

AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Ayca DEMİR

BOŞANMANIN ŞAHSİ SONUÇLARI

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı
Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2017

AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Aycan DEMİR

BOŞANMANIN ŞAHSİ SONUÇLARI

Danışman

Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı
Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2017

Akdeniz Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne,

Aycan DEMİR'in bu çalışması, jürimiz tarafından Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Programı tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan (Danışmanı): Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA

(İmza)

Üye : Doç. Dr. Süleyman YILMAZ

(İmza)

Üye : Yrd. Doç. Dr. Selin SERT SÜTÇÜ

(İmza)

Tez Başlığı: Boşanmanın Şahsi Sonuçları

Onay : Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

Tez Savunma Tarihi : 25/05/2017

Mezuniyet Tarihi : 15/06/2017

(İmza)

Prof. Dr. İhsan BULUT
Müdür

AKADEMİK BEYAN

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Boşanmanın Şahsi Sonuçları” adlı bu çalışmanın, akademik kural ve etik değerlere uygun bir biçimde tarafımdan yazıldığını, yararlandığım bütün eserlerin kaynakçada gösterildiğini ve çalışma içerisinde bu eserlere atıf yapıldığını belirtir; bunu şerefimle doğrularım.

...../...../ 2017

İmza

Aycan DEMİR





T.C.
AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU
BEYAN BELGESİ



SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

ÖĞRENCİ BİLGİLERİ	
Adı-Soyadı	Aycan DEMİR
Öğrenci Numarası	20145225007
Enstitü Anabilim Dalı	Özel Hukuk Ana Bilim Dalı
Programı	Yüksek Lisans
Programın Türü	(X) Tezli Yüksek Lisans () Doktora () Tezsiz Yüksek Lisans
Danışmanın Unvanı, Adı-Soyadı	Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA
Tez Başlığı	BOŞANMANIN ŞAHSİ SONUÇLARI
Turnitin Ödev Numarası	822193099

Yukarıda başlığı belirtilen tez çalışmasının a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana Bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 120 sayfalık kısmına ilişkin olarak, 05/06/2017 tarihinde tarafımdan Turnitin adlı intihal tespit programından Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nda belirlenen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan ve ekte sunulan rapora göre, tezin/dönem projesinin benzerlik oranı;

alıntılar hariç % 12

alıntılar dahil % 23'dir.

Danışman tarafından uygun olan seçenek işaretlenmelidir:

(X) Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşmıyor ise;

Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporu'nun doğruluğunu onaylarım.

() Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşıyor, ancak tez/dönem projesi danışmanı intihal yapılmadığı kanısında ise;

Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporu'nun doğruluğunu onaylar ve Uygulama Esasları'nda öngörülen yüzdeler sınırlarının aşılmasına karşın, aşağıda belirtilen gerekçe ile intihal yapılmadığı kanısında olduğumu beyan ederim.

Gerekçe:

Benzerlik taraması yukarıda verilen ölçütlerin ışığı altında tarafımda yapılmıştır. İlgili tezin orijinallik raporunun uygun olduğunu beyan ederim.

05/06/2017

(imzası)

Danışmanın Unvanı-Adı-Soyadı
Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR LİSTESİ	v
ÖZET	vi
SUMMARY	vii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

BOŞANMA KAVRAMI VE BOŞANMA DAVASI

1.1 Boşanmaya İlişkin Görüşler.....	3
1.1.1 Bireyci Görüş	3
1.1.2 Toplumcu Görüş.....	3
1.2 Boşanmanın Düzenlenme Biçimleri	3
1.2.1 Boşanmayı Kabul Etmeyen Sistem	4
1.2.2 Serbest Boşanma Sistemi	4
1.2.3 Belirli Sebeplerle ve Hâkim Kararı ile Boşanma Sistemi	5
1.3 Boşanmanın Dayandığı İlkeler	5
1.3.1 İrade İlkesi.....	5
1.3.2 Kusur İlkesi	5
1.3.3 Evlilik Birliğinin Sarsılması İlkesi.....	6
1.3.4 Elverişsizlik İlkesi	6
1.3.5 Eylemli Ayrılık İlkesi.....	6
1.3.6 Türk Medeni Kanunu'nda Düzenlenen İlkeler.....	7
1.4 Türk Medeni Kanunu'na Göre Boşanma Sebepleri	7
1.4.1 Özel Boşanma Sebepleri	7
1.4.1.1 Zina	7
1.4.1.2 Hayata Kast, Pek Kötü veya Onur Kırıcı Davranış	8
1.4.1.2.1 Hayata Kast Sebebiyle Boşanma	8
1.4.1.2.2 Pek Kötü veya Onur Kırıcı Davranış Nedeniyle Boşanma.....	9
1.4.1.2.3 Pek Kötü Davranış Nedeniyle Boşanma.....	9
1.4.1.2.4 Onur Kırıcı Davranış Nedeniyle Boşanma	10
1.4.1.2.5 Kusur Unsuru	11
1.4.1.2.6 Dava Açma Hakkını Ortadan Kaldıran Nedenler	12
1.4.1.3 Suç İşleme ve Haysiyetsiz Hayat Sürme	12
1.4.1.3.1 Küçük Düşürücü Bir Suç İşleme.....	12

1.4.1.3.2 Haysiyetsiz Hayat Sürme	14
1.4.1.4 Terk.....	15
1.4.1.5 Akıl Hastalığı.....	17
1.4.2 Genel Boşanma Sebepleri	18
1.4.2.1 Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma	18
1.4.2.2 Anlaşmalı Boşanma	21
1.4.2.3 Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması (Fiili Ayrılık).....	23
1.5 Boşanma Davası.....	24
1.5.1 Taraflar	24
1.5.2 Tarafların Dava Ehliyeti.....	25
1.5.3 Boşanma Davasında Yargılama Usulü.....	26
1.5.4 Boşanma Davasında Görev ve Yetki	28
1.5.5 Geçici Önlemler	29
1.5.6 Boşanma Kararının Sonuçları	32

İKİNCİ BÖLÜM

BOŞANMANIN EŞLERLE İLGİLİ ŞAHSİ SONUÇLARI

2.1 Evlilik Birliğinin Sona Ermesi.....	33
2.2 Yeniden Evlenme İmkânı	33
2.3 Kişisel Durumlara İlişkin Sonuçlar.....	34
2.3.1 Her İki Eş Yönünden Ortaya Çıkan Sonuçlar	34
2.3.1.1 Kayın Hısımlığı.....	35
2.3.1.2 Ergin Olma.....	35
2.3.1.3 Vatandaşlık	35
2.3.2 Kadın Yönünden Ortaya Çıkan Sonuçlar.....	36
2.3.2.1 Bekleme Süresi	36
2.3.2.1.1 Bekleme Süresinin Kaldırılması	37
2.3.2.1.1.1 Görevli Mahkeme	37
2.3.2.1.1.2 Yetkili Mahkeme	38
2.3.2.1.1.3 Boşanma Kararının Kesinleşmesi	38
2.3.2.1.1.4 Kadının Önceki Evliliğinden Gebe Olmadığının Anlaşılması veya Evliliği Sona Eren Eşlerin Yeniden Birbiriyle Evlenmek İstemeleri	38
2.3.2.1.1.5 İspat.....	39
2.3.2.2 Kadının Soyadı	39

2.3.2.2.1 Genel Olarak	39
2.3.2.2.2 743 Sayılı Önceki Medeni Kanun Düzenlemesi	40
2.3.2.2.3 4721 Sayılı Yeni Medeni Kanun Düzenlemesi	44
2.3.2.2.3.1 Türk Medeni Kanunu'nun 173. Maddesi	44
2.3.2.2.3.2 Türk Medeni Kanunu'nun 187. Maddesi	45
2.3.2.2.3.3 Türk Medeni Kanunu'nun 173. ve 187. Maddelerinin Birlikte Değerlendirilmesi.....	46
2.3.2.2.4 Kadının Soyadına İlişkin AİHM ve Anayasa Mahkemesi Kararları	50
2.3.2.2.4.1 AİHM Kararları	50
2.3.2.2.4.2 Anayasa Mahkemesi Kararları.....	53
2.3.2.2.5 Kadının Soyadına İlişkin Çözüm Önerileri.....	56
2.3.2.2.6 Kocanın Soyadını Kullanımına İzin Davası.....	57
2.3.2.2.7 Koşulların Değişmesi Halinde İznin Kaldırılması Davası.....	59
2.4 Mirasçılık Sıfatının Kaybedilmesi	60
2.4.1 Eşin Yasal Mirasçılığı	60
2.4.2 Boşanma Davasının Eşin Mirasçılığına Etkisi	61
2.4.2.1 Ölen Eşin Mirasçılarından Birinin Boşanma Davasına Devam Etmesi	61
2.4.2.2 Geride Kalan Eşin Boşanmada Kusurlu Olduğunun İspatlanması	63
2.5 Zamanaşımının İşlemeye Başlaması.....	66

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BOŞANMANIN ÇOCUKLARLA İLGİLİ ŞAHSİ SONUÇLARI

3.1 Genel Olarak	68
3.2 Velâyet	68
3.2.1 Velâyet Hakkının Tanımı ve Hukuki Niteliği	68
3.2.2 Velâyet Hakkının Kullanılması.....	70
3.2.2.1 Ana ve Babanın Evli Olması Halinde Velâyet Hakkının Kullanılması.....	70
3.2.2.2 Ana ve Baba Evli Değilse Velâyet Hakkının Kullanılması	71
3.2.3 Boşanma Halinde Velâyetin Düzenlenmesi	72
3.2.3.1 Genel Olarak	72
3.2.3.2 Ana ve Babanın Dinlenmesi	72
3.2.3.3 Çocuğun Dinlenmesi.....	73
3.2.3.4 Uzman Bilirkişiden Görüş Alınması.....	74

3.2.3.5 Velâyetin Kamu Düzenine İlişkin Olması	75
3.2.4 Boşanma Halinde Velâyetin Düzenlenmesine İlişkin İlkeler	75
3.2.4.1 Çocuğun Özellikleri	75
3.2.4.1.1 Çocuğun Yaşı	75
3.2.4.1.2 Çocuğun Diğer Özellikleri	76
3.2.4.2 Ana ve Babanın Kişisel Özellikleri	77
3.2.4.3 Kardeşlerin Durumu	78
3.2.4.4 Boşanmadaki Kusur Unsuru	78
3.2.5 Boşanma Halinde Birlikte Velayet (Ortak Velayet) Düzenlemesi.....	78
3.2.6 Velâyet Hükümünün Değiştirilmesi.....	82
3.2.7 Velayetin Kaldırılması	83
3.2.7.1 Genel Olarak	83
3.2.7.2 Velayetin Kaldırılmasının Sebepleri.....	84
3.2.7.2.1 Ana ve Babanın Deneyimsizliği, Hastalığı, Başka Bir Yerde Bulunması veya Benzeri Sebeplerden Biriyle Velayet Görevini Gereği Gibi Yerine Getirememesi	84
3.2.7.2.2 Ana ve Babanın Çocuğa Yeterli İlgiyi Göstermemesi veya Ona Karşı Yükümlülüklerini Ağır Biçimde Savsaklaması.....	85
3.2.7.2.3 Ana veya Babanın Yeniden Evlenmesi.....	86
3.2.7.3 Velayetin Kaldırılmasının Sonuçları	86
3.3 Çocuklar ile Kişisel İlişki Kurulması.....	86
3.3.1 Kişisel İlişkinin Düzenlenmesi.....	86
3.3.2 Kişisel İlişki Kurma Hakkına Sahip Olanlar	88
3.3.2.1 Ana ve Baba ile Çocuk Arasında Kişisel İlişki Kurulması.....	88
3.3.2.2 Çocuk ile Üçüncü Kişiler Arasında Kişisel İlişki Kurulması	89
3.3.3 Kişisel İlişkinin Kaldırılması ve Sınırlandırılması.....	91
3.3.4 Görevli ve Yetkili Mahkeme.....	93
3.3.5 Kişisel İlişkinin Cebri İcra Yoluyla Sağlanması	94
SONUÇ	97
KAYNAKÇA.....	101
ÖZGEÇMİŞ	108

KISALTMALAR LİSTESİ

AIHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AIHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
b	: bent
BM	: Birleşmiş Milletler
BK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
C.	: Cilt
CEDAW	: Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi)
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
f	: Fıkra
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İİK	: 2004 sayılı İcra İflas Kanunu
İMK	: İsviçre Medeni Kanunu
K.	: Karar
m.	: madde
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
RG	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
S	: Sayı
T.	: Tarih
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TÜİK	: Türkiye İstatistik Kurumu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Y	: Yargıtay
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YD	: Yargıtay Dergisi

ÖZET

Boşanma, evlilik birliğini sona erdiren nedenlerden biridir. Boşanma davası genel ve özel sebeplere dayanılarak açılmaktadır. Genel boşanma sebepleri 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda 166. madde ile düzenlenmiştir. Genel boşanma sebebi evlilik birliğinin sarsılması başlığı ile düzenlenmiş olup anlaşmalı boşanma ve ortak hayatın kurulamamasına da yer vermiştir. Özel boşanma sebepleri ise 161 - 165'inci maddeleri ile düzenlenmiştir. Boşanma davası sonucunda eşler ve çocukları etkileyen bir takım sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Bunlar şahsi ve mali sonuçlardır. Boşanmanın şahsi sonuçları her iki eşi etkileyen ortak sonuçlar olduğu gibi kadın için bekleme süresi ve kadının soyadı sadece kadını etkileyen sonuçlardır. Çocuklar açısından velayetin düzenlenmesi ve kişisel ilişki kurulması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Boşanma, Boşanmanın Sonuçları, Kadının Soyadı, Velayet.

SUMMARY

PERSONEL CONSEQUENCES OF DIVORCE

Divorce is one of the reasons for the end of the union of marriage. Suit for divorce can be initiated due to general and specific causes. General causes of divorce are regulated in the article 166 of Turkish Civil Code (Law No. 4721). General causes of divorce are regulated under the heading of the breakdown of the marriage and it also includes uncontested divorce and impossibility of joint life. Specific causes of divorce are regulated in the articles between 161 and 165. At the end of the divorce, a number of results affecting parents and children may occur. Those are individual and economic results. While individual results of divorce have an influence on both partners, waiting period for women and last name of women are the effects on only women. Guardianship of children should be organized and individual relation should be established.

Keywords: Divorce, Consequences Of Divorce, Last Name Of Women, Guardianship.

GİRİŞ

Konunun Takdimi

Evliliği sona erdiren nedenler ölüm, gaiplik, boşanma ve cinsiyet değişikliğidir. Bunların dışında yok evlilikler ve evliliğin butlanı ile de evliliğin sona ermesi söz konusu olur. Yok evlilikler, evliliğin kurucu unsurlarındaki eksikler nedeniyle hukuki anlamda bir evliliğin kurulmamış olmasıdır. Evliliğin butlanı, mutlak butlan ve nisbi butlan olarak ortaya çıkabilir. Mutlak butlanla sakat evlilikte, akit kurulmuş olmakla beraber yapıldığı andan itibaren geçersizdir. Nisbi butlan, evlenme akti yapılırken eşlerden birinin iradesi sakatlanmış ise iptal davası açılarak evlilik sonlandırılabilir. Boşanma da evliliği sona erdiren nedenlerden biridir.

Boşanma aileyi etkileyen en önemli olaylardan biridir. Sadece aileyi değil aynı zamanda toplumu da etkileyen bir olgudur. 2016 yılı TÜİK verilerine göre ülkemizde evlenen çiftlerden %39,1'i evliliğin ilk beş yılında boşanmaktadır¹. Buna göre evlenen 100 çiftten 39.1'i boşanmaktadır.

Boşanma sonucunda eşler açısından fiili, hukuki, kişisel ve mali durumlarında değişiklikler meydana gelmekte ve bir takım sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Bu sonuçlar aynı zamanda ortak çocukları da etkilemekte ve onlar açısından da doğmaktadır.

Konunun Önemi

Boşanma ile birlikte eşler ve çocuklar açısından gerek hukuki gerek mali gerekse şahsi sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Mevcut hukuki düzenlemelere rağmen uygulamada boşanmaya ilişkin sorunlar devam etmektedir. Boşanma kararlarından etkilenen kadın ve çocuklara ilişkin şahsi sonuçlar konusunda çalışma yapılmasına ihtiyaç duyulmuştur. Değişen şartlarla birlikte düzenlemeler yetersiz kalmakta ve uygulayıcılar açısından yeni çalışmalara ihtiyaç duyulmaktadır. Uygulamadaki anlaşmazlıkların yoğunluğuna karşın konu üzerinde literatürde yeterince çalışma bulunmamaktadır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanununda düzenlenen “boşanma”, literatürde boşanmanın hukuki sonuçları, boşanmanın çocuklar bakımından hukuki sonuçları, boşanmanın mali sonuçları gibi başlıklarla çalışmalar yapılmış olmasına rağmen boşanmanın şahsi (kişisel) sonuçları başlığı altında fazla çalışma yapılmamıştır. Türk Medeni Kanunu'nun 173. maddesinde kadının kişisel durumuna ilişkin düzenleme yapılmakla birlikte anılan maddede kadının evlenme ile kazandığı kişisel durumunu koruyacağından bahsedilmiş ve kadının

¹ www.tuik.gov.tr/PdfGetir.do?id=24642 (erişim tarihi: 13.03.2017).

soyadına ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. Özellikle kadının soyadına ilişkin olarak yeni gelişmeler meydana gelmiştir. Mevcut düzenleme ile uygulama arasında farklılıklar ortaya çıkmıştır. Çalışmamızda bu konuların yanı sıra boşanma sonucu kişisel durumda değişiklik yaratan vatandaşlık, erginlik gibi konulara da değinilmiştir. Çalışma yapılırken boşanma kararı ile birlikte eşlerin ve ortak çocukların durumu ayrı ayrı ele alınmıştır. Aile hukuku esas alınmakla birlikte geniş bir perspektiften bakarak konuya ilişkin hukuki düzenlemeler de göz önünde bulundurulmuştur. Yine konuya ilişkin uygulama örneklerine ve Yargı kararlarına geniş yer verilmiştir.

Konunun Sınırlandırılması

Çalışmamız boşanma davası ve boşanmanın şahsi sonuçları ile sınırlandırılmıştır. Bu çalışmada, ayrılık davalarına değinilmemiştir. Ayrılık, Türk Medeni Kanununda düzenlenmiş olmasına rağmen uygulamada neredeyse hiç başvurulmamaktadır.

Birinci bölümde genel olarak boşanma kavramı, boşanmaya ilişkin görüşler, boşanma sebepleri, boşanmanın düzenlenme biçimleri, boşanmanın dayandığı ilkeler, Türk Medeni Kanunu'na göre boşanma sebepleri, boşanma davası ve boşanma kararının sonuçları üzerinde durulmuştur.

İkinci bölümde, boşanmanın eşlerle ilgili şahsi sonuçları ele alınarak, her iki eş ve kadın yönünden doğan kişisel sonuçlar olmak üzere ayrı başlıklar altında incelenmiştir. Kadın yönünden doğan kişisel sonuçlarda özellikle kadının soyadı konusunda yargı kararlarının konuya ayrı bir boyut kazandırması sebebiyle, mevcut düzenleme ve yargı kararları üzerinde durulmuştur. Bu nedenle kadının soyadı, ayrıntılı olarak ele alınmış olup, bu konudaki AİHM, Anayasa Mahkemesi ve yargıtay kararları incelenmiş ve çözüm önerilerine yer verilmiştir.

Üçüncü bölümde boşanmanın çocuklarla ilgili şahsi sonuçları ele alınarak, velayet ve kişisel ilişki kurulması konuları incelenmiştir. Velayetin düzenlenmesinde ortak velayet konusuna ayrıca yer verilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

BOŞANMA KAVRAMI VE BOŞANMA DAVASI

1.1 Boşanmaya İlişkin Görüşler

1.1.1 Bireyci Görüş

Bireyler, kendi irade beyanları ile evlenebildikleri gibi evliliği sona erdirmeye kararı da alabilirler. Bu görüş bireyi kamu otoritesine göre daha üstün tutar². Aile kavramından daha ziyade bireylerin istekleri önemlidir. Boşanma kararının alınması bireyin kendi iradesine bağlıdır. Bu görüş, boşanmayı geniş ölçüde kabul eden görüştür. Daha çok tecrübe niteliğinde evliliklere yol açabileceği düşüncesiyle eleştirilmiştir³.

Bireyci görüş, eşlerin istedikleri zaman karşılıklı anlaşmayla boşanmalarına imkân tanıdığı için serbest boşanma sistemine temel oluşturur⁴.

1.1.2 Toplumcu Görüş

Toplumcu görüş, evlilik birliğinin devamlı olmasını savunmaktadır⁵. Evlilik birliğinin sona erdirilmesini kolaylaştırmak, gelecek nesilleri tehlikeye atar ve devlet buna mani olmalıdır⁶. Bu görüş Katolik Kilise Hukuku'nun temelini oluşturur⁷. Zira Katolik Kilise Hukuku'na göre, evlilik birliği boşanma ile sona erdirilemez, buna izin verilmemiştir.

Toplumcu görüş karşıtlarının, görüşe ilişkin eleştirisi olarak, kişilerin iradesi ile boşanmaya izin verilmediği için evlilik dışı ilişkilerin ortaya çıkmasına zemin hazırlar. Zira, bir kere evlilik birliğinin kurulması ile evlenen çiftlerin bu birliği ölene kadar devam ettirmeleri, eşler arasında bir baskı unsuru olabilir⁸.

1.2 Boşanmanın Düzenlenme Biçimleri

Evliliğin boşanma ile sona erdirilmesinde bireyci görüş ve toplumcu görüşün kabul görmesi ile üç türlü düzenleme biçimi ortaya çıkmıştır. Bunlar; boşanmayı kabul etmeyen sistem, serbest boşanma sistemi ve belirli sebeplerle ve hâkim kararı ile boşanma sistemleridir.

² Gençcan, 2006: 67.

³ Öztan, 2015: 637.

⁴ Zevkliler vd., 2000: 878.

⁵ Gençcan, 2006: 67; Öztan, 2015: 637.

⁶ Gençcan, 2006: 67.

⁷ Gençcan, 2006: 67; Öztan, 2015: 637.

⁸ Öztan, 2015: 638.

