

BOŞANMANIN FER'İ NETİCELERİNE DAİR MUKAVELELER

Medenî kanunumuzun 150 inci maddesinin 5 inci bendi üzerinde bir tetkik

Yazan: Asistan Dr. Turhan ESENER

PLÂN :

- I — Genel olarak
- II — MK. m. 150 No. 5 te derpiş edilen mukavelelerin hukuki mahiyet ve mevzuu
- III — Hâkimin tasdiki
 - § 1 — Tasdik mukavelenin muteberlik şartıdır.
 - § 2 — Mukavelenin muallâkta bulunduğu müddet zarfında taraflar arasında bir hukuki münasebet mevcuttur.
 - § 3 — Tasdik için salâhiyetli mahkeme ve tasdik mahiyeti
 - § 4 — Hâkimin tasdikinin hüküm ve neticeleri
- IV — Hâkimin tasdiki şartına bağlı olmaksızın muteber olarak yapılan mukaveleler
 - § 1 — Boşanma hükmünden sonra yapılan mukaveleler
 - § 2 — Tasdik edilmiş olmamakla beraber boşanma hükmünden sonra taraflarca rızâ olarak teyit edilmiş olan mukaveleler

I — GENEL OLARAK

Medenî kanunumuzun 150 inci maddesinin 5 inci bendine göre “Boşanma ve ayrılığın fer'i hükümlerine dair iki taraf arasında aktedilen mukavelât, hâkimin tasdikine iktiran etmedikçe muteber olmaz”.

Bu madde hükmünden anlaşılacağı veçhile, bahis konusu olan mukaveleler boşanmanın fer'i neticelerine dair eşler arasında yapılan mukavelelerdir. Biz bunlara kısaca “Boşanma mukaveleleri” diyeceğiz. (Die Scheidungskonvention).

Bilindiği üzere boşanma, eşlerin şahsî hallerine, mameleklerine ve çocuklara ait olmak üzere bazı hüküm ve neticeler tevhit eder ki bunlara boşanmanın fer'i neticeleri denmektedir. MK. m. 150 No. 5 te derpiş edilen mukaveleler işte bu neticeleri muslihane bir şekilde tanzim etmek

maksadı ile eşlerin aralarında akdettikleri mukavelelerdir (1). Yoksa, yukarıda kullandığımız boşanma mukaveleleri tâbirinden, bunların bizzatı boşanma veya ayrılığa taallük ettikleri zannedilmemelidir.

Tetkik etmekte olduğumuz mevzuun pratik ehemmiyeti aşikârdır. Buna en başlıca delil olarak bu konuyla ilgili İsviçre mahkemelerinden sâdır olan kararların bolluğu gösterilebilir. Buna mukabil, mevzuumuz nazariyatta az işlenmiş mevzulardan birisidir. Bu bakımdan orijinal bir doktora tez mevzuu olarak telâkki edilebilir. Memleketimizde de bu mukavelelerin gittikçe artan bir nisbette revaç bulacağını zannediyoruz. Taraflar, aralarında aktecekleri mukavelelerle, boşanmanın fer'i neticelerini karşılıklı menfaatlar durumuna en uygun bir şekilde tanzim edebilecekler ve böylece boşanma hâkimin de yükünü ehemmiyetli bir surette azaltmış olacaklardır. Fihakika ailenin maddî ve manevî durumunu hâkimin bizzat eşler kadar bilebilmesine imkân var mıdır?

Kanunumuzun kat'î olarak boşanmanın fer'i hüküm ve neticelerine dair eşlerin, hâkimin tasdiki şartı ile, muteber olarak mukavele yapabileceklerini kabul etmiş olmasına mukabil Fransız ve Alman hukukunda vaziyet pek karışıktır (2). Bazı mahkeme içtihatlarının bu mukaveleleri muteber addetmesine mukabil diğer bazıları bunların bâtil olduğunu ileri sürmektedir. Herhalde adı geçen hukuk sistemlerinde medenî kanunumuzun m. 150 No. 5 ine tekabül eden ve hâkimin tasdiki şartı ile bu mukavelelerin muteber olacağına dair bir hükme tesadüf edilmemektedir. Bu bakımdan da M. K. m. 150 No. 5 yeni ve orijinal bir hüküm olarak ortaya çıkmaktadır. Biz mevzuu tahdit ederek yalnız İsviçre - Türk medenî kanununa göre hususile boşanmanın malî neticelerine müteallik mukaveleleri inceliyeceğiz.

(1) İsviçre hukukçularından Max Gisi, Verhandlungs-und Officialmaxime im Eheprozessrecht ZSR 32 (1913) ss. 419 ve mütea., MK. m. 150 No 5 te (İsviçre medenî kanunu madde 158 nümere 5) zikredilen mukavelelerin boşanmanın yalnız malî neticelerine dair olabileceğini iddia etmektedir. Zira, çocukların tevdi ile tahsil terbiye ve nafakasına müteallik meseleler hâkim tarafından re'sen nazarı itibara alınacağından bir mukavele konusu teşkil edemezler.

(2) Alman hukuku için şerhlerden başka bk. Coers Wilhelm, Verträge über Scheidungsvolgen, tez, Göttingen, 1940.

Fransız hukuku hakkında: Bernard de Laboust, Des conventions entre époux relatives au divorce et a la séparation de corps, tez, Toulouse, 1925.

Blériot A., La pension alimentaire au cas de divorce et de séparation de corps, tez, paris 1939, ss. 193 - 199.

II — M. K. m. 150 DE DERPİŞ EDİLEN MUKAVELELERİN HUKUKİ MAHİYETİ VE MEVZUU

§ I. Mahiyet :

MK. m. 150-5 de derpiş edilen mukavelelerin in'ikad edebilmesi için tarafların BK. m. 1'e göre karşılıklı ve birbirine uygun surette iradelerini beyan etmeleri lâzımdır. Böylece bir hususî hukuk mukavelesi meydana gelmektedir (3). Fakat ileride görüleceği gibi boşanma mukaveleleri ehil iki şahıs arasında aktedilen alelâde bir mukavelenin aksine olarak ancak hâkimin tasdikinden sonra hüküm ve neticelerini tevhit ederler.

Taraflar kaideten karı ve kocadır. Mamafih, istisnaî olarak eşlerden birisi vesayet altında bulunduğu takdirde vasisinin böyle bir mukaveleyi aktebileceğini kabul etmek lâzımdır.

Bir boşanma mukavelesinin hukukî mahiyeti tayin edilmek istenirse, bir çok bakımlardan Borçlar kanunumuz tarafından tanzim edilmiş ve isimsiz mukavele tiplerinden biri olan "sulh mukavelesine" benzediği görülür. Filhakika M.K. m. 150 de derpiş edilen mukaveleler karı koca tarafından yapılan karşılıklı tâvizlerle boşanmanın fer'i neticelerinin tanziminden doğabilecek ihtilâfları ortadan kaldırmak veya önlemek maksadı ile aktebilirler (4). Mamafih, her iki müessese arasında şu farkları müşahede etmekteyiz:

a) Boşanmanın, fer'i neticelerine dair aktolunan mukavelelerin mu-teberiyeti hâkimin tasdiki şartına bağlıdır. Hâkim adı geçen mukavelelerin esasını tetkik ettikten sonra tasdik ettiği halde, bir sulh mukavelesine olan iştiraki bu mukavelenin muteberlik şartı değildir. Zaten kaide olarak "hâkim bir sulh mukavelesini bütün teferruatı ile tetkik etmez" (5). "Hâkimin sulh mukavelesinin metnine ittılâ kesbetmesi dosyanın tanzimi ve kayıt içindir" (6).

b) İleride görüleceği veçhile hâkimin tasdiki ile mukavele boşanma

(3) Aynı fikirde, Hartmann, E., Die Scheidungskonvention nach schweizerischem Privatrecht, tez, Bern, 1943, s. 9.

