

^{4f} ANLAŞMALI BOŞANMA PROTOKOLÜNDEN DÖNÜLEBİLİR Mİ?

(CAN A DIVORCE SETTLEMENT AGREEMENT BE RESCINDED?)

Prof. Dr. Haluk Nami NOMER* **

ÖZ

Anlaşmalı boşanma usulünde boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenleme (anlaşmalı boşanma protokolü), aile hukukuna özgü, hüküm doğurması hâkimin onayına bağlı bir sözleşmedir. Bu sözleşme, mahkemece tarafların dinlendiği ve bu dinlemede tarafların boşanma iradelerini ve yaptıkları anlaşmayı teyit ettikleri andan itibaren tarafları için bağlayıcıdır; o andan itibaren eşlerden herhangi biri bu anlaşmadan serbestçe dönemez. Bu aşamadan sonra eşler ancak irade sakatlıklarından birine dayanarak, hâkim sözleşmeyi henüz onaylamamışsa, onu iptal edebilir (hâkimden onaylamamasını talep edebilir) veya onaydan sonra boşanma kararına karşı kanun yoluna başvurabilir. Fakat Yargıtay tarafların, anlaşmalı boşanma protokolünden boşanma kararı kesinleşinceye kadar serbestçe dönebilecekleri görüşündedir.

Anahtar Kelimeler: Anlaşmalı boşanma, anlaşmalı boşanma protokolü, sözleşmeden dönme

ABSTRACT

In the case of uncontested divorce, the arrangement reached by the parties regarding the consequences of divorce and the status of the children (settlement agreement) is an agreement specific to family law. It becomes effective, subject to the approval of the judge. This agreement is legally binding from the moment that the parties confirm the intention to divorce and the agreement during the court hearing; henceforward, spouses cannot freely rescind the settlement agreement. After this stage, and until the judge approves the agreement, the spouses can only rescind (request the judge not to approve) the agreement based on defects in consent, or they can appeal the divorce decision upon the approval. However, the Turkish Court of Cassation is of the opinion that the parties can freely rescind the settlement agreement until the finalization of the divorce decision.

Keywords: Uncontested divorce, divorce settlement agreement, rescinding an agreement

^{4f} Eserin Dergimize geliş tarihi:15.04.2019. İlk hakem raporu tarihi:12.02.2021. İkinci hakem raporu tarihi:16.02.2021. Onaylanma Tarihi:16.02.2021.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-7448-7454

Eser Atıf Şekli: Haluk Nami Nomer, "Anlaşmalı Boşanma Protokolünden Dönülebilir mi?", YÜHFD, C.XVIII, 2021/2, s.583-591.

I. Anlaşmalı Boşanma Usulünde Boşanma Kararına Esas Oluşturan Anlaşmanın (Protokolün) Hukuki Niteliği

Anlaşmalı boşanmayı düzenleyen TMK m. 166, f. 3 hükmüne göre hâkimin boşanmaya hükmedebilmesi için öncelikle boşanmak isteyen eşlerin boşanmanın mali sonuçları ve çocukların durumu hakkında bir düzenleme yapmaları ve bunu hâkimin onayına sunmaları gerekir. Uygulamada “protokol” olarak isimlendirilen bu düzenlemeyi, kanun “anlaşma” olarak nitelemiştir. Aynı fıkrada, hâkimin, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabileceği, bu değişikliklerin taraflarca da kabulü halinde boşanmaya hükümlenacağı öngörülmüştür.

Bu anlaşma teknik anlamda bir sözleşmedir ve geçerli olarak kurulup kurulmadığı ilk planda TBK m. 1 vd. hükümlerine göre belirlenir¹. Dolayısıyla boşanma anlaşması sözleşme niteliğine uygun olarak birbirine uygun karşılıklı irade beyanları ile kurulur. Sözleşmeler sadece borç sözleşmelerinden ibaret değildir; kişiler, aile, miras, eşya hukuklarında da sözleşmeler yer alır². Burada da aile hukukuna özgü bir sözleşme söz konusudur.

Sözleşmeler hukuki işlemlerin önemli bir türüdür. Her hukuki işlemde olduğu gibi, sözleşme kurmaktaki amaç, bir hukuki sonuç yaratmaktır. Burada eşlerin yaptıkları anlaşmanın hukuki sonucu, hâkimin boşanma kararı verebilmesi için kanunun aradığı önşartı yerine getirmekten ibarettir: Anlaşmalı boşanma usulünde hâkimin boşanma kararı verebilmesi için boşanmak isteyen eşlerin boşanmanın mali sonuçları ve çocukların durumu hakkında bir düzenleme yapması ve hâkimin bunu onaylaması şarttır.