1.2.1 Boşanmayı Kabul Etmeyen Sistem

Boşanmayı kabul etmeyen sistem, toplumcu görüşün ürünüdür. Bu sisteme göre, evlilik birliği kurulduktan sonra eşler boşanamazlar. Hristiyan dünyasında Katolikler tarafından benimsenmiştir. Katolik kabul edilen ülkelerde bu sistem uygulanmıştır. Bu sisteme göre, eşler için boşanma kararı verilemez⁹.

Tarafların, hâkime başvurmaları durumunda, hâkim tarafından ayrılığa karar verilebilir¹⁰. Ayrılık, yatak, konut, tabak ayrılığı şeklindedir. Ayrılığa geçici ya da sürekli olarak izin verilebilir¹¹. Günümüzde İrlanda'da bu sistem benimsenmiş olup halen uygulanmaktadır.

Boşanmayı kabul etmeyen sistem, evliliğin çekilmez hâl aldığı durumlarda eşleri birbirleriyle yaşamaya zorlamanın, eşlerin ve çocukların ruh ve beden sağlığını bozabileceği, ve bu durumun toplumu sağlıksız hale getirebileceği, eşleri evlilik dışı ilişkiler yaşamaya itebileceği düşünceleriyle eleştirilmiştir¹².

1.2.2 Serbest Boşanma Sistemi

Serbest boşanma sistemi, boşanmaya ilişkin görüşlerden bireyci görüş sonucu ortaya çıkan bir sistemdir. Bu görüşe göre bireyler kendi iradeleri ile evlenebildikleri gibi kendi iradeleriyle de boşanabilirler. İslam hukukunda kocanın tek taraflı irade beyanı ile karısını boşaması söz konusudur¹³. Yine Roma ve Cermen hukukunda da buna benzer bir sistem benimsenmiştir¹⁴.

Akit serbestisinin kabulüne bağlı olarak, iki tarafın irade beyanı ile evlenme sözleşmesinin sona erdirilmesini benimseyen bu sistem isabetli değildir¹⁵. Zira özellikle kadınlar ve çocukların mali haklarının gözetilmesi gerekir. Boşanmanın, devletin müdahalesi olmaksızın tamamen tarafların özgür iradelerine bırakıldığı bu sistem kabul edilebilir değildir¹⁶.

⁹ Öztan, 2015: 638.

¹⁰ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 238; Gençcan, 2006: 67; Öztan, 2015: 638.

¹¹ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 238; Gençcan, 2006: 69; Çakın, 1999: 3.

¹² Öztan, 2015: 638; Zevkliler vd., 2000: 877.

¹³ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 239; Cansel, 1977: 68-111; Dural vd., 2013: 103; Gençcan, 2006: 68; Öztan, 2015: 637.

¹⁴ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 238; Öztan, 2015: 638.

¹⁵ Öztan, 2015: 639.

¹⁶ Tutumlu, 2002: 59.

1.2.3 Belirli Sebeplerle ve Hâkim Kararı ile Boşanma Sistemi

Belirli sebeplerle ve hâkim kararı ile boşanmanın, boşanmayı kabul etmeyen sistem ve serbest sistem arasında olduğu söylenebilir. Bu sisteme göre taraflar boşanabilirler ancak boşanma kanunda sayılan sebeplerle ve hâkim kararı ile olur¹⁷.

Türk hukukunda da bu sistem benimsenmiştir¹⁸. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda sınırlı sayıda sayılan boşanma sebeplerine dayanarak ve hâkim kararı ile boşanma şeklinde düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre şartların varlığı halinde hâkim eşlerin ayrı yaşamasına da karar verebilir.

1.3 Boşanmanın Dayandığı İlkeler

1.3.1 İrade İlkesi

İrade ilkesine göre, evlilik birliği tarafların serbest iradeleri ile meydana geliyorsa boşanma da tarafların serbest iradeleri ile gerçekleşebilmelidir. Tarafların ortak rızası boşanma için yeterlidir¹⁹.

Tarafların tek taraflı irade beyanı ile boşanma gerçekleşirse o zaman serbest boşanma sistemi olur. Bu ilke, ailenin devamlı ve istikrarlı olması gerekçesiyle eleştirilmiştir²⁰.

1.3.2 Kusur İlkesi

Kusur ilkesine göre, kusurlu eş boşanma davası açamaz. Zira kimse kusuruna dayanarak hukuki bir yarar, bir koruma elde etmemelidir²¹. Ancak kusursuz eş boşanma davası açabilir. Türk hukukunda eşin kusurlu olması boşanmanın sonuçlarında etkisini göstermektedir. Ancak kusursuz eş dava açmaya zorlanamaz. Türk hukukunda düzenlenmiş olan özel boşanma sebeplerinden zina, terk, haysiyetsiz hayat sürme gibi ağır kusur kabul edilen hallerde, kanun koyucu diğer eşin kusursuz olma halini korumuş ve boşanma davası açma hakkını tanımıştır²².

Kusur ilkesi, eşlerin kusuru olmadan başka sebeplerle de boşanabileceği düşüncesiyle eleştirilmiştir²³. Örneğin belirli bir hastalık sebebi ile eşler boşanmak isteyebilirler. Bu durumda eşlerin kusurlarından söz etmek çok yerinde olmayacaktır. Türk Hukuku'nda

¹⁷ Öztan, 2015: 638.

¹⁸ Dural vd., 2013: 103.

¹⁹ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 240; Öztan, 2015: 642; Gençcan, 2006: 74.

²⁰ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 241; Öztan, 2015: 642.

²¹ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 240; Öztan, 2015: 640; Gençcan, 2006: 75.

²² Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 240; Öztan, 2015: 640.

²³ Öztan, 2015: 640; Çakın, 1999: 7.

tarafların kusuru olup olmaması da çok boşanmanın sonuçlarını düzenleme yönünden önemlidir²⁴.

1.3.3 Evlilik Birliğinin Sarsılması İlkesi

Evlilik birliğinin sarsılması ilkesine göre, boşanmak için kusurlu olma şartı aranmayacaktır. Evlilik birliğinin sarsılması ilkesi; evliliğin sürdürülemez olma, evliliğin sürdürülmesinde bir yarar bulunmaması, evlilik düzeninin bozulması haline dayandırılmıştır²⁵. Eşlerden biri kusurlu olabilir veya olmayabilir. Bu önemli değildir. Evlilik birliği sarsılmışsa boşanma kararı verilebilir²⁶.

Evliliğin devamının çekilmez hale gelmesi sonucu, sürdürülemez olmasıdır. Bunun belirlenmesi için sebeplerin maddeler halinde sayılması söz konusu değildir²⁷. Zira her evlilik için farklılıklar arzeder.

Evlilik birliğinin sarsılması, TMK m. 166'da genel boşanma sebebi olarak düzenlenmiştir. Hâkime geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır.

1.3.4 Elverişsizlik İlkesi

Evlilik birliğinin eşlerden birinin ruhsal veya bedensel hastalıklar nedeniyle çekilmez hale gelmesi halinde, diğer eşin talebi ile boşanma kararı verilir²⁸. Eşlerden biri, ruhsal veya fiziksel rahatsızlığı nedeniyle üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirememeli ve bu nedenle evlilik birliğinin sürdürülmesi imkânsız hale gelmiş olmalıdır. Cinsel sapıklık, kısırlık v.b. örnek olarak verilebilir²⁹.

Eşlerden birinin gelecek soyları da etkileyecek derecede tehlikeli bir hastalığa yakalanması bu ilke kapsamında kabul edilecek bir elverişsizlik halidir³⁰. Türk Medeni Kanunu 165. madde'sinde düzenlenen akıl hastalığına dayanan boşanma sebebi elverişsizlik ilkesine dayanmaktadır³¹.

1.3.5 Eylemli Ayrılık İlkesi

Eşler sürekli ve eylemli olarak bir araya gelmemişlerse, diğer bir deyişle eşler arasında fiili ayrılık söz konusu ise boşanmaya karar verilmelidir³².

²⁴ Öztan, 2015: 640; Çakın, 1999: 8.

²⁵ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 241.

²⁶ Öztan, 2015: 641.

²⁷ Tutumlu, 2002: 61; Çakın, 1999: 8.

²⁸ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 242; Öztan, 2015: 642; Gençcan, 2006: 76.

²⁹ Cansel, 1977: 79.

³⁰ Tutumlu, 2002: 61; Çakın, 1999: 11.

³¹ Erol, 2011: 124; Kuntalp, 1977: 122, 123.

³² Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 242; Gençcan, 2006: 76.

TMK m. 166/IV düzenlemesi bu ilkeye karşılık gelir. Zira anılan maddeye göre; ortak hayatın üç yıl boyunca yeniden kurulamamış olması halinde evlilik birliği temelden sarsılmış sayılır ve eşlerden birinin istemi üzerine boşanmaya karar verilir.

1.3.6 Türk Medeni Kanunu’nda Düzenlenen İlkeler

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda tek bir sistemden ziyade birden çok sisteme göre düzenleme yapılmıştır.

Zina (Madde 161), hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış (Madde 162), suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme (Madde 163), terk (Madde 164) sebepleri ile boşanmada kusur ilkesi öngörülmüştür.

Kısmen irade, kısmen de evlilik birliğinin sarsılması ilkesinin TMK m. 166/III’de uygulandığını söyleyebiliriz.

Akıl hastalığı (madde 165) sebebine dayanılarak boşanmada elverişsizlik ilkesine yer verilmiştir.

Evlilik birliğinin sarsılması (TMK.m.166/I,II) nedeniyle boşanmada, evlilik birliğinin sarsılması ilkesine ve m.166/IV’de ise eylemli ayrılık ilkesine yer verilmiştir³³.

1.4 Türk Medeni Kanunu'na Göre Boşanma Sebepleri

Türk Medeni Kanunu’na göre evlilik hukuku kapsamında ikinci bölümde boşanma düzenlenmiştir. Boşanma sebepleri ise, m. 161 ve m. 166 arasında düzenlenmiş olup, tek tek sayılmıştır. Türk Medeni Kanunu düzenlemesine göre boşanma sebepleri özel boşanma ve genel boşanma sebepleri olarak iki başlık altında incelenebilir³⁴.

Özel boşanma sebepleri; zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme, terk olarak sayılabilir. Genel boşanma sebebi ise evlilik birliğinin sarsılması başlığı ile düzenlenmiş olan m.166 düzenlemesidir.

1.4.1 Özel Boşanma Sebepleri

1.4.1.1 Zina

Zina, Türk Medeni Kanunu 161’inci maddesinde düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre, eşlerden biri zina ederse, diğer eş boşanma davası açabilir. Zina, evlilik birliği devam ederken, eşlerden birinin, eşinden başka bir kişi ile cinsel ilişkiye girmesi olarak tanımlanabilir. Evli kadınının eşinden başka bir erkekle cinsel ilişkiye girmesi ya da evli erkeğin başka bir kadınla cinsel ilişkiye girmesi hali zinadır. Aynı cinsten bir kişi ile yaşanan

³³ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 243.

³⁴ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 243; Dural vd., 2013: 103; Gençcan, 2006: 78; Öztan, 2015: 644.

cinsel ilişki zina olarak kabul edilmez³⁵. Bu durumda diğer bir özel boşanma sebebi olarak düzenlenmiş olan haysiyetsiz hayat sürme ya da genel boşanma sebebi olarak düzenlenmiş olan evlilik birliğinin temelinden sarsılması haline dayanılarak boşanma davası açılabilir³⁶.

Zina sebebine dayanılarak boşanma davası açılabilmesi için; evlilik birliğinin varlığı, başka bir kişi ile girilen cinsel ilişki ve zinanın bilerek ve isteyerek yapılması yani zina yapan kişinin kusurlu olması gerekir³⁷.

Zina davasında, dava açmaya hakkı olan eşin boşanma sebebini öğrenmesinden başlayarak altı ay içerisinde davasını açması gerekir (TMK.m.161/2). Bu süre geçtikten sonra boşanma davası açacak olan eş zinaya değil evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebine dayanabilir³⁸. Yine zina eyleminin öğrenilmesinden itibaren beş yıl geçmekle dava hakkı düşer (TMK.m.161/II). Bu süreler hak düşürücü sürelerdir. Her zina eylemi ile süreler yeniden başlar³⁹.

Evlilik birliği içinde gerçekleşen zina eylemini affeden taraf, daha sonra affettiği zina eylemine dayanarak zina davası açamaz. TMK düzenlemesine göre zinanın affedilmesi halinde açılmış olan dava düşer. Zira, TMK m. 161/III'de, affeden tarafın dava hakkının olmadığı düzenlenmiştir. Af, açık veya örtülü olarak yapılabilir⁴⁰.

Zina sebebiyle boşanmaya karar verilmesi sonucunda, kusursuz veya az kusurlu eş, diğer eşe karşı maddi zararı varsa, maddi tazminat, manevi zararı varsa manevi tazminat davası açabilir. Aynı şekilde yoksulluk nafakası verilmesi de söz konusudur.

1.4.1.2 Hayata Kast, Pek Kötü veya Onur Kırıcı Davranış

Türk Medeni Kanunu'nun 162'nci maddesinde düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre eşlerden her biri diğeri tarafından hayatına kastedilmesi veya kendisine pek kötü davranılması ya da ağır derecede onur kırıcı bir davranışta bulunulması sebebiyle boşanma davası açabilir.

Hayata kast ve pek kötü veya onur kırıcı davranış olarak iki ayrı sebep 162'nci maddede birlikte düzenlenmiştir.

1.4.1.2.1 Hayata Kast Sebebiyle Boşanma

Hayata kast, eşlerden birinin diğer eşi öldürmek amacıyla yaptığı eylemlerdir⁴¹. Eşlerden birinin diğerini öldürmek kastıyla hareket etmesi yeterlidir. Eşin intihara teşvik

³⁵ Öztan, 2015: 645; Zevkliler vd., 2000: 884.

³⁶ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 246; Dural vd., 2013: 104; Öztan, 2015: 645.

³⁷ Dural vd., 2013: 104; Öztan, 2015: 646; Zevkliler vd., 2000: 888.

³⁸ Dural vd., 2013: 106; Öztan, 2015: 650.

³⁹ Dural vd., 2013: 106; Öztan, 2015: 651.

⁴⁰ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 248; Dural vd., 2013: 107.

⁴¹ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 246; Dural vd., 2013: 107; Gençcan, 2006: 101.

edilmesi de bu düzenleme kapsamında değerlendirilir⁴². Hayata kast için kusur aranması sebebiyle, ayırt etme gücünden yoksun eşin eylemi nedeniyle TMK m. 162'ye dayanarak boşanma davası açılmamalıdır. Ayırt etme gücünden yoksun eşin eylemi için TMK m. 165'de yer alan akıl hastalığı sebebine dayanarak boşanma davası açılması gerekir⁴³. Hayata kast eşe yönelmiş olmalıdır, eşlerden birinin ana, baba gibi yakınlarına yönelmişse bu takdirde boşanma davası TMK m. 163 ya da m. 166 kapsamında açılabilir⁴⁴.

Hayata kast özel ve mutlak bir boşanma sebebi olarak düzenlendiği için bu sebebe dayanılarak açılan boşanma davasında hâkim, evliliğin çekilmez hale gelip gelmediğini araştırmayacaktır⁴⁵.

Hayata kast durumunda dava açmaya hakkı olan eşin hayata kast eylemini öğrenmesinden başlayarak altı ay içinde dava açması gerekir. Her halde eylemin doğumunun üzerinden beş yıl geçmekle dava hakkı düşer. Buradaki süreler hak düşürücü sürelerdir.

1.4.1.2.2 Pek Kötü veya Onur Kırıcı Davranış Nedeniyle Boşanma

Hayata kast ile birlikte aynı maddede düzenleme alanı bulan pek kötü davranış maddi nitelikte, onur kırıcı davranış ise manevi nitelikte gerçekleşebilen boşanma sebeplerindendir⁴⁶.

Kusur unsuru ve dava açma hakkını ortadan kaldıran nedenler her üç durum içinde geçerlidir.

1.4.1.2.3 Pek Kötü Davranış Nedeniyle Boşanma

Pek kötü davranış, bedensel zarar meydana getiren, eşi dövme, aç bırakma, işkence, ağır eziyet gibi davranışlardır⁴⁷. Fiilin “ağır bir davranış” olarak kabul edilmesi halinde boşanma sebebi olarak kabul edilir⁴⁸. Hafif olarak nitelenebilecek davranışlar, hafif yaralamalar, tokat atma gibi davranışlar pek kötü muamele olarak kabul edilmeyebilir. Ancak bu davranışların tekrarlanması ve evlilik birliğinin bu şekilde devam ettirilemeyecek olması durumunda pek kötü davranış olarak değerlendirilir⁴⁹. Ancak bazen tek bir eylem dahi örneğin feci şekilde dövme pek kötü davranış olarak kabul edilir ve bu davranışın tekrar etmesi aranmaz⁵⁰. Eylemi gerçekleştiren kişinin ayırt etme gücünün bulunması ve kusurlu olması aranır. Bunlar eylemin objektif unsurlarıdır. Sübjektif unsur ise, eşlerin sosyal durumlarının,

⁴² Dural vd., 2013: 107.

⁴³ Gençcan, 2006: 102; Öztan, 2015: 655.

⁴⁴ Öztan, 2015: 656.

⁴⁵ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 249; Gençcan, 2006: 101; Öztan, 2015: 654.

⁴⁶ Öztan, 2015: 656.

⁴⁷ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 249; Dural vd., 2013: 108; Gençcan, 2006: 104; Öztan, 2015: 656.

⁴⁸ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 250; Öztan, 2015: 657.

⁴⁹ Gençcan, 2006: 105; Öztan, 2015: 657.

⁵⁰ Dural vd., 2013: 108; Gençcan, 2006: 105; Öztan, 2015: 656.

kültür durumlarının, özel durumlarının ve eğitim durumlarının göz önünde bulundurularak değerlendirme yapılması gerekir. Önemli olan pek kötü davranış sonucu evlilik birliğinin devam ettirilemeyecek olmasıdır⁵¹.

Pek kötü davranış aynı zamanda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda kötü muamele başlıklı 232. maddesi ile iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ceza mahkemesi kararının hukuk hakimini bağlayıp bağlamayacağı Türk Borçlar Kanunu m.74'e göre belirlenir. Buna göre, hukuk hâkimi, ceza hâkiminin mahkumiyet ve beraat kararları ile bağlı olmaksızın haksız fiil unsurlarını yeniden inceleyebilir⁵². Yargıtay uygulamasına göre, ceza yargılaması sonucunda kişinin beraat etmesi hukuk hâkimini bağlamaz, tarafın evlilik birliğinin sarsılması sebebi ile de boşanma talep etmesi karşısında evlilik birliğinin temelinden sarsıldığının kabulü gerekir⁵³. Ancak özel boşanma sebebine dayanılarak açılan bir boşanma davasında, evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle de boşanma talep edilmemişse bu sebebe dayanılarak boşanma kararı verilemez⁵⁴.

1.4.1.2.4 Onur Kırıcı Davranış Nedeniyle Boşanma

Pek kötü davranış kişinin bedenine yönelik olmakla birlikte onur kırıcı davranış kişinin manevi varlığına yöneliktir⁵⁵. Eşin namus ve haysiyetine yönelik olarak ağır derecede kasıtlı olarak yapılan bir ihlal söz konusu olmalıdır. Eş hakkında çevrede gördüğü itibarı sarsacak derecede söylenti yaymak, peşinde hafife dolaştırmak⁵⁶, karısının bakire olmadığını kahvehanede açıklamak⁵⁷ gibi eylemler onur kırıcı davranışlar olarak kabul edilir.

Onur kırıcı davranışın hangi vasıta ile yapıldığının bir önemi yoktur. Sözlü, yazılı olarak ya da elektronik ortamda, sosyal medyada gerçekleştirilmiş olabilir. Burada kanun koyucu ceza kanunu anlamında hakaret suçunun unsurlarını aramamıştır. Hakaretin tespit edilmesinde üçüncü kişilere karşı eşin onurunun kırılmış olması, eşlerin bulundukları çevre gibi faktörler göz önünde bulundurulacaktır. Her onur kırıcı davranış değil, ağır derecede onur kırıcı davranış boşanma sebebi olmaktadır. Nitekim Yargıtay uygulaması da bu yöndedir⁵⁸.

⁵¹ Öztan, 2015: 658.

⁵² Eren, 2017: 849.

⁵³ “Toplanan delillerden davalının eşini dövdüğü anlaşılmaktadır. Ceza hâkiminin delil kifayetsizliği sebebiyle vermiş olduğu beraat kararı da hukuk hâkimini bağlamaz. Evlilik birliği temelinden sarsılmıştır. Gerçekleşen bu durum karşısında boşanmaya karar verilmesi gerekir.” Y 2. HD, T.05.05.2003, E.2003/6547, K..2003/7222. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

⁵⁴ “Davanın pek kötü veya onur kırıcı davranış hukuki nedenine dayalı olarak açıldığı gözetilerek davanın bu çerçevede değerlendirilmesi gerekir.” Y 2. HD, 12.03.2008, 2007/21691-2008/3289. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

⁵⁵ Gençcan, 2006: 106; Öztan, 2015: 658.

⁵⁶ Gençcan, 2006: 106; Öztan, 2015: 658.

⁵⁷ Gençcan, 2006: 107.

⁵⁸ “Dava, münhasıran onur kırıcı davranış nedeni ile boşanmaya ilişkindir. Onur kırıcı davranış sebebiyle boşanmaya karar verilebilmesi için her türlü onur kırıcı davranış değil, ağır derecede onur kırıcı bir davranışın

Bu sebebe dayanılarak boşanma kararı verilmesinde objektif ölçü olarak hakaretin ağırlığı ve evlilik birliğini sarsacak derecede olup olmadığı araştırılmalıdır⁵⁹. Sübjektif ölçü ise, eşin manevi varlığında meydana gelen etkisi, eş açısından fiilin ağır olup olmadığı, davranışı gerçekleştiren eşin bu amaçla hareket edip etmediğidir⁶⁰.

1.4.1.2.5 Kusur Unsuru

TMK 162. maddesine dayanılarak dava açılmasında kusur aranmaktadır⁶¹. İhmal durumunda bu maddeye göre değil, evlilik birliğinin sarsılması olarak düzenlenmiş bulunan 166. maddeye dayanılarak dava açılabilir⁶². Akıl hastalığı söz konusu olması halinde ya da ayırt etme gücünün bulunmaması halinde, pek kötü davranış veya onur kırıcı davranışa dayanılarak dava açılamaz, akıl hastalığı sebebinin düzenlendiği 165. maddeye dayanılması gerekir⁶³.