(4) Sulh mukavelesinin müteaddit tarifleri için BK; Emile Thilo, De la transaction et de son invalidation, Jdt 1932, s. 45 ve mütea.; Monfrini Alfred, La transaction extrajudiciaire, tez, Lausanne, 1937, s. 14; Boyet, La notion de transaction 1947, Sirey.

(5) Ro 60 II 56, Jdt 1934 s. 201 s/Confédération Suisse.

(6) Ro 60 II 83, Jdt 1934 s. 400, Buhler/Leitgeb.

hükmünün bir kısmını teşkil ettiğinden ancak usulü muhakemeye müteallik hükümlerle feshi mümkün olabildiği halde bir sulh mukavelesi maddî hukuka ait vasıtalarla da fesih edilebilir (7).

§ 2. *Mevzuu* :

Karı koca ekseriya mukavele ile, ödenecek tazminat ve nafakanın miktarını tayin ederler. Hâkim bu miktarı ancak hakkaniyete uygun gördüğü takdirde tasdik edecektir. Kararlaştırılan tazminat veya nafakanın miktarının yüksek olması eşlerden birisinin boşanmaya muvafakatını temin edici mahiyette ise mukavele ahlâka ve amme intizamına aykırı olduğundan bâtil addedilmelidir.

Öyle zannediyoruz ki karı koca mukavelelerine koyacakları bir hüküm ile M. K. m. 145/1 deki prensibi ihlâl edebilirler, yani mukavele ile, yeniden evlenme ile maddî ve manevî tazminat veya da nafaka olarak tahsis edilmiş olan iradın katolunmayacağı kararlaştırılabilir. Çünkü MK. m. 145/1 âmme intizamından madut değildir.

Diğer taraftan bir mukavele aktedecek olan karı ve kocanın, boşanma hükmünden sonra vukua gelecek bir ölüm halinde tazminat veya nafakanın mirasçılara intikal edip etmeyeceği hususunu da düşünerek bir anlaşmaya varmaları tavsiye edilebilir. Zira, kanunumuz bu hususlarda, maalesef, tamamen şâkittir.

Buna mukabil, kanaatımızca MK. m. 145/2 ye aykırı bir mukaveleyi hâkim tasdik etmemelidir. Çünkü bidayeten hâkimin hükmü yeniden gözden geçirmesinden feragat etmek borçlunun şahsiyet haklarına tecavüz teşkil eder.

Boşanma mukavelelerinde sık sık tarafların çocukları hakkında karar aldıkları görülmektedir. Hâkimin bu çeşit anlaşmaları tasdik etmeden evvel anlaşma hükümlerinin çocukların menfaatlarına uygun olup olmadığını araştıracaktır.

III — HAKIMIN TASDİKI

Kanunumuz eşlerin boşanmanın fer'i neticelerini aralarında aktedecekleri bir anlaşma ile tanzimde serbest bırakmakla beraber, bu mukavelelerin muteberliğini hâkimin tasdiki şartına tâbi kılmıştır (8).

(7) *Infra*, Not 38.

(8) Medeni Kanunumuzun 150 No 5 ve 169 maddelerinde de zikredilen muameleler "hâkimin tasdiki şartına tâbi tutulduğu halde, 173 üncü maddede "mahkemenin tasvibi" inden bahsedilmektedir. Kullanılan tâbirlerin farklı olmasına rağmen

Hâkimin kontrolünün hukukî sebep ve maksadı içtimâî bakımdan zayıf olan tarafın menfaatlarına aykırı bir anlaşmanın yapılmasını önlemek ve çocukları himaye etmektir (9). İçinde bulunduğu durumdan bilistifade, eşlerden birisi -Hususile koca- diğerine istediği şartları kabul ettirebilir. İşte bu gibi hallere mâni olmak için kanun vâzımız boşanmanın fer'i neticelerine müteallik mukaveleleri mahkemenin kontrolü altına koymuştur.

MK. m. 150 No. 5 emredici bir hukuk kaidesidir. Binaenaleyh taraflar mukavelelerini mahkemenin tasdikine iktiran etmeksizin muteber olacağını kararlaştırmışlarsa, böyle bir anlaşma hükümsüzdür (10).

Hâkimin tasdiki yalnız eşlerin malî münasebetlerini tanzim etmek için akdettikleri mukavelelere münhasır olmayıp, boşanmanın fer'i neticelerine müteallik bütün mukaveleler hakkında caridir (11). Hâkimin tasdiki hususu müteaddit meseleleri ortaya çıkarmaktadır:

§ 1. *Hâkimin tasdiki mukavelelerin muteberlik şartıdır.*

Hâkimin tasdiki, bir şekil şartı olmayıp (12), mukavelelerin inşâi yapıcı-unsurlarından (élément constitutif) birisidir. Bu şart kanun tarafından bizzat konulmuş olduğundan kanunî bir şart (conditio iuris) mevzu bahistir. Hâkimin tasdiki şartı tahakkuk etmedikçe ortada nakıs (imparfait) bir mukavele mevcuttur (13). Binaenaleyh, henüz taraf-

men aralarında mâna bakımından fark yoktur. Bk. Necip Bilge, Eşler arasında veya koca, menfaatına karı ile üçüncü kişiler arasında yapılan hukukî muamelelerin yargıç tarafından tasvibi, Ank. Huk. Fak. Derg., 1951, sayı 1-2, s. 586.

(9) Exposé des Motifs de l'avant projet CSS, s. 128; Schwarz A., Aile hukuku, İstanbul, 1946, s. 172; N. Bilge, opcit., s. 580.

(10) H. Veldet Velidedeoğlu, Türk Medenî Hukuku, İstanbul, 1949, s. 222; N. Bilge op. cit., s. 585.

(11) Egger, Komm. zum schweiz. ZGB, Familienrecht, 2 inci bası, Zürich, 1936, Mad. 150-5 No. 13, s. 209 (T. Çağrı tercümesi s. 276); Gmür, Komm. zum schweiz. ZGB, Familienrecht, Berne, 1923, Mad. 158-5 No. 23, s. 276 ve Mad. 154 No. 18 s. 245.

Buna mukabil Albert Picot, La jurisprudence en matiere de divorce et de séparation de corps sous le régime de CSS, ZSR, No. 48 (1929), s. 92 a, Türkçe tercümesi F. Arık, İzmir Bar. D. 1943 s. 59, 60. Neuchatel mahkemesinin kararına iltihak ederek mal rejimlerine dair bir mukavelelerin muteberiyeti için hâkimin tasdikine lüzum olmadığını beyan etmektedir. Çünkü bu müellife göre mal rejimlerinin tasfiyesi boşanmanın neticelerinden addolunmaz.

(12) N. Bilge, op cit., s. 586.