Boşanmak isteyen eşler bu anlaşmayı yaparak hâkimin anlaşmalı boşanmaya karar vermesi için gerekli önşartı gerçekleştirmeyi amaçlarlar. Ancak tarafların anlaşması bu sonucu sağlamaya yetmez. Ayrıca hâkimin bu anlaşmayı “uygun bulması” gerekir. Burada eşlerin yapmış oldukları anlaşmanın hüküm doğurması ilave bir şarta bağlanmıştır. Tarafların iradesine değil, kanuna dayanan bu tür şartlara kanuni şart (hukuki şart, *condicio iuris*) denir³. Kanuni şartın öngörüldüğü hallerde, hukuki işlemin kurucu unsuru olan irade beyanları tamam olduğu halde, yani hukuki işlem kurulduğu halde, onun ilave bir unsur ile tamamlanması gerekir. Bunu ifade etmek üzere öğretide “noksanlık” tabiri kullanılmaktadır. Tamamlayıcı unsurun gerçekleşmesinden önceki dönemde hukuki işlemin akıbeti askıdadır. Tamamlayıcı unsur gerçekleştiğinde sözleşme hükümlerini doğurur; tamamlayıcı unsurun gerçekleşmeyeceği kesin olarak belli olduğunda ise işlem tamamen hükümsüz olur⁴. TMK m. 166, f. 3’te aranan hâkimin anlaşmayı “uygun bulması” şartı da sözleşmenin hüküm doğurması için aranan kanunî bir şart niteliğindedir⁵; bu şartın gerçekleşmesinden önce sözleşme kurulmuş, fakat henüz hükümlerini doğurmamıştır.

Hâkimin boşanmak isteyen eşlerin yapmış oldukları anlaşmayı uygun bulması ile birlikte, anlaşma, hükümlerini doğurur; böylece hâkimin boşanma kararı verebilmesi için

¹ Öz Seçer, Anlaşmalı Boşanmada Eşlerin Yaptıkları Anlaşma, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 2, Yıl: 2016, 264; 14.11.2016 tarihli, LC160036-O/U sayılı Zürich Kantonu Yüksek Mahkemesi (Obergericht des Kantons Zürich), 2. Medeni Hukuk Dairesinin (II. Zivilkammer) kararı; karar için bkz. http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/entscheide/oeffentlich/LC160036-O6.pdf (24.02.2019).

² Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 4. Bası, İstanbul 2008, § 11 N. 5.

³ Lâle Sirmen, Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992, 84.

⁴ M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 24. Bası, İstanbul 2018, N. 767 vd.

⁵ Halük N. Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, İstanbul 2018, N. 36 vd., N. 36.8.

gerekli maddi şart yerine gelmiş olur⁶. Hâkim buna dayalı olarak boşanma kararını verir ve tarafların anlaşmasını boşanma kararının hüküm fıkrasına geçirir. Anlaşmanın boşanma kararının hüküm fıkrasına geçirileceğine dair kanunda her ne kadar bir açıklık yoksa da, Yargıtay uygulaması bu yöndedir⁷. İsviçre’de ise bu husus kanunda özel olarak düzenlenmiştir: 19 Aralık 2008 tarihli İsviçre (Federal) Medeni Usul Kanunu (Schweizerische Zivilprozessordnung), boşanma usulüne ilişkin ayırmada yer alan 279. maddesinin 2. fıkrasında, boşanmanın sonuçlarına ilişkin anlaşmanın mahkemenin onayı ile hüküm ifade edeceğini ve keza anlaşmanın boşanma kararının hüküm fıkrasına geçirilmesi gerektiğini açıkça hükme bağlamıştır⁸. Boşanma kararı ile birlikte eşlerin yaptıkları anlaşma artık sözleşme karakterini kaybeder; mahkeme kararının bir parçasını oluşturur⁹. Bu sebeplerdir ki, hâkimin onayından sonra anlaşmanın iptali ancak kanun yoluyla olabilir¹⁰.