Pek kötü davranış halinin bulunması durumunda taraflar 162. maddede düzenlenen özel sebebe dayanabileceği gibi genel boşanma sebebine de dayanarak dava açabilirler⁶⁴. Bu halde 162. madde şartları gerçekleştiyse buna göre karar verilmelidir⁶⁵. Pek kötü davranış veya onur kırıcı davranış sebebiyle açılan boşanma davasında, evlilik birliğinin sarsılması sebebine dayalı boşanma davasındaki gibi kusur kıyaslaması yapılamaz⁶⁶. Yargıtay'ın kusur kıyaslamasına ilişkin çelişkili kararları bulunmaktadır⁶⁷.

gerçekleşmesi gerekir. Delillere göre, onur kırıcı davranış olarak kabul edilen maddi vakıaların bu nitelikte bulunmadığı anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu durum karşısında Türk Medeni Kanunu'nun ilgili maddesine dayanılarak açılan davanın reddine karar verilmesi gerekir.” Y 2.HD, T.08.07.2010, E.2010/10334, K.2010/13767. Sinerji Mevzuat ve İctihat Programları.

⁵⁹ Öztan, 2015: 659.

⁶⁰ Gençcan, 2006: 106; Öztan, 2015: 658.

⁶¹ “Somut olayda özel boşanma sebebiyle boşanmaya karar verildiğine göre davalı kadının tamamen kusurlu olduğunun kabulü gerekir. Mahkemece, bu husus nazara alınmadan, davacı erkeğe kusur izafe edilmesi ve bunun sonucu olarak davalı kadın yararına yoksulluk nafakası takdiri ile davacı erkeğin maddi ve manevi tazminat taleplerinin reddi doğru olmamıştır...” Y 2.HD, T.1.12.2015, E.2015/21837, K.2015/22749. Sinerji Mevzuat ve İctihat Programları; Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 251; Dural vd., 2013: 108; Gençcan, 2006: 109; Öztan, 2015: 660.

⁶² Gençcan, 2006: 109; Öztan, 2015: 660.

⁶³ Gençcan, 2006: 106; Öztan, 2015: 658.

⁶⁴ Gençcan, 2006: 106; Öztan, 2015: 658.

⁶⁵ “Davacı-karşı davalı kadın, Türk Medeni Kanunu'nun 162. maddesinde yer alan "hayata kast" ve "pek kötü davranış" sebebine dayanmış, mahkemece bu madde kapsamında değerlendirilmezse Türk Medeni Kanunu'nun 166/1. maddesine dayalı olarak boşanma kararı verilmesini talep etmiştir. Yapılan soruşturma ve toplanan delillerden, davalı-karşı davacı erkeğin eşine sürekli fiziksel şiddet uyguladığı, en son olayda da davacı karşı-davalı kadını basit tıbbi müdahale ile giderilemeyecek şekilde ve 2. dereceden kemik kırığına neden olacak şekilde yaraladığı ve bundan dolayı mahkum olduğu, ceza dosyasının da Yargıtay incelemesinde olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda, Türk Medeni Kanunu'nun 162. maddesinde düzenlenen koşullar gerçekleşmiştir. O halde pek kötü davranış sebebiyle boşanmaya karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde reddi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.” Y 2.HD, T.4.12.2016, E.2015/25728 , K.2016/1849, <https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet>. (erişim tarihi: 09.05.2017).

⁶⁶ Gençcan, 2006: 106.

⁶⁷ Y 2.HD, T.29.09.1988, E.1988/7363, K.1988/9606; Y 2.HD, T.04.12.1980, E.1980/8500, K.1980/8838; Y 2.HD, T.21.12.2010, E.2009/20337, K.2010/21546. Sinerji Mevzuat ve İctihat Programları.

1.4.1.2.6 Dava Açma Hakkını Ortadan Kaldıran Nedenler

Hayata kast ve pek kötü davranış veya onur kırıcı davranış sebebiyle, iki durumda dava açılmaz⁶⁸.

Bunlardan birincisi, hayata kast ve pek kötü davranış veya onur kırıcı davranışa maruz kalan eşin, bu davranışları affetmesi halidir. Eylem gerçekleşikten sonra evlilik birliğinin devam etmesi, eşlerin birlikte tatile gitmesi⁶⁹ af anlamına gelir. Af, açık ya da örtülü biçimde yapılabilir⁷⁰, af geri alınmaz. Af ileri sürülen davalı tarafından bir itiraz mahiyetinde olsa da hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınması gerekir⁷¹.

İkincisi ise, hak düşürücü sürenin geçirilmesi halidir. Bu halde de dava açma hakkı ortadan kalkar. Düzenlemeye göre, eşin boşanma sebebini öğrenmesinden itibaren altı ay, sebebin doğumundan itibaren beş yıl geçmesiyle dava hakkının düşmesi söz konusu olur⁷². Süreler hak düşürücü süre niteliğindedir, bu nedenle hâkim tarafından re'sen dikkate alınmalıdır. Altı aylık ve beş yıllık sürelerin geçirilmesinden sonra dava açılması halinde açılan davanın reddi gerekir⁷³.

1.4.1.3 Suç İşleme ve Haysiyetsiz Hayat Sürme

Türk Medeni Kanunu m. 163 ile düzenlenen bu özel boşanma sebebi, küçük düşürücü bir suç işleme veya haysiyetsiz bir hayat sürme olarak iki kısımda incelenebilir⁷⁴.

1.4.1.3.1 Küçük Düşürücü Bir Suç İşleme

Küçük düşürücü suçun ne olduğu kanun koyucu tarafından tanımlanmamıştır. Ancak 1982 Anayasa'sında, zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlar olarak sayılmıştır⁷⁵. Türk Medeni Kanunu anlamında da bu suçlar küçük düşürücü suçlar olarak değerlendirilir. Bununla birlikte bu tür suçların boşanma sebebi sayılabilmesi için, kişinin ceza yargılamasında mahkûm olması aranmayacaktır⁷⁶. Ancak bu tür eylemlerden dolayı, birlikte yaşaması diğer eşten beklenemez olmalıdır. Yargıtay, on iki yaşında bir kız çocuğuna cinsel tacizde bulunan eşin bu eylemini küçük düşürücü davranış olarak kabul ederek, diğer eşin

⁶⁸ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 251.

⁶⁹ Gençcan, 2006: 110.

⁷⁰ Gençcan, 2006: 106.

⁷¹ Öztan, 2015: 660.

⁷² Cansel, 1977: 81.

⁷³ Dural vd., 2013: 109; Öztan, 2015: 661.

⁷⁴ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 252.

⁷⁵ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 252; Öztan, 2015: 662; Gençcan, 2006: 112.

⁷⁶ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 253; Dural vd., 2013: 109.

onunla birlikte yaşaması kendisinden beklenemeyeceği açık ve tartışmasız olduğuna karar vermiş ve m.163 kapsamında boşanma kararının verilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁷⁷.

Kanun koyucu m.163'te sayılan sebebi mutlak değil nisbî boşanma sebebi kabul etmiştir. Yargıtay uygulamasına göre de, küçük düşürücü suç işlenmesi tek başına boşanma kararı verilmesi için yeterli olmayıp, bu sebeple onunla birlikte yaşaması diğer eşten beklenemez derecede çekilmez hale gelmiş olması koşulu da gerçekleşmiş olmalıdır⁷⁸.

Küçük düşürücü suç nedeniyle boşanma davası açılabilmesi için eylemin evlendikten sonra işlenmiş olması gerekir⁷⁹. Evlenmeden önce suçun işlenmiş olması ve de karşı tarafın bunu bilerek evlenmesi halinde bu sebebe dayanılarak dava açılmayacaktır. Yargıtay görüşü de bu yöndedir⁸⁰.

Küçük düşürücü suç nedeniyle boşanma davası her zaman açılabilir. Kanunda bu boşanma sebebine dayanılarak dava açılmasına ilişkin herhangi bir hak düşürücü veya zamanaşımı süresi düzenlenmemiştir.

Kanunda düzenlenmemiş olmakla birlikte doktrin görüşüne göre⁸¹ "af" dava açma hakkını ortadan kaldıran nedenlerdendir. Yine doktrin görüşüne göre, eşin küçük düşürücü eylemi işlemesi ve bunu öğrenen diğer eşin uzun süre dava açmaması af olarak değerlendirilmelidir⁸².

⁷⁷ "Davalının, on iki yaşında bir kız çocuğuna cinsel tacizde bulunduğu, suçu sabit görülerek bundan dolayı ceza aldığı yapılan soruşturma ve toplanan delillerden anlaşılmaktadır. Mahkemece, "davalının bu suçu bir kere işlemiş olmasının tek başına boşanmaya neden olmayacağı vicdani kanaatine varıldığı, bu durumun evliliği diğer eş bakımından çekilmez hale getirdiğinin ispatlanması gerektiği, bu yolda delil getirilmediği" gerekçesiyle dava reddedilmiştir. Dava "küçük düşürücü suç işleme" sebebine dayanılarak açılmıştır, işlenen suçun niteliğine göre davacının dava açması karşısında onunla birlikte yaşaması kendisinden beklenemeyeceği açık ve tartışmasızdır. Boşanma sebebi gerçekleşmiştir. Davanın kabulü gerekirken, isteğin reddi doğru görülmüştür." Y 2.HD, T.19.03.2015, E.2014/20560, K..2015/4947. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

⁷⁸ "Küçük düşürücü suç işlenmesi tek başına boşanma kararı verilmesi için yeterli olmayıp, bu sebeple onunla birlikte yaşaması diğer eşten beklenemez derecede çekilmez hale gelmiş olması koşulu da gerçekleşmiş olmalıdır. Davalı, bu yönde tanık bildirdiğine göre, davalının dilekçesinde bildirdiği tanıklar, yasadaki usul çerçevesinde dinlenmeden eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru görülmüştür." Y 2.HD, T.21.10.2010, E.2009/16080, K.2010/17409; Y 2. HD, T.01.12.2004, E.2004/13099, K.2004/14288, Y 2. HD, T.13.03.2003, E.2003/2300, K.2003/3448. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları; Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 253.

⁷⁹ Dural vd., 2013: 109; Gençcan, 2006: 116; Öztan, 2015: 663.

⁸⁰ "Dava, eşin işlediği cürüm sebebiyle boşanma isteminden kaynaklanmaktadır. Tarafların evlilik öncesi beraber yaşadığı sırada davacı kadına laf atılması yönünden cinayet işlenmiş, davalı bu eyleminden dolayı cezaevinde bulunduğu sırada taraflar evlenmişlerdir. Davacı bu durumu bildiği halde evlenmiştir. Şu durumda boşanma istemi haksız ve yersiz olduğuna göre yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddi gerekir. Y 2. HD, T.16.10.1984, E.1983/7991, K.1984/7899. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları; Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 253.

⁸¹ Öztan, 2015: 664; Gençcan, 2006: 110.

⁸² Öztan, 2015: 663.

1.4.1.3.2 Haysiyetsiz Hayat Sürme

Haysiyetsiz hayat sürme nisbi nitelikte özel bir boşanma sebebidir⁸³. Toplumun değer yargılarına göre onursuz, namustan uzak bir yaşam sürme hali söz konusudur. Ancak haysiyetsiz hayat sürme sebebine dayanarak boşanma davası açılabilmesi için bu yaşam tarzının bir süreden beri devam ediyor olması gerekir⁸⁴. Bir kereliğine gerçekleşen, süreklilik göstermeyen davranış bu madde kapsamında boşanma sebebi oluşturmaz⁸⁵.

Evlilikten önce böyle bir yaşam tarzı içinde olan bir kişiyle evlenen kişi bu sebebe dayanarak boşanma davası açamaz. Ancak eşlerden birinin haysiyetsiz bir yaşam tarzını sürdürmesi halinin, diğer eş için evliliğin çekilmez hale gelmesi durumu söz konusu ise, bu sebeple dava açabilir⁸⁶. Zira, hâkimin boşanma davasında incelemesi gereken husus haysiyetsiz yaşam tarzının diğer eş için evliliği çekilmez kılıp kılmadığıdır. Eşler, onur ve namustan uzak yaşam tarzını birlikte sürdürüyorlarsa, birbirlerine karşı m.163 kapsamında boşanma davası açamazlar⁸⁷. Ayyaşlık, uyuşturucu bağımlılığı, homoseksüellik, kumarbazlık, randevu evi işletmek gibi durumlar haysiyetsiz yaşam tarzı için örnek olarak gösterilebilir⁸⁸.

Haysiyetsiz yaşam süren eş ayırt etme gücüne sahip olmalıdır zira eşin kusurlu olması aranır⁸⁹. TMK m. 163 sebebine dayanılarak açılan bir boşanma davasında, hâkim m.166'da düzenlenen evlilik birliğinin sarsılması sebebine dayanarak boşanmaya hükmedemez⁹⁰. Ancak

⁸³ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 253.

⁸⁴ Dural vd., 2013: 110.

⁸⁵ "Süreklilik göstermeyen bir defalık bir davranış; Türk Medeni Kanunu'nun evlilik birliğinin temelinden sarsılması durumu için yeterli olabilirse de, haysiyetsiz hayat sürme sebebine dayalı boşanma kararı için yeterli değildir. Davalı kadının bir başka erkekle cep telefonu ile konuştuğu ve mesajlaştığı toplanan delillerle anlaşılmaktadır. Davalı kadının gerçekleşen bu davranışı, davacı koca bakımından birlikte yaşamayı ondan beklenemez duruma getirmiş ise de; sürekliliği olmadığı anlaşıldığından; haysiyetsiz hayat sürme ile Türk Medeni Kanunu'nun maddesindeki boşanma sebebi sabit kabul edilerek hüküm kurulması doğru bulunmamıştır." Y 2.HD, T.26.06.2012, E.2011/22536, K.2012/17686; Y 2. HD, T.28.12.2011, E.2011/1829, K.2011/23825. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları; Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 253.

⁸⁶ "Türk Medeni Kanununun 163. madde gerekçesinde; küçük düşürücü suç ve haysiyetsiz hayat sürmenin nisbi boşanma sebebi haline getirildiği, buna göre ister küçük düşürücü bir suç işlenmiş olsun, ister haysiyetsiz bir hayat sürülmüş olsun boşanmaya hükmetmek için bu durumların diğer eş için birlikte yaşamayı çekilmez hale getirmesinin zorunlu olduğu açıklanmıştır. Şu halde; suç işleme halinde birliğin diğer eş için çekilmez hal aldığına kanıtlanması gerekir." Y 2.HD, T.01.12.2004, E.2004/13099, K.2004/14288; Y 2.HD, T.13.03.2003, E.2003/2300, K.2003/3448. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları; Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 253; Dural vd., 2013: 110.

⁸⁷ Dural vd., 2013: 110.

⁸⁸ Dural vd., 2013: 110; Gençcan, 2006: 121; Öztan, 2015: 665.

⁸⁹ "Olayda haysiyetsiz hayat sürme özel boşanma sebeplerindendir. Dava, münhasıran bu sebebe dayandığına ve sebep gerçekleştiğine göre davacının kusuru değerlendirmede dikkate alınmaz. O halde boşanmaya sebep olan olaylarda haysiyetsiz hayat süren davalı kadının tamamen kusurlu olduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece bu husus nazara alınmadan davacı kocaya kusur izafe edilmesi ve bunun sonucu olarak davalı yararına maddi tazminat takdiri doğru olmamıştır." Y 2.HD, T.27.10.2011, E.2010/15135, K.2011-17357. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

⁹⁰ Davacı-davalı koca, karısının haysiyetsiz hayat sürdüğünü iddia ederek boşanma davası açmıştır. Mahkemece delillerin bu çerçevede değerlendirilip sonucuna göre karar vermek gerekirken; Türk Medeni Kanunu gereğince evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedenine dayalı olarak açılmış bir boşanma davası olmadığı halde; boşanmaya karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup; bozmayı gerektirmiştir. Y 2.HD,

dava açılırken her iki boşanma sebebine dayanılarak açılmışsa bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir⁹¹.

Boşanma davası açmak için hak düşürücü süre ya da zamanaşımı yoktur. Eşler bu sebebe dayanarak her zaman boşanma davası açabilirler⁹².

Affeden eşin dava hakkı ortadan kalkar⁹³.

1.4.1.4 Terk

Terk, Türk Medeni Kanunu 164'üncü maddede düzenlenmiş özel, kusura dayalı ve mutlak bir boşanma sebebidir⁹⁴. Şartları oluştuğunda boşanma kararı vermek gerekir.

Terk, eşlerden birinin, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek amacıyla diğerini terk etmesi veya haklı bir sebep olmadan ortak konuta dönmemesi halidir.

Ortak hayatın devam ettirilmemesi terkte maddi unsuru oluşturur⁹⁵. Haklı sebeple ortak konuta dönmeyen eş için terk sebebine dayanılarak boşanma davası açılabilir. Ortak yaşamın devam ettirilmemesi iradi olarak gerçekleşmelidir. Eşin, ortak konutu terk etmeye zorlanması veya haklı bir sebep olmaksızın ortak konuta dönmesini engelleyen eş de terk etmiş sayılır⁹⁶.

Terke dayalı boşanma davasında dava açma hakkı, terk edilen eşe aittir, eşi ortak konutu terke zorlayan veya ortak konuta dönmesini engelleyen eş "terk eden eş" durumunda olduğu için terk nedeniyle boşanma davası açma hakkı yoktur⁹⁷. Terkin kasıtlı yapılması ve hukuka aykırı olması ise manevi unsuru oluşturur. Eşin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek amacıyla kötü niyetli olarak hareket etmiş olması gerekir⁹⁸. Haklı bir neden olmaksızın eve dönmeme söz konusu olmalıdır. Askerlik görevi,

T.16.03.2011, E.2010/3901, K.2011/4669; Y 2. HD, T.07.07.2010, E.2009/12493, K.2010/13645. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

⁹¹ Y 2.HD, T.09.02.2005, E.2005/823, K.2005/668. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

⁹² Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 253; Dural vd., 2013: 110.

⁹³ Öztan, 2015: 666; Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 254.

⁹⁴ Dural vd., 2013: 111; Gençcan, 2006: 129.

⁹⁵ Kandil, 2006: 47; Öztan, 2015: 666.

⁹⁶ "Davalının haklı bir sebep olmaksızın davacının ortak konuta dönmesini engellediği sabittir. Türk Medeni Kanunun 164. maddesi koşulları gerçekleşmiştir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, hatalı gerekçeli ile reddi isabetsiz olmuş, bozmayı gerektirmiştir." Y 2.HD, T.13.01.2016, E.2015/25093, K.2016/462. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları; Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 255.

⁹⁷ "Somut olay değerlendirildiğinde, davacı kadının gösterdiği tanıkların beyanları ve dosya kapsamına göre, davalı (karşı davacı) eşin, davacı (karşı davalı) olan eşini ortak konutu terke zorladığı sabittir. Bu durumda yerel mahkemenin tarafların boşanmalarına ilişkin hükümde direnmesi usul ve yasaya uygun olup, yerindedir. Ne var ki, bozma nedenine göre maddi ve manevi tazminat ile nafakaya ilişkin hükümler yönünden taraf vekillerinin işin esasına yönelik diğer temyiz itirazları Dairece incelenmediğinden, dosyanın Özel Daireye gönderilmesi gerekmektedir. Direnme kararının onanmasına, tazminat ve nafakaya yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için hukuk dairesine gönderilmesine karar verilmiştir." HGK, T.13.03.2015, E.2013/2-1688, K.2015/1032. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları; Dural vd., 2013: 111.

⁹⁸ Kandil, 2006: 50; Gençcan, 2006: 129; Öztan, 2015: 668.

öğrenim, memuriyet, hastalık gibi sebeplerle uzaklaşma halleri terk sayılmaz⁹⁹. Hangi hallerin haklı sebep oluşturacağına dair kanunda bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak hâkim somut olayın durumuna göre haklı sebebin var olup olmadığını takdir hakkını kullanarak karar verir¹⁰⁰. Eşlerin karşılıklı olarak anlaşması ya da hâkim kararıyla eşler hakkında ayrılık kararı verilmesi durumunda terk yoktur¹⁰¹.

Terk nedeniyle boşanma davası açabilmek için terkin en az altı ay sürmüş olması gerekir¹⁰². Aynı zamanda dava açıldığı sırada bu durum devam ediyor olmalıdır. Altı aylık süre kesintisiz olarak sürmelidir. Eşlerin, terk eyleminden sonra bir araya gelip daha sonra tekrar ortak hayatın kesintiye uğraması durumunda süre yeniden başlar¹⁰³.

Terk sebebiyle boşanma davası açabilmek için aynı zamanda terk edilen eş tarafından terk eden eşe bir ihtar gönderilmesi gerekir¹⁰⁴. İhtar, aile mahkemesi hâkiminden talep edilerek gönderileceği gibi noter aracılığıyla da gönderilebilir. Terkin üzerinden en az dört ay geçtikten sonra ihtar gönderilebilir. İhtar da terk eden eşe dönmesi için iki aylık süre verilir. Bu süre açıkça belirtilmelidir¹⁰⁵. İhtar bir dava değildir, bir dava şartıdır, son karar değildir, temyiz edilemez¹⁰⁶. Düzenlemeye göre, davaya hakkı olan eşin istemi üzerine hâkim veya noter, esası incelemeden yapacağı ihtarda terk eden eşe iki ay içinde ortak konuta dönmesi gerektiği ve dönmemesi halinde doğacak sonuçlar hakkında uyarıda bulunur. Bu ihtar gerektiğinde ilan yoluyla yapılır. Ancak, boşanma davası açmak için belirli sürenin dördüncü ayı bitmedikçe ihtar isteminde bulunulamaz ve ihtardan sonra iki ay geçmedikçe dava açılmaz (TMK m. 164/II) . Boşanma davası açılabilmesi için ihtarda gösterilen iki aylık sürenin dolması gerekir.

İhtar bir dava olmadığından yetki kuralı aranmaz. İhtarı yapacak olan eşin başvurusu durumunda hâkim veya noter ihtarı yapar. İhtar yapılacak eşin adresinin belli olmaması durumunda ihtar ilan yoluyla yapılabilir. İhtar içeriğinde eşin döneceği adres açıkça belirtilmelidir. Adres açık tutulmalı ya da anahtarın nereye bırakılacağı gösterilmelidir¹⁰⁷.