(13) Aynı fikirde: René des Gouttes, Systeme des nullités en droit suisse, ZSR, 48 (1929), s. 381 No. 34.

“Bir muamele bidayette hükümlerini meydana getirmemekle beraber noksan

ları bağlayıcı bir borç meydana gelmemiştir. Başka bir tâbirle iradele-
rin karşılıklı ve birbirine uygun bir şekilde beyan edilmiş olması mu-
kavelenin tamam olarak meydana gelmesi için kâfi gelmemektedir. Hâ-
kimin tasdikine kadar mukavele, tıpkı mümeyyiz küçük veya mümeyyiz
mahcur tarafından yapılan bir mukaveleye kanunî mümessil tarafından
icazet verilmesinden önce olduğu gibi, askıdadır (14).

§ 2. *Hâkimin tasdikine kadar taraflar arasında bir hukukî mü-
nasebet mevcuttur:*

Hâkimin tasdikine kadar MK. m. 150-5 de adı geçen mukavelelerin
hukukî vaziyetinin ne olduğu meselesi üzerinde durulmağa değer bir me-
seledir. Acaba taraflar arasında bir hukukî râbita meydana gelmiş mi-
dir?

Hâkimin tasdikine kadar borçlu için bir borç ve alacaklı için de
bir alacak mevcut olmamasına rağmen taraflar arasında bir hukukî mü-
nasebet mevcuttur ve taraflar anlaşma ile bağlıdırlar.

İsviçre Federal mahkemesi de aynı manada olmak üzere şu şekilde
karar vermiştir: "Bu mukaveleler hâkim tarafından tasdik edilmelerin-
den evvel tarafları bağlarlar ve diğer herhangi bir mukaveleden farksız
olarak, tek taraflı bir fesih mümkün değildir" (15).

Bu hukukî bağın sebebi tarafların karşılıklı ve birbirine uygun ola-
rak iradelerini beyan etmelerinde mündemiçtir. Taraflar mukaveleyi
aktederken bununla bağlanmak istemişler ve taahhüt altına giren eş, bu
mukavelenin hâkim tarafından tasdik edilmesile beraber borcunu ifa
etmeyi taahhüt etmektedir.

Kanaatımızca, burada daha ileri gidilerek BK. m. 150 yi kıyasen tat-
bik etmek uygun olur. Borçlu eş hâkimin tasdikine kadar, borcun lâ-
yıkı veçhile edasına mâni olacak her nevi tasarruftan içtinap etmekle
mükellef olmalıdır.

bulunan yapıcı unsurları kendisine iltihak edince tamamlanacak ise bu mua-
mele eksik veyahut nakıstır". Arsebük E., Borçlar hukuku, İst., 1943, cilt 1. s.
318.; Von Tuhr, Partie Générale du Code Fédéral des Obligations, Lausanne 1929,
s. 199. Şurasını da kaydedelim ki irade ile hukukî muameleyi aynı olarak kabul eden
müelliflere göre tarafların iradelerini beyan etmeleri ile mukavele meydana gelir.
Bu hususta Bk. Seçkin A. R., La réalisation de la condition suspensive et ses effets
juridiques, tez. Genève, 1939, s. 75-76.

(14) Ro 60 II 170, JdT 1935, s. 8, Gächter/Gächter - Lutz.

Mamafih, yukarıda adı geçen iki müesseseye arasındaki ince farkı Dr. Necip Bil-
ge güzel bir şekilde tebarüz ettirmektedir. Op. cit., s. 597.

(15) Ro 60 II 169, JdT 1935, s. 8.

Öyle sanıyoruz ki, teklifimiz hakkaniyete pek uygundur. Eğer, borçlu taraf mukavele hükümlerini ihlâl ederse, BK. m. 96 mucibince tazminat ile mükellef olacaktır.

Vâkıa BK. m. 150, mukavele ile tayin edilmiş şarta bağlı mukavelelere tatbik edilir. Taraflar borcun mevcudiyetini meşkûk ve kanun tarafından derpiş edilmeyen bir hadisenin tahakkukuna tâlik etmektedirler. Halbuki tarafların iradesinden neş'et eden mukavelevî şart, bir boşanma mukavelesinin taraflar tarafından tayin edilmeyip de bizzat kanun tarafından derpiş edilen ve bu mukavelelerin yapıcı unsurlarından olan hâkimin tasdiki şartından farklıdır. Öyle ise teklifimizi nasıl haklı gösterebiliriz?

Kanaatımızca, mahkemenin tasdiki şartı BK. m. 149 da derpiş edilen şarttan farklı olmakla beraber, ortada, hususile menfaatlar vaziyeti nazarı itibara alınca, BK. m. 150 yi kıyas yolu ile tatbikini haklı gösterecek bir müşabehetin bulunduğu müşahede edilebilir. Ancak bu suretledir ki verilmiş söze riayeti temin mümkün olabilir.

Diğer taraftan, eğer taraflardan birisi boşanmanın ferî neticelerine dair akdettiği mukavelelerin hükümleri ile bağlı kalmak istemiyorsa, boşanma hâkiminden, mucip sebeplerini göstererek, mukaveleyi tasdik etmemesini isteyebilir (16). Meselâ mukavelelerin iradenin fesadı sebeplerinden biri ile malûl bulunduğunu veya ahlâk ve âdaba mugayir olduğunu ileri sürebilir (17).

Mukavelelerin reddi talebini haklı kılacak bir sebep mevcut değilse mukavele tasdik edilmelidir (18).

§ 3. *Tasdik için salâhiyetli mahkeme ve tasdik mahiyeti:*

MK. m. 150-5 boşanma mukavelelerinin muteberliğini hâkimin tasdiki şartına tâbi kılmakla beraber burada hangi mahkeme hâkiminin salâhiyetli olduğunu tasrih etmemiştir. Bu mesele hukukumuzda bazı münakaşalara yol açmıştır. Filhakika, yargıtay ikinci hukuk dairesi ile

(16) Ro 60 II 171, JdT 1935, s. 8.

(17) Zürih mahkemesi eşlerden birisinin avukatı tarafından yanlış olarak verilen haberlere istinat ederek mukavele yapan diğer eşin hatâsının esaslı hatâ olmayıp ancak sâikde hatâ olduğunu ve binaenaleyh mukavelelerin muteberiyeti üzerinde hiç bir tesiri olmayacağına karar vermiştir. BIRZ XLIII (1944), No. 104 a. s. 205.

(18) 26 Haziran 1939 tarihli İsv. Fed. Mah. kararı, Arrigoni/Mazocco, neşredilmemiştir. (Knapp, De la convention ou du procès ainsi que du jour ou se régle la liquidation des biens au cas de divorce, JdT 1944, s. 72.

hukuk umumî heyetinin verdikleri kararlar da birbirinden ayrılmaktadır. (19).

Hâdise kısaca şudur: Eşlerden birisi yapılmış anlaşma mucibince boşanma vukuunda ödenmesi taahhüt edilen 500 lirayı dava etmiştir. İstanbul Asliye mahkemesi "müstenidi iddia olan mukavelenamenin hâkimince tasdik edilmemiş olmakla MK. m. 150 fıkra 5 e tevfikân" davayı reddetmiştir.

Bu karar ikinci hukuk heyeti tarafından şu sebeple bozulmuştur : "MK. m. 150 nin son fıkrasına göre boşanma ve ayrılığın fer'i hükümlerine dair taraflar arasında akdolunacak mukavelelerin muteber olması için hâkimin kabul ve tasdikine iktiranı şart olup evvelce tasdik edilmiş bu lunması şart olmamasına göre, mübrez mukavelenamenin ve boşanmada kabahatin hangi tarafta olduğunun tetkiki ile mukvelenin muhik ve davacının haksız olduğu anlaşılırsa, meblâğı müddeabihin tahsiline aksi halde davanın reddine karar verilmek icap ederken mukavelenamenin evvelce tasdik edilmemiş olması sebeble davanın reddi muhalifi kanundur".

İstanbul Asliye mahkemesi MK. m. 150-5 bu gibi mukavelelerin muteber olabilmesi daha evvel hâkimin tasdikine iktiran eylemesine vabeste bulunduğundan tekrar davacının kabahatli olup olmadığının tetkikine lüzum olmadığı hususunda ısrar etmiştir.

Hukuk Genel Kurulu "Medenî kanunun 150 inci maddesinin son fıkrası mucibince boşanma ve ayrılığın ferî hükümlerine dair taraflar arasında akdolunacak mukavelelerin muteber olması için dava ve husumetten evvel hâkimin kabul ve tasdikine iktiranı meşrut bulunmasına ve boşanma hadisesinde iki tarafın da kabahatli olduğu boşanma ilâmi münderecatından anlaşılmış olmasına ve hükümde münderic esbabı mucibeye nazaran ısrar kararının muvafık olduğuna" karar vermiştir (20).

Müellifler arasında da bu hususta anlaşma mevcut değildir. Bir kısım müellifler hukuk genel kurulunun kararını tenkit (21) bazıları ise

(19) Bu kararlar için Bk. Tem. Mah. kararları huk. kısmı 937, s. 50; K. Tepeci, Notlu ve İzahlı Türk Kanunu Medenisi, s. 161; Z. Çandarlı - O Berki, Boşanma ve ayrılık, Ankara, 1949, s. 156.

(20) Yargıtay 2 inci Hukuk dairesi 24/5/947 tarih ve 1797/2052 sayılı karar ve Hukuk genel kurulu kararı 2/51/12 Karar: 28.

(21) İhan Postacıoğlu, Kanunu medeninin 150 inci maddesinin 5 inci fıkrası Hukuki bilgiler mecmuası, 1940, No. 9-129, ss. 7277-7285; Şükrü Postacıoğlu Medenî Kanununun 150 inci maddesinin 5 No. lu bendi ve bir Fédéral Mahkeme kararı İzmir Baro Dergisi 1945, sayı 31-36, s. 23; Ali Himmet Berki, Hukuk mantığı ve tefsir, Ankara, 1948, s. 81, N. Bilge, op. cilt., s. 601.

tasvip etmektedir (22).

Biz burada, yazılanları tekrar etmeden, diyeceğiz ki boşanma mukavelelerini tasdik edecek hâkim ancak boşanma hâkimidir. Nitekim, sayın Ali Himmet Berki'nin yazdığı gibi "Boşanma meseleleri sulh hâkiminin vazifesinden hâriç olduğundan hâkimden maksat sulh hâkimi olamayacağı gibi, tasdikten maksat mukaveleyi müteakip peşinen tasdik demek olmaz. Şu halde ibareyi boşanmaya karar verecek hâkimin tasdiki manasında anlamak zarurîdir" (23).

Bir mukavele evlilik içersinde ve boşanma davası açılmadan evvel yapılmış olabilir. Fakat MK. m. 150-5 metninden mukavelenin in'ikadından sonra ve her türlü ihtilâftan evvel sulh hâkiminin tasdikine lüzum olduğu manasını çıkartmak kanaatımızca da imkânsızdır. Binaenaleyh, biz de, Nihat Bartu'nun iştirak ettiği genel kurul kararının isabetli olduğunu zannetmiyoruz.

İsviçre Federal mahkemesinin tatbikatına göre de Boşanmanın fer'i neticelerine müteallik mukaveleleri tasdik etmeye salâhiyetli merci boşanma hâkimidir (24).

Yargıtay ikinci Hukuk dairesi son kararlarından birisinde bu hususu sarih bir şekilde halletmiştir. Hadise şudur: Boşandığı kocası davalı ile evlenirken noterde yaptıkları mukavele gereğince alacağı olan altınların tahsili talep edilmesi üzerine; mukavele evlilik birliğinin teesüsünden sonra tanzim edilmiş ve mukavelenin ikinci bendi ayrılık vukuunda karının muhtemel zararlarını karşılamak maksadına müstenit bulunmuş olmasına ve hâkime tasdik ettirilmemiş olduğu cihetle hukuki bir kıymet ifade etmeyeceğine mebni talebin reddine karar verilmiştir.

Yargıtay ikinci hukuk dairesi ise şöyle karar vermiştir: "MK. nun 150 inci maddesinin 5 inci fıkrasındaki (Hâkimin tasdikine...) ibaresinden maksat, boşanmaya karar veren hâkimin tasvibine iktiran etmedikçe demek olduğu cihetle boşanma dosyası tetkik ve mukavelenin muhik ve muvafık olup olmadığı takdir edilerek ona göre karar verilmek lâzım gelirken yazılı olduğu üzere karar verilmesinde isabet olmadığından hükmün bozulmasına..." (25).

(22) Nihat Bartu, Boşanma ve ayrılığın fer'i hükümlerine dair mukaveleler, İstanbul Baro Mecmuası 1940, ss. 593-599.

(23) Ali Himmet Berki, op. cit., s. 82.

(24) Ro 44 I 155, Freistener/Zürih ve Tessin.

(25) Yargıtay ikinci Hukuk dairesi, esas, 5066, karar 4727, Halit Kömürçüoğlu - Hilmi Ergüney, Şahıs, Aile ve Miras Hukuku, Ankara, 1951, s. 282.

Kanunumuz tasdikini ne şekilde yapılacağını tasrih etmemektedir. Bundan müteaddit meseleler ortaya çıkmaktadır. Acaba, hâkim, kanun tarafından kendisine yükletilen kontrol vazifesini nasıl yapacaktır? Hangi sebeplere binaen mukaveleyi tasdikten imtina ederek red edecektir? Buna mümasil daha bir çok meselelerin halli doktrin ve mahkeme içtihatlarına terettüp etmektedir.

Federal Mahkemenin müstakar ictidadına göre "MK. m. 150-5 de zikredilen mahkemenin tasdiki basit bir muameleden ibaret değildir. Hâkim kendisine arz olunan mukaveleyi gerek meşruluğu ve kanuniliği bakımından gerekse halin icabına uygun olup olmadığı bakımından tetkik etmeye mecburdur" (26).

İnce bir tetkikten sonra hâkim prensip itibarıyla "mukavele serbestisi" ve "akde sadakat" prensipleri mucibince mukaveleleri tasdik edecektir (27). Filhakika burada umumî menfaat değil tarafların hususî menfaatları bahis mevzuudur. Mâmafih MK. m. 143 ve 144 deki şartlar tahakkuk etmemişse, fikrimize göre hâkim mukaveleyi tasdik etmemelidir. Meselâ iki tarafın da kusurlu olduğu anlaşılıyorsa, mukavele ile kararlaştırılmış olsa bile bir miktar tazminata hükümlenemez.