Bu arada anlaşmalı boşanma usulünde eşlerin yaptıkları düzenleme ilk planda bir sulh sözleşmesine benzemekle birlikte mutlak sulh sözleşmelerinden farklıdır¹¹: Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, “*Sulh, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyumsuzlukları konu alan davalarda yapılabilir.*” (HMK m. 313, f. 2). Bunun içindir ki, görülmekte olan bir davada tarafların yapacakları sulh anlaşmasının, hâkim tarafından uygun bulunması gerekmez. Sulh, ilgili bulunduğu davayı sona erdirir (HMK m. 315, f. 1, c. 1); hâkim -taraflar sulhe göre karar verilmesini istemezlerse-, “*esas hakkında bir karar verilmesine yer olmadığına*” karar vererek yargılamayı sona erdirir (HMK m. 315, f. 1, c. 2 ve madde gerekçesi). Sulh anlaşması, mahkeme içi sulhte de, anlaşma niteliğini muhafaza ettiğinden, irade bozukluğu ya da aşırı yararlanma hallerinde -“*ortada mahkemece verilmiş bir hüküm bulunmadığından*” (madde gerekçesi)- bunun iptali istenebilir (HMK m. 315, f. 2). Buna karşılık anlaşmalı boşanmada protokolün kapsamında yer alması gereken velayet, çocukla kişisel ilişki kurulması ve iştirak nafakası hususları, eşlerin üzerlerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacakları hususlardır. Hâkimin, protokolü -tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri hususlar (yoksulluk nafakası, maddi ve manevi tazminat) da dâhil- bütün olarak uygun bulması ve anlaşma hükümlerini hüküm fıkrasına geçirmesi gerekir; böylece protokol anlaşma niteliğini kaybedip boşanma kararının bir parçasını oluşturur. Anlaşma niteliğini kaybeden ve artık boşanma kararının bir parçasını oluşturan protokol hükümlerinin iptali istenemez; protokol, bir bütün olarak kararın maddi şartını oluşturduğundan, bundaki sakatlık sebebiyle (ancak) kanun yoluna başvurulabilir¹².

⁶ Onaylanmış anlaşmanın boşanma davasının maddi şartı olduğu hususunda bkz. Bilge **Özcan**, Aile Hukuku, 4. Bası, Ankara 2004, 417; **Seçer**, 265; Stämpflis Handkommentar/Isabella **Chassé**, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bern 2010, Art. 279, N. 2.

⁷ Yarg. 2. HD, 29.11.2010, E. 2009/17648, K. 2010/19842, YKD 2011/3, 402. Aksi takdirde protokolün yok hükmünde olduğu görüşünde: Yarg. HGK, 27.03.2015, E. 2013/8-1542, K. 2015/1110 (Lexpera Otomasyon).

⁸ “*Die Vereinbarung ist erst rechtsgültig, wenn das Gericht sie genehmigt hat. Sie ist in das Dispositiv des Entscheids aufzunehmen.*”

⁹ İsviçre Federal Mahkemesi (Bundesgericht), 2. Medeni Hukuk Dairesinin (II. Zivilrechtliche Abteilung) 16 Şubat 2016 tarihli 5A.214/2013 sayılı kararı; karar için bkz. http://www.polyreg.ch/bgeunpub/Jahr_2013/Entscheide_5A_2013/5A.214_2013.html (24.02.2019).

¹⁰ Stämpflis Handkommentar / Isabella **Chassé**, Art. 279 N. 17.

¹¹ Züriç Kantonu Yüksek Mahkemesinin yukarıda, 1 no.lu dipnotunda anılan 14.11.2016 tarihli kararı.

¹² Farklı bir fikre göre, tarafların tasarrufuna tabi olmayan velayet, çocukla kişisel ilişki kurulması ve iştirak nafakası sonuçlarının mahkeme kararından doğduğu kabul edilmekte, ancak yoksulluk nafakası, maddi ve manevi tazminat gibi tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği sonuçların ise sulh sözleşmesinden doğduğu ileri sürülmektedir. Bu halde, protokolün, tarafların serbestçe tasarruf

II. Tarafların Boşanma Protokolünden Dönmelerinin Mümkün Olup Olmadığı

Sözleşmeler taraflarını bağlar. Başka bir ifade ile taraflar diledikleri gibi sözleşmeden dönemezler veya onu hükümsüz hale getiremezler. Taraflar ancak sözleşmede kararlaştırılan veya kanunda öngörülen hallerde sözleşmeden dönebilir veya onu hükümsüz hale getirebilirler. Örneğin kanunda yanılma, aldatma ve korkutma (hata, hile ve ikrah) halleri için sözleşmeyi iptal etme hakkı düzenlenmiştir (TBK m. 30 vd.). Başka bir ifade ile taraflar ancak bu hallerden biri varsa sözleşmeyi iptal edebilirler. Borç sözleşmelerine ilişkin bu hükümler, TMK m. 5 uyarınca bünyesine uygun düştüğü ölçüde diğer sözleşmelere de uygulanır: (TMK m. 5: *“Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır”*).

Boşanma protokolü de aile hukukuna ilişkin bir sözleşmedir ve dolayısıyla bağlayıcı olduğu andan itibaren taraflar bundan diledikleri gibi dönemezler. Bu itibarla öncelikle boşanma protokolünün taraflar için hangi andan itibaren bağlayıcı olduğunun tespiti gerekir. Bu tespit bakımından bilimsel görüşler ve yargı kararları yol gösterici olacaktır. Nitekim TMK m. 1, f. 3'e göre *“Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır.”* Hâkim karar verirken sadece Türk hukukunu açıklayan bilimsel eserlerden ve Türk mahkemelerinin verdikleri kararlardan değil, karşılaştırmalı hukuktan, özellikle İsviçre öğretisi ve İsviçre yargı kararlarından da yararlanabilir¹³. Nitekim bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında belirtildiği üzere, *“Kanunlarımızı yorumlarken kendi metinlerimizi göz önünde tutmakla beraber, yorumlarda ilmi içtihatlardan da faydalanabileceğine göre, bunların asıllarına da bakmaktan vazgeçemeyiz”*¹⁴.

Sözleşmeler kurulduklarından itibaren, yani kurucu unsurları (icap + kabul) tamam olduğu andan itibaren, bağlayıcıdır. Ahde vefa (*“pacta sunt servanda”*) ilkesi bunu gerektirir. Bu kural, arada nüanslar bulunmakla birlikte, esas itibarıyla boşanma protokolleri için de geçerlidir. İsviçre hukuku, öğretisi ve yargı kararları ile bize bu konuda yol gösterici niteliktedir:

İsviçre Medeni Kanunu da, bizdekinden bazı farklılıklar içermekle birlikte, anlaşmalı boşanma usulüne yer vermiştir. İsviçre Medeni Kanunu'nun birlikte yapılacak başvuru sonucu boşanmaya karar verilmesine dair 111. maddesinin ilk şeklinde, boşanmak için birlikte başvuran ve boşanmanın sonuçlarına ilişkin yaptıkları anlaşmayı ibraz eden eşlere iki aylık bir düşünme süresi verilmekteydi. 111. maddenin ikinci fıkrasına göre, eşler, mahkemece dinlendikten sonra iki aylık düşünme süresine sahiptiler. Bu sürenin sonunda eşler boşanma iradelerini ve anlaşmayı yazılı olarak onayladıkları takdirde, hâkim boşanma kararını verebilmekte ve anlaşmayı onaylayabilmekteydi. Bu düzenlemenin yürürlükte olduğu dönemde İsviçre hukukunda tarafların yapmış oldukları anlaşmanın, iki aylık düşünme süresinden sonra eşlerin verdikleri yazılı onayla birlikte bağlayıcılık kazandığı, bu tarihten sonra artık anlaşmadan serbestçe dönemeyecekleri, bunun ancak irade sakatlıklarının varlığı halinde mümkün olduğu; yazılı onaydan sonra irade sakatlığına dayalı olarak yapılacak böyle bir dönme beyanının ise anlaşmanın mahkemece onaylanmamasına ilişkin

edebileceği hususlara ilişkin içeriği bakımından hukuki işlemlere ilişkin hükümlerin uygulanması, dolayısıyla bunların irade sakatlığı hükümleri doğrultusunda iptal edilmeleri ya da borçlu temerrüdü hükümlerine tabi sayılmaları mümkün olmaktadır. Bu görüş için bkz. Özkan Cavit Hoşlan, “Anlaşmalı Boşanma Protokollerine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, Cilt II, Aile Hukuku, Editör: Baki İlkey Engin, İstanbul 2019, 206-208, 223 vd.

¹³ **Oğuzman/Barlas**, N. 261, 457; Haluk Nami **Nomer/Pakize Ezgi Akbulut**, Medeni Hukuka Giriş Dersleri, Bölüm I, 2. Bası, İstanbul 2018, N. 100, 136.

¹⁴ İBK, 28.11.1945, E. 1945/13, K. 1945/15, RG. 1946, Sayı: 6365.

bir talep olarak değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmekteydi¹⁵. Buna paralel olarak İsviçre Medeni Kanunu'nun 149. maddesinin birinci fıkrasına göre, birlikte başvuru üzerine verilen boşanma kararlarına karşı olağan kanun yollarına başvuru, ancak irade sakatları sebebiyle veya federal usul kurallarının ihlali halinde mümkündür. Nitekim St. Gallen Kanton Mahkemesi (Kantongericht St. Gallen), 2. Medeni Hukuk Dairesinin (II. Zivilkammer) 2 Mayıs 2002 tarihli BF 2002.6 ve 7 sayılı kararına göre de, eşler bir kere onay verdikten sonra, onunla bağlıdırlar. Boşanma talepleri kesinleşmiştir, tek taraflı dönme imkânı ortadan kalkmıştır. Evliliğin sona ermesi federal hukuka göre, ancak ZGB Art. 111'de öngörülen emredici usul kurallarına aykırılık veya irade sakatlıkları sebebiyle iptal edilebilir (ZGB Art. 149, Abs. 1)¹⁶.

İsviçre Medeni Kanunu'nun 111. maddesi 25 Eylül 2009 tarihli Federal Kanun ile değiştirilmiş ve değişiklik 1 Şubat 2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu değişiklikte eşlere tanınan 2 aylık düşünme süresi ve bu sürenin sonunda eşlerin verdikleri yazılı onay usulü yürürlükten kalkmıştır. 111. maddenin birinci fıkrasının yeni versiyonuna göre, mahkeme birlikte boşanmak için başvuran eşleri ayrı ayrı ve birlikte dinler. Bu dinleme birden fazla oturumda da gerçekleşebilir. İkinci fıkraya göre de, mahkeme, boşanma taleplerinin ve anlaşmanın serbest iradeye ve olgunlaşmış bir düşünmeye dayandığı ve anlaşmanın ve çocuklara ilişkin taleplerin onaylanabileceği kanaatine varırsa, boşanmaya karar verir. 111. maddenin yeni versiyonunun yürürlüğe girmesinden sonra tarafların boşanmanın sonuçlarına ilişkin olarak yaptıkları anlaşmadan serbestçe dönmesi, eşlerin dinlendiği son oturuma kadar mümkündür¹⁷. Bu andan sonraki dönme beyanı anlaşmaya onay verilmemesi talebi olarak değerlendirilir. Bu ise ancak onay beyanına veya anlaşmanın içeriğine dair irade sakatlığının veya federal usul kurallarının ihlali veya açık bir ölçüsüzlüğün varlığı ve ispatlanabilmesi halinde mümkündür¹⁸. İsviçre Federal Usul Kanunu'nun (Zivilprozessordnung, ZPO) yürürlüğe girmesi ile birlikte İsviçre Medeni Kanunu'nun bazı maddeleri yürürlükten kalkmıştır. Bunlar arasında 149. madde de vardır. Bunun yerini alan Usul Kanunu'nun anlaşmalı boşanmaya ilişkin 289. maddesine göre boşanma kararı, istinaf yoluyla ancak irade sakatlıkları sebebiyle iptal edilebilir¹⁹.

Türk Medeni Kanunu'nun anlaşmalı boşanmaya ilişkin hükümlerinde de İsviçre Medeni Kanunu'nda olduğu gibi tarafların dinlenmesi öngörülmüştür: TMK m. 166, f. 3: "... Bu halde boşanma kararı verilebilmesi için, hâkimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi..." Bu dinlemede hâkim, taraflara boşanma iradelerini ve yaptıkları anlaşmayı teyit ettirir. Aynen İsviçre hukukunda olduğu gibi, bu andan itibaren tarafların boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumuna ilişkin yaptıkları anlaşma bağlayıcılık kazanır. O andan itibaren taraflar bu anlaşmadan serbestçe dönmeyebilirler. Ancak irade sakatlıklarına dayalı olarak, eğer hâkim henüz anlaşmayı onaylamamışsa, ondan anlaşmayı onaylamamasını isteyebilirler veya hâkim anlaşmayı onaylamış ve boşanma kararını vermiş ise istinaf yoluna başvurabilirler.

¹⁵ Basler Kommentar/Urs Gloor, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 3. Auflage, Basel 2006, Art. 111 N. 10.

¹⁶ http://www.gerichte.sg.ch/home/dienstleistungen/nuetzliche_informationen/mitteilungen_zum_familienrecht/Mitteilungen_zum_Familienrecht/_jcr_content/Par/downloadlist/DownloadListPar/download_2.ocFile/Mitteilungen%20zum%20Familienrecht%20-%20Ausgabe%20Nr_4%20-%20Dezember%202002.pdf (24.02.2019).

¹⁷ Basler Kommentar/Urs Gloor, 5. Auflage, Basel 2014, Art. 111, N. 5.

¹⁸ Stämpflis Handkommentar/Sabine Herzog, Art. 287, N. 9; Art. 288, N. 6.

¹⁹ "Die Scheidung der Ehe kann nur wegen Willensmängeln mit Berufung angefochten werden."

Bunun dışında taraflardan her birinin boşanma kararı kesinleşinceye kadar yapmış oldukları anlaşmadan tek başlarına serbestçe dönebileceklerinin kabulü, hukuk sistemimizin temel kurumlarından olan “sözleşme” kurumu ve hukukumuzda geçerli olan “ahde vefa (pacta sunt servanda) ilkesi” ile bağdaşmaz. İster borçlar hukukunda ister aile hukukunda olsun yapılan anlaşmalar taraflar için bağlayıcıdır. Sözleşmelerin kurucu unsurları icap ve kabuldür. Kurucu unsurlar gerçekleştiği anda, sözleşme taraflar için artık bağlayıcıdır, meğerki bir irade sakatlığı bulunsun. Anlaşmalı boşanmadaki özellik, TMK m. 166, f. 3, c. 2 uyarınca hâkimin tarafları dinleyerek boşanma iradelerini ve yaptıkları anlaşmayı son bir defa onlara teyit ettirmesidir. Mahkeme önünde boşanma iradesini teyit etmemek suretiyle anlaşmalı boşanma usulüne göre hâkimin boşanma karar vermesine engel olabilecek eşin, o safhaya kadar anlaşmadan da dönebileceğinin kabulü gerekir. Başka bir ifade ile bağlayıcılık hâkimin onayıyla değil, daha önce tarafların hâkim önünde boşanma iradelerini ve yaptıkları anlaşmayı teyit etmesiyle birlikte gerçekleşir. Hâkimin onayı ise kurucu değil, tamamlayıcı bir unsurdur. Hâkim kurulmuş ve taraflarının teyidi ile birlikte bağlayıcı olmuş bir sözleşmeyi onaylayarak onun hüküm doğurmasını sağlar.

Anlaşmalı boşanma dışındaki boşanma davalarında da taraflar, zorunluluk bulunmadığı halde, boşanmanın fer’i sonuçları hakkında anlaşma yapabilirler. O takdirde de boşanmanın fer’i sonuçlarına ilişkin anlaşmalar, hâkim tarafından onaylanmadıkça geçerli olmazlar (hüküm doğurmazlar) (TMK m. 184, b. 5). Anlaşmalı boşanma dışındaki boşanma davalarında tarafların kendi ihtiyarlarıyla yaptıkları anlaşmadan sonradan tek başına dönmeleri bakımından da benzer bir durum söz konusudur. Yani taraflar anlaşmayı yaptıktan sonra, henüz hâkim tarafından onaylanmamış olsa dahi bundan serbestçe dönemezler: *“Belirtmek gerekir ki, sözleşme hâkim tarafından onaylandıktan sonra hüküm taşıyacak olmakla birlikte, tarafların onaydan önce dahi bağlanmaları sonucunu yaratır. Taraflardan biri tek başına sözleşmeden dönemez. Onaydan önce, taraflardan her biri ancak irade sakatlıklarından biriyle sözleşmeyi bozabilir.”*²⁰; *“... henüz onanmayan bir fer’i anlaşmanın bağlayıcı olma niteliğini kazanmadığı, bu sebeple de yargıcın onamasından önce, böyle bir anlaşmadan serbestçe vazgeçilebileceği kabul edilemez.”*²¹

Fakat şunu da belirtmek gerekir ki, öğretilerdeki bir görüşe göre anlaşmalı boşanmadaki boşanma protokolü, hâkimin onayı ile birlikte bağlayıcılık kazanır: *“Eşler boşanmanın sonuçlarına ilişkin olarak hazırladıkları anlaşmadan, bu anlaşma hâkim tarafından onaylanıncaya kadar vazgeçebilirler.”*²²; *“O halde sonuç olarak, eşlerin hâkimin önüne getirdikleri düzenlemenin, anlaşmalı boşanma yolunda, hâkimin onayına değin bir bağlayıcılığı yoktur.”*²³

Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin iki kararında²⁴ şu ifadeler yer almaktadır: *“Taraflar 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 dönmesini engelleyici yasal bir hüküm bulunmamaktadır. Anlaşmanın bozulması ile anlaşmalı boşanma hükmü bütünüyle geçersiz hale gelir (HUMK.md.439/2)...”*

²⁰ Bülent Köprülü, Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1989, 185.

²¹ Selâhattin Sulhi Tekinay, Türk Aile Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1990, 287.

²² Öztan, 418.

²³ Nevzat Özdemir, Türk İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, İstanbul 2003, 157.

²⁴ Yarg. 2. HD, 10.03.2015, E. 2014/20325, K. 2015/4097; Yarg. 2. HD, 02.03.2015, E. 2014/18770, K. 2015/3240 (kararlar için bkz. Lexpera Otomasyon).

Ancak kararlar oybirliği ile alınmamış olup karşı oy yazısında ise şu ifadelere yer verilmiştir: “*Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesinde yer alan düzenlemeye göre; evliliğin en az bir yıl sürmüş olması koşuluyla, davalının “davayı kabul” beyanı, “evlilik birliğinin temelinden sarsılmış sayılması” için gerekli ise de, boşanma kararı verilmesi için, yalın “kabul” yeterli değildir. Bunun yanında, hakimin tarafları bizzat dinlemesi, irade beyanlarının serbestçe açıklandığına ilişkin kanaate ulaşılmış olması ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca yapılan düzenlemeyi uygun bulması da şarttır. Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesinde yer alan düzenlemeye göre, boşanma davalarında yalın “kabul”, boşanma kararı verilmesi için yeterli değildir. Bunun yanında, hakimin tarafları bizzat dinlemesi, boşanma konusundaki irade beyanlarının serbestçe açıklandığına kanaat getirmiş olması ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca yapılan düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Somut olayda hakim tarafları bizzat dinlediğine, tarafların boşanma konusundaki irade beyanlarının serbestçe açıklandığına ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca yapılan düzenlemenin uygun olmadığına ilişkin bir iddia da ileri sürülmediğine göre, davalının “davayı kabulü” hukuki sonucu doğurur.*

Bu şartlara uygun kabul, tarafları da hakimi de bağlar. Böyle bir durumda artık anlaşmalı boşanmaya vücut veren “irade beyanından” dönülemez. Kanun ve usul hükümlerine uygun olarak tarafların boşanma ve fer’ilerinde irade birliğine dayanan bir boşanma kararı, karara esas alınan irade beyanındaki (hata, hile ve ikrah gibi) sakatlık hallerinin varlığı, bu hususta ciddi delillerin gösterilmesi durumunda veya protokol şartlarında kanunun emrettiği hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırılık halinde ya da protokol şartlarına aykırı hüküm verilmesi durumunda (bu son halde de, aykırılığın ilişkin olduğu konuda) bozulabilir.”

Karşı oy yazısı isabetli olup ilişkin olduğu Yargıtay kararları, sözleşmelerin taraflar için bağlayıcı olduğuna dair temel hukuk prensibine aykırıdır. Sözleşmeden dönmeye dair kanunda bir hüküm yoksa, bu, dönülebileceği anlamına değil, tam tersine dönülemeyeceği anlamına gelir. TMK m. 5 uyarınca tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanması gereken genel hükümlere göre, bir sözleşmeden, aksine bir anlaşma veya kanun hükmü yoksa serbestçe dönülemez, ancak irade sakatlığı mevcut ise sözleşmenin iptali istenebilir (TBK m. 30 vd.). Tarafların serbest iradeleri ile hâkim önünde yapmış oldukları anlaşmayı teyit etmeleri üzerine, anlaşma kendileri için artık bağlayıcı hale gelmiştir. Karşı oy yazısı bu açıdan isabetlidir; genel hukuk prensiplerine uygun olup Türk hukuku bakımından özel önem arz eden ve bakmaktan kaçınamayacağımız İsviçre hukukundaki görüşlerle de uyum halindedir. Taraflardan her biri ancak irade sakatlıklarından birine dayanarak, hâkim henüz sözleşmeyi onaylamamışsa, onu iptal edebilir (hâkimden sözleşmeyi onaylamamasını talep edebilir) veya onaydan sonra boşanma kararına karşı kanun yoluna başvurabilir. Dolayısıyla “*Yargıtay’ın eşin tek taraflı olarak anlaşmalı boşanmaya ilişkin irade beyanından dönebileceği yolundaki görüşünün, eşin irade beyanının sakatlandığı hallerle sınırlı olmak üzere kabulü mümkündür*”²⁵.

Şunu da eklemek gerekir ki, tarafların boşanma hususunda anlaşması, daha doğrusu boşanmak için “*eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi*”, TMK m. 166, f. 3 uyarınca, davanın hukuki dayanağını oluşturan “*evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olması*” vakiasına ilişkin bir faraziye yaratır²⁶. Davayı açan eş/eşler/eşlerden biri, davadan feragat etmek suretiyle dolaylı olarak, bu faraziyeyi ortadan

²⁵ Seçer, 283.

²⁶ Mustafa Dural /Tufan Ögüz / Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku, Cilt III: Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019, 283.

kaldırabilir; ama boşanma davasından feragat etmeksizin birlikte yarattıkları bu faraziyeyle tek taraflı ortadan kaldıramaz²⁷. Davadan feragat etmeksizin, protokolden tek taraflı dönülebileceğinden hareket eden Yargıtay ise, “*anlaşmalı boşanma davasının*”, “*çekişmeli boşanma davasına*” dönüşeceğini kabul etmektedir: “*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 “çekişmeli boşanma” (TMK m. 166/1-2) olarak görülmesi gerekir.*”²⁸

SONUÇ:

(1) Anlaşmalı boşanma usulünde boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenleme (anlaşmalı boşanma protokolü), aile hukukuna özgü, hüküm doğurması hâkimin onayına bağlı bir sözleşmedir. Bu sözleşmenin hukuki sonucu, hâkimin boşanma kararı verebilmesi için kanunun aradığı önşartı yerine getirmekten ibarettir.

(2) Boşanma kararını veren hâkim, tarafların anlaşmasını boşanma kararının hüküm fıkrasına geçirir. Böylece eşlerin yapmış oldukları anlaşma sözleşme karakterini kaybedip, mahkeme kararının bir parçası haline gelir.

(2) Hukukumuzda da geçerli olan temel hukuk prensibine göre, sözleşmeler tarafları için bağlayıcıdır ve bunlardan serbestçe dönülemez (ahde vefa ilkesi, pacta sunt servanda). Kurulmuş bir sözleşmeyi iptal etmek ancak sözleşmede kararlaştırılan veya kanunda belirtilen hallerde, özellikle TBK 30 vd. anlamında irade sakatlığının varlığı ve ispatı halinde mümkündür. TMK m. 5’in genel atfı uyarınca tüm özel hukuk ilişkilerinde geçerli olan temel prensip budur. Dolayısıyla aksine anlaşma veya kanun hükmü olmadıkça, sözleşmeden serbestçe dönmek mümkün değildir.

(3) Bir sözleşme olması itibarıyla anlaşmalı boşanma protokolleri hakkında da ahde vefa ilkesi geçerlidir; her sözleşmede olduğu gibi, anlaşmalı boşanma protokolünden de, bağlayıcılık kazandığı andan itibaren, serbestçe dönülemez. Sadece anlaşmalı boşanma protokolü, kurulduğu andan itibaren değil, mahkemece tarafların dinlendiği ve bu dinlemede tarafların boşanma iradelerini ve yaptıkları anlaşmayı teyit ettikleri andan itibaren tarafları için bağlayıcıdır; o andan itibaren eşlerden herhangi biri bu anlaşmadan serbestçe dönemez. Hâkimin eşleri dinlemesinin sona ermesine kadar eşlerin, yapmış oldukları anlaşmadan serbestçe dönebilecekleri TMK m. 166, f. 3 hükmüne dayanmaktadır. TMK m. 166, f. 3, c. 2 uyarınca hâkim tarafından dinlenen ve onun önünde boşanma iradesini teyit etmek suretiyle anlaşmalı boşanma usulüne göre hâkimin boşanmaya karar vermesine engel olabilecek eşin, o safhaya kadar anlaşmadan da dönebileceğinin kabulü gerekir. Buna karşılık hâkimin dinlemesi bittikten sonra artık eşlerden herhangi biri anlaşmadan serbestçe dönemez; ancak irade sakatlıklarından birine dayanarak, hâkim sözleşmeyi henüz onaylamamışsa, onu iptal edebilir (hâkimden onaylamamasını talep edebilir) veya onaydan sonra boşanma kararına karşı kanun yoluna başvurabilir. İsviçre hukukunda kabul gören görüş de budur.

(4) Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin, anlaşmalı boşanma protokolünden tarafların boşanma kararı kesinleşinceye kadar serbestçe dönebilecekleri yönünde oyçokluğu ile alınmış

²⁷ Karş. Hoşlan, 206, 209.

²⁸ Yarg. 2. HD, 10.03.2015, E. 2014/20325, K. 2015/4097; aynı yönde: Yarg. 2. HD, 02.05.2017, E. 2017/2269, K. 2017/19302; Yarg. 2. HD, 02.03.2015, E. 2014/18770, K. 2015/3240 (kararlar için bkz. Lexpera Otomasyon).

kararları bu açıdan isabetli olmayıp karşı oy yazısındaki aksi görüş, hem yukarıda belirttiğimiz hukukun temel prensiplerine, hem TMK m. 5'in genel atfı uyarınca tüm özel hukuk ilişkilerinde geçerli olan, kurulmuş olan sözleşmeden serbestçe dönülemeyeceği, ancak irade sakatlığı sebebiyle kesin hükümsüz hale getirilebileceği yolundaki TBK m. 30 ve devamındaki genel kurallara uygundur.

KAYNAKÇA

- Basler Kommentar**, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 3. Auflage, Basel 2006
- Mustafa **Dural** /Tufan **Öğüz** / Mustafa Alper **Gümüş**, Türk Özel Hukuku, Cilt III: Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019
- Özkan Cavit **Hoşlan**, “Anlaşmalı Boşanma Protokollerine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, Cilt II, Aile Hukuku, Editör: Baki İlkay Engin, İstanbul 2019, 203 vd.
- Necip **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 4. Bası, İstanbul 2008
- Bülent **Köprülü**, Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1989
- Halûk N. **Nomer**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, İstanbul 2018
- Haluk Nami **Nomer**/Pakize Ezgi **Akbulut**, Medeni Hukuka Giriş Dersleri, Bölüm I, 2. Bası, İstanbul 2018
- M. Kemal **Oğuzman**/Nami **Barlas**, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 24. Bası, İstanbul 2018
- Nevzat **Özdemir**, Türk İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, İstanbul 2003
- Bilge **Öztaş**, Aile Hukuku, 4. Bası, Ankara 2004
- Öz **Seçer**, Anlaşmalı Boşanmada Eşlerin Yaptıkları Anlaşma, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 2, Yıl: 2016, 259 vd.
- Lâle **Sirmen**, Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992
- Stämpflis Handkommentar**, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bern 2010
- Selâhattin Sulhi **Tekinay**, Türk Aile Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1990