İhtar yapılan eşin mali imkânının bulunmaması durumunda yolluk gönderilmesi gerekir. Her iki eşin mali gücü eşit ise, yolluk parasının yarısı gönderilmelidir¹⁰⁸. İhtara

⁹⁹ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 255; Dural vd., 2013: 111; Gençcan, 2006: 132; Öztan, 2015: 668.

¹⁰⁰ Öztan, 2015: 668.

¹⁰¹ Öztan, 2015: 668; Kandil, 2006: 57; Gençcan, 2006: 133.

¹⁰² Dural vd., 2013: 112.

¹⁰³ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 256; Dural vd., 2013: 112; Kandil, 2006: 57; Öztan, 2015: 668.

¹⁰⁴ Dural vd., 2013: 113.

¹⁰⁵ Gençcan, 2006: 155; Öztan, 2015: 671; Kandil, 2006: 71.

¹⁰⁶ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 257; Gençcan, 2006: 155; Öztan, 2006: 671; Kandil, 2006: 73.

¹⁰⁷ Öztan, 2015: 672.

¹⁰⁸ Öztan, 2015: 672; Kandil, 2006: 92.

rağmen eve dönen eşin ortak konuta alınmaması halinde de terk sebebiyle boşanma kararı verilir¹⁰⁹.

1.4.1.5 Akıl Hastalığı

Akıl hastalığına ilişkin boşanma sebebi özel boşanma sebebi olarak düzenlenmiş olup, aynı zamanda nisbî bir boşanma sebebidir¹¹⁰. Akıl hastalığı evlenme engelleri arasında yer almaktadır. Evlenmeden önce akıl hastalığı bulunan eş için evlenmeden sonra evliliğin iptali istenebilir, mutlak butlan davası açılabilir¹¹¹.

Türk Medeni Kanunu m. 165 uyarınca eşlerden biri akıl hastası ise ve bu yüzden ortak hayat diğer eş için çekilmez hale gelirse, hastalığın geçmesine olanak bulunmadığı resmi sağlık kurulu raporuyla tespit edilmek koşuluyla bu eş boşanma davası açabilir. Düzenlemeye göre eşlerden birinin akıl hastası olması durumunda diğer eş bu sebebe dayanarak boşanma davası açabilecektir. Ancak eşin akıl hastası olduğunun iddia edilmesi durumunda hastalığın geçmeyecek bir hastalık olduğu yani hastalık halinin geçici değil sürekli olması koşulu da aranmaktadır. Geçici bir akıl hastalığı durumu söz konusu olursa bu maddeye dayanılarak boşanma davası açılmayacaktır. Hastalığın sürekli olup olmadığı resmi bir sağlık kurulu raporuyla belirlenmelidir¹¹². Akıl hastası olan kişi hakkında, resmi sağlık kurulu raporu uyarınca hastalığın geçici olmadığının tespit edilmesi gerekir. Eş hakkında resmi sağlık kurulu raporu olmaksızın boşanmaya karar verilemez¹¹³.

Akıl hastalığı sebebine dayanılarak boşanma davası açılmasında bir diğer koşul ise, diğer eş için hastalık sebebi ile ortak hayat çekilmez hale gelmiş olmalıdır¹¹⁴. Akıl hastalığı sebebinin nisbî boşanma sebebi olarak belirlenmesine sebep de çekilmezlik koşuludur¹¹⁵. Dava açma hakkı hasta olmayan eş için tanınmıştır. Sağlıklı eş, eşinin akıl hastalığı sebebiyle evlilik birliğinin kendisi için çekilmez hal aldığını kanıtlamak zorundadır¹¹⁶.

¹⁰⁹ “Davalının haklı bir sebep olmaksızın davacının ortak konuta dönmesini engellediği sabittir. Türk Medeni Kanunun 164. maddesi koşulları gerçekleşmiştir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, hatalı gerekçeli ile reddi isabetsiz olmuş, bozmayı gerektirmiştir.”

Y 2. HD, T.13.01.2016, E.2015/25093, K.2016/462., Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları

¹¹⁰ Erol, 2011.

¹¹¹ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 259; Dural vd., 2013: 115; Öztan, 2015: 675.

¹¹² Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 260; Y 2.HD, T.22.10.2014, E.2014/10031, K.2014/20515. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

¹¹³ Dural vd., 2013: 115; Y 2.HD, T.31.05.2010, E.2009/9395, K.2010/10627; Y 2.HD, T.14.07.2003, E.2003/9525, K.2003/10758; Y 2.HD, T.05.02.2001, E.2001/1861, K.2001/257. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

¹¹⁴ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 260; Dural vd., 2013: 115; Y 2.HD, T.29.04.2010, E.2009/5912, K.2010/8623. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

¹¹⁵ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 260; Gençcan, 2006: 216; Öztan, 2015: 677.

¹¹⁶ Öztan, 2015: 677.

Akıl hastalığı sebebi ile evlilik birliğinin sarsılması sebebine (TMK.m.166/I) dayanılarak boşanma davası açılmaz, akıl hastalığı sebebine (TMK.m.165) dayanmak gerekir¹¹⁷.

1.4.2 Genel Boşanma Sebepleri

Kanun koyucu, özel sebeplerin yanı sıra genel boşanma sebebi olarak m.166'da düzenlenmiş bulunan evlilik birliğinin sarsılması sebebini de düzenlemiştir. Boşanma sebeplerini tek tek saymak mümkün olmadığından genel boşanma sebebi olarak 166. madde de düzenlemiştir.

Evlilik birliğinin sarsılması sebebi ile boşanma davası açmak için sübjektif ve objektif sebeplerin bir arada bulunması gerekir. Bu nedene dayanılarak boşanma davası açılmasında eşler arasındaki evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olması gerekir. Ortak hayatın sürdürülmesi taraflar açısından çekilmez hale gelmiş olmalıdır. Eşler kusurlu hareketleri ile buna sebep olabilecekleri gibi kusursuz olarak bazı faktörler de bu duruma yol açabilir¹¹⁸.

Evlilik birliğini sarsan sebeplerin evlilik birliği devam ederken meydana gelmiş olması gerekir. Evlilik birliği kurulmadan önce veya dava açıldıktan sonra meydana gelen olaylar bu sebebe dayanılarak boşanma kararı verilmesinde etkili olmaz¹¹⁹. Bu nedene dayanılarak boşanma davası açılmasında geçimsizliğin eşler arasında olması ve ortadan kalkma durumunun bulunması gerekir¹²⁰.

1.4.2.1 Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma

Evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle boşanma TMK. m. 166/I'de düzenlenmiştir. Anılan madde uyarınca “evlilik birliği, ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olursa, eşlerden her biri boşanma davası açabilir.” Bu sebebe dayanılarak karar verilebilmesi için objektif ve sübjektif unsurların gerçekleşmiş olması gerekir. Aile hâkiminin arayacağı objektif unsur evlilik birliğinin temelinden sarsılmasıdır. Sübjektif unsur ise, ortak hayatın çekilmez hale gelmiş olmasıdır¹²¹.

Eşler arasında gerçekleşen her olay ya da her tartışma değil ancak evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olacak derecedeki sebepler olması gerekir¹²². Öyle ki evlilik

¹¹⁷ Y 2.HD, T.16.05.2011, E.2010/7767, K.2011/8474. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları; Öztan, 2015: 677.

¹¹⁸ Dural vd., 2013: 116; Öztan, 2015: 679.

¹¹⁹ Öztan, 2015: 680.

¹²⁰ Öztan, 2015: 680.

¹²¹ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 262.

¹²² Y 2. HD, T.11.12.2014, E.2014/14404, K.2014/25502. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

birliğini devam ettiremeyecek derecede yaşanan olaylar olmalıdır. Taraflar arasında evlilik birliği devam ettirecek ruh ve istek kalmamış olabilir¹²³.

Genel bir boşanma sebebi olmakla birlikte tek tek boşanma sebepleri sayılmamıştır. Çok çeşitli sebeplerle evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı ve ortak hayatın çekilmezliği durumu ortaya çıkabilir. Nitekim Yargıtay kararlarında birçok sebeple evlilik birliğinin sarsıldığı kabul edilmektedir. Bu sebeplerden bazıları şöyledir; “eşinden sürekli maddi taleplerde bulunma¹²⁴; eşini sevmediğini, istemediğini söylemek, fiziksel şiddet uygulamakla tehdit etme hali, eşinin ailesini arayarak gelip almalarını istemek¹²⁵; eşine birden fazla şiddet uygulayıp, hakaret etmek, aşırı kıskanç davranmak ve birlik görevlerini yerine getirmemek¹²⁶; birlik görevlerini yapmamak eşini tehdit etmek, eşini evden kovmak, birden fazla hakaret ve tehdit mesajı yazmak¹²⁷; eşin güven sarsıcı davranışlarda bulunması, eşine sürekli hakaret ve beddua etmesi¹²⁸ gibi ve benzeri birçok sebeple boşanma kararı verilmektedir.

Boşanmaya konu davranışlar, duygusal şiddet, cinsel şiddet, fiziksel şiddet, ekonomik şiddet içeren davranışlar olabilir¹²⁹.

Eşler arasındaki evlilik birliğinin sarsılması hali aynı zamanda ortak hayatı çekilmez hale getirecek düzeyde olmalıdır. Ortak hayatın çekilmez hale gelmesi her iki eş açısından olabileceği gibi, sadece eşlerden birisi için olması da yeterlidir¹³⁰. Hâkim bu durumu tespit ederken eşlerin sosyo-ekonomik durumları, eğitim düzeyleri, karakterleri, kültürlerine bakacaktır. Bu nedenle ortak hayatın çekilmez hale gelmesi sübjektif unsurdur¹³¹. Boşanma kararı verilmesi için ortak hayatın evlilik birliği devam edemeyecek nitelikte sarsılması ve çekilmez hale gelmesi aranmaktadır¹³².

¹²³ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 263.

¹²⁴ Y 2. HD, T.14.01.2016, E.2015/10965, K.2016/610. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

¹²⁵ Y 2. HD, E.09.04.2015, E.2014/22092, K.2015/7146. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

¹²⁶ “Davacı-davalı Ş.B.’nin eşi F.’e zaman zaman hakaret ettiğini, aşırı kıskançlık oluşturan davranışlarının olduğunu, evlilik birliğinin gerektirdiği bazı görevleri yerine getirmediğini belirtmişlerdir. Diğer yandan Ankara 1. Sulh Ceza Mahkemesi’nin 23.02.2012 tarihli 2009/.... E, 2012/... K sayılı kararına ile tarafların birbirlerine karşı basit müessir fiilde bulunmaktan dolayı ceza aldıkları da sabit olup, bu deliller çerçevesinde davalı koca yanında davalı kadının da boşanmaya neden olan olaylarda kusurlu olduğu anlaşıldığından; davalı-davacı kocanın davası da kabul edilmek suretiyle karar verilmesi gerekmektedir. Direnme kararı bozulmalıdır.” HGK, T.01.04.2015, E.2013/2-1928, K.2015/1140. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

¹²⁷ Y 2. HD, T.25.02.2015, E.2014/18072, K.2015/2829. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

¹²⁸ “Davacı-davalı erkek eşin güven sarsıcı davranışlarda bulunduğu, davalı-davacının da eşine sürekli hakaret ve beddua ettiği, ayrıca tehdit ve hakareten mahkum olduğu anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu duruma göre davacı-davalı erkek eş boşanma davası açmakta haklı olup, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olan olaylarda taraflar eşit kusurludur. Bu sebeple, boşanma davasının kabulü yerine, reddi doğru bulunmuştur.” Y 2. HD, T.25.02.2015, E.2014/18145, K.2015/2845. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

¹²⁹ Gençcan, 2006: 242.

¹³⁰ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 265; Dural vd., 2013: 117; Öztan, 2015: 686.

¹³¹ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 265; Öztan, 2015: 687.

¹³² “Özel dairece <taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkân vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir. Olayların akışı karşısında davacı-davalı dava açmakta haklıdır. Bu şartlar altında eşleri birlikte yaşamaya zorlamanın artık kanunen mümkün görülmemesine göre, davacı-davalı kocanın boşanma davasının kabulü ile boşanmaya karar verilecek yerde, yetersiz gerekçe ile

Evlilik birliğinin temelinden sarsılması ortak hayatın devamına imkân vermeyecek derecede olması durumunda TMK m.166/II uyarınca, davacının kusuru daha ağır ise, davalının açılan davaya itiraz hakkı vardır¹³³. Her ne kadar “itiraz” kelimesi kullanılmış olsa da niteliği itibarı ile bir def’idir¹³⁴. O halde dava açma şartı olarak eşlerin kusursuz olması aranmamaktadır. Evlilik birliğinin temelinden sarsılması kusura dayanan bir boşanma sebebi değildir¹³⁵. Kusurlu olan eş için de dava açma hakkı vardır. Ancak davacının kusurunun daha ağır olması halinde kusursuz ya da daha az kusurlu olan eş bu davaya itiraz edebilir. Bu itiraz sonucunda davacı eşin davalı eşten daha kusurlu olduğunun ispatlanması durumunda açılan boşanma davası reddedilmelidir¹³⁶.

Tarafların eşit kusurlu olması durumunda boşanma davasının kabulü gerekir¹³⁷. Yargıtay bir içtihadı birleştirme kararında “kusur” kavramına açıklık getirmiştir¹³⁸. Açılan boşanma davasında davalı tarafından yapılan itirazın hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olmaması gerekir. Hakkın kötüye kullanılması halinin tespitinde hâkim somut olaya göre değerlendirme yapmalıdır. Açılmış boşanma davasına itiraz eden davalının, kendisinin de boşanma davası açması, hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilmiştir¹³⁹. Davalı

davasının reddi doğru bulunmamıştır.> gerekçesiyle karar bozulmuş, yerel mahkeme kararında direnmiştir. Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara göre Hukuk Genel Kurulu’nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmuştur.” HGK, T.12.12.2012, E.2012/2-528, K.2012/1189. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları; “İmtizaçsızlığa dayanan boşanma davasının kabul edilebilmesi için ortak hayatın çekilmez hale gelmesini gerektirecek derecede şiddetli geçimsizliğin varlığı objektif delillerle ispat edilmelidir. Hukukumuz anlaşma suretiyle boşanmaya yer vermediğinden, tarafların imtizaçsızlık sonucunu doğuran geçimsizliğin varlığını kabul etmeleri boşanma davasının kabulünü gerektirmeyeceği gibi az önce belirtilen yön ispat edilmeden kişisel değer yargılarına dayanılarak evlilik birliğinin korunacak durumda olmadığı veya bu birliğin sürdürülemeyeceği düşünceleri ile dahi boşanmaya karar verilemez.” HGK, T.13.05.1987, E.1986/2-458, K.1987/373; 2.HD, T.14.01.2016, E.2015/9599, K.2016/587. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları; Çakın, 1999: 31.

¹³³ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 266; Dural vd., 2013: 119; Öztan, 2015: 690.

¹³⁴ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 266; Dural vd., 2013: 119; Gençcan, 2006: 234; Öztan, 2015: 691.

¹³⁵ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 266; Dural vd., 2013: 118; Gençcan, 2006: 229.

¹³⁶ “Taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir. Olayların akışı karşısında davalı-davacı erkek de dava açmakta haklıdır. Bu şartlar altında eşleri birlikte yaşamaya zorlamanın artık kanunen mümkün görülmemesine göre, davalı-davacı erkeğin davasının da kabulü ile boşanmaya karar verilecek yerde, yetersiz gerekçe ile erkeğin davasının reddi doğru bulunmadığından hükmün bozulması gerekmiştir.” Y 2.HD, T.14.01.2016, E.2015/9599, K.2016/587; Y 2.HD, T.03.11.2014, E.2014/10608, K.2014/21410; Y 2.HD, T.27.02.2014, E.2013/21533, K.2014/4158; HGK, T.25.12.2013, E.2013/2-581, K.2013/1692; Y 2.HD, T.29.03.2013, E.2012/7536, K.2013/8715. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

¹³⁷ “Davacı-davalı erkek eşin güven sarsıcı davranışlarda bulunduğu, davalı-davacının da eşine sürekli hakaret ve beddua ettiği, ayrıca tehdit ve hakaretten mahkum olduğu anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu duruma göre davacı-davalı erkek eş boşanma davası açmakta haklı olup, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olan olaylarda taraflar eşit kusurludur. Bu sebeple, boşanma davasının kabulü yerine, reddi doğru bulunmamıştır.” Y 2.HD, T.25.02.2015, E.2014/18145, K.2015/2845; Y 2.HD, T.16.12.2014, E.2014/6487, K.2014/25808; Y 2.HD, T.15.12.2014, E.2014/14284, K.2014/25626; Y 2.HD, T.10.10.2014, E.2014/22881, K.2014/22180. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

¹³⁸ YİBK, T.03.07.1978, 5/6, Gençcan, 2006: 237; Öztan, 2015: 691.

¹³⁹ “Olayda evlilik birliğinin sarsılmasına neden olan olaylarda kocaya göre az da olsa davacı-davalı kadın kusurludur. Kendisi de boşanma davası açtığına göre kocanın davasına itirazı hakkın kötüye kullanılması

tarafından yapılan itiraz, davacıyı zarara uğratmak, süründürmek gibi amaçlar güdüyorsa hakkın kötüye kullanılması söz konusu olacaktır¹⁴⁰.

Kanun koyucu TMK m. 166/II'de evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa boşanmaya karar verilebileceğini düzenlemiştir¹⁴¹. Bu düzenleme pek isabetli olamamakla birlikte aslında hakkın kötüye kullanılmasının bir örneği olarak kabul etmek gerekir¹⁴².

1.4.2.2 Anlaşmalı Boşanma

Türk Medeni Kanunu'nun m.166/III. fıkrası, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında tarafların kusurlarının aranmadığı ancak taraf iradelerinin önemli olduğu bir düzenlemedir. Bu düzenlemeye göre; evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurusu ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde, evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Diğer bir deyişle, eşlerin birlikte dava açması ya da açılan davanın diğer eş tarafından kabul edilmesi halinde evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı kabul edilmiştir¹⁴³. Ancak eşlerin bu şekilde dava yoluna gidebilmesi için evlenme tarihinden itibaren bir yıl geçmiş olmalıdır¹⁴⁴. Bir yıllık süre hâkim tarafından re'sen dikkate alınacaktır. Yargıtay uygulaması, evlilik bir yıl sürmemiş ise, açılan boşanma davasında delil toplama yoluna gidilmesi gerektiği yönündedir¹⁴⁵. Bir yıllık sürenin birlikte geçirilmesi şart değildir¹⁴⁶.

Boşanma kararı verilebilmesi için, hâkimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi gerekir. Taraflar, vekilleri olsa dahi bizzat kendileri hâkim karşısına çıkmalı ve serbest iradelerini açıklamalıdır¹⁴⁷.

Hâkimin, boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır¹⁴⁸. Taraflar her hususta anlaşmış olmalıdır.

niteliğinde olup, evlilik birliğinin devamında kendisi bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamış, Türk Medeni Kanunun ilgili maddesi koşulları oluşmuştur. Bu sebeple kocanın davasının da kabulü gerekirken yetersiz gerekçeyle reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” Y 2.HD, T.28.03.2013, E.2012/22627, K.2013/8500; Y 2.HD, T.27.11.2012, E.2012/8578, K.2012/28403. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

¹⁴⁰ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 268; Dural vd., 2013: 119.

¹⁴¹ Dural vd., 2013: 119.

¹⁴² Öztan, 2015: 691.

¹⁴³ Dural vd., 2013: 120.

¹⁴⁴ Dural vd., 2013: 120.

¹⁴⁵ “Mahkemece yasal bir yıllık süre şartının gerçekleşmemiş olması nedeniyle tarafların delilleri sorulup gösterdikleri takdirde toplanarak sonucuna göre karar verilmesi gerekir.” Y 2. HD, T.03.12.2008, E.2007/16486, K.2008/16566. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

¹⁴⁶ Gençcan, 2006: 357.

¹⁴⁷ Dural vd., 2013: 121; Y 2. HD, T.17.02.1999, E.1997/33, K.1999/39. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

¹⁴⁸ “Olayda, mahkemece yapılacak iş; protokolün bu haliyle uygun bulunmadığının taraflara bildirilip, tarafların ve çocukların menfaatini göz önünde bulundurarak protokolde gerekli değişikliği yapmak, bu değişikliğin taraflarca kabulü halinde boşanmaya karar vermek; kabul edilmemesi, diğer bir ifade ile tarafların kendi belirledikleri şartlar dahilinde boşanma kararı istemekte ısrar etmeleri halinde davaya <çekişmeli> boşanma

Taraflar, nafaka, tazminat, velayet, ev eşyaları, mal paylaşımı konusunda tam bir mutabakat içinde olmalıdırlar¹⁴⁹.

Taraflar anlaştıkları hususları yazılı olarak verebilecekleri gibi sözlü olarak da beyan edebilirler. Sözlü beyan edilmesi durumunda bu hususların tutanak altına alınması gerekir¹⁵⁰. Tarafların anlaştıkları hususlar ile ilgili olarak koşula bağlı boşanma kararı verilemez¹⁵¹. Hâkim, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü halinde boşanmaya hükmolunur. Taraflar, yapılan değişiklikleri kabul etmezlerse bu durumda hâkim delil toplama yoluna gider. Açılan boşanma davası çekişmeli boşanma davası olarak m.166/I hükmünde devam eder¹⁵².

Anlaşmalı boşanma durumunda "*tarafların ikrarları hâkimi bağlamaz*" hükmü uygulanmaz¹⁵³. Zira, hâkim anlaşmalı boşanma şartları gerçekleştiğinde boşanmaya karar verecektir. Hâkim, evlilik birliğinin sarsılması nedenleri ve kusur araştırması yapmayacaktır. Aksi halde TMK m. 166/III hükmünün bir anlamı kalmazdı¹⁵⁴.

olarak devam etmek ve toplanan delillerin değerlendirilerek hasil olacak sonucuna göre karar vermektен ibarettir. Açıklanan hususlar gözetilmeden hüküm kurulması doğru bulunmamıştır."

Y 2. HD, T.04.02.2014, E.2013/11644, K.2014/1866. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları; Dural vd., 2013: 121.