Genel olarak butlan sebepleri ile malûl olan ve eşlerden birisinin meşru haklarına tecavüz eden mukaveleler hâkim tarafından red edilirler.

Ahlâk ve âdaba aykırı anlaşmalar hiçbir şekilde tasdik edilemezler. Meselâ, Boşanmayı kolaylaştırmak veya diğer eşin rızasını istihsal etmek maksadı ile yapılan sözleşmeler bâtıldır (28).

Mukavelenin inikadını müteakip zuhur eden hâdiseler de red sebebi olabilirler. Meselâ, mukavelenin in'ikadı ile tasdiğe iktiranı arasında geçen müddet zarfında borçlunun malî durumunda husule gelen tahavvüller anlaşmanın reddini icap ettirebilir.

Mukavele hangi sebepten dolayı red edilirse edilsin red sebebinin hükmün gerekçesinde gösterilmesi lâzımdır.

Mukavelenin reddi kararı aleyhine temyiz yollarına baş vurulabilir.

Mukaveleye dercedilen muhtelif hükümler bir bütün teşkil ettiğinden hepsi birden tasdik veya da red edilecektir. Yoksa sözleşmenin bir

(26) Ro 60 II 171, JdT 1935, s. 8 in fine, Gächter/Gächter.

(27) Bk. Ro 60 II 171, JdT 1935, s. 9; Gmür, op. cit., Mad. 158-5, No 22, s. 267.

(28) Bk. Yarg. 2 inci Hukuk dairesi 24/6/948 tarih ve 1812/5659 No. lu kararı Candarlı - Berki, op. cit., s. 156 dan. İsviçre Federal mahkemesi de Aynı içtihatla bulunmuştur. Ro 51 II 118 hususile 121-122, P-B/P-R.

kısmı kabul, bir kısmı red edilemez (29). Başka bir ifade ile hâkim mukavelenin bir kısmını değiştirerek onun yerine kendi takdirine göre münasip görülen şartları ikame edemez. Mâmafih, reddi mucip olacak sebep veya sebepleri taraflara izah ederek mukaveleyi tâdil etmelerini teklif edebilir. Buna hâkimin iştiraki sistemi denmektedir (30).

Hâkimin bütün tekliflerine rağmen taraflar mukavelelerini değiştirmemek hususunda ısrar ederlerse hâkim için yapılacak iş mukaveleyi red edip onun yerine re'sen karar vermektir.

Mukavelenin malî olmayan hükümlerinden birisi tasdika mâni oluyorsa, (meselâ çocuklara müteallik bir şart), kanaatımızca, bu hükmün butlanı diğer hükümlerin de butlanını icap ettirmez. Meğer ki bu bâtil olan hüküm olmaksızın mukavelenin yapılmıyacağı anlaşılmakta olsun. BK. m. 20-2.

Tasdikin şekline gelince: "Mukavelenin tasdik edildiği hususu boşanma hükmünde gösterilmelidir. Acaba, "Tarafların aralarında akdettikleri mukavele tasdik edilmiştir" şeklindeki bir cümle kâfi midir? Yoksa hükmün içerisine mukavelenin muhtevasını dercetmek lâzım mıdır ?

Gmür, MK. 148 mucibince hâkimin re'sen, ex officio, hükmetmeye mecbur olduğu hususların boşanma kararının hüküm fıkrasında dercedilmesini tavsiye etmektedir (31). Bu teklif ileride çıkması muhtemel ihtilâfları önlemek bakımından şüphesiz ki pek mâkuldur. Fakat, bize göre, mahkemenin re'sen nazarı itibara almaya mecbur olmadığı ve ancak tarafların bu hususta talepleri üzerine hüküm verdiği boşanmanın mâlî hüküm ve neticeleri bahis mevzuu ise mukavele metninin aynen boşanma hükmünde yazılması şart değildir (32). Hâkimin mukaveleyi tetkik ve tasvip ettiğini gösteren bir ibarenin yazılması kâfi gelmelidir.

Hâkim kendisine arz olunan mukaveleyi tasdik etmeyi ihmal etmişse, taraflar hükümden hemen sonra mukavelelerinin tasdik edilmesini ve böylece hükmün itmam ve tavzih edilmesini isteyebilirler (33).

Buna mukabil alacaklı eş, mukaveleyi mahkemenin tasdikine arz etmeyi unutmussa, Federal mahkemeye göre hakkında tazminat veya

(29) Ro 71 II 206, JdT 1946, s. 84, Pfister/Koch; Ro 62 II 5, JdT 1936, s. 461, Vogel/Dame Kaiser. Aynı fikirde, M. R. Belgesay, Türk Kanunu Medenisi şerhi, 1950, s. 107, No. 107.

(30) Ro 71 II 206, JdT 1946, s. 83.

(31) Gmür, op. cit., Mad. 158-5, No. 23 a, ss. 267-268.

(32) Aynı fikirde Hartmann, op. cit., ss. 40-41.

(33) Ro 44 I 155; Egger, op. cit., Mad. 158-5, No. 16; Gmür, op. cit., Mad. 158-5, No. 24.

nafaka istemekten zımnen feragat etmiş kimse gibi muamele olunur (34).

Egger, bu noktai nazara ancak bundan mutazarrır olan tarafın hareketi ahval ve şeraite göre taahhüt olunan haklardan feragat şeklinde telâkki edilmek icap ettiği hallerde iştirak etmektedir (35). Binaenaleyh mukavele lüzumsuz zannedilerek tasdike iktiran ettirilmemiş bundan alacaklı tarafın hakkından feragat ettiği neticesi istihraç edilmemeli ve kendisine boşanma hükmünden hemen sonra hâkimden tasdiki isteyebilmesine müsaade edilmelidir.

Yargıtay ikinci hukuk dairesinin kararına göre, tanzim edilen "borç senedinin tasdik ve ademi tasdiki keyfiyetinin takdiri mahkemeye ait olduğu cihetle mezkûr senedi tanzim eden noterin istimâna lüzum bulunmamış olmasına..." (36).

§ 4. *Hâkimin tasdikinin hüküm ve neticeleri :*

MK. m. 150-5 te adı geçen mukaveleler hâkimin tasdiki ile muteber olmakta ve hüküm ve neticelerini tevlit etmektedir.

Mukavele tasdik edilip boşanma hükmüne dercedilmekle boşanma hükmünün bir kısmını teşkil etmekte ve onunla birlikte icra kabiliyetini ihraz etmektedir (37).

Bu hususiyet nazarı itibara alınınca aşağıdaki iki husus düşünülebilir:

a) Mukavele ile lehine bir gayri menkul bırakılan eş, kanaatımızca, MK. m. 633 mucibince tescilden evvel dahi ona malik olur. Çünkü, mukavele mahkeme ilâmı mahiyetini almaktadır. Mamafih, temlikî tasarrufta bulunabilmek için tescil merasiminin ikmal edilmesi lâzımdır MK. m. 633/2. Malik imtina ederse mülkiyetin kendisine aidiyetine karar verilmesini hâkimden istemeye lüzum olmaksızın, doğrudan doğruya tescil muamelesini yaptırabilir MK. m. 642/1 in fine ve 2,

b) Tasdik edilmiş olan bir mukavele boşanma hükmünün mütemim bir cüz'ünü teşkil ettiğinden, hukuk usulü kaidelerinin bu hususta kabul ettiği esaslara göre iptali mümkündür. Usulü muhakeme kaideleri-

(34) Ro 47 II 374, JdT 1922, s. 36 in fine, Siber/Gull.

