

**T.C.
ERCIYES ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUKU BİLİM DALI**

**TÜRK VE IRAK HUKUKUNDA MUKAYESELİ
OLARAK ANLAŞMALI BOŞANMA**

**Hazırlayan
Ahmed Awzar KHALEEL**

**Danışman
Prof.Dr. Murat DOĞAN**

Yüksek Lisans

**Mayıs 2019
KAYSERİ**

**T.C.
ERCIYES ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUKU BİLİM DALI**

**TÜRK VE IRAK HUKUKUNDA MUKAYESELİ
OLARAK ANLAŞMALI BOŞANMA**

**Hazırlayan
Ahmed Awzar KHALEEL**

**Danışman
Prof. Dr. Murat DOĞAN**

**Mayıs 2019
KAYSERİ**

BİLİMSEL ETİĞE UYGUNLUK

Bu çalışmadaki tüm bilgilerin, akademik ve etik kurallara uygun bir şekilde elde edildiğini beyan ederim. Aynı zamanda bu kural ve davranışların gerektirdiği gibi, bu çalışmanın özünde olmayan tüm materyal ve sonuçları tam olarak aktardığımı ve referans gösterdiğimi belirtirim.

Ahmed Awzar KHALEEL



“Türk ve Irak Hukukunda Mukayeseli Olarak Anlaşmalı Boşanma” adlı Yüksek Lisans / Doktora tezi, Erciyes Üniversitesi Lisansüstü Tez Önerisi ve Tez Yazma Yönergesi’ne uygun olarak hazırlanmıştır.

Hazırlayan

Ahmed Awzar KHALEEL

Danışman

Prof. Dr. Murat DOĞAN

Özel Hukuk ABD Başkanı

Prof. Dr. Murat DOĞAN

KABUL ONAY SAYFASI

Prof. Dr. Murat DOĞAN danışmanlığında **Ahmed KHALEEL** tarafından hazırlanan “**Türk ve Irak Hukukunda Mukayeseli Olarak Anlaşmalı Boşanma**” adlı bu çalışma, jürimiz tarafından Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü **Özel Hukuk** Anabilim Dalında **Yüksek Lisans** tezi olarak kabul edilmiştir.

08/05/2019

(Tez Savunma Sınav Tarihi Yazılacak)

JÜRİ:

Danışman

Prof. Dr. Murat Doğan

Üye

Dr. Öğr. Üyesi / İsmail Akman

Üye

Dr. Sinan Akman

ONAY:

Bu tezin kabulü Enstitü Yönetim Kurulunun 01/07/2019 tarih ve 27 sayılı kararı ile onaylanmıştır.

K. Güllü
01/07/2019

Enstitü Müdürü

Doç. Dr. Kenan GÜLLÜ
Enstitü Müdürü



ÖNSÖZ

Başta bu tezin her aşamasında benden desteğini ve sabrını esirgemeyen tez danışmanım Prof. Dr. Murat DOĞAN hocama teşekkürü borç bilirim.

Bugüne kadar maddi manevi desteğini benden esirgemeyen, hayatım boyunca bana yol gösteren çok değerli anne ve babama, bu tez boyunca her an yanımda olan eşim Elif Hanım’a teşekkürün ötesinde minnet duygularıyla dolu olduğumun bilinmesini isterim

Anmadan geçemeyeceğim ve teşekkürü borç bildiğim bir diğer değerli insan da tezin ilk oluşma sürecinde öneri ve eleştirileriyle bana böyle bir alanda çalışma yapma cesareti kazandıran Av. Selma ALTUĞ’un kendisine ve eşi Akif ALTUĞ’a şükranlarımı sunuyorum.

TÜRK VE IRAK HUKUKUNDA MUKAYESELİ OLARAK ANLAŞMALI BOŞANMA

Ahmed Awzar KHALEEL

**Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,
Yüksek Lisans Tezi, MAYIS 2019
Danışman: Prof. Dr. Murat DOĞAN**

ÖZET

Anlaşmalı boşanma, evlenme akdini ihlal etme yoludur. Eşler, ayrılırken aralarında anlaşarak hâkim huzurunda belli bir bedel ödeyerek boşanmaya gidebilirler. Bu durumun hukuki süreci kısaltarak toplumsal hayata olumlu etkilediğini gözlemlemekteyiz. Anlaşmalı boşanma olgusu bu kadar önemli olduğu için bütün ülkelerin hukuk sistemlerinde yer verilmiştir. Konunun önemi nedeniyle araştırmamızda Türk ve Irak hukukunda anlaşmalı boşanmayı ele alacağız. Anlaşmalı boşanma konusu hem irak kanununda hemde islam fakihlerinin görüşlerinde önem taşıdığını görmekteyiz. Bunun yanında anlaşmalı boşanma ile alakalı olan Türk hukukunda Yargıtay kararları ile ve Irak hukukunda temyiz mahkemesinin kararlarına değineceğiz.

Bu araştırmayı üç bölüme ayırdık; birinci bölümde boşanma bakımından benimsenen sistemler, boşanmanın temel ilkeleri, boşanmanın tarihsel gelişimi ve boşanmanın genel sebeplerine yer vereceğiz. İkinci bölümde Türk hukukunda anlaşmalı boşanma ve anlaşmalı boşanma şartlarını ele alacağız. Tezimizin üçüncü bölümünde ise boşanmanın türleri, Irak hukukunda anlaşmalı boşanma, anlaşmalı boşanmanın şeriatla kanıtlarına yer vereceğiz ve anlaşmalı boşanmanın temel ilkeleri ve anlaşmalı boşanmanın şartlarına değineceğiz. Tezimizi anlaşmalı boşanmanın sonuçlarıyla sonlandıracağız.

Anahtar Kelimeler: Anlaşmalı boşanma, şeriat, Irak hukuku, Kur'an

TURKISH AND IRAQI LAW COMPARATIVE CONTRACTED DIVORCE**Ahmed Awzar KHALEEL****Erciyes University Social Sciences Institute,
Master thesis, July 2018
Supervisor: Prof. Dr. Murat DOĞAN****ABSTRACT**

Negotiated divorce is a way of violating the marriage contract. Spouses may agree to a divorce and to conclude a contractual divorce with a certain amount before the judge. We observe that this situation affects social life positively by shortening the legal process. Since the concept of divorce is so important, it is included in the legal systems of all countries. Due to the importance of the issue, we will discuss the contractual divorce in Turkish and Iraqi law. Since the views of the Islamic faiths are important both in law and in Iraqi law, we will give place to our research. Besides, we will mention the decisions of the Supreme Court in Turkish law related to the contractual divorce and the decisions of the court of cleanliness in Iraqi law. We divided this research into three sections; In the first part, we will include the systems adopted by divorce, the basic principles of divorce, the historical development of divorce and the specific and general reasons of divorce. In the second part, we will discuss the terms of contractual divorce and contractual divorce under Turkish law. In the third part of our thesis, we will mention the types of divorce, the contractual divorce in Iraqi law, the evidence of the contractual divorce in the sharia, and the basic principles of the contractual divorce and the terms of the contractual divorce. We will conclude our thesis with the results and recommendations of the contractual divorce.

Keywords: Negotiated divorce, Sharia, Iraqi Law, Quran

İÇİNDEKİLER

TÜRK VE IRAK HUKUKUNDA MUKAYESELİ OLARAK ANLAŞMALI BOŞANMA

BİLİMSEL ETİĞE UYGUNLUK.....	i
YÖNERGEYE UYGUNLUK	ii
KABUL ONAY	iii
ÖNSÖZ	iv
ÖZET	v
ABSTRACT.....	vi
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR	xi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

BOŞANMA KAVRAM, SİSTEM VE İLKELERİ

1.1.Boşanma Kavramı.....	3
1.2. Boşanmanın Kapsamı	4
1.3. Boşanma Sistem ve İlkeleri.....	5
1.3.1. Boşanma Sistemleri	5
1.3.1.1. Boşanmada Yasaklı Sistem.....	5
1.3.1.2 Boşanmanın Serbest Olduğu Sistem.....	6
1.3.1.3. Boşanmayı Belli Sebeplere ve Hükümlere Dayandıran Sistem.....	8
1.3.2. Boşanmanın Temel İlkeleri.....	9
1.3.2.1. Kusur İlkesi.....	9
1.3.2.2. Evlilikte Temelden Sarsılma İlkesi.....	10
1.3.2.3. Elverişsizlik İlkesi.....	11
1.3.2.4. İrade İlkesi.....	12
1.3.2.5. Fili Ayrılık İlkesi	13
1.3.2.6. Medeni Kanun'un Benimsediği İlke.....	13
1.4.Boşanma Sebepleri	14
1.4.1. Genel Olarak.....	14
1.4.2.Boşanmanın Genel Sebepleri.....	14

1.4.2.1. Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılmış Sayılması	15
1.4.2.2. Eşlerin Anlaşması	16
1.4.2.3.Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması.....	17
1.5. Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanmanın Girişi	18
1.5.1.Anlaşmalı Boşanmanın Gerekliği ve Karşı Görüşlerin Reddi.....	18
1.5.1.1.Genel Olarak	18
1.5.1.2.Karşı Görüşlerin Reddi	19
1.6 Boşanma ve Anlaşmalı Boşanmanın Tarihsel Gelişimi	20
1.6.1 Roma Hukukunda Boşanma.....	20
1.6.2. İslam’da Boşanma	21
1.6.2.1 İslam Hükümlerinde Anlaşmalı Boşanma	24
1.6.2.1.1 Tevfiz-i Talak	25
1.6.2.1.2 Hul ve Muhalaa.....	25

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA ANLAŞMALI BOŞANMA VE ANLAŞMALI BOŞANMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ VE ŞARTLARI

2.1. Anlaşmalı boşanma.....	27
2.2. Anlaşmalı Boşanmanın İlkeleri	28
2.2.1. Evlilik Birliğinin Sarsılması İlkesine Dayanan Boşanma Sebebi Olması	28
2.2.2. Anlaşmalı Boşanma ve Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsıldığı Karinesi.....	29
2.3. Anlaşmalı Boşanma Şartları	30
2.3.1. Evlilik En Az Bir Yıl Sürmüş Olmalı.....	30
2.3.2. Eşlerin Birlikte Başvurması veya Bir Eşin Açtığı Davayı Diğerinin Kabul Etmesi	34
2.3.2.1. Davayı Kabul	39
2.3.2.2. Davanın Kabul Süreci.....	40
2.3.2.3. Kabul Beyanı	41
2.3.2.3.1..Mahkeme İçi Kabul	41
2.3.2.3.2.Mahkeme Dışında Olan Kabul	42
2.3.2.4. Kabulden Dönmek	42
2.3.2.5. Anlaşmalı Boşanmada Talepte Bulunabilme Ehliyet	45
2.3.2.5.1. Usul Hukuk Bakımından.....	45
2.3.2.5.1.1. Taraf Olma Ehliyeti	45

2.3.2.5.1.2. Dava Ehliyeti	45
2.3.2.5.2. Medeni Hukuk Bakımından.....	45
2.3.2.5.2.1. Tam Ehliyetliler	45
2.3.2.5.2.2.Sınırlı Ehliyetliler	45
2.3.2.5.2.3 Tam Ehliyetsizler.....	46
2.3.3.Tarafların Bizzat Dinlenmesi.....	47
2.3.4.Hâkimin Tarafların Boşanmanın Mali Sonuçlarına Ve Çocukların Durumuna İlişkin Düzenlemelerini Uygun Bulması	50
2.4. Anlaşmalı Boşanma Protokolü	50
2.4.1.Anlaşmalı Boşanma Davasında Anlaşmanın İçeriği	50
2.4.1.1.Anlaşmanın Zorunlu İçeriği.....	50
2.4.1.1.1. Mali Durum.....	50
2.4.1.1.1.1. Nafaka	52
2.4.1.1.1.1.1. Tedbir Nafakası.....	53
2.4.1.1.1.1.2.Yoksulluk Nafakası.....	54
2.4.1.1.1.1.3.İştirak Nafakası	55
2.4.1.1.2. Çocukların Durumu Hususunda Anlaşma Sağlanmalı	57
2.4.1.2. Anlaşmanın Zorunlu Olmayan İçeriği (Mal Rejim Tasfiyesi).....	59
2.4.2. Anlaşmalı boşanma protokolünün şekli.....	63
2.4.3. Anlaşmayı Hâkim Tarafından Uygun Bulması	64
2.5. Anlaşmalı Boşanma Talebinin Geri Alınması Ve Davacının Davasından Feragati	65

ÜÇÜCÜ BÖLÜM

IRAK HUKUKUNDA ANLAŞMALI BOŞANMA

1. IRAK HUKUKUNDA EVLİLİĞİ SON ERDİREN DURUMLAR	68
3.1.1. Eşlerin Ölümü	68
3.1.2. Gaiplik	68
3.2.Boşama Yetkisi	69
3.2.1.Hakkı Kötüye Kullanmak	70
3.3.Boşanmanın Türleri	71
3.3.1. Bain Boşanma	71
3.3.1.1. Küçük Bain Boşanma	71
3.3.1.2. Büyük Bain Boşanma	72
3.3.2. Dönülebilir Boşanma	73

3.4. IRAK HUKUKUNDA ANLAŞMALI BOŞANMA	74
3.4.1. Genel Olarak.....	74
3.4.2. Anlaşmalı Boşanma Kavramı	75
3.4.2.1. Anlaşmalı Boşanmanın Tanımı	75
3.4.2.2. Anlaşmalı Boşanmanın Uygulanması.....	78
3.5. Anlaşmalı Boşanmanın Şeriattaki dayanakları	79
3.5.1. Kuran'ı Kerim'de.....	79
3.5.2. Peygamberin Sünneti	80
3.5.3. İcma.....	81
3.6. ANLAŞMALI BOŞANMANIN UNSURLARI VE ŞARTLARI.....	81
3.6.1. Anlaşmalı Boşanmanın Unsurları.....	81
3.6.2. Anlaşmalı Boşanmanın Şartları	83
3.6.2.1. Erkek Eşin Ehliyetli Olması	83
3.6.2.2. Kadın Eşin Ehliyetli Olması	84
3.7. Cahil Veya Ayırt Etmeyen Çocuk Hul'u	85
3.8. Ölümcül Hastalığa Yakalananların Hul'u.....	86
3.9. Hulun gerçekleşmesi.....	88
3.9.1. Hul'un İlkesi Hul Telaffuzu İle Gerçekleşir	88
3.9.2. Anlaşmalı Boşanma Bir Bedel Karşılığında Gerçekleşir	89
3.9.2.1. Hangi Mallar Hul'un Bedeli Olabilir.....	89
3.9.2.1.1. Çocuğunu Emzirmesi İle Hul'un Bedelini Ödemek	90
3.9.2.1.2. Çocuğun Bakımı İçin Nafaka İle Hul'un Bedeli Ödemesi	91
3.9.2.1.3. Çocuk Nafakası İle Hul'un Bedeli Ödenmesi.....	93
3.9.2.2. Anlaşmalı Boşanmadaki Bedel Miktarının Belirlenmesi	93
SONUÇ	95
KAYNAKÇA.....	99
ÖZ GEÇMİŞ	104

KISALTMALAR

ABD	:Ankara Barosu Dergisi
EMK	: Eski Medeni Kanun
HD	:Hukuk Dairesi
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
HMK	:Hukuk Muhakemeleri Kanunu
K	: Karar
s.	:sayfa
TMK	:Türk Medeni Kanunu
Y.	:Yargıtay
YD.	:Yargıtay Dergisi
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YKD.	:Yargıtay Kararları Dergisi
Hız.	:Hazret
SAV.	:Sallallahu Aleyhi ve Sellem

GİRİŞ

Şüphesiz ki evlenme yüce Allah'ın kurduğu toplumun yararını ve ferdin mutluluğunu hedefleyen bir ilahi sistemdir. Ayrıca evlenme erkeği kadına bağlayacakki toplumun menfaatine salih bir aile kurmasına sebep olsun. Çünkü bir toplumda aile salih olursa toplumda salih, aksine fasit olursa da toplum fasit olur. İslam şeriatında eşlerin birçok hüküm ve şartlara tabii olması gerekmektedir. Bunlardan en önemlileri eşlerin arasında merhamet ve sevgidir. Eğer ki bu temel ilkeler ihlal olursa eşlerin aralarında nefret, kin ve uzaklaşma meydana gelir. Ayrıca evlilik düzeltilemeyecek bir hale gelmişse çare tükenmiş ise İslam'ın koyduğu tek çözüm boşanmaktır. Eğer nefret erkek tarafından ise İslam şeriatında bulunduğu hakkını kullanarak boşanmaya gidebilir. Ama nefret kadın tarafından ise şeraitin caiz gördüğü, eşinden ayrılmak için mehrini geri vererek anlaşmalı boşanmaya gidebilir, anlaşmalı boşanmada evlenme akdini ihlal edecek yollardan biridir. Kadın eşine karşı belli bir bedel ödeyerek hul söyleyişi ile gerçekleşir. Ayeti kerimede şöyle buyuruluyor “(Evlilikte) tarafların Allah'ın belirlediği ölçüleri koruyamama endişeleri dışında kadınlara verdiklerinizden (boşanma esnasında) bir şeyi geri almanız, sizin için helâl olmaz. Eğer onlar Allah'ın belirlediği ölçüleri gözetmeyecekler diye endişe ederseniz, o zaman kadının (boşanmak için) bedel vermesinde ikisine de günah yoktur. Bunlar Allah'ın koyduğu sınırlardır. Sakın bunları aşmayın. Allah'ın koyduğu sınırları kim aşarsa, onlar zalimlerin ta kendileridir.” (Bakara süresi ayet 229) Ayette belirtildiği gibi, erkek karısından Allah'ın koyduğu kurallarına uymama korkusu olmadan boşanma karşılığında bir bedel alması helal kılınmamıştır. Yalnız anlaşmalı boşanmaya gitmelerini caiz görmüştür, boşanma fideyle caizdir, kadın eşine belli bedel ödeyerek boşanmasını sağlayabilir.

1926 tarihli olan Türk Medeni Kanunu anlaşmalı boşanmaya izin vermemiştir. Türkiye Cumhuriyeti kurulduğunda yeni bir aile hukukunun gerekli olduğu inancı mevcuttu, Özellikle boşanma konusunda yeni Türk hukuku İsviçre Kanununu kaynak alarak 1988 yılında anlaşmalı boşanmaya yer vermiştir.

Türk kanun koyucusu toplumu diğer toplumlarda olduğu gibi, anlaşmalı boşanmanın ihtiyaç olduğunu kanaatine ulaşmış, bu yolda özel kanuni düzenleme olmamasının eksiklik olduğunu tespit edilmiştir. Türk kanun koyucusu 1988 yılında çıkan 3444 sayılı kanunla özellikle kusur, anlaşmalı boşanma ve fiili ayrılığa dayanan boşanmaya ilişkin düzenleme yapma gereği duymuştur. 1988 yılında kaynak kanunundan önce yürürlüğe giren, anlaşmalı boşanmaya Türk hukukunda yer verilmiştir. Bu düzenleme Türk toplumunda kabul görmüş ve ciddi bir benimseme ile uygulanmıştır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu boşanmaya ile alakalı olan, 3444 sayılı eski Türk Medeni Kanunundaki düzenlemeyi, istisnalar dışında, korumuştur. İsviçre kanununda getirilen düzenleme ve Türk medeni kanununda yararlı olduğunu tezimizde incelemeye çalışacağız.

Araştırmanın önemi anlaşmalı boşanmada, Türk ve Irak hukukunda arasındaki farkların ne olduğu ve İslam şeriatının Irak hukukunda ne kadar önem taşıdığının ortaya koyulmasıdır. Ayrıca anlaşmalı boşanmanın eski Türk hukukundaki yerine değinilecek. Irak hukukunda fakihlerin hükümleri ve temyiz mahkemesinin kararları, aynı şekilde Türk hukukunda olan Yargıtay kararlarına değineceğiz.

BİRİNCİ BÖLÜM

BOŞANMA KAVRAM, SİSTEM VE İLKELERİ

1.1. Boşanma Kavramı

Boşanma eşlerden birinin yasalarda belirlenen sebeplere dayanarak açtığı dava sonunda, hâkimin vereceği kararla evlilik birliğine son vermesi olarak tanımlanır¹.

Boşanma, ölüm, gaiplik, cinsiyet değişikliği ve hükümsüzlük halleri gibi evliliği sona erdiren sebeplerden biridir. Medeni Kanun boşanmayı evlenmenin butlanından hemen sonra düzenlemiştir. Ancak diğer sebeplere oranla çok daha büyük önem taşıdığını gözden kaçırmayan kanun koyucu, boşanmaya bağımsız bir bölüm ayırmıştır.

Boşanma ile birlikte, eşlerin birbirlerine evlilikten doğan hakları ve yükümlülükleri sona erer. Eşler sadece mahkeme kararı ile belirlenmiş olan tazminat, nafaka gibi düzenlemeler doğrultusunda karşılıklı hak ve borç sahibi olabilirler. Boşanma, evlilik birliğinin arzu edilmeyen bir biçimde sona ermesidir².

Eşlerden biri veya ikisi evliliği sürdürmemeye karar vermiş veya fiilen ayrı yaşamaya başlamışlarsa bilhassa bu aşamaya gelmiş anlaşmazlıklarda eşler tekrar birleşmeye yanaşmadıkları sürece ortada resmen bir evlilik bulunmakla birlikte fiilen bir aile birliğinden söz edilemez. Bu aşamada, hukuk düzeninin önündeki tek imkân fiilen bitmiş bir evliliği hukuken de sonlandırmaktır³. Bu da boşanma yoluyla olabilir.

¹Yaşar Şahin **Anıl**, Boşanma Sebebi Olarak Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, Geçimsizlik, Beta Yayınları 1. Baskı, Mart 2008 İstanbul, s. 26.

²Ahmet **Battal**, Boşanma Sebepleri, (<https://www.google.com.tr/url?sa=tg source=web&url=/05/boşanma.>) s. 21. (01.02.2018)

³Battal, s. 21.

1.2. Boşanmanın Kapsamı

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu evliliği sona erdiren sebeplerden birisi olarak anılan boşanma, eşlerden birinin ölümü, gaipliği, evlilik işleminin hükümsüzlüğü gibi konularla benzer nitelikte değerlendirilmiştir. Boşanma, bir kişilik hakkı işlemi olması ve evliliği sona erdiren sebepler içerisinde kişilerin iradesine dayalı istem neticesinde meydana gelmesi itibarıyla kanunda önemli ve ayrı bir bölüm olarak ele alınmaktadır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun ikinci bölüm başlığı altında 161 ila 184 aralığındaki maddeler boşanmaya ilişkin hükümleri düzenlemektedir⁴.

Bazı evliliklerin boşanma ile son bulmasının başlıca nedenleri aşağıdaki biçimde özetlenebilir:

- Toplumsal değişimler, farklı kesimlerden ve değer yargı sistemlerinden gelen kişiler arasındaki evliliklerin sayısını arttırmıştır. Aynı kesimden gelen eşlerin ortak bir çevreyi paylaşmaları, evliliklerin yerine oturmasına katkıda bulunur. Farklı kesimlerden gelen kişilerin evlilikleri ufak sarsıntılardan daha çabuk etkilenmektedir. Yani çevre ve kültür tanıdık ise zorluklara karşı gelmek daha olasıdır, tanıdık ortam kültür ve çevre evlilik üzerindeki anlaşmazlığı aza indirmektedir.
- Günümüzde evliliklerin bozulmasına karşı toplumun geliştirdiği tutum geçmişe oranla çok daha esnektir. Eskiden boşanmaya karşı çok fazla tepki ile karşılaşıırken, günümüzde normal olarak görülmektedir.
- Kadının toplum içindeki yerinin değişmesi de toplum kesimlerinde boşanma sayısının artmasında önemlidir. Özellikle çalışan kadın, ekonomik bağımsızlığının verdiği güvence ile erkeğin arkasında sürüklenmeye karşı direnebilmekte, sorumsuz davranışlarla karşılaştığında başkaldırabilmektedir. Dolayısıyla kadın çalışma ve kariyer önünde engel gördüğü evliliği daha çabuk yıkabilmektedir⁵.

⁴Turgut Akıntürk, Derya Ateş Karaman, Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku, Beta Yayınları 12. Baskı, 2010, İstanbul, s. 235.

⁵Aslı Oşar Şahin, Boşanma Sebeplerinde Kusur İlkesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi, Aralık 2015, s. 6. (<https://Tez.Yok.Gov.Tr/Ulusaltezmerkezi/Tezsorgusonucyeni.Jsp>)(02.06.2018)

1.3. Boşanma Sistem ve İlkeleri

Boşanma, evliliği sona erdiren nedenlerden biridir. Boşanmanın kabulü ya da uygulanması yöntemleri incelendiğinde bunlar üzerinde toplum yapısının, din, ahlak ve toplumsal değerler üzerindeki değişmelerin etkili olduğu görülmektedir.

Boşanma hukuku toplumdan topluma değişiklik gösterdiği gibi, tarih akışı içerisinde de boşanma konusunda görüşler farklılaşmıştır.

1.3.1. Boşanma Sistemleri

Geçmişten günümüze, ülkelerin boşanma konusunda gösterdikleri tavır, farklı görüşlerin doğmasına paralel olarak, dönemden döneme farklılık göstermiştir. Bu görüşler temelde iki düşünceye dayanır. Bireyci düşünce, karı ve kocanın arzularına, menfaatlerine ve iradelerine dayanan evlilik birliğinin, karı ve kocanın menfaatine geldiğinde, yine onların arzularıyla birlikte çözülmesi gerektiğini; aksine toplumun düşüncesi ise, evlilik yalnız eşlerin zevkleri için değil, özellikle nesillerin yetişmesi amacına hizmet ettiğini, bunun için de evlilik birliğinin devam etmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Temel olarak bu iki düşünce sosyal bilimlerin esas ayrımıdır. Bu düşüncelerden yola çıkarak boşanma sistemleri üç ayrı başlık altında inceleyeceğiz⁶.

1.3.1.1. Boşanmada Yasaklı Sistem

Boşanma yasağı, yani evliliğin sonsuzluğu görüşüne göre eşler hiçbir zaman evliliği sonlandırmamalıdır. Katolik kilisesine inananlar bu görüşe sahip çıkıp boşanmamayı kabul etmişlerdir. Bu görüşü kabul edenler evliliğin ancak ölümle sona ereceğine inanıyorlardı⁷.

Bu sistem Katolik Kilisesinin etkisi altındaki ülkelerde uzun süre uygulanmış ve boşanma ile evliliğin sona erdirilmesi söz konusu olmamıştır. İstisnai bir durum olarak, eşler arasında cinsel ilişki gerçekleşmemişse Papa'nın emri ile evlilik birliği sona erdirilebiliyordur.

⁶Berna Özcan Çelik, Genel Boşanma Sebebi Olarak Evlilik Birliğinin Temelden Sarsılması, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2015, s. 6.

(<https://tez.yok.gov.tr/Ulusaltezmerkezi/Tezsorgusonucyeni.jsp>)(02.06.2018)

⁷Özcan, s. 6.

Ancak cinsel ilişki gerçekleşmişse artık Papa'nın da yapabileceği bir şey kalmıyordu⁸. Ancak, zamanla Kilise hukukçuları zina gibi ağır hallerin varlığı halinde birlikte yaşamının mümkün olmayacağını kabul edip ayrılık kurumunu benimsediler. Bu kurum evliliği tamamen yok etmiyor, eşlerin birlikteliklerine sınırlama koyuyordu. Protestanlıkta ise boşanma yasağına karşı çıkmış ve 18.yüzyıldan'dan itibaren boşanma kabul edilmiştir⁹.

Reform dönemi ile birlikte ortaya çıkan Protestanlık, evliliğin kutsal bir bağ olduğu görüşünü kabul etmeyerek boşanma yasağına karşı çıkmış, belli nedenlerin varlığı halinde boşanmanın mümkün olabileceğini benimsemiştir. Zaten eşler ruhen ve fiilen birbirlerinden ayrıldıktan sonra evlilik birliğini korumakta ısrarcı olmak, onlar için yalnız ve bekâr bir yaşamdan farklı olmayacaktır. Sonuçta bu sistem ahlaki olmayan neticeler doğurmuş, evlilik bağından kurtulamayan eşlerin ayrı ayrı zina ederek yaşadıkları görülmüştür. Bu sebeple uzun yıllar bu görüşü etkisiz hale getirmek amacı ile çaba sarf edilmiştir.

Katolikliğin hâkim olduğu İtalya'da da boşanmaya yer verilmemişti. Ancak uzun süren çabalar, özellikle İtalyan kadınların baskıları sonucunda İtalyan kanun koyucusu 1970 yılında bir kanun çıkardı. Bu kanunun 1974 yılında halkoyuna sunulmasıyla boşanma kabul edildi. Günümüzde bazı Güney Amerika ülkelerinde hala Katolik hukukunun bu katı görüşü uygulanmaktadır¹⁰.

1.3.1.2. Boşanmanın Serbest Olduğu Sistem

Boşanmayı kabul etmeyen görüşe karşı çıkan ve eşlere istedikleri zaman karşılıklı anlaşma ile boşanabilme imkânı tanıyan bu görüş, tarihte değişik toplumlarda ve hukuk sistemlerinde uygulanmıştır. Burada evliliğin meydana gelmesinde aranan karşılıklı iradenin evliliğin sonlandırılmasında da etkili olmasının gerekliliği vurgulanmıştır¹¹.

⁸Özcan, s. 6.

⁹Akın **Çakın**, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma, Bilge Yayınevi, Eylül 2007 Ankara, s. 15-16.

¹⁰Çınar Yıldırım **Korkmaz**, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Ankara 2014, s. 12.

(<https://Tez.Yok.Gov.Tr/Ulusaltelmerkezi/Tezsorgusonucyeni.Jsp>) (02.06.2018).

¹¹Akıntürk, karaman, s. 238.

Bu sistemde eşlerden en az biri istediği zaman evliliği sonlandırılabilir. Bireyci görüş temeline dayanan bu sistemde karşılıklı anlaşma ile boşanmaya imkân vardır.

Eski Türk Hukukunda boşanma yetkisi kural olarak kocaya verilmiştir. Lakin nikah sözleşmesinde yazılacak bir şart ile kadına da boşanma yetkisi verebilir, buna “tefvizi talak” denir. Bunun dışında kadının veya kadının yetkilisi üçüncü kişi, kocaya bir bedel ödeyerek de boşanmaya varabilir, buna da “Hul” adı verilir. Ayrıca eşler aralarında anlaşarak birbirlerine belli bedel vermeksizin evliliğe son verebilirler, buna da “mubaraa” denir. Zira eşlere zarar veren sebepler bulunduğu kadın hakime başvurarak evlilik birliğine son verme yetkisi bulunmaktadır. Bu istisnai durumlar haricinde kadının boşanma yetkisi yoktur¹².

İslam hukukunda, boşanma konusunda kocaya tanınan bu yetki ani duygu tahriklerle kullanılmasını önlemek ve aile yuvasını dağılmadan evliliğin kurtarılması için bazı tedbirler bulunmaktadır. Bunu da birçok hadisi şerife de boşanmanın Allah katında makbul olmadığı belirtilmiştir. Hadisi şerifte şöyle buyuruyorlar “Allah katındaki en sevimsiz helal” olarak tarif edilmiştir.

Bu tedbirlerden biri de “Sünni Talak” tır. Sünni talak Kur'anı Kerim ve Sünnetin kuralına göre boşanma şeklidir. Sünnet kuralına dışında olan boşanma haram olduğu ve bunu yapanın Allahın emir ve kuralına karşı gelmiş sayılacağı belirtilerek, kocanın boşanma serbesti manevi yaptırım altına alınmıştır.

Diğer tedbirlerden biri kadını korumak amacıyla “mehri muaccel” ve “mehri müeccel” denilen tazminat müeyyideleri ile mali mükellefiyettir. Eğer ki kadını kocası boşarsa bu tür tazminat bedeli isteyebilir. Sonuç olarak koca boşanmada serbest olsa dahi islam serbest değildir. Ayrıca toplumda boşayan kocaya iyi gözle bakılmaması da boşanmayı azaltan unsurdur. Ayrıca bu sebep boşanmanın eski Türk hukukunda az uygulanması neticesini neden olmuştur¹³.

¹²Çakın, s. 14.

¹³Çakın, s. 15.

1.3.1.3. Boşanmayı Belli Sebeplere ve Hükümlere Dayandıran Sistem

Bu sistem yukarıda yer alan iki karşıt görüşün arasında yer almaktadır. Bu sistemde belirli nedenler dâhilinde evlilik sonlandırılabilir¹⁴.

Bugün modern hukuk sistemlerinin büyük bir kısmı bu görüşü benimseyen boşanmayı kabul etmişlerdir. Bu görüşü kabul etmiş olan ülkelerde, ancak kanunda öngörölmüş genel sebepler veya ayrı ayrı sayılan sebeplerin varlığı sonucu boşanma gerçekleşebilir.

Roma hukukunda, klasik dönemden sonra Konstantin zamanında yapılan kanunlarla, evliliğin ancak diğer eşin önemli bir hatası nedeniyle son erdirilebileceği kabul edilmiştir. Ayrıca tersine bir eylem cezaya tabii olacaktır. Lakin boşanma serbestliği geçerliydi. İlk olarak justinianus çağında, sebepsiz olan boşanmalar geçersiz edilmiştir. Anlaşmalı boşanma ise bu dönemde mümkün olmuştur¹⁵.

Evlenmenin kutsal sayılması gerektiği prensibini benimsemeyen ve boşanmayı kabul eden Protestanlık, Katolik Kilisesinin boşanma konusundaki sert tavrını tadil etmiş; Tabii Hukuk Okulu ve Aydınlik Çağ hukukçuları da evlenmenin medeni bir akit olduğu fikrini ileri sürerek Katolik Kilisesinin görüşüne en sert darbeyi indirmişlerdir¹⁶.

Bu sistemde, boşanmanın ancak belirli sebeplerin mevcudiyeti halinde gerçekleşebileceği kabul edilmiş, böylece Katolik sistemiyle serbest boşanma sistemi arasında ortalama bir yol tutulmuştur. Burada boşanma yoluyla evliliğe son vermek mümkündür, ancak bunun için öncelikle kanunda öngörölmüş bir sebebe dayanılarak dava açılmalı ve bu dava sonunda hâkimden boşanmaya ilişkin bir karar alınmalıdır.

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

¹⁴Çakın, s. 17.

¹⁵Nevzat **Özdemir**, Türk İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, Beta Yayınevi 1.Bası 2003 İstanbul, s. 6.

¹⁶Akıntürk, Karaman, s. 239.

yürürlükteki hukuk sistemleri bakımından ilgi çekici hukuk problemlerini oluşturmaktadır¹⁷.

1.3.2. Boşanmanın Temel İlkeleri

Boşanmanın ancak belirli sebeplerden birinin varlığı halinde gerçekleşmesi fikri, yani orta yol kabul edilmiş olsa dahi bu sebepleri belirlerken esas alınacak prensibi tayin bakımından çeşitli eğilimler vardır.

Hangi olay ve nedenlerin boşanma nedeni olarak sayılacağı önceden tespit edilmiş ilkelere göre belirlenmektedir. Bu ilkeleri açıklamak gerekirse:

1.3.2.1. Kusur İlkesi

Kusur ilkesinde Boşanma, eşlerden birinin diğerine karşı, evlilik birliğinin yaralayacak kadar bir hatta işlemesi durumunda kabul edilmektedir. Ayrıca eşlerden biri veya ikisi evlilik birliğinin sağlıklı bir çerçevede yürümesini engelleyen veya evlilik birliğinde kendi görevlerini yerine getirilmemesinde kusurlu davranış gösterdiği durumda boşanmaya neden olabilmektedir¹⁸.

Boşanmada kusur ilkesi, bu ilkeye bağlı kalındığı takdirde, eşler kusur atfının mümkün olmadığı, lakin evlilik birliğinin devam etmesi imkansız hale gelmişse, yine de evlilik birliğini son erdirmesi mümkün değildir. Eşlerin birbirlerine sürekli kusur yüklemeye çalışmalarının ve aralarında barışma ihtimalini güçleştireceği noktalarından eleştirilmektedir¹⁹.

Eski Fransız ve Alman hukuklarında boşanma hukuku kusur ilkesine dayanıyordu. 1975'te yapılan bir değişiklikle birlikte bu ilkenin yanı sıra 'evliliğin temelinden sarsılması' ve 'karşılıklı rıza ile boşanma' kabul edilmek suretiyle boşanma daha kolay hale gelmiştir²⁰.

¹⁷Akıntürk, Karaman, s. 239.

¹⁸Özdemir. s. 6.

¹⁹Çelik, s. 10.

²⁰Çakın, s. 17.

Kusur ilkesi katılığı ve sakıncaları sebebi ile artık günümüzde terk edilmektedir. Eğer bir evlilikte eşler arasındaki evliliğe dair tüm işlevler tükenmiş ise kusurun eşlerden birinde veya ikisinde birden olması pek bir şey değiştirmeyecektir.

Kusur ilkesine çeşitli eleştiriler yönetilmiştir. Kusur ilkesi mutlak olarak kabul edilemez. Zira kabul edildiği takdirde, tarih boyunca bir boşanma sebebi olarak kabul edilmiş bulunan akıl hastalığı olgusunda, bu eşe yüklenecek bir kusur olmayacağından, akıl hastalığı sebebiyle boşanmaya karar vermek mümkün olmayacaktır²¹.

Buna ek olarak, bu ilkeye göre eşlere yüklenecek bir kusur söz konusu olmamakla birlikte evliliğin devamı onlar için imkânsız bir hal aldığı takdirde de boşanmaya imkân olmayacaktır. Dolayısıyla eşler arasındaki karakter farklılıkları ya da birbirlerine karşı gerekli uyumu hiçbir zaman gösteremeyecek olan insanların, aile olarak yaşamaya zorlanması gibi çekilmez bir durum ortaya çıkacaktır²².

Boşanmada kusur ilkesi, bu ilkeye bağlı hareket edildiği durumlarda, her iki eşe de kusur atfının mümkün olmadığı, fakat evlilik birliğinin devamının da imkânsız olduğu hallerde, evlilik birliğini sona erdirmenin imkânsızlaşacağı; eşlerin boşanabilmek için birbirlerine daima kusur yüklemeye çalışmalarının barışma ihtimalini güçleştireceği noktalarından ötürü eleştirilir²³.

1.3.2.2. Evlilikte Temelden Sarsılma İlkesi

Bu ilkeye göre, evliliğin amaç ve işlevini kaybettiği evliliğin devamının istenmesinin hiçbir anlam ve yararının kalmadığı durumlarda, kusur durumuna bakılmaksızın, eşlerden her ikisi kusurlu olabileceği gibi ikisi de kusurlu olmayabilir. Buna istinaden eşlerden birinin dava açmasıyla evlilik sonlandırılabilir²⁴.

²¹ Akıntürk, Karaman, s. 240.

²² Akıntürk, Karaman, s. 240.

²³ Akıntürk, Karaman, s. 240.

²⁴ Şeyda Şanlı **Yalın**, Türk Hukukunda Anlaşılmalı Boşanma, İstanbul Aydın Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi Temmuz 2017, s. 78 (<https://Tez.Yok.Gov.Tr/Ulusaltezmerkezi/Tezsorgusonucyeni.Jsp>) (08.08.2018)

İkinci durumda ise boşanma sebeplerinin herhangi biriyle açılan bir davanın reddine karar verilmesi halinde bu tarihten itibaren üç yıl içerisinde evlilik birliği tekrar kurulamamış ise boşanma gerçekleşir²⁵.

Temelinden sarsılarak eşler bakımından çekilmez hale gelmiş birlikteliklerin devamı, eşler arasında olduğu kadar toplum bakımından da büyük bir tehlike olarak ortaya çıkmaktadır²⁶. Bu nedenle bu nitelikteki evliliklerin devam etmemesi, devam etmesine nazaran daha faydalı sonuçlar doğurabilir. Bu duruma gelmiş birlikteliklerin devamını sağlamaya çalışmak bazen toplumun geleceğini tehlikeye düşürebilir. Bu sebeple hâkim davaya bakarken boşanmanın eşler arasındaki birlikteliğin etkilenme derecesiyle birlikte toplumu ne derece etkileyeceğine de bakmalıdır. Şiddetli geçimsizlik ve anlaşmazlığın evlilik birliğini temelinden sarsıp sarsmadığının takdiri ise hâkimin görevidir²⁷.

Hâkim boşanmaya karar vermeden önce eşlerin evlilik birliğinin devamı için ellerinden geleni yapıp yapmadıklarına ve tekrar bir araya gelip gelemeyeceklerine bakıp karar vermelidir.

Evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olduğu hallerin çoğu geçimsizlik niteliğinde olsa da bazen geçimsizlik olmadan da, yani eşlerin birbirini sevmesine rağmen üzücü bir kazanın eşlerden birinin evliliğin gereklerini yerine getiremeyecek şekilde etkilemesi durumunda da evlilik birliğinin temelinden sarsılması söz konusu olabilecektir²⁸.

1.3.2.3. Elverişsizlik İlkesi

Evlilik birliğinin devamının bir faydası da toplum devamlılığının sağlanması ve sağlıklı genç kuşakların geleceğe hazırlanmasıdır. Evlilik müessesesinde bazen istenmeyen sorunlar ortaya çıkabilir²⁹.

²⁵İsmail **Kayar**, İlhan **Üzülmez**, Hukukun Temel Kavramları, Seçkin Yayınları 8. Baskı Ekim 2013 Ankara, s. 217.

²⁶Özge **Öztürk**, Genel Boşanma Sebepleri, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul, 2010, s. 45-46.

²⁷Öztürk, s. 45-46.

²⁸Öztürk, s. 45-46.

²⁹Çakın, s. 20.

Eşlerden biri evlilik birliğinin kendine yüklediği sorumlulukları bedeni veya psikolojik sorunları nedeniyle yerine getiremiyorsa, bu durum da bir boşanma nedeni olabilmektedir³⁰.

Evlilik birliği tasada ve mutlulukta beraberliği öngörmektedir. Eşlerin birbirlerine karşı fedakârlıklarda bulunmaları beklenir. Bu nedenle eşlerin, birbirlerinin kusurlarına ve hatalarına karşı anlayış göstermeleri gerekmektedir. Fakat bu anlayış bir yerde son bulabilir, eşlerden birindeki özür diğer eş için ortak hayatı çekilmez hale getiriyorsa artık elverişsizlik sebebi ile boşanma davası açılabilir³¹.

1.3.2.4. İrade İlkesi

Bu ilkeye göre evlilik tarafların iradeleri ile kurulduğuna göre yine onların iradeleri ile sona erdirilebilmelidir³².

İrade ilkesi, evlilik birliğinin tarafları olan eşlerin iradelerinin boşanma için yeterliliğini belirten ilkedir³³.

Bu ilkeye karşı da bazı eleştiriler ileri sürülmüştür. Şöyle ki; tarafların ortak iradesiyle kurulsa da kurulduktan sonra artık alelade bir sözleşme olmaktan çıkan evlilik birliğinin kuruluşunda duraksamadan kabul edilen irade ilkesinin, birliğin ortadan kaldırılmasındaki rolü üzerinde durulmalı; sebebe dayanan boşanma görüşünden serbest boşanma görüşüne yaklaşılmamasının önüne geçilmelidir³⁴. İki tarafın müşterek rızası ile boşanmanın mümkün olmasında belirli sebeplere bağlı boşanma esasından pek ayrıldığı söylenilemese de sadece tek tarafın iradesinin boşanmaya yeterli görüldüğü hallerde bu prensipten uzaklaşmış olur³⁵.

Anlaşmalı boşanma, eşlerin evlilik birliğinin sona erdirilmesi yönünde iradelerini ortak kullanmaları durumunda boşanmanın gerçekleşmesine çok yakın olmamasıdır. Bu

³⁰Çakın, s. 20.

³¹Çakın, s. 20.

³²Çakın, s. 19.

³³Özdemir, s. 7.

³⁴Akıntürk, Karaman, s. 241.

³⁵Akıntürk, Karaman, s. 241.

sebeple irade ilkesi, karşılıklı anlaşmanın yanında evlilik birliğinin temelden sarsılmasını hâkim tarafından tespit edilmesiyle biraz yumuşatılmıştır³⁶.

1.3.2.5. Fili Ayrılık İlkesi

Bu ilkeye göre, boşanmaya hükümedilbilmesi için eşlerin belirli bir süre boyunca bir araya gelmemiş olmaları yeterlidir. Evlilikte eşler beraber yaşamaları için amaçlanmıştır. Eğer eşler ortak yaşamı sürdürmeleri inanç ve istekleri kalmamış, eşler uzun bir süreden beri bir araya gelmemişler artık fili ayrılık gerçekleşmiştir. Bu sebebe dayanarak boşanma talep edilebilir³⁷.

Bu ilkeye göre, boşanma nedenlerinden birine bağlı olarak açılmış bir boşanma davasında ileri sürülen nedenlerin sabit olmaması dolayısıyla dava mahkeme tarafından reddedilmiş olup bu kararın kesinleşme tarihinden itibaren üç yıl içerisinde eşler ortak hayatı yerinden kurmamışsa fili ayrılık nedeniyle boşanma davası kabul edilecek ve eşler boşanacaktır³⁸.

1.3.2.6. Medeni Kanun'un Benimsediği İlke

Gördüğümüz beş ilkeden temelden sarsılma ilkesi Medeni Kanun tarafından kabul görmüş bir ilkedir. Lakin bu ilke Kanunun kabul ettiği tek ilke değildir. Kanun koyucumuz önceki Medeni Kanun'da temelden sarsılma ilkesini kabul etmekle birlikte kusur ilkesi ve elverişsizlik ilkesine de yer vermiştir³⁹.

Medeni Kanunumuzun tek tek ilkelere değil, kapsamlı olarak birçok ilkeyi hatta bütün ilkeleri kapsayarak âdeta karma bir sisteme yer verdiğini söyleyebiliriz.

Zina, hayata kast, pek kötü muamele, onur kırıcı davranış, küçük düşürücü suç işleme, haysiyetsiz hayat sürme ve terk sebebiyle açılacak boşanma davaları kusur ilkesine dayanır; akıl hastalığı elverişsizlik haysiyetsizlik sebebine dayanır.

³⁶Çakın, s. 20.

³⁷Şahin **Topkaya**, Yoksulluk ve İştirak Nafakası, Yüksek Lisans Tezi, Kültür Üniversitesi, İstanbul, 2017, s. 11. (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>) (12.06.2019).

³⁸Çakın, s. 21.

³⁹Akıntürk,Karaman, s. 242.

1.4. Boşanma Sebepleri

1.4.1. Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu'nda boşanma sebepleri, özel sebepler ve genel sebepler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Türk hukuk doktrininde ise boşanma sebepleri, mutlak ve nispi boşanma sebepleri olarak ikiye ayrılmakta fakat bu ayırımı karşı çıkan görüş bu ayırımın somut gerçeği yansıtmadığını belirtmektedir⁴⁰.

Mutlak boşanma sebeplerinde kanunda belirlenen sebebin ispatı halinde diğer eş için ortak hayatın çekilmez hale gelip gelmediği araştırılmazken, nispi boşanma sebeplerinde boşanmaya sebep olan olgunun yanında ortak hayatın çekilmez hale gelip gelmediği de araştırılmaktadır.⁴¹ Zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, terk, eşlerin anlaşması ve fiili ayrılık sebepleri mutlak boşanma sebebi; suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme, akıl hastalığı, evlilik birliğinin sarsılması ise nispi boşanma sebepleri olarak kabul edilmektedir. Boşanma davasında genel ve özel sebepler birlikte ileri sürülebilir. Bu halde hâkim özel sebeplere dayanarak karar verecektir. Özel sebebin sabit olmaması halinde ise, genel sebep olan evlilik birliğinin temelinden sarsılıp sarsılmadığı araştırılarak bu doğrultuda hüküm kurulacaktır⁴².

1.4.2. Boşanmanın Genel Sebepleri

Genel boşanma sebepleri, özel boşanma sebepleri sayılan zina, pek fena muamele, terk, haysiyetsiz hayat sürme ya da diğerleri gibi belli bir olguya dayanmamaktadır. Demek o ki genel sebepler söz konusu olduğunda belli bir olay değil, pek çok olay söz konusu olup sebebin önceden belirlenmesi mümkün değildir. Bu olaylar belli bir sonuç doğurduğunda boşanma davası açılabilir⁴³.

⁴⁰Filiz **Güneşlioğlu**, Boşanma ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Bahçeşehir Üniversitesi, Yüksek Lisans tezi, 2009, s. 10-11. (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>,) (11.06.2018)

⁴¹Güneşlioğlu, s. 10-11.

⁴²Güneşlioğlu, s. 10-11.

⁴³Mustafa **Dural**, Tufan **Öğüz**, Mustafa Alper **Gümüş**, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi İstanbul 2012, s. 113.

1.4.2.1. Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılmış Sayılması

3444 sayılı Medeni Kanunda yapılan düzenlemede, eşlerin boşanma hususunda anlaşmış olmalarının evlilik birliğinin temelinden sarsıldığını ve bu durumun müşterek hayatın devamını beklenmez hale getirdiğine ilişkin bir varsayım kabul edilmiştir. Eşlerin boşanma hususunda, anlaşmaları, farklı şekillerde değerlendirilebilir. Anlaşma, kendiliğinden boşanma sonucu sağlanmamakta, boşanma kararı verilmesi için bir sebep teşkil etmektedir. Bu sebebe dayanılarak boşanmaya karar verilebilmesi için bazı şartlar aranmaktadır. Yargıtay'ın bir kararında⁴⁴(Eski Medeni kanun 134/3 maddesine göre evlilik en az bir yıl sürmüştü, eşlerin birlikte başvurusu ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu halde maddede yazılı diğer şartlar da oluşmuşsa tarafların anlaşmaları ile boşanmaya karar verilebilir. Görüldüğü gibi, tarafların iradelerinin birleşmesi ancak evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına karine oluşturur. Bu irade birleşmesi diğer boşanma sebeplerinin varlığını kabule yeterli değildir. ‘‘Hakim boşanmaya veya ayrılık için sebep gösterilen hadislerin mevcudiyetine vicdanen kani olmadıkça sabit addedemez’’ (MK 150/1) ‘‘Hakim beyinatı serbestçe takdir eder’’ (MK150/4). O halde fiili ayrılık (MK 134/son, geçici 1.) sebebine dayanan davalarda tarafların birleşen beyanları veya anlaşmaları boşanma sebebinin gerçekleştiğine kabul yeterli değildir. Tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde deliller toplanarak sonucu uyarınca bir karar verecek yerde kanunun yanlış yorumu ile hiç toplanmadan tarafların anlaştıklarından söz edilerek boşanmaya karar verilmesi doğru bulunmamıştır)

Evlilik birliğinin temelinden sarsılması genel bir sebep olarak Türk Medeni Kanunun yer almışsa da bu sebeple dava açacak olan eşin kusuru ağır ise, davalının açılan davaya itiraz hakkı bulunmaktadır. Lakin bu itiraz, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise ve evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korumaya değer bir yarar kalmadıysa boşanmaya karar verilecektir. (MK.m.166/2) Türk Medeni Kanunun bu

⁴⁴Y 2. HD. 28.1.1991, 11052/1198 (Kemal Oğuzman, Mustafa Dural, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi,1998, II.baskı, s. 128).

genel boşanma sebebinde de kusur aramıştır. Nitekim Yargıtay da bu boşanma sebebi için kusur arandığını karar altına almıştır⁴⁵.

1.4.2.2. Eşlerin Anlaşması

Anlaşmalı boşanma olarak da bilinen bu boşanma sebebi kavram olarak TMK m.166/III de düzenlenmiştir.

Türk Medeni Kanunu’nun 166. maddesinin üçüncü fıkrasında “Evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde, evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu halde boşanma kararı verilebilmesi için, hâkimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın malı sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hâkim, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü halinde boşanmaya hükmolunur. Bu halde tarafların ikrarlarının hâkimi bağlamayacağı hükmü uygulanmaz.” hükmüne yer verilmiştir.

Anlaşmalı boşanmada vekilin dinlenmesi değil tarafların dinlenmesi esastır⁴⁶.

Bu konu tezin ana hattını oluşturduğu için bir sonraki bölümde detaylı olarak açıklanacaktır.

⁴⁵Y. 2HD, 7.4.2003T, 3839/4924 SK “Türk Medeni Kanununun 166.maddesi hükmünü tamamen kusurlu eşin dava açabileceği ve yararına boşanma hükmü elde edebileceği biçiminde yorumlamamak ve değerlendirmemek gerekir. Çünkü böyle bir düşünce kimsenin kendi eylemine ve tamamen kendi kusuruna dayanarak bir hak elde edemeyeceği yönündeki temel hukuk ilkesine aykırı düşer. Diğer taraftan böyle bir düşünce tek taraflı irade ile sistemimize aykırı bir boşanma olgusunu ortaya çıkarır. Boşanmayı elde etmek isteyen kişi karşı taraftan hiçbir eylem ve davranışı söz konusu olmadan, evlilik birliğini, devamı beklenmeyecek derecede temelinden sarsar, sonra da mademki birlik artık sarsılmış diyerekten boşanma doğrultusunda hüküm kurulmasını talep edebilir.

Öyle ise Medeni Kanunun 166.maddesine göre boşanmayı isteyebilmek için tamamen kusursuz ya da az kusurlu olmaya gerek olmayıp daha fazla kusurlu bulunan tarafın dahil dava hakkı bulunmakla beraber, boşanmaya karar verilebilmesi için davalının az da olsa kusurunun varlığı ve belirlenmesi kaçınılmazdır.” (Selma Baktır, Aile Mahkemeleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 118).

⁴⁶Yıldırım, s. 78-79.

1.4.2.3.Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması

Doktrinde “eylemli ayrılık” veya “fiili ayrılık” olarak adlandırılan ortak hayatın yeniden kurulamaması olgusu, önceki Medeni kanunu 134.maddesinde 1988 yılında 3444 sayılı Kanunla yapılan bir değişiklik sonucu genel boşanma sebepleri arasına girmiştir. Burada eşlerin boşanma istemi üzerine davanın reddi halinde eşlerin tekrar bir araya gelememesi söz konusudur⁴⁷.

Amaç eşlerin birbirleriyle anlaşamayıp uzunca bir süre ayrı kalmaları ve bir daha ortak hayatı sürdürememeleri halinde boşanmaya imkân vermektir⁴⁸.

Daha önce herhangi bir boşanma sebebine dayanarak açılan davanın reddedilmiş olması gerekir. Bu hususta davanın hangi eş tarafından açıldığının bir önemi yoktur reddedilmesi yeterlidir. Boşanma davası reddi kararı üzerine üç yıl geçmiş ve tekrar ortak hayat kurulamamış olmalıdır. Ayrıca eşlerden biri boşanma davası açmış olmalıdır.

Türk Medeni Kanunu 166/IV “boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış bulunan davanın reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleştiği tarihten başlayarak üç yıl geçmesi halinde, her ne sebeple olursa olsun ortak hayat yeniden kurulmamışsa evlilik birliğinin temelinden sarsılmış sayılır ve eşlerden birinin isteği üzerine boşanmaya karar verilir”⁴⁹.

Eşlerden herhangi biri bu davayı açabilmektedir, reddedilen davada davacıya da davalı olmak kusurlu ya da kusursuz olmak davayı açmada önemli bir etken değildir. Bu bakımdan boşanma davasının reddi üzerinden üç yıl sonra tekrar boşanma davası açılmış olursa hâkim bu davayı boşanma kararı ile bitirmek zorundadır⁵⁰.

Davalı eş bunun üzerine davacı eşin daha kusurlu olduğunu ileri sürerek boşanma kararını engelleyemez⁵¹.

⁴⁷ Akıntürk,Karaman, s. 272.

⁴⁸ Akıntürk,Karaman, s. 272.

⁴⁹ Dural,Öğüz,Gümüş, s. 119.

⁵⁰ Dural,Öğüz, Gümüş, s. 119.

⁵¹ Dural,Öğüz, Gümüş, s. 119-120.

1.5. Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanmanın Girişi

743 sayılı Medeni Kanun,kaynağını teşkil eden İsviçre Medeni Kanunu gibi eşlerin anlaşması sonucu boşanmayı kabul etmemiştir. Anlaşmalı boşanma ile ilgili ilk fikrin Gadfranko Milaslı tarafından gündeme getirildiği bilinmektedir⁵². Milaslı görüşünü şu şekilde dile getirmiştir; “Beraberce yaşamının gayri mümkün olduğunda karı koca ittifak ettiği takdirde boşanmaya karar verilmesi için bu kâfi delil addedilerek ayrıca delil aranmasın, çünkü ayrılmaya kati suretle karar vermiş olan karı koca maksatlarına vasıl olabilmek için hil-i şeriiyyeye müracaat edebilir. Neden kanuni hilelere meydan bırakalım?”⁵³

Anlaşmalı boşanma 1988 de eski Medeni Kanunun kısmen değiştirilmesi esnasında Türk hukukuna girmiştir. “Anlaşmalı boşanma” temeline dayanan boşanma davası; eşlerin birlikte başvurusu ile açılabileceği gibi veya davacı eş ile davalı eşin anlaşması ile boşanma davası anlaşmalı boşanmaya dönüşebilmektedir⁵⁴.

1.5.1.Anlaşmalı Boşanmanın Gerekliliği ve Karşı Görüşlerin Reddi

1.5.1.1.Genel Olarak

1926 yılında İsviçreden alınan Türk Medeni Kanunu gerçek anlamda bir devrimdir. İsviçre için muhafazaker olarak nitelenebilecek bu kanunun bir kabul etme süreci sonucu Türkiye’de benimsenmesi, çağdaş dünyanın kapılarını Türk insanına açmıştır⁵⁵.

Uygulamada, evlilik birliğinin kendisine yüklediği görevleri yerine getirmeyerek başını alıp gitmek isteyen erkeğe, kadını ve çocukları koruma düşüncesi, akıl ve mantık sınırlarını zorlayıcı bir şekilde, neredeyse bir boşanma yasağına dönüştürülmüş ve boşanmanın kolaylaştırılması olarak gören anlaşmalı boşanmaya ve bu arada fiili ayrılığa dayanan boşanmaya da karşı çıkmıştır. Bu anlamda, kadının boşanmak istememesi durumunda bir uçta bulunan eski hukukumuzdaki kocaya tek taraflı boşanma imkânıveren (talak)sisteminden neredeyse boşanma yasağını çağrıştıran diğer uçtaki siteme geçilmiştir. Boşanma konusundaki tanıklığı, sorunları, ihtiyacı ve bu

⁵²Özdemir, s. 17.

⁵³Özdemir, s. 17.

⁵⁴Hüseyin **Hatemi**, Burcu Kalkan Oğuztürk, Aile Hukuku, Oniki levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 124.

⁵⁵Özdemir, s. 22

sorunların içtihat yolu ile çözülemediğini gören kanun koyucunun 3444 sayılı yasa ile tıkanıklığı açmak istediği açıktır⁵⁶.

1.5.1.2.Karşı Görüşlerin Reddi

Medeni Kanun'un kabulünden sonra, eşlerin, anlaşması yolu ile boşanmanın kabulünün gerekliliğini savunanların ve karşı olanların görüşleri çeşitli kaynaklarda dile gelmiştir. Anlaşmalı boşanmaya cumhuriyetin ilk yıllarda karşı çıkılıyordu fakat devrimin yeni olması nedeniyle anlayışla karşılanabiliyordu. O nedenle anlaşmalı boşanmaya karşı görüşler 1971 tarihli öntasarından bu yana değerlendirilecektir. 20 yıllık bir çalışma ürünü olan 1971 tarihli kanun tasarısında eşlere karşılıklı anlaşma yolu ile boşanma imkânı verilmemiştir. Günümüzde karşılaştırmalı hukuk verileri ile de yanlışlığı ortaya çıkan öntasarının anlaşmalı boşanmaya karşı çıkma, bu yolu sakıncalı bulma gerekçeleri, tasarıdan sonra da bu görüşe 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 ve toplum kontrolünden çıkıp ilgililere ait özel bir mesele haline getirilmiş olacaktır⁵⁷.

Bu görüşe karşı, aile bireylerinin duygu, arzu bağımsızlıkları ve ortak kararları dışında ve üzerinde, devlet denetimi altında bir kurum niteliği olarak varsaymak ve boşanma hukukunu bu model üzerine yapılaştırmanın sakıncası bireylerin, devletin değil kendilerinin mutluluğu için bir araya gelmiş oldukları, devlet ve toplumun yücelmesi ailenin bozulmamasını gerektiriyor diye onarılmaz bir biçimde sarsılmış bir aile birliğine devlet kontrolünde korumaya çalışmak ve eşlerin mutsuzluklarını devlet ve toplum yararına umursamamak nihayet mutlu bir toplumu, ancak mutlu bireylerin yaşatabileceği gerçeğini göz önünde tutmamanın uygun olmadığı, evlilik birliğinin eşler arasında kişisel bir konu olmasından ısrarla kaçınılmasının anlamanın zor olduğunu tamamen çöktüğü her iki eş tarafından ortaklaşa ileri sürülen, eşlerin yeniden bir araya gelmeyeceklerini açıkça ortaya koydukları evlilikleri devlet zoruyla ayakta tutmanın kime ve ne şekilde yararlı olacağını kökünden sarsılmış ve hayatini yitirmiş bir evliliği ve buna inanan eşlerin birlikte yaşamalarının genel menfaatlerine zorla

⁵⁶Özdemir, s. 23.

⁵⁷Özdemir, s. 24-25.

istemenin anlamsız olduğu, önemli olanın bütün bu yönlerdeki menfaati makul sınırlarda bağdaştırılabilmek olduğu, ne hâkimin ne de kanun hükmünün bireylerin iç ve özel hayatına ilgili hususu düzenlemeye yeterli olmayacağı ve bu yaklaşım biçimi nedeniyle de ön tasarının, uygar ve batı dünyasının ikinci dünya savaşı sonrasında yarattığı tasarının doğru olmadığı ortaya konulmuştur⁵⁸.

1.6. Boşanma ve Anlaşmalı Boşanmanın Tarihsel Gelişimi

Tarihi gelişime baktığımızda boşanmanın tarih boyunca uygulanan oldukça eski bir kurum olduğunu görürüz. Nitekim İslam hukukunda boşanma vardır, fakat boşanma hakkı kural olarak kocaya tanınmıştır. Hatta kocaya tanınan eşini boşama imkânı ‘mahkeme dışı’ bir imkândı. Koca istediği zaman bu imkândan yararlanabiliyor, tek yanlı bir irade açıklamasıyla karısını kolayca boşayabiliyordu. Buna karşılık kadının kocasını boşama gibi bir imkânı yoktu. Çok istisnai olmak üzere, nikâh yapılırken kadının da eşini boşayabileceği şart edilmiş veya koca tarafından böyle bir hak sonradan tanınmış idiyse kadın da kocasını boşayabiliyordu⁵⁹.

Boşanma insanlık tarihinde en eski düzenlemelerden biridir. Aşağıda bu tarihi gelişimi kısa şekilde açıklanacaktır.

1.6.1. Roma Hukukunda Boşanma

Roma hukukunda da boşanma kurumu tamamıyla bireysel düşüncelerden ilham almaktadır, boşanmada hâkim kararına lüzum olmadığı gibi, kanunen tespit edilmiş olan boşanma sebeplerine dayanma mecburiyeti de yoktur. Zira evlilik kurulurken de eşlerin karşılıklı iradelerinin uyuşması, (consensus) yeterlidir. Ancak burada evlenmenin “manus”lu olup olmadığına göre bir ayırım yapılması gerekir. Önceleri manus ile olan evlenmede, yalnız koca karısını boşayabiliyorken daha sonraları ortaya çıkan ve yaygınlaşan manussuz evliliklerde ise her iki taraf için de tek taraflı irade beyanıyla boşanma imkânı getirilmiştir.

⁵⁸Özdemir, s. 24-25.

⁵⁹Cuma Mohamed **Beşir**, al Zevac vlaltalak ve Atarhumuma fi Alkanun ve Alşeriaa, Dar alkutub yayınevi,2009, s. 179.

1.6.2. İslam’da Boşanma

İslam’da boşanma erkek eşin tek taraf iradesiyle gerçekleşir. Bazı fakihler boşanmanın ihtiyaç olmadıkça aslında yasak olduğunu savundular. Kemal bin Hamam “en doğrusu ihtiyaç olmadıysa yasaklanmasıdır” demiş olup bunlarda hadis-i şerife dayanarak bu görüşü savundular⁶⁰.

İslam’da boşanma ihtiyaç olursa gidilebilen bir yoldur, çünkü bazı durumlarda boşanma zorunluluktur. Başka dinlerde boşanma kabul edilmiş olmasa da -Hristiyan Katolikler gibi- sonradan boşanmanın bir zorunluluk olduğunu anladılar ve boşanmayı kilise kanunlarına zıt olsa da kabul ettiler

Doğruya yakın olan görüşe göre boşanma ihtiyaç olmadıkça yasaktır, Alimler topluma ne kadar zarar vereceğini göz önünde bulundurarak bu yönde hükümlerini vermiştir.⁶¹ Örneğin bir evlilik birliği tartışma ile devam ediyorsa topluma zarar olacaktır. Ayrıca erkeğin rüşt yaşına girmemesi, akıl hastalığı olması veya ayırt etmeyen çocuğun boşanması gerçekleşemez. Kural olarak boşama şeriatla belli bir sebep olmadan yasak kılınmıştır. Her zaman da şeriat boşanmaya yönelik engeller bulundurmaktadır, çünkü İslam’da evliliğin mukaddes bir ilişki olduğu belirtilmiş ve çok ihtiyaç olmadıkça boşanmaya gidilmemesi için engeller koyulmuştur. Örneğin Kur’an’ı Kerim’de “Ve Allah’ın, onu nimetlendirdiği ve senin de kendisini nimetlendirdiğin kişiyi: Zevcen (kendine) tut (boşama) ve Allah’a karşı takva sahibi ol)⁶²” hükmü bulunmakta olup Kur’an’ı Kerim eşini boşamamayı takvadan görmüştür.

Başka bir ayeti kerimede şöyle buyuruluyor “onlardan hoşlanmazsanız artık (sabrediniz) olur ki bir şey hoşunuza gitmez de Allah, onda birçok hayır takdir etmiş bulunur”⁶³.

Bunlar boşanmayı yasak gören fakihlerin kanıt olarak gösterdiği Kur’an ayetleri ve hadis şeriflerdir. Ancak eğer evliliğin devam etmesi imkânsız hale gelirse o zaman boşanma bir ihtiyaçtır. Bazen boşanma daha kötü ve tehlikeli hale düşmekten daha iyidir.

⁶⁰Beşir, s. 186.

⁶¹Beşir, s. 186.

⁶²Ahzap Suresi 37. Ayet.

⁶³Nisa Suresi 19. Ayet.

İslam toplumunda erkeklerin bu hakkı keyfî olarak kullanmadığı görülmüştür. Bu nedenle bazı Salihler boşanmanın ancak Kur'an'ı Kerim'e ve peygamberin sünnetine göre olması gerektiğini açıklamışlardır.⁶⁴

Boşanma aslında yasaktır, ihtiyaç olursa caizdir, caiz olması kamu yararına engellerle kısıtlanmıştır. Nitekim Kur'an'ı Kerim'de evliliğin ne kadar kutsal bir ilişki olduğu bir ayette şu şekilde anlatılmıştır; “Kendinizi birbirinize adadıktan ve eşiniz sizden sağlam bir taahhüt aldıktan sonra onu nasıl geri alabilirsiniz?”⁶⁵

Bir rivayete göre Ömer bin Hattap'ın yanına adamın biri gelerek karısını boşamak istediğini söylemiş, Ömer bin Hattap yapmamasını istemiştir. Adam bunun üzerine eşini sevmediğini söylemiş, Ömer bin Hattap ise “Vah evler yalnız sevgi üzerine mi yapılır? Nerde bakım” demiş ve bir ayeti dile getirmiştir. “Ve eğer bir kadın kocasının serkeşliğinden veya yüz çevirmesinden endişe ediyorsa bir sulh ile aralarını düzeltmelerinde kendilerine bir günah yoktur, sulh hep hayırdır”⁶⁶

İslam'da aile arasında sorunları gidermesi ve eşlerin arasında sulhu gerçekleştirmesi için iki hakem belirlenmesi gerekir. Bu hakemlerin yaşlı, tecrübeli ve sır saklayan nitelikte kişiler olması aranmaktadır. Kur'an'ı Kerim'de yer alan bir ayette, “Eğer eşlerin arasının açılıp birbirinden ayrılacaklarından endişe ederseniz, bu takdirde erkeğin ailesinden bir hakem, kadının ailesinden de bir hakem tayin edin. İki taraf da işi düzeltmek dilerse, Allah aralarını bulur ve onları uyuşmaya muvaffak eder. Şüphesiz Allah, her şeyi hakkıyla bilendir ve her şeyden hakkıyla haberdar olandır”⁶⁷ hükmü bulunmaktadır. Hakemlerin bu sorunları giderememesi evlilik birliğinin devam etmesinin imkânsız duruma gelmesinin kanıtıdır⁶⁸.

İslam hukukunda erkeğin boşanmaya gitmemesi için mali engeller de bulunmaktadır. Bu mali yükümlülüğün erkeğin üstüne düşmesi, erkeğin boşamadan önce kendine

⁶⁴Beşir, s. 186.

⁶⁵Nisa Suresi 21. Ayet.

⁶⁶Nisa Suresi 128. Ayet.

⁶⁷Nisa Suresi 35. Ayet.

⁶⁸Beşir, s. 187.

hâkim olmasını sağlar. Bunlar, erkeğin boşadığı eşine karşı ertelenen mehrini ödemesi, iddet nafakası, çocuklarının nafakası ve emzirme nafakası gibi mali yükümlülüklerdir⁶⁹.

İslam hukuku'nda zaruri bir hal bulunmadıkça boşanma hoş görülmediğinden toplumun erkeğe karşı suçlayıcı gözle bakması da toplumsal caydırıcı güçlerden biridir. Boşanma halinde bu risk, hem erkeğin kendisi hem de çocukları için söz konusudur.

Sonuç olarak, İslam şeriatında her zaman boşanmaya yönelik engeller bulunmaktadır. Erkek bir kere değil bin kere düşünüp o şekilde boşanmaya gider, eğer ki evliliğin devam etmesi imkânsız hale gelmişse ve hiçbir şekilde bu sorunları giderilmesi için çare bulunmadıysa boşanmaya gidilir. İslam tavsiye ve onarımdan vazgeçmeyerek ilerde boşanmadan dolayı pişman olma ihtimali sebebiyle boşanmayı iki aşamalı kabul etmiştir. Birincisi geçici boşama: erkek eşini birinci ve ikinci defa boşarsa sonradan pişmanlık duyarsa eşini geri döndürebilir. İkinci ihtimalire ise eşine döndürmede en son şansıdır. Üçüncü boşama son boşamadır. Evlilik ilişkisinin çekilmez hale gelmesidir, eğer bir erkek eşini üç defa boşarsa o eşten sonsuza kadar mahrum kalmasını hak etmektedir. Bu konuya ilişkin olarak Kur'an'ı Kerim'de "(Dönüş yapılabilir) boşama iki defadır. Sonrası ya iyilikle geçinmek ya da güzellikle bırakmaktır."⁷⁰ hükmü yer almaktadır.

Bu iki türünün yanında başka boşanma sebepleri de bulunmaktadır, bu haller kadının zulüm görmesi durumunda o adaletsizliği gidermek için kabul edilmiştir:

- Kadın nikâh belgesinde madde olarak eklemişse istediği zaman erkeğin boşaması şartı olmadan ihtiyaç olduysa kendini boşayabilir. Bu yetki boşanmasıdır.
- Erkek nikâh akdini ihlal etmişse, örneğin dinini değiştirmişse kadının boşanması mümkündür. Buna dair Kurani kerimde şöyle buruluyorlar ” Ey iman edenler! Mümin kadınlar göç ederek size geldiklerinde -onların imanlarını Allah daha iyi bilmekle beraber- siz onları sınavın. Eğer mümin olduklarını anlarsanız, onları kâfirlere iade etmeyin. Bunlar onlara helâl değildir, onlar da bunlara helâl olmaz. Onlara (kocalarına) harcadıklarını (mehirleri) geri verin. Mehirlerini

⁶⁹Beşir, s. 187.

⁷⁰Bakara Suresi 229. Ayet.

ödediğiniz takdirde bu kadınlarla evlenmenizde sakınca yoktur. Kâfir kadınları nikâhınız altında tutmayın. Siz harcadığınızı (verdiğiniz mehri) isteyin, onlar da harcadıklarını istesinler. Allah'ın hükmü işte budur. Aranızda hükmünü böyle veriyor. Allah hakkıyla bilmektedir, hüküm ve hikmet sahibidir”⁷¹.

- Anlaşarak gerçekleştirilen boşanma, ‘hul’ diye adlandırılan boşanma türüdür. Kadının eşine belli bedel ödemesi karşılığında gerçekleşmektedir.
- Yargı boşanması türünde ise herhangi bir zulüm söz konusu olursa kadının mahkemeye dava açıp tefrik istemesi mümkündür. Ayrıca bir zarar meydana gelmişse mahkeme tefrike karar verilmesiyle yükümlüdür⁷².

İslam hukukunda evlilik birliği sürekli bir beraberlik olarak algılanmış olmasına karşın, evlilik bağının çözülmezliği ilkesi benimsenmemiş, boşanma kabul edilmiştir.

İslam hukukunda boşanma, talak tabiri ile ifade edilmektedir. İslam dini, boşanmaya izin vermekle beraber, boşanmaya iyi gözle de bakmamıştır. Nedensiz olarak kullanılan talakı günah saymıştır. Peygamberin “Allah indinde mubahların en sevilmeveni talaktır” hadisi evliliğin öneminin ve boşanmanın hoş karşılanmadığının göstergesidir⁷³.

İslam hukukuna göre ‘talak’ kocanın hiçbir nedene dayanmaksızın hiçbir resmi makama başvurmaksızın evliliğe son vermesi durumuna denir. Bu kavram her ne kadar yalnızca kocanın beyanını karşılarsa da, bu tabir genel bir deyimle karı kocanın karşılıklı anlaşmaları ile boşanmaları ve eşlerden birinin istemi üzerine hâkimin kararı ile evliliğin sonlanması, yani tefriki de kapsayacak şekilde kullanımını ifade etmektedir⁷⁴.

1.6.2.1. İslam Hükümlerinde Anlaşmalı Boşanma

İslam hukuku, iki tarafın rızası ile boşanmayı da onaylamıştır. Karşılıklı anlaşarak boşanmanın dayanağında, kadının iradesinin kocasının iradesine dayandığı, bu tür boşanmanın, kadının da katıldığı veya kocasının yetkisini kadına devrettiği boşanmalar olduğu görülmektedir⁷⁵. Buna istinaden iki tür boşanma görülmektedir: Tefviz-i talak

⁷¹Mümtehhine Suresi 10. Ayet.

⁷²Beşir, s. 189.

⁷³Özdemir, s. 10.

⁷⁴Özdemir, s. 10.

⁷⁵Özdemir, s. 11.

(kocanın kariya boşanma yetkisi vermesi) ve muhalaa yani hül veya hulu (karşılıklı anlaşma ile boşanma)⁷⁶.

1.6.2.1.1. Tefviz-i Talak

Tefviz, bir kişinin kendisine ait olan hukukî bir yetkiyi başkasının kullanımına izin vermesi anlamına gelmektedir⁷⁷.

Talak, ilke olarak kocanın hiçbir dayanağı olmadan bir sebebe dayanmadan tek taraflı olarak eşini boşayabilmesini ifade etmekteydi⁷⁸. Eski Türk hukukunda boşanma yetkisi kocaya verilse de nikâh sözleşmesine konacak bir şart ile kadına da boşanma yetkisi verilebilmekteydi. Ancak böyle bir şart olmasa dahi kocanın karısına boşanma yetkisi vermesi de mümkündür ki, buna tefviz-i talak denir⁷⁹.

1.6.2.1.2. Hul ve Muhalaa

Hul, kelime anlamı olarak sözlükte “elbiseyi bedenden veya ayakkabıyı, çorabı ayaktan çekip çıkarma, bedeni soyup elbiseyi çekip almak, çıkarmak ve giydirmek” manasındadır⁸⁰. Örfî anlamda ise “evliliği ortadan kaldırmak” manasına gelmektedir⁸¹. İslam hukukundaki anlamına göre ise muhalaa veya hul kadının kocasına vereceği bir bedel karşılığı mevcut evlilikten kurtulmasına, evliliğin anlaşmalı olarak sona erdirilmesine imkân sağlayan bir yoldur. Dolayısıyla evlenerek evlilik elbisesini giyen kadın ve erkek boşanmakla, muhalaa ile anlaşarak bu elbiseyi çıkarmaktadırlar. Şuan hukukumuzda yer alan anlaşmalı boşanmanın İslam hukukundaki karşılığı “hul ve muhalaa”dır⁸².

Fıkhi mezheplerde hul“ ve muhala“a“nın tanımı ise her mezhepçe ayrı bir tanım ile ifade edilmiştir. Hanefî hukukçulara göre, hul“ ve buna benzer anlamlarıyla kadının kabul etmesi şartıyla nikah akdinin yok etmesidir. Yalnız erkek eş karısı ile muhala“a da bulunur ve talak“a niyet eder ve farklı bir niyeti yoksa bu durumda bir talak olarak

⁷⁶Özdemir, s. 11.

⁷⁷<http://Www.İslamansiklopedisi.İnfo/Dia/Ayrmetin.Php?İdno=400310&İdno2=C400174> (02.06.2018)

⁷⁸Akıntürk,Karaman, s. 239.

⁷⁹Çakın, s. 4.

⁸⁰Esra Pınar Yılmaz **Bilgin**, Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, Yüksek Lisans Tezi, 2015 Maltepe Üniversitesi, s. 6.

⁸¹Bilgin, s. 6.

⁸²Bilgin, s. 6.

kabulenir. Bu suretle boşanan kadın artık ilk kocasına haram kılınır, bir daha birleşemezler. Ancak İslam Hukuku kocaya boşanmadan sonra iddet müddeti içerisinde pişman olup evliliğini yeniden kurmak isterse yeni bir nikaha ve mehire gerek kalmadan doğrudan doğruya evlilik birliğine devam edebilme imkanı vermiştir. Ancak bu hak sadece iki defa boşanma ile sınırlanmıştır. Eğer ki üç defa boşanmış bu kadın ancak başka bir erkek ile gerçek ve geçerli bir evlilik yapar ve bu evlilik boşanma ya da ölüm ile son bulursa bu durumda kadın eski ilk kocası ile tekrar evlenebilir ⁸³ .



⁸³Bilgin, s. 7.

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA ANLAŞMALI BOŞANMA VE ANLAŞMALI BOŞANMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ VE ŞARTLARI

2.1. Anlaşmalı Boşanma

Önceki Medeni Kanun, “irade ilkesine” dayanan eşlerin anlaşması suretiyle boşanması görüşünü benimsememiş ve boşanma sebepleri arasında ‘anlaşmalı boşanma olarak isimlendirilecek bir boşanma sebebine yer vermemiştir.

Ancak Türk Medeni Kanunun 166. maddesine göre boşanma sebepleri arasında anlaşmalı boşanmaya yer verilmiştir⁸⁴.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunun 166. maddesinin 3. fıkrası hükmü; “Evlilik en az bir yıl sürmüştür ise, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde, evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu halde boşanma kararı verilebilmesi için, hâkimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hâkim, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü halinde boşanmaya hükmolunur. Bu halde tarafların ikrarlarının hâkimi bağlamayacağı hükmü uygulanmaz.” şeklinde düzenlenmiştir. Uygulamada anlaşmalı boşanma olarak anılan bu düzenleme ile kısmen irade ilkesine kısmen evlilik birliğinin sarsılması ilkesine yer verilmiştir. İlke olarak boşanma için yine hâkim kararı gerekmektedir⁸⁵.

⁸⁴ Akıntürk, Karaman, s. 269.

⁸⁵ Dural, Ögüz, Gümüş, s. 117.

Evlilik ve boşanma hukukunu biçimlendiren kurallar tarihsel perspektif içinde iki kutuplu bir düşünce ile savunulmuştur. Örneğin; Katolik mezhebinde evlilik eşlere verilmiş kutsal bir nitelik olarak görülüyordu ve ayrılığın ancak ölüm sonucu olabileceği kabul edilmişti.

Özdemir'e göre, Türk medeni kanunu 166/3.maddesinde bir çekişmesiz yargı faaliyetidir. Boşanma ve sonuçları hususunda anlaşmış eşlerin birlikte başvurmaları veya bir eşin açtığı davanın diğeri kabul etmesi, kanunda belirtilen usulün izlenerek, boşanma olanağının sağlanmış olması karşısında, mahkemece yürütülecek bu faaliyetin çekişmeli yargı olduğu söylenemez⁸⁶.

2.2. Anlaşmalı Boşanmanın İlkeleri

2.2.1. Evlilik Birliğinin Sarsılması İlkesine Dayanan Boşanma Sebebi Olması

Türk Medeni Kanunu bu boşanma sebebini 166'ncı maddesinin 1. ve 2. fıkralarında düzenlemektedir. MK.m.166/I uyarınca “evlilik birliği, ortak hayat sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olursa, eşlerden her biri boşanma davası açabilir”. MK.m.166/2 de ise “yukarıdaki fıkroda belirtilen hallerde, davacının kusuru daha ağır ise, davalının açılan davaya itiraz hakkı vardır. Bununla beraber bu itiraz, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise ve evlilik birliğinin devamında davalı ve çocukları bakımından korumaya değer bir yarar kalmamışsa boşanmaya karar verilebilir”.

Araştırdığımız bu boşanma sebebinin ehemmiyeti, uygulama alanının çok geniş olmasından ve genel boşanma sebebi niteliğini taşımasından ileri gelmektedir⁸⁷.

Medeni Kanun'un 166. maddesinin 3. ve 4. fıkralarında, bazı durumlarda evliliğin birliğinin temelinden sarsıldığına dair kesin karinelerin olması öngörülmektedir. Ancak bu maddede düzenlenen şartlar gerçekleşince, hâkim boşanmaya karar verebilir. Medeni Kanun'un 166/3 maddesine göre evliliğin en az bir yıl sürmüş olması ve eşlerin birlikte

⁸⁶ Özdemir, s. 117.

⁸⁷ Akıntürk, Karaman, s. 261.

başvurılmaları veya bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde "evlilik birliği temelinden sarsılmış" sayılacaktır⁸⁸.

2.2.2. Anlaşmalı Boşanma ve Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsıldığı Karinesi

Medeni Kanun'un 166. maddesinin 3. fıkrasında, evliliğin en az bir yıl sürmesi ve eşlerin birlikte davaya başvurmaları veya bir eşin diğer eşin açtığı boşanma davasını kabul etmesiyle "evlilik birliğinin temelinden sarsılmış" olduğunun kabul edileceği karinesi düzenlenmiştir. MK. m. 166/3 hükmüne Alman Medeni Kanun'unda yakın bir hükmünü de görmekteyiz. BGB 1566/1'de eşlerin üç yıldan beri ayrı yaşamları durumunda, BGB 1566/2'de ise, eşlerin bir yıldan beri ayrı yaşamaları ve eşlerin her ikisi aynı anda boşanmayı istemleri halinde, aksine bir delil yoksa evlilik birliğinin temelinden sarsılmış, yıpranmış olduğu karinesi kabul edilmektedir⁸⁹.

Türk Öğretisinde, MK. m. 166/3 de "evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olduğu" yolunda bir "kesin kanuni karinenin= kanuni faraziyenin" olması konusunda farklı bir görüş bulunmamaktadır⁹⁰. O zaman eşlerin boşanmak için davayı beraber açmaları veya bir eşin dava açmasıyla diğerinin kabul etmesi halinde, evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olduğu karinesinin aksini ispatlamak mümkün olmadığından, burada "kesin kanuni karinenin" olduğunu anlamaktayız⁹¹. Mahkeme bu halde evlilik birliğini ve ortak hayatı sarsan olayları, maddi nedenleri araştırmakla yükümlü değildir. Sonuç olarak söz konusu evlilik birliği sarsılmamış olsa dahi, eşlerin birinin başvurması veya davayı kabulü ile evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olduğu kabul edildiğinden hakim bu konuda hiçbir takdir yetkisi bulunmadığını görmekteyiz⁹². Bir eşin diğerinin açtığı davayı kabullenmesiyle birlikte, artık o zamana değin getirilen ispatlar hâkimin evlilik birliğinin sarsılmadığına ikna etmiş olsa dahi, evlilik birliğinin sarsılmamış olduğu

⁸⁸Özdemir, s. 112.

⁸⁹Özdemir, s. 113.

⁹⁰Özdemir, s. 113. Yargıtayda bu görüştedir Y. 2.HD. 22.12.1990, E. 1989/10786, K. 1990/2176 (YKD. 1990.9,1295). Kararda " Eşlerin birlikte başvurmaları ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına karinesi sayılır. Böyle bir durumda hakim takdir hakkı sonuca etkili olmaz ve evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına ilişkin delillerin toplanmasına da gerek yoktur. Ancak, hakim 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 husustaki anlaşmanın tutanağa geçirilmesi gerekir. Bu yön kamu düzeniyle ilgili olup mahkemeye kendiliğinden göz önüne alınır."

⁹¹ Özdemir, s. 113.

⁹²Özdemir, s. 114.

kabul edilemez. Sonuç olarak Medeni Kanun'un 166/3 maddesinde aranan şartlar gerçekleştiğinde hâkim, evlilik birliğinin gerçekten sarsılmış olup olmadığını araştırmayacak ve sarsılma konusu olayın meydana gelip gelmemesi hâkimi ilgilendirmeyecektir. Çünkü Medeni Kanunundaki bu düzenlemede eşlerin kusuruna ilişkin bir koşul aranmamaktadır. Öyle ise kanun koyucu evlilik birliğini temelden sarsılması veya bu sarsımda eşlerin kusurlu olup olmaması ile ilgilenmemektedir. Eşlerin boşanmayı aralarında anlaşarak istemleriyle evliliğin artık yürütülmeyecek kadar sarsıldığı kabul edilmektedir⁹³.

2.3. Anlaşmalı Boşanma Şartları

Anlaşmalı boşanmanın şartları;

- Evliliğin en az bir yıl sürmüş olması.
- Birlikte başvurma.
- Bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi.
- Tarafların bizzat dinlenmesi. Olarak sıralanabilir

Hâkimin tarafların boşanmanın mali sonuçlarına ve çocukların durumuna ilişkin düzenlemelerini uygun bulması gerekmektedir. Yani özellikle anlaşma protokölünde çocukların yararına olan husularda bizzat kendisi takdir edip uygun bulması gerekir

2.3.1. Evlilik En Az Bir Yıl Sürmüş Olmalı

Anlaşmalı boşanma yapılabilmesi için kanunun aradığı ilk koşul evliliğin en az bir yıl sürmüş olmasıdır. Bu şart kısa süreli evliliklerde boşanma anlaşması ile hâkime başvurma yolunu kapatmaktadır⁹⁴. Bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediği hâkim tarafından incelenecektir ve bir yıllık süre dolmamış ise anlaşmalı boşanmaya karar verilmeyecektir. Bu konuda öğreti ve Yargıtay uygulamasında bir fark bulunmamaktadır⁹⁵.

⁹³Özdemir, s. 114.

⁹⁴Oğuzman, Dural, s. 128.

⁹⁵Y. 2. HD. 08.06.1998, 6237/7154. Y. HD. 28. 10.1992, 9993/10453. Y 2.HD. 10.12.1997, 12360/13465. Y. 2.HD. 28.11.1997, 11547/ 12959. Yargıtay bu kararlarında tarafların anlaşmalı boşanma isteği ile mahkemeye başvurduklarında, bir yıllık sürenin dolmamış olduğunu saptanmakta ve bu durumda artık

anlaşmalı boşanmaya başvurulması halinde evliliğin bir yıl sürmüş olması şartı gerçekleşmedikçe diğer şartları incelemeye gerek olmadan dava reddedilmelidir⁹⁶. Amaç eşlerin daha birbirlerini tanımadan boşanmalarının engellenmesidir. Bu şartta kanunun bir yıl olarak öngördüğü bu sürede ayrı yaşamayı aramaması bir çelişki oluşturmaktadır⁹⁷. Çünkü eşler evlendiklerinden itibaren ayrı yaşamaya başlarlar ve hiç bir şekilde bir araya gelmeden bir yıl sonra boşanmak için birlikte başvurulursa, evlilik birliğinin temelden sarsılması, ortak hayatın çekilmez hale geldiği vurgusundan söz edilemez⁹⁸.

Yargıtay ise evlilik süresinin bir yılı doldurmadığının anlaşılması durumunda her iki tarafın kanıtlarının toplanarak bu kanıtlara göre 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m.166 f.I hükmüne göre evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olup olmadığına bakılması gerektiği görüşündedir⁹⁹.

Yargıtay bu konuya ilişkin bir kararında¹⁰⁰; “Türk Medeni Kanununun 166/3. “evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurusu ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır” dosyadaki nüfus kaydından tarafların 11.01.2012 tarihinde evlendikleri ve davanın açıldığı tarihte henüz bir yıllık sürenin dolmadığı anlaşılmıştır. Mahkemece tarafların gösterdikleri delillerin toplanarak Türk Medeni Kanunu 166. Maddesinde bir ve ikinci fıkrasındaki şartların oluşup oluşmadığı araştırılıp sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, Türk Medeni Kanunu 166/3 de öngörülen bir yıllık süre şartı gerçekleşmeden davanın kabulü ile boşanmaya karar verilmesi usul ve yasaya aykırı görülmüştür.”

Bir başka kararında¹⁰¹ ise ; “...taraflar 12.09.2006 tarihinde evlenmişler bu dava bir yıl süre geçmeden 19.10.2006 tarihinde açılmıştır. Bu gibi hallerde tarafların iddia ve

anlaşmalı boşanma yapılmayacağını, ancak taraf delillerinin sorulup, sonucuna göre evlilik birliğinin temelinden sarsılıp sarsılmadığının araştırılması gereğine işaret etmektedir. (Özdemir, s. 120)

⁹⁶Oğuzman, Dural, s. 128.

⁹⁷Dural, Ögüz, Gümüş, s. 119.

⁹⁸Dural, Ögüz, Gümüş, s. 119-120.

⁹⁹Y. 2.HD. 10.12.1997, 12360-13465. (Ömer Uğur **Gençcan**, Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku, Yetkin Yayınları 2015, Ankara, s. 684).

¹⁰⁰Y 2. HD. 13.01.2014, E. 2013/24061, K. 2014/275.(Gençcan, s. 684).

¹⁰¹Y 2. HD. 26.02.2008, 5277-2323. (Gençcan, s. 684).

savunmaları çerçevesinde deliller toplanıp Türk Medeni Kanunu 166. maddesi 1.ve 2. ve 4. Fıkralarına göre değerlendirme yapılmalıdır.”¹⁰² şeklinde hüküm kurmuştur.

Farklı kültürlerden ve en önemlisi yaşam tarzından gelen iki insanın evlendikten sonra birbirlerine uyumu ve geçimi derhal beklenebilecek bir durum değildir. Dolayısı ile tartışmalar, uyumsuzluklar, sıkıntılar evlilikte kaçınılmaz bir durumdur. Bu sebeptendir ki yasa koyucu bir yıllık süreyi belirlerken eşlerin evliliğe ve birbirlerine uyum sürecini göz önünde tutmuş ve bu süreçte ani ve fevri kararlar ile evlilik gibi kutsal bir müessesenin yıkılmasını engellemek istemiştir¹⁰³. Söz konusu süre öncelikle tarafların birbirlerini tanıyıp anlamaları, birbirlerine ve evliliğe alışmaları açısından oldukça kısa ve yetersizdir¹⁰⁴. Özellikle günümüz toplumunda şehir hayatının yorucu hali, ayrıca her iki eşin de çalışma hayatının içerisinde aktif olması, eşlerin birbirlerini çok az görmelerine ve ortak paylaşımlarının ciddi manada azalmasına sebep olmaktadır. Öyle ki, olağan koşullarda bir yıllık süre içerisinde eşler ancak ortalama bir kez tatil yapabilirler. Bu durumda eşlerin birbirlerini gerçekten tanıyıp, anlayabilmeleri, birbirlerine ve evliliklerine alışabilmeleri için bir yıllık süre oldukça yetersiz kalmaktadır¹⁰⁵.

Bir yıllık sürenin tespiti meselesine gelindiğinde ise önemli olan evliliğin başlangıcının tespitidir. Evliliğin hangi tarihten itibaren başlayacağı meselesi Türk Medeni Kanunu ile düzenlenmeden önce bu konu Yargıtay’ın İçtihadı ile çözümlenmiştir¹⁰⁶. 1 Ocak 2002 yılında yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu 142. Maddesinde “Evlendirme memuru, evleneceklerden her birine birbiriyle evlenmek isteyip istemediklerini sorar. Evlenme, tarafların olumlu sözlü cevaplarını verdikleri anda oluşur. Memur, evlenmenin tarafların karşılıklı rızası ile kanuna uygun olarak yapılmış olduğunu açıklar” hükmü

¹⁰²Gençcan, s. 684.

¹⁰³Bilgin, s. 40.

¹⁰⁴Yalın, s. 23.

¹⁰⁵Yalın, s. 23.

¹⁰⁶Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, 14.06.1965 T. 1965/3 E. 1965/3 K “...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.” (Yalın, s. 23) (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>) (10.06.2019)

belirtmiştir¹⁰⁷. Böylece evlenme, sözlü bir beyan olarak kabul edilmekte ve tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanlarını bildirmeleri anında kurulmaktadır¹⁰⁸.

Anlaşmalı boşanma istemi içeren bir davada hâkim bir yıllık süre şartının gerçekleşmediğini tespit ettiği andan itibaren davanın artık anlaşmalı boşanma davası şeklinde devamını düşünmek mümkün değildir. Buna karşın, yargılama devam ederken gerçekleşen ve eksikliği giderilmiş olan dava şartını engelinin aşılması durumunda yargılamaya devam edilmesi ve esasa girilerek karar verilmesi gereği, doktrin ve uygulamada benimsenmiştir¹⁰⁹. Özellikle süre, ergin olma, yaş koşulu gibi bazı süreye bağlı özel nitelikteki dava şartları, yargılama devam ederken kendiliğinden gerçekleşebilir. Bu gibi hallerde mahkemenin dava şartlarının başlangıçtaki yokluğu sebebiyle davayı reddetmeyip esası ile karar vermesi yerinde bir yaklaşım olacaktır¹¹⁰.

Bir yıllık müddetin hukuki niteliği tespit etmek için bazı hukuki sorunlara yanıt bulmak gereklidir. Anlaşmalı boşanma açıldığı zaman henüz bir yıllık süreç dolmamış, yalnız yargılama aşamasında daha karar verilmeden bir yıllık süre dolmuş ise bu konu üzerinde durulması gereken bir durumdur. Yargıtay'ın içtihadına göre böyle bir durumda davanın bir yıllık süre dolmadan açıldığı gerekçesi ile anlaşmalı boşanmanın gerçekleşmediğine karar vermişti¹¹¹. Bu sorunu gidermek için MK. d. 166/3 de yer alan bir yıllık sürenin hukuki niteliği tespit etmek zorunludur. Bir görüşe göre bir yıllık süre, maddi hukuka dair yargılama koşuludur. Hakim davanın evlenme tarihinden itibaren bir yıl geçtikten sonra açılıp açılmadığını kendiliğinden göz önünde tutmakla yükümlüdür. Bu bir yıllık süre “hak doğurucu bir süredir”. Davaya bakan hakim hak düşürücü sürelerde olduğu gibi, hak doğurucu sürelerde kendiliğinden göz önünde tutmak ve dava bir yıl geçmeden açılmış ise bu anlaşmalı boşanma koşullarının oluşmadığını tespit edilmekle yükümlüdür¹¹². Yargılama koşulları eksik olduğunda davanın esastan değil, usulden reddine karar verilmesi gerekmektedir. Bu yargılama koşulu gerçekleşince, ayını konuda dava açılması mümkündür. Genel yargılama şartları yanında belirli

¹⁰⁷Yalın, s. 23.

¹⁰⁸Yalın, s. 23.

¹⁰⁹Bilgin, s. 39.

¹¹⁰Bilgin, s. 39.

¹¹¹Y. 2. HD. 08.06.1998, 6237/7154; Y. 2.HD.28.10.1992, 9993/10453; Y. 2. HD. 10.12.1997, 12360/13465; Y. 2. HD. 28.11.1997, 11547/12959 (Özdemir, s. 124).

¹¹²Zafer **Ergün**, Boşanma Davaları, Adalet Yayınları, 2009, s. 86.

davalarda özel yargılama koşulları da aranmaktadır. Medeni Kanun'un 166/3 hükmünde evlilik birliğinin bir yıl dolmuş olması şartı da bir yargılama koşuludur.

Yargılama koşulu olarak davanın başlangıcında var olmayan evliliğin bir yıl sürmüş olması şartı yargılama süresinde dolmuş ve bu sırada henüz dava yargılama şartının eksikliğinden reddolunmamışsa, artık yargılama şartının davanın başlangıcında var olmadığı sebebiyle dava reddolunmamalı, davanın esasına girerek yargılamaya devam edilmelidir. Çünkü karar verilene kadar yargılama şartları tamamlanabilir. Böylece eşler başlangıçtan itibaren işlemlerini boşa yapmamış olacaklardı¹¹³.

2.3.2. Eşlerin Birlikte Başvurması veya Bir Eşin Açtığı Davayı Diğerinin Kabul Etmesi

Anlaşmalı şekilde boşanmak isteyen iki taraf, boşanmak üzere birlikte başvurabilirler. 4721 Türk Medeni Kanunu 166/3.madde hükmünde eşlerin birlikte başvurabileceği açıklandığı halde bu davada davacı ve davalının hangi taraf olacağı belirli değildir¹¹⁴.

Medeni Kanunda açıkça “eşlerin birlikte başvurmaları” isteğe bağlı belirtmiştir. İsviçre’de ZGB art.111 ve art 112’ye göre eşler mahkemeye beraber dilekçe ile başvurarak anlaşmalı boşanma sürecini başlatırlar. MK. md.166/3 göre eşler mahkemeden ortak bir dilekçe ile anlaşmalı boşanmayı isteyebileceklerdir¹¹⁵.

Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesinde olan “eşlerin birlikte başvurmaları” ifadesi, eşlerin anlaşmalı boşanma davasını birlikte açmaları olarak anlaşılmaktadır. Bu durumda eşler hem davacı hem davalı konumunda bulunacaklardır. Eşler birlikte dava açmışlar ise, birinin davadan feragati halinde diğer eşin davası derdest kalacaktır¹¹⁶.

Yargıtay bir kararında¹¹⁷ eşlerin birlikte başvurmaları evliliğin temelinden sarsılmış sayıldığına dair kararı ‘... anlaşmalı boşanma olarak boşanmaya karar verebilmesi için; evlilik birliğinin en az bir yıl sürmüş olması, eşlerin birlikte başvurmaları ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi, boşanmanın mali sonuçları ile ilgili olarak mahkemeye

¹¹³Özdemir, s. 126.

¹¹⁴Gençcan, s. 685.

¹¹⁵Özdemir, s. 127.

¹¹⁶Ergün, s. 86.

¹¹⁷Y 2.HD. 19.02.1990, E. 1989/10658, K. 1990/2000. (Ruhi, s. 223-224)

bir anlaşma metninin sunulması veya bu konudaki anlaşmanın mahkeme tutanağına geçirilmesi gerekir. Bu yön; kamu düzenine ilişkin bulunduğundan, hakim bu üç unsurun varlığına kendiliğinden araştırmak zorundadır. Bu unsurlardan birinin yokluğu halinde dava başkaca hukuki sebebe dayandırılmıyorsa davanın reddedilmesi gerekmektedir. Olayımızda taraflar bizzat mahkemede hazır bulunmamışlar ve kendilerini vekil ile temsil ettirmişlerdir. Bu durumda boşanma isteğinin tarafların serbest iradelerinin mahsulü olduğundan söz etmek mümkün değildir. ...”. Yargıtay başka bir kararında ‘’ Eşlerin birlikte başvurmaları ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi evlilik birliğinin temelinden sarsıldığıнын karinesi sayılır’’¹¹⁸

Kılıçoğlu’na göre TMK madde 166/3’ünde her ne kadar boşanma için ‘’eşlerin birlikte başvurmasına’’ değinilmişse de hukuk yargılama sisteminde iki kişinin aynı anda davalı ve davacı olması mümkün değildir. Bu hükmün uygulanması usule aykırıdır¹¹⁹.

Yalçınkaya/Kaleli’ye göre de kanun yanlış anlaşmalara yol açabilecek şekilde kaleme alınmıştır. Yazarlara göre, yargılamaya başlamadan dilekçede her iki eşin imzası istenmemesi gerekir ve sadece bir eş tarafından MK. md.166/3’e göre hazırlanan dilekçe ile boşanma yargılaması başlayacaktır. Zira burada amaç boşanmaya eşlerin birlikte karar verdiklerini göstermektir. Her iki tarafın iradelerini serbestçe gösterdikleri, eşlerin hâkim tarafından bizzat dinlenmesi ile belirlenecektir¹²⁰.

TMK m. 166/3 madde metninde, eşlerin anlaşmaları durumunda, boşanma sonucuna ulaşabilmesi için nasıl bir yol izleneceği usul kuralları getirilerek ki bunlar anlaşmalı boşanmanın maddi koşulları olarak gösterilmiştir. Kanun metninde yanlış anlaşmalara yol açmayacak şekilde, açıktır. Özdemir¹²¹ Anlaşmalı boşanma istemi ile ortak olarak, eşlerin mahkemeye başvurmalarını çekişmesiz yargı içerisinde görüşündedir. Ayrıca eşlerin birlikte başvurmalarında birinin davalı, diğerinin de davalı olarak gösterilmesinin gereği yoktur. Çünkü çekişmesiz yargıda, çekişmeli yargının aksine davacı, davalı, terimlerinin yeri ve anlamı bulunmamaktadır¹²²

¹¹⁸Y 2.HD. 22.02.1990, E.1990/10796, K. 1990/2176. (Ruhi, s. 224)

¹¹⁹Ahmet M.Kılıçoğlu, Aile Hukuku, Turhan Yayınevi, Ankara 2017, s. 113.

¹²⁰Özdemir, s. 128.

¹²¹Özdemir, s. 128.

¹²²Özdemir, s. 128.

Ancak Akıntürk'e göre eşler boşanma davasını beraber açabileceklerine göre, dava dilekçesinde her ikisi hem davalı, hem davacı olarak mı gösterilecektir? sormaktadır¹²³. Yargıtay, eşlerin anlaşmasına dayanan boşanma davalarında iki davacı ve iki davalı olduğu görüşündedir¹²⁴. Anlaşmalı boşanmaya karar verebilmek, için tarafların her konuda anlaşmaya varmış olmaları gerekir¹²⁵.

Uygulamada eşlerden birinin açtığı davayı kabul eden diğer eşin kabul beyanı alınmakta ama boşanmayı kabul eden eşten boşanmanın mali sonuçları ve çocukların durumu hakkında bir şey sorulmamaktadır. Oysa aile mahkemesi hâkimi tarafından, tarafların bu konudaki beyanları alındıktan sonra onlara anlaşmanın içeriği hususunda protokol sunmak için süre verilmelidir¹²⁶.

Boşanmanın mali sonuçları ve çocuklarla olan ilişkileri kapsamayan kabul beyanı, hukuksal bir sonuç doğurmaz. TMK'nın 184 b. 3 hükmüne göre tarafların bu konudaki her türlü ikrarı hâkimi bağlamaz. TMK'nın 166 f. III hükmünün yasal koşullarının hepsinin gerçekleşmediği bir durumda davalının boşanma davasını kabul etmesinin hiçbir anlamı yoktur.

Yargıtay bir kararında; "Boşanma dava dilekçesini davalı olarak imzalamış olması ayrı bir harç yatıramadığından davalı açısından bu dilekçeyi dava dilekçesi niteliğine dönüştürmez. Açıklanan bu durum karşısında kadının davasının feragat nedeniyle reddi ile yetinmesi gerekirken, kocanın davası varmış gibi kesin hüküm oluşturulacak şekilde davalının boşanma davasının reddine karar verilmesi doğru olmamıştır"¹²⁷. Şeklinde hüküm kurmuştur.

¹²³ Akıntürk, s. 270.

¹²⁴ Y. 2. HD. 04.12.2007, E. 2008/8481, K. 2009/ 11164 "eşlerin anlaşmasına dayalı boşanma davalarında bir bakıma iki davacı ve iki davalı olduğu görüşünü sergilemiştir". (<https://www.hukukmedeniyeti.org/karar/2189861/yargitay-2-hukuk-dairesi-e-2008-8481-k-2009-11164/?v=list&aranan=Y2HD,%2015.3.1990,%2011382-2844>) (12.06.2019).

¹²⁵ Y 2.HD.04.11.2003, E.2003/13716, K.2003/014860 Mahkemece, Dava iki tarafın kabulüne bağlı olarak neticelendirilmiş ve davacı lehine yoksulluk nafakasına hükmedilmiş ise de, Türk Medeni Kanunun 16/3'ncü maddesi gerekli hüküm kurabilmek için tarafların her konuda anlaşmış olmaları gerekir. Aksi halde dava, Türk Medeni Kanunu'nun 166/1-2'nci maddesi çerçevesinde değerlendirilmelidir. Türk Medeni Kanunu'nun 184/3.maddesi gereği iki tarafın ikrarı hâkimi bağlamaz. İki taraf da delil bildirmediğinden davanın reddi gerekirken kabulü bozmayı gerektirse de bu yön temyiz edilmediğinden yanlışlığa işaret edilmekle yetinilmiştir.(Ruhi, s. 239-240)

¹²⁶ Özdemir, s. 128.

¹²⁷ Y 2. HD, 12.02.2008, 4531-1409 (Gençcan, s. 686).

Ancak iki ayrı başvurma alınacağını ileri süren görüşler normatif dayanak göstermek zorundadır. Bir dava dilekçesinde iki başvurma harcı olanaksız olduğu için bu türden görüşlere katılmak mümkün değildir.

Yargıtay bir kararında iki başvurma harcını gerekli görmüştür: “ ... davalının harcı verilerek açılmış bağımsız bir boşanma davası yoktur. Davalının davacı kadın tarafından açılan boşanma dava dilekçesini davalı olarak imzalamış olması ayrı bir harç yatırılmadığından davalı açısından bu dilekçeyi dava dilekçesi niteliğine dönüştürmez. Açıklanan bu durum karşısında kadının davasının feragat nedeniyle reddi ile yetinilmesi gerekirken, kocanın da davası varmış gibi kesin hüküm oluşturacak şekilde davalının boşanma davasının reddine karar verilmesi doğru olmamıştır”¹²⁸.

Gençcan bu karara karşı oyuyla katılmadığını açıklamıştır.

“... Taraflar birlikte verdikleri dilekçe ile anlaşmalı boşanma hükümleri doğrultusunda “karşılıklı boşanma” talebinde bulunduklarını dava dilekçesinde açıkça ifade etmişlerdir. Dava dilekçesinde beyan edilen “ karşılıklı” boşanma istemi ile hem kadın eşin hem de erkek eşin anlaşmalı boşanma istedikleri bellidir. Anlaşmalı boşanma davasında bir “çekişmeden” söz edilemeyeceği için eşlerin “birlikte boşanma istemeleri” ve “ birlikte davacı” olmaları davanın mahiyeti gereğidir. Anlaşmalı boşanma davasında eşlerden birinin “davalı” olduğu başka bir deyişle “çekişme çıkaran taraf” olduğu düşünülemez. Karşılıklı boşanma isteyenlerin ikisinin de “ boşanma davacısı” boşanma konusunda “ davacı” oldukları imzalı beyanları ile tartışlamayacak kadar açıktır. Anlaşmalı boşanma isteminden vazgeçilmesi durumunda ise hem kadın eşin hem de erkek eşin davayı istedikleri takdirde TMK m.166 f.I hükümlerine göre sürdürebilmeleri olanaklıdır. Kadın eşin boşanma davasından feragat etmesi sebebiyle “ kadın eşin boşanma davasının” feragat sebebiyle reddine karar verilip davasını sürdüreceğini açıklayan “ erkek eşin boşanma davasının” TMK m. 166 f.III koşulları gerçekleşmediğinden TMK m. 166 f.I hükümlerine göre yerel mahkeme hakimi tarafından sürdürülerek erkek eşin boşanma davası yönünden de karar verilmesi

¹²⁸Y 2.HD. 12.02.2008, 4531-1409. (Gençcan, s. 686).

gerektiği konusunda yerel mahkeme hakimi ile Gençcan“ aynı görüşte” olduğundan değerli çoğunluğun, farklı görüşüne katılmıyor¹²⁹.

Aynı dilekçe ile anlaşmalı boşanma isteyen eşler iki ayrı başvurma harcı yatırmak zorunda ise “birlikte başvurma” ifadesi anlamını yitirmektedir.

Yargıtay’ın bir başka kararında birlikte başvuruya rağmen sadece harcı yatıranı davacı kabul etmiştir: “..Taraflar, boşanma ve ferileri konusunda anlaştıklarını belirterek “anlaşmaları” gibi boşanma kararı verilmesi talebi ile mahkemeye birlikte başvurmuşlardır. Dava dilekçesinde; Aysel Buğa, “davacı-davalı” olarak; Muharrem Buğa da “davalı-davacı” olarak gösterilmiş, dilekçe her ikisi tarafından bu sıfatla imzalanmış, başvurma ve peşin harç ise, tek bir davaya ilişkin olarak yatırılmıştır. Harcı verilmeyen dava açılmış sayılmaz (Harçlar K.md.127). O halde, ortada iki dava değil tek bir dava vardır. Bu da kadın tarafından açılan davadır. Davalının da, dava dilekçesini imzalamış olması boşanmayı kabul edeceği anlamında olup, kendisi tarafından da dava açılmış olduğunu göstermez. Mahkemece, davanın kabulüne tarafların Türk Medeni Kanununun 166/3.maddesi uyarınca anlaşmalı boşanmalarına karar verilmiş, kararı davacı kadın temyiz etmiştir. Davacının 20.3.2008 tarihli temyiz dilekçesinin davadan feragat niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece bu hususta bir karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir”¹³⁰.

Eşlerden birinin tek taraflı irade ile mahkemeye başvurması ve ortak yaşantı ile evlilik birliğini çekilmez hale getiren sebepleri açıklayarak boşanmayı talep etmesi durumunda davalı eş hakim önünde ileri sürülen olayların var olduğunu benimserse hakim bu durumda eşlerden hangisinin kusurlu olup olmadığını araştırmadan boşanmaya karar verilecektir¹³¹.

Medeni Kanun’un 166\3 hükmüne göre eşler anlaşarak boşanabilir. Bunun yanında hükmün sağladığı diğer imkân bir eşin açmış olduğu davanın diğer eş tarafından kabul edilmesidir. Davanın kabulü HMK 309-311. maddelerinde düzenlenmiştir. (HUMK 92-95) Medeni Kanun’un 166\3 maddesi kapsamında kalmak için de bu hükümler uygulanacaktır. MK md. 184 hükmünde “Boşanmada yargılama usulü” başlığı altında, bu

¹²⁹Y 2. HD. 12.02.2008, 4531- 1409 sayılı kararda yer alan karşı oy yazısı (Gençcan, s. 686-687)

¹³⁰Y 2.HD,08.05.2009, 6634-9059 (Gençcan, s. 687).

¹³¹Namık **Yalçınkaya**, Şakir **Kaleli**, Boşanma Hukuku, Türk Hava Kurumu Basımevi,1988, s. 118.

kurallar saklı kalmak şartıyla, boşanma yargılaması Hukuk mahkeme kannuna tabi olacağı belirtmiştir¹³².

MK 166 son cümleye göre, bu boşanma davasında hakimın tarafların ikrarı ile bağlı olmadığına ilişkin MK 184 b.3 kuralı uygulanamaz. Bu hükmün özel boşanma sebeplerine dayanılarak açılan bir davada önemi şuradadır ki özel boşanma sebebinin olmasını ikrar MK 184.b.3 e göre hakimi bağlamazken, davayı kabul halinde, bu hüküm uygulanamaz. Örneğin, zina sebebiyle açılan bir boşanma davasında, zina yapan eşin bunu ikrar etmesi hakimi bağlamaz. Lakin, aynı davada zina yapan eşin davayı kabul etmesi (yoksa zinayı değil) halinde, hakim bununla bağlanır. ve MK 166/3e göre boşanmaya karar verilir¹³³. Bu hususta yargıtayın kararı bulunmaktadır¹³⁴

2.3.2.1. Davayı Kabul

Boşanma davasının kabulünde, davacı olan eşin taleplerini davalı olan eşin kabul etmesidir¹³⁵. Tarafların davada tasarruf yetkileri bulunursa davayı kabul ederek sonlandırabilirler. Lakin davada tasarruf yetkisi bulunmuyorsa dava sonucu üzerine bir etkileri bulunmamaktadır¹³⁶.

Doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre diğer tarafın davayı kabul etmesi ile evlilik birliğinin temelinden sarsıldığını kesin olarak kabul ettiği varsayılmaktadır. Bunun yanında diğer şartların gerçekleşmesiyle anlaşmalı boşanmaya karar verilecektir. MK md. 166\1'e göre dava açılması gerektiği ve diğer özel (MK md. 161-165) boşanma şartına dayalı olarak açılan davalarda kabul üzerine MK m. 166\3 hükmü uygulanması konusunda farklı görüşler bulunmaktadır¹³⁷.

¹³²Özdemir, s. 138.

¹³³Dural. Ögüz, Gümüş, s. 120.

¹³⁴Y.2. HD. 10.09.2001, 9914-11437 “Yargıtaya göre zina sebebiyle açılan bir davada davalının zina yaptığını ikrar etmesi tek başına hukuki sonuç doğurmaz. Zina fiilinin işlendiğini gösteren delil olması gerekir “ İbrahim Ercan, Boşanma Davalarında Geçerli Olan Yargılama İlkeleri, s. 256. (<https://dergipark.org.tr/download/article-file/213542>) (9.06.2019)

¹³⁵Özdemir, s. 138.

¹³⁶Özdemir, s. 138

¹³⁷Özdemir, s. 138.

Özdemire görüşüne göre kabul üzerine MK m. 166\3 hükmünün uygulanacağı davanın MK m. 166/1-2'ye dayanması ve genel olarak dilekçede evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedenine dayanılması gerekmedir. Yargıtay da bu görüştedir¹³⁸.

Aksi görüşe göre, bir eşin diğerinin açtığı boşanma davasını kabul etmesi yalnızca TMK 166. madde uyarınca evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayanan davalarda değil diğer boşanma sebeplerine dayanan davalarda da söz konusu olabilir. Örneğin bir eşin açmış olduğu zina ya da terke dayanan boşanma davasında davalı eşin boşanma sebebini kabul etmesi TMK 184. maddeye göre hakimi bağlamazsa da davalı eşin boşanma davasını kabulü halinde TMK166. maddesinin 3. fıkrasında göre boşanmaya karar verebilir, meğer ki eşlerin arasındaki olan evlilik bir yılı tamamlamış olsun¹³⁹. Özdemir'e de bu görüşün yerinde olduğu düşüncesindedir¹⁴⁰.

Özdemir'e göre¹⁴¹ MK. m. 166/1 hükmü dışında, akıl hastalığı hariç, herhangi bir nedenden boşanma davası açılmış olmasına karşın, hâkim yargılama başında veya yargılama sürecinde, diğer eşin davayı kabul etmesiyle, MK. m.166/3 hükmünü uygulanabilir. Anlaşmalı boşanma hususunun Medeni Kanun'un 166. maddesi içersinde yer alması, anlaşmalı boşanmanın sadece bu hükmüne dayanarak açılan davalarda uygulanmasını haklı göstermemektedir. Ne sebeple olursa olsun açılan boşanma davasında, evlilik birliğinin (en azından davayı açan taraf açısından) temelinden sarsılmış olması şüphesizdir¹⁴².

2.3.2.2. Davanın Kabul Süreci

Genel olarak davanın kabulü, hüküm kesinleşmesine kadar mümkündür. Lakin öğretide, açılan boşanma davası hususunda bu sürenin sınırlandırılmasına yönelik bir görüş bulunmaktadır¹⁴³.

¹³⁸ Y. 2. HD. 08.06.1998 6237\7154; Y. 2.HD.28.10.1992, 9993\ 10453; Y 2. HD. 10.12.1997, 12360\13465; Y. 2.HD. 28.11.1997, 11547\12959; Y. 2. HD. 14.12.1998, 12095\13532, Y. 2.HD.26.01.1999,12775\114 (Özdemir, s. 139).

¹³⁹ Oğuzman, Dural, s. 129.

¹⁴⁰ Özdemir, s. 139.

¹⁴¹ Özdemir, s. 139.

¹⁴² Özdemir, s. 139

¹⁴³ Özdemir, s. 141.

Özdemir'e göre bir eşin açmış olduğu boşanma davasını, diğer eşin, kabul edebilmesi hâkimin kararı kesinleşene kadar mümkündür. Bunu genel kurallardan ayıracak bir sebep yoktur. Diğer eşin, karar kesinleşinceye kadar, dava hangi aşamada olursa olsun kabul etmesinden sonra hâkimin artık (çekişmesiz usulde) MK. m. 166/3 hükmünde bulunan diğer şartların varlığını araştırması gerekmektedir¹⁴⁴.

2.3.2.3. Kabul Beyanı

Türk Medeni Kanunu 166/3 hükmü açık ve net bir şekilde bir eş tarafından açılmış olan davanın diğer eş tarafından kabulü halinde artık boşanmaya dayalı davanın sübut edeceğini düzenlemiştir. Davanın kabulü, davacının talebini davalı tarafın kısmen ya da tamamen kabul etmesiyle yargılamanın sona ermesini sağlayan eylemdir. Davanın kabulü mahkemeye verilecek bir dilekçe ile gerçekleştirebileceği gibi yargılama esnasında duruşma tutanağına sözlü olarak yazılması ile de gerçekleşmesi mümkündür¹⁴⁵.

2.3.2.3.1. Mahkeme İçi Kabul

Mahkeme içi kabul beyanı yazılı ve sözlü olmak üzere iki şekildir. Yazılı kabulde, yargılama sürecinde davalı tarafından hazırlanıp mahkemeye sunulur. Eğer ki bu dilekçe dava duruşma sürecinde verilirse verildiği tutanağa yazılır. Yalnız duruşma esnasında verilmediyse, dilekçede imzası bulunan davalı veya vekilinin kimlik bilgileri dökümü gerekmektedir. Bu dilekçe mahkemeye verildiğinde kabul eylemi tamamlanır¹⁴⁶. Ayrıca dilekçenin karşı tarafa gönderilmesine gerek yoktur. Ancak Özdemir'e göre davayı açan tarafın kabul niteliğini öğrenmesi için kabul dilekçesinin karşı tarafın tebliği yerinde olurdu¹⁴⁷.

Sözlü kabul ise duruşma esnasında davanın sözlü olarak kabul edilmesidir. Sözlü kabul halinde kabul beyanının duruşma tutanağına yazılması gerekir. Tutanağın kabul ile alakalı bölümü okunup davalıya beyanını kabul ettiğine dair imza atılır. Kabul beyanının davalıya okunmasından sonra imzasının alınması zorunludur. Bu şarta

¹⁴⁴Özdemir, s. 141.

¹⁴⁵Bilgin, s. 49.

¹⁴⁶Özdemir, s. 142

¹⁴⁷Özdemir, s. 142.

uymayan kabuller geçerli değildir (HMK m. 154) MK. m. 166/3'ün uygulanacağı davalarda yukarda bahsedilen esaslar aynı şekilde geçerlidir¹⁴⁸.

2.3.2.3.2. Mahkeme Dışında Gerçekleşen Kabul

Davalı olan taraf davayı mahkeme önünde kabul edebileceği gibi mahkeme dışında da kabul etmesi mümkündür. Burada gerçekleşen kabul beyanı noter önünde yapılabileceği gibi karşı tarafa verilmiş bir yazıda ya da tanık önünde yapılabilmektedir. Kural olarak bu şekil de geçerli bir kabul olur. Lakin davalı tarafından yapılan kabulün usulüne uygun olması gerekmektedir. Davacı dava esnasında her türlü delilden yararlanabilir. Davacının ispatla yükümlü olduğu bu kabulün MK m.166/3'ün uygulanacağı davalarda uygulama kabiliyetinin bulunup bulunmadığıdır. Özdemir'e göre de bunun mümkün olması gerekmektedir¹⁴⁹. MK. m. 166/3 hükmüne göre davalının kabulünün mahkeme içi olmasını zorunlu kılacak bir hüküm yoktur. Buna istinaden mahkeme dışı kabul beyanı kanıtlanır ise davalı çağırılarak bizzat dinlenmektedir. Buna göre mahkeme dışı kabulün varlığını iddia eden davacıya bu iddiayı kanıtlama olanağı verilebilmelidir. Bu kabulün usule uygun olması için hâkim davalı tarafı bizzat dinleyecek ve iradesini serbestçe belirttiğine kanaat getirecektir. Eğer ki serbest iradenin olduğu kanısında kuşkuya düşmüş ise anlaşmalı boşanma gerçekleşmeyecektir. Bu etapta, kabulde bir aksaklık var ise, sakıncalı bir sorun doğması hakim tarafından engellenebilecektir¹⁵⁰. Özdemire göre, anlaşmalı boşanma davalı kabul beyanını karar kesileşinceye kadar, hiçbir ön şarta bağlı kalmadan geri alabileceği için davalı açısından herhangi bir tehlike bulunmamaktadır¹⁵¹.

2.3.2.4. Kabulden Dönmek

Davalının davayı kabulü, HMK'da davayı sona erdiren taraf işlemlerinden biridir. Mahkeme kabul beyanına ilişkin olarak dava ile ilgili karar vermemiş olsa da davalı kabulden dönemez. Kabulden dönmeme hali ıslah yoluyla yapılmayıp davalı ancak

¹⁴⁸Özdemir, s. 142.

¹⁴⁹Özdemir, s. 143.

¹⁵⁰Özdemir, s. 143.

¹⁵¹Özdemir, s. 143.

iradeyi sakatlayan hallerinden birini öne sürüp kabul beyanında bulunduğunu bildirerek kabul beyanının geçersiz olduğunu varsayabilir¹⁵².

MK m.166/3'ün uygulandığı bir davada kabul eden eş, karar şekli anlamında kesinleşinceye kadar bu kabulden dönebilir. TMK m.166/3'ün hükmü evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına kesin bir karinedir. Bir eşin davasının taraf olan diğer eşin kabul etmesi halinde uygulanabileceğini görmekteyiz. Lakin bu boşanma kararını vermek için tek başına yeterli değildir. Çünkü bir eşin davasının diğer eş tarafından kabul edilmesi durumunda hakim evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına ilişkin kesin karineye rağmen tarafları bizzat dinlemelidir, iradelerini serbestçe açıkladığına kanaat getirip ve boşanmanın mali sonuçlarını düzenlemeye uygun bulmalı ya da aksi takdirde hakimın önerisi eşler tarafından kabul edilmelidir. Ayrıca bütün şartlar gerçekleşince boşanmaya karar verilir. Aksine boşanma gerçekleşmeyecektir¹⁵³.

Anlaşmalı boşanma için şart olan husus özgür iradenin varlığıdır. Yargıtay'ın, kabule ilişkin irade açıklamasında sadece iradeyi sakatlayan nedenler var ise ve bu nedenleri kanıtlaması halinde dönülebileceği yönündeki kararlarına katılmak olası değildir¹⁵⁴. Ayrıca yerel mahkeme, davalı olan tarafın kabul beyanını, iradesini sakatlayan bir durum altında verilmiş olmasına karşın, kabule ilişkin irade açıklamasından dönemeyeceğini kabul ederek MK. m. 166/3 hükmüne göre anlaşmalı boşanma hükümlerini uygulayarak boşanma karar vermektedir¹⁵⁵. Yargıtay kararları ise “...burada olduğu gibi mahkeme huzurundaki beyanın serbest iradenin ürünü olmadığı iddiası birer hadisedir. Mahkemenin önce ortaya çıkan hadiseleri incelemesi, çözmesi, sonra devanın esasını incelemeye başlaması gerekir. İddia HMK 163. maddesince hadise şeklinde çözümlenmeden davaya devam edilmesi usul kanununa aykırıdır. O

¹⁵²Helin Neval **Tekin**, Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma Yüksek Lisans Tezi Bahçeşehir Üniversitesi, İstanbul, 2017, s. 58.

¹⁵³Tekin, s. 59.

¹⁵⁴Y 2.HD.03.10.1994, 8139/8957 “Ancak Yarg. Hukuk Genel Kurulu MK. Md.166/3 hükmüne hem uygulandığı davalarda hem kabul hem de feragat açısından kabul edilecek genel esaslar belirlenmiştir. Yarg. HGK'nun 16.10.1991, E, K. 2-465/493 sayılı kararına göre “kuralların hep birlikte değerlendirilmesinden açıkça anlaşıldığı üzere boşanma davası, HUMK. 92. maddesinde yer alan kuralların istisnasını oluşturmaktadır. Davanın kabul edilmesi, tek başına kesin hükmün sonuçlarını doğuramaz. Bu nedenlerdir ki gerek hâkim gerekse Yargıtay kanunda gösterilen unsurların varlığını re'sen gözetmek durumundadırlar. Şu hâlde dava kararı 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 Özdemir'e göre geçerlilik kazanmıştır. (Özdemir, s. 145).

¹⁵⁵Özdemir, s. 145.

halde mahkemece hadise olarak ileri sürülen konuda tarafların açıklamaları alınmalı, gerekirse göstereceği deliller sorulup toplanmalı, deliler (MK. m. 166/3) maddesi çerçevesinde değerlendirilerek bir karar verilmelidir.” gerekçesi ile kararı bozmuştur¹⁵⁶. Özdemir’e göre bu karar uygun değildir¹⁵⁷. Bu hususa muhalif iki üye tarafından değinilmiştir¹⁵⁸.

Yargıtay 1995 tahrili bir kararında¹⁵⁹, yerel mahkemenin kararından sonra, temyiz aşamasında kandırıldığını, bilgisizliğinden, tecrübesizlikten yararlanıldığını beyan ederek, kabulden döndüğünü belirten davalının bu beyanı, yukarda belirten kararın aksine HMK 163’e dahi değinmeksizin dikkate alınmamıştır ve yerel mahkeme kararı onanmıştır. Bu karara katılma imkânı bulunmamaktadır. Lakin bu kararda muhalif kalan iki üye tarafından söz edilmiş görüşleri ise tümüyle yerindedir¹⁶⁰.

¹⁵⁶ Özdemir, s. 145.

¹⁵⁷ Özdemir, s. 145

¹⁵⁸ Muhalefet şerhi: “... tarafların boşanma konusundaki yalın kabulleri tek başına hukuki sonuç doğuramaz. Zira hâkim tarafından iradelerini serbestçe açıklamış oldukları hususunda nesnel veriler dayalı belirtilere inanmış bu konuda vicdani kanaatinin oluşmuş olması gerekir. Davalı bir sonraki oturmada ‘beni evden attı, bu nedenle istemeyerek duyulan tepki sonucu boşanmayı kabul ettim’ şeklindeki beyanıyla açıklamasının serbest irade ürünü olmadığını bir anlık tepkinin yarattığı öfkeden kaynaklandığını açıklamakla, iradesinin hür bir iradeye varlığından söz edilemez. Hâkim buna rağmen olayın hür ürünü olduğunu kabul ediyorsa bunu kanuni gerekçeleriyle açıklamakla yükümlüdür. Diğer yönden davacının açtığı boşanma davasından feragat etmesi mümkün görülmektedir. Hatta anlaşmalı boşanma koşullarının varlığı dahi feragatin geçerliğini 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”(Özdemir, s. 146).

¹⁵⁹ Y. 2. HD. 15.1.1996, 14248-251 (Özdemir, s. 145).

¹⁶⁰ Muhalefet açıklaması şöyledir; “davacı kocanın açtığı boşanma davasının yapılan yargılaması sırasında davalı boşanmayı kabul ettiğini, nafaka istemediğini açıklamış, davaya bakan hâkim başkaca bir inceleme yapmadan boşanmaya karar vermiştir. Davalı Yargıtay’a gönderdiği talep ile kandırıldığı, bilgisizliğinden, tecrübesizlikten, yaralandığını belirtmiştir. (...). Somut olayda; davalının eğitim olmayan bir köyde yetiştirildiğini anlamaktayız. (Nüfus kaydı ve dilekçede gösterilen adresinden). Cahil ve tecrübesiz olan davalıya olayın ehemmiyeti ve sonucunu anlatması, mali konulardaki haklarını hatırlatması, boşanmanın kabulü serbest irade dayandığının araştırması, eşi kocasından nafaka bile istemediğini anlatması ve medeni kanunundaki öngörülen şartların ne şekilde gerçekleştiğini açıklaması gerekmektedir. Medeni kanun 152. maddesiyle ileriye müteveccih nafakadan vazgeçilemeyeceğini dikkate alınmaması kanunun hâkime yönelik görevleri yerine getirmesi bundan sonra oluşan duruma göre bir neticeye varması gerekmektedir. Sözü geçen kanuni kurallar olmadan boşanma karar verilemez. Başka bir yönden davalının temyiz dilekçesi kabul iradesinden vazgeçme vasfındandır. Davalı kabulün serbest iradesine dayalı olmadığını, hâkimin karar verene kadar açığa vurabilir. Bunu men edecek kanuni bir hüküm bulunmamaktadır. Davacıya iradesini geri alma (feragat hakkı) tanındığına göre davalıya kabulden geri dönme hakkı tanınmalıdır. Aksine Anayasa 10. maddesinde eşitlik kuralına aykırı olur. (...). Bu itibarla cahil tecrübesi olmayan tarafın oluşturduğu manevi baskının etkisinden hala kurtulmayan davalının yalın kalan kabulü de boşanmaya karar verilmesine, çoğunluk hakim görüşü bu yöndedir ama Özdemir buna katılmıyor.” (Özdemir, s. 146).

2.3.2.5. Anlaşmalı Boşanmada Talepte Bulunabilme Ehliyet

2.3.2.5.1. Usul Hukuk Bakımından

2.3.2.5.1.1. Taraf Olma Ehliyeti

Bu ehliyet usul hukukunda taraf olabilme yetkisini ifade eder. Medeni hukuka göre hak ehliyetine sahip olan herkesin davada taraf ehliyeti bulunmaktadır. Boşanma davasında taraflar eşlerdir. Üçüncü kişilerin, eşlerin temsilci olamazlar boşanma davası açmaya hakları yoktur¹⁶¹.

2.3.2.5.1.2. Dava Ehliyeti

Kişinin kendisi veya yetkili kılacağı bir temsilci aracılığı ile davayı takip etme usul işlemlerini yapabilme ehliyetidir.

2.3.2.5.2. Medeni Hukuk Bakımından

2.3.2.5.2.1. Tam Ehliyetliler

Ayırt etme gücüne sahip ergin olan ve kısıtlı olmayan kişileri kapsar. Bu kişilerin bir boşanma davasını bizzat veya vekilleri tarafından açıp yürütebilecekleri anlamına gelmektedir¹⁶².

2.3.2.5.2.2. Sınırlı Ehliyetliler

Kendisine yasal danışman atanan kişiye sınırlı ehliyetli denmektedir. Sınırlı ehliyetliler tıpkı tam ehliyetliler gibi ayırt etme gücüne sahip, ergin olan ve kısıtlı olmayan kişilerdir. Dolayısıyla sınırlı ehliyetlilerin kural olarak hukuki işlem yapma ehliyetleri vardır. Ancak bu kişiler kanunda belirtilen hukuki işlemleri yapabilmek için yasal danışmana danışmak zorundadırlar. Şahıs varlığı hakları açısından bir kısıtlama söz konusu değil. Sınırlı ehliyetlilerin boşanma davasında dava ehliyetine sahip olduğu şüphesizdir¹⁶³.

¹⁶¹Özdemir, s. 130.

¹⁶²Özdemir, s. 131.

¹⁶³Özdemir, s. 132.

2.3.2.5.2.3. Sınırlı Ehliyetsizler.

Bu gruba ayırtım gücüne sahip küçükler ile kısıtlılar girmektedir. Asıl olan fiil ehliyetinin bulunmamasıdır. Lakin boşanma davası açısından küçüklük söz konusu olamaz. Türk hukukuna göre on yedi yaşına giren evlenme ehliyetine sahiptirler. Ayrıca hakimın izniyle olağanüstü durumlarda bu yaş sınırı on altıya kadar düşebilir (MK. m.124). MK. m. 11/2 hükmüne göre kişiyi ergin (reşit) kılar. Bu şekilde boşanma davasında küçüklük söz konusu değildir. Bu kişilerin artık tam ehliyetliler grubu içinde görülmesi gerekir.

Ayırtım gücüne sahip kısıtlıların, kural olarak fiil ehliyetleri ve dava açma ehliyetleri yoktur, sınırlı ehliyetsizlerin kanuni temsilcileri tarafından temsil edilmeleri gerekmektedir. Lakin bu kişiler karşılıksız kazandırmalar, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımı ve haksız fiillerinden sorumluluk konularında ehliyetli sayılır (MK. m.16/I-2,II). Boşanma davası açma, boşanma isteğiyle birlikte başvurma veya açılmış bir boşanma davasında davalı olup, davayı MK. m 166/3 e göre kabul etme kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanımıdır¹⁶⁴.

2.3.2.5.2.4. Tam Ehliyetsizler

Ayırt etme gücüne sahip olmamak, fiili ehliyet ve dolayısıyla dava ehliyetine sahip olmamaktır. Bu sebeple de ayırt etme gücüne sahip olmayan eşin boşanma davası açma hakkı yoktur. Boşanma davası da kişiye bağlı haklardan olduğu için yasal temsilciler ile davayı açması mümkün değildir.

Ayırt etme gücüne sahip olmayan eşin direkt boşanma davası açamayacağı kesindir. Buna karşılık bir boşanma nedeni meydana gelince ayırt etme gücüne sahip olmayan eşin yasal temsilcisinin diğer eş aleyhine boşanma davası açıp açamayacağı mevzusunda tartışma vardır. Kişiye bağlı hakların yasal temsilci tarafından kullanılmamasının fiili ehliyetini aşıp hak ehliyetsizliğin sonucuna varması öğretisi ve uygulamada bu olumsuzluğun giderilmesine ihtiyaç duyulmuştur. Bu konuda doktrinde güçlü olan görüşe göre kişiye bağlı hakkın kural olarak yasal temsilci tarafından kullanılamayacağı sadece tam ehliyetsizin yararını gerektiriyorsa kanuni temsile izin

¹⁶⁴Özdemir, s. 132-133.

vermenin doğru olduğu yöndedir. Fakat hayata kast, pek kötü ve onur kırıcı davranış gibi olayların olması halinde yasal temsilci boşanma davasını bu konulara dayanarak açabilir¹⁶⁵.

2.3.3. Tarafların Bizzat Dinlenmesi

Hâkimin her iki halde de, hem birlikte başvurma hem de eşlerden birinin açtığı davayı diğerinin kabul etmesi durumunda tarafları bizzat dinlemesi gereklidir¹⁶⁶.

Bu durum, kanun hükmünde de açıkça belirtildiği üzere tarafların serbest irade ile boşanmayı istediklerini açıklar, yani bir eşin diğerinin üzerinde baskı kurmadığını hakim tespit etmesi için getirilmiştir¹⁶⁷. Taraflar dışında avukatlarının, kanuni temsilcilerinin(sınırlı ehliyetliler) veya yakınlarının dinlenmesi yeterli olmadığı gibi, hakim görevlendirmesi ile bile olsa başka bir kişinin tarafları dinlemesi de yeterli olamaz¹⁶⁸. Hakim eşleri bizzat dinlemeden boşanmaya karar verme olanağı yoktur. Hakim eşlerden birinin diğerinin veya bir başka kişinin baskısı altında, yani serbest

¹⁶⁵ Tekin, s. 92.

¹⁶⁶ Akıntürk, Karaman, s. 270.

¹⁶⁷ Y 2.HD 19.11.2012, E.2012/23500, K.2012/27564 “Konya 6.sulh ceza mahkemesinin 12.06.2012 tarihli ve 2012/189-1068 sayılı kararından; davacının boşanma davasını kabul etmesi için davalıyı tehdit ettiği; davalının; eşinin tehdit ve korkutması sonucu boşanma davasının 27.12.2011 tarihli oturumda gelip davayı kabul ettiği ve davacıdan maddi ve manevi tazminat ile nafaka istemediği yönünde beyanda bulunduğu sabit kabul edilerek davacının tehdit suçundan sonuç olarak beş ay hapis cezası ile cezalandırılmasına, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği görülmüştür. Bu karar 28.06.2012 tarihinde kesinleşmiştir. Ceza mahkemesinin cezai sorumluluğu tespit eden kararı hukuk hakimini bağlar (BK m.53,6098.s.TBK.m.74/1).Bu karar karşısında davalının anlaşmalı boşanma hükmüne esas alınan ”davayı kabul ”yönündeki irade açıklamasının tehdit ve davacının baskısı altında alındığı ve serbest iradesini yansıtmadığı kabul edilmelidir. Davalının hükme esas alınan irade beyanı ”tehdit ve korkutmayla” elde edildiğine göre tarafların boşanma ve ferilerinde anlaşma içinde oldukları kabul edilemez. Böyle bir durumda TMK nın 166/3 maddesine göre boşanma kararı verilemez. ” Yargıtay 2.HD19.7.2011 E.2010-9743,K.2011-12657 taraflar 5.11.2019 tarihli oturumda bizzat beyanda bulunarak, boşanma ve ferileri konusunda anlaştıklarını, dosyaya sundukları protokol gereğince boşanma kararı verilmesini istemişlerdir. Beyanları zapta geçirilmiş ve imzaları alınmıştır. Bu durumda TMK nın 166/3. Maddesindeki boşanma koşulları oluşmuştur. Anlaşmalı boşanma koşullarının oluştuğu ve karar vermeye bir engelin bulunmadığı oturumda herhangi bir sebep karar verilmemiş ve duruşma başka bir güne bırakılmışsa tarafların (asılların) bizzat sonraki oturumlarda hazır bulunma zorunluluğu bulunmamaktadır”. (Mehmet **Erdem**, Aile Hukuku, Seçkin Hukuk,2018 Ankara, s. 133).

¹⁶⁸ Y 2.HD. 31.10.2007,E.2007/12680, k.2007/12604 “davacı koca tarafından TMK nın 166/1. Maddesine dayalı evlilik birliğinin temelinden sarsıldığından bahisle açılan davada davalı kadının vesayet altına alınarak kısıtlandığı ve duruşmaların velayeti altında konulan babası tarafından sürdürüldüğü anlaşılmıştır. Mahkemece, tarafların anlaşmaları üzerine TMK nın 166/3.maddesi gereğince boşanmalarına karar verilmiştir. Hakim huzurunda vasiinin iradesine boşanma doğrultusunda açıklaması olması boşanma isteğinin şahsa bağlı haklardan olması sebebi ile sonuç doğurmaz. Asilin dinlenme olanağı da yoktur. Akıl hastalığında hukuki sebebine dayalı boşanma talebi de olmadığına göre davanın reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru değildir” (Erdem, s. 133).

iradesi olmaksızın boşanmayı kabul ettiğine kanaat getirirse davayı reddetmelidir¹⁶⁹. Kanunda aranan diğer şartlar gerçekleştiği takdirde eşlerin serbest iradeleri ile boşanmayı istedikleri anlaşıldıktan sonra hakimın davayı reddetmesi mümkün değildir. Bu durumda hakimın takdir yetkisi yoktur. Bu sebeple, anlaşmalı boşanma da MK 184/b.3 hükmün uygulanacağı, yani hakimın tarafların ikrarı ile bağlı olduğu 166/3'te de belirtilmektedir¹⁷⁰.

Öyle ki eşlerden birinin diğer eşin akraba veya yakın çevresinin baskısı ile boşanma talebini kabul etmesi öngörülen bir sonuçtur, bu yüzden hâkim tarafları bizzat dinlemelidir.

4721 sayı Türk Medeni Kanunu'nun 166/3. Maddesinde "en az 1 yıl sürmüş evlilikte eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde evlilik birliğinin temelinden sarsılmış sayılabileceği öngörülmüştür. Bu halde dahi boşanma kararı verilebilmesi için hâkimin bizzat tarafları dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocuklarının durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması gerekmektedir. (Türk Medeni Kanunun 166. Madde)¹⁷¹.

Aile mahkemesi hem davacıyı hem de davalıyı bizzat dinlemeden anlaşmalı boşanma kararı veremez.

¹⁶⁹ Yargıtay 2HD.17.5.2004 E.2004-5556,K.2004-6376 (kazancı) "...tarafların, TMKnın 166/3 maddesi kapsamında oluşan ve taraflarca bizzat hakime izhar edilen iradelerini serbest iradeleri olmadığına ilişkin kanaatin dayanağı ve gerekçesi gösterilmeden ve hatta hile, ikrah, cebir ve şiddet altında alındığı da iddia ve ileri sürülmemiş ve bu konuda herhangi bir kanıt getirilmemiş olduğundan bu beyanların hakimi bağlayacağı gözetilmeden 166/3 madde gereğince boşanma kararı verilmesi gerekirken (...)" (Erdem, s. 133).

¹⁷⁰ Erdem, s. 134

¹⁷¹ Y. 2.H.D. 14.04.2003/4254, K.2003/5414 "...Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen hükmün kanun yararına bozulması adalet bakanlığı yazısı üzerine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından istenilmekle evrak okunup görüşülüp düşünüldü. ... 4721 sayılı Türk medeni kanununun 166/3'ncü maddesi hükmüne göre en az bir yıl sürmüş evliliklerde eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin davasını kabul etmesi halinde evlilik birliğinin temelinden sarsılması öngörmüştür. Bu halde dahi boşanma kararı verilebilmesi için hâkimin bizzat tarafları dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına karar getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması gerekmektedir.

Taraflar hazır bulunup bizzat anlaştıklarını açıklamaz veya hâkim, tarafların anlaşmalarını uygun bulmaz ise, taraflardan delilleri sorulup toplanması sonucunda evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olup olmadığının Medeni Kanun'un 166. maddesi çerçevesinde takdiri gerekirken, davacı ve davalı dinlenilmeksizin taraf vekillerinin beyanı ile yetinilerek eksik inceleme ile boşanma hükmü kurulmuş olması usul ve yasaya aykırıdır" (Ahmet cemal ruhi, türk hukukunda boşanma, boşanmanın sonuçları yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi, seçkin yayınları, Ankara 2004, s. 236-237)

Konuya ilişkin Yargıtay bir kararında: “...Taraflar hazır bulunup, bizzat anlaşmalarını açıklamaz veya hakim, tarafların anlaşmalarını uygun bulmaz ise, tarafların delilleri sorulup toplanması sonucunda evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olup olmadığının Medeni Kanunun 184. maddesi çerçevesinde takdiri gerekirken, davacı ve davalı dinlenilmeksizin taraf vekillerinin beyanı ile yetinilerek eksik inceleme ile boşanma hükmü kurulmuş olması usul ve yasaya aykırıdır”¹⁷² denilmektedir.

Bir başka Yargıtay kararında: “...anlaşmalı boşanmanın şartları gerçekleşmemiştir. MK m.134/3 anlaşma sağlaması yönünden sarfedilen sözler kabul manasında yorumlanamaz”¹⁷³ şeklinde hüküm kurulmuştur.

Şu halde anlaşmalı boşanma davasında davacı bizzat hakim önünde dinlenmeden boşanmaya karar verilemez.

Yine Yargıtay’ın bir kararında ise: “...davacı asıl anlaşmaya katılmamıştır. Bu nedenle Türk Medeni Kanunu 166/3. maddesi koşulları oluşmamıştır. Boşanma davalarında tarafların kabul ve ikrarı hakimi bağlamaz.(TMK.m.184/3)¹⁷⁴ demek suretiyle görüşünü açıklamıştır.

Anlaşmalı boşanma davasında davacı olduğu gibi davalı da hakim tarafından bizzat dinlenmeden karar verilemez. Yargıtay konuyla ilgili olarak: “...Taraflar birlikte düzenledikleri protokol uyarınca boşanma isteminde bulunmuşlardır. 27.1.2014 tarihli oturumda bu konudaki beyanlarını imzalamışlar, davacı koca protokol dışında, kira, aidat ve yakıt masraflarını da ödeyeceğini beyan ettiği halde bu hususta davalı kadının beyanı alınmadığı gibi hükümde de bu hususa yer verilmemiştir. Bu durum karşısında Türk Medeni Kanununun 166/3.madde koşulları gerçekleşmediğinden hükmün bozulması gerekmiştir”¹⁷⁵ denmiştir.

¹⁷²Y 2.HD,29.09.2015,10528-13106 (Gençcan, s. 691).

¹⁷³Y 2.HD, 25.12.2001, 16623-17980.(Gençcan, s. 691).

¹⁷⁴Y 2.HD,21.03.2005,2419-4443 (Gençcan, s. 692).

¹⁷⁵Y 2.HD,21.09.2004,7490-10334.(Gençcan, s. 692).

2.3.4. Hâkimin Tarafların Boşanmanın Mali Sonuçlarına ve Çocukların Durumuna İlişkin Düzenlemelerini Uygun Bulması

Taraflar sadece boşanma konusunda değil, boşanmanın mali sonuçları ve çocuklar üzerindeki etkisini de düşünmeli ve buna istinaden bir anlaşma yapmalıdırlar. Daha sonra ise bu anlaşma hâkime sunularak hâkimin görüşü ve onayı alınmalıdır.

Bu anlaşma yazılı olabileceği gibi davada sözlü bir şekilde de bildirilebilir. Sözlü beyanda açıklama mahkeme tarafından bir tutanağa geçirilerek bunu iki eşin imzalaması sağlanır¹⁷⁶.

Kanun, ahlaka toplum düşünce ve yararına aykırı amaçlar içeren, mesela yetim aylığı almak için anlaşmalı boşanma böyle durumda hüküm verilmeyecektir¹⁷⁷.

2.4. Anlaşmalı Boşanma Protokolü

Boşanmaya karar veren tarafların karşılıklı olarak aralarında imzaladıkları, boşanmanın maddi ve manevi tüm sonuçları üzerinde anlaştıklarını gösteren protokolde taraflar net bir şekilde her şeyi belirlemelidir. Örneğin, çocuk varsa velayetinin kimde olacağı, nafaka verilecekse verilecek olan nafaka miktarı gibi.

2.4.1. Anlaşmalı Boşanma Davasında Anlaşmanın İçeriği

2.4.1.1. Anlaşmanın Zorunlu İçeriği

2.4.1.1.1. Mali Durum

Eşlerin arasında düzenlenecek mali konulara, öncelikle eşlerin birbirlerinden talep edebilecekleri maddi ve manevi tazminat ile yoksulluk nafakası istekleri girmektedir¹⁷⁸.

Eşler aile hukukuna ilişkin mali konularda eksiksiz olarak ferağlarını belirtmek durumundadırlar¹⁷⁹. Mahkeme tarafların maddi ve tazminat, yoksulluk nafakası,

¹⁷⁶ Akıntürk, Karaman, s.274.

¹⁷⁷ Ali İhsan **Özuğur**, Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları, Adalet Yayın Evi, Ankara 2011, s. 467.

¹⁷⁸ Özdemir, s. 159.

¹⁷⁹ Y2.HD,01.03.2004, 1717-2494“...Taraflar, boşanmanın mali sonuçları konusunda anlaşmamışlardır. Evlilik en az bir yıl sürmüştü, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu halde boşanma kararı verilebilmesi için hakimin,

eşyaya ilişkin alacak verecek konularının beyan edilip edilmediğini kontrol etmelidir. TMK m.166/3'te açıkça “boşanmanın mali sonuçları” ile ilgili düzenlemenin uygun bulunması ele alınmıştır¹⁸⁰.

Eşlerin mali hususlar ve velayete ilişkin konular üzerinde anlaşmamaları durumunda hakim anlaşmalı boşanmaya karar veremez. Nitekim tarafların yaptığı anlaşmada mali sonuçlara ilişkin bir hüküm olmamasına rağmen hakim boşanmaya karar vermiş ve bu karar kesinleşmişse tarafların sonradan tazminat veya yoksulluk nafakası talep etmeleri mümkün olup olmadığı tartışmalıdır.

Bir görüşe göre bu durumda eşler kararın kesinleşmesinden sonra tazminat davalarını açamazlar. Eşlerin zımni olarak bu isteklerinden vazgeçtiği kabul edilmektedir¹⁸¹. Boşanmanın mali sonuçlarının çözüme kavuşturulmuş olması, MK. m. 166/3 doğrultusunda yargılama sonuçlandırılıp boşanmaya karar verebilmesi için bulunması gereken maddi şartlardan biridir. Bu maddi şartların gerçekleşip gerçekleşmediği diğer şartlarla birlikte hakim tarafından resen denetlenmesi gerekmektedir. Bu konu kamu düzenindendir. Eğer bu şartın yerine getirilmesi bir ihmal sonucunda sağlanmamış ve karar şekli anlamda kesinleşmiş ise, sadece bu sebeple bu taleplerin ayrı bir dava konu edilmeyeceği dair söylenemez. Ayrıca mutlak hakkında karar verilmesi gereken bir konuda, verilmiş bir karar bulunmamaktadır¹⁸². Hakkında her hangi bir karar

bizzat tarafları dinleyerek iradelerin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları, çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Bu halde tarafların ikrarlarının hakimi bağlamayacağı (TMK m.184/3 hükmü uygulanamaz). (TMK m.166/3) taraflar sadece bir hususta anlaşmamış olsalar dahi, Türk Medeni Kanunu 166/3 maddesinde uygulanarak delil toplanmadan hakim tarafından anlaşmalı boşanmaya karar verilemez. Bunun gibi durumlarda eşlerin iddia ve savunmaları çerçevesinde deliller toplanıp TMK'nın 166. Maddesinin 1,2 ve 4. Fıkralarına göre değerlendirme yapılması gerekmektedir. TMK 166/3 maddesi koşulları gerçekleşmeden eşlerin delilleri sorulmadan ve gösterilen deliller getirilip, tanıkları dinlemeden olayların varlığının kabul sonucu, boşanmaya karar verilmesi usul ve yasal kurallarına aykırıdır.. (Gençcan, s. 702).

¹⁸⁰Bilal Köseoğlu, Aile Hukuku ve Uygulaması, Akdeniz Üniversitesi, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2009, s. 138.

¹⁸¹Bilgi Öztan, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi yayınları, Ankara 2015, s. 697.

¹⁸²Y. 2. HD. 7.3.1997 t. 1032 E. 2584 K. “boşanma mali sonuçlarından biri veya bir kaç hakkında hiç beyanda bulunulmamış, sükut geçilmesi ise, bu konuda taraflar arasında bir anlaşmanın varlığından söz edilemez(...) Hakim onayı dışında kalan boşanmanın mali sonuçlarıyla ilgili konularda hiç hüküm bulunmadığı halde, bu konuda kesin hükmün varlığından söz etmek Hukuk Usulü Mahkemeleri Kanunun 237. Maddesinin ön gördüğü koşulları göz aedi etmek olur” (Özdemir, s. 161.)

oluşturulmayan konulara ilişkin olarak istekte bulunulmasına bir mani de yoktur. bu nedenle Özdemir de Yargıtay'ın çözümüne katılmaktadır¹⁸³

Taraflar arasında boşanmanın mali sonuçları arasında anlaşma sağlanmalıdır¹⁸⁴.

2.4.1.1.1. Nafaka

Nafaka kavramı; genel olarak beslenme, geçindirme ve geçinmek için gerekli olan şeylerin bütünüdür¹⁸⁵. Sözlük anlamı ile nafaka, geçinmek için gerekli olan şeylerin bütünü demektir, geçimlik; hukuki anlamı itibariyle ise, birinin geçindirmekle yükümlü bulunduğu kimselere mahkeme kararıyla bağlanan aylık olarak tanımlanmaktadır¹⁸⁶.

Nafaka alacağı şahsa bağlı haklardan olup kendisine ait özellikler taşımaktadır. Borçlu alacaklı ilişkisinde borçlunun borcu usulüne göre ödemesi ile ilişki sona ermekte iken, nafaka yükümlülüğü ise genellikle tek bir ödeme ile sona ermez. Bunun tek istisnası ise yoksulluk nafakasında sermaye olarak yapılan ödeme oluşturmaktadır. Nafaka alacaklısı ile nafaka borçlusu arasında devamlı borç ilişkisi bulunur. Bu ilişki dolayısıyla

¹⁸³ Kırbaş aksi görüştür. Yazara göre; EMK. m. 134/3 e dayanan boşanma davası yargılama esnasında, boşanmanın bu zorunlu şartının gözde kaçmış, daha açık bir ifade ile, eşlerin arasında mali sonuçlar üzerinde her hangi bir istek olmamış, hakim de hatırlatmadan hatalı olarak boşanmaya karar vermiş ve karar bu durumda kesinleşmiş ise, bu durumda eşlerin sonradan, karşılıklı mali talepleri ileri sürdüklerinde de çözümün aynı olması gerekmekte, bu ihtimal gerçekleşirse bile eşlerin maddi ve manevi tazminat ve yoksulluk nafakası taleplerine izin vermemelidir. Sebebi söz edilen taleplere ilişkin olarak kanunda mevcut şartların varlığının belirlenebilmesi için, hakim, boşanma talebine temel olan maddi olayları araştırması, incelemesi ve değerlendirmesinin gerekeceği, oysa EMK. m. 134/3'ün uygulandığı boşanma yargılamasında, anlaşma sebebiyle bu konuların gündeme gelmeyeceği, boşanma kararı kesinleştikten sonra mali taleplerin ileri sürülmesi durumunda hakim bu talepleri değerlendirecek yeterli malzeme olmayacağını açık olduğu ve bu sebeple de sonradan mali taleplerle açılan davanın reddinden başka çözüm yoktur. (Özdemir, s.161-162).

¹⁸⁴ Y 2.H.D.,20.01.1989, E.1988/11247, K1989/183 "...Nitekim 3444 sayılı kanuna ilişkin hükümet tasarısının 4. maddesine ait gerekçesinde, rızaya dayalı boşanmada, diğer bir önemli faktörde, hâkimin boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulunması hususu vurgulanmıştır. Aynı gerekçe tarafların bu hususta hazırladıkları anlaşmayı mahkemeye tevdi edecekleri, hakiminde ancak bu anlaşmayı uygun gördüğü takdirde boşanmaya karar verilebileceği ve yine hâkimin tarafların ve çocukların menfaatlerini nazara alarak bu anlaşmada gerekli değişiklikleri yapabileceği belirtilmiştir. Öyle ise bir anlaşma (mali proje) açıklanmadıkça medeni kanunun 134/3'ncü maddesine dayanarak boşanmaya karar verilmesi mümkün değildir (proje) açıklanmadıkça medeni kanunun 134/3'ncü maddesine dayanarak boşanmaya karar verilmesi mümkün değildir."(Ruhi, s. 223)

¹⁸⁵ <http://sozluk.gov.tr/> (15.06.2019)

¹⁸⁶ Serhat **Dolu**, İştirak Nafakası, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi,2010, s. 3. (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>) (12.06.2019).

yapılacak ödemeler sabit değildir ve halin icabına göre, artar, azalır, sona erer, tekrar istemde bulunulabilir¹⁸⁷.

Boşanma davası sürerken ya da boşanma davasının sona ermesinden sonra maddi olarak zorluğa düşecek olan kişiye bağlanan ve her ay ödenmesi gereken para olarak ifade edilebilir.

2.4.1.1.1.1. Tedbir Nafakası

Tedbir nafakası bakım nafakasının bir türü olarak kabul edilir. Eşler aralarındaki evlilik birliği devam ederken veya evlilik birliğinin boşanma ya da ayrılık davası ile sona ermesi yahut mutlak veya nisbi butlan ile geçersiz sayılması halinde dava yoluyla istenmektedir. Eşlerin arasındaki evlilik birliği devam ederken eşlerin biri evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri yerine getirmeyip ailenin geçimi için maddi katkıda bulunmaz ise ve ortak hayat sebebiyle eşlerden birinin kişiliği veya ekonomik güvenliği ciddi biçimde tehlikeye düşerse eşler birbirlerinden tedbir nafakası isteyebilirler¹⁸⁸.

Boşanma davası açılmadan herhangi bir sebeple ayrı yaşama hakkının bulunduğu ispat edilmedikçe hâkim tedbir nafakasına karar veremez. Eşlerden birinin haklı bir sebep olmadan beraber yaşamaktan kaçınması veya ortak hayatın başka bir sebeple yaşamaya olanaksız hale gelmesi üzerine de hâkim, istem halinde tedbir nafakasına hükmedebileceği gibi Medeni Kanun'un 195 vd. maddelerinde düzenlenen diğer tedbirlere de başvurabilmektedir. Bunlar hâkimin eşlerin yükümlülüklerini belirtmesi, onları uzlaştırmaya çalışması, eşlerin rızası ile uzman kişilerin yardımını istemesi ile konuttan yararlanma ve eşlerin mallarının yönetimine ilişkin önlemler olmaktadır.

Tedbir nafakası yalnız eş lehine değil, çocuklar lehine de kullanılmaktadır. Medeni Kanun'un 185. maddesine göre eşler, evlilik birliğinin devamı süresince çocukların bakımına, eğitime ve gözetimine beraberce özen göstermek zorundadır. Boşanma veya ayrılık davası açıldığında hâkim, davanın devamı süresince çocukların bakımına dair gereken geçici önlemleri kendiliğinden alacaktır. Dava devam ederken çocuğun bakım ve ihtiyacının hangi ölçüde karşılanacağı hâkim tarafından belirlenmektedir.

¹⁸⁷Dolu, s. 4.

¹⁸⁸Pembe Özdemir **Kol**, Türk Hukukunda Tedbir Nafakası, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Ankara 2013, s. 21.

Davacı eşin, dava dilekçesinde kendisi ve çocuk veya çocukları için istediği nafaka miktarlarını gayet net bir şekilde ayrı ayrı belirtmesi, kararda da nafaka miktarlarının davacı ve çocuk veya çocuklar için ayrı ayrı gösterilmesi gerekir¹⁸⁹.

Anlaşma metninde tedbir nafakası bulunmamakta ise istek dışına çıkarak ev ve çocuk için tedbir nafakasına hükmedilemez. Bir Yargıtay kararında: "...Anlaşma metninde tedbir nafakası bulunmamaktadır. Mahkemece istek dışına, çıkarak yazılı şekilde eş ve çocuk için tedbir nafakası takdir edilmesi usul ve yasaya aykırıdır"¹⁹⁰ denmiştir.

2.4.1.1.1.2. Yoksulluk Nafakası

Ahlaki ve sosyal sorumluluk nedenine dayanan yoksulluk nafakası boşanma sonrası eşlerin korunmasına dayanır. Eşler arasında evliliğin devamında varolan dayanışma ve yardımlaşma yükümlülüğünün yoksulluk nafakasına hüküm edilmesiyle birlikte kısmen devam etmesi nafakanın konuluş amacıdır¹⁹¹.

Yoksulluk nafakası boşanmanın mali sonuçlarından biridir. O halde taraflar boşanma protokollünde nafakaya yönelik düzenlemelere de yer verilmelidir¹⁹². Bu nedenle yoksulluk nafakası da boşanma protokolünün zorunlu içeriğindedir. Taraflar kendi aralarında hangi eşe nafaka verileceğine ve yoksulluk nafakasına karar verildiği halde de miktar hususunda anlaşmaya varmalıdırlar. İştirak nafakasında da açıklandığı üzere

¹⁸⁹ Dolu, s. 13-14.

¹⁹⁰ Y. 2. HD, 23.12.2002, 12857-14507. (Gençcan, s. 702)

¹⁹¹ Hande Atmaca **Ülkü**, Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma Protokolü, Doktora tezi, Yeditepe Üniversitesi 2017, s. 92. (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>)(12.06.2018)

¹⁹² Y. 2. HD. 25.06.2018 E.2016/21702 - K.2018/8012 “ Davacı kadının açtığı davada mahkemece Türk Medeni Kanununun 166/3 maddesi uyarınca verilen anlaşmalı boşanma kararı taraflarca temyiz hakkından feragat edilerek 04.04.2011 tarihinde kesinleşmiştir. Davacı kadın hükmün yoksulluk nafakasına ilişkin 2. bendinde taraflar arasında düzenlenen 29.03.2011 tarihli anlaşma protokolüne aykırı hüküm kurulduğu gerekçesiyle 09.06.2016 tarihinde tazyih talebinde bulunmuş, mahkemece kadının tazyih talebi reddedilmiştir.

Yapılan yargılama ve toplanan delillerden; davacı kadının açtığı davada mahkemece Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesi uyarınca tarafların anlaşmalı olarak boşanmalarına karar verildiği, taraflarca düzenlenen 29.03.2011 tarihli anlaşmalı boşanma protokolünün 3. maddesinde davalı erkeğin davacı kadın yararına 200TL nafaka ödemesinin kararlaştırıldığı, 04.04.2011 tarihli duruşmada da davalı erkeğin protokolü aynen kabul ettiğini beyan ettiği, mahkemece verilen boşanma kararından sonra da uzunca bir süre davalı erkeğin davacı kadına yoksulluk nafakası ödemeye devam ettiği anlaşılmaktadır. Ne var ki; mahkemece "davalı için aylık 200TL nafakanın davacıdan alınarak davalıya verilmesine" şeklinde hüküm kurulmasının maddi hata niteliğinde olduğu anlaşılmakta olup, mahkemece tazyih talebinin kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir” <https://khyk.kazancihukuk.com/#1z8a3FJ52UKT3eC8cP4IpMX%2B7NMt2gFWlPlX2S2xhR2jFD1w6ipSPWQ~~> (18.04.2018).

taraf lar objektif olarak belirlenebilir şekilde miktar ı tespit edebilirler¹⁹³. E ğ er ki Yoksulluk nafakası konusunda herhangi, bir süre ö ngörölmedi ise, bu nafakanın ne zaman sona erece ğ i genel kurallarla sonuca bağ lanabilir. Alacaklı eş in vefatı ve yeniden evlenmesi hallerinde protokolle belirlenmiş yoksulluk nafakası kendili ğ inden sona erecektir. Her ne kadar yoksulluk nafakası için kanunda belli süre olmasa da tarafların anlaşarak protokolde bir süre belirlemeleri gerekir. Eş lerden birinin yeni bir evde yaş aması ya da baş ka şehirde iş yeri açması eşlerin birinin daha önce bir iş yerinde çalışırken ş imdi ise birinin iş yerinden ayrılması gibi durumlarda sadece söz konusu de ğ iş ikli ğ i yaş ayacak eş e geç iş süreci bakımından destek olma amacı taş ımaktadır¹⁹⁴.

Anlaş malı boş anma davasında, taraflar isteklerini tek tek ve açık bir şekilde belirtmelidiler. Anlaş malı boş anma davasında yoksulluk nafakası talebi olmadığı beyan edildi ğ i takdirde daha sonra yoksulluk nafakası istenemez¹⁹⁵. Anlaş malı boş anma davasında hazırlanan protokolde yoksulluk nafakası talebine ilişkin herhangi bir hüküm mevcut de ğ il ise, Yargıtay bu durumda boş anma kararının kesileş mesiyle bu kararın boş anma ferileri hakkında kesin hüküm teş kil edece ğ i ve sonrasında yoksulluk nafakası istenmeyece ğ i görüş undedir¹⁹⁶

2.4.1.1.1.3. İ ş tirak Nafakası

İ ş tirak nafakası çocu ğ un velayeti kendisinde bulunmayan eş in, çocu ğ un e ğ itim vb. giderlerine mali gücü oranında katılmasıdır¹⁹⁷.

¹⁹³Ülkü, s. 94.

¹⁹⁴Ülkü, s. 95.

¹⁹⁵ Y. 2. HD. 22.02.2000, 2000/939 E. 2000/2210 K “... Tarafların boş anmaları sırasında tanzim edilen protokolde kadın kendisi için bu davada ve bundan sonraki zamanlarda da nafaka istemeyece ğ ini belirtmiş, taraf asiller duruş mada okunan protokolün do ğ rulu ğ unu kabul etmiş ve MK 134/3 maddesi uyarınca boş anmalarına dair karar da kesinleş miş oldu ğ una göre kadının yoksulluk nafakasına ilişkin davasının reddi gerekirken yazılı şekilde yoksulluk nafakasına hükmedilmesi do ğ ru de ğ ildir...” (Esra Ş eren Demirel, Yoksulluk Nafakası, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi 2007, s. 31) (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>) (12.06.2019).

¹⁹⁶ Y.2. HD. 07.03.2000, 2000/2529 E. 2000/2947 K. “... Davacı boş anma davasında davalıyla anlaşt ı ğ ından boş anmaya karar verilmesini istemiş, boş anmanın feri niteli ğ inde bir talebi olmamıştır. Davalının çocuk için 3.000.000 TL nafaka vermeyi kabul etmesine ra ğ men MK 134/3 maddesi gere ğ ince kurulan hükümde ne çocuk için ne de davacı eş için nafakaya hükmedilmemiş ve karar kesinleş miştir. Bu şekilde oluş an hüküm özellikle yoksulluk nafakası yönünden davacıyı bağ lar...” (Ş eren **Demirel**, s. 32) (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>) (12.06.2019).

¹⁹⁷Topkaya, s. 72.

TMK'nın 182. maddesi gereği velayet kendisinde bulunmayan eş çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır. TMK. m. 182/3'te ise “Hâkim, istem hâlinde irat biçiminde ödenmesine karar verilen bu giderlerin gelecek yıllarda tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre ne miktarda ödeneceğini karara bağlayabilir.” hükmüne yer vermiştir¹⁹⁸.

Yargıtay bir kararında “ Taraflar iştirak nafakası ve kişisel ilişki konusunda anlaşmadıklarından anlaşmalı boşanma hükmü verilemez”¹⁹⁹

Çocuk bakımı ve yetiştirilmesi yükümlülüğü doğal olarak çocuk kendisine ait tarafa bağlı olacaktır. Ancak diğer tarafın çocuğa bakma yükümlülüğü ortadan kalkmaz, bu yükümlülük velayete değil ana baba olmaya bağlıdır. Bu sebeple çocuğun verilmediği taraf da bakım ve eğitim giderlerine katılmakla yükümlüdür. Bakım ve eğitim giderleri, kural olarak ergin olmayan çocuklar içindir. Ergin olanların nafaka istemeleri halinde ana ve babaya karşı ayrı dava açmaları gerekmektedir. Bir başka anlatımla davacı genç ergin çocuğa nafaka isteyemez. Çocuklara boşanma tarihine kadar verilen nafaka iştirak nafakası değil tedbir nafakasıdır²⁰⁰.

Hâkim iştirak nafakasını belirlerken nafaka ödeyecek olan tarafın mali gücüne, çocuğun ihtiyacına ve kendisine bırakılmış olan tarafın ekonomisine bakmaktadır²⁰¹.

Yargıtay bir kararında “Davacı erkek tarafından açılan davada mahkemece Türk Medeni Kanunu'nun 166/3. maddesi uyarınca verilen anlaşmalı boşanma kararı taraflarca temyiz edilmeyerek 05/10/2015 tarihinde kesinleşmiştir. Davalı kadın hükmün 5.maddesinde davacı ve davalı sıfatlarında hata yapılarak çocukların velayetlerinin davalı kadına verilmesine rağmen iştirak nafakasının davacıya ödenilmesine yönelik 5. bendinde, taraflar arasında düzenlenen 20.04.2015 tarihli anlaşma protokolüne aykırı hüküm kurulduğu gerekçesiyle 09.06.2016 tarihinde tavzih talebinde bulunmuş, mahkemece kadının tavzih talebi reddedilmiştir. Yapılan yargılama ve toplanan delillerden; davacı erkeğin açtığı davada mahkemece Türk Medeni Kanunu'nun 166/3. maddesi uyarınca tarafların anlaşmalı olarak boşanmalarına karar verildiği, taraflarca düzenlenen ve

¹⁹⁸Yalın, s. 84.

¹⁹⁹ Y. 2.HD. 15.03.2004. ta. 2493-3185. (Özüğür, s. 494).

²⁰⁰Yalın, s. 84.

²⁰¹Yalın, s. 84-85.

mahkemece onaylanan 20.04.2015 tarihli anlaşmalı boşanma protokolünün 3. maddesinde davacı erkeğin çocuklar için 1.000,00 TL nafaka ödemesinin kararlaştırıldığı, 03.07.2015 tarihli duruşmada da davacı erkeğin protokolü aynen kabul ettiğini beyan ettiği; mahkemece "müşterek çocuklar için aylık 1.000,00 TL tedbir ve iştirak nafakanın davalıdan alınarak davacıya verilmesine" şeklinde hüküm kurulmasının maddi hata niteliğinde olduğu anlaşılmış olup, mahkemece tavzih talebinin kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir²⁰²." şeklinde hüküm almıştır.

2.4.1.1.2 Çocukların Durumu Hususunda Anlaşma Sağlanmalı

Kural olarak anlaşmalı boşanma çerçevesinde çocukların velayetini kişisel ilişkinin süresi ve şekli yönünden tarafların serbestçe düzenleme hakları vardır. Çocukların velayeti kamu düzenini ilgilendirdiğinden hakim anlaşmalı boşanma protokolü açısından kamu düzenini ilgilendiren hususlarda denetlemekle yükümlüdür. Taraflar sadece bir konuda anlaşmamışlarsa boşanmaya karar verilmez. Bu durum çocukların velayeti konusunda da geçerlidir. Eşlerin çocukların velayeti konusunda anlaşmaları yanında hakim bu anlaşmayı uygun görmesi şarttır. Çocukların sağlıklı bir çevrede güven dolu hayatları, barınmaları, beslenmeleri ve eğitim hakları kamuyu ilgilendiren hususlardır²⁰³. Yargıtay da bir kararında "... Mahkemede velayet düzenlenirken, ana babalık duygularının tatmin edilmesi yanında ve hatta ondan daha önemlisi, çocuğun yararının göz önünde bulundurulması zorunludur" bu kararda çocuğun yararını hakim tarafından birinci sırada gelmesi ilgi çekmiştir²⁰⁴.

Yargıtay başka bir kararında da²⁰⁵, velayetin düzenlenmesinin kamu düzeninin ilgilendirdiğini, hakim, isteğe bağlı kalmadan çocuğun yararını gözeterek, alacağı önlemi takdir edecektir ve tarafların yaptıkları anlaşma hakimi bağlamayacaktır. Eski Medeni Kanununun 3444 sayılı kanun değişikliğinden önce düşünülen bu durumun değişiklikten sonra varlığını koruduğunun söylenemeyeceği, Eski Medeni Kanunun 3444 sayılı kanun ile yapılan değişiklik madde 134/3ine. karşın, aynı kanun 150/3 maddesiyle öngörülen kural anlaşma durumunda uygulanmayacaktır. Ayrıca taraflar

²⁰²Y. 2.HD. 2018/3301 E. 2018/14580 K.13.12.2018. (<https://www.kazancihukuk.com/>) (29.05.2019).

²⁰³Ergün, s. 90.

²⁰⁴Y. 2.HD. 03.02.1992, 806/1044. (Özdemir, s. 163).

²⁰⁵Y. 2.HD. 28.09.1995, 870/79558. (Özdemir, s. 164).

çocukların durumu konusunda aralarında anlaşma yapabileceklerdir. Lakin bu anlaşmanın hakim tarafından incelenip uygun görülmesi şarttır. 3444 sayılı kanun değişikliğinden önce tarafların yaptıkları anlaşmayı hakim tarafından onaylanması şartı ile boşanmanın ferî niteliğindeki hususlarda tarafların anlaşma yapmaları mümkün kılınmıştır. Yalnız uygulamada bu hüküm sadece mali konularda sınırlandırılmış ve velayet konusu bu sınırın dışındadır. Fakat yeni Medeni Kanunu m.134/3 bu konuya açıkça değinmiştir. Artık taraflar çocukların velayeti hususunda anlaşma yapabilecektir. Yargıtay kararında sürekli “Anılan kanuni düzenleme velayetin belirli koşullarla eşler arasında serbestçe düzenlenebileceğine olanak sağlamış bulunduğu için, anlaşma gereğinin 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 anlaşmalı hükümlerine uygun hüküm kurulması gerek(...)ir” demektedir.

Özdemir’e göre²⁰⁶ Eski Medeni Kanun 134/3 (MK. m166/3) ile hakimin, velayetin düzenleme hususundaki durumu değişmemiştir. Yargıtay’ın Eski Medeni Kanunun 134/3 maddesi (MK. m166/3) karşısında, Eski Medeni Kanun 148. Maddesinde (MK. m182) uygulama alanının daraldığına ilişkin yorumunu kabul etmek mümkün değildir. Yargıtay’ın bu kararı ile sadece velayetin nezi nedenleri var ise hakim eşlerin arasındaki düzenlemeye karışabilecektir. Aksi halde eşlerce ortaya koyulan düzenleme ile bağlı olduklarından söz edilmektedir ki bu görüşe katılma olanağı yoktur. Medeni Kanun 166/3’e göre taraflar anlaşma ile çocuğun durumu hakkında bir anlaşmaya varsalar dahi bu anlaşmanın hakim tarafından takdir hakkını ortadan kaldırmayacağı ortadadır. Hakimin denetlemesi yalnız nez sebepleriyle sınırkamak için bir sebep yoktur²⁰⁷.

²⁰⁶Özdemir, s. 164.

²⁰⁷Özdemir, s. 164.

Yargıtay ‘‘ taraflarına velayet konusunda anlaşamamışlardır. Bu durumda anlaşmalı boşanmaya karar verilemez’’²⁰⁸. Başka bir kararında ‘‘Taraflar velayet ve nafaka konusunda anlaşmadıklarından anlaşmalı boşanma kararı verilemez’’²⁰⁹.

Boşanma anına kadar çocuk anne ve babanın müşterek velayeti altındadır. Boşanma ile birlikte çocuğun velayeti eşlerden birine verilecektir. Burada söz konusu anne veya babanın değil, öncelik çocuğun menfaati gözetilecektir²¹⁰. Hâkim, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir²¹¹.

Yargıtay bir kararında ‘‘Annelik görevini gereği yerine getirmeyen çocuğun velayeti babasına verilmelidir’’²¹².

2.4.1.2. Anlaşmanın Zorunlu Olmayan İçeriği (Mal Rejimi Tafsisi)

Bilindiği üzere sözleşmenin kurucu unsurları dışında kalan ikinci dereceden konular üzerinde anlaşma olmadan da sözleşmenin kurulması mümkündür. Geçerlilik koşulları sağlanmışsa sözleşme geçerlidir.(TBK m.2). Lakin ikinci dereceden bir nokta olmakla birlikte tarafların birinin müzakere masasına getirmiş olduğu konulara öznel yaklaşımlar bulunmaktadır.

Eşlerin anlaşma temeline dayalı olarak boşanabilmeleri için boşanmanın ferî neticeleri olan nafaka, tazminat ve çocukların velayeti hususlarında imzalanmış oldukları protokol hakim tarafından onaylanacaktır.

²⁰⁸Y. 2.HD. 14.06.2004, E. 2004/7008, K. 2004/7747.(Ruhi. s. 243)

²⁰⁹Y.2.HD. 14.02.2005 ta. 16969-1850 (Özügür, s. 488).

²¹⁰Özdemir, s. 163.

²¹¹Y. 2. HD.,26.01.1999, E.1998/12775, K.1999/114.‘‘...Çocukların durumu kavramı velayeti ifâ yanında onların velayet verilmeyen tarafların şahsi ilişkilerin de kapsar. Tarafların bu konuda anlaşmaları bulunmadığı gibi, hâkim tarafından da bu konuda taraflarca kabul edilecek bir düzenleme onlara teklif edilmemiştir. Taraflara arasında küçük muzafferin durumu konusunda anlaşma olmamıştır... medeni kanunun 134/3’ncü maddesi şartları oluşmadan tarafların deliller getirtilip, tanıklar dinlenmeden olayların varlığının kabulü sonucu, boşanmaya karar verilmesi usul ve yasa hükümlerine aykırıdır. Temyiz edilen kararın gösterilen sebeplerle bozulmasına... boşanmada oy birliği gerekçesinde oy çokluğu ile karar verildi.

‘‘Muhalefet şerhi: davalı kadın cevap dilekçesinde tekbir ve boşanma halinde yoksulluk nafakası verilmesini istemiştir. Davacı yoksulluk nafakasından açıkça vazgeçmemiştir. Hâkim yoksulluk nafakası yönünden de anlaşma koşullarına açıklık getirmemiştir. Bozmaya bu gerekçenin de eklenmesini düşünüyoruz’’ (Ruhi, s. 231-232)

²¹²YHGK. 21.09.1994, E. 1994/2-283, K. 1994/539. (Ruhi, s. 228)

Türk Medeni Kanununa göre eşlerin arasındaki yasal mal rejimi “edinilmiş mallara katılma” rejimi olmakla birlikte (TMK m.202/1)eşler, evlenmeden önce veya sonra yapabilecekleri (TMK m.203) bir mal rejimi sözleşmesi ile TMK’da belirlenen diğer mallar rejimlerinden birini kabul edebilirler. (TMK m.202/2). Evlenmeden önce veya sonra tarafların yapabilecekleri bir mal rejimi sözleşmesi ile istedikleri mal rejimini kanunda yazılı olan sınırlar içerisinde seçmeleri mümkündür. Taraflar mal rejimini kaldırabilir veya değiştirebilirler (TMK m.203)²¹³.

Mal rejimi sözleşmesinin içeriği genel olarak evlilik birliğinde uygulanacak mal rejiminin seçilmesi veya evlilik birliğinde uygulanan mal rejiminin hükümlerinin değiştirilmesidir. Mal rejimi sözleşmesinin konusu evlilik birliğinde uygulanan ya da uygulanacak mal rejimi (yasal ya da seçilmiş mal rejimi) hükümlerinin kanunun izin verdiği kapsamda değiştirilmesi oluşturur. Eşlerin mal rejiminin hükümleri bakımından hangi kapsamda düzenleme yapabilecekleri TMK’da mal rejimi çeşitleri bakımından ele alınmıştır²¹⁴.

Türk hukuku öğretisinde mal rejimi tasfiyesinin TK 166/3’te düzenlenen “boşanmanın mali sonuçları” kapsamında yer alıp almayacağı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır.

İsviçre hukukunda ise anlaşmalı boşanmanın şartlarından birisi eşlerin boşanmanın tüm sonuçları hakkında tam bir anlaşmaya varmasıdır. Bu kapsamda anlaşmanın tamlığından amaç, düzenlemesi eşlerin tasarrufunda olabilen sonuçların tümünün boşanma anlaşmasının kapsamına girmesi gerekliliğidir. “Boşanma sonuçları” başlığı altında ZGB art.119 ve devamında bulunan düzenlemeler kısmen bu kapsamdadır. ZGB art.133 de düzenlenen çocukların durumuna ilişkin sonuçlar ve boşanma yargılamasının konusu olmayan sonuçlara da ZGB art119 yer verilmektedir. İsviçre hukukunda mal rejimi tasfiyesi de boşanma anlaşmasının kapsamında kabul edilmiştir. Bu açıdan bu anlaşmaların içeriği hakimün uygun bulmasına bağlıdır. Hatta bir mal rejimi sözleşmesi istisnai olarak mal rejiminin devamını amaçlamayıp aksine nerdeyse aynı zamanda açılan bir boşanma davasıyla somut bir bağlantı içindeyse, mal rejimi sözleşmesi ve

²¹³Özge Öncü, Eşlerin “Anlaşmalı Boşanma” Çerçevesinde Mal Rejiminin Tasfiyesine Yönelik Olarak Yaptıkları Anlaşmalar ve Bu Anlaşmaların Uygulamada Doğurduğu Sorunlar, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul 2017, s. 808.

²¹⁴Öncü, s. 807.

boşanma anlaşması hukuki ve mali bir birliktelik talep edecek ve bu anlaşmanın tamamı sadece hakim onayı ile geçerli olacaktır. Lakin eşlerin aralarında geçerli olan mal rejimini değiştirip bundan sonra da belirli bir süre birlikte yaşamaları ve sonrasında boşanmaları durumunda, artık yapılan tasfiye anlaşmasının boşanma davasına bakan mahkemenin onaylamasına gerek kalmayacaktır²¹⁵.

Doktrinde olan bir görüşe göre, mal rejiminin tasfiyesiyle ilgili eşlerin anlaşmaları da bu düzenlemenin içerisinde yer alabilir. Kural olarak anlaşmalı boşanmaya dair kararın, eşler arasında söz konusu olacak tüm hususu kapsamı ileriye dönük herhangi problem bırakmaması ve bu anlamda da bir bütün olması gerekir. Bu nedenle de mal rejiminin tasfiyesi konusunda da eşlerin anlaşmaya varmış olmaları beklenmektedir. Ancak diğer yan sonuçlar üzerinde anlaşma sağlanmış olması halinde mal rejiminin tasfiyesi konusunda bir çekişme var ise bu durum, anlaşma boşanma kararı verilmesine engel olmaz²¹⁶. Mal rejiminin tasfiyesi ileriye (gerekirse bir davaya) bırakılabilir. Eşler arasındaki bu konunun boşanma kararından sonraya bırakılması durumunda, mali konulardaki yan sonuçlarla ilgili hâkim tarafından uygun bulunan anlaşmanın mal rejimi tasfiyesi sonrasında hakkaniyete aykırılığının ortaya çıkabileceği de görülebilmektedir²¹⁷.

Farklı bir görüşe göre mal rejiminin sona ermesinin ve tasfiyenin de boşanmanın mali sonuçlarından birisidir ve bu sebeple de anlaşmalı boşanmada eşlerin anlaşmaya varmaları gereken mevzulardan birinin de tabii oldukları mal rejiminin tasfiyesi olduğu ifade edilebilir. Ayrıca yapılacak tasfiye anlaşmasının hakim TMK m.166/3 hükmüne göre onaylaması gerekmektedir. Bu kapsamda yapılacak tasfiye anlaşmasının hüküm ifade edebilmesi için hakim sözleşmeyi uygun görmesi gerekmektedir²¹⁸.

Mal rejiminin tasfiyesinin anlaşmalı boşanmanın zorunlu içeriğinden değildir görüşe göre, aslında mal rejiminin tasfiyesinin boşanmanın fer'î niteliğinde olmadığından yola çıkmaktadır. Öğretide, mal rejiminin boşanmayla sona erdiği durumlarda mal rejiminin tasfiyesinin, boşanmanın fer'i (yan) sonucu olmadığını söylemektedir. Bu konuda,

²¹⁵Öncü, s. 813.

²¹⁶Özdemir, s. 167

²¹⁷Özdemir, s. 168

²¹⁸Suat **Sarı**, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, İstanbul, 2007. s. 16.

tarafların “anlaşmaya ilişkin beyanlarının” boşanmanın fer’i niteliğinde olan nafaka, maddi ve manevi tazminat ve velayet konularını kapsamaktadır. Yani anlaşmalı boşanmada tarafların sadece boşanabilmenin şartı olan boşanmanın fer’i niteliğindeki (nafaka, velayet, tazminat) bu taleplerde anlaşmış olmaları gerekmektedir. Kılıçoğlu, buna gerekçe olarak, mal rejiminin boşanma davası kesinleşmedikçe tasfiye edilemez, ve mal rejimini sona erdiren tek sebebin, boşanma davası olmayıp, evliliğin iptali, ölüm gibi TMK madde 225’de sayılan diğer durumlarda da sonu bulabilir²¹⁹.

Yatgıtayın uygulamasına göre mal rejimi tasfiyesi anlaşmalı boşanma kapsamında değildir. Başka bir ifadeyle boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edecek düzenleme mal rejimi tasfiyesine yönelik düzenlemeleri içeremez²²⁰.

Yargıtay mal rejiminin tasfiyesini TMK166/3’deki anlaşmanın zorunlu içeriğine dahil etmemektedir. Bu açıdan taraflar, mal rejimi tasfiyesi konusunda anlaşmış olsalar bile diğer mali sonuçlarda anlaşmamışlarsa hakim TMK166/3 deki şartlarla boşanmaya karar verebilecektir²²¹.

Anlaşmalı boşanma davasında Yargıtay ikinci hukuk dairesinin mallar konusunda da anlaşma araması görüşü isabetli değildir²²².

²¹⁹ Öncü, s. 815.

²²⁰ YHGK,27.05.2009,E.2009/2-158,K2009/217 “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; somut olayda boşanma davasında hükmü esas alınan protokolün davacının davalıya ait taşınmazdaki katkı payına ilişkin düzenleme içerip içermediği noktasında toplanmaktadır. 4721 sayılı TMK 166/3 maddesine dayalı olarak açılan boşanma davalarında tarafların boşanmanın tüm mali sonuçları ile çocukların durumları üzerinde anlaşmaları ve bu anlaşmanın hakim tarafından uygun bulunması gerekir. Anılan maddede, boşanmanın mali sonuçları üzerinde anlaşma şartı, 4721 sayılı TMK 174. maddesinde düzenlenen boşanma nedeni ile maddi ve manevi tazminat, 175. maddesinde düzenlenen yoksuluk ve 182.maddesinde düzenlenen iştirak nafakası talep haklarına ilişkindir. Anlaşmada ayrıca yer verilmişse tarafların aralarındaki akdi ilişkiyi tasfiye ettikleri kabul edilemez. Taraflar arasında düzenlenerek, boşanma davasında hükme esas alınan protokolün incelemesinde, davalıya ait taşınmaz da davacının oturma hakkına ilişkin olduğu, davacının evlilik birliği içinde gerçekleşen katkı payı alacağına ilişkin düzenleme içermediği anlaşılmaktadır. Protokolün, sadece düzenlediği konular yönünden tarafları bağlayacağı diğer alacak ve borç ilişkileri yönünden esas alınmayacağı tartışmasızdır. Açıklanan maddi ve hukuki olgular karşısında tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle; somut olayda dayanan protokolün (anlaşmanın)davacının katkı payı alacağına ilişkin beyan veya düzenleme içermediği açık bulunmasına göre, hukuk genel kurulunca benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.” (Gençcan, s. 724).

²²¹ Öncü, s. 816.

²²² Y2HD,12.01.2005,15214/330. “...dava Medeni Kanunun 166/1.maddesine dayanılarak açılmıştır. Taraflar velayet ve mallar konusunda anlaşmamışlardır. Eşler tek bir konuda anlaşmamış olsalar dahi,

Neticede boşanma anlaşmasında yer alabilecek konular TMK 166/3'te yer alanlarla sınır olmayıp eşlerin boşanmanın kanun gereği doğan sonuçları dışında diğer düzenlemelere de yer vermesi mümkündür.

Yargıtay maddi, ve manevi tazminat talepleriyle (TMK m.174/1-2), yoksulluk nafakasını (TMK m. 175) boşanmanın fer'i niteliğinde görmektedir.

Yargıtay genel olarak, TMK m. 166/3'de yer alan boşanmanın mali sonuçları üzerinde anlaşma şartının, TMK m. 174'de düzenlenen yoksulluk nafakası ve TMK 182' de düzenlenen iştirak nafakası talep haklarına dair olup mal rejiminin tasfiyesinin anlaşmalı boşanma çerçevesinde olmadığını kabul etmektedir. Ayrıca kararlarında genel olarak mal rejiminin tasfiyesine ilişkin düzenlemelerin boşanma davasına ait boşanma anlaşmasına alınmasını engelleyen bir durum söz konusu değildir²²³.

2.4.2. Anlaşmanla Boşanma Protokolünün Şekli

Eşlerin aralarında imzaladıkları boşanma protokolünün hukuki dayanağı TMK 166/3'tür. Düzenlemeye baktığımızda boşanma protokolünün şekline dair herhangi bir açıklama yapılmamış olduğunu gözlemlemekteyiz. Bu durumda şekil serbestisi ilkesi açısından durum değerlendirilğinde, şekil şartının öngörülmemesi sebebiyle eşlerin sözlü dahi anlaşabilecekleri sonucuna varılmaktadır. Elbette taraflar protokolü sözlü olarak yapabilecekleri gibi iradi şekle tabi tutarak yazılı ya da resmi şekil türlerinden biriyle yapılması da mümkündür.

Burada boşanma protokolünün genelde dava dilekçesinin ekinde ya da içerisinde yer almasından yola çıkarak minimum düzeyde yazılı olması gerektiği ileri sürülebilecekse de, maddede bu iddiayı destekleyecek kavramlara yer verilmemektedir. Maddede bir eşin öne sürdüğü koşulların diğer eş tarafından kabul etmesi haline ilişkin olarak dahi öne sürülen koşulların dava dilekçesinde yer alması gerektiği ifadesi bulunmamaktadır. Bu sebeple taraflar anlaşma esasına dayalı boşanma yönündeki iradelerini

Medeni kanunun 166/3.maddesine uyarınca boşanmaya karar verilemez. Mahkemece, davanın açılış şekli çerçevesinden tarafların delilleri toplanıp, değerlendirilip sonucu uyarınca karar verilmesi gerekir. Bu yönde üzerine durulmaması usul ve yasaya aykırıdır.” (Gençcan, s. 724).

²²³Y. 8.HD, T.12.04.2011; E. 2010/4983; K. 2011/2095, YKD, C. 37, S. 9, Eylül 2011, s. 1617. (Öncü, s. 817).

açıklamalarından sonra duruşmada sözlü olarak dahi akit edebilecekleri bir boşanma protokolü ile maddede öngörülen şartı gerçekleştirmiş olurlar²²⁴.

2.4.3. Anlaşmayı Hâkim Tarafından Uygun Bulması

Eşlerin aralarında sadece boşanma konusunda değil, boşanmadan doğan mali sonuçlar ve çocukların boşanmadan sonraki halleri hakkında anlaşmaları ve bu anlaşmanın hakim tarafından incelenip uygun görülmesi şarttır. Bu anlaşmanın sadece yazılı olması şart değil, sözlü olarak anlaşmaları ve bu anlaşmayı dava tutanağında tespit etmesi ve tarafların bu anlaşmayı imzalaması yeterlidir²²⁵.

Yasa koyucu TMK. m.166/3 hükmü ile “...Hâkimin taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır...” diyerek bu hususu emredici bir hukuk kuralı olarak kabul etmiştir. Bunun doğal sonucu olarak da anlaşmalı boşanmanın maddi koşullarından olan hâkimin tarafları bizzat dinlemesi şartında olduğu gibi hiç şüphesiz hâkimin boşanmanın mali sonuçları ile çocukların velayeti hususunda taraflarca düzenlenecek anlaşmayı uygun bulması koşulu da kamu düzenindendir²²⁶.

Çocuk konusunda tarafların yaptığı anlaşma hakim tarafından uygun görülmezse tarafların ve çocukların yararını göz önünde tutarak hakim tarafından değişiklikler yapılır. Ama hakim tarafından sunulan değişiklikler taraflar tarafından onaylanırsa geçerli olur. Lakin hakim tarafında yapılan düzenleme üzerinde anlaşma sağlanmıyorsa dava reddedilir. Fakat Yargıtay bu durumda MK 166/3’e göre boşanmaya karar verilmeyeceğinin yanında, MK166/1 ve 166/2’e göre boşanmaya karar verebileceğini kabul etmektedir.

Hakime sunulan düzenleme uygunsa yada hakimin sunduğu değişiklikler taraflarca uygunsa başka bir konuya bakmadan boşanmaya karar verilir. Meğer ki davada diğer şartlar gerçekleşmiş olsun²²⁷.

Hâkim uygun gördüğü değişiklikleri tarafların bilgisine sunmalı ve bu değişikliklerin taraflarca kabulü halinde boşanmaya karar vermelidir²²⁸.

²²⁴Ülkü, s. 134.

²²⁵Oğuzman, Dural, s. 129.

²²⁶Özdemir, s. 170.

²²⁷Dural, Ögüz, Gümüş, s. 121.

Kanun koyucu eşlerin anlaşmasına dayalı boşanma nedeninde “bu halde tarafların ikrarlarının hakimi bağlamayacağı hükmü uygulanamaz” demek suretiyle boşanma davalarında uygulanmakta olan ve MK. m.184, b.3 e göre açıkça ifade bulunan “tarafların ikrarlarının hakimi bağlamayacağı” kuralına istisna getirmiştir (MK. m.166/3 son cümlesi).Bu istisna hakkında doktrinde,(eleştirisi bulunmaktadır. Prof. TEKİNAY eleştirisi bu şekildedir:) “Eğer karşılıklı rıza (eşlerin anlaşması), temelden sarsılmanın sadece bir karinesi ise ...bu karineye meydana getiren ikrarların hakimi bağlamaması ve aksinin ispatına imkan verilmesi gerekirdi. Kaldı ki bir taraftan karşılıklı rıza ile boşanma isteyen tarafları hakim bizzat dinlemesi ve onların, iradelerini serbestçe açıklayıp açıklamadıklarını araştırması şart kılınırken, öbür taraftan ikrarın hakimi bağlayıcı anlamına gelen bir kanun hükmü getirmek, Akıntürk ve Karaman’a göre açık bir çelişkidir oluşturmaktadır”²²⁹.

2.5.Anlaşmalı Boşanma Talebinin Geri Alınması ve Davacının Davasından Feragati

Feragat hukuk yargılamasından davacı tarafından istem sonucundan vazgeçebilmesidir. Nasıl kimse dava açmaya zorlanamazsa, tarafın açmış olduğu davayı sonuna kadar takip zorunluluğu da olmayıp boşanma davasından feragat edebilir. Bu hukuk usulüne hakim olan tasarruf temelinin doğal bir neticesidir. Lakin davadan feragat ettiği zaman davacının bundan geri dönmesi mümkün değildir²³⁰.

Feragat, mahkemeye yapılacak olan tek taraflı irade beyanı ile olur. Feragatin hüküm doğurabilmesi için hakim onayına ihtiyaç yoktur. Boşanma davasında taraf ister mahkemeye sunacağı bir dilekçe ile isterse duruşma esnasında duruşma tutanağına geçireceği sözlü beyanı ile davadan feragat edebilir. Duruşmadaki feragatte beyan tarafa

²²⁸Y. 2.HD.03.10.1994, E.1994/8139, K./8957 “...Taraflar 12.10.1992 tarihlerinde evlenmiş, dava ise bir yıl geçtikten sonra 25.05.1994 tarihinde açılmış, taraflar 07.07.1994. tarihli, celsede boşanma ve mali konularda anlaşmışlardır. Medeni kanunun 134/3’ncü maddesi nazara alınmadan, tarafların beyanların kabul edilmeyiş sebepleri açıklanıp onlara bir teklif götürülmeden, bu teklif kabul edilmezse delilleri sorulup toplanmadan olaya uymayan Madeni Kanunun 134/son maddesi şartları oluşmadığından bahsedilerek davanın reddi doğru görülmüştür.”(Ruhi, s. 227).

²²⁹Akıntürk, Karaman, s. 272.

²³⁰Tekin, s. 98.

okunarak tutanağın ilgili kısmının imzalanması gerekmektedir. Bu durumda feragat sebebi ile davanın reddine karar verilir²³¹

Anlaşmalı boşanmada hakimin kararı kesinleşinceye kadar davacı davadan feragat edebilir. Ortak dilekçe ile her iki eş karşılıklı olarak davadan vazgeçebilirler. Anlaşmalı boşanmada tarafların birinin ölümü halinde onun mirasçıları davayı devam ettiremez. Çünkü anlaşmalı boşanma davası tarafların kusuruna dayanan bir dava değildir²³².

MK.m. 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."

Yargıtay bir kararında "Davacı kadın tarafından Türk Medeni Kanunu'nun 166/3 maddesine dayalı olarak açılan boşanma davası kabul edilip tarafların anlaşmalı boşanmalarına karar verilmiş ise de; davacı kadın 21.06.2018 tarihli dilekçesinde davadan feragat ettiğini bildirdiğinden bu husus gözetilerek bir karar verilmek üzere hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir."²³³ şeklinde karar vermiştir.

Yargıtay çoğunluk kararlarında anlaşmalı boşanma yönünde oluşan karar kesinleşinceye kadar eşlerin bu yöndeki diğer bir beyan ile gerek boşanmanın mali sonuçları gerekse çocukların durumu konusunda kabul edilen düzenlemeleri kapsayan irade beyanından dönmesi engelleyici bir yasal hüküm bulunmadığı hükmüne yer vermiştir²³⁴.

²³¹Tekin, s. 98.

²³²Özkan, s. 699.

²³³Y. 2.HD 2018/5486 E, 2018/14801 K.18.12.2018 (<https://www.kazancihukuk.com/>) (11.04.2019)

²³⁴Y. 2. HD. T. 17.3.2016, E. 2016/2072, K. 2016/5290, "Taraflar 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesi uyarınca boşanmışlar, hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir. Anlaşmalı boşanma yönünde oluşan karar kesinleşinceye kadar eşlerin bu yöndeki diğer bir ifadeyle gerek boşanmanın mali sonuçları, gerekse çocukların durumu hususunda kabul edilen düzenlemeleri kapsayan irade beyanından dönmelerini engelleyici yasal bir hüküm bulunmamaktadır. Mahkemece davacı ve davalı asil dinlenilmeksizin vekillerinin beyanlarına dayanılarak karar verildiği gibi, Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesi gereğince boşanmalarına karar verilse dahi, davacının anlaşmalı boşanma hükmünü gerçekleştiren anlaşmaya rağmen temyiz etmesi davadan açıkça feragat etmedikçe anlaşmalı boşanma yönündeki iradesinden rücu niteliğinde olup, bu halde anlaşmalı boşanma davasının "çekışmeli boşanma" (TMK m. 166/1-2) olarak görülmesi gerekir. Açıklanan sebeple mahkemece taraflara iddia ve savunmalarının dayanağı bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetlerini içeren beyan ile iddia ve savunmanın dayanağı olarak ileri sürülen her bir vakıanın ispatını sağlayacak delillerini sunmak ve dilekçelerin karşılıklı verilmesini sağlamak üzere süre verilip ön inceleme yapılarak tahkikata geçildikten sonra usulüne uygun şekilde gösterilen deliller toplanarak gerçekleştirilecek sonucu uyarınca karar verilmek

ÜÇÜCÜ BÖLÜM

IRAK HUKUKUNDA ANLAŞMALI BOŞANMA

3.1. IRAK HUKUKUNDA EVLİLİĞİ SON ERDİREN DURUMLAR

Irak Hukukunda evliliğin sona ermesinin sebepleri; eşlerin ölümü, gaiplik, evlenmenin yok olması, evlenmenin fesadı ve tefrik olarak tanımlanmıştır. Bu kavramları aşağıda incelenecektir.

3.1.1. Eşlerin Ölümü

Irak kanun koyucusu ve Türk kanun koyucusu evlenmenin sona ermesi konusunda eşlerinin birinin ölümü meydana gelirse evliliğin sona ereceğini kabul etmektedir. Irak Aile Kanununun 46. maddesinde iddet gerektiren hallerden biri olarak karının kocasının ölmesi hali belirlenmiştir. Bunun yanında 48. maddede kocası ölen kadının iddetini dört ay on gün olarak belirtmiştir, ancak eğer bu kadın hamile ise çocuğun doğmasıyla iddeti tamamlayacaktır. Belirtilen maddenin 4. fıkrasına göre ise boşanan kadının kocası iddet süresinde öldüyse kadının iddeti, eşi ölmüş dul kadın gibi baştan başlar, diğer süre ise iptal olur.²³⁵

üzere hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir.” (Y. 2. HD., T. 20.2.2017, E. 2017/527, K. 2017/1674, “Taraflar 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesi uyarınca boşanmışlar, hüküm davalı tarafından temyiz edilmiştir. Anlaşmalı boşanma yönünde oluşan karar kesinleşinceye kadar eşlerin bu yöndeki diğer bir ifadeyle gerek boşanmanın mali sonuçları, gerekse çocukların durumu hususunda kabul edilen düzenlemeleri kapsayan irade beyanından dönmesini engelleyici yasal bir hüküm bulunmamaktadır. Açıklanan sebeple mahkemece taraflara iddia ve savunmanın dayanağı olarak ileri sürülen her bir vakianın ispatını sağlayacak delillerini sunmak ve dilekçelerin karşılıklı verilmesini sağlamak üzere süre verilip ön inceleme yapılarak tahkikata geçildikten sonra usulüne uygun şekilde gösterilen deliller toplanarak gerçekleşecek sonucu uyarınca karar verilmek üzere hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir.” (Y. 2. HD., T. 13.12.2016, E. 2016/15758, K. 2016/1590, (Tekin, s. 98-99.)

²³⁵ Muhsen Abdulkader Saleh, Türk Ve Irak Hukukunda Genel Sebeplere Dayanarak Boşanma Ve Sonuçları, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Konya 2013, s. 18.

3.1.2. Gaiplik

Öncelikle gaiplik, birinin ölüp ölmediğine ilişkin kesin olarak bir haber olmamasıdır.²³⁶ Kanun koyucusu bazı şartlar içeren durumda gaipliğe karar vermesini mümkün kılmıştır. Irak kanun koyucusu da ülkesinin başından savaş eksik olmadığını göze alarak düzenlemeyi yapmıştır. Örneğin Birinci Körfez Savaşı'nda binlerce kadının eşinin ölüp ölmediği bilinmemektedir.

Irak kanun koyucusu bu durum karşısında eşi gaip olan kadının durumunun askıda kalmaması için düzenleme yapmayı gerekli bulmuştur. Irak Aile Kanunun 43. maddesine 1994 yılında bir fıkra ekleyerek bu sorunu çözülmeye çalışılmıştır. Buna göre, eğer ki kadın eşinin gaipliğine ilişkin resmi makamdan belgeye sahip ise mahkemeden eşinden tefrik isteyebilir. Ancak gaiplik belgesinin çıkış tarihi üzerinden en az dört yıl geçmiş olmalıdır. Ayrıca mahkeme gaipliğin devam etmesini araştırarak tefrike karar verebilir. Yalnız kanun koyucu bu hakkı sadece kadına tanımıştır. Kanımızca kadın gibi erkeğe de bu hakkı tanınması daha doğru olurdu.

Gaiplik nedeniyle evlenme sona ererse kadının iddet süresi dört ay on gün olarak kabul edilmiştir (Irak aile kanunu madde 43)²³⁷.

3.2. Boşama Yetkisi

İslam'da boşanma yetkisi erkeğe verilmiştir. Çünkü kabule göre erkek kadından daha sabırlıdır, ayrıca boşanma gerçekleşince yanında maddi sonuçlar söz konusudur. Eğer ki yetki kadına verilseydi tahmin edilmeyecek kadar tehlikeli olabilirdi. Çünkü kadınlar çoğunlukla duygularıyla karar alır sonuçta kadın gerginlik zamanında neticeyi düşünmeden boşamaya karar verirse bu şekilde boşanma topluma daha çok zarar verebilir²³⁸.

İslam şeriatı kadının da belli sebeplerin varlığı halinde mahkeme yoluyla boşanmaya başvurmasını kabul etmiştir.

²³⁶ Ahmed Ali **Elhatib**, Hametubid **Elkubeysi**, Muhammed Abbas **Elsamirai**, Şerh Kanun elahvaleşahsiye, Bağdat 1980, s. 38.

²³⁷ Saleh, s. 18

²³⁸ Abbas suheyl **çeçan**, talak el huli, el muhakkık el hilli fi el elum el kanuniye ve el siyasiye dergisi, dördüncü baskı, s. 105.

Irak Aile Kanunu madde 39 birinci fıkrasında “boşanmayı istenen taraf aile mahkemesinde dava açarak boşanma hükmü isteyebilir, eğer mahkemeye başvuru yapmak mümkün olmadıysa da boşanmanın iddet süresince mahkemede kayıt altına alınması mümkündür” hükmüne yer verilmiştir. Sözü geçen maddede eşlerin arasında boşanmanın mahkeme dışında gerçekleşmesinin mümkün olduğunu belirtmiştir. Ancak bu boşanmayı kadının iddet süresinde mahkemeye kayıt ettirmiş olmaları gerekmektedir²³⁹.

Irak kanun koyucusu, Tunus kanun koyucusunu taklit etmeyi doğru bulmadı. Tunus Aile Kanununda boşanma mahkeme dışında gerçekleştirilemez. Ancak Irak Kanun Koyucusu diğer Arap ülkeleri gibi boşanmada sadece mahkemeye haber vermeyi şart olarak kabul etmiştir²⁴⁰.

Bu düzenlemenin amacı da boşanma davalarını düzenlemektir, Ayrıca mahkeme dışında gerçekleşen boşanma ise mahkemede dava açılır ve boşanmaya karar vermesiyle diğer tarafa ihtar yoluyla haber verilir.

Irak temyiz mahkemesinin 03.11.1963 tarihli 339 kararında “Irak Aile Kanunun 39. Maddesinde mahkeme dışında boşanmayı yasaklamamıştır, amacı sadece boşanma davalarını düzenlemektir” şeklinde hüküm verilmiştir. Başka bir temyiz kararında ise “boşanmanın şartları bulunduysa taraflar boşanmayı kaydetmemesi bile kararın iptalini gerektirmez” denilmektedir²⁴¹.

3.2.1. Hakkı Kötüye Kullanmak

Irak kanun koyucusu boşanmayı erkek tarafına hak olarak kabul etmiştir ama bu hakkın kötüye kullanmasını ele almamış, kadının bu hakkı kullanmasından zarar görmesi dikkatini çekmemiştir. Kanun koyucunun bu hakkın kötüye kullanılmasının önüne geçmemesi isabetli olmamıştır. Zira bir zarar söz konusuysa boşanma hakkını kötüye kullanımı meydana gelirse, belli bir ceza bulunması daha iyi olurdu.

²³⁹Çeçan, s. 105.

²⁴⁰Çeçan, s. 105.

²⁴¹Kişisel Madde Otoritesinin 306. Kararı, mecmua alkararatmehkemet el temiyiz elerki, hukuk dergisi Tarih 06.10.1963

Kanun koyucu bunu dikkate almasa da boşanma mahkemenin önünde geçtiğinden yargının denetimine tabidir. Eğer ki bu hakkın kötü kullanması tespit edilirse, Irak Medeni Kanunun 4. Ve 5. Maddesine göre maddi cezaya karar alınır. Mısır kanun koyucusu bir hakkın amacı karşı tarafa zarar vermekse bunun meşru hak olmadığını kabul etmektedir. Bunu İslam şeriatında da gözlemekteyiz.

3.3. Boşanmanın Türleri

Kısa şekilde Irak medeni Kanununda boşanmanın türlerine değinlenecektir.

3.3.1. Bain Boşanma

Bu tür boşanma, erkeğin eşine dönebilme hakkını kaybederek boşandığı türdür. Bu boşanmadan sonra kadın aynı eşi ile tekrar evlenmeyi kabul ederse yeni nikah akdi ve mehir gerekir.

Bain boşanmada ikiye ayrılır:

3.3.1.1 Küçük Bain Boşanma

Eğer ki koca eşini boşadı ise ve eşiyle tekrar evlenmek isterse evlenme sözleşmesiyle karısıyla bir daha evlenmesi mümkündür, türleri de şunlardır:

- Fiili Evlilik Birliği Kurulmadan Önce Boşanma: Buradaki olan boşanmada boşanan kadının iddeti bulunmamaktadır. Dayanak olarak Kuran'ı Kerim'de "Ey inananlar! Mümin kadınlarla nikâhlanıp onları temasta bulunmadan boşadığınızda, artık onlar için size iddet saymaya lüzum yoktur" ayeti gösterilmektedir"²⁴². Nikâhtan boşanan kadınların boşanması halinde bu küçük bain sayılır ve hem yeni mehir hem de yeni evlenme sözleşmesiyle geri dönebilirler. Çünkü nikâhtan boşanan kadının diğerleri gibi iddeti yoktur"²⁴³.
- Bedel Karşılığında Boşanma: (Hul) anlaşmalı boşanma kadın eşine belli bir bedel ödeyerek boşanmasıdır.

²⁴²Ahzap süresi 49.ayet.

²⁴³Adnan Mehi **Bedir**, Vaciz Fi Daavi Al Ahwalalşahzsiye Fi Al KanunIraki, Bağdat Yayın Evi 2008, s. 222.

- Zarar Sebebiyle Tefrik: Irak Aile kanunu 40. maddesinde Malikilerin görüşüne almıştır metinde (1. Eğer eşin biri diğerine evlilik birliğinin devam etmesini çekilmez kadar zarar verirse, örneğin uyuşturucu bağımlısı, burada tıbbi rapor ile kanıtlaması gerekmektedir. 2. Eğer eşin biri zina eşlemişse diğer eş zarar sebebiyle boşanma açabilir. 3. Eğer nikah 18 yaşı doldurmadan yapılmışsa (hakimin izni durumlar hariç). 4. Eğer nikah mahkeme dışı baskı altında yapılmışsa. 5. Mahkme izni olmadan ikinci eş ile evlenme). Bunun yanında Irak Aile Kanunu, 43. maddesinde bunların yanında birkaç durum daha eklemiştir (1. Eğer eşin biri üç yıldan fazla hapis cezası almışsa. 2. Eğer eşin iki yıldan fazla sebebsiz terk etmişse. 3. Eğer nikahı kılıp iki yıl içerisinde evlenmeseler, kadın eşin tefrik istem hakkı mevcuttur. 4. Eğer eşi üç yıldan fazla başka bir ülkede yaşamaya devam ediyorsa tefrik isteyebilir)²⁴⁴.
- Yaşlanan veya Küçük Olanın Boşanması: Altmış yaşından büyük olan yaşlı sayılır. Ayrıca dokuz yaşın altında olan küçük sayılmaktadır. İkisinin de geri evlenmesi yeni mehir, yeni evlenme sözleşmesiyle gerçekleşir²⁴⁵. Hem yaşlı hem de küçüğün iddeti bulunmadığından erkek eşini döndürebilir²⁴⁶.

Bain boşanan kadınniddet süresinde bir daha boşanırsa hükmü ne olur?

Çoğunluk fakihlere göre iddet süresinde boşanma meydana gelirse ister küçük bain, ister büyük bain boşanma düşmemektedir. Yalnız Hanefilere göre küçük bain boşanan kadın nasılsa yeni sözleşmeyle eşine geri dönebiliyorsa, eşinin niyeti birinci boşanmayı onaylama değilse o zaman ikinci boşanma gerçekleşmiş olur. İmamilere göre eğer erkek cima olmayan eşini iki şahit şartıyla boşarsa ikinci boşama gerçekleşir²⁴⁷.

3.3.1.2. Büyük Bain Boşanma

Büyük bain boşanma, erkeğin eşini üç sefer farklı zamanlarda boşamasıdır. Bu şekilde boşanma neticesinde kadının eşine dönmesi haram kılınmıştır²⁴⁸.

²⁴⁴Beşir, s. 225.

²⁴⁵Bedir, s. 221.

²⁴⁶Bedir, s. 221.

²⁴⁷Bedir, s. 222.

²⁴⁸Beşir, s. 227.

Küçük baiden farkı eşini döndürmesi için sanal olmayan başka bir kişiyle şer'i evlenmesi gerekmekte ve sonradan ikinci eşinin ölümü veya boşanması meydana gelince birinci eşine dönebilmektedir. Bu konuya dair Kuran'ı Kerim'de bir ayette "Eğer erkek kadını (üçüncü defa) boşarsa, ondan sonra kadın bir başka erkekle evlenmedikçe onu alması kendisine helâl olmaz. Eğer bu kişi de onu boşarsa, (her iki taraf da) Allah'ın sınırlarını muhafaza edeceklerine inandıkları takdirde, yeniden evlenmelerinde beis yoktu.", hükmü yer almaktadır²⁴⁹. Çünkü ikinci boşanma birinci boşanmayı yok eder ve kadın böylelikle birinci eşine yabancı hükmünde sayılır.

Bazı kötü niyetli insanlar bu hükmü kötüye kullanmaktadır. Bu hükmün esası karı başka eş ile evlenip boşanmadıkça birinci eşine dönememesidir. Bazıları bu hükmü hile kullanmakta, başka bir eş ile bir bedel karşılığında anlaşıp eski eşiyle bir gün veya birkaç saat evlenip boşansın ki kendisi birinci eşine dönebilsin diye anlaşılmaktadır. Bunlar İslam şeriatını kötüye kullananlardır. Bu tür evlenmeler yozlaşmış akittir, çünkü evlenme ile belli bir süreyle bağımlı kalmaktadır. Bu yol zina gibi haram kılınmıştır²⁵⁰.

3.3.2. Dönülebilir Boşanma

Bu tür boşanmada erkeğin eşini döndürmesi mümkündür. İster iddet süresi çocuğu doğurmakla isterse üç ayla dolacak olsun erkek eşinin iradesi olmasa dahi iddet süresinde döndürebilir. Kuran'ı Kerim'in bir ayetinde "Boşanmış kadınlar üç kur (üç ay hali müddeti) kendi kendilerine beklerler (hamile olup olmadıklarına bakarlar). Eğer Allah'a ve yevm'ilâhire îmân ediyorsa, rahimlerinde Allah'ın yaratmış olduğu şeyi gizlemeleri onlar için helâl olmaz. Şayet onların kocaları barışmak (arayı düzeltmek) isterlerse, bu (bekleme süresi) içinde onlara tekrar geri dönmeye (başkasından) daha çok hak sahibidirler. Erkeklerin, kadınları üzerinde (hakları) olduğu gibi, kadınların da erkekleri üzerinde maruf (hakları) vardır. Erkeklerin, kadınların üzerindeki (hakkı) bir derece daha üstündür. Ve Allah, Aziz'dir, Hakîm'dir" ²⁵¹ hükmü yer almaktadır²⁵².

Irak Aile Kanununda 38. maddesine göre dönülebilir boşanmada erkeğin boşadığı eşini iddet süresince yeni evlenme sözleşmesine gerek olmadan döndürmesi mümkündür. Bir

²⁴⁹Bakara süresi 230. Ayet.

²⁵⁰Beşir, s. 227.

²⁵¹Bakara suresi, 209. ayet.

²⁵²Bedir, s. 219.

erkek birinci ya da ikinci defa eşini boşarsa kadının iddeti bitmeden evden çıkarma hakkı yoktur. Buna dayanak olarak Kuran'ı Kerim'den şu ayet gösterilmektedir “Ey peygamber! Kadınları boşamak istediğinizde, onları iddetlerini dikkate alarak (temizlik hâlinde) boşayın ve iddeti sayın. Rabbiniz olan Allah’a karşı gelmekten sakının. Apaçık bir hayâsızlık yapmaları dışında onları (bekleme süresince) evlerinden çıkarmayın, kendileri de çıkmasınlar. Bunlar Allah’ın sınırlarıdır. Kim Allah’ın sınırlarını aşarsa, şüphesiz kendine zulmetmiş olur. Bilemezsin, olur ki Allah, sonra yeni bir durum ortaya çıkarır”²⁵³. Belki bu şekilde olursa, erkek eşini boşamasından pişmanlık duyar ve eşini daha kolay geri döndürür²⁵⁴.

3.4. IRAK HUKUKUNDA ANLAŞMALI BOŞANMA

Anlaşmalı boşanma, boşanmaya giden yollardan biridir. Anlaşmalı boşanmanın gerçekleştirilmesi için iki tarafın, eşlerden biri evlilik birliğin çekilmez hale gelmesi ve bu evlilik birliğini sonlandırması için belli bir miktarda para ödemesi konusunda anlaşması gerekir. Bu konu önemli olduğu için Irak Kanununu da diğer kanunlar gibi anlaşmalı boşanmaya yer vermiştir.

3.4.1. Genel Olarak

Şüphesiz ki evlenme yüce Allah’ın kurduğu bir sistemdir. Toplumun yararına ve mutluluğuna ve üstelik erkeğe kadına iyi bir aile ilişkisi kurdurmak için bağladığı bir bağlantıdır. Çünkü aile bağlantısı ne kadar iyi olursa, bu toplumun iyi olduğunu gösterir ve İslamşeriatı bizi evlenmeye teşvik eder ve eşlerin arasında beraber yaşamının sevgi ve merhamet çerçevesinde olması için evlenmenin hükümlerini ve şartlarını belirtir ve bu hükümler kayıp olursa, eşlerin arasında nefret ve kin oluşursa buna bağlı olarak beraber yaşamların imkânsız hale gelirse o zaman boşanmadan başka bir yol bulunmamaktadır²⁵⁵. Eğer nefret koca tarafındansa o zaman erkek kendi hakkını Allah’ın şeriatı çerçevesinde kullanarak boşayabilir, ama eğer nefret kadın tarafındansa aynı şekilde Allah’ın şeriattaki hakkını kullanarak bütün aldıklarını geri vererek anlaşmalı boşanmaya başvurabilir. Anlaşmalı boşanma evlenme sözleşmesinin

²⁵³Talak suresi 1. ayet.

²⁵⁴Bedir, s. 219.

²⁵⁵Mohamed Bin Abi Bakir Bin Abdulkadir **AI RAZİ**, Muhtar Al Sahah, Dar Alselam Yayın Evi, Kuwait1983, s. 184.

feshetmenin bir yoludur ve hul telaffuzu Kuran'ı Kerim'de geçer. Karının kocaya karşı belli bir miktarda ödemesi lazımdır. Ayetin açıklamasında şöyle buyruluyor “(Dönüş yapılabilir) boşama iki defadır. Sonrası ya iyilikle geçinmek, ya da güzellikle bırakmaktır. (Evlilikte) tarafların Allah'ın belirlediği ölçüleri koruyamama endişeleri dışında kadınlara verdiklerinizden (boşanma esnasında) bir şeyi geri almanız, sizin için helâl olmaz. Eğer onlar Allah'ın belirlediği ölçüleri gözetmeyecekler diye endişe ederseniz, o zaman kadının (boşanmak için) bedel vermesinde ikisine de günah yoktur. Bunlar Allah'ın koyduğu sınırlardır. Sakın bunları aşmayın. Allah'ın koyduğu sınırları kim aşarsa, onlar zalimlerin ta kendileridir)²⁵⁶ .

Yürürlükte olan 188 sayılı 1959 tarihli Irak Aile Kanunun temel hükümlerinden biri eğer bir hüküm kanun metninde bulunmuyorsa o zaman İslam şeriatına dönerek hâkim hüküm verebilir, eğer şeriatta hüküm bulunmuyorsa eski yargı kararları veya fıkıh'a dayanarak karar verebilir. Bu sıralama şarttır bir aşmayı atlayıp diğerine geçilemez, Aile kanununun birinci maddesine göre (1. Kanun metninde olan maddeler bütün olaylara uygulaması şarttır. 2. Eğer kanun metninde hüküm bulunmuyorsa kanuna uygun bir hüküm uygulanabilir. 3.Eğer hüküm ne kanun metninde ne de İslam şeriatında bulunmuyorsa yargının eski kararları, İslam fıkıhı veya Irak kanuna yakın olan başka İslam ülkelerindeki kararlarına göre karar verebilir)²⁵⁷ .

3.4.2. Anlaşmalı Boşanma Kavramı

Anlaşmalı boşanma kavramını açıklamak için, önce anlaşmalı boşanmanın tanımı yapılacak sonra anlaşmalı boşanmanın uygulanmasına değinilecektir.

3.4.2.1. Anlaşmalı Boşanmanın Tanımı

Hul', Muhalaa, Arapça dilinde çıkarma anlamına gelir. Mesela, adam elbisesini çıkardı gibi. Aynı şekilde Hul', Muhalaa anlamı: karının kocasını belli bir bedel karşılığında boşamasıdır. Mesela kadın kocasına der ki beni bu bedel karşılığında hul et; kocada tamam ben bu bedel karşılığında hul ettim seni diyebilir²⁵⁸ . Aynı şekilde Kuran'ı

²⁵⁶Bakara süresi. 229. Ayet.

²⁵⁷Al Razi, s. 184.

²⁵⁸Al Razi, s. 185.

Kerim’de Bakara Suresinin 187. ayetinde kadını kocanın giydiği bir elbiseye benzetmiş olup karı kocasını elbisesini çıkarma manasındaki gibi hul yapabilir²⁵⁹.

Anlaşmalı boşanma islam hukukcularda Hanefilerde: Nikâhı yok etmek amacıyla kadın kocasına karşı belli bir bedel ödeyerek anlaşmalı boşanmayı gerçekleştirebilir. Malikilerde bedelli boşanma diye tanınmıştır. Şafiilerde iki eşin ayrılması için karının kocasına karşı belli bedel ödemesi gerekmektedir. Hanbelîlere göre iki eşin ayrılması için belli hul telaffuz (söyleyiş) gerekmektedir..

İmamilere göre ise hul boşanmanın bir türüdür. Karının eşine karşı belli bedel ödemesi gerekir. Dahireyler göre, karı kocasından nefret ediyorsa fidyasını ödeyerek ondan kurtulması mümkündür. İmamilere mubaraa ve hul aralarında ayırım yaparlar. Onlara göre hul kadın tarafı eşine karşı kin oluşması, mubaraa ise kin nefret her iki taraftandır, hul de mehir den fazla bedele anlaşılabilir, aksine mubaraa da mehir den fazla anlaşılmaz. Bu farkları başka fakihlerde görmemekteyiz²⁶⁰.

Bütün bu tanımlardan anlaşmalı boşanmanın mana olarak aynı olduğu anlaşılmakta olup eşlerin aralarında anlaşarak kocasını istemeyen kadının bir bedel ödeme ile aralarındaki evlenmeyi sona erdirebilmesi ‘hul’ diye tanımlanmaktadır²⁶¹.

Irak kanun koyucusunun tanımının islam hukukçuları (fakihlerin) tanımından farkı yoktur. Ancak Irak Kanununda eşlerin arasındaki anlaşmanın hâkim huzurunda olması gerekmektedir. Irak kanun koyucusu Hasan Basri’nin görüşünden etkilenecek anlaşmalı boşanmanın hâkim huzurunda olması gerektiğini düzenlemiştir²⁶².

Irak kanun koyucusu ise anlaşmalı boşanmada evliliğin kaldırması ‘hul’ kelimesi kullanarak hâkimin huzurunda her iki tarafın icap ve kabul yoluyla gerçekleştirilmesini kabul etmiştir²⁶³. Anlaşmalı boşanma ile boşanmanın arasındaki fark, boşanmada

²⁵⁹ Ahmet **AL Kubaisi**, Al Waciz Fi Şarihalahwalaşahsiye(Zevac Ve Altalakveataruhum) Cuzu 1, TalatikKitap Evi, Mısır Alkahira 2010, s. 173.

²⁶⁰ Ramazan Ali Said **Alşarnbasi**, Jaberadul hadi Salim **Al şafii**, Ahkem Al Usre Fi Alzevac Ve Alfurkave hukuk alevlat Fi Fıkıh Al İslami Ve Alkanunvekadadirasealkawanin Al Ahwal Al Şehsiye Fi Mısır Ve Lübnan , Kısımaltani (Alfurka Beyin Alzevceyin Ve Hukuk Alاتفأل) T1, ManşuratAlhalbi 2006 s. 107, Mustaşar Ahmet Nasır Alcundialahwalaşahsiya Fi Alkanunalimaratarabialalmuthide, Hukuk Kitap Evi Mısır 2007, s. 292.

²⁶¹ Al Shrinbasi, s. 528.

²⁶² Al Shrinbasi, s. 528.

²⁶³ Al Shrinbasi, s. 528.

evlenme sözleşmesi erkek tarafından tek taraflı irade ile sonlandırılır ya da mahkemece tefrik karar yoluyla meydana gelir, ancak anlaşmalı boşanma her iki tarafın iradesi ile aralarında anlaşarak evlenme bağına son vermesi ile meydana gelir. Ayrıca anlaşmalı boşanma ile boşanma arasında telaffuz (söyleyişi) farkı vardır. Bunun yanında anlaşmalı boşanma belli bir bedel karşılığında gerçekleşmektedir²⁶⁴.

Mısır aile kanununda bu konu ele alınmış ve 2000 yılında kanunun 20. maddesinde anlaşmalı boşanma hükümleri düzenlenmiştir. Buna göre, çiftler aralarında anlaşarak anlaşmalı boşanmaya gerçekleştirebilirler, eğer anlaşma olmadıysa ve kadın bütün haklarından feragat edip ve bütün mehri geri vermesi üzerine mahkeme boşanmaya karar verir. Yalnız mahkeme eşlerin aralarında sulh denemesi yapmadan anlaşmalı boşanmaya karar veremez²⁶⁵.

Kanunun metninde net bir şekilde anlaşmalı boşanma davasına bakan hâkimin Hanefi doktrinine dönmesi gerekliliği belirtilmektedir ve Hanefilere göre anlaşmalı boşanma ile nikâhın hükümlerin kaldırması eşin bedel ödemesiyle yani ‘hul’ ile gerçekleştirilir.

Mısır aile kanunu şeriatın dışına çıkmamaya özen gösterilmiştir. Kanundaki düzenlemeye göre kadının anlaşmalı boşanmaya başvuru yapması hâkimin hemen anlaşmalı boşanmaya karar vermesi gerektiği anlamına gelmemektedir. İlk başta hâkim aralarındaki sorunlarını gidermesi için her iki taraftan bir hakem belirler. Bu iki hakem anlaşmazlıkları gideremez ise o zaman kadın kocasına hem bütün mehri geri vermesi hem de bütün mali ve meşru haklarından feragat etmek şartıyla anlaşmalı boşanmaya karar verilebilir. Buradaki gerçekleşen boşanma her iki tarafın menfaatinedir. Zira anlaşmalı boşanma kocanın onayı ile gerçekleştirilirse kadın kocası ile yaşamak zorunda bırakılmış olur ve koca karısına zorlamada bulunarak zarar verebilir, bu durum ise İslam şeriatına aykırı olur²⁶⁶.

Anlaşmalı boşanma veya Irak Aile Kanununda tanımı belirtilen isteğe bağlı boşanma madde 46.nın 2. Fıkrasında belirtmiştir.

²⁶⁴Vasen kadım zezur **Al difaai**, dirase mukarene biyene al kanunalıraki ve ahkamal fikal islami. Mecelevasitlialulmalinsaye, vasit üniversitesi, Hukuk Fakültesi, s. 428.

²⁶⁵Al Shrinbasi, s. 528.

²⁶⁶Şeah medı brahim bek mustaşar Vasil Aladin İbrahim, Ahkam Al Ahwal Al Şehsiye Fi Al Şeriaa Ve Alkanun ,T5, , Cumhuriyet Yayın Evi 2003, s. 507.

Anlaşmalı boşanma iki aşamadan oluşur: birincisi mali konularında anlaşmaları, ikinci aşama ise anlaşmalı boşanmanın akdi denilen hul'un formülü veya şeriata göre telaffuzudur.

3.4.2.2. Anlaşmalı Boşanmanın Uygulanması

Anlaşmalı boşanma eş tarafından yemin olarak kabullenilir. Çünkü eş boşanmayı bir maddiyat karşılığında kabul ediyor ve burada karı kocasına karşı bir mal taahhüt edilmesiyle gerçekleştiriliyor. Bu düşünceye göre, anlaşmalı boşanmayı eşin yemin olarak kabul etmesi için bazı hükümler barındırması gerekmektedir. Bunların en önemlileri şunlardır:

- Eğer eş kendisi anlaşmalı boşanmayı başlatmışsa bundan geri dönemez. Çünkü icabı kabul ederek başlatmıştır ve bundan dönüş yapamaz. Eğer eş anlaşmalı boşanmada icabın olduğu yerden ayrılrsa bile eşin icabı yeminidir ve yeminden dönüş yapamaz. Örneğin eş karısına ben anlaşmalı boşanmayı mehirin geri verilmesi ile kabul ediyorum dediği takdirde icabından geri dönemez. Yalnız Şafiilere göre durum farklıdır diğer işlemler gibi icap esnasında kabul olmadan geri dönülebilir²⁶⁷.
- Eğer eş anlaşmalı boşanma icabını söylediği yerden eşinin kabulünü duymadan ayrılırsa buradaki icabı kalmaya devam eder, eğer eşi anlaşmalı boşanmanın icabını sonradan kabul ederse boşanma gerçekleştirilir²⁶⁸.
- Eşin anlaşmalı boşanma icabının bir şarta ya da gelecek zamana bağlı olması mümkündür. Örneğin eş karısına karşı ben seni gelecek ayın başındahul ediyorum der ve diğer eş bunu kabul ederse o şart gerçekleştirmesi ile anlaşmalı boşanma tahakkuk eder²⁶⁹.

Anlaşmalı boşanmanın kadın tarafından bir bedeli olması için bazı hükümler gerekir:

²⁶⁷ Mohamedsemare, Ahkam Ve Atar Alzevciye Şerh Mukaarın Li Kanun Al Ahwalalsahsiye , Tafaka Baskı Yayın Evi 2008, s. 308.

²⁶⁸ Abdul Majidmuhammed **Matlub** Veciz Fi Al Ahkam alüsre alislamiye (Zevac-Fark Alzevac- Hukuk Alawlad ve Akarip), Dirase mukarene fukah ve Kada, Dar Alnahdaal arabiye alkahira 1994, s. 352 .

²⁶⁹ Mohamed Muhialdin Hamid, s. 331.

- Kadın anlaşmalı boşanmadan geri dönebilir. Şöyle ki, anlaşmalı boşanma icabı kendinden çıktı, örneğin kadın “beni bu karşılık hul et” dedi, buradaki icabından eşi kabul etmeden dönebilir. Diğer işlemlerde olduğu gibi kabul etmeden dönüş yapması mümkündür ve icabını söylediği yerden ayrılırsa da icabı iptal olur²⁷⁰.
- Kadın anlaşmalı boşanma meclisinde bulunduyorsa o yerde kabul etmesi veya sonradan başka bir yerde duyurursa, o mecliste kabul etmesi gerekir, eğer o meclisten kabul etmeden ayrılırsa o icap iptal olacaktır sonradan kabul etmesi mümkün değildir²⁷¹.

Irak kanun koyucusu anlaşmalı boşanmanın uygulanmasına hiç değinmemiştir. Hâkimin bu durumda aile kanunundaki birinci maddeye dönmesi gerekir. Bu maddede İslam’ın şeriat ilkelerine göre uygulanması gerektiğidir. Irak kanun koyucusu da diğer İslam ülkeleri gibi İslam’ın şeriat ilkelerini bu durumlarda uygulanmaktadır.

3.5. Anlaşmalı Boşanmanın Şeriattaki dayanakları

Anlaşmalı boşanmanın dayanakları, Kuran’ı Kerim’de, peygamberin sünnetinde ve icmada bulunmaktadır:

3.5.1. Kuran’ı Kerim’de

Kuran’ı Kerim’e göre “(Dönüş yapılabilecek) boşama iki defadır. Sonrası ya iyilikle geçinmek ya da güzellikle bırakmaktır. (Evlilikte) tarafların Allah’ın belirlediği ölçüleri koruyamama endişeleri dışında kadınlara verdiklerinizden (boşanma esnasında) bir şeyi geri almanız, sizin için helâl olmaz. Eğer onlar Allah’ın belirlediği ölçüleri gözetmeyecekler diye endişe ederseniz, o zaman kadının (boşanmak için) bedel vermesinde ikisine de günah yoktur. Bunlar Allah’ın koyduğu sınırlardır. Sakın bunları aşmayın. Allah’ın koyduğu sınırları kim aşarsa, onlar zalimlerin ta kendileridir.”²⁷²

Buradaki ayete göre, kadın bir mal karşılığında kendini kurtarabilir ve eşin bu mal karşılığında karısını boşanması mümkündür. Mademki hayatları İslam dinine aykırıdır. Çünkü İslam’a göre erkek karısıyla iyilikle geçinmeli ya da onu güzellikle bırakmalıdır.

²⁷⁰Matlup, s. 332.

²⁷¹Matlup, s. 353.

²⁷²Bakara Suresi 229. Ayet

Burada güzellekle bırakmak ifadesi ile kadının bu evlilikte korku içinde hayatını devam ettirmesi durumunda olması boşanma olarak ifade edilmiştir. Çünkü bu durum Allah'ın şeriatına aykırıdır. Güzellekle karısını bırakması ifadesi bazı fakihlere göre eğer ki kadın kocasından nefretle hayatını devam ettiriyorsa bir mal karşılığında anlaşmalı boşanmaya gitmesi mümkündür ve işte buradaki boşanma bir iyilik ve güzelliştir²⁷³.

3.5.2. Peygamberin Sünneti

Abdullah'ın kızı, Sabit bin Kays karısı Cemile, eşinden çok nefret edermiş. Günün birinde Hz. Muhammed (SAV) in yanına giderek dedi ki: “Ey peygamber efendimiz Sabit bin Kays için dini ve ahlaki açısından söyleyeceğim bir şey yok ama kendisinden nefret ediyorum ve beni dinden çıkartmasından korkuyorum.”²⁷⁴Sabit Cemile'ye mehir olarak bir bahçe vermişti. Peygamber dedi ki “Ey Cemile bahçeyi geri verebilir misin?” o da dedi ki “evet fazlasıyla” peygamber dönüp dedi ki “fazlası değil sadece bahçeyi” o da “evet ey peygamber efendimiz veririm” dedi. Bunun üzerine Hz. Muhammed (sav)Sabit'e dönüp dedi ki “bahçeyi al ve onu boşa”²⁷⁵.

Bu rivayet birkaç şey göstermektedir. Bunlar:

- Rıza prensibinin kanıtlanması; eşlerin arasında ayrılık olabilir, bu durum Kuran'ı Kerim'de hul feda olarak adlandırılmaktadır. Bu ise bir şey karşılığında gerçekleşir bu halde rıza olması mümkün değildir.

²⁷³Ramzan Ali **Sayıtşarnabisi**. Cabir Abdul Hadi Salim Şafii, s. 522,

²⁷⁴Burada (beni dinden çıkarmasından korkuyorum) ifadesi iki açıklaması vardır birincisi o kadar nefret ediyorum ki onunla hayatım devam ettirsem İslam dininden çıkıp kâfir olurum yani burada kadın eşinden ne kadar çok nefret ettiğini anlatmaya çalışmış. İkinci görüş ise kadın ben Müslümanım ve İslam'ın hükümlerinden çıkmaktan korkuyorum. Mohamed Azmi Al Bakri, s. 573,Ramazanşarnabisi. Jabir abduhadi, s. 519.

²⁷⁵Burada (bahçeyi al ve onu boşa) cümlede peygamber efendimiz bunu tavsiye olarak mı yoksa emir olarak söyledi? çoğunluk fakihlere ve âlimler dediler ki, efendimiz tavsiye şeklinde söylemiş bu cümleyi çünkü boşanma erkeğin elindedir kanıtları hadisi şerifte şöyle buyuyor (boşanma bacak alanın elindedir) ve bacağı alan erkektir, çünkü erkek karısını bir şey karşılıksızda boşayabilir, ve bazı fakihlerde dediler ki, efendimiz cümleyi emir şeklinde söylemişti çünkü yüce Allah peygamberini tavsiyeden men edip her zaman emir şeklinde söylemesini gerekmişti ve bunların kanıtı Kuranı Kerim Alahzab süresinde 36. ayette şöyle buyuyor (Allah ve resulü bir işe hüküm verdiğinde, inanmış bir erkek ve kadına o işi kendi isteklerine seçme hakkı yoktur. Her kim Allah ve resulüne karşı çıkar gelirse apaçık bir sapıklığa düşmüş olur). (Şaranbisi, şafii, s. 524).

- Peygamber hükmünü hâkimin yargılaması şeklinde vermemiştir. Sadece “bahçeyi al ve onu boşa” demektedir, çünkü erkek boşama hakkına sahiptir²⁷⁶.

3.5.3. İcma

Bütün âlimler (fakihler) hul'e eğer ihtiyaç olunursa meşruluk ve izin vermişler²⁷⁷. Sadece Şafii bir fakih farklı görüşü savunmuşur oda Ebu Bekir bin Abdullah al Mazni'dir²⁷⁸. Mazninin dayanak gösterdiği ayette, “ tarafların Allah'ın belirlediği ölçüleri koruyamama endişeleri dışında kadınlara verdiklerinizden geri bir şey almanız sizin için helal olmaz. Eğer onlar Allah'ın belirlediği ölçüleri gözetmeyecekler diye endişe ederseniz, o zaman kadının bedel vermesinde günah yoktur. Bunlar Allah'ın koyduğu sınırlardır. Sakın bunları aşmayın. Allah'ın koyduğu sınırları kim aşarsa, onlar zalimlerin ta kendileridir”²⁷⁹ hükmü yer almaktadır. Başka bir ayette bu hüküm mensuh edildi. (kaldırmak, değiştirmek) Bu ayet “Eğer bir eşi bırakıp da yerine başka bir eş almak istersiniz, onlardan birine yüklerle mehir vermiş olsanız dahi ondan hiçbir şeyi geri almayın. Siz onu, iftira ederek ve apaçık günah işleyerek mi geri alacaksınız”²⁸⁰ şeklindedir. Diğer çoğunluk fakihlerin buna karşı cevapları şöyledir bunun dayanağı doğru değil çünkü bu rızası olmadan anlamına gelmektedir. Ancak rızası olsaydı mümkündü, anlaşmalı boşanmadaki gibi²⁸¹.

3.6. ANLAŞMALI BOŞANMANIN UNSUR VE ŞARTLARI

Anlaşmalı boşanmayı ele almak için iki bölüme ayırmak lazım: birincisi anlaşmalı boşanmanın unsurları, ikinci ise anlaşmalı boşanmanın şartları.

3.6.1. Anlaşmalı Boşanmanın Unsurları

Çoğunluk fakihlere göre anlaşmalı boşanmanın unsurları icap ve kabuldür. Hul de rızaya bağlıdır ve eğer erkek eşine hul icabı sunduysa karısının bunu kabul etmesi beklenir. Şöyle ki hul hakkı olarak kadına tanınmıştır, ancak burada erkeğin teklifi

²⁷⁶Al Cundi, s. 490.

²⁷⁷Matlup, s. 344.

²⁷⁸Mustafa Ibrahim **Al Zelemi**, Usul Alfikhalislami Fi Nesicihalcadid, S254, Kalem Yayın Evi Beyrut 2008, s. 254.

²⁷⁹Bakara Süresi 229. Ayet.

²⁸⁰Al Nissa suresi 20. Ayet.

²⁸¹Al Zelemi, s. 254.

sadece soru mahiyetindedir. Örneğin erkek “ben seni buna karşılık hul ediyorum” der ve karısı kabul ederse hul gerçekleşir. Karının rızası olmadan erkek hiçbir karşılık elde etmeyecektir.

Bu görüşü savunanlar²⁸² şu ayeti dayanak göstermektedir; “kadının bedel vermesinde ikisinde günah yoktur.

Bazı fakihlere göre anlaşmalı boşanma icap olursa gerçekleşir, erkeğin karısının icabını kabul etmesi gerekmektedir. Eğer Allah’ın sınırlarını ve hükümlerini aşmasından korkuluyorsa, hul’un şartı rızadır eğer rızayla olmadıysa hâkim erkeğe icbar edip hul’u gerçekleştirir. Bunun dayanağı ise Sabit ve Cemile’nin rivayetinde peygamberin davada hâkim şeklinde kararı vererek “ bahçeyi al ve onu boşa” demesi olup burada emir şeklinde karar alınmış olmasıdır²⁸³.

Irak Aile Kanunu madde 46 birinci bölümünde “hul... İcap ve kabul hâkimin önünde gerçekleşir” hükmü kabul edilmiştir. Demek ki kanun koyucu icap ve kabulü temel olarak kabul etmiştir. Bu görüş çoğunluk fakihlerin görüşlerinden etkilenecek yazılmıştır. Ancak hâkimin önünde olması şarttır. Mısır kanun koyucusu da 2000 yılında çıkarılan 20. maddede anlaşmalı boşanmanın temelleri icap ve kabul olarak kabul etmiştir. Mısır Aile Kanunu 20. Maddes metninde diyor ki “eşlerin aralarında anlaşmalı boşanma gerçekleştirmeleri için rızayla olması gerekmektedir, eğer anlaşma olmadıysa karı kendisini feda ederek davayı açabilir ve mahkeme uzlaşmayı denemeden anlaşmalı boşanmaya karar veremez.” Hul konusunda anlaşarak temelleri tamamlanır, İcap ve kabul temeldir. Yalnız kanun metninde anlaşma olmamasını bazı hükümlere bağlamıştır. Bunlar:

- İki hakem belirlenerek uzlaşma yolunun denenmesi,
- Açıkça kadının kocasından nefret etmesi ve Allah’ın hükümlerini aşmasından korkmasını ilan etmesi,
- Kadının kocasına karşı bir bedel ödemesidir²⁸⁴.

²⁸²Al Bakri, s. 582.

²⁸³Al Bakri, s. 584.

²⁸⁴Al Cundi, s. 524.

Bu konuda, Nakiz mahkemesi kararı bulunmaktadır; “hul... Eşlerin arasında rıza olması şarttır ve her iki taraftan açıklanan icap ve kabul bilinir ve bir bedel karşılığında ayrılık gerçekleşir²⁸⁵”.

Yalnız Irak kanunun koyucusu Hasan Basarinin görüşünü alarak bu boşanmayı hâkimin huzurunda gerçekleşmesini zorunlu kılmıştır.

3.6.2. Anlaşmalı Boşanmanın Şartları

Anlaşmalı boşanmayı gerçekleştirmek için bazı şartların bulunması gerekir. Onlarda:

3.6.2.1. Erkek Eşin Ehliyetli Olması

Hanbelî fakihleri hariç bütün fakihlere göre erkek eşin tam ehliyetli olması gerekmektedir. Hanbelîlere göre ayırt etme gücüne sahip küçük hem hul hem de boşanmaya karar verebilir. Sınırlı ehliyetli olanlar dahi hul gerçekleştirebilir. Ancak karşılık olarak aldığı bedeli velisine teslim etmesi gerekir. Ölüm hastalığı olanların da aynı şekilde boşanması mümkündür²⁸⁶.

Irak Aile Kanununda aynı şekilde erkek eşin ehliyetli olması şartı 46 maddenin ikinci fıkrasında “hul’un gerçekleşmesi için erkek eşin ehliyetli olması gerekmektedir”²⁸⁷ denmek suretiyle ele alınmıştır. Buna istinaden erkek eşin tam ehliyetli olması gerekmekte olup buna göre sarhoşun, akıl hastası olanların, yaşlılık veya hastalık sebebiyle ayırt etme gücünü kaybedenlerin²⁸⁸. hul’u gerçekleştirmesi mümkün değildir. Bunun nedeni ilgili kişilerin boşanmayı gerçekleştirememesidir. Kanun koyucu ehliyetsizler ve sınırlı ehliyetli olanların boşanmasına izin vermemiştir, Aile Kanununun 35. maddesinde boşanması mümkün olmayanlar sayılmıştır. Bunlar;

- Sarhoş, akıl hastası olanlar, yaşlılık veya hastalık sebebiyle ayırt etme gücünü kaybedenler,
- Ölümcül hasta olanlar (eğer o hastalık nedeniyle öldüyse karısı mirastan alır)

²⁸⁵Temyiz 81 Kararı 28.10.1937 Tarihinde Mohamet azmiden Nakil Edilmiştir, s. 585.

²⁸⁶Mohamed Cevad **magniye**, Fıkıh Ala Almadahip alhamasa, Muasese alsadık Yayın Evi, 1427h, s. 426-427.

²⁸⁷İmarat aile hukuku metinde (hul un gerçekleşmesi için hem bedel verenin hem erkek eşine hliyetli olması gerekmektedir) belirtmiştir.

²⁸⁸Kubeysi, s. 175.

Çocuğun boşaması bütün fakihlere göre mümkün olmamasına rağmen maddede çocuğun bu kişilerin arasında olmadığını net bir şekilde ele almamıştır. Ayrıca kanun koyucu Hanbelîlerin görüşlerine de uyduğunu belirtmemiştir, buda kanun koyucunun dikkatini çekmediği anlamına gelir.

3.6.2.2. Kadın Eşin Ehliyetli Olması

Bütün fakihlere göre hul olan kadın eşin tam ehliyetli olması gerekmektedir²⁸⁹. Eğer anlaşma aşamasında kadın eş sınırlı ehliyetli ise hul yanında gelen bedel karşılığı gibi haklar hakkında uygulanamaz. Çünkü bu işlemi yapabilmesi için tam ehliyetli olması gerekmektedir. İcap ve kabul ile hul gerçekleşmesi gerektiğinden kadın eş anlaşma aşamasında sınırlı ehliyetli ise kanunen tam ehliyetli olmadan bu tür işlemleri yapması mümkün değildir. Ehliyeti sınırlı çocuk veya akıl hastalığı haline Irak Medeni Kanununun 132/3. fıkrasında irade kısıtlamaları denilmekte olup bu maddeye göre kişilerin anlaşmaları ve hulun gerçekleştirmesi mümkün değildir. Kanun maddesinde “Sahih olan akit kendinden ve vafından meşru olan akittir, akdin taraflarının tam ehliyetli olması şarttır.” hükmü yer almaktadır (40 numaralı 1951 tarihli Irak Medeni Kanun’un 132.maddesinin 3.Fıkrası).

Medeni Kanun’un 97. maddesine göre eğer velinin kabulü ile hul gerçekleşirse, velinin kendi şahsi malından anlaşmalı boşanmanın bedelini ödemesi gerekir. Çünkü kanun koyucu kısıtlı ehliyetli olan kadının mehrini bedel sayarak hul’un bedelinin ödenmesini o çocuk hakkında büyük bir zulüm olarak ele almıştır. Ayrıca eğer veli, mehri anlaşmalı boşanmanın bedeli olarak kabul etmiş olsa bile kısıtlı olan çocuğun tam ehliyetli olmasıyla mehrin bedelini velisinden istemesi mümkündür²⁹⁰.

Fakihler ayırt etme gücü bulunmayan çocuk ve akıl hastalığı olan kişilerin hul’u gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceği konusunda farklı görüşlere sahiptir. Bir kısmı cahil veya ayırt etme gücü bulunmayan çocuğun hul’u ve ölümcül hastalığa yakalananların hul’unun mümkün olduğunu kabul etmektedir²⁹¹.

²⁸⁹İmamiyelere göre hul olan karı boşanmada olduğu gibi dokuz yaştan küçük olmaması, hamile ve temiz olması şarttı. Ayrıca iki şahit olmasını şart olarak kabullenmişlerdir, Magniye, s. 426.

²⁹⁰Magniye, s. 426.

²⁹¹Magniye, s. 426.

3.7. Cahil veya Ayırt Etmeyen Çocuğun Hul'u

Cahil kanunda o kişidir ki malını gereksiz yere harcar. Ayırt etmeyen çocuk ise kanunda 7 yaşını tamamlayıp henüz kanuni yaşa gelmeyen kişidir.

Aynı fikirde olmayan fakihler bu konuda üç görüşleri bulunmaktadır:

Birinci görüş: Hanefiler, İmamiler ve Hanefiler velinin izni olmadan ne ayırt eden nede cahil kişilerin hul'u gerçekleştirebileceğini kabul etmektedir. Velinin kendi malından hul'un bedelini ödemesi gerekmektedir. İmamilere göre ise velinin izni olmadan hul gerçekleştiremez ancak o kişinin menfaatine kendi malından o bedel ödenebilir.

İkinci görüş: Malikiler, Hanbelîler ve Malikiler cahil veya ayırt etmeyen çocuğun hul'u hiçbir şekilde gerçekleştiremeyeceğini kabul etmektedir. Çünkü onlara göre hul'un bedelini ödeyen kişi çocuk ya da akıl hastası olmamalıdır. Hanbelîlere göre ise velinin izni olsa dahi cahil veya ayırt etme gücü bulunmayan kişiler hul'u gerçekleştiremez.

Üçüncü görüş: Şafiilere göre cahil veya ayırt etme gücü bulunmayan çocuğun hul'e gitmesi velisinin izni olsa dahi hiçbir şekilde mümkün değildir. Ancak cahilin hul'u eğer velisi üzerinde korkup bu zulmü üzerinden kaldırmasını isterse o zaman olabilir²⁹².

Bizim de görüşümüz üçüncü görüş yönünde olup hem kanun açısından hem uygulama açısından bunun daha uygun olduğunu düşünmekteyiz.

Temyiz mahkemesinin 11/s/1972 numaralı ve 24/2/1972 tarihli kararında “kadın eş ayırt etme gücü bulunmayan çocuk ise eşiyle aralarındaki anlaşmalı boşanma velinin kabulü olmadan gerçekleştiremez” hükmü verilmiştir²⁹³.

İnceleme ve değerlendirmeden sonra mahkeme kararında davacı, davalının mehrinden (miktarı üç yüz dinar ve onun yanında bütün eski nafakalarından) zimmetini affetmiştir. Mahkeme kadın eşin ayırt edemeyen çocuk olduğuna dikkat etmeden karar vermişti. Nüfus cüzdanına göre 1954 doğumlu olan kadın ve daha tam ehliyetli olmadan hul'u belli bir bedel karşılığında hüküm verdiğinden bu karar doğru değildir. Çünkü bu kabulün tam ehliyetli olarak yapılması şarttır ve eğer bu çocuk bu kabulü evlenmeyi ve

²⁹²Magniye, Al zalami, s. 153.

²⁹³Çeçan, s. 287.

boşanmayı ne olduğunu ayırt ediyorsa o zaman bu çocuğun hul'u hiç bedel ödemedi ve mehri düşmeden gerçekleşir. Bu çocuğun velisinin (babası) anlaşmalı boşanmayı mehir karşılığında veya herhangi bir bedel karşılığında gerçekleştirmesi mümkündür. Bu çocuğun tam ehliyetli olduktan sonra mehrini babasından istemesi de mümkündür. Bu sebeplere dayanarak madem ki mahkeme ayırt etme gücü bulunmayan çocuğun hul'une çocuk olmasına rağmen karar vermişse, temyiz mahkemenin kararı bu hükmünü reddedip yerine kanuna ve şeriata uygun karar vermelidir²⁹⁴.

Sınırlı ehliyetli olan kadın Medeni Kanun'da 106. maddede şöyle tanım yapmış 18 yaşını tamamlamayan kadındır.

3.8. Ölümcul Hastalığa Yakalananların Hul'u

Bütün fakihlere göre ölümcul hastalığa yakalananların hul'u, bedelini ödedikten sonra gerçekleştirilebilir²⁹⁵. Ancak eğer kadın miras payının üçte birini bedel olarak kabul etmişse ve bu oran kadının mirasından fazla olduysa fakihler dört görüşe ayrılıyorlar.²⁹⁶

Birinci görüş: Hanefilere göre eğer kadın iddet süresinde ölürse, o zaman eş düşen bedelin mirasın üçte birinden az olması gerekir. Çünkü kadının kocayla anlaşp diğer miras hak edenlerinin hakkını azaltıp bunu da hul ile azaltmasından kaçınmak gerekir. Ancak Hanefilere göre eğer kadın iddet süresinden sonra ölürse o zaman eş hem hul bedelinden hem de mirastan payını alır²⁹⁷.

İkinci görüş: Malikiler ve Hanbelîlere göre eğer hul bedeli miras payından fazla ise erkek eş sadece miras payını hak eder, kalanı geri vermekle yükümlüdür. Hanbelîlere göre ölümcul hastalığa yakalananların hulu mümkündür. Yeter ki hul'un bedel miras payından fazla olmasın. Fazlasına anlaşılarsa o fazlalık geri verilecektir.

Üçüncü görüş: Şafiiler, İmamiler ve dâhiler, Şafiilere göre ölümcul hastalığa yakalananlarda eğer miras payıyla aynıysa hul' mümkündür. Eğer miras payından fazla ise üçte bir mirasından çıkarılır. İmamilere ve dâhilere göre eğer bedel miras payından fazla ise bu fazla bütün mal varlığından çıkartılır. Onlar sağ olan kadın ile ölümcul

²⁹⁴Magniye, s. 426.

²⁹⁵Magniye, s. 426.

²⁹⁶Bakri, Abdulhamid, s. 343.

²⁹⁷Bakri, Abdulhamid, s. 343.

hastalığa yakalananların arasında hiçbir fark görmemişlerdir. Dayanakları Kuran'ı Kerim'in bir ayetinde yer alan “o zaman kadının (boşanmak için) bedel vermesinde ikisine de günah yoktur”²⁹⁸ hükmüdür²⁹⁹.

Dördüncü görüş: Yezidilere göre bedel miras payından alınır. Eğer miras payından fazla ise mirasçılarının izni olmadan verilmez, bu izni ölümden önce hul süresinde kabul etmeleri gerekiyor.³⁰⁰

Bizim de görüşümüz üçüncü görüşün daha doğru olduğu yönündedir. Zira Kuran'ı Kerim'deki hükümde sağ olan kadın ile ölümcül hastalığa yakalananların arasında hiçbir fark yoktur.

Kanun koyucuya göre hul'un gerçekleşmesi için kadının kararlı olması gerekmektedir. Bunu madde 46'nın 2. fıkrasında açık bir şekilde belirtmiştir: “hul'un gerçekleşmesinin şartı... Kadının hul konusunda kararlı olmasıdır.” Kadının kararlı olması için ilk başta tam ehliyetli olması, bunun yanından hakiki veya hükmen bir evlenme söz konusu olması gerekmektedir. Kadının tam ehliyetli olmasının şartları ise 18 yaşından büyük olması, akıl hastalığı olmaması ve seçim hakkına sahip olmasıdır. Akıl hastaları veya cahil hul'u gerçekleştiremez. Çünkü hul için kadın tarafından bir bedel bağışlaması gerekmekte olup o bağışı yalnız tam ehliyetli olanlar yapabilir. sonuçta anlaşmalı boşanma kadının eşine karşı belli bir bedel ödeyerek gerçekleştirmesidir. Ama yine de hul'u gerçekleştirmesi için kadının tam ehliyetli olmasının yanında gerçek veya resmi bir evlenmenin olması gerekir. Çünkü hul'un fasit evlenmede değil gerçek evlenmede uygulaması mümkündür³⁰¹. Ayrıca boşanan kadının iddet süresinde boşanmadan dönülüp daha sonra hul'e gidilmesi mümkündür ama iddet süresi dolduysa o zaman hule gidilmesi mümkün değildir³⁰².

²⁹⁸Bakara Süresi 229. Ayet.

²⁹⁹Magniye, Zalami, s. 151-152.

³⁰⁰Zalami, s. 151.

³⁰¹Fasit bir nikâhla belge ile erkek bir kadın ile evlenirse, aralarını derhal ayırmaları lazım ve kadın geri kalan mehrini hak etmiş oluyor (yazılan mehir) ve artı onun yanında bu batıl bir işlemin sonucu çocuk olursa tespit edilir ve eşlerin arasında miras gerçekleştiremez, (Çeçan, s. 288).

³⁰²Kubeysi, s. 175.

3.9. Hul'un Gerçekleşmesi

3.9.1. Hul'un İlkesi Hul Telaffuzu İle Gerçekleşir

Anlaşmalı boşanmanın şartlarından biride hul'un hul telaffuzu veya o anlamda bir kelime kullanılması ile gerçekleşmesidir. Eğer anlaşmalı boşanma erkek tarafından istenmişse hul, ihtila veya muhalaa gibi kelimeler kullanması gerekir. Örneğin karısına şöyle diyebilir “ben seni bu bedel ile hul ettim” eğer karısı da bu bedeli kabul ettiyse bütün fakihlere göre hul gerçekleşir³⁰³. Hul'un formülü açık bir telaffuzu ile veya o anlamı içeren bir kelime ile boşanmada olduğu gibi mümkündür. Telaffuzun net bir şekilde söylenmesi ve başka bir anlam içermemesi gerekir. Ama niyet içermiyorsa örneğin erkek eş karısına der ki “ben seni bu bedel ile hul ediyorum”³⁰⁴ hul anlamı içeren bir kelime kullanırsa o zaman niyetine de bakmak gerekir, “ben sana hakkımı helal ettim” veya boşanma içeren bir başka söz söylenip söylenmediğine bakılmalıdır³⁰⁵. İmamilere göre hul içeren bir telaffuz ile hul gerçekleştirilemez, sadece iki telaffuz ile gerçekleşir onlarda hul ve talaktır. İsterse her iki telaffuzu kullanarak örneğin karı kocasına “bu bedel ile beni boşa” oda o bedeli kabul edip “seni hul ediyorum” veya doğrudan “ben seni hul ediyorum”³⁰⁶ demelidir.

Hanefilere göre hul alışveriş telaffuzu ile gerçekleşebilir, örneğin erkek karısına “ben seni bu bedel ile satıyorum ”oda “alıyorum” derse gerçekleşir³⁰⁷. Şafiilere göre satış telaffuzu ile hul gerçekleşmesi mümkündür³⁰⁸, eğer o anlamı içeren bir kelime kullanılmazsa hulu gerçekleştirilemez. Örneğin koca karısına der ki “seni bu bedel ile boşuyorum” o da kabul ettiyse; Hanefilere göre para bedel karşılığında boşanır çünkü

³⁰³ Çeçan, s. 289.

³⁰⁴ Örf ve adetten gelen çok kullanılan iki telaffuz mevcut onlarda, açık ve net telaffuzlardan sayılır. Birincisi feda, örneğin koca karısına der ki bu bedel ile kendine kurtar ve bunu Kur'anı Kerimde Bakar Suresinin 229 ayetinde şöyle buyuyor (o zaman kadının (boşanmak için) bedel vermesinde ikisine de günah yoktur). İkincisi ise fesih, örneğin koca karısına der ki: senin nikâhını bu bedel karşılığında feshediyorum, çünkü fesih hul anlamına geliyor. (Samara, s. 309).

³⁰⁵ Kazaklı, Mansur Ali, s. 269.

³⁰⁶ İmamelere göre hul un formülü budur ama kurtulmak formülü şöyledir: Koca karısına der ki: (ben eşimi mehrinden hakkını helal ettim ve boşandım) çünkü onlara göre hul ile kurtulmak farklıdır. Hul u bir bedel karşılığında kocasından nefret eden kadının boşanması olarak tanımlamışlar, hul de nefret kadının tarafından olur ama kurtulmak formülünde her iki tarafta nefret mevcuttur. İmamelere göre kurtulmakta eşin aldığı bedel mehrinden fazla olmaması lazım ama hulde fazla da olabilir. (Seyit Ali Husyen **Sistani**, Seçilen Konular (Anlaşmalar). Muaarık Yayın Evi Beyrut 1996, s. 372).

³⁰⁷ Magniye, s. 427.

³⁰⁸ Magniye, s. 427.

Hanefilerde talak kelimesi hul'e değil boşanma anlamına geliyor³⁰⁹. Çünkü onlar hul ve bedeli talak arasında fark olduğunu söylüyorlar. Yalnız bütün fakihler talak ile hul arasında bir fark olduğunu düşünmüyor³¹⁰. Hul bedeli batıl ise örneğin domuz eti veya alkol gibi bedeller o zaman Hanefilere göre normal boşanma meydana gelir çünkü onlara göre hul telaffuzu eğer batıl bir bedel ile olursa o zaman boşanmayı içeren bir anlama gelir. Ama Hanefilerde eğer boşanmadaki bedel batıl ise, buradaki boşanma geçmişe dönük olarak kabul edilmiştir. Sonuç olarak bedel düşer ve boşanma gerçekleşir sanki bedel hiç yokmuş gibi koca karısından bir bedel isteyemez çünkü İslam şeriatında Müslüman bu tür mallara sahip olmaktan men edilmiştir³¹¹.

Kanun açısından da hul veya bu telaffuzu içeren bir kelime kullanılmazsa hul gerçekleşmez. Aile Kanunu madde 46'nın ikinci fıkrasında "hul evlenme kaydını gidermesi için hul telaffuzu veya o anlamı içeren bir kelime..." bulunması gerektiği belirtilmiştir. Buna istinaden hul telaffuzu veya o anlamı içeren bir kelime ile olması gerekir, Örneğin koca, karısına ben seni bu bedel ile hul ediyorum der oda kabul ederse gerçekleşir³¹².

3.9.2. Anlaşmalı Boşanma Bir Bedel Karşılığında Gerçekleşir

Anlaşmalı boşanmadaki bedel kadının kurtulması için kocasına ödenen bir karşılıktır. Bu konuyu iki yönden ele alarak açıklamak gerekir. Birincisi anlaşmalı boşanmanın bir mal karşılığında olmayacağı, ikincisi anlaşmalı boşanmadaki bedelin miktarıdır.

3.9.2.1. Hangi Mallar Hul'un Bedeli Olabilir

Bütün fakihlere göre mehir ne şekilde ödenirse hul bedeli o şekilde ödenebilir. Hul bedeli eşinin mehri olabilir, örneğin karı kocasına der ki "beni ödediğin mehir ile hul et". Bu mehir kocanın zimmetinde duruyor ise ertelenen mehir ile de olabilir, örneğin kadın "beni ertelenen mehir ile hul et"³¹³ diyebilir. Yoksa bu bedel Mehir dışında herhangi bir karşılık olabilir. Hul'un bedeli bir menkul veya gayrimenkulde olabilir. Örneğin kullandığımız para veya arsa, daire veya bir tarımsal ürünü bir müddet

³⁰⁹Naci, s. 48.

³¹⁰Şernabisi, Şafii, s. 107.

³¹¹Şernabisi, Şafii, s. 107.

³¹²Al Cundi, s. 554-559.

³¹³Matlup, s. 348.

menfaatine kullanmak³¹⁴. İmamilere göre hul meşru olmayan mallar ile olmaz. Örneğin domuz eti, alkol gibi ürünler ile hul olmaz ama boşanma olabilir. Şafiilere göre ise mümkündür³¹⁵. Hanefi, Maliki ve Hanbelîlere göre eğer karı koca bu malın haram olduğunu biliyorlar ise mümkündür. Çünkü eğer koca karısını bu tür mal karşılığında hul ediyorsa ayrıldıktan sonra bu bedeli ödemek zorunda değil, eğer hul de bir gayri meşru bedel söz konusu olduysa o zaman eş hakkını (bedel) istemeden hul'u kabul etmiştir³¹⁶.

Koca, karısını kendi hurma ağacının hurması karşılığında hul ettiyse ve hurma ağacında o yıl hurma tutmadıysa o zaman hul gerçekleşir. Çünkü karı tam olarak hurmayı bedel olarak belirtti. Fakihlere göre bedelin belli olması şart değildir, örneğin kadının kocasına “beni babamdan gelen miras payım ile hul et” demesi mümkündür³¹⁷.

3.9.2.1.1. Çocuğunu Emzirmesi İle Hul'un Bedelini Ödemek

Irak Aile Kanununa göre kadın, boşanmadan sonra çocuğu emzirmeye devam ettiği süre için kocasından bir bedel alır. Fakihlere göre çocuğun emzirmesi ile hul'un bedelinin ödenmesi mümkündür³¹⁸. Eşin, karısını çocuğunu emzirmesi karşılığında hul etmesi ve kadının da kabul etmesiyle hul gerçekleşebilir. Ayrıca emzirme süresi için anlaşılabilirler³¹⁹. Ama eğer bu süre içerisinde anlaşamadılarsa o zaman İslam şeriatına göre iki yıl emzirmesi görevidir³²⁰. Bunun dayanağı olan ayette “Emzirme süresini tamamlamak isteyenler için, (boşanmış anneler) çocuklarını iki tam yıl emzirirler”³²¹ hükmü yer almaktadır. Buna göre emziren annenin ücreti iki yıldan fazla emzirirse bile iki yıllık ücretinden fazlası olamaz³²². Buna göre de emziren kadının o bedeli almayarak hul'u gerçekleştirmesi mümkündür. Kadın her ne kadar çocuğunu emzirmekle yükümlü olsa da boşanmadan sonra kocadan bunun karşılığında para alması gerektiği için bu

³¹⁴ İmarat Kanun Koyucusuda Madde 110 nin 3. fıkrasında ele almıştır(hul de eğer bedel mümkün değilse kocaya mehiri ödeyerek hul gerçekleşebilir).

³¹⁵ Al Cundi, s. 553.

³¹⁶ Magniye, s. 423, Al Cundi, s. 517.

³¹⁷ Al Cundi, s. 553.

³¹⁸ Matlup, s. 349.

³¹⁹ Matlup, s. 349.

³²⁰ Bakri, s. 128.

³²¹ Bakara suresi 233. Ayet

³²² Bakri, s. 128.

bedel karşılığında hul yapması mümkündür³²³. Eğer emzirme süresi dolmadan bunu yapmaktan kaçınır veya ikisinden biri ölürse o zaman koca kendisinden veya mirasçılardan emzirme bedelini geri isteyebilir, âmâ eğer hul de “ben ölürsem veya çocuk ölürse benden veya mirasçılarımın bu bedeli istemeyeceksin” şeklinde bir şart konulduysa o zaman kocanın bu bedelden hakkı düşer³²⁴.

3.9.2.1.2. Çocuğun Bakımı İçin Nafaka İle Hul’un Bedeli Ödemesi

Fakihler çocuğun bakımı için verilen nafaka ile hul’un bedelinin ödemesi konusunda aynı fikirde değillerdir. Şafii ve Hanbelîlere göre bu nafaka ücreti anneye çocuğun kendisinde kaldığı süreç içerisinde ödenmesi gerekir ve bu müddetin belli olması şarttır³²⁵. Maliki ve İmamilere göre kadın bakım için ödenen bedeli hak etmiyordur³²⁶.

Şafiilere ve Hanbelîlere göre çocuk bakımı için ödenen nafaka karşılığında hul’un gerçekleştirilmesi mümkündür. Örneğin “ben seni çocuğumun bakım için ödediğin bedel karşılığında hul ediyorum” diyebilir, yani erkek eşine bu şekilde teklif geçebilir. İkisinden birinin ölmesi veya annenin o bakımı yapmasının imkânsız duruma gelmesi halinde, kocanın kendisinden veya mirasçılarının bu bedeli istemesi mümkündür³²⁷.

Irak Aile Kanunu 75. maddenin 3.fıkrasında “eğer evlilik devam ediyorsa bakım için ödenen nafakaya karar verilemez” diye belirlemiştir. Buna göre kanun koyucunun Hanefilerin görüşünü kabul ettiğini söyleyebiliriz. O zaman bakım için ödenen nafaka ile hul gerçekleştirilemez, çünkü bakımı yapan kişi bu nafakayı hak etmiyordur.

Bu durumda akla gelen soru: Bakım için ödenen nafaka hakkının düşmesi ile hul gerçekleştirilebilir mi?

³²³Al Kubeysi, s. 212.

³²⁴Naci, s. 349.

³²⁵Matlup, s. 349.

³²⁶Maliki ve İmamilere göre bakım için ödenen sürede aynı fikirde değillerdir. Hanefilere göre erkek çocuk için 7 yıl kız ise 9 yıl, Şafiilere göre bakımın müddeti yoktur çocuk ayırt edene kadar annesinin yanında kalır ondan sonra ikisinden birini seçebilir. Malikilere göre bakım erkek çocuğu için 18 yaşına kadar kız çocuk içinse evlenene kadar, Hanbelilere göre bakım süresi kız veya erkek çocuk için 7 yıldır. İmamilere göre erkek için iki yıl kız için dokuz yıldır. Kanun koyucu bakım süresini kız veya erkek farkını yapmadan 10 yıl olarak belirlemiştir. Aile Kanunu 57. Maddenin 4.fıkrasında şöyle açıklıyor “baba on yıl süresince bakım için nafaka ödemesiyle yükümlüdür, ayrıca mahkeme bu süreyi on beş yıla kadar çıkarabilir”, (Magniye, s. 380).

³²⁷Matlup, s. 349.

Çocuğun bakımı çoğunluk fakihlere göre annenindir ancak anne ne zaman isterse bu haktan feragat edebilir ve buna göre bu bakım hakkı hul'un bedeli olması mümkündür. Hanefilere göre anne bu bakım hakkından feragat edemez ve o zaman bu hakkın hul bedeli olması mümkün değildir, çünkü bu hak annenin hakkı olmasıyla beraber çocuğunda hakkıdır.

Irak Aile Kanunu 57. maddenin 1.fıkrasında “annenin bakması haktır” diye belirtmiş ve kanun koyucu çoğunluğun görüşünü kabul etmiştir. Irak Temyiz Mahkemesi bir kararında “çocuğa zararı olmadığı sürece anne evlilik yapsa veya yapmasa bakım hakkı annendir”³²⁸ demektedir. Buna göre bu haktan feragat edip hul gerçekleştirilebilir³²⁹.

Mısır Kanununa göre bakım hakkından feragat ederek hul gerçekleştirilemez. Kanunun 20. madde 3. Fıkrasında “anne bakımı hul'u gerçekleştirmez”³³⁰ demektedir. Buna göre Mısır kanun koyucusunun Hanefilerin görüşünü kabul ettiği söylenebilir.

Bunun yanında bir soru: çocuğun bakım süresi bittikten sonra annesinin yanında kalması ile anlaşmalı boşanmanın bedelinin ödenmesi mümkün müdür?

Çoğunluk fakihlere göre çocuğun bakım süresi bittikten sonra anne yanında kalması ile anlaşmalı boşanmanın bedelinin ödenmesi mümkündür. Ne anne nede baba bu anlaşmayı bozabilir³³¹. Hanefilere göre erkek değil kız çocuk olursa anneye verilmesi önerilir. Çünkü erkek çocuğunun belli yaştan sonra babasından erkek ahlakı ve adabı öğrenmesi lazımdır³³². Lakin kız çocuğunun bakım süresinden sonra annesi kızına kadın konuları, iffet gibi konuları öğretmesi lazımdır. Bazı fakihlere göre kız çocuğunun bakımdan sonra koruması için babaya anneden daha fazla ihtiyacı olmaktadır³³³.

3.9.2.1.3. Çocuk Nafakası İle Hul'un Bedeli Ödenmesi

Fakihlere göre çocuk nafakası ile hul'un bedeli ödenmesi mümkündür. Örneğin kadın kocası ile çocuk nafakası istemeyerek hul'un bedelinde anlaşabilirler. Bu sürenin belli

³²⁸6323 sayılı karar 4.02.2001 tarihinde Adli Hükümlerin Yayınında, Temyiz Mahkemesi, Aile Hukuk Bölümü, Al Kanunui Yayın Evi, 2006, s. 57.

³²⁹İmarat Aile Hukuku Madde 110 3.Fıkrasında (anlaşmalı boşanmanın bedeli mehir in bedeli olması mümkündür ama çocuk nafakası veya çocuk bakımı ile bedeli ödenmesi mümkün değildir)

³³⁰Magniye, s. 383 .

³³¹AL Cundi, s. 560.

³³²AL Bakri, s. 130.

³³³AL Bakri, s. 130.

olması ve bu süre içerisinde çocuğun bütün ihtiyaçlarını annenin gidermesi gerekir. Eğer bu süre bitmeden anne bunu yapmaktan feragat ederse³³⁴ veya ikisinden biri ölürse o zaman koca kendisinden veya mirasçılarından bu nafakayı isteyebilir³³⁵.

Yalnız eğer hul'den sonra ve infak süresinde anne iflas ederse o zaman eski kocasından nafaka istemesi mümkündür³³⁶. Eski kocası bu nafakayı ödemekle yükümlüdür, çünkü çocuğun nafakası İslamda babaya ait yükümlülüktür ve annenin üstüne hul'un bedel karşılığında kabul olunmuştur. Eğer ki anne iflas etmiş ve bu çocuğa bakacak imkânı yoksa çocuğun menfaati için baba bu nafakayı ödemekle yükümlüdür³³⁷.

3.9.2.2. Anlaşmalı Boşanmadaki Bedel Miktarının Belirlenmesi

Fakihler bu konuda üç görüşe ayrılmaktadır:

Birincisi: Bazı Hanbelî ve Dahirilere göre anlaşmalı boşanmanın bedeli mehirden fazla olmamalıdır. Buna dayanak olarak şu rivayet gösterilmektedir; Sabit bin Kays'ın eşi peygambere gelerek "ey Allah'ın resulü benim Sabit'in ahlakı ve dinine diyeceğim bir şey yok ama kendisinden çok nefret ediyorum" demiştir. Sabit de eşine bir bahçe mehir olarak vermiştir, peygamber dedi ki "bahçeyi geri verir misin?" O da "evet" demiştir. Peygamber "ey Sabit verdiğin bahçeyi al ve boşa onu"³³⁸ demiştir.

İkinci: Hanefilere göre eğer hul'e sebep olan koca ise anlaşmalı boşanmanın bedelini hak etmez³³⁹, ama eğer hul'e sebep olan karı ise ve evlilik haklarını yapmıyorsa o zaman mehri kadar bedel alabilir³⁴⁰.

³³⁴ Anne söz verdiği gibi çocuğunun masraflarını kendisiyle yaşıyorsa karşılamalıdır ve eğer çocuk ölürse hul eden kocanın karısından geri kalan bedeli istemesi mümkün değildir, (Magniye, s.425).

³³⁵ Matlup, s. 350.

³³⁶ Hanefî fakihler hul edenin çocuğuna masraf yapma imkânının olmasını şart olarak kabul etmişlerdir, (Al Cundi, s. 558).

³³⁷ Matlup, s. 350.

³³⁸ Al Şerinbisi, s.113.

³³⁹ Çünkü eşinden kurtulup başka kadın ile evlenmek istemektedir, bunun için boşanması karşılığında hiçbir şey almasına izin verilmedi. Kuran'ı Kerim'de (Nisa süresi 20. Ayet) "eğer bir zevcenin yerine (başka) bir zevce almak isterseniz, onlardan birine yığınla(mal) vermiş de olsanız, artık ondan (o maldan) bir şey almayın! iftirâ olarak ve apaçık bir günah olarak mı onu alacaksınız?) veya koca eşine karşı kötü davranış yapıp boşanmasına sebep olmak amacıyla yaparsa o zaman hiçbir bedeli hak etmiyordur. Nisa süresinin 19. Ayetinde "Ey îmân edenler! Kadınlara zorla vâris olmanız size helâl olmaz! Yerdiğiniz (mehr)in bir kısmını (alıp) götürmeniz için onları sıkıştırmayın; ancak apaçık bir hayâsızlık yapmaları müstesnâ. Hem onlarla iyi geçinin! Fakat onlardan hoşlanmazsanız artık (sabrediniz,) olur ki bir şey

Üçüncü: çoğunluk fakihlere göre anlaşmalı boşanma bedelinin sınırı yoktur. Koca karısıyla anlaşarak mehrin bedelinini isterse daha fazlasını istemesi mümkündür ve bu görüşün dayanağı “o zaman kadının (boşanmak için) bedel vermesinde ikisine de günah yoktur” ayetidir.³⁴¹ Ayete göre eş bu bedeli alarak günaha girmeyecektir o halde tam ehliyetli karısıyla anlaşarak hul gerçekleştirebilir, çünkü koca mehir dışında evlilik masraflarını, yaşadıkları evi vs. kendisi temin etmekle yükümlüdür³⁴².

Kanun koyucu çoğunluk fakihlerin görüşünü alarak madde 46’nın 3. fıkrasında “anlaşmalı boşanmanın bedelinin ister mehir miktarı isterse fazla bedel ile olması mümkündür” hükmü konulmuştur. Buna göre kanun koyucu eşler aralarında anlaşarak bu bedelin belirlenmesini kabul etmiştir.

Kanaatimizce kanun koyucunun çoğunluk fakihlerin görüşünü alması isabetli olmuştur. Çünkü anlaşmalı boşanmanın bedelini diğer işlemler gibi iki tarafın anlaşarak belirlenmesi mümkündür.

hoşunuza gitmez de Allah, onda birçok hayır takdîr etmiş bulunur.” diyerek net bir şekilde kocanın eşine zarar vermesine izin vermemiştir, (Matlup, s. 347).

³⁴⁰Al Cundi, s. 565.

³⁴¹Bakara süresi 229. Ayet .

³⁴²Al Şernebisi, s. 112.

SONUÇ

I. Türk Medeni kanunu 166/3 düzenlenen anlaşmalı boşanma hemen bütün ülkelerin hukuklarında bulunmaktadır. Bu, evliliği sona erdirmek isteyen eşlerin bu iradelerine değer verilerek anlaşma ile bu birliği sona erdirmek ve bu iradeyi üstün tutmanın neticesidir. Nasıl evlilik birliğini kurmasında özgürce iradelerini kullanarak evlendilerse, aynı durumda boşanma da mümkün olmalıdır. Evlilik birliğine son vermesi eşler kararları ile varmış iseler, bunun başka bir kişi kurum tarafından engellenmesi olanagı olmamalıdır. Bu durumda her iki tarafın yararına boşanma şartları araştırılmalı, bu sakıncalı stresli dönemi bir an önce neticelendirerek hem eşler hem de çocuklar yeni bir hayata en az zararla geçebilmelerinin sağlanması gerekmektedir. Buradaki en önemli unsur ise eşlerin, aralarındaki uyuşmazlığın normal şekilde çözülmesi ve bu dönemi en az bir zarar ile atlatabilmesidir. Boşanma hukukun amacı uyuşmazlıkları gidermek değil, aksine eşlerin ve çocukların yeni olumlu hayata yeni yaşama geçmelerini sağlamaktır. Anlaşmalı boşanmada eşlerin kusuru önem arz etmez. Eşlerin aralarında anlaşarak boşanabilmelerinin mümkün olduğunun sağlanması, din ve devlet dışında ve üstünde, bireyin iradenin üstün tutulduğu boşanma hukukun çağdaş görünümüdür. Bir düzenleme (anlaşmalı boşanma) toplumda kabul gördüğüne göre, birçok ülkede eşler aralarında anlaşarak boşanmanın büyük bir kısmı anlaşmalı boşanmaya gidebilirler, anlaşmalı boşanma kavramının, boşanmanın büyük bir kısmını oluşturduğunu görmekteyiz.

II. Türk Medeni Kanunu boşanmanın özel sebeplerin de yer vermektedir. Hâlbuki modern kanunlarda boşanmanın özel sebeplerine yer verilmemiştir. Zaten evlilik birliğinin sarsılması, başarısız olması tek boşanma nedenidir. Bu alanda İsviçre Medeni kanunun son düzenlemesinde özel sebepler bulunmamaktadır. Evliliğin temelinden sarsılması çerçevesinde üç durumda boşanmayı kabul etmiştir.

Eşlerin anlaşması, ortak hayatın kurulmaması ve ağır sebeplerden dolayı evliliğin devam etmesi dayanılmaz hale gelmesi. Anlaşmalı boşanma İsviçre medeni kanununda 2001 yılında yürürlüğe girmiştir ve İsviçre’de başvuru en fazla boşanma sebebi olmuştur.

III. Anlaşmalı boşanma Türk Medeni Kanunu’nda 166/3 maddesi çekişmesiz yargı faaliyeti olarak düzenlenmiştir. Eşlerin aralarında anlaşarak boşanmaya karar vermeyen çekişmesiz bir yargı işidir. Anlaşmalı boşanmada, boşanma sonuçları ve onun tali sonuçlarla eşlerin arasında anlaşılır. Eşlerin birlikte başvuru yapması yada birini başvuru yapıp diğeri davayı kabul etmesi, suretiyle anlaşmalı boşanmayı gerçekleştirmesi mümkündür.

IV. Türk Medeni Kanun’un 166/3 maddesine göre evlilik en az bir yıl sürmüş olması, eşlerin beraber başvuru yapması ya da bir eşin diğeri eşin açtığı davayı kabul etmesi halinde evlilik birliğinin temelinden sarsılması gerçekleştirmesinde kesin bir kanuni karinedir. Bu durumda evlilik birliğinin temelinden sarsılmasının aranması gerekmez.

V. Hâkim tarafından bütün koşulları tek tek incelenip sağlanmasını bakınmalı. Yargıtay kararlarında koşulların biri sağlanmasa anlaşmalı boşanma gerçekleşemez. Türk Medeni Kanun koyucusu anlaşma boşanmayı gerçekleştirmesi için evliliğin en az bir yıl sürmüş olması, bize göre isabetli bir karar olduğu savunmaktayız, çünkü yeniçağda hayatın yoğunluğundan eşler birbirlerini tanıması bu süre ile sağlanabilir, bu şekilde topluma zararı olan boşanma oranını azaltmış olur.

VI. 4721 sayılı Türk Medeni kanununun, modern hukuklardaki düzenlemeler karşısında, kural olarak, Türk kanunu onlara göre geri kaldığını söylemek adaletsiz olur. Boşanma sebeplerin tarafından çağdaş hukuklardaki gibi var olan çözümler, bizim Türk Medeni kanununda var olduğunu söyleyebiliriz. Yalnız boşanma sonuçlarının düzenleme açısından aynı görüşte olduğumuzu söyleyemeyiz. Boşanma sonuçları konusu bakımından modern kanunlarda bizim Türk kanunundan daha ayrıntılı şekilde düzenlendiğini görmekteyiz, Türk Kanununun bu yönden eksik kaldığı yönünde eleştiriler bulunmaktadır.

Irak Aile Kanun 46/1 anlaşmalı boşanma tanımını anlaşmalı boşanma evliliğin kaldırması ‘hul’ kelimesi kullanarak hâkimin huzurunda her iki tarafta icap ve kabul

şeklinde yapmaktadır. Bu tanımın fakihlerin tanımından farkı yoktur.Yalnız Irak kanunun koyucusu Hasan Basarinin görüşünü alarak bu boşanmayı hâkimin huzurunda gerçekleşmesini zorunlu kılmıştır.

Hul un rızai bir sözleşme olmasını görmekteyiz, bunun temeli icap ve kabuldür, rıza olmadan şeriata sonuca varamaz kanunda ise hulhâkimin huzurunda gerçekleşmesini zorunlu kılmıştır. Kanaatimizce her iki tarafın koruması için bu düzenleme isabetli olmuştur.

Ayırt eden çocuğun boşanma kavramı, çoğunluk fakihlere göre gerçekleşmediğini görmekteyiz, yalnız ayırt etmeyen çocuğun boşanmaması ile ilgili Irak kanun koyucusu aile kanununun 35. maddesinde boşanması kabul görülmeyen kişilerin arasına çocuğu eklememiştir, Her ne kadar kanun koyucusu Hanbelilerin görüşlerine etkilenmiş olsa da bu görüşe göre ayırt eden çocuğun boşanması gerçekleşir.

İmamilere göre mubaraa ve hul aralarında ayırım yaptılar. Onlara göre hul kadın tarafı eşine karşı kin oluşması, mubaraa ise kin nefret her iki taraftandır, hul de mehir'den fazla bedele anlaşabilir, aksine mubaraa da mehir'den fazla anlaşılmaz. Bu farkları başka fakihlerde görmemekteyiz.

Irak Aile Kanunun 35/2 maddesi kaldırılmalıdır. Özellikle ölüm hastalığına yakalananın evliliğin gerçekleşmesi sakıncalı, çünkü zaten bütün fakihlere göre ölüm hastalığına yakalananın boşanması düşmez, karısı da mirası hak eder.

Irak Aile Kanun 46 maddesine eklenmesi gereken: (ölümcül hastalığa yakalananların eğer ki anlaşmalı boşanmada bedel mehir ile aynıysa ya da fazla olursa mirastan üçte biri verilmesiyle gerçekleşebilir)'dir. Bu da Şafiilerin görüşüdür.

Irak Aile Kanun 46 maddesine eklenmesi gereken önerimiz: (cahil ayırt etmeyen çocuğun velinin izini olsa dahi hul u gerçekleşemez)'dir, buda Maliklerin ve Hanbelilerin görüşüdür.

Irak Aile Kanunu 46/2 maddesinde (hul ile bain boşanmadır), boşanmada ya büyük ya küçük baidir, önerimiz olan metin: (hul ile küçük bain boşanmadır) çünkü eşler anlaşmalı boşanmaya pişmanlık duyup, koca karısını yeni akit ve mehirle döndürebilir.

KAYNAKÇA

Al cundi Ahmet Nasır ,al Ahwal al Şahsiya fi al Kanunal İmaratal Arabiaal Muthide, Hukuk kitapevi, Mısır 2007.

Akıntürk, Turgut ve Ateş. Karaman, Derya, Türk Medeni Hukuku, İkinci Cilt Aile Hukuku, Beta Yayınları,12.Baskı, İstanbul, 2010.

Al Kubaisi, Ahmet, Al Waciz fi Şarihala Hwalal Şahsiye (Zevac ve Altalakve Ataruhum) cuzu 1, Talatik kitap evi, Alkahira, 2010.

Al Razi,Mohamed bin Abi Bakir bin Abdulkadir, Muhtar al saha, Dar Alselam yayınevi, Kuwait, 1983.

Al Shrinbasi, Ramadan Ali Sayit, Al ShfiCabir Abdulhadi Salim, Ahkam al Usreal Hasabizevac ve Alfurka ve hukuk Alarfal fi Alfıkıh al İslami ve Kadadirasemukarene al Kawaninal Ahwalal Şahsiye fi Mısır ve Lübnan, Halep Baskıevi, 2008.

Al zelemi, Mustafa Ibrahim, Usul al Fıkhal İslami fi Nesicihalcadid, Kalem Yayınevi, Beyrut, 2008.

Anıl. Yaşar, Ş. Boşanma Sebebi Olarak Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması: Geçimsizlik, Birinci Bası, Beta Yayın, İstanbul, 2008.

Bedir,Adnan Mehi, Vaciz fi Daavi al Ahwalalşahzsiye fi al Kanun Iraki, Bağdat Yayınevi, 2008.

Baktır, Selma, Aile Mahkemeleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.

Bilgin, Esra Pınar, Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2015.

Beşir, Mohamed Cuma, al Zevacvlaltalak ve Ataruhuma fi Alkanun ve Alşeriaa, Dar alikutup yayınevi,2009.

Çakın, Akın, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma,2.Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2007.

Çelik, Özcan Berna, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Genel Boşanma Sebebi Olarak Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2015.

Çetin, Pınar, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Medeni Hukuk Bilim Dalı Manevi Tazminat Davasının Hukuki Niteliği Ve Özellikle Tazminat Miktarının Belirlenmesi Master Tezi, 2012.

Dualibi, Maruf, Vaciz fi Hukuk Romaniye, Bağdat, 1978.

Demirel, Esra Şeren, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Yoksulluk Nafakası, Yüksek Lisans Tezi, 2008.

Dolu, Serhat, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İştirak Nafakası, İstanbul, 2013.

Dural, Mustafa, Öğüz, Tufan, Alper, Mustafa, Türk Özel Hukuku Cilti Aile Hukuku, Beşinci Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2012.

Elhatib, Ahmed Ali, Elkubeysi, Hamet Ubid, Elsamirai, Muhammed, Abbas, Şerh

Erdem, Mehmet, Aile Hukuku, Seçkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2018.

Ergün, Zafer, Boşanma Davaları, Adalet Yayınları, İstanbul, 2009.

Faruk, Abdulkerim, Vasit fi Şarh Knun al Ahwelal Şahsiyeal Iraki, 2004.

Geçcan, Ömer Uğur, Boşanma Tazminatı ve Nafaka Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

Güneşlioğlu, Filiz, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalı, Boşanma Ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, 2009.

Hatemi, Hüseyin, Oğuztürk, Burcu Kalkan, Aile Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

Kanun el Ahval el Şahsiye, Bağdat, 1980.

Karar No 6323 4.02.2001 Tarihinde Adli Hükümlerin Yayınında, Temyiz Mahkemesi, Aile Hukuk Bölümü, al Kanuni Yayınevi, 2006.

Kayar, İsmail ve Üzülmaz, İlhan, Hukukun Temel Kavramları, Seçkin Yayınları 8. Baskı, Ankara, 2013.

Kıcalıoğlu, Mustafa, Ankara Barosu Dergisi, 2001.

Kılıçoğlu, Ahmet M. Aile Hukuku, Turhan Yayınevi, Ankara, 2017.

Kırmızı, Ali E. İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Boşanmanın Sonuçlarından Maddi Ve Manevi Tazminat, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009.

Kol, Pembe Özdemir, Türk Hukukunda Tedbir Nafakası, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2013.

Korkmaz. Çınar, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Medeni Hukuk Boşanma, Ankara, 2013.

Köseoğlu, Bilal, Aile Hukuku ve Uygulaması, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2009.

Magniye, Mohamed Cevad, Fıkıh Ala Almadahipalhamsa, Muasesealsadık Yayınevi, (hicri) 1427.

Oğuzman, Kemal, Dural, Mustafa, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1998.

Özdemir, Nevzat, Türk İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, Beta Yayınevi, İstanbul, 2003.

Öztañ, Bilge, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2015.

Öztürk, Özge, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Ana Bilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalı, Genel Boşanma Sebepleri, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010.

Özüğur, Ali İhsan, Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler Boşanma Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.

Ruhi, Ahmet, C. Türk Hukukunda Boşanma, Boşanmanın Sonuçları Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004.

Saleh, Muhesen Abdulkader, Türk ve Irak Hukukunda Genel Sebeplere Dayanarak Boşanma ve Sonuçları, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2013.

Semare, Mohamed, Ahkam ve Atar Alzevciye Şerh Mukaarın li Kanun al Ahwalal Şahsiye, Tafaka Yayınevi, 2008.

Şahin, Aslı Oşar, İstanbul Ticaret Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Özel Hukuk Bilim Dalı, Boşanma sebeplerinde kusur ilkesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2015.

Şeh, Ahmed Ibrahim Bek Mustaşar Vasıl Aladin İbrahim, Ahkam al Ahwal al Şehsiye fi al Şeriaa ve Alkanun, C. 5, Cumhuriyet Yayınevi, 2003.

Tekin, Helin Neval, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2017.

Tutumlu, Mehmet, A. Evliliğin Butlanı, Ayrılık sebepleri Ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2006.

Yalçinkaya, Namık, Kaleli, Şakir, Boşanma Hukuku, Türk Hava Kurumu Basımevi, Ankara, 1988.

Yalın, Şeyda, İstanbul Aydın Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2017.

Yetik, Nurten, Boşanma Anlaşmalı Boşanma Ve Mal Rejimleri, 3. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2008.

Yıldırım. Abdülkerim, Türk Aile Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2014.

<http://www.islamansiklopedisi.info/dia/ayrmetin.php?idno=380411>

<http://www.kazanci.com>

<https://Tez.Yok.Gov.Tr/Ulusaltezmerkezi/Tezsorgusonucyeni.Jsp><http://www.Zeynepyargic.Av.Tr/513.Html>

<http://sozluk.gov.tr/>



ÖZ GEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Adı, Soyadı :Ahmed Awzar khaleel KHALEEL

Uyruğu :Irak

Doğum Tarihi / Yeri : 1990/ Kerkük

Medeni Durumu :Evli

Tel :05378910860

E – Mail :ahmed.lawyer.ao@gmail.com

Yazışma Adresi :Yeni Köy Mah. Susam Sokak Yedirenk Apartmanı 33/5

EĞİTİM

Derece	Kurum	Mezuniyet Tarihi
Yüksek Lisans	E.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü	Tez yazıyor
Lisans	Kerkük Üniversitesi / Hukuk Fakültesi	2012
Lise	Al Sadır Lisesi	2008