğu gibi kararın gerekçe kısmına almış olması, somut olayın özellikleri ve yargılamanın niteliği göz önüne alındığında, onun, bu anlaşmayı onayladığını göstermektedir. O nedenle de kararda varılan sonuç doğrudur.

f- Kısmi Anlaşmalı Boşanma Mümkündür

Boşanma konusunda anlaşmış, ancak yan sonuçlar konusunda kısmen ya da hiç anlaşamamış eşler açısından da anlaşmalı boşanma yolu açıktır. Bu durum MK. md. 166/3'ün amacından çıkmaktadır. Hükmün sözü de bu yorumu engellememektedir. Hakimin eşlerce önüne getirilen anlaşmayı uygun bulmaması ve eşlere değişiklik

---

[731] Yarg. 2. HD. 1995/925 E, 1995/1772 K. sayılı ve 14.02.1995 tarihli kararı.

önerebilmesi karşısında, eşlerin üzerinde anlaşamadıkları yan sonuçların çözümünü hakime bırakma konusunda anlaşmaya varmaları ve bu konularda hakimin çözümünü kabul etmeleri de mümkün olmalıdır. Dava yolu ile görülen bir boşanma yargılamasında, eşlerin hiçbir konuda anlaşamamaları halinde tüm yan sonuçlar hakim tarafından re'sen çözüme bağlanmaktadır. Böylece boşanma konusunda anlaşmış, ancak yan sonuçlar konusunda anlaşamamış eşler de, dava yoluna gitmeyerek, bu hükümden yararlanabileceklerdir. Eşlerin çözümünü hakimin kabul etmemesi durumunda da, eşler, yan sonuçların hakim tarafından düzenlenmesini kabul ederek anlaşmalı boşanabilirler. Yukarıda belirtildiği gibi İsviçre kanun koyucusunun tutumu bu yöndedir. (ZGB. Art. 112). İsviçre'de yeni düzenleme ile eşlere tam anlaşma yanında kısmi anlaşmalı boşanma olanağı da tanınmıştır.[732]

E-Mahkemenin Kararı

MK. md. 166/3 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 verilecektir.[733] Bir eş tarafından boşanmanın yan sonuçları temyiz istemine konu yapılır ise ZGB. Art. 149'da yer alan çözümün Türk Hukuku açısından da geçerli olabileceği söylenebilir. ZGB. Art. 149'a göre, ortak talep üzerine verilen bir boşanma kararı, yalnızca boşanma isteğine ilişkin irade sakatlığı ve usule ilişkin federal hükümlere aykırılık nedeni ile temyize konu yapılabilir ve eğer bir eş, ortak anlaşma ile düzenlenen boşanma sonuçlarını temyiz konusu yapar ise, diğer eş, hakim tarafından belirlenen sürede, eğer temyiz üzerine kararın bu kısmının değiştirilmesi söz konusu olur ise boşanmaya onayını geri alabilir.

---

732 Bkz, yukarıda II. Bölüm, A, 3.

733 **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 112, N.22; **Reusser**, N.1.56; **Sutter/Freiburghaus**, Art. 112, N. 41.

F- Anlaşmalı Boşanma Kararının Kesinleşmesi Ve Yenilik Doğuran Etki (İnşai Tesir)

MK. md. 166/3 doğrultusunda yürütülecek yargılama sonucunda verilecek karar bir çekişmesiz yargı kararı olacaktır. Bu kararın şekli anlamda kesinleşmesi mümkün[734] ise de (çekişmeli yargıda söz konusu olan maddi anlamda kesinleşme çekişmesiz yargıya yabancı olduğundan)[735] burada kararın yenilik doğurucu (inşai) etki (Gestaltungswirkung) niteliği dolayısı ile kesin olduğu sonucuna varılacaktır.[736] Yenilik doğurucu etki (inşai tesir) ile çekişmeli yargıdaki maddi anlamdaki kesin hükme benzer şekilde, kararın konusunu oluşturan şeyin kesin olarak karara bağlandığı, onun bundan sonra başka bir yargılamanın konusunu oluşturamayacağı, ve bundan sonraki yargılamalarda önceki kararla çelişik bir sonuca varılamayacağı kastedilmektedir.[737] Şekli anlamda kararın kesinleşmesi ile yenilik doğuran etki kendiliğinden doğar ve bu tarihte de eşler boşanmış olurlar.[738]

G- Türk Hukukunda Düşünme Süresi ve Yazılı Onay Şartının Bulunmaması

İsviçre'de ZGB. Art. 111/2'ye göre eşler dinlendikten sonra, iki aylık bir düşünme süresinin tüketilmesi ve bu sürenin sonunda da, eşlerce boşanma iradelerinin ve anlaşmalarının yazılı olarak onaylanması durumunda boşanma kararı verileceği öngörülmektedir. Yine Fransa'da CCF. md. 231'e göre dinlemeden itibaren en az üç aylık bir düşünme süresinin geçirilmesi ve bu sürenin sonunda da eşlerin bir

---

734 "Mevcut hukukumuza göre, nizasız kaza kararlarına karşı da yalnız temyiz yolunun açık olması sebebiyle, kanunlarca kati olduğu öngörülmeyen bütün nizasız kaza kararları aleyhine müddetli olarak kanun yoluna (temyize) başvurulabileceğinden, bu gün hukukumuzda şekli anlamda kesinlik bakımından nizalı kaza ile nizasız kaza kararları arasında fark yapmak mümkün değildir." (**Kuru**, Nizasız Kaza, 178 dn. 33).

735 **Kuru**, Nizasız Kaza, 180.

736 **Kuru**, Nizasız Kaza, 179-187. "Nizasız kazada alınan kararların ekserisi inşai kararlardır; bunların mühim bir kısmı 'inşai tesir' kuvvetinden istifade ettikleri için değiştirilemezler ve taalluk ettikleri işler hakkında yeniden karar verilemez". (**Kuru**, Nizasız Kaza, 181).

737 **Kuru**, Nizasız Kaza, 181; **Kuru**, V, 5092.

738 **Kuru**, II, 1472.

dilekçe ile boşanma taleplerini yenilemeleri gerekmektedir. Benzer hükümler diğer ülke hukuklarında da bulunmaktadır. Düşünme süresi ve yazılı onay ile amaçlanan, eşlere boşanma ve yan sonuçlara ilişkin anlaşma üzerinde son bir kez düşünme, arzularından emin olma imkanın verilmesidir.[739] Daha çok boşanma öncesinde ayrı yaşama şartının bulunmadığı ülkelerde düşünme süresine yer verilmektedir.

Türk Hukukunda eşlerin anlaşarak boşanabilmeleri için bir düşünme süresi ve sonrasında yazılı onay şartı aranmamıştır. Düşünme süresinin ve yazılı onayın bulunmaması, Türk Hukuku açısından bir eksiklik olarak değerlendirilebilir. O nedenle, Karşılaştırmalı Hukukda düşünme süresi ile hedeflenen amacın sağlanabilmesi için, Türk boşanma hakiminin, eşleri dinleme aşamasında, bir kat daha titiz davranması gerekmektedir. Geleceğin hukukuna ilişkin olarak, fazla uzun olmayan bir sürenin (örneğin İsviçrede'ki gibi en çok iki ay) ve yazılı onay koşulunun kanuna eklenmesi düşünülebilir. Ancak böyle bir düzenlemenin yapılması durumunda, düşünme süresi ile vakit kaybetmek istemeyen eşlerin, bu kez MK. md. 166/3'e göre anlaşmalı boşanma yapmayıp, MK. md. 166/1-2 hükmü arkasında çekişmeli usulde, var olan uygulama doğrultusunda, boşanma yolunu seçebilecekleri kuvvetli bir olasılıktır. Bu yolun seçilmesi halinde de, MK. md. 166/3 ile getirilmiş olan koruyucu hükümlerden yararlanamama ihtimali ortaya çıkacaktır.

IV- Usule İlişkin Bazı Sorunlar

A. Anlaşmalı Boşanma Koşullarının Gerçekleşmemesi Halinde İzlenecek Usul

Ortak dilekçe ile eşler birlikte başvurduktan sonra, yargılama süreci içerisinde, anlaşmalı boşanma için kanunun aradığı koşullardan birinin gerçekleşmemesi halinde, ortak başvurunun akıbeti ne olacaktır? Böyle bir durumda, talep/başvuru,

---

[739] **Fankhauser**, 47 vd.; **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N. 34; **Rhiner**, 169; **Perrin**, 19; **Dumusc**, 40.

münhasıran anlaşmalı boşanmaya dayalı olarak yapılmış olduğu için ve artık anlaşmalı boşanmanın koşulları oluşamadığı için, MK. 166/1-2-4 veya MK. 161-165 doğrultusunda (dava olarak) yargılamaya devam olunamayacak mıdır ?

Bir görüşe göre, hakim HUMK. md. 74 uyarınca tarafların iddia ve savunmaları ile bağlı olduğundan, istek dışına çıkamayacak, (dava) dilekçesinde belli bir boşanma nedeninden söz edilmiş olmasına rağmen ileri sürülen olaylar başka bir boşanma nedenini şu ya da bu biçimde kanıtlasa bile boşanmaya karar verilemeyecek, talep (dava) reddedilecektir.[740] Diğer bir görüşe[741] göre ise; davacı, boşanma sebeplerinden yalnız birine dayanmak zorunda değildir. Olayda birden fazla boşanma sebebi var ise, davacı bunların hepsine dayanabilir. Böyle bir durumda dava dilekçesinde yer alan istek, birden fazla hukuki sebebe dayanmaktadır. Davacı, birden fazla sebebi tek dava içerisinde dava konusu yapabilir. Dava dilekçesinde, belli bir boşanma sebebinden söz edilmiş olmasına rağmen, ileri sürülen olaylar, başka bir sebeple boşanmaya hükmedilmesini mümkün kılıyorsa, yargıç, dilekçede yazılı sebeple bağlı değildir. Zira usul hukukuna göre, davacının dilekçesinde yazılı olan maddi olaylara bağlı sandığı hukuki sebebi dava sırasında değiştirmesinde sakınca yoktur. Böyle bir değişikliği, davacı yapmış olmasa da, yargıç kendiliğinden yapabilir. Zira yargıç, HUMK'nun 76. maddesine göre, hukuki sebepleri bizzat göz önünde tutar. Burada iddianın dava sırasında genişletilemeyeceğine ilişkin usul kuralının uygulanması söz konusu olamaz.

Yargıtay anlaşmalı boşanma koşullarının oluşmadığı durumlarda, sırf bu nedenle boşanma isteminin reddedilmeyip, talepte bulunana, MK. md. 166/1-2-4 doğrultusunda delil ibraz etme imkanının sağlanarak talebin/davanın sürdürülmesi gerektiği yolunda kararlar vermektedir.[742] Ancak bu kararların, MK. md. 166/1

---

740 **Yalçınkaya-Kaleli**, II, 2061-2062; **Kırbaş**,29-30.

741 **Tekinay**, 248-250.

742 Yarg. 2. HD.08.06.1998, 6237/7154; Yarg. 2.HD.28.10.1992, 9993/10453 (**Özuğur**, 403 vd.). Yarg. 2.HD.10.12.1997, 12360/13465; Yarg. 2. HD. 28.11.1997, 11547/12959 (**Gençcan**, 649

doğrultusunda açılan davalarda, yargılama süreci içerisinde, beklentinin aksine, karşı tarafça, davanın kabul edilmediği veya başkaca nedenlerle anlaşmalı boşanma koşullarının yerine gelmediği durumlara inhisar ettiği anlaşılmaktadır.

Yargıtay, münhasıran anlaşmalı boşanma başvurusu şeklinde hakim önüne getirilen bir boşanma yargılamasında ise, MK. md. 166/3 (EMK.md.134/3)'ün koşulları gerçekleşmediği için, talebin reddine karar verilmesi gerektiğini belirtmektedir.[743]

Yine Yargıtay, terk nedeniyle açılmış bir davada da, MK. md. 166/3 hükmünden yararlanılamayacağını, bu hükümden yararlanılabilmesi için, davanın MK. md. 166/1'den açılması gerektiğini içtihat etmektedir.[744]

---

vd.). Yarg. 2.HD. 14.12.1998, 12095/13532. Yarg. 2.HD.26.01.1999, 12775/114 sayılı kararında aynı esası tekrarlıyarak aynen: "Taraflar tek bir konuda anlaşamamış olsalar dahi (eski) Medeni Kanunun 134/3 maddesi uyarınca delil toplanmadan karar verilemez. Bu gibi hallerde tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde delilleri toplanıp Medeni Kanunun 134. Maddesinin 1,2 ve 4. fıkralarına göre değerlendirme yapılmalıdır. Hakim gösterilen olayların varlığına vicdanen inanmadıkça boşanmaya karar verilemez. İki tarafın boşanma ve olaylarla ilgili ikrarları da hakimi bağlamaz. Medeni Kanunun 134/3 maddesi şartları oluşmadan tarafların delilleri sorulmadan ve gösterilen deliller getirtilip, tanıkları dinlenmeden olayların varlığının kabulü sonucu boşanmaya karar verilmesi usul ve kanun hükümlerine aykırıdır." (Son iki karar, **Ergün**, 453,455) . Bu kararlarda Yargıtay, yerinde olarak, MK. md. 166/1'den açılmış davalarda, MK. md. 166/3'ün koşullarının oluşmamış olması halinde, bu fıkraya göre karar verilemeyeceğini, boşanma kararı verilebilmesi için evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olduğunun veya 3 yıllık fiili ayrılığın kanıtlanmasını aramaktadır.

743 Yarg. 2.HD:19.02.1990, 1989/1065, 1990/2000 (YKD. 1990.6.819). Karara göre; ...unsurlardan birinin yokluğu halinde dava başkaca hukuki sebebe dayandırılmıyorsa davanın reddedilmesi gerekir. (...). Öyle ise, olayda Medeni Kanunun 134/3. maddesi koşulları gerçekleşmediği ve dava münhasıran anlaşmalı boşanma şeklinde açıldığı için davanın reddine karar verilmesi gerekirken boşanmaya hükmedilmesi usul ve kanuna aykırıdır.

744 Yarg. 2.HD.11.01.1995, 13182/152; Yarg. 2. HD.11.05.1992, 5157/5357 (**Gençcan**, 661,670). Bu kararlara ilişkin muhalefet şerhinde, değişiklik tasarısı mecliste tartışılırken zamanın Adalet Bakanının yaptığı konuşma aktarılmakta ve MK. md. 166/3 hükmünün temelinde, tarafları hileli yollara başvurmaktan alıkoyma, tarafların hakim önünde serbest iradelerini açığa vurma ve mali konularda anlaşma sağlama düşüncesinin yattığı belirtilerek, aynen şu görüşlere yer verilmektedir: "Kanunun gerekçesinde sözünde ve özünde anlaşmalı boşanmanın mutlaka geçimsizliğe dayalı olan dava ve istekler için olanaklı bulunduğuna ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Davanın türü ne olursa olsun (akıl hastalığına dayalı boşanma isteği dışında) sayın bakanın ifade ettiği gibi, önemli olan ve aranması gereken husus, tarafların hakim önünde serbest iradesiyle karşılıklı olarak boşanmak isteklerini açıklamış olmaları ve mali konularda hakimin kabul edeceği koşullarla anlaşmış olmalarıdır. Anlaşmalı boşanmaya 134. madde içinde

ZGB. Art. 113'e göre, tarafların ortak dilekçe ile boşanma için başvurmaları, ancak boşanma koşullarının oluşmamış olduğunun saptanması durumunda, hakimin, her bir eşe ortak dilekçeyi tek taraflı talebe çevirebilmesi için süre vereceği hüküm altına alınmıştır. Böyle bir durumda mahkemenin, hemen red kararı vermeyip, her bir eşe, tek taraflı olarak talebini devam ettirebilmesi için süre vermesi gerekmektedir.[745] Yine İsviçre'de, ortak hayatın kurulamaması (ZGB Art. 114) veya evlilik birliğinin sarsılması (ZGB Art.115) nedenleri ile bir eşin, tek taraflı olarak dava açması durumunda, diğer eşin, boşanmaya açık olarak rıza göstermesi halinde, ortak dilekçeyle (anlaşmalı) boşanma hükümlerinin uygulanması kanun gereğidir (ZGB. Art. 116).

Medenî Kanunumuzun 166. maddesi evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olması durumunda eşlerin boşanma istemi ile mahkemeye başvurabileceklerini hüküm altına almıştır. Çağdaş boşanma hukuku düzenlemelerinde, halen Medeni Kanunumuzda mevcut, özel boşanma nedenleri kaldırılmakta ve eşlere bir tek, evlilik birliğinin sarsılması, başarısızlığa uğraması, akim kalması, çökmesi genel nedeni ile boşanma imkanı tanınmaktadır. Eşlerin anlaşarak mahkemeye başvurmaları ve eşlerin belli bir süre ayrı kalmış, bir araya gelmemiş olmaları, fiili ayrılık nedenleri de aslında, evliliğin başarısız kaldığının göstergeleridir ve buradan hareketle, esasen, yukarıdada da açıklamaya çalıştığımız gibi, bir tek boşanma nedenin var olduğu sonucuna da varılmaktadır. Özel boşanma nedenlerinin her birinin, aynı zamanda, evlilik birliğinin sarsılmasına, başarısız kalmasına neden olduğu ve özel boşanma nedeninin gerçekleştiği durumlarda, özel nedene dayanılmaksızın evlilik birliğinin sarsılması, başarısız kalması nedeni ile dava açılabileceği kuşkusuzdur. Yine çağdaş düzenlemeler, tarafların birlikte boşanmayı istemeleri halinde, onların bu boşanma

---

yer verilmesi anlaşmanın geçimsizlikle bağıntılı olarak kabulünü gerektirmez. Eylemli ayrılık nedenine dayalı boşanma hükmü de aynı madde içinde yer almıştır. Bu maddeyi de ayrılığın ille geçimsizlik sonucu gerçekleşmesi şeklinde yorumlamak mümkünmüdür? Elbette değildir. Bu eklentiler özel boşanma sebeplerine girmedikleri için 134. maddenin düzenlemesi içinde yer almıştır. Ayrı bir madde olarak da düzenlenebilirlerdi". (sf.660).

üzerinde uyuşan iradelerini, evlilik birliğinin sarsılmış olduğu, başarısızlığa uğramış olduğunun kanıtı saymaktadır. Kanun koyucu, en az bir yıl sürmüş evliliklerde, MK. md. 166/3 ile, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde, evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olduğu yönünde kesin bir kanuni karine kabul etmiştir. Buna göre, birlikte başvuru veya kabul halinde artık, temelden sarsılma var sayılacak ve hakim bu durumun tersini araştıramayacaktır. Bu kanuni düzenleme ile eşlerin boşanma yönünde birleşen iradelerine bir üstünlük tanındığı açıktır.

Yukarıdaki saptamalardan da hareketle, boşanma konusunda anlaşan eşlerden birisinin, tek taraflı olarak, MK. md. 166/3 hükmü doğrultusunda mahkemeye başvurması, ancak yargılama safhasında, anlaşmalı boşanmanın koşullarının sağlanamaması halinde, kanaatimizce sırf bu nedenle boşanma talebi geri çevrilmemeli, talepde bulunan eşe, talebini davaya dönüştürerek (çekişmeli yargıya geçilerek, ek dilekçe sunabilmesi imkanı verilerek) ve bu doğrultuda delillerini ibraz olanağı sağlanarak, MK. md. 166/1-2-4 doğrultusunda yargılamaya devam edilebilmelidir. Yine kanaatimizce, bu olanak yargılamaya devam etmek isteyen eşin, MK. 161-165 hükümlerinden yararlanmak istemesi halinde de geçerli olmalıdır.

Ayrıca, ortak dilekçeyle, anlaşmalı boşanma istemi ile MK. md. 166/3 doğrultusunda mahkemeye başvurulması, ancak ilerleyen aşamalarda, anlaşmalı boşanma koşullarının sağlanamaması halinde de hakim, talebini/başvurusunu davaya dönüştürmek ve yargılamaya MK. md. 166/1-2-4 (veya MK. md. 161-165) doğrultusunda devam etmek isteyen tarafa bu olanağı sağlamalıdır.[746]

---

[745] **Reusser**, N. 1.57.

[746] Yukarıda da değinildiği üzere İsviçre Medeni Kanununun çözümü bu yöndedir. (ZGB. Art.113). Öztan'a göre de "eşlerden birinin davanın devamı sırasında boşanma talebinden vazgeçmesi mümkündür. Çünkü asıl olan evlilik birliğinin devamıdır. Bu durumda, diğer eş, Medenî Kanunun (eski) 134/1 maddesine göre, davaya devam edilmesi için mahkemeden talepte bulunabilir. (**Öztan**, Makale, 129).

MK. md. 161-165 arasında düzenlenen özel nedenlere dayalı olarak açılan davaların, karşı tarafça kabul edilmesi halinde, MK. md. 166/3 hükmünün uygulanabileceğini yukarıda inceledik.

B- Anlaşmalı Boşanma Talebinin Geri Alınması[747] (Davacının Davasından Feragati)

Feragat, davacının netice-i talebinden vazgeçmesidir. (HUMK.91). Hiç kimse kendi lehine olan davayı açmaya zorlanamayacağı gibi, açmış olduğu davayı da sonuna kadar sürdürmeye zorlanamaz. (HUMK.79). Karar kesinleşinceye değin feragat mümkündür.[748] Feragat tek taraflı irade beyanı ile tamamlanır, hakimin veya karşı tarafın kabulüne bağlı değildir. MK. md. 166/3'ün uygulandığı yargılamalarda da, çekişmesiz usul içerisinde karar kesinleşinceye kadar talebin geri alınması (feragat) mümkündür. Yargıtay da bu görüştedir.[749] Eşlerin daha sonra, ortak başvuru ile yeniden boşanma talep edebilmeleri mümkündür.

---

747 Çekişmesiz yargıda, özellikle takibi talebe bağlı işlerde talepte bulunanın (veya bulunanların) feragat beyanlarının "talebin geri alınması" şeklinde telakki edilmesi gerektiği belirtilmektedir. (**Kuru**, Nizasız Kaza, 171).

748 **Kuru**, IV, 3562; **Kuru**, Nizasız Kaza, 171-172. Kuru, çekişmesiz yargıya giren, takibi talebe bağlı işlerde, bir ilgilinin talepte bulunmasının, şeklen çekişmeli yargıdaki davaya benzetilebileceğini, burada talebin yargılamaya başlama koşulu olduğunu, bu nedenle de talebin geri alınması ile, yargılamanın devamı için gerekli olan koşulun ortadan kalkmış ve bununla da yargılamanın esastan bitmiş olacağını belirtmektedir. (**Kuru**, Nizasız Kaza, 172-173).

749 Yarg. HGK. 16.10.991, 2-465/493 (**Gençcan**, 642 vd.). Karara göre; " Ailenin temelinden sarsıldığı gerek toplanan delillerle, gerekse tarafların samimi ve hür davranışlarıyla ortaya çıkmadıkça boşanmayı kabul etmek aileyi koruma prensipleri ile de bağdaşamaz. Davacının, davadan feragati açıkça ortaya koymaktadır ki dava samimi bir iradenin mahsulü değildir. Şu halde hakime MK. 134/3 madde de yüklenen görevin tam ve kamil anlamda yerine getirilmediği kesin bir biçimde ortaya çıkmış durumdadır. (...) Yargıtay Hukuk Genel Kurulunda tüm bu olgular dikkate alındığında Medeni Kanunun 134/3 . maddesi uyarınca oluşan boşanma kararları kesinleşinceye kadar davacının davadan feragat yetkisi bulunduğu kabul edilmiştir." Yarg. 2. HD. 24.05.1991 tarih ve 5685 E, 8343 K. sayılı kararı da aynı yöndedir; "... davacının açtığı boşanma davasının davalı tarafından kabul edilmesi, tarafların mali konularda ve çocukların durumu hakkında anlaşmaları ve hatta bu kabul ile anlaşmayı hakimin uygun bulması davadan feragate engel olmaz". İBBBA CD-Rom Medya. (Ayrıca belirtmek isteriz ki, bu karara ilişkin muhalefet şerhinde varılan sonuca katılmamakla birlikte, muhalefet şerhindeki ifadelerden, anlaşmalı boşanmanın bir çekişmesiz yargı faaliyeti olarak algılanmak istendiği sezilmektedir.).

C- Anlaşmalı Boşanma Yargılaması Sırasında Eşlerden Birisinin Ölmesi Halinde MK. md. 181/2 Uygulanamaz

MK. md. 181/1'e göre; "Boşanan eşler, bu sıfatla birbirlerinin yasal mirasçısı olamazlar ve boşanmadan önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflarla kendilerine sağlanan hakları, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça, kaybederler". MK. md. 181/2 ile de, boşanma davası devam ederken ölen davacının mirasçılarından birisinin, davaya devam etmesi ve davalının kusurunun ispatlanması halinde de MK. md. 181/1 fıkra hükmünün uygulanacağı öngörülmüştür. Kanaatimizce, anlaşmalı boşanma talebi biçiminde hakim önüne getirilmiş bir yargılamada MK. 181/2 uygulanamaz.[750] Çünkü bu şekilde sürdürülen bir yargılamada, eşlerin kusuru hiçbir şekilde gündeme gelemeyecektir. Evlilik birliğini çözmek isteyen eşlere, kanun koyucu MK. md. 166/3 hükmü ile, birbirlerinin kusurlarını hiçbir şekilde ortaya koymak, bu hususu hiçbir şekilde üçüncü kişilerin bilgi ve incelemesine sunmak zorunda kalmaksızın boşanabilme olanağını sağlamak istemiştir. İradesi bu şekilde ortaya çıkmış eşlerden birinin, yargılama sırasında ölmesi üzerine, mirasçılarının yargılamaya devamla, kusuru mahkeme önünde diğer (sağ) kalan eşle tartışır hale gelmeleri kanaatimizce hükmün amacına aykırı düşer. Ayrıca MK. md. 181/2 hükmünde, görülmekte olan bir boşanma davası sırasında davacının ölmesi halinde, mirasçılarının davalıya karşı davaya devam etmesinden bahsedilmekle, bu hükmün uygulanabilmesi için bir boşanma davası ve bu davanın teknik anlamda tarafları (davacı, davalı) bulunması aranmaktadır. Oysa bize göre, MK. md. 166/3 hükmü ile bir dava değil, bir çekişmesiz yargı işi düzenlenmiştir. Yani ortada bir dava ve davacı-davalı yoktur. O nedenle de MK. md. 181/2 burada uygulanamaz. Aynı gerekçelerle, kanaatimizce, mirasçıların ıslah yolu ile de bu hükmün uygulanabilmesini sağlayabilme imkanları bulunmamaktadır.[751] Yine anlaşmalı boşanma talebi dışında dava biçiminde açılmış

---

750 Karş. **Mehmet Akif Tutumlu, Boşanma Davası Sürerken Davacının Ölümü Nedeniyle Mirasçılarının Davayı Takibi Yönünden Uygulanması Gereken Usul Kuralları, ABD**, 2002, s.2, yıl 60, sf. 111-127. BGB § 1933'e göre, ölüm sırasında boşanma koşulları bulunuyor ve ölen eş boşanmayı talep etmiş veya onaylamış ise, sağ kalan eşin miras hakkı bulunmamaktadır. Aynı çözüm evliliğin iptali durumunda da geçerlidir (BGB § 1933 cümle 2). Bizim hukukumuzda da bu tarz bir düzenlemenin, MK. md. 181/2 yerine tercih edilmesi savunulabilir.

751 Karş. **Tutumlu**, 122.

olup da, daha sonra anlaşmalı boşanmaya dönüşmüş bir yargılamada da, yukarıda açıklanan gerekçelerle MK. md. 181/2'nin uygulanabilmesi mümkün değildir.

4. BÖLÜM

MK. MD. 166/3 ÇERÇEVESİNDE SÜRDÜRÜLEN BİR YARGILAMA SONUCUNDA AYRILIĞA KARAR VERİLİP VERİLEMEYECEĞİ

I. Anlaşmalı Boşanma Yargılaması Sonucunda Hakim Re'sen Ayrılığa Karar Veremez

MK. md. 170/3'e göre boşanma istemi ile açılmış bir davada, ortak hayatın yeniden kurulması olasılığı bulunduğu taktirde hakim tarafından, takdir hakkı çerçevesinde (eşler istemeseler de) ayrılığa karar verilebilecektir. Hakimin ayrılığa karar verebilmesi için kanunda belirlenmiş boşanma nedenlerinin kanıtlanmış olması yanında, ortak yaşamın yeniden kurulması olasılığının ciddi bir şekilde varlığı aranacaktır. İsviçre Hukukunda ayrılık kurumu varlığını sürdürmekte, ancak ayrılığa, yalnızca eşlerin isteği halinde karar verilebilmektedir (ZGB. Art. 117). Alman Hukukunda ayrılık kurumu bulunmamaktadır.[752]

İnceleme konumuz açısından cevaplanması gereken birinci soru şudur; Acaba MK. 166/3 doğrultusunda eşlerin ortak başvurusu üzerine veya açılmış bir boşanma davasının diğer eş tarafından kabulü üzerine sürdürülen yargılama sonucunda, hakim, boşanma kararı vermeyip, re'sen, MK. 170/3'e göre ayrılık kararı verebilir mi?

---

[752] Türk Hukukunda, ayrılık kurumuna bizim de paylaştığımız haklı eleştiriler getirilmekte, uygulama kabiliyetinin kalmadığı, kanundan çıkarılması gerektiği, veya ayrılık kurumunun sadece davacının istediği hallere hasredilmesinin, hakimin boşanma yerine ayrılığa hükmetmesi kuralının kanundan çıkarılmasının doğru olacağına işaret edilmektedir.(Geniş bilgi için bkz. **Burcuoğlu**, Davran'a Armağan, 59-74; **Hatemi/Serozan**, 241 vd.).

Türk öğretisinde [753] MK. 166/3 çerçevesinde yürütülen yargılama sonucunda hakimin re'sen ayrılığa karar veremeyeceği savunulmaktadır.[754] Biz de bu görüşteyiz.

Bu konuda, esasen öğretideki diğer hukukçularla aynı görüşte olan, ancak istisnai bir halde farklı bir sonuca varan çözüm Kocayusufpaşaoğlu tarafından savunulmuştur.[755] Yazar'a göre; "bu fıkradaki (MK. 134/3) şartlar çerçevesinde her ikisi de boşanma isteyen taraflar karşısında, hakimin, barışma ümidi görerek ayrılığa karar vermesine yol açabilecek tek vakıa, onun, her iki tarafı bizzat dinledikten sonra boşanma konusundaki özgür iradelerinin gerçekte az çok tereddütlü ve kendilerinin kararsız olduğu sonucuna ulaşmasıdır.(...) bu gibi durumlarda, MK. 134/3'e göre açılan boşanma davalarında dahi, hakimin MK 138/3 gereği ayrılığa hükmetmesine bir engel yoktur. (...) MK. 134/3'e dayanılarak açılan boşanma davalarında ilke olarak, hakimin bir ayrılık kararı vermesi mümkün değildir. Zira, o, dosyada bir barışma ümidi veren her hangi bir dayanak bulamayacaktır. Bunun tek istisnası, hakimin tarafları bizzat dinlediği vakit, onların boşanmaya ilişkin özgür beyanlarında, kesin bir boşanma isteğinden çok bir kararsızlık durumu görmesidir ki, bu durumda MK. 138/3'e göre bir ayrılık kararı vermesi mümkün olabilecektir.[756]"

Bize göre, Kocayusufpaşaoğlu tarafından istisna edilen halde de, kesin olarak, ayrılığa karar verilemez,[757] tam tersine eşlerin boşanma istemi geri çevrilmelidir. Hakimin eşleri bizzat dinlediği sırada, onların, "boşanma konusundaki özgür iradelerinin gerçekte az çok tereddütlü ve kendilerinin kararsız olduğu sonucuna ulaşması, onların boşanmaya ilişkin özgür beyanlarında, kesin bir boşanma isteğinden çok bir kararsızlık durumu görmesi" halinde boşanma konusunda iyice düşünülmüş,

---

[753] **Hatemi/Serozan**, 212-214,238; **Akıntürk**, 266; **Oğuzman/Dural**, 133,137; **Burcuoğlu**, Davran'a Armağan, 59 vd.; **Kırbaş**, 73 vd; **Yalçınkaya/Kaleli**, II, 2081.

[754] **Hatemi/Serozan**, 238. Hatemi'ye göre, "Kanun burada evlilik birliğinin sarsıldığı karinesini kabul ettiğinden, hakim artık ayrılığa değil sadece boşanmaya hükmedecektir. " (Aynı yerde).

[755] **Kocayusufpaşaoğlu**, 113-121.

[756] **Kocayusufpaşaoğlu**, 118.

[757] Aynı görüşte, **Kırbaş**, 75-76.

olgunlaşmış, karara dönüşmüş bir iradelerinin[758] bulunmadığı ortaya çıkmış olacaktır ki, bu durum, eşlerin anlaşmalı boşanma isteğinin kesin olarak reddini gerektirir. İradesi tereddütlü, kararsız eşler söz konusu olduğunda, ayrılığa karar verilmesi kabul edilirse, ayrılık süresi sonunda MK. md. 172 doğrultusunda, bir eşin başvurusu üzerine, boşanma kararı verilebileceğinden, bu halde, esasen boşanma konusunda tereddütleri olan, kararsız olan eşler (en azından ayrılık süresi sonunda boşanma için başvurmayan diğer eş) hakkında boşanmaya karar verilecektir ki, bu sonuç, MK. md. 166/3 hükmünün amacına aykırıdır.

II. Anlaşmalı Ayrılık Mümkündür

İnceleme konumuz açısından cevaplanması gereken ikinci soru da şudur. Acaba anlaşmalı boşanma koşullarını taşıyan eşler, hakimden, boşanma yerine ayrılığa karar verilmesini isteyebilirler mi? Medeni Kanunumuzun 167. maddesine göre, boşanma davası açmaya hakkı olan eş, dilerse ayrılık, dilerse boşanma isteyebilmektedir. Bu hüküm, bir boşanma sebebi olan anlaşmalı boşanmaya ilişkin, MK. md.166/3'ün anlaşmalı ayrılığa da imkan vermesini gerektirmektedir.

Türk Öğretisinde, eşlerin mahkemeden anlaşmalı ayrılık isteyip isteyemeyecekleri sorununa değinen Hatemi/Serozan'a göre, "Anlaşmalı boşanmanın kanundaki düzenleniş biçimi, BGB örneği ve 'boşanmanın yan sonuçları sözleşmesi'nin düzenlenmesinin zorunlu kılındığına bakılırsa, 'anlaşmalı ayrılık' kurumuna yer olmadığı anlaşılır. Taraflar da MK. 134/3 şartları ile mahkemeye baş vurmuş iseler, anlaşmalı ayrılık değil sadece boşanma isteyebilirler.[759]"

---

[758] **Schwenzer(Fankhauser)**, Art. 111, N.10; **Sutter/Freiburghaus**, Vor. zu Art. 111-116, N.19; **Reusser**, 1.34; **Honsell/Vogt/Geiser**, Art. 111, N.7; Botschaft Sheidungsrecht, 86; **Kırbaş**, 76.

[759] **Hatemi/Serozan**, 238. Aynı görüşte, **Burcuoğlu**, Davran'a Armağan, 69.

İsviçre Öğretisinde, eşlerin, anlaşmalı ayrılık isteyebilecekleri tartışmasız kabul edilmektedir.[760] Federal Mahkeme de bir kararında ZGB. Art. 111'in koşulları gerçekleşmek kaydı ile anlaşmalı ayrılığa karar verilebileceğini belirtmiştir.[761] Bize göre de, Medeni Kanunun 167. maddesinin açık hükmü karşısında, anlaşmalı boşanma koşullarına sahip eşlerin, hakimden, boşanma yerine, ayrılığa karar verilmesini isteyebilmeleri mümkündür. Boşanma nedenleri ile ayrılık nedenlerindeki ayniyet, MK. md. 166/3 uyarınca, eşlerin talep etmeleri koşulu ile anlaşmalı ayrılığı da mümkün kılmaktadır.[762] Ancak, kanundaki usule ilişkin düzenlemelerin, boşanmaya ait olduğu göz önüne alındığında, bu hükümlerin ayrılık isteminde de, direkt olarak, uygulanıp uygulanamayacağı düşünülmek gerekir. Bu sorunu, kanuni düzenlemeye kavuşturan ZGB. Art. 117/2'ye göre, boşanma usulüne ilişkin hükümler, kıyas yolu ile ayrılığa ilişkin yargılamada da uygulanır. Bu hükme rağmen, İsviçre Öğretisinde anlaşmalı boşanmaya ilişkin ZGB. Art. 111'in kıyas yolu ile mi, yoksa direkt olarak mı uygulanacağı tartışılmaktadır.[763] Türk Hukukunda, bu yönde açık bir düzenleme olmadığından, burada bir kanun boşluğunun bulunduğunun kabulü ile, boşanma usulüne ilişkin hükümlerin, İsviçre'deki gibi kıyas yolu ile uygulanması benimsenebilir.

Ancak, anlaşmalı boşanmada usule ilişkin hükümler, boşanmanın maddi koşulları haline getirilmiş olduğundan, anlaşmalı ayrılık isteminde de, bu hükümlerin direkt olarak uygulanması gerekmektedir.[764] Bu durumda da, anlaşmalı boşanmaya ait usul hükümleri, anlaşmalı ayrılığın maddi koşulları olarak, hakim tarafından re'sen

---

760 **Rhiner**, 364 vd.; **Sutter/Freiburghaus**, Art. 117-118, N. 1 vd.

761 24. Ekim. 2002 (5C. 136/2002/frs). http://clir.bger.ch/.

762 Aynı görüşte **Rhiner**, 364; **Sutter/Freiburghaus**, Art. 117-118, N. 1.

763 **Rhiner**, 364; Yazar ZGB. Art. 117/2 nedeniyle ZGB. Art. 111'in, anlaşmalı boşanma usulüne ilişkin düzenlemesinin kıyas yolu ile uygulanacağını belirtmektedir. Ayrıca bkz. **Sutter/Freiburghaus**, Art. 117-118, N. Yazarlar ZGB. Art. 111'in direkt olarak uygulanmasını savunuyorlar.

764 Aynı yönde **Sutter/Freiburghaus**, Art. 117-118, N. 11.

uygulanacaktır.[765] Burada eşler, doğal olarak, boşanma sonuçları yerine, ayrılığın sonuçlarını düzenleyecek, bir anlaşma yapacaklardır.

[765] **Rhiner**, 238.

SONUÇ

I.-Türk Hukukunda MK. md. 166/3 ile düzenlenen anlaşmalı boşanma, günümüzde hemen tüm çağdaş ülke hukuklarında bulunmakta ve kabul görmektedir. Evlilik birliğini sona erdirmek isteyen eşlerin, bu iradelerine değer verilerek, anlaşma ile birliğin çözülmesi konusunda ana rolün eşlere tanınması, bireyin iradesinin üstün tutulmasının sonucudur. Evlilik birliğini kurma konusunda özgür olan eşler, çözülmesi konusunda da etkin olmalıdırlar. Evliliğin kesin olarak bittiğini bilebilecek ve bu konudaki nihai kararı verebilecek kişiler, evlilik birliğinin taraflarıdır. Eşler evliliğin bittiği kararına varmış iseler, bunun aksinin başka bir kişi veya kurum tarafından iddia edilebilmesi mümkün olmamalıdır. Bu aşamada olabildiğince, tüm tarafların yararına bir boşanmanın koşulları araştırmalı, bu sıkıntılı ve sancılı sürecin bir an önce sonuçlandırılarak, eşler ve çocukların yeni bir hayata en az zararla geçebilmeleri sağlanmalıdır. Eşler arasındaki işbirliği, uyuşmazlığın en akılcı bir biçimde çözülmesinde ve bu sürecin en az yara ile atlatılabilmesinde en önemli unsurdur. Boşanma hukukunun görevi, uyuşmazlıkları çekmek değil, tersine eş ve çocukların mümkün olduğunca olumlu bir şekilde yeni bir yaşama geçmelerinin sağlanmasıdır. Anlaşmalı boşanmada eşlerin kusuru gündeme gelmez. Oysa kusura dayalı boşanma pek çok sakıncalar içermekte, eş ve çocuklarda travmalara neden olmaktadır. Eşlerin anlaşarak boşanabilmelerine olanak sağlanması, din ve devletin dışında ve üstünde, bireyin iradesinin üstün tutulduğu boşanma hukukunun çağdaş görünümüdür. Bu sonucun, toplum düzeyinde de kabul gördüğü, bir çok ülkede hem kanuni düzenlemeden önce eşlerin anlaşarak boşanmalarının de facto yaşanmasından, hem de kanuni düzenlemeler yapıldıktan sonra, boşanmaların büyük oranda "anlaşmalı boşanma" sebebiyle gerçekleştirilmesinden de belli olmaktadır.

II.- Türk Hukukunda kusur ilkesi halen varlığını sürdürmektedir. Kusur boşanma nedenlerinde olduğu gibi, boşanmanın yan sonuçlarında da etkilidir. Çağdaş hukuk düzenlerinde ise, eşlerin kusuruna belirleyici bir anlam yüklenmemekte ve kusur boşanma hukukunun dışına çıkarılmaktadır. 3444 sayılı kanun ile, boşanma hukukunda, kusura Yargıtay tarafından yüklenen görev nedeni ile yaşanan sıkıntıları

aşabilmek için, kanun koyucu tarafından düzenleme getirildiği görülmektedir. Bu düzenlemeden sonra, MK. md. 166/1'de kendine yer bulan, genel boşanma -evlilik birliğinin temelinden sarsılması- nedeninde dayanan boşanma davası, kusurlu eş tarafından da açılabilir. Karşı tarafın kusura dayanması da MK. md. 166/2'de bir itiraz olarak düzenlenmiştir.

III.-Medeni Kanunumuzda özel boşanma nedenleri varlığını sürdürmektedir. Oysa çağdaş hukuk düzenlerinde, özel boşanma nedenleri kanundan çıkarılmakta, çok nedenlilikten uzaklaşılmakta ve boşanma tek nedene indirgenmektedir. Aslında evlilik birliğinin sarsılması, başarısızlığa uğraması, çökmesi tek boşanma nedenidir. Bu konuda en son düzenlemeyi yapan İsviçre'de özel boşanma nedenlerine yer verilmemiş, sarsılma ilkesi çerçevesinde üç halde boşanma imkanı kabul edilmiştir; eşlerin anlaşması, ortak hayatın kurulamaması ve ciddi nedenlerin evlilik birliğinin devamını çekilmez hale getirmesi. Anlaşmalı boşanma İsviçre'de kanun koyucunun temel tercihi olarak kanuna girmiş ve 2001 yılı itibariyle büyük bir çoğunlukla başvurulan boşanma yolu olmuştur.

IV.-Medeni Kanunumuzun 166/3. maddesinde bir çekişmesiz yargı (nizasız kaza) faaliyeti düzenlenmiştir. Türk Hukukunda eşlerin anlaşarak boşanmaları bir çekişmesiz yargı işidir. Boşanma ve yan sonuçları konusunda anlaşmış eşlerin, birlikte başvurmaları veya birinin açtığı davanın diğeri tarafından kabulü halinde, anlaşmış eşlere, kanunda belirtilen usulün izlenerek, boşanma olanağı sağlanmıştır.

V.-MK. md. 166/3 ile en az bir yıl sürmüş evliliklerde, eşlerin birlikte boşanma için başvurmuş olmaları veya birinin açtığı davayı diğerinin kabul etmesi halinde evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olduğu yolunda bir kesin kanuni karine kabul edilmiştir. Bu halde artık evlilik birliğinin sarsılmış olduğunun kanıtlanmasına gerek yoktur.

VI.-MK. md. 166/3 ile öngörülen usuli şartlar maddi hukuka ilişkin şartlar haline getirilmiştir Anlaşmalı boşanma konusunda en son düzenlemeyi yapan İsviçre'de eşleri korumak, zarar görmelerini engellemek, acelecilikten kaçınmak ve boşanmanın serbest irade sonucu olmasını sağlamak için, bir çok usul hükmü boşanmanın maddi şartı haline getirilmiştir. Usuli hükümler burada koruma fonksiyonu görmektedirler. Almanya'da da, Usul Kanunu ile getirilen, anlaşmalı boşanmaya ilişkin şartların anlaşmalı boşanmanın şekline ait, ancak boşanmamın maddi şartları olduğu kabul edilmektedir. Türk Hukukunda da, MK. md. 166'da getirilen usule ilişkin hükümler, tıpkı İsviçre ve Almanya'da olduğu gibi, eşlerin ve çocuğun korunması düşüncesinden kaynaklanmakta ve bu hükümlere uyulmaması halinde, anlaşmalı boşanma yapılamamaktadır. Madde içerisinde, mantıki bir sıra içerisinde düzenlenen usule uygun davranılmasını hakim re'sen gözetecektir. Burada da, usule ilişkin hükümlerin, anlaşmalı boşanmanın maddi koşulları, unsurları haline geldiği görülmektedir.

VII.-Anlaşmalı boşanmanın koşulları madde metninde gösterilmiştir. Bunlar evlilik birliğinin en az bir yıl sürmüş olması, eşlerin birlikte başvurmaları veya bir eşin açmış olduğu davanın diğer eş tarafından kabul edilmesi, eşlerin hakim önünde bizzat dinlenilerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirilmesi ve eşlerin boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin hakim tarafından onaylanacak bir anlaşma yapmış olmalarıdır. Bu koşulların yerine getirilmesi hakim tarafından titizlikle sağlanacaktır. Yargıtayın, koşullardan birinin eksik olması halinde, anlaşmalı boşanma yapılamayacağına ilişkin yerleşik uygulaması yerindedir. Kanun koyucu tarafından eşlerin anlaşarak boşanabilmeleri için evliliğin en az bir yıl sürmüş olmasının aranmış olması bize göre yerinde bir düzenleme değildir. Süre koşulunun kanundan çıkarılması yerinde bir tutum olur.

VIII.-Mevcut hali ile karma bir model görünümü veren boşanma hukukumuzun, 3444 sayılı Kanundan sonra, çağdaş hukuklardaki düzenlemeler karşısında, kural olarak, geri olduğunu söyleyebilmek haksızlık olur. Boşanma nedenleri yönünden,

çağdaş hukuklarda varılan çözümlerin, sonuç olarak, bizim hukukumuzda da var olduğu söylenebilir. Boşanmanın sonuçlarına ilişkin düzenlemeler bakımından ise aynı görüş geçerli değildir. Çağdaş düzenlemelerde boşanmanın sonuçlarının, oldukça ayrıntılı şekilde düzenlenmeye çalışıldığı, bu duruma karşın, yine de sonuçlar konusunda yetersiz kalındığı yolunda eleştirilerin bulunduğu saptanmaktadır.

IX.-Sonuç olarak tezimizde dile getirmeye çalıştığımız eleştirilerin ışığında, boşanma hukukumuzun karma (toplama) görünümünden kurtarılması ve boşanma sonuçlarının daha etkin bir biçimde düzenlenmesi açısından, bünyemize uygun olduğu ölçüde boşanma sonuçları ile birlikte, kaynak kanunda, 1998 yılında yapılan, ve İsviçre toplumunda büyük bir kabul gören, boşanmaya dair düzenlemenin, tümüyle Medeni Kanunumuza alınmasının yerinde olacağını düşünmekteyiz.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

Akcan, Recep: **Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri,** Nobel Yayın Dağıtım Ltd. Şti., Ankara, 1999.

Akgündüz, Ahmet: **Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyatı**, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır, 1986.

Akıntürk, Turgut: **Aile Hukuku**, 7. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2002.

Akıntürk, Turgut: **Türk Medeni Kanununun Evlilik Hukukuna İlişkin Hükümlerinde Yapılması Öngörülen Değişiklikler**, AÜHD, Cilt. 19, sayı. 1-2, sf. 47.

Akipek, İ. : **Mukayeseli Hukuk Bakımından Boşanma Sebepleri,** Ankara, 1952.

Akyol, Şener: **İsviçre Medeni Kanununun Evlenmenin Genel Hükümlerine Dair Öntasarısı Hükümlerinin Türk Medeni Kanunu Öntasarısı ile Karşılaştırılması**, Medeni Kanunun 50. Yıl Sempozyumu, I, Tebliğler, İstanbul, 1978, sf. 373.

Akyol, Şener: **Medeni Hukukta Uygulama Örnekleri**, C. I, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1971.

Akyüz, Emine: **Hakimin Velayet Hakkına Müdahalesi**, (Doktora Tezi), Teksir, Ankara, 1974.

Alangoya, Yavuz: **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 2. Bası, Namaş A.Ş. Yayınları, İstanbul, 2001.

Ansay, S. Şakir, **Münazaasız (İhtilafsız) Kaza**, Adliye Ceridesi, 1989, No: 12.

Ataay, Aytekin: **Şahıslar Hukuku**, Birinci Yarım, Giriş-Hakiki Şahıslar, 3. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi yayınları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978.

Ataay, Aytekin: **Medeni Hukukun Genel Teorisi**, Temel Bilgiler-Genel Kavramlar, 3. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980.

Aydın, M. Akif: **İslam-Osmanlı Aile Hukuku**, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul, 1985.

Ayiter, Nuşin: **Geçimsizlik Sebebine Dayanan Boşanma ve Yargıtay Uygulaması**, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, Cilt. II, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977, sf. 165.

Baktır Çetiner, Selma: **Velayet Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000.

Bilge, Necip/**Önen**: Ergun: **Medeni Yargılama Hukuku**, 3. Bası, Ankara, 1978

Bozkurt, Gülnihal: **Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi-Osmanlı Devletinden Türkiye Cumhuriyeti'ne Resepsiyon Süreci**, Türk Tarih Kurumu Yayını, Ankara, 1996.

Bram, Verena: **Die Scheidung auf gemeinsames Begehren die Wechsel der verfahren (Art. 111-113, 116 ZGB) und die Anfechtung der Scheidung auf gemeinasames Begehren (149 ZGB)**, Aktuelle Juristische Praxis, 12/99, 1512.

Burcuoğlu, Haluk/**Altop**, Atilla/**Ünan**, Samim: **Çağdaş Aile ve Sorunları**, Manisa Barosu Dergisi, Kasım/1983, Yıl.3, sayı. 7, sf. 29.

Burcuoğlu, Haluk: **Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XLVIII-XLIX S. 1-4, İstanbul, 1983. (Burcuoğlu, Alman Hukuku).

Burcuoğlu, Haluk: **Türk Medeni Kanunu Ön Tasarısının İncelenip Değerlendirilmesi**, Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, VIII. Sempozyum, Türkiyat Matbaacılık, İstanbul, 1988. (Burcuoğlu, Öntasarı).

Burcuoğlu, Haluk: **Etude eritique de droit divorce de l'Avant-Projet du code civilturc de 1984**, Die Neuere Entwicklung des Privatrechts in der Türkei un der Schweiz, Zürich, 1987. (Burcuoğlu, Etude).

Burcuoğlu, Haluk: **Ayrılık Kurumunun Uygulanabilirliği Sorunu**, Bülent Davran'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 1998. (Burcuoğlu, Davran'a Armağan).

Bühler, Walter/**Spühler**, Karl: **Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht**, Band II Das Familienrecht, 1. Abteilung Das Eherecht, 1. Teilband, 2. Hälfte Die Ehescheidung, Bern 1980.

Cansel, Erol: **Boşanmanın Dayandığı Esaslar**, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, Cilt. II, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977, sf. 67.

Carbonnier, Jean: **Les rapports entre le droit et la société à travers la réforme du droit français du divorce**, Revision du droit du divorce,experiences étrangeres récentes, Schultess Verlag, Zürich, 1988.

Cin, Halil: **Eski Hukukumuzda Boşanma**, 2. Baskı, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Konya, 1988.

de Vries Reilingh: Jeanine: **Lapplication des garanties de l'article 6 alinéa 1 CEDH a la procedüre de divorce sur requete commune, spécialement le droit d'etre entendu**, Aktüelle Juristische Praxis, 99/12.

Dethloff, Nina: **Die Einverstandliche Scheidung**, Verlag Beck, Münich, 1994.

Di Marzo: Salvatore (ZiyaUmur): **Roma Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2. Baskı, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1959.

Ducrot, Michel: **Le procès en divorce et en séparation de corps dans le canton du Valais**, Le Nouveau Droit Du Divorce, Lozan, 2000.

Dumusc, Daniel: **Le Divorce par consentement mutuel dans les législations européennes**, İmpremerie Ganguin&, Laubscher SA, Montreux, 1980.

Dural, Mustafa/**Öğüz** Tufan: **Türk Özel Hukuku, Cilt. II, Kişiler Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2002.

Ediz, Seyfullah: **Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi**, AÜHFD, Cumhuriyetin 50. Yılına Armağan, C.XXX, Sayı. 1-4, sf. 169 vd. Ankara, 1975.

Egger A. (Tahir **Çağa**): **Aile Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Kenan Matbaası, İstanbul, 1943.

Elçin Grassinger, Gülçin: **Boşanma Davasında Eşlerin Boşanmanın Tali Sonuçlarına İlişkin Konularda Anlaşma Yapmaları ve Konu İle İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararı**, İHFM, Prof. Dr. Türkan Rado'ya Armağan, Cilt: LV, Sayı 3, İstanbul, 1997.

Ergün, Zafer: **Boşanma Davaları**, Adil Yayınevi, Ankara, 2001.

Erman, Hasan: **İsviçre Federal Mahkeme İçtihatlarında Kusursuz veya Daha Az Kusurlu Eşin Boşanma Davasına İtirazının Hakkın Kötüye Kullanılması Sayılması Konusunda Son Gelişmeler**, İBD, 1987, Cilt. 61, Sayı 1-2-3, sf. 35 vd.

Esen, Bülent Nuri: **Nesebi Sahih Olmayan Çocukların Durumu**, Adliye Ceridesi, Ankara, 1942.

Esener, Turan: **Boşanmanın Fer'i Neticelerine Dair Mukaveleler**, AÜHFD, Cilt. VIII, Sayı. 3-4, Ankara, 1951.

Fankhauser, Roland: **Die einverstandliche Scheidung nach neuem Scheidungsrecht**, Helbing& Lichtenhahn, Basel, 1999.

Feyzioğlu Feyzi N./**Özakman** H. Cumhur/**Sarıal** M. Enis: **Aile Hukuku**, 3. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1986.

Geiser, Thomas: **Bedürfen Ehevertrage der gerichtlichen Genehmigung**, Privatrecht im Spannungsfeld zwischen gesellschaftichem Wandel und ethischer Verantwortung (Festschrift für Heinz Hausheer zum 65. Geburstag, Stampfli Verlag, Bern, 2002 .

Gençcan, Ömer Uğur: **Öğreti ve Uygulamada Boşanma Tazminat-Nafaka**, C. I-II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000.

Giesen, Dieter: **Familienrecht**, 2. Auflage, Mohr Siebeck, 1993

Gürdoğan, Burhan: **Boşanma Davalarında Usule İlişkin Hükümler**, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, Cilt. II, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977.

Gürdoğan, Burhan: **Davaya Vekalette Özel Vekalet Gerektiren Haller**, Temsil ve Vekalete İlişkin Sorunlar, Sempozyum. (14-16 Haziran 1976), İstanbul, 1977.

Gürsoy, Kemal T.: **Rızaya Dayanan Boşanma**, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, Cilt. II, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977. (Gürsoy, Anlaşmalı Boşanma).

Gürsoy, Kemal T.: **Boşanma Hukukunun Tarihi Gelişimine Bir Bakış ve Boşanma Sebeplerinde En Yeni Gelişmeler**, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, Cilt. II, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977. (Gürsoy, Tarihi Gelişim).

Gürzumar, Aydanur: **Die Rolle des Richters im Ehescheidungsprozess in der Schweiz und in der Türkei**, Ankara, 1991.

Hatemi, Hüseyin / **Serozan**, Rona: **Aile Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

Hausheer H./**Geiser** T./**Kobel**, E.: **Das Eherecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches**, Stampfli Verlag, Bern, 2000.

Hegnauer, Cyril/**Breitschmid**, Peter: **Grundriss des Eherechts**, Stampfli Verlag, Bern, 2000.

Helvacı, Serap: **İsviçre ve Türk Hukukunda Boşanma Sebepleri**, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, II. Cilt, İstanbul, 2002.

Hinderling Hans/**Steck**, Daniel: **Das Schweizerische Ehescheidungsrecht**, Zürich, 1995.

Hoggett, Brenda: **The British Experience, Révision du droit du divorce**:Expériences étrangéres récentes, Schultess Verlag, 1988, Zürich.

Honsell Heinrich /**Vogt** Nedim Peter/ **Geiser**, Thomas: **Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht**, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 2. Auflage, Helbing & Lichtenhahn, Basel-Genf-München, 2002.

İmre, Zahit: **Medeni Hukuka Giriş**, 2. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976.

Karahasan, Mustafa Reşit: **Boşanma Hukukunda Kusur Meselesi ve Bir Genel Kurul Kararı**, İBD, 1963.

Kılıçoğlu, Ahmet: **Türk Medeni Kanununda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2002.

Kılıçoğlu, Ahmet: **Boşanmayla İlgili Olarak Medeni Kanunumuzda Yapılan Son Değişiklikler**, ABD, Sayı. 3, Yıl. 1988.

Kırbaş, Özlem: **Türk Hukukunda Eşlerin Anlaşmasına Dayanan Boşanma**, İstanbul, 1994, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

Knoepfler, François (Çev. Ahmet **Özer**): **İsviçre'de Yeni Aile Hukuku Üzerine Açıklamalar**, YD, 1988, C. 14.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip: **Medeni Kanunun 3444 sayılı Değiştirilmiş 134. Maddesinin 3. ve 4. Fıkraları Çerçevesinde Açılan Boşanma Davalarında Hakim**

Ayrılığa Hükmedebilir mi, İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan, Bayrak Matbaacılık, İstanbul, 1990.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip: **Borçlar Hukuku**, Genel Hükümler, Forma Halinde Basım, İstanbul, Filiz Kitabevi.

Koçhisarlı, Cengiz: **İsviçre'de Evlilik Birliği Hukukundaki Son Gelişmeler**, Prof. Dr. Jale G. Akipek'e Armağan, Konya, 1991.

Koller, Alfred: **Die İrrtumsanfechtung von Scheidungskonventionen**, AJP, 1995/4.

Koschaker, Paul (Kudret **Ayiter**): **Roma Hususi Hukukunun Anahatları**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975.

Kömürcüoğlu, Halid/**Ergüney**, Hilmi: **Şahıs Aile ve Miras Hukuku**, Ankara, 1951.

Köprülü, Bülent / **Kaneti**, Selim: **Aile Hukuku**, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989.

Kuru, Baki: **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Cilt.I-VI, 6. Baskı, Demir Demir Yayınları, İstanbul, 2001.

Kuru, Baki: **Nizasız Kaza**, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1961.

Lienhard, Claude: **Regards sur l'état actuel des procédures de divorce en Franse,** Le Droit de la Famille en Europe son Evolution depuis l'antiquité jusqu'a nos jours, Presse Universitaires, Strasbourg, 1992.

Massip, Jacques: **Un tableau du divorce 12 ans après la réforme de 1975,** Revision du droit du divorce,experiences étrangeres récentes, Schultess Verlag, Zürich, 1988.

Micheli, Jacques / **Nordmann**, Philippe / **Jaccottet Tissot**, Catherine / **Crettaz**, Joel/ **Thonney**, Thierry / **Riva**, Erica: **Le nouveau Droit du Divorce**, Editions Pépinet, Lausanne, 1999.

Milâslı, Gad Franko: **Boşanmanın Genişlemesi**, Hukuki Bilgiler Mecmuası, 4920, 4951, 5018, 5113, 5368, 5438.

Müderrisoğlu, Feridun: **Avukatlıkta Vekalet ve Ücret Sözleşmesi ve İçtihatlar**, Ankara, 1974.

Oğuzman, Kemal/**Barlas**, Nami: **Medeni Hukuk**, Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 9. Bası, Beta Basım A.Ş. İstanbul, 2002.

Oğuzman, Kemal/**Dural**, Mustafa: **Aile Hukuku**, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1998.

Oğuzman, Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay**, Saibe: **Kişiler Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2002.

Oktay, Saibe: **İsviçre'de Yasal Değişiklikler ve Mahkeme İçtihatları Işığında Evlenme ve Boşanma Hukukundaki Gelişmeler**, Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Dergisi, İstanbul, Kış, 96.

Özer, Ahmet: **İsviçre Aile Rejiminde Son Gelişmeler**, YD, 1988, C. 14.

Özsunay, Ergun: **Medeni Hukuka Giriş**, 5. Bası, Güryay Matbaacılık, İstanbul, 1986.

Özsunay, Ergun: **Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 4. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979.

Özuğur, Ali İhsan: **Boşanma ve Ayrılık**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2000.

Öztan, Bilge: **Aile Hukuku**, 2. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2000. (Öztan, Aile).

Öztan, Bilge: **3444 Sayılı Kanunla Getirilen Değişiklikten Sonra Medeni Kanunun'un 134'ncü Maddesi**, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ayyıldız Matbaası A.Ş., Ankara, 1990. (Öztan, Makale).

Pekcanıtez, Hakan/**Atalay**, Oğuz/Özekes, **Muhammet**: **Medeni Usul Hukuku**, 2. Baskı, Seçkin yayınevi, Ankara, 2001.

Perrin, Jean-François: **Les Causes Du Divorce Selon Le Nouveau Droit**, in: Pfister-Liechti Renate (Hrsgg.), De l'ancien au nouveau droit du divorce, Bern, 1999.

Postacıoğlu, İlhan: **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, 6. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti., İstanbul, 1976.

Rauscher, Thomas: **J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuchmit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Viertes Buch, Familienrecht**, §§ 1564-1568; §§ 1-27 Hausrats VO, Dreizehnte Bearbeitung, Berlin, 1999.

Rebmann, Kurt: **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7, Familienrecht**,I, §§ 1297-1588, 3. Auflage, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1992.

Rescigno, Pietro: **L'esperienza İtaliana**:evolusione recente, Rvisison du droit du divorce:Experiences étrangeres récentes, Schultess verlag, Zürich, 1988.

Reusser, Ruth: **Zur Revision des Schweizerischen Scheidungsrecht: Grundgedanken, Scheidung und İhre Folgen**, Universitatsverlag, Bern, 1996. (Reusser, Grundgedanken).

Reusser, Ruth: **Die Scheidungsgründe und die Ehetrennug**, Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, (Herausgeber Heinz Hausheer), Stämpfli Verlag AG, Bern, 1999. (Reusser).

Reusser, Ruth: **Die streitige Ehescheidung- bereits erneuter Reformbedarf**? Privatrecht im zwischen gesellschaftichem Wandel und ethischer Verantwortung (Festschrift für Heinz Hausheer zum 65. Geburstag), Stampfli Verlag, Bern, 2002. (Reusser, streitige Ehescheidung).

Rhiner, Regula **Die Scheidungsvoraussetzungen nach revidiertem schweizerischem Recht, (Art.111-116 ZGB)**, Schultess, Zürich, 2001.

Ronke, M.: **Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, 7. Auflage, Aschendorrffsche verlagsbuchhandlung, Münster,

Sandoz, Suzette: **Divorce sur requête commune: droit matériel ou procédure**, Études de procédure et d'arbitrage en L'honneur de Jean-François Poudret, Lozan, 1999. (Sandoz, Divorce sur requête commune).

Sandoz, Suzet: **Presantation du Nouveau Droit du Divorce**, Le Nouveau Droit Du Divorce, Lozan, 2000. (Sandoz, Presantation).

Sandoz, Suzette: **Nouveau droit du divorce-Les Conditions du divorce**, ZSR 118 (1999) I S. 103 ff. (Sandoz, Conditions).

Saymen, Ferit H. / **Elbir**, Halit K.: **Türk Medeni Kanunu**, Aile Hukuku, C. III, 2. Bası, İstanbul, 1940.

Schwab, Dieter: **Familienrecht**, 10. Überarbeitete Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1999.

Schwarz, Andreas (Bülent **Davran**): **Aile Hukuku** I, 2. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1946

Schwenzer, Ingeborg: **Praxis Kommentar, Scheidungsrecht**, Helbing & Lichtenhahn, Basel-Genf-München, 2000.

Serozan, Rona: **Çocuk Hukuku**, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2000.

Sirmen, Lale: **Türk Özel Hukukunda Şart**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü yayını, Ankara, 1992.

Spühler, Karl / **Frei-Maurer**, Sylvia: **Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band II Das Familienrecht**, 1. Abteilung Das Eherecht, 1. Teilband, 2. Hälfte Die Ehescheidung, Artikel 137-158 ZGB Ergänzungsband, Bern, 1991.

Steck, Daniel: **Scheidungsklagen, Das neue Scheidungsrecht**, Referate de Tagung vom 17/18 Marz 1999, Schultess Verlag, Zürich , 1999.

Sutter, Thomas: **Das neue Scheidungsrecht**, in P. Gauch/J. Schmid- Die rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. jahrhundert, Schultess Verlag, Zürich, 2001.

Sutter, Thomas/**Freiburghaus**, Dieter: **Kommentar zum neuen Scheidungsrecht**, Schulthess, Zürih, 1999.

Şener, Esat: **Medeni Kanunun Aile ve Nesep Bölümünde Çatışan Eğilimler**, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, Cilt. II, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977.

Şener, Esat: **Medeni Kanunun Boşanma Bölümünde Yapılan Değişiklikler**, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, sayı. 70, yıl 1991.

Şener, Esat: **Uygulamada ve Teoride Her Yönü ile Boşanma**, Ankara, 1994.

Şener, Esat: **İçtihatlı-Açıklamalı Türk Medeni Kanunu**, 1. Cilt, Ankara, 1998.

Şıpka, Şükran: **Türk Medeni Kanununda Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası**, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2002.

Tanrıver, Süha: **Mahkeme Huzurunda Yapılan Kabuller**, AÜHFD, Yıl: 1995, Sayı: 1-4.

Tekinay, Selahattin Sulhi: **Türk Aile Hukuku**, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990

Tekinay, Selahattin Sulhi: **Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku**, 6. Bası, İstanbul, 1992

Tutumlu, Mehmet Akif: **Boşanma Davası Sürerken Davacının Ölümü Nedeniyle Mirasçılarının Davayı Takibi Yönünden Uygulanması Gereken Usul Kuralları**, ABD, 2002.

Ulusan, İlhan: **Neue Vorschriften Über Die Sheidung im Türkischen Zivilgesetzbuch**, Hukuk Araştırmaları, Cilt. 4, Sayı. 1-3.

Üçok, Coşkun/**Mumcu**, Ahmet/**Bozkurt**, Gülnihal: **Türk Hukuk Tarihi**, 10. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2002.

Ünal, Mehmet: **Medeni Kanunun Kabulünden Önce Türk Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle 1917 tarihli Hukuk-u Aile Kararnamesi**, AHFD, XXXIV, 1-4.

Ünal, Mehmet: **İsviçre'de Alınan Aile Birliğini Koruyucu Hukuki Tedbirler**, T.C. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu, I. Aile Şurası Bildirileri, Ankara, 1990.

Üstündağ, Saim: **Medeni Yargılama Hukuku**, 7. Baskı, Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2000.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet: **Boşanma Sebeplerinin Hukuk Tarihi Kilise Hukuku ve Hukuk Politikası Bakımından Umumi Surette Tetkiki**, Cemil Bilsel'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Kenan Basımevi, İstanbul, 1939.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet: **Türk Medeni Hukuku**, Aile Hukuku, C. II, 5. Bası, İstanbul, 1965.

Verschraegen, Bea: **Die einverstandliche Scheidung in rechtsvergleichender Sicht**, Duncker&Humblot, München, 1991.

Yalçınkaya, Namık/ **Kaleli**, Şakir: **Boşanma Hukuku**, Cilt I, Türk Hava Kurumu Basımevi, Ankara, 1988.

Yazıcı Hilmi/**Atasoy**, Hasan: **Şahıs, Aile ve Miras Hukuku ile ilgili Yargıtay Tatbikatı,** 1952-1970, Ankara, 1970

Zevkliler, Aydın/**Acabey,** M. Beşir/**Gökyayla,** K. Emre: **Zevkliler Medeni Hukuk,** Giriş Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Aile Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999.

ÖZGEÇMİŞ

1960 yılında İstanbul, Paşabahçe'de doğdum. Üsküdar Lisesinden 1977 yılında, aynı yıl girdiğim İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1981 yılında mezun oldum. 1981-1982 öğrenim yılında Medeni Hukuk-Vergi Hukuku grubunda Yüksek Lisans yaptım. 1983 yılında Özel Hukuk doktora proğramında doktoraya başladım. Askerlik görevini takiben 1987 yılında doktora yeterlik sınavını vererek tez aşamasına geçtim ise de süre aşımı nedeni ile kaydım silindi. Daha sonra öğrenci affi kanunu ile tez aşamasından itibaren doktoraya devam etme hakkını. kazandım.

İstanbul'da serbest avukat olarak çalışmaktayım.