(35) Egger, op. cit., Mad. 158-5, No. 16, T. Çağa tercümesi, s. 278.

(36) Yarg. 2 inci Hukuk dairesi, esas 5063, karar 5086, H. Kömürcüoğlu - H. Ergüney op. cit., s. 223.

(37) Ro 60 II 80, JdT 1943 s. 4, Buhler/Leitgeb; Sem. Jud. 1921, s. 757; Sem. Jud. 1943, s. 92.

nin bu hususta kabul ettiği esas ise iadei muhakeme yoludur (38). Binaenaleyh, hususî hukuka ait iptal yollarından birisiyle, meselâ hile yüzünden, BK. m. 28, mukavelenin butlanı ileri sürülemez.

Buna mukabil bazı müellifler (39), başka bir hal tarzı kabul etmişlerdir. Yukarıda izah ettiğimiz veçhile sulh mukavelelerine olan benzerlikleri dolayısıyla irade fesadı sebeplerinin dermeyan edilebileceğini ileri sürmektedirler. Çünkü, bu müelliflere göre, tasdike rağmen anlaşma akit mahiyetini muhafaza eder.

Bu iki hal şekli arasındaki pratik fark pek önemlidir. Bunlardan birinci hal tarzı mukavelenin iptali bakımından çok daha mahduttur. Zira ideî muhakemeyi gerektiren sebepler mahdud olup kısa bir müddet içerisinde ileri sürülmelidir. HMUK. 445-447.

Fikrimizce, Federal mahkemenin kabul ettiği hal sureti pratik bakımdan daha elverişlidir (40). Filhakika, adı geçen mahkemenin haklı olarak ileri sürdüğü gibi, eğer boşanmanın ferî neticelerine müteallik mukavelelerin, iradenin fesadı sebepleri ile feshi talep edilebilseydi, bundan müdafası imkânsız bazı neticeler hâsıl olacaktı. Meselâ, müddeî olan taraf ika-metgâhını değiştirerek butlan davasını boşanma mahkemesinden başka bir mahkemede açacak ve butlan hükmü alacak olursa icra kudretini haz biribirine zıt iki hüküm meydana gelecektir. Bunlardan birisine göre mukavele tarafları bağladığı halde diğerine göre feshedilmiştir.

Buna mukabil Federal mahkemenin "bu bir hususî hukuk mukavelesi değil fakat tarafların müştereken yaptıkları bir taleptir" (41) şeklindeki mütalâasına biz iştirak edemiyoruz (42). Yukarıda belirttiğimiz veçhile boşanma mukavelesi bir hususî hukuk mukavelesidir. Tarafları hâkimin tasdikinden evvel bağlar. Eğer BK. m. 23 ve müteakip maddeler hâkimin tasdikinden sonra ileri sürülemiyorsa bunun sebebi mukavelenin hükmün bir kısmını teşkil etmesi neticesinde bu hükmün tabî olduğu rejimi takip etmesindedir. Sırf nazarî bakımdan da olsa şuna işaret etmek isteriz ki MK. m. 150-5 te derpiş edilen bir mukavele resmî ve selâhiyetli

(38) Ro 60 II 60, Jdt 1934, s. 400. Aynı kararı Cenevre ve Zürih mahkemeleri de tasvib etmiştir. Bk. Sem. Jud. 1943, s. 92; BIZR XLIII (1944), No. 104 a. Federah Mahkemenin kararı hakkında Bk. Arsebük E., Medenî Hukuk, Aile Hukuku, II, Ankara, 1940, s. 769.

(39) Hartmann, op. cit., ss. 59-62; Egger, op. cit., Mad. 158-5, No. 16, Çağa Terc, s. 278 - 279.

(40) Prof. Arsebük te bu hal suretini tasvib etmektedir, op. cit., s. 767.

(41) Ro 60 II 82, JdT 1934, ss. 400-401.

(42) Aksi fikirde Arsebük E., op. cit., s. 767 ve 769. "Taraflar arasında karıştıran bu talebin dava haricinde bir kıymeti olamaz."

bir makam tarafından yapılmış olmayıp, tarafların iradelerinin birleşmesinden husule gelmektedir.

Mukavelenin ademi tasdikinin hüküm ve neticeleri :

Mahkemenin tasdik etmediği bir mukavele hükümsüzdür. Binaenaleyh, mukavelenin tasdikinden evvel bir miktar para ödemiş olan taraf sebepsiz mal iktisabı davası ile verdiği şeyin iadesini talep edebilir (BK. m. 61/2) (43). Meğer ki ahlâkî bir borcun ifası mevzubahis olsun. Aynı şekilde mukavele muallâkta iken borçlu taahhüt ettiği menkulü teslim etmişse, hâkimin tasdik etmemesi neticesi mukavele bâtil olduğundan mülkiyetin naklinden ibaret olan kazandırıcı muamele muteber bir hukukî sebebe istinat etmediğinden teslim edilen şey bir istihkak davasının mevzuunu teşkil edecektir (44).

IV — HÂKİMİN TAsDİKİ ŞARTINA BAĞLI OLMAKSIZIN MUTEBER OLARAK YAPILAN MUKAVELELER

§ 1. *Böşanma hükmünden sonra yapılan mukaveleler :*

Burada bahis konusu olan mesele, boşanma hükmü kat'iyet kesbettikten sonra sabık karı koca arasında boşanmanın fer'i neticelerine dair yapılacak bir mukavelenin muteberiyetinin MK. m. 150-5 de derpiş edilen hâkimin tasdiki şartına tâbi olup olmadığı meselesidir.

Bu hususta Federal Mahkeme evvelâ meseleyi pek geniş ve liberal bir şekilde halletmiştir. Şöyle ki: "Boşanma hükmünden sonra yapılan ve fer'i neticelere dair olan mukaveleler mahkemenin tasvibine tâbi değildirler" (45). Bilâhare çok geniş görülen bu formül değiştirilmiş ve boşanmanın malî neticeleri ile çocuklar hakkındaki hükümler birbirinden tefrik edilmiştir. Malî neticelere müteallik olan ve boşanma hükmünden sonra aktedilen mukaveleler için hâkimin tasdikine rağmen lüzum olmadığı halde çocukların tevdi infak ve iâşesine müteallik mukavelelerin muteberiyeti her zaman tasdik şartına bağlıdır (46).

(43) *Conditio ob causam futuram.*

(44) Federal Mahkeme, Ro II 302, JdT 1930, s. 535, Von Tuhr'un fikrinin aksine olarak (s. 180) bir menkul mülkiyeti nakli muamelesinin sebepten âri bir muamele olmadığını kabul etmektedir. Binaenaleyh, naklin muteberiyeti borç doğuran (sebepl) muamelenin sıhhatine bağlıdır.

(45) Ro 47 II 243, JdT 1921, s. 548, Reber/Bonadurer.

(46) Sem. Jud. 1926, s. 423 G/P; Ro 61, II 228 Hagnauer/Ducrey-Heer ve Ro 67 II 8.

Bu hal şekli acaba boşanmanın fer'i neticelerine dair aktedilen bütün mukavelelerin muteberiyetini hâkimin tasdiki şartına tâbi kılan ve boşanmadan sonra yapılacak mukaveleler hakkında bir istisna yapmamış olan MK. m. 150-5 metnini açık surette ihlâl etmiyor mu?

Federal mahkeme kabul ettiği hal şeklini en mükemmel bir tarzda müdafaa etmektedir (47): "Boşanmanın fer'i neticelerinden olan çocukların tevdiî infak ve iâşesine müteallik olan mukaveleler hakkında tasdik zarurîdir. Çünkü bunlar doğrudan doğruya âmme intizamına taallûk etmektedirler ve bu hususta bir mukavele aktedilmiş olmasa bile İsviçre Medenî Kanunu 156 (TMK. m. 148) mucibince hâkim re'sen karar vermeğe mecburdur. Fakat mahkemenin re'sen değil de tarafların talebi üzerine karar verdiği malî neticelere gelince bunlar umumî menfaatleri doğrudan doğruya alâkadar etmezler. Kanunun bu mukaveleleri tasdike tâbi kılmasının sebebi taraflardan birisinin diğerini boşanma davasının açılması ile husule gelen vaziyetten faydalanarak istismar etmesini önlemek istemesidir. Halbuki bir defa boşanma davası neticelenince artık bu tehlike kalmamaktadır."

Federal Mahkemenin bu görüş tarzı Egger (48) ile Rossel ve Mentha (49) tarafından kabul edildiği halde Gmür (50) ve Hartmann (51) bu tezi tasvip etmemektedirler.

Gmür'e göre bu netice kabul edilecek olursa boşanmanın malî neticelerinin boşanma hükmünden sonra ayrı bir dava ile de tanzim edilebilmesini tanımak icap edecektir.

Biz, evvelce yazdığımız bir makalede bu son noktaya işaret etmiş ve bunun mümkün olmasının hakkaniyete pek uygun olduğunu iddia etmiştik (52). Federal Mahkemenin yukarıda zikrettiğimiz kararı bu fikrimizi kuvvetlendirdiğinden tarafımızdan en iyi hal çaresi olarak kabul edilmektedir.

Taraflar, boşanmadan sonra, tasdik edilmiş olan mukavelelerinde

(47) Ro 67 II 8 Rosselot/Tissot, Bk. bu son federal mahkeme kararı üzerine not: Şükrü E. Postacıoğlu, "Medenî kanunun 150. maddesini 5 No. lu bendi ve bir federal mahkeme kararı" İzmir Baro Der. 1943 sayı 31-36 ss. 20-27.

(48) Egger, op. cit., Mad. 158-5, No. 17.

(49) Rossel et Mentha, "Manuel de droit civil Suisse", Lgusanne ve Geneve, 1922, s. 278, No. 408.

(50) Gmür, op. cit., Mad. 158-5, No. 24 b.

(51) Hartmann, op. cit., s. 47.

(52) Turhan Esener, Boşanmadan mütevellit maddî ve manevî zararın tazmini ne zamana kadar talep edilebilir, Ank. Huk. Fak. Der., cilt VIII. sayı 1-2 1951, s. 652.

tanzim edilmiş olan malî neticeleri, yeni hadiselerin zuhuru takdirinde tâdil etmek maksadiyle yeni mukavele yapabilirler. Federal Mahkeme yukarıda yazdığımız sebeplerden dolayı bu mukavelelerin de hâkimin tasdikine lüzum olmadan muteber olduğu kanaatindedir. Bu karar Theo Guhl (53) ve Şükrü Postacıoğlu (54) tarafından tasvip edildiği halde Gmür (55) ve Hartmann (56) tarafından tenkid edilmektedir. Gmür bunu, ancak istisnaî olarak, evvelce tasdik edilmiş olup malların tasfiyesine taallük eden mukavelelerin tâdili hususunda kabul etmektedir.

§ 2. *Tasdik edilmiş olmamakla beraber boşanma hükmünden sonra taraflarca birrıza teyit edilmiş olan mukaveleler :*

Burada mevzubahis olan mahkemenin tasdikine arz olunup da red edilen bir mukavele değildir. Bilâkis, tasdik şartının ihmal edilmesi veya bilinmemesi gibi sebepler yüzünden mahkemenin tasdikine iktiran etmemiş olan mukaveleler bahis konusudur.

Bu şekilde, hâkimin tasdikine iktiran etmemiş olan mukaveleler, acaba boşanma hükmünden sonra eski karı koca tarafından muteber olarak teyit edilebilir mi (Confirmation Volontaire) ?

Prensip itibariyle, kanunun tarafların lehine olarak bir mukavelenin muteberliğini bir şekle tâbi kıldığı hallerde bu mukavelenin teyidi aynı şekle tâbidir (57).

Binaenaleyh, boşanmanın fer'i neticelerine müteallik bir mukavele resmî şekilde yapılmışsa bunun teyidi de ancak bu şekle riayetle mümkündür.

Fakat, Federal Mahkemenin kararına göre "Bir defa boşanmaya hükmolunduktan sonra artık mukavelenin yapılmış olduğu şekle riayet edilmeye lüzum yoktur" (58). Tarafları aynı muhtevada yeni bir mukavele akdetmeye icbar etmektense sarîh bir teyid ile bu mukavelenin muteber olduğunu kabul etmek daha pratiktir.

Hâkimin tasdikine iktiran etmemiş bir mukavelenin muteberliği zımında birrıza yapılan ifa (exécution volontaire) acaba sarîh bir teyide benzetilebilir mi? (59).

(53) Guhl, ZbJV 75 (1939) s. 542.

(54) Ş. Postacıoğlu, op. cit., ss. 26-27.

(55) Gmür, op. cit. Mad. 158-5 No. 24 b.

(56) Hartmann, op. cit., s. 48.

(57) Ro 54 II 82, JdT 1929, s. 13; Von Tuhr, op. cit., cilt I, s. 204.

(58) Ro 71 II 139, JdT 1946, s. 8, Sütterlin-zullig/Sütterlin.

(59) Bk. Sem. Jud. 1934, s. 378, Steele/Steele.

Federal Mahkeme, teyit yerine geçebilecek ve akdin muteber olarak in'ikat ettiğine delâlet eden rızâî bazı muameleler (acte concludant) netice sinde tasdike iktiran etmemiş olan mukavelenin teyit edilmiş addolunabileceğini kabul etmektedir (60).

Bu kararın MK. m. 150-5 metnine uygun olup olmadığı sorulmağa değer.

Guhl (61), bunu şöyle tenkit etmektedir: "Boşanma hükmünden evvel aktedilmiş olan bir mukavelenin hâkim tarafından tasdiki bu mukavelenin muteberlik şartıdır. Nasıl bir borcun ifası şekil noksanını gidermiyorsa, tasdik edilmemiş ve MK. m. 150-5 te adı geçen bir mukavelenin de uzun zaman ifa edilmiş olması mahkemenin tasdiki yerine geçemez."

Fakat bu son noktayı Knapp (62) haklı olarak münakaşa etmektedir. Filhakika, bilindiği üzere "şekil noksanının ileri sürülmesi hakkın suistimali olarak addedilebileceği hallerde borcun ifası şekil noksanını ortadan kaldırır."

Fikrimizce mukavelenin rızâî olarak muayyen bir zaman zarfındaki icrası prensip itibariyle sarîh bir teyide (confirmation expresse) benzetilemez. Zira bir mukaveleyi icra etmek iradesi ile teyit etmek iradesi birbirinden tamamen farklıdır. Bir ifada bulunulurken borçlu borcunu yerine getirmek maksadı ile hareket ettiği halde teyit ederken bu mukavele ile bağlı kalmak hususundaki iradesini izhar etmektedir.

Netice olarak denebilir ki borçlu tasdik edilmemiş olan mukavele mucibince bir ödemede bulunmuşsa normal olarak ödediklerinin iadesini talep etmeye hakkı vardır.

Buna mukabil, mukavelenin tasdik edilmediği ve neticede bâtil olduğu iddiasının, hakkın suistimalini teşkil ettiği hallerde vaziyet başka olmalıdır.

Meselâ, karı koca, A ve B, boşanmadan evvel malî neticeleri bir mukavele ile tanzim etmişler ise de bunu, hâkimin tasdikine iktiran ettirmeyi unutmuslardır. Fakat, boşanmayı takip eden uzun seneler zarfında borçlu koca A, mukavele ile taahhüt ettiği borcunu ifa etmiştir. Günün birinde, tesadüfem bir hukukçu ile karşılaşmış mukavelenin, tasdik edilmiş olmasından dolayı bâtil olduğunu öğrenince derhal mahkemeye koşarak sebepsiz mal iktisabı iddiasında bulunarak o ana kadar ödediği nafakaların iadesini istemiştir.

(60) Ro 64 II 63, JdT 1938, s. 228, Franscella-Wehrmüller/Dubacher
Ro 71 II 139, JdT 1946, s. 8, Sütterlin-Zullig/Sütterlin.

(61) Guhl, ZbJV 75 (1939), ss. 541-542.

(62) Knapp, op. cit., JdT 1944, s. 74.

Misalimize göre dava mesmu olacak olursa, B, kadın, bundan pek çok zarar görecektir.

Fikrimizce burada, B, hakkın suistimalini, menfi mânada olmak şartıyla, ileri sürebilir. Başka bir deyişle, mukavele, bu ana kadar hüküm ve neticelerini meydana getiren muteber bir mukavele olarak farzedilmelidir.

Fakat, hakkın suistimali iddiası hiç bir zaman hâkimin tasdiki noksanlığını gidererek mukaveleyi hukuken muteber bir hâle getiremez.

Netice : Borçlu ödediklerini geri istiyemeyecek ve fakat bundan böyle ifaya da icbar olunamayacaktır.

KISALTMALAR

- BK — Borçlar kanunu
 MK — Medenî Kanun
 HMUK — Hukuk Muhakemeleri Usulî Kanunu
 BIZR — Blätter für zürcherische Rechtssprechung
 JdT — Journal des tribunaux
 Ro — Le Recueil officiel
 Sem. Jud. — La Semaine Judiciaire
 ZbJV — Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
 ZSR — Zeitschrift für schweizerisches Recht

BİBLİOĞRAFYA

- Arsebük, Esat: Medenî Hukuk, Aile Hukuku, Ankara, 1940.
 Arsebük, Esat: Borçlar Hukuku, Cilt I, Ankara, 1943.
 Bänninger, Martha: Verträge zwischen Ehegatten über die personenrechtlichen Wirkungen der Ehe, tez, Zürich, 1922.
 Bartu, Nihat: Boşanma ve ayrılığın fer'i hükümlerine dair Mukaveleler, İstanbul, Baro mecmuası, 1940, ss. 593-599.
 Belgesay, Mustafa Reşit: Türk Kanunu Medenisi Şerhi, Aile Hukuku, İstanbul 1950.
 Berki, Ali Himmet: Hukuk Mantığı ve Tefsir, Ankara 1948.
 Berki, O. - Çandarlı, Z. : Boşanma - Ayrılık ve buna mütedair Yargıtay Kararları Ankara, 1949.
 Bilge, Necip: Eşler arasında veya koca menfaatına karı ile üçüncü kişiler arasında yapılan hukukî muamelelerin yargıç tarafından tasvibi, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, 1951, Cilt VIII, sayı 1-2, ss. 575 ve mütea.
 Bleriot, Antoinette: La pension alimentaire au cos de divorce et de séparation de corps, Tez, Paris, 1939.
 Coers, Wilhelm: Verträge über Scheidungsfolgen, tez, Göttingen, 1940.
 Des Gouttes, René: Systeme des nullités en droit Suisse, ZSR, No. 48 (1929) s. 381.

- Egger, A.: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Familienrecht, 2. ci bası, Zürich, 1936. (Türkçe tercümesi Tahic Çağ, İstanbul, 1945).
- Exposé des motifs de l'avant proje de CCS publié par le Département fédéral de justice et police, 1901-1902.
- Gisi, Max: Verhandlungs - und officialmaxime im Eheprozessrecht, ZSR, No. 32 (1913), s. 419.
- Gmür, M.: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Familienrecht, Bern, 1923.
- Guhl, Théé.: ZbJV, 75 (1939); s. 541 - 542.
- Hartmann, Emilie; Die Scheidungskonvention nach schweizerischem Privatrecht tez, Bern, 1943.
- Kömürçüoğlu, H. - Ergüney, H.: Şahıs, Aile ve Miras Hukuku, Ankara, 1951.
- Knapp, Oh.: De la convention ou du procès que du jour où se règle la liquidation des biens au cas de divorce, JdT, 1944, ss. 68-77.
- Larboust, Bernard de: Des conventions entre époux relatives au divorce et à la séparation de corps, Tez, Toulouse, 1925.
- Oğuzoğlu, H. Cahit: Medenî Hukuk II, Ankara, 1949.
- Önder, Akil: Yangıcın müsadadesine veya tasdik veyahut tasvibine bağlanmış olan akit ve hukukî tasarruflar, Adalet dergisi, 1948, sayı 11, s. 1244.
- Picot, Albert: La Jurisprudence en matière de divorce et de séparation de corps sous le régime de CCS, ZSR, No. 48 (1929) ss. 1 ve mütea. (Türkçe tercümesi, Dr. Fikret Arık, İzmir Baro Dergisi 1943 sayı 1-29, ss. 596 - 605).
- Postacıoğlu, İlhan: Kanunu Medeninin 150. inci maddesinin 5 inci fıkrası Hukukî bilgiler mecmuası 1940, No. 9-129, ss. 7277-7285.
- Postacıoğlu, Şükrü: Medenî Kanunun 150 inci maddesinin 5 No. lu bendi ve bir Federal Mahkeme kararı, İzmir Baro Dergisi 1943, sayı 31-36, ss. 20-27.
- Rossel et Mentha: Manuel de droit civil Suisse, Lausanne et Genève, 1922.
- Schwarz, Andreas: Aile Hukuku, I, Türkçeye çeviren Dr. Bülent Davran, İstanbul, 1946.
- Tepeci, Kâmil: Notlu ve izahlı Türk Kanunu Medenisi, cilt I, Ankara, 1946.
- Tour, P.: Le Code Civil Suisse. Fransızca tercümesi Henri Deschenaux, Zürich, 1942.
- Velidedeoğlu, Veldet Hıfzı: Türk Medenî Hukuku Cilt II, İstanbul, 1949.
- Von Tuhr, A.: Partie générale du code fédéral des obligation. Cilt I, Fransızca tercümesi, Maurice de Torrente - Emile Thilo, Lausanne, 1929.