¹⁴⁹ Gençcan, 2006: 369; Y 2. HD, T.15.05.2006, E.2006/1308, K.2006/7577; Y 2. HD, T.04.12.2014, E.2014/13795, K.2014/24743; Y 2. HD, T.02.10.2014, E.2014/7703, K.2014/19241. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

¹⁵⁰ Dural vd., 2013: 122.

¹⁵¹ "Anlaşmalı boşanmaya karar verilebilmesi için hâkimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerini serbestçe açıkladıklarına 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. Hüküm fıkrasının 8. bendinde anılan mülkiyet ve intifa devirleri, duruşmanın yapıldığı tarih ile kararın kesinleşeceği tarih arasında yapılmasına, satışlar ve devirler fiilen gerçekleştikten sonra boşanma ilamının kesinleşmesine denilmiştir. Böylece kararın kesinleşmesi davacının inisiyatifine bırakılmıştır. Boşanma kararı şarta bağlı olarak verilemez. Mahkemece protokole müdahale edilmesi gerekir. Mevcut hali ile anlaşmanın uygun görülmesi ve buna dayalı olarak boşanmaya karar verilmesi doğru değildir. Bu açıklamalar doğrultusunda kararın bozulması gerekir." Y 2. HD, T.02.05.2005, E.2005/6126, K.2005/7139. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

¹⁵² "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 üzere hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir." Y 2. HD, T.23.02.2015, E.2015/342, K.2015/3299, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları; Y 2. HD, T.08.05.2014, E.2013/26237, K.2015/10618, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları; Y 2. HD, T.06.03.2014, E.2013/21613, K.2014/4978, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları; Y 2. HD, T.04.02.2014, E.2013/11644, K.2014/1866, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları; Y 2. HD, T.01.07.2013, E.2013/6328, K.2013/18522, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları; Y 2. HD, T.24.12.2012, E.2012/14467, K.2012/31520, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları; Y 2. HD, 30.01.2012, E.2012/135, K.2012/1693. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

¹⁵³ Dural vd., 2013: 121.

¹⁵⁴ Gençcan, 2006: 380.

1.4.2.3 Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması (Fiili Ayrılık)

Türk Medeni Kanunu 166. maddesi son fıkrada ortak hayatın yeniden kurulamaması halinde evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır düzenlemesi yer almıştır. Buna göre; 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 kurulamamışsa evlilik birliği temelden sarsılmış sayılır ve eşlerden birinin istemi üzerine boşanmaya karar verilir.

Düzenlemeye göre bu sebebe dayanılarak boşanma davası açılabilmesi için bazı şartların varlığı gerekir. Daha önce boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış bir boşanma davası olmalı, açılan bu boşanma davası reddedilmiş olmalıdır. Bu davaya ilişkin red kararı kesinleşmiş olmalıdır. Red kararının kesinleşmesinden itibaren üç yıl geçmiş olmalıdır¹⁵⁵. Üç yıllık süre dava şartı olduğundan hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınır.

Aynı zamanda üç yıl boyunca taraflar fiili olarak bir araya gelmemiş olmalıdır¹⁵⁶. Taraflar bu üç yıllık süre zarfında her ne sebeple olursa olsun, yeniden bir araya gelmezlerse, ortak hayatı yeniden kuramamışlar ise bu halde evlilik birliği sarsılmış sayılır ve boşanma kararı verilir. Tarafların zaman zaman örneğin çocuklarla ilgili durumları görüşmek için bir araya gelmeleri bu süreyi kesmez. Taraflar evlilik birliğini devam ettirmek amacıyla bir araya gelmişlerse süre kesilir¹⁵⁷.

Sürenin hesaplanmasına ilişkin olarak Türk Borçlar Kanunu ve İcra İflas Kanunu'nun hükümleri kıyasen uygulanır. Buna göre sürenin başlangıç gününe üç yıl sonra denk gelen gün ile süre dolmuş olacaktır. Yargıtay, süre hesabında ilk açılan boşanma davasının red kararının kesinleşme tarihinden başlaması gerektiği daha sonra açılan boşanma davasının dikkate alınmayacağı görüşündedir¹⁵⁸.

¹⁵⁵ Dural vd., 2013: 123; Y 2. HD, T.18.10.2005, E.2005/8542, K.2005/14418. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

¹⁵⁶ Dural vd., 2013: 123; Y 2. HD, T.21.02.2005, E.2005/567, K.2005/2418; Y 2. HD, T.26.04.2004, E.2004/4574, K.2004/5234; Y 2. HD, T.16.02.2004, E.2004/1021, K.2004/1614. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

¹⁵⁷ Dural vd., 2013: 123; Öztan, 2015: 702.

¹⁵⁸ “Toplanan delillerden ilk davanın reddinden sonra eşlerin bir araya gelmedikleri anlaşılmaktadır. Kesinleşen ilk davadan sonra üç yıl geçtikten sonra bu dava açılmıştır. Daha sonra ikinci bir davanın açılmış olması ilk davanın boşanmaya esas alınmasını engellemez. Yasanın aradığı şartlar gerçekleşmiştir. Boşanmaya karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.” Y 2. HD, T.28.09.2004, E.2004/9695, K.2004/10824; Y 2. HD, E.20.04.2004, E.2004/2016, K.2004/5035. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

Eşlerden birinin kendi kusuruna dayanarak boşanma davası açması durumunda davasının reddi üzerine, üç yıllık sürenin geçmesi ve fiili ayrılık halinin devam etmesi halinde m.166/son uyarınca boşanma davası açması hakkın kötüye kullanılmasını oluşturmaz¹⁵⁹.

Aranan şartların varlığı halinde eşlerden birisinin boşanma davası açması ile hâkim boşanmaya karar verir, kusur araştırması yapmaz. Zira bu konuda hâkime takdir hakkı tanınmamıştır¹⁶⁰.

1.5 Boşanma Davası

1.5.1 Taraflar

Boşanma davasının taraflarını eşler oluşturur¹⁶¹. Eşlerden biri davacı taraf olurken diğer eş de davalı tarafı oluşturacaktır. Davacı eş, genellikle kusursuz veya daha az kusurlu eş olurken, tam kusurlu eş de davacı olarak boşanma davası açabilmektedir¹⁶².

Boşanma hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu için eşler bu hakkı bizzat kendileri kullanmalıdır. Üçüncü bir kişi ya da bir idari kurum eşler adına bu hakkı kullanamaz¹⁶³. Boşanma davası devam ederken taraflardan birinin ölümü üzerine dava düşer ve boşanma gerçekleşmez¹⁶⁴.

Türk Medeni Kanunu m. 181/I uyarınca, boşanan eşler, birbirlerinin yasal mirasçısı olamazlar ve boşanmadan önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflarla kendilerine sağlanan hakları, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça, kaybederler. Ancak, TMK 181/II maddesi bu duruma farklı bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, boşanma davası devam ederken, ölen eşin mirasçılarının birisinin davaya devam etmesi ve diğer eşin kusurunun ispatlanması hâlinde de sağ kalan eş, ölen eşin mirasçısı olamaz ve ölüme bağlı tasarruflarla kendisine sağlanan hakları kaybeder¹⁶⁵. Öztan'a göre, mirasçılar, boşanma davasında sağ kalan eşin kusurlu olduğunun tespitini talep edebileceklerdir¹⁶⁶.

Anlaşmalı boşanma davası sırasında eşlerden birinin ölümü durumunda TMK 181/II maddesi uygulanacak mıdır? Anlaşmalı boşanma taraflarca birlikte açılabilen bir dava olmakla birlikte, hâkimin tarafların kusurunu incelemeyeceği bir davadır. İstisna düzenlemeye

¹⁵⁹ Öztan, 2015: 705.

¹⁶⁰ Dural vd., 2013: 124; Öztan, 2015: 705.

¹⁶¹ Dural vd., 2013: 126; Öztan, 2015: 720.

¹⁶² Gençcan, 2006: 411.

¹⁶³ Dural vd., 2013: 126; Gençcan, 2006: 411; Öztan, 2015: 720.

¹⁶⁴ Dural vd., 2013: 127.

¹⁶⁵ Gençcan, 2006: 410; Öztan, 2015: 721.

¹⁶⁶ Öztan, 2015: 721.

ise sağ kalan eşin kusurlu olduğu mirasçılar tarafından ispat edilecektir. Bu durumda anlaşmalı boşanma davasında mirasçılar davaya devam edemeyeceklerdir¹⁶⁷.

Kanaatimizce, Türk Medeni Kanunu 181/II fıkrası sağ kalan eşin boşanmada daha kusurlu olmasını aramaktadır. Diğer bir deyişle, mirasçılar davaya devam etmeleri halinde sağ kalan eşin boşanmada daha kusurlu olduğunu ispat etmeleri gerekmektedir. Anlaşmalı boşanma davalarında kusur incelemesi yapılmamaktadır. Bu nedenle, mirasçılar anlaşmalı boşanma davalarında davaya devam edemezler.

1.5.2 Tarafların Dava Ehliyeti

Dava ehliyeti, medeni hakları kullanma ehliyetine göre belirlenir (HMK m. 51). Medeni hakları kullanabilme ehliyeti, fiil ehliyetidir¹⁶⁸. Fiil ehliyetine sahip olmak için ergin olmak, ayırt etme gücüne sahip olmak ve kısıtlı olmamak gerekir. Evlilik kişiyi reşit kılacağı için yaş şartı aranmayacaktır.

Tam ehliyetli grup için dava ehliyeti de bulunmaktadır. Boşanma kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu için tam ehliyete sahip eşler dava ehliyetine de sahiptirler. Hâkim, tarafların dava ehliyetine sahip olup olmadıklarını kendiliğinden gözetir. Tam ehliyetli eşler davayı bizzat kendileri takip edebilecekleri gibi özel yetkili vekil ile de takip edebilirler¹⁶⁹.

Ayırt etme gücüne sahip kısıtlı eşler, yasal temsilcisinin izni olmadan davacı ya da davalı sıfatına haiz olabilirler. Yargıtay, boşanma davasının kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olan boşanmadan başka mali sonuçlar da doğurduğundan bahisle, vesayet altındaki kişi, vasinin iştiraki olmadan boşanma davası açamaz veya aleyhine açılmış boşanma davasını takip edemez görüşündedir¹⁷⁰.

Boşanma davası kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu için sınırlı ehliyetliler ve sınırlı ehliyetsizler boşanma davası açabilir ve kendilerine karşı dava açılabilir¹⁷¹. Boşanma

¹⁶⁷ Öztan, 2015: 721.

¹⁶⁸ “Adli Tıp Kurumu 4. İhtisas Dairesi Başkanlığının 15.05.2013 tarihli raporundan “dava tarihinde, davacı (koca)’nın (müteveffa) fiil ehliyetinin bulunmadığı” anlaşılmaktadır. Bu durumda, davanın açıldığı 21.05.2009 tarihinde davacının fiil ehliyeti olmaması sebebiyle iş bu boşanma davasını açabilmesi ve yürütebilmesi mümkün olmadığı gibi, mirasçılarının da davayı takip etmeleri mümkün olamayacaktır. Gerçekleşen bu durum karşısında, davacı (koca)’nın, dava tarihinde dava ehliyeti bulunmadığından davanın reddi gerekirken, hüküm tesisi doğru görülmemiştir. Hükümün bozulması gerekmiştir.” Y 2. HD, T.8.12.2014, E.2014/25941, K.2014/25026. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

¹⁶⁹ Gençcan, 2006: 411; Öztan, 2015: 723.

¹⁷⁰ “Dava ve taraf ehliyeti kamu düzenine ilişkin olup, hâkim görevi gereği kendiliğinden dikkate almak zorundadır. Boşanma davası yalnız şahsa bağlı hak olan boşanmadan başka mali sonular da doğurur. Bu sebeple vesayet altındaki kişi, vasinin iştiraki olmadan boşanma davası açamaz veya aleyhine açılmış boşanma davasını takip edemez.” Y 2. HD, T.8.4.1999, E.1999/1079, K.1999/3230. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

¹⁷¹ Gençcan, 2006: 414; Öztan, 2015: 724.

davası sonucunda ortaya çıkacak mali yükümlülükler ve sonuçlar açısından yasal danışmanın veya temsilcinin, işlemlerin geçerli olabilmesi için onay vermesi şarttır¹⁷².

Ayırt etme gücü bulunmayan eşin dava açması ya da kendisine karşı dava açılması mümkün değildir¹⁷³. Ancak, ayırt etme gücü bulunmayan eşin menfaati gerektirdiği takdirde yasal temsilcisi tarafından dava açılması mümkündür¹⁷⁴. Yasal temsilcinin, ayırt etme gücüne sahip olmayan tam ehliyetsiz adına dava açabilmesinin mümkün olması hem öğretide¹⁷⁵ hem de uygulamada kabul görmektedir¹⁷⁶.

1.5.3 Boşanma Davasında Yargılama Usulü

Boşanma davalarında yargılama usulüne ilişkin olarak TMK m. 184 düzenlemesi bulunmaktadır. Boşanmada yargılama, 184. madde de sayılan haller dışında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na tabidir.

Aile mahkemeleri, bakmakta oldukları dava ve işlerin özelliklerine göre, esasa girmeden önce, aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması bakımından eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek bunların sulh yoluyla

¹⁷² Gençcan, 2006: 414; Öztan, 2015: 724.

¹⁷³ “Dosya arasında bulunan, Bor Sulh Hukuk Mahkemesinin 2005/540 esas, 2006/98 karar sayılı vesayet dosyasının, 02.03.2006 tarihli kararı ile davalı erkeğin kısıtlanarak annesi ...'ın velayeti altında bırakıldığı anlaşılmaktadır. Davacı kadın ise boşanma davasını 16.01.2014 tarihinde açmıştır. Dava tarihinden önce davalı erkeğin Türk Medeni Kanununun 405. maddesinde yer alan “akıl hastalığı ve akıl zayıflığı” sebebiyle kısıtlandığı anlaşılmaktadır. Bu durumda davalı “tam ehliyetsizdir” (TMK md. 14) Dava ehliyeti, medeni hakları kullanma ehliyetine göre belirlenir (HMK md.51). Buna göre, fiil (medeni hakları kullanma) ehliyetine sahip olan, dava ehliyetine de sahiptir. Dava ehliyeti dava şartıdır (HMK md. 114/1-d). Dava şartı noksanlığı da mahkemece davanın her aşamasında kendiliğinden gözetilir (HMK md. 115/1). Türk Medeni Kanununun 15. maddesine göre, “Kanunda gösterilen ayrık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri hukuki sonuç doğurmaz. Eş deyişle, fiil ehliyeti bulunmayan şahsın tasarrufu hüküm ifade etmez. Bu hükümlere göre, dava ehliyeti bulunmayan (tam ehliyetsiz) kişiye karşı açılan ve kanuni temsilcisinin yokluğunda sürdürülen dava, yasal temsilcinin izniyle hukuki varlık ve geçerlilik kazanmaz. Yasal temsilci, tam ehliyetsizin yaptığı işleme sonradan icazet vermiş olsa bile, işlem geçerli hale gelmez. Eğer yasal temsilci tam ehliyetsizin yaptığı işlemi, gerekli ve onun çıkarlarına uygun buluyor ve devam ettirmek istiyorsa, o işlemi yeniden ve kendisi yapmak zorundadır. Bu bakımdan tam ehliyetsiz erkeğe karşı açılan davada, hüküm kurulduktan sonra yasal temsilcisinin onay vermesinin hukuki bir önemi bulunmamaktadır. Davalının yargılamayla ilgili açıklamada bulunma, bu çerçevede savunmalarını ileri sürme ve ispat hakkı mevcuttur. Bu hakkını, ancak kendisine atanmış olan kanuni temsilcisi vasıtasıyla kullanması mümkündür (HMK md. 114/1 -d). Davalı erkeğin kısıtlanması nedeniyle kendisine atanmış olan kanuni temsilcisine usulüne uygun olarak dava dilekçesi tebliğ edilmeden, ön inceleme duruşmasına ve tahkikat duruşmasına davet edilerek (HMK mad.147) göstermesi halinde delilleri toplanmadan yokluğunda karar verilmesi hukuki dinlenilme hakkına (HMK mad. 27.140-141) aykırı olup hükmün bu sebeple bozulmasını gerektirmiştir.” Y 2. HD, T. 13.01 2016, E. 2015/24007 – K. 2016/439. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları; Öztan, 2015: 722.

¹⁷⁴ Dural vd., 2013: 127; Gençcan, 2006: 415; Öztan, 2015: 727.

¹⁷⁵ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 278; Gençcan, 2006: 415; Öztan, 2015: 727.

¹⁷⁶ “Davalının yargılamayla ilgili açıklamada bulunma, bu çerçevede savunmalarını ileri sürme ve ispat hakkı mevcuttur. Bu hakkını, ancak kendisine atanmış olan kanuni temsilcisi vasıtasıyla kullanması mümkündür. Davalı erkeğin kısıtlanması nedeniyle kendisine atanmış olan kanuni temsilcisine usulüne uygun olarak dava dilekçesi tebliğ edilmeden, ön inceleme duruşmasına ve tahkikat duruşmasına davet edilerek göstermesi halinde delilleri toplanmadan yokluğunda karar verilmesi hukuki dinlenilme hakkına aykırı olup hükmün bu sebeple bozulmasını gerektirmiştir.” Y 2. HD, T.13.1.2016, E.2015/24007, K.2016/439. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

çözümleme yoluna gitmeli, gerekli görürse uzmanlardan yararlanmalıdır. Taraflar arasında sulh sağlanamazsa yargılamaya devam olunarak esas hakkında karar vermelidir. (Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun m.7/I)¹⁷⁷.

Hâkim, önüne gelen boşanma davasında, sorunları tespit ederek tarafları öncelikle sulhe teşvik etmeli, eğer taraflar bunu kabul etmezse davanın esasına girmelidir. Hükümde geçen "sulh" kelimesi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan sulh düzenlemesinden farklıdır. Sulh, görülmekte olan bir davada, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla, mahkeme huzurunda yapmış oldukları bir sözleşmedir¹⁷⁸, sulh, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıkları konu alan davalarda yapılabilir (HMK.m.313). Boşanma davaları, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri davalardan değildir. Hâkim, taraflar arasındaki anlaşmaları uygun bulursa geçerli olur. Bu anlamda boşanma davalarında sulh düzenlemesi aile hukukuna özgü bir nitelik taşır. Ailenin korunmasına yönelik olarak aile hâkimi aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün sağlanması bakımından eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek bunların sulh yoluyla çözülmesini sağlamaya çalışmalıdır¹⁷⁹. Aile hâkimi arabulucu¹⁸⁰ gibi hareket etmelidir.

Boşanma davalarında, araştırma ilkesi ve müzakere ilkesinden ziyade vicdani delil ilkesi geçerlidir¹⁸¹. Boşanma davasında hâkim, boşanma davasının dayandığı olguların varlığına vicdanen kanaat getirmiş olmalıdır¹⁸². Boşanma davasının dayandığı olgular şeklen ispatlanmış olsa bile hâkim tanık anlatımları ile vicdanen kanaat getirmediyse davayı reddedebilir¹⁸³.

Boşanma davalarında hâkim, kendiliğinden ya da tarafların talebi üzerine taraflara yemin öneremez. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda delil olarak düzenlenmiş olan "yemin" TMK m. 184 düzenlemesi karşısında boşanma davalarında uygulanmayacaktır¹⁸⁴. Aksi düzenleme hâkimin takdir yetkisinin sınırlanması sonucunu doğururdu¹⁸⁵.

¹⁷⁷ Kanun No:4787, Kabul Tarihi: 9 Ocak 2003, Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 18 Ocak 2003 - Sayı: 24997, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları

¹⁷⁸ Karauz, 2014: 16.

¹⁷⁹ Akil, 2013.

¹⁸⁰ Arabuluculuk, 07.06.2012 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile düzenlenmiş olup, ülkemizde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak hukuki düzenlemelerde yer almıştır. (Kaplan Güler, 2014: 21).

¹⁸¹ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 281; Öztan, 2015: 728.

¹⁸² Y 2. HD, T.20.05.2004, E.2004/5494, K.2004/6508; HGK, T.16.6.2010, E.2010/2-227, K.2010/324. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

¹⁸³ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 281; Gençcan, 2006: 477.

¹⁸⁴ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 281.

¹⁸⁵ Gençcan, 2006: 478; Öztan, 2015: 734.

Boşanma davasında, Türk Medeni Kanunu'nun 184. madde üçüncü bendi uyarınca hâkim ikrar ile bağlı değildir, tarafların her türlü ikrarı hâkimi bağlamaz. Hâkim, tarafların kabul ettikleri olayları ispatlamalarını isteyecektir¹⁸⁶. Ancak, açılan boşanma davası sebebi ya da tarafların davadan feragat etmesi gibi durumlar hâkimi bağlar. TMK m. 166/III uyarınca anlaşmalı boşanma davalarında hâkim, taraflardan beyanlarını kanıtlamalarını isteyemez¹⁸⁷.

TMK m.184 b. 3 uyarınca hâkim, kanıtları serbestçe takdir eder. Ancak, hâkimin takdiri, dosya içeriğine aykırı olmamalıdır. Hâkim, dosyada mevcut kanıtları değerlendirirken duygularına ve iç güdülerine göre değil akıl ve muhakemeye göre hareket etmelidir¹⁸⁸. Hâkim, kanıtlara ilişkin değerlendirmesini mutlaka gerekçelendirmelidir¹⁸⁹.

TMK m. 184 b. 4 uyarınca, boşanma veya ayrılığın fer'i sonuçlarına ilişkin anlaşmalar, hâkim tarafından onaylanmadıkça geçerli olmaz. Taraflar arasında yapılan anlaşmaların geçerli olması için hâkim onayı şarttır. Aile hâkiminin onayı geçerlilik şartıdır¹⁹⁰. Ancak anlaşmalı boşanma davalarında, kısmi onay verilemez¹⁹¹. Anlaşmaya ilişkin olarak onaylamadığı kısmın taraflardan düzeltilmesini ister. Hâkim onayı tarafların menfaatlerinin korunması düşüncesiyle getirilmiştir. Özellikle çocuklar ile ilgili durumlarda, çocukların menfaatinin gözetilip gözetilmediğini araştırılmalıdır¹⁹². Taraflara ilişkin durumlarda ise, taraflardan birinin zarara uğrayıp uğramadığını gözetmesi gerekir¹⁹³.

TMK m. 184 b. 4 uyarınca, taraflardan birinin istemi üzerine duruşmanın gizli yapılmasına karar verilebilir. Duruşmanın gizli yapılması için taraflardan birinin talepte bulunması gerekir. Özellikle özel hayatın gizliliği söz konusu olduğunda hâkim duruşmanın gizli yapılması talebini kabul etmelidir¹⁹⁴.

1.5.4 Boşanma Davasında Görev ve Yetki

Boşanma davasında görevli mahkeme aile mahkemesidir. 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un birinci maddesine göre, aile hukukundan doğan dava ve işleri görmek ile aile mahkemeleri görevlidir¹⁹⁵. Aile

¹⁸⁶ Gençcan, 2006: 479; Öztan, 2015: 734.

¹⁸⁷ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 281; Dural vd., 2013: 129; Gençcan, 2006: 479; Öztan, 2015: 735.

¹⁸⁸ Öztan, 2015: 735.

¹⁸⁹ Dural vd., 2013: 130; Gençcan, 2006: 480.

¹⁹⁰ Dural vd., 2013: 130; Gençcan, 2006: 482; Öztan, 2015: 736.

¹⁹¹ Gençcan, 2006: 483; Öztan, 2015: 736.

¹⁹² Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 282.

¹⁹³ Gençcan, 2006: 484; Öztan, 2015: 737.

¹⁹⁴ Gençcan, 2006: 484; Öztan, 2015: 737.

¹⁹⁵ K T : 09.01.2003, RGT: 18.01.2003, RG No: 24997.

mahkemesi kurulamayan yerlerde, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen asliye hukuk mahkemesince bakılır¹⁹⁶.

Boşanma davasında yetkili mahkeme, Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenmiştir. Yetki, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmiş olmasına rağmen boşanma davaları için yetki Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenmiştir. Türk Medeni Kanunu'nun 168'inci maddesinde yetkili mahkeme, eşlerden birinin yerleşim yeri veya davadan önce son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesi olarak belirlenmiştir. Eşlerin ayrı ayrı yerleşim yeri var ise, eşler kendi yerleşim yerlerinde dava açabilecektir¹⁹⁷.

Yerleşim yeri, TMK m.19 düzenlemesinde bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yer olarak tanımlanmıştır. 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'na dayanılarak çıkartılan ve 15.08.2007 tarihinde yürürlüğe konulmuş olan Adres Kayıt Sistemi Yönetmeliği'ne¹⁹⁸ göre; Türk vatandaşlarının ve Türkiye'de herhangi bir amaçla en az altı ay süreli ikamet tezkeresi ile bulunan yabancıların yerleşim yeri adresleri Merkezi Adres Kayıt Sistemi olarak Nüfus ve Vatandaşlık Genel Müdürlüğü tarafından elektronik ortamda tutulur (Yönetmelik m. 9,10). Yerleşim yeri adreslerinin tutulmasında kişilerin beyanı esas alınır. Adres beyan formundaki bildirimler aksi sabit oluncaya kadar geçerlidir (Yönetmelik m. 13/I)¹⁹⁹.

1.5.5 Geçici Önlemler

Türk Medeni Kanunu'nun geçici önlemler başlıklı 169'uncu maddesine göre, boşanma veya ayrılık davası açılınca hâkim, davanın devamı süresince gerekli olan, geçici önlemleri kendiliğinden alır. Taraflar geçici önlemlere ilişkin bir anlaşma yapmışlarsa bu anlaşmayı hâkime sunmaları ve hâkimin bu anlaşmayı uygun bulması gerekir²⁰⁰. Düzenlemede aile hâkiminin hangi önlemleri alabileceği örnek olarak sayılmıştır. Sayılan önlemler sınırlı sayıda değildir²⁰¹. Hâkim somut olaya göre gerekli gördüğü önlemleri kendiliğinden alabilir²⁰².

¹⁹⁶ Öztan, 2015: 731.

¹⁹⁷ Gençcan, 2006: 484; Öztan, 2015: 729.

¹⁹⁸ Resmi Gazete. T.15.12.2007 S. 26377, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

¹⁹⁹ “Somut olayda davalının yetki itirazında, davanın açıldığı yerin eşlerden birinin yerleşim yeri veya davadan önce son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer olmadığını, kendi oturduğu yer olan Kayseri mahkemelerinin yetkili olduğunu ileri sürmüş; davacının da duruşmada, şu anda Karaköy'de oturduğunu, Karaköy'e gelmeden önce davalı ile beraber Ümraniye'de 3.5 yıl oturduktan sonra ayrıldıklarını, ayrılınca davalının Kayseri'ye gittiğini ifade etmesine ve özellikle aynı celse davacı vekili tarafından imzalı beyanla mevcut duruma göre dosyanın karara bağlanması, delil bildirmeyecekleri yönünde beyanda bulunulmuş, bu beyana hazır bulunan müvekkilinin karşı çıkmamış olmasına göre, davanın açıldığı İstanbul mahkemelerinin ne eşlerden birinin yerleşim yeri ne de tarafların davadan önce son altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesi olmadığı, davalının yerleşim yerinin ise Kayseri olduğu anlaşıldığından, yeniden araştırma yapılmasını gerektirecek bir yön bulunmamaktadır.” HGK, T.3.3.2010, E.2010/2-63, K.2010/119. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

²⁰⁰ Öztan, 2015: 740.

²⁰¹ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 286; Ceylan, 2006: 33; Dural vd., 2013: 131; Öztan, 2015: 741.

Özellikle, eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri re'sen alır²⁰³.

Hâkim geçici önlemleri alırken tarafların “kusur” durumlarını dikkate almaz²⁰⁴. Aile hâkimi, Türk Medeni Kanunu’nun 196 (Eşler birlikte yaşarken), 197 (Birlikte yaşamaya ara verilmesi), 198 (Borçlulara ait önlemler) ve 199. (Tasarruf yetkisinin sınırlanması) maddelerini geçici önlemler olarak uygular²⁰⁵. Türk Medeni Kanunu, geçici önlemlerin alınması hususunda kadın erkek ayrımı gözetmemiş, her iki eş açısından önlemlerin alınmasını öngörmüştür²⁰⁶.

Eşlerin barınmasına ilişkin olarak, boşanma davası açılmasıyla birlikte eşler ayrı bir konut edinebilirler²⁰⁷. Aile konutunda kimin kalacağı hususunda eşler aralarında anlaşamazlarsa hâkim karar verir²⁰⁸. Hâkim kararını verirken evin mülkiyetinin kime ait olduğuna ya da kira sözleşmesinin kimin adına olduğuna bakmaz²⁰⁹. Eşlerin hangisinin konutta kalmasının daha uygun olup olmadığına eşlerin yaşı, mesleği, sağlığı gibi kriterlere göre değerlendirme yaparak karar verilir²¹⁰. Hâkim, dava süresince ev eşyalarını kimin kullanacağına da karar verir²¹¹.

Boşanma davası sırasında hâkim, eşlerin geçimine yönelik önlemler alır. Hâkim, eşlerin sosyo-ekonomik durumlarına göre boşanma davası kesinleşinceye kadar takdir yetkisini kullanarak ihtiyacı olan eş için tedbir nafakasına hükmeder²¹². Uygulamada nafakaya

²⁰² Dural vd., 2013: 130; Gençcan, 2006: 529; Öztan, 2015: 745.

²⁰³ “Boşanma veya ayrılık davası açılınca hâkim, davanın devamı süresince, gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, malların yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri kendiliğinden (re'sen) almak zorundadır. O halde; Türk Medeni Kanununun ilgili maddeleri uyarınca, tarafların ekonomik ve sosyal durumları da gözetilerek dava tarihinden geçerli olmak üzere kadın yararına uygun miktarda tedbir nafakasına hükmedilmesi gerekirken, aksi şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur. Hüküm bozulmuştur.” Y 2. HD, T.12.05.2015, E.2014/21165, K.2015/9882, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları;

Y 2. HD, T.23.02.2015, E.2014/18726, K.2015/2465, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları; Y 2. HD, T.20.02.2015, E.2015/199, K.2015/2394, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları; Y 2. HD, T.11.02.2015, E.2015/2150, K.2015/1346, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları; Y 2. HD, T.12.01.2015, E.2014/16353, K.2015/157, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları; Y 2. HD, T.25.12.2014, E.2014/18311, K.2014/26574. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları; Ceylan, 2006: 34

²⁰⁴ “Boşanma veya ayrılık davası açılınca hâkim, davanın devamı süresince gerekli olan özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri kendiliğinden almak zorundadır. Tarafların kusur durumları, geçici nitelikteki bu sayılan tedbirlerin alınmasına etkili değildir. Yasa hükmünde, geçici nitelikteki tedbirler için “kusura” bir unsur olarak verilmemiştir. O halde; davalı yararına dava tarihinden itibaren geçerli olmak üzere uygun miktarda tedbir nafakasına hükmedilmesi gerekirken, tedbir nafakası isteğinin “davalının kusurlu olduğundan” bahisle reddi doğru görülmemiştir. Hükümün bozulması gerekmiştir.” Y 2. HD, T.24.02.2015, E.2014/18238, K.2015/2622. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları; Öztan, 2015: 742.

²⁰⁵ Öztan, 2015: 742.

²⁰⁶ Gençcan, 2006: 548.

²⁰⁷ Dural vd., 2013: 131; Öztan, 2015: 745.

²⁰⁸ Dural vd., 2013: 131; Öztan, 2015: 745.

²⁰⁹ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 284; Ceylan, 2006: 35; Dural vd., 2013: 131.

²¹⁰ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 284; Dural vd., 2013: 131; Öztan, 2015: 745.

²¹¹ Öztan, 2015: 745.

²¹² Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 285; Ceylan, 2006: 36.

hükmedilirken “düzenli ve yeterli geliri olma” kriteri göz önünde tutulmakta²¹³ düzenli ve yeterli gelirin olması durumunda nafakaya hükmedilmeyeceği kabul edilmektedir. Tedbir nafakasına hükmedilecek eş, açıkça nafaka istemediğini beyan etmişse, hâkim bunu göz önünde bulundurur. Hâkimin nafakaya hükmetmesi için eşlerin ayrı yaşıyor olması gerekir. Nafaka için tarafların kusurlu olup olmamaları önemli değildir, zira Türk Medeni Kanunu’nun 169’uncu maddesinde kusurdan bahsedilmemiştir²¹⁴.

Aile hâkimi boşanma veya ayrılık davası açıldıktan sonra özellikle çocukların durumuna ilişkin önlemleri ivedilikle ve re’sen alır. Hâkim, çocukların dava süresince kimin himayesi altında kalacağına, kişisel ilişki kurulması ve düzenlenmesine, çocuğa ilişkin nafakaya re’sen hükmeder²¹⁵. Çocuk için ödenecek nafakaya uygulamada “iştirak nafakası” denmektedir²¹⁶. Boşanma davası sürerken çocuklar için hükmedilen nafaka “tedbir nafakası” olup, boşanma kararının kesinleşmesi ile birlikte “iştirak nafakası” adını alır²¹⁷. Çocuk hangi tarafın yanında kalıyorsa, o taraf lehine nafaka belirlenir²¹⁸. Yargıtay uygulamasına göre çocuk yanında kalmayan taraf lehine nafakaya hükmedilemez²¹⁹. Ayrıca, çocuk mallarının yönetimi ve korunmasına ilişkin önlemleri de alır²²⁰. Aile hâkiminin yanı sıra çocuklara ilişkin önlemlerin alınmasına ilişkin olarak 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu hükümleri uyarınca çocuk mahkemesi tarafından da çocuklara ilişkin önlemler alınabilir²²¹. Çocuk Mahkemesi bulunmayan yerlerde bu tedbirleri aile veya asliye hukuk mahkemesi hâkimi

²¹³ “Davacı kadının part-time (yarı zamanlı) olarak, asgari ücretin altında bir aylık ile çalıştığı, düzenli ve yeterli gelirinin bulunmadığı, boşanma yüzünden yoksulluğa düşeceği anlaşılmaktadır. Türk Medeni Kanununun 175. maddesi koşulları olduğu halde davacı kadın yararına uygun miktarda yoksulluk nafakası takdiri gerekirken; bu yöndeki talebin reddi, usul ve yasaya aykırıdır.” Y 2. HD, T.2.7.2013, E.2012/18261, K.2013/18593; “Davacı kadının dava tarihinden sonra, 14.3.2012 tarihinde düzenli ve yeterli gelir getirici bir işte çalışmaya başladığı anlaşılmaktadır. O halde; tarafların ekonomik ve sosyal durumları da gözetilerek dava tarihinden geçerli olmak üzere, davacı kadının çalışmaya başladığı tarihe kadar uygun miktarda tedbir nafakasına hükmedilmesi gerekir.” Y 2. HD, T.12.3.2013, E.2012/20207, K.2013/6534. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

²¹⁴ Öztan, 2015: 749; Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 285; Ceylan, 2006: 37.

²¹⁵ Gençcan, 2006: 529; Ceylan, 2006: 39; Öztan, 2015: 759.

²¹⁶ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 286; Öztan, 2015: 759.

²¹⁷ Gençcan, 2006: 535.

²¹⁸ “Tarafların ortak çocuklarının anne yanında kaldığı gerçekleştiğine göre, davacı-karşı davalı (baba)’nın çocuklar için nafaka ödemekle sorumlu tutulması gerekir. Öyleyse, dava tarihinden itibaren müşterek çocuklar için uygun miktarda tedbir nafakası takdir edilmesi gerekirken, bu husus nazara alınmadan birleşen davada çocuklar için tedbir nafakası davasının reddine karar verilmesi doğru olmamış ve bozmayı gerektirmiştir.” Y 2. HD, T.11.12.2014, E.2014/25568, K.2014/25397, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları; “Boşanma veya ayrılık vukuunda çocuk kendisine tevdi edilmemiş taraf gücüne göre onun bakım ve eğitim giderlerine katılmakla yükümlüdür. Bu hususu hâkim görevi gereği kendiliğinden dikkate alması gerekmektedir. O halde, velayeti temyiz edene tevdi edilen ... doğumlu C.. S., ...doğumlu F..ve ... doğumlu Y. için iştirak nafakasına hükmedilmesi gerekirken, bu yönün nazara alınmaması usul ve yasaya aykırıdır. Hükümün bozulmasına karar verilmiştir.” Y 2. HD, T.11.12.2014, E.2014/14302, K.2014/25448. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

²¹⁹ “Mahkemece Türk Medeni Kanununun ilgili maddesi gereğince, ortak çocuklar için anne yararına dava tarihinden geçerli olarak tedbir nafakasına hükmedilmiş ise de: çocukların yargılama sırasında anne yanında mı yoksa baba yanında mı kaldıkları, ihtiyaçlarının kimin tarafından karşılandığı dosya kapsamıyla belirsizdir. Bu nedenle, mahkemece çocukların kimin yanında kaldığı ve ihtiyaçlarının kim tarafından karşılandığı araştırılarak, sonucuna göre tedbir nafakası takdiri gerekirken, eksik incelemeyle hüküm tesisi de doğru olmamıştır.” Y 2. HD, T.29.3.2013, E.2012/8688, K.2013/8743. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

²²⁰ Karagülmez ve Ural, 2003.

²²¹ Gençcan, 2006: 531.

alır²²². Hâkim, çocuklara ilişkin geçici önlemleri alırken çocuğun yüksek yararını göz önünde bulundurur²²³.

Aile mahkemesi hâkimi bütün bu önlemlerin yanı sıra gerekli gördüğü örneğin çocuk mallarına ilişkin önlemler gibi diğer geçici önlemleri de kendiliğinden alır²²⁴. Alınan geçici önlemler boşanma davasının sona ermesiyle ortadan kalkar²²⁵.

1.5.6 Boşanma Kararının Sonuçları

Boşanma kararının verilmesi ve kararın kesinleşmesi üzerine taraflar arasındaki evlilik birliği sona erer²²⁶. Karar örneği, mahkeme tarafından nüfus idaresine gönderilir²²⁷. Nüfus idaresi, gelen karar üzerine tarafların medeni hali hanesinde “evli” ibaresini çizerek “boşanmış” ibaresini yazar²²⁸. Boşanma kararı bozucu yenilik doğuran bir karardır²²⁹.

Boşanma kararının verilip kesinleşmesi üzerine taraflara ilişkin bir takım sonuçlar ortaya çıkar. Bu sonuçların bazıları kanundan kaynaklanmakta, bazıları hâkim tarafından re'sen alınan kararlar sonucu ortaya çıkmakta bazıları ise tarafların talepleri ile kararda yer alması üzerine ortaya çıkmaktadır²³⁰. Boşanma kararı verilmesi ile birlikte taraflar açısından örneğin yeniden evlenme imkânının ortaya çıkması, erginlik, vatandaşlık gibi eşlerin evlenme ile ortaya çıkan kişisel durumlarını koruması kanundan kaynaklı olarak sonuç doğurur²³¹. Mahkeme kararında yer alan maddi tazminat, manevi tazminat, nafakaya ilişkin düzenlemeler ise karardan kaynaklı olarak sonuçlarını doğurur²³².

Boşanma kararı sonucunda hem eşler hem de çocuklara ilişkin sonuçlar ortaya çıkar. Boşanma kararı verilmesi ile birlikte eşler ve çocuklar açısından şahsi sonuçlar ortaya çıktığı gibi mali sonuçlar da ortaya çıkmaktadır. Doktrinde boşanma kararının sonuçları farklı isimler altında ayırma tabi tutularak incelenmektedir²³³. Bu çalışmada boşanmanın şahsi sonuçları eşler ve çocuklar açısından ayrı ayrı ele alınmıştır.

²²² Gençcan, 2006: 548.

²²³ Ceylan, 2006: 35; Öztan, 2015: 756.

²²⁴ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 286.

²²⁵ Dural vd., 2013: 132; Gençcan, 2006: 615.

²²⁶ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 284; Ceylan, 2006: 48; Dural vd., 2013: 136; Gençcan, 2006: 634; Öztan, 2015: 762.

²²⁷ Ceylan, 2006: 48; Dural vd., 2013: 136; Gençcan, 2006: 634; Öztan, 2015: 762.

²²⁸ Gençcan, 2006: 634; Öztan, 2015: 762.

²²⁹ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 289; Ceylan, 2006: 48; Dural vd., 2013: 136; Öztan, 2015: 762.

²³⁰ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 287; Ceylan, 2006: 48; Dural vd., 2013: 136; Öztan, 2015: 764.

²³¹ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 287; Ceylan, 2006: 47; Öztan, 2015: 764.

²³² Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 287.

²³³ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 288; Ceylan, 2006: 47.

İKİNCİ BÖLÜM

BOŞANMANIN EŞLERLE İLGİLİ ŞAHSİ SONUÇLARI

2.1 Evlilik Birliğinin Sona Ermesi

Boşanma kararının verilmesi ve kararın kesinleşmesi ile birlikte taraflar arasındaki evlilik birliği sona erer²³⁴. Taraflar arasındaki evlilik birliğinin sona ermesi üzerine birbirlerine karşı evlilik birliğinden doğan hak ve yükümlülükleri sona erer. Türk Medeni Kanunu’nda evliliğin genel hükümleri başlığı altında düzenlenmiş bulunan evlilik birliğinin kurulması ile ortaya çıkan hak ve yükümlülükler, birliğin temsili ve birliğin korunması, kesinleşen boşanma kararı ile son bulur²³⁵.

Boşanma davası sırasında hâkim tarafından alınmış olan geçici önlemler, boşanma kararın kesinleşmesi ile birlikte son bulur²³⁶.

Boşanma kararının kesinleşmesi üzerine yazı işleri müdürü kararın bir örneğini nüfus idaresine gönderir ve “boşanma” bu şekilde nüfus idaresine bildirilir²³⁷. Boşanma kararları nüfus idaresi tarafından aile kütüğüne işlenir. (Nüfus Hizmetlerine Ait Kuruluş, Görev ve Çalışma Yönetmeliği m.120). Eşlerin, medeni hal hanesinde “evli” yazısının üstü çizilerek “boşanmış” ibaresi yazılır²³⁸.

Boşanma kararı bozucu yenilik doğuran bir karardır ve etkilerini ileriye dönük olarak gösterir²³⁹.

2.2 Yeniden Evlenme İmkânı

Boşanma sonucunda evlilik birliğinin sona ermesiyle birlikte yeniden evlenme imkânı ortaya çıkar²⁴⁰. Türk Medeni Kanunu madde 130 uyarınca, yeniden evlenmek isteyen kimse, önceki evliliğinin sona ermiş olduğunu ispat etmek zorundadır.

Boşanma evliliği sona erdiren sebeplerdendir. Eşlerin boşanması üzerine, evlilik engeli olarak var olan mevcut evlilik ortadan kalkar²⁴¹. Eşlerden erkek, evliliğin sona ermesi

²³⁴ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 288; Ceylan, 2006: 48; Dural vd., 2013: 136; Gençcan, 2006: 633; Öztan, 2015: 762.

²³⁵ Ceylan, 2006: 48; Gençcan, 2006: 633; Havutçu, 2006: 102; Öztan, 2015: 763.

²³⁶ Öztan, 2015: 763.

²³⁷ “Boşanmanın nüfus idaresine bildirilmesi, boşanma ilamlarının kararı veren mahkemenin başkatibi tarafından o yer başmemurluğuna gönderilmesi suretiyle yapılır.” Nüfus Hizmetlerine Ait Kuruluş, Görev ve Çalışma Yönetmeliği m.119 (RGT:03.05.1977RG No:15926).

²³⁸ Gençcan, 2006: 634; Öztan, 2015: 763.

²³⁹ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 289; Ceylan, 2006: 48; Dural vd., 2013: 136; Gençcan, 2006: 633; Öztan, 2015: 762.

²⁴⁰ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 289; Ceylan, 2006: 49; Dural vd., 2013: 136.

²⁴¹ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 289; Ceylan, 2006: 49.

üzerine isterse hemen yeni bir evlilik yapabilir. Ancak kadının yeni bir evlilik yapabilmek için Türk Medeni Kanunu 132'inci maddesi gereğini yerine getirmesi gerekmektedir. Düzenlemeye göre, kadın, evliliğin sona ermesinden itibaren üç yüz gün geçtikten sonra yeni bir evlenme yapabilir²⁴². Kadının, doğurması halinde bu süre beklenmez. Kadının önceki evliliğinden gebe olmadığına anlaşılmaması veya evliliği sona eren eşlerin yeniden birbiriyle evlenmek istemeleri hallerinde mahkeme bu süreyi kaldırır. Mahkemenin süreyi kaldırması üzerine kadın bu süreyi beklemezsizin yeni bir evlilik yapabilir²⁴³.

2.3 Kişisel Durumlara İlişkin Sonuçlar

Boşanma, eşlerin kişisel durumlarını da etkileyen bir müessesedir. Boşanma halinde bazı kişisel durumlarda değişiklik olmazken, bazılarında değişiklik olur. Türk Medeni Kanunu'nun 173'üncü maddesinde boşanan kadının kişisel durumu düzenlenmiştir. Buna göre, *“boşanma halinde kadın, evlenme ile kazandığı kişisel durumunu korur.”*

Kişisel durumlar, doktrinde; ergenlik, kayın hısımlığı, vatandaşlık ve kadının soyadı olarak kabul edilmiştir. Boşanma halinde kadın, ergenlik, kayın hısımlığı ve vatandaşlık hallerini korur. Her ne kadar düzenlemede kadın denilmişse de erkek için de durum aynıdır²⁴⁴. Her iki eş yönünden de boşanma ile ergenlik, kayın hısımlığı ve vatandaşlık halleri korunur.

Kadının soyadı için özel düzenleme yapılmıştır. Kadının soyadı ve kadın için bekleme süresi ayrı başlık altında incelenmiştir. Bu nedenle, her iki eş yönünden ortaya çıkan sonuçlar ve kadın yönünden ortaya çıkan sonuçlar şeklinde ikili bir ayırıma gidilmiştir.

2.3.1 Her İki Eş Yönünden Ortaya Çıkan Sonuçlar

Türk Medeni Kanunu'nun 173. maddesi 1. fıkrasında, boşanma halinde kadının, evlenme ile kazandığı kişisel durumunu koruyacağı düzenlenmiştir. Kadının evlenme ile kazanacağı ergenlik, kayın hısımlığı ve vatandaşlık boşanma ile sonlanmaz. Her ne kadar düzenlemede sadece kadından bahsetmişse de erkek için de boşanma halinde, kişisel durumun korunması söz konusudur. Zira erkek eş de evlenme ile ergin olmakta, kayın hısımlığı oluşmaktadır²⁴⁵. Yine Türk Vatandaşlık Kanunu'na göre sadece kadın değil, yabancı erkek de evlenme ile Türk vatandaşlığı kazanmakta ve boşanma, vatandaşlığı etkilememektedir. Bu nedenle boşanma ile korunan kişisel durumlar her iki eş yönünden de geçerlidir²⁴⁶.

²⁴² Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 289; Ceylan, 2006: 49; Dural vd., 2013: 136.

²⁴³ Dural vd., 2013: 136.

²⁴⁴ Zevkliler vd., 2000: 917.

²⁴⁵ Dural vd., 2013: 137.

²⁴⁶ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 290; Ceylan, 2006: 49; Dural vd., 2013: 137; Öztan, 2015: 774.

2.3.1.1 Kayın Hısımlığı

Evlilik birliğinin sona ermesi eşlerin kişisel durumlarını da etkilemekte ve değiştirmektedir. Ancak kayın hısımlığı evlilik sona erse de devam etmektedir. Türk Medeni Kanunu 18. madde ikinci fıkrasına göre, kayın hısımlığı, kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkmaz²⁴⁷.

Evlilik birliğinin kurulması ile birlikte eşlerden biri ile diğer eşin kan hısımları, aynı tür ve dereceden kayın hısımları olur (TMK.m.18/I). Evlilik birliği ile ortaya çıkan kayın hısımlığı evliliğin sona ermesi ile de devam eder. Türk Medeni Kanunu 129. madde 2. bendine göre, kayın hısımlığı meydana getirmiş olan evlilik sona ermiş olsa bile, eşlerden biri ile diğerinin üstsoyu veya altsoyu arasında evlenme yasaktır²⁴⁸. Evlilik sona erdikten sonra eski eşlerin yeni doğan kan hısımları ile diğer eski eş arasında kayın hısımlığı meydana gelemez²⁴⁹.

2.3.1.2 Ergin Olma

Türk Medeni Kanunu 11. madde 2. Fıkra hükmüne göre evlenme kişiyi reşit kılar. Tarafların boşanmaları halinde dahi erginlik devam eder²⁵⁰. Erginlik, evlilik birliğinin kurulması ile kazanılmış olup, boşanma halinde de devam ettiğinden, tarafların kişisel durumlarını değiştirmeyen sonuçlardandır²⁵¹.

2.3.1.3 Vatandaşlık

Türk Vatandaşlığı Kanunu²⁵² 5'inci maddesine göre Türk vatandaşlığı doğumla veya sonradan kazanılır. Evlenme ile vatandaşlığın kazanılması, aynı kanunun 16'ncı maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre, bir Türk vatandaşı ile evlenme doğrudan vatandaşlık kazandırmaz. Türk vatandaşlığı bazı şartlara bağlı olarak kazanılabilmektedir. Bunun için, en az üç yıldan beri evli olmak, aile birliği içinde fiilen birlikte yaşamak ve evliliğin devam ediyor olması gerekir. Bu şartları sağlayan yabancılar yazılı olarak başvuruda bulunabilirler.

Bir Türk vatandaşı ile evlenerek, evlenme yoluyla vatandaşlık kazanan yabancı eş, boşanma halinde kazanmış olduğu vatandaşlığı kaybetmez. Evliliğin boşanma ile sona ermesi tarafların vatandaşlığına etki etmez. Evlenme yoluyla vatandaşlık kazanmada kadın ve erkek

²⁴⁷ Öztan, 2015: 770; Helvacı, 2013b: 94.

²⁴⁸ Gençcan, 2006: 635; Öztan, 2015: 770, Özüğür, 2003: 209; Helvacı, 2013b: 95; Zeytin ve Ergün, 2013: 94; Oğuzman vd., 2013: 129.

²⁴⁹ Oğuzman vd., 2013: 129.

²⁵⁰ Gençcan, 2006: 635; Öztan, 2015: 771.

²⁵¹ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 289.

²⁵² Türk Vatandaşlığı Kanunu, Kanun No:5901, Kabul Tarihi: 29.05.2009, Resmi Gazete T: 12.06.2009, Resmi Gazete No:27256, Sinerji Mevzuat ve İhtihat Programları

ayrımı gözetilmemiştir. Boşanma halinde vatandaşlık durumunun korunması her iki eş yönünden de geçerlidir.

Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 16'ncı maddesine göre, evlenme ile Türk vatandaşlığını kazanan yabancılar evlenmenin butlanına karar verilmesi halinde evlenmede iyiniyetli iseler Türk vatandaşlığını muhafaza ederler. Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik²⁵³ 31'inci madde düzenlemesine göre, evlenme yoluyla Türk vatandaşlığını kazanan kişi, evliliğinin butlanına karar verilmesi halinde Türk vatandaşlığını kaybeder. Ancak, evlenme ile Türk vatandaşlığını kazanan yabancıların, bakanlıkça yapılacak inceleme sonucunda evlenmede iyiniyetli olduğunun tespit edilmesi halinde, Türk vatandaşlığı devam eder²⁵⁴.

Butlanına karar verilmiş evlenmeden olan çocuk ise ana ve babalarının evlenmede iyiniyetli olup olmadıklarına bakılmaksızın Türk vatandaşlığını muhafaza eder²⁵⁵.

Boşanma durumunda vatandaşlıktan çıkmak isteyen kişi, Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda düzenlenen prosedüre göre vatandaşlıktan çıkabilir. Türk vatandaşlığından çıkmak için izin isteyen kişilere Bakanlıkça çıkma izni veya çıkma belgesi verilir²⁵⁶.

2.3.2 Kadın Yönünden Ortaya Çıkan Sonuçlar

2.3.2.1 Bekleme Süresi

Evliliğin sona ermesi ile birlikte taraflar yeni bir evlilik yapabilirler. Erkek boşanma kararının kesinleşmesiyle beklemeksizin yeniden evlenebilir, ancak kadın için daha farklı bir düzenleme yapılmıştır. Türk Medeni Kanunu'nun “kadın için bekleme süresi” başlıklı 132'inci maddesi'ne göre, “*Evlilik sona ermişse, kadın, evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün geçmedikçe evlenemez.*” Kadın için bekleme süresi (iddet müddeti), geciktirici bir evlenme engeli olarak düzenlenmiştir²⁵⁷. Ancak, kadının bekleme süresi içerisinde evlenmesi, mutlak evlenme engeli değildir. Kadının bu süre içerisinde yapacağı yeni bir evlilik geçersiz olmayacaktır.

Kanun koyucunun kadın için bekleme süresi düzenlemesinin amacı çocuğun nesebinin karışmasının önüne geçmektir. Sürenin üç yüz gün olarak belirlenmesinin sebebi ise kadının hamile kalması durumunda tıbbi açıdan bir çocuğun doğabileceği süre olması ve babalık

²⁵³ Bakanlar Kurulu Karar sayısı: 2010/139, K.T. 11.02.2010, Resmi Gazete T: 06.04.2010 Resmi Gazete No: 27544, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları

²⁵⁴ Öztan, 2015: 769.

²⁵⁵ Gençcan, 2006: 635.

²⁵⁶ Türk Vatandaşlığı Kanunu m. 25/1. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları

²⁵⁷ Zevkliler vd., 2000: 920

karinelerinin çakışmaması içindir. Doğacak çocuğun soybağının karışmaması amacıyla kadın için böyle bir süre düzenlenmiştir.

2.3.2.1.1 Bekleme Süresinin Kaldırılması

Bekleme süresi, kadının doğum yapması ile sona erer (TMK.m.132/II). Sürenin konuluş amacı çocuğun soybağının karışmasını önlemektir. Kadının çocuğu doğurması ile sürenin beklenmesinin bir önemi kalmayacaktır.

Kadının önceki evliliğinden gebe olmadığı ispat edilirse, mahkeme kararı ile süre kaldırılabilir (TMK.m.132/II). Kadın, gebe olmaması sebebiyle mahkemeden sürenin kaldırılmasını talep edebilir.

Evliliği sona eren eşlerin tekrar birbirleriyle evlenmek istemeleri durumunda taraflar, mahkemeden sürenin kaldırılmasını talep edebilirler (TMK.m.132/II). Eski Medeni Kanunda bekleme süresinin kısaltılması öngörülmüşken Yeni Medeni Kanunda bekleme süresinin kaldırılması düzenlenmiştir²⁵⁸.

2.3.2.1.1.1 Görevli Mahkeme

4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunu'nun madde 4/I hükmünde aile mahkemelerinde görülecek dava ve işler düzenlenmiştir. Buna göre Türk Medeni Kanunu'nun ikinci kitabında düzenlenen aile hukukundan kaynaklanan dava ve işlerde aile mahkemesi görevlidir.

Bekleme süresinin kaldırılmasına ilişkin dava aile mahkemesinde görülecek davalardandır. Bu nedenle bekleme süresinin kaldırılması talebinde görevli mahkeme aile mahkemesi olup, kaldırma talebinin bu mahkemeden istenmesi gerekir²⁵⁹. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir²⁶⁰. Aile mahkemesinin kurulmadığı yerlerde ise, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca yetkilendirilen ve aile mahkemesi sıfatı ile görev yapan asliye hukuk mahkemesi görevlidir²⁶¹.

²⁵⁸ Özdamar, 2002: 377, 390.

²⁵⁹ Tutumlu, 2005: 1261.

²⁶⁰ “Kadın için bekleme süresinin kaldırılmasına ilişkin davaların Sulh Hukuk Mahkemesi'nde görüleceğine dair yasa maddesi yürürlükten kaldırılmış olup görevli mahkemenin Asliye Hukuk Mahkemesi olduğu açıktır. Görevsizlik kararı verilerek dosyanın Asliye Hukuk Mahkemesi'ne gönderilmesi gerekir.....4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun 4/I maddesi; 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun ikinci kitabından (MK. m. 118-494) kaynaklanan bütün davaların Aile Mahkemesinde bakılacağı....”. Y 2. HD, T.15.09.2003, E.2003/10441, K.2003/11142. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

²⁶¹ Karagülmez ve Ural, 2003: 106.

2.3.2.1.1.2 Yetkili Mahkeme

Bekleme süresinin kaldırılmasına ilişkin olarak özel bir yetki kuralı düzenlenmemiştir. Bekleme süresinin kaldırılması talebi, çekişmesiz işlerden olduğundan bu davalarda davacının yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir²⁶². Bu nedenle, bekleme süresinin kaldırılmasını talep eden kadın, yerleşim yeri mahkemesine başvurmalıdır.

2.3.2.1.1.3 Boşanma Kararının Kesinleşmesi

Türk Medeni Kanunu'nun 132'inci maddesi uyarınca kadın için bekleme süresi evliliğin sona ermesinden itibaren üç yüz gün olarak düzenlenmiştir. Sürenin başlangıcı "evliliğin sona ermesi" olarak kabul edilmiştir. Evliliğin sona ermesi boşanma davası sonucunda verilen boşanma kararının kesinleşmesi ile olur.

Bekleme süresinin kaldırılması talebinde bulunabilmek için boşanma kararının kesinleşmiş olması gerekir. Bu nedenle böyle bir talepte bulunulması halinde, mahkeme tarafından kesinleşme şerhi düşülmüş boşanma kararına bakılması gerekir²⁶³.

2.3.2.1.1.4 Kadının Önceki Evliliğinden Gebe Olmadığının Anlaşılması veya Evliliği Sona Eren Eşlerin Yeniden Birbiriyle Evlenmek İstemeleri

Türk Medeni Kanunu'nun 132/son maddesi uyarınca bekleme süresinin kaldırılabilmesi için ya kadının gebe olmadığının anlaşılması ya da boşandığı eşiyle tekrar evlenmek istemesi şeklinde iki kriter öngörülmüştür.

Boşanan kadın, üç yüz günlük süre geçmeden yeniden evlenmek isterse, Türk Medeni Kanunu madde 132/son hükmüne göre gebe olmadığını ispat etmek zorundadır. Bekleme süresinin konuluş amacı çocuğun nesebinin karışmasını önlemektir. Bu nedenle kadının, gebe olmadığını ispat etmesi halinde bu sürenin kaldırılması gerekir. Bekleme süresinin kaldırılmasını isteyen kadının, gebe olmadığının, uzman hekim raporu ile ispatlanması gerekir²⁶⁴. Bekleme süresinin kaldırılması için mahkemeye başvurması halinde gebe olmadığı mahkeme eliyle tespit edilecektir.

Evliliği sona eren eşlerin birbirleriyle yeniden evlenmek istemeleri halinde mahkemeden bekleme süresinin kaldırılmasını talep etmeleri ile mahkeme bu süreyi kaldıracaktır. Bu durumda çocuğun nesebi açısından bir karışıklık meydana gelmesi söz konusu olmayacaktır²⁶⁵. Bu halde kadın için gebe olup olmadığı araştırılması yapılmaz²⁶⁶.

²⁶² Tutumlu, 2005: 1262.

²⁶³ Tutumlu, 2005: 1262.

²⁶⁴ Tutumlu, 2005: 1262.

²⁶⁵ Tutumlu, 2005: 1263.

²⁶⁶ Tutumlu, 2005: 1263.

2.3.2.1.1.5 İspat

Bekleme süresinin kaldırılması talebi çekişmesiz yargı işlerindendir. Aile mahkemesine yapılacak başvuru sırasında kesinleşme şerhi içeren boşanma kararının tasdikli bir suretinin mahkemeye sunulması yeterlidir. Mahkeme tarafından davacının nüfus kayıt örneğinin incelenmesi gerekir. Eğer davacı Türk Medeni Kanunu madde 132/son uyarınca gebe olmadığına tespiti ve bu nedenle bekleme süresinin kaldırılmasını talep etmişse, mahkeme tarafından uzman hekim ile bunun tespiti gerekir. Evlilikleri sona eren eşlerin yeniden evlenmek istemeleri halinde ise tanık, evlilik davetiyesi v.b. delillerle ispatlamaları gerekir²⁶⁷. Ayrıca kadının ya da erkeğin biyolojik olarak hiç çocuğunun olmayacağını ispatlanması durumunda bekleme süresi kaldırabilir²⁶⁸.

Kadın için bekleme süresine ilişkin düzenleme, Yeni Medeni Kanuna göre kadının evlenmesini daha kolaylaştırıcıdır²⁶⁹. Öztan, evliliğin boşanma ile sona ermesi ile kadın için bekleme süresi bulunmasının, kadın erkek eşitliğine aykırı olduğu görüşündedir. Ayrıca kadının evlenme hakkı ve İnsan Hakları Sözleşmesinin 12. maddesine²⁷⁰ de aykırı olduğu görüşündedir²⁷¹.

Kanaatimizce, kadının yeniden evlenmesi için üç yüz gün beklemesi kadın erkek eşitliğine aykırıdır. Anayasa'nın 10. maddesine göre kadınlar ve erkekler eşittir. İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa uyarınca bekleme süresi tamamen kaldırılmalıdır. Zira bekleme süresinin düzenlenmesinin sebebi çocuğun soybağının karışmasının önüne geçmektir. Gelişen tıbbi teknoloji karşısında çocuğun soybağı kolaylıkla belirlenebilmektedir. Öyleyse kadın için böyle bir sürenin bulunması pratikte bir önem arz etmemektedir. İsviçre Hukukunda kadın için bekleme süresi kaldırılmıştır²⁷². Türk Hukuku'nda eşitliği zedeleyen bu düzenlemenin kaldırılması isabetli olacaktır.

2.3.2.2 Kadının Soyadı

2.3.2.2.1 Genel Olarak

Soyadı, aile adıdır ve bu anlamda belli bir aileye bağlılığı gösterir²⁷³. Soyadının kazanılması iradeyle ya da kanundan dolayı olur. Kanundan dolayı kazanma doğumla veya

²⁶⁷ Tutumlu, 2005: 1263.

²⁶⁸ Özdamar, 2002: 390.

²⁶⁹ Özdamar, 2002: 390.

²⁷⁰ “Evlenme çağına gelen her erkek ve kadın, bu hakkın kullanımını düzenleyen ulusal yasalara uygun olarak evlenme ve aile kurma hakkına sahiptir.”

²⁷¹ Öztan, 2015: 769.

²⁷² “İsviçre Hukukunda yeni yasal düzenleme ile boşanan kadının yeniden evlenebilmesi için bekleme süresine tabi olması kaldırılmıştır.” Ceylan, 2006: 53.

²⁷³ Akipek vd., 2014: 419.

sözleşme ile kazanılabilir. Soyadının sözleşme ile kazanılması evlilik ya da evlatlık ilişkisinin kurulmasıyla ortaya çıkar²⁷⁴.

Evlenme yoluyla soyadı kazanılması sadece kadın için söz konusudur, erkek doğumla kazandığı soyadını korur²⁷⁵. Türk Medeni Kanunu'nun 187'inci maddesi kadının evlenmekle kocanın soyadını taşıyacağını öngörmüştür. Evlilik devam ederken kocanın soyadının TMK.m. 27/I hükmü ile değişmesi halinde kadının da soyadı değişmiş olur²⁷⁶.

Kadının soyadına ilişkin Önceki Medeni Kanun'un 141. ve 153'üncü maddeleri, Yeni Medeni Kanun'un ise 173. ve 187'inci hükümleri ile düzenleme yapılmıştır. Anılan kanun maddelerinde zaman zaman değişiklikler yapılmıştır. Bu konuda tartışmalar devam etmektedir. Ayrıca yargı kararları da kadının soyadını kullanması açısından ayrı bir boyut kazandırmıştır. Bu nedenle yargı kararlarına da geniş yer verilmiştir.

2.3.2.2.2 743 Sayılı Önceki Medeni Kanun Düzenlemesi

Önceki Medeni Kanunu'nun 141 ve 153'üncü maddeleri ile kadının soyadına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır.

141. madde hükmüne göre *"Boşanan kadın evlenme ile kazandığı kişisel durumu korur, ancak; bekârlık soyadını yeniden alır. Şayet boşandığı kocasının soyadını kullanmakta menfaati bulunduğu ve bunun kocaya bir zarar vermeyeceği sabit olursa, talebi üzerine hakim, kocasının soyadını taşımasına izin verir.*

Koca, şartların değişmesi halinde bu iznin kaldırılmasını isteyebilir."

Maddenin 3678 sayılı yasa ile değişiklik²⁷⁷ yapılmadan önceki hali *"Boşanan kadın, evlenme ile iktisap ettiği şeraiti muhafaza eder. Şu kadar ki, evlenmeden evvel taşıdığı aile ismini tekrar alır. Eğer kadın evlenmenin hini aktinde dul idise, kendi aile ismini taşımasına boşanma hükmü ile birlikte müsaade edilebilir."* Kadının boşanma halinde, evlenmeden önceki aile adını alacağı düzenlenmişti. Kadın, boşandığı eşinin soyadını kullanmak hakkına sahip değildi²⁷⁸. Kadının evlenmeden önce dul olması halinde bu soyadını alması gerektiği, eğer bekârlık soyadını kullanmak istiyorsa boşanma davasında bunu talep etmesi gerekiyordu. Hükümde 3678 sayılı yasa ile yapılan değişiklikten sonra, kadının bekârlık soyadına döneceği düzenlemesi getirilmişti²⁷⁹. Bu düzenleme, kadını kendi aile adını kullanmak zorunda bırakmış, çocukları ile kadının soyadının farklı olması sonucunu doğurmuştu. Evlenmekle

²⁷⁴ Akipek vd., 2014: 425.

²⁷⁵ Yılmaz, 2012: 129–151

²⁷⁶ Akipek vd., 2014: 427.

²⁷⁷ Mülga Madde Resmi Gazete T: 23.11.1990 Resmi Gazete No: 20704 Kanun No: 3678/4, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları

²⁷⁸ Moroğlu, 1999: 100

²⁷⁹ Kılıçoğlu, 2015: 158.

kocanın soyadını almak zorunda bırakılan kadın, boşanma sonucu bu kez yine alıştığı soyadını kullanma yasağı ile karşı karşıya kalmıştı²⁸⁰.

Evlilik soyadı ile tanınan kadının, boşandığı kocasının soyadını kullanamamasına ilişkin ortaya çıkan sorunların giderilmesi amacıyla 3678 sayılı yasa ile değişik 141. madde de kadına boşandığı kocasının soyadını kullanma izni verildi²⁸¹. Kadın, menfaati bulunması ve kocaya bir zarar getirmemesi kaydıyla, boşandığı kocasının soyadını taşımasını hâkimden isteyebilecekti. Şartların değişmesi halinde koca bu iznin kaldırılması talebinde bulunabilirdi.

Önceki Medeni Kanun'un 153. maddesine göre "*Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuru ile kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir.*

Kadın, müşterek saadeti temin hususunda gücü yettiği kadar kocasının muavin ve müşaviridir. Eve, kadın bakar."

Hükümün, 4248 sayılı kanun ile yapılan değişiklikle²⁸² "*Karı, kocasının aile ismini taşır.*" ibaresi kaldırılmıştır. 4248 sayılı yasa ile değiştirilen 153. maddenin birinci fıkrasında yer alan "*Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuru ile kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir.*" kuralının, Anayasa'nın 12. ve 17. maddelerine aykırılığı iddiasıyla iptali istemi ile açılan dava Anayasa Mahkemesi tarafından oy çokluğuyla reddedilmiştir²⁸³. İtiraz yoluna başvuran yerel mahkeme itirazın gerekçesini şu şekilde açıklamıştır;

"Anayasa'nın 12. maddesi, herkesin kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğunu vurgulamaktadır. Gene Anayasa'nın 17. maddesi, herkesin yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve özellikle geliştirme hakkına sahip olduğunu açıklamaktadır. İşte bu toplumsal yaşam biçiminde baskın çıkan erkek birey bulunduğu ortama pek de uyan bir tarzda aldığı öğreti ve gelenek etkisiyle elindeki erki kadın bireye ve çocuklarına yansıtmıştır. Bu yansıma giderek şekillenmiş ve hatta kuramsallaşarak yasalarda yerini bulmuştur.

Örneğin; Medenî Yasamızın Md. 153. ve 154. maddeleri, aynı Yasa'nın 196/1-2 maddeleri, 197/3, 200, 212 ve 263. vb. kısa örneklerinde görüldüğü üzere, erkek bireyin egemenliği giderek yasalarla güvence altına alınmış ve eşit olması gereken kadın ve erkek egemenliği erkek lehine kurumlaştırılmıştır.

Şimdi özellikle Avrupa toplumlarında ve onlardan sağlıklı biçimde esinlenen Türk toplumunda görünen o ki, Türk kadını kimlik arayışını başlatmıştır ve bunda hem haklıdır ve hem de kararlıdır. Bu

²⁸⁰ Moroğlu, 1999: 104

²⁸¹ Moroğlu, 1999: 103

²⁸² Değişik Fıkra Resmi Gazete T: 22.05.1997 Resmi Gazete No: 22996 Kanun No: 4248/1, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları

²⁸³ Any. Mahk. 29.9.1998 T. 1997/61 E. 1998/59 K.(Resmi Gazete T: 15.11.2002, Resmi Gazete No: 24937). Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

çabasındaki amacı erkeği dışlamak, onun önüne geçmek, onu ikinci sıraya itmek olmayıp, onunla yana yana, kol kola, omuz omuza ve eşit koşullarda, eşit bulvarlarda yürümektir.

Kadının bu özlemine bir sınıf mücadelesine de iktidar hırsıdır, sadece, alnı açık, başı dik, onur mücadelesidir.

Özetlersek, artık cinsiyet ayrımının çağdaş toplumun erdem ve onuru ile bağdaşmayacağı bir noktaya gelinmiştir. Dosyamızdaki maddî olaya gelince; erkek ve kadının uzlaşıp karar vermeleri halinde, kadının soyadı aile soyadı olarak kayda geçebilmelidir.

Kuşkusuz, uygulama ile idarî bilimlerde ilk etapta bir takım intibaksızlık ve telaş yaşanacaktır. Ancak her yenilik doğuran düzenlemede olduğu gibi, idarenin yeni duruma uyum sağlayıp düzenleme yapması zor değildir.

Şimdi; eşlerin uzlaşması halinde, kadının soyadının aile soyadı olarak kabul ve tesciline Medenî Yasa'nın 153. maddesi olanak tanımamıştır. Yasa'nın bu maddesi kanımızca Anayasa'nın 12. ve 17. maddelerine aykırıdır.

Ve anılan Yasa maddesinin iptaliyle, yasamanın yeni bir düzenleme yapmasına olanak tanımak gerekir."

Yerel Mahkeme aynı zamanda Anayasanın 10. maddesini ilgi tutmuştur. Anılan maddeye göre “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.”

Buna karşılık Anayasa Mahkemesi kadının evlenmekle kocanın soyadını almasını sosyal gerçeklerin doğurduğu zorunluluklardan ve yasakoyucunun yıllar boyu kökleşmiş bir geleneği kurumsallaştırmamasından kaynaklandığını ileri sürmüştür. Mahkeme red gerekçesinde;

“Aile hukuku” öğretisinde de kadının erkeğe göre farklı yaratıldığı, zorunluluklar ve toplumsal gerçekler karşısında kadının korunması, aile bağlarının güçlendirilmesi, evlilik birliğinde düzen ve uyum sağlanması, aile içinde iki başlılığın önlenmesi gerektiği gibi hususlarda görüşler bulunmaktadır. Kullanılan aile isminin kuşaktan kuşağa doğumla geçmesiyle aile birliği ve bütünlüğü devam etmiş olacaktır. Aile birliğinin sağlanması için yasakoyucu eşlerden birisine öncelik tanımıştır. Kamu yararı, kamu düzeni ve kimi zorunluluklar soyadının kocadan geçmesinin tercih nedeni olduğunu göstermektedir. Kaldı ki itiraz konusu kural da aile isminin sadece erkeğin soyadına bağlanacağı öngörülmemekte, kadının başvurusu durumunda kocanın soyadıyla birlikte kızlık soyadını da kullanma olanağı bulunmaktadır.

Kadının evlenmekle kocasının soyadını almasının cinsiyet ayrımına dayanan bir farklılaşma yarattığı savı da yerinde değildir. Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez.

Kişilerin haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkelerine aykırılık oluşturmaz. Durum ve konumlarındaki özellikler kimi kişilerin ya da topluluklar için değişik kuralları

ve uygulamaları gerekli kılabilir. Yasakoyucunun aile soyadı olarak kocanın soyadına öncelik vermesi belirtilen haklı nedenler karşısında eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır."

demek suretiyle itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 10., 12. ve 17. maddelerini ihlal etmediği yönünde oy çokluğu ile karar vermiştir.

Karara karşıoy gerekçesinde ise genel eşitlik ilkesinin somut bir uygulaması olarak farklı cinslerin eşit haklara sahip olması ilkesinin, kadın ve erkeğin cinsiyetine bakılmaksızın aynı hukuksal statüye bağlı tutulmasını ve bunun sonucu olarak da hak ve özgürlüklerle sorumluluklar bakımından tam bir eşitlik sağlanmasını zorunlu kıldığı ve bu bağlamda Anayasa'nın 10. maddesine aykırılık oluşturduğu yönünde görüş açıklanmıştır. Gerekçede 153'üncü maddenin Anayasa'nın 13. ve 17. maddelerine aykırı olduğu ve itiraz konusu kuralın iptali gerektiği belirtilmiştir. Anayasanın 13. maddesine aykırılık oluşturması şu şekilde açıklanmıştır.

"...1985 yılında katıldığımız "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi" başlangıcında, "Kadınlara karşı ayrımcılığın, hak eşitliği ve insan şeref ve haysiyetine saygı ilkelerini ihlâl ettiği" belirtildikten sonra 1. maddede, kadınların medenî durumlarına bakılmaksızın hak ve özgürlükler konusunda cinsiyete bağlı olarak yapılan herhangi bir ayırım, yoksunluk ve kısıtlamanın "kadınlara karşı ayırım" olarak değerlendirileceği; 2. maddenin (g) bendinde taraf devletlerin, kadınlara karşı ayrımcılık oluşturan yasa, yönetmelik, adet ve uygulamaları, değiştirmek ve kaldırmak için yasal düzenlemelerle birlikte gerekli uygun önlemleri almayı üstlendikleri; 5. maddenin (a) bendinde, her iki cinsten birinin aşağılığı veya üstünlüğü fikrine veya kadın ile erkeğin kalıplaşmış rollerine dayalı ön yargıların, geleneksel ve diğer bütün uygulamaların ortadan kaldırılmasını sağlamak amacıyla kadın ve erkeklerin sosyal ve kültürel davranış kalıplarını değiştirmek için taraf devletlerin tüm uygun önlemleri alacakları ve 16. maddenin (c) bendinde de evlilik süresince ve evliliğin son bulmasında aynı hak ve sorumluluklar sağlayacakları belirtilmiştir."

Yine gerekçede Anayasanın 17. maddesine aykırılık ise;

"... Aile soyadının seçimini, evlilik birliğinin eşit haklara sahip bireyleri olan eşlerin özgür iradesine bırakmayarak bu konuda kocaya mutlak bir üstünlük sağlayan kural, yalnız eşitlik ilkesine değil, kadının soyadı üzerindeki kişilik haklarını sınırlaması, bu yolla onun maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına bir müdahale niteliği taşıması nedeniyle Anayasa'nın 17. maddesine de aykırılık oluşturmaktadır."

şeklinde açıklanmıştır²⁸⁴.

Farklı cinslerin eşit haklara sahip olması Anayasamızda 10. madde de düzenlenmiştir. Değişiklik yapılmadan önceki halinde Alman Anayasa'sının 3. maddesinde yer alan "Erkekler ve kadınlar aynı haklara sahiptirler" ibaresi bulunmamaktaydı²⁸⁵. 2004 yılında ek

²⁸⁴ Karşıoy gerekçesi, ANY. MAHK. 29.9.1998 T. 1997/61 E. 1998/59 K.(Resmi Gazete T: 15.11.2002, Resmi Gazete No: 24937). Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları

²⁸⁵ Kantarcıoğlu, 1998: 53-63.

fıkra eklenerek²⁸⁶ "Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür." ibaresi, 2010 yılında eklenen cümle ile "Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz." ibaresi eklenmiştir²⁸⁷.

Kanaatimizce, kadın ve erkek eşitliği açısından mevcut düzenleme Anayasa'nın 10, 12 ve 17. maddelerine aykırılık oluşturmaktadır. Bu durum aynı zamanda Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'ne de aykırılık oluşturmaktadır. Anayasa'nın 90. maddesi Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bu nedenle, sözleşme şartlarına uyulması gerekir.

2.3.2.2.3 4721 Sayılı Yeni Medeni Kanun Düzenlemesi

2.3.2.2.3.1 Türk Medeni Kanunu'nun 173. Maddesi

Yeni Medeni Kanun'da 173. ve 187. maddeleri ile kadının soyadına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır.

Boşanma halinde kadın, evlenme ile kazandığı kişisel durumunu korur (TMK.m.173). Kişisel durumlar, erginlik, vatandaşlık ve kayın hısımlılığıdır. Hükümde her ne kadar “kadın” denilmişse de bu durumlar “erkek” için de geçerlidir. Soyadı da kişisel durumlar arasında yer alır. Boşanma halinde erkeğin soyadında bir değişiklik olmazken kadının soyadı değişmektedir. Kadının soyadı istisna olarak düzenlenmiştir. Boşanma halinde kadın, evlenmeden önceki soyadını yeniden alır (TMK.m.173). Kadın evlenmeden önce dul ise boşanmanın kesinleşmesinden sonra bu soyadını tekrar alır. Bekârlık soyadını kullanmak istiyorsa hâkimden bu yönde talepte bulunması gerekir.

Türk Medeni Kanunu'nun 173. maddesi, Önceki Medeni Kanunun 3678 sayılı yasa²⁸⁸ ile değiştirilmiş 141. maddesine karşılık gelmektedir. Yapılan değişiklik ile boşanan kadının evlenmeden önceki soyadını almasına izin verilmemiş, yalnızca bekârlık soyadını alabileceği öngörülmüştür. Türk Medeni Kanunu'nun 173. madde gerekçesinde, yapılan bu değişikliğin isabetli olmadığı belirtilmiştir²⁸⁹. Kadın, çocukları ile aynı soyadı taşımak isteyebilir. Bekârlık soyadını alması durumunda çocukları ile soyadı farklı olacaktır. Bu nedenle, 141. maddenin 3678 sayılı yasa ile değişmeden önceki hali ile aynı düzenleme yapılmıştır. Kadın, evlenmeden önce dul ise, dulluk soyadına dönmesi kuralı kabul edilmiş, ancak dilerse hâkimden bekârlık soyadını taşımasına izin isteyebileceği istisnası öngörülmüştür²⁹⁰.

²⁸⁶ Ek fıkra: 7/5/2004-5170/1 md.

²⁸⁷ Ek cümle: 12/9/2010-5982/1 md.

²⁸⁸ Mülga Madde Resmi Gazete T: 23.11.1990 Resmi Gazete No: 20704 Kanun No: 3678/4. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları

²⁸⁹ Helvacı, 2013a: 154.

²⁹⁰ Gerekçe m.173.

İsviçre Medeni Kanunu'nda Türk Medeni Kanunu'nun 173. maddesine karşılık gelen 119. maddesine göre, boşanan kadın kural olarak boşandığı kocasının soyadını kullanmaya devam etmektedir. Boşandığı kocasının soyadını kullanmak istemezse boşanma kararının kesinleşmesinden itibaren bir yıl içinde mahkemeden bekârlık ya da önceki soyadını kullanmasına izin verilmesini isteyebilir²⁹¹. Almanya ve Avusturya Medeni Kanunları'nda da kural olarak kadın boşandığı kocasının soyadını kullanmaya devam etmektedir²⁹².

Kanaatimizce, Türk Medeni Kanunu'nda yapılacak bir değişiklik ile kural olarak kadının boşandığı kocasının soyismini kullanması, kullanmak istemediği takdirde dava açması, şeklinde bir düzenleme getirilebilir. Zira kişiye sıkı sıkıya bağlı soyisminin değişmesi kadın için mağduriyet yaratmaktadır. Kaldı ki, kadına evlilik ile kocanın soyismini alması kanuni düzenleme sonucu ortaya çıkan bir dayatmadır. Boşanmanın gerçekleşmesi ile kadın soyismi konusunda tekrar bir dayatma ile karşı karşıya kalmaktadır.

2.3.2.2.3.2 Türk Medeni Kanunu'nun 187. Maddesi

Kadının soyadına ilişkin düzenleme olan TMK.m.187 hükmüne göre; "*Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruya kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir.*". Önceki Medeni Kanunun 153'üncü maddesine karşılık gelmektedir. Bu maddede birinci fıkrada yer alan "*Karı, kocasının aile ismini taşır.*" ibaresi 4248²⁹³ sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile kaldırılmıştır. Yine, 153'üncü maddenin ikinci fıkrası, Yeni Medeni Kanun'da yer almamış, tek fıkra olarak düzenlenmiştir.

Evlenen kadının kocasının soyadını almakla birlikte, isterse evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuru ile kocasının soyadının önünde evlenmeden önceki soyadını kullanabilmesi öngörülmüştür. Eğer kadın daha önce iki soyadı kullanıyorsa, bu imkândan ancak bir soyadı için yararlanabilecektir. Diğer bir deyişle, evlenmeden önce kendi soyadı ile önceki eşinin soyadını kullanıyorsa, yeni evlilikte iki soyadını birden kullanamayacaktır.

²⁹¹ Ceylan, 2006: 52.

²⁹² Demir, 2004: 10.

²⁹³ (Mülga Fıkra Resmi Gazete T: 22.05.1997 Resmi Gazete No: 22996 Kanun No: 4248/1). Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları

2.3.2.2.3.3 Türk Medeni Kanunu'nun 173. ve 187. Maddelerinin Birlikte Değerlendirilmesi

Türk Medeni Kanunu m.173 ve m.187 hükümlerini birlikte değerlendirmek gerekir. 187'nci madde kadının evlenmekle alacağı soyadı düzenlemesine ilişkindir. TMK. 173'üncü madde kadının boşanma halinde taşıyacağı soyadına ilişkin bir düzenlemedir. Boşanan kadının, kocasının soyadını taşımasına izin verilmesi kadının sosyal kişiliğinin korunması amacını gütmektedir. Eklemek gerekir ki, kadın evli iken kocasının soyadı önünde kendi soyadını kullanmışsa, boşandıktan sonra da izin verilmesi halinde iki soyadını birlikte kullanabilmelidir²⁹⁴. TMK. 187'nci madde ile kadına kocasının soyadı ile birlikte kendi soyadını taşımasına izin verilmesi de kadının sosyal kişiliğinin korunması amacıyla getirilmiştir. Her iki madde de aynı amaca hizmet etmektedir. Ancak kadına evlenirken tek başına kendi soyadını taşıma imkânı tanınmamıştır. İsviçre, Almanya ve Avusturya kanunlarında evlilik sırasında taraflara aile soyadını seçme imkânı verilmiş, seçim yapılmaz ise kocanın soyadının aile soyadı olacağı düzenlenmiştir. Türk Hukukunda da benzeri bir düzenleme yapılırsa bu konuda sorun ortaya çıkmaz²⁹⁵. Bu görüşe biz de katılmaktayız.

Karşılaştırmalı hukukta kadının soyadına ilişkin farklı düzenlemeler yer almaktadır. İsviçre Medenî Kanunu'nun (ZGB) 160. maddesinin birinci fıkrasında kadının evlenmekle kocasının soyadını alacağı düzenlenmiştir. İkinci fıkrada ise kadına evlenmeden önce nüfus memurluğuna yapacağı başvuruya, kocasının soyadının önünde kendi soyadını da kullanabilme hakkı verilmiştir. Daha sonra, ZGB'nin 160. maddenin birinci fıkrasında 01.01.2013 tarihinde yapılan değişiklik ile evlenme sırasında her eşin kendi soyadını kullanabilmesine olanak tanınmıştır²⁹⁶. Ayrıca ZGB'nin 30. maddesinde nişanlıların evlilik öncesinde haklı bir nedene dayanarak yapacakları talep üzerine kadının soyadının aile soyadı olarak kullanılmasına izin verilebileceği belirtilmiştir²⁹⁷.

Alman hukukunda, ortak bir aile soyadının kullanılması zorunluluğu olmayıp eşler farklı soyadlarını kullanabilmektedirler. Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) 1355. maddesine göre, evlenecek olanlar, ortak bir aile soyadı belirlememişlerse, eşlerin her biri, evlilikten sonra da evlenme anında sahip olduğu soyadını kullanmaya devam ederler²⁹⁸. Aile soyadı olarak, kadın veya erkeğin soyadı veya başvuru tarihindeki soyadının seçilmesi mümkündür. Ayrıca, aile soyadının seçimi, evlenmeden sonra da yapılabilir²⁹⁹.

²⁹⁴ Ceylan, 2006: 52, Öztan, 2015: 768.

²⁹⁵ Öztan, 2015: 768.

²⁹⁶ Atasoy, 2015: 8.

²⁹⁷ Atasoy, 2015: 8.

²⁹⁸ Helvacı, 2017: 771-788.

²⁹⁹ Atasoy, 2015: 8.

Avusturya hukukunda, Avusturya Medeni Kanunu'nun 93. maddesine göre, nişanlılar evlilik öncesinde veya evlilik sırasında, erkeğin veya kadının soyadından birini seçerek ailenin ortak soyadı olarak belirleyebilirler. Soyadı, aile soyadı olarak seçilmemiş olan nişanlı, evlenme öncesinde veya evlenme sırasında, kendi soyadını, aile soyadının önüne veya arkasına eklenmesini isteyebilir. Bir seçim yapılmazsa, erkeğin soyadı ailenin ortak soyadı olur. Bu durumda kadın, evlilikten önce veya evlilik sırasında bildirimde bulunarak, kendi soyadını kullanmaya devam edebilir³⁰⁰.

Türk Hukukunda, kadına evlilik ile kocanın soyadını alması gerektiği TMK.m.187 hükmü ile dayatılmaktadır. Kadının kişiliğinin ayrılmaz bir parçası olan soyadını o güne kadar ki yaşantısında kullanmakta iken sürücü belgesi, tapu kayıtları v.s. resmi kayıtların hepsini değiştirmesi gerekmektedir³⁰¹. Kadının evlilik soyadının önünde bekarlık soyadını kullanması durumunda medeni durumuna ilişkin bilgi içermekte, örneğin iş görüşmesi veya terfi gibi durumlarda kadınların olası ayrımcılıklarla karşılaşması sözkonusu olabilmektedir³⁰².

Evlenen kadının soyadı değişikliği sebebiyle bir çok resmi evrakı değiştirdikten sonra ve kocanın soyadını kullanmakta iken bu kez boşanmakla TMK.m.173 hükmü uyarınca yine soyadını değiştirmek zorunda kalmaktadır. Boşanan kadın resmi kayıtları ve belgelerini yine değiştirmek eziyeti ile karşı karşıya kalmaktadır³⁰³.

İsim hakkı erkek açısından mutlak biçimde korunmakta iken kadın için adeta bir "statü ismi" niteliği taşımakta, kadının soyadı evlenme, evliliğin feshi, boşanma, yeniden evlenme gibi hallerde statüsüne göre değişmektedir³⁰⁴.

9 Mart 2005 tarihinde TBMM'ye 187'inci maddenin değiştirilmesi için bir kanun teklifi sunulmuştur³⁰⁵. Buna göre maddenin değişik hali şu şekilde olmalıdır;

Madde187- Aile Adı

“Eşler evlendirme memuruna yapacakları yazılı bildirim ile ortak aile adı olarak erkeğin ya da kadının doğumla aldığı soyadını seçebilirler. Soyadı aile adı olarak seçilmeyen eş, doğumla kazandığı soyadını aile adının önünde taşır.”

Teklif edilen değişiklik ile eşlere ortak aile adını seçme imkânı tanınmış ancak AHİM kararı doğrultusunda eşlerin kendi soyadlarını taşımaya devam edebilmelerine olanak

³⁰⁰ Atasoy, 2015: 8.

³⁰¹ Kılıçoğlu, 2015: 159; Kılıçoğlu Yılmaz, 2014: 589.

³⁰² Uluğ, 2015: 48-58.

³⁰³ Kılıçoğlu, 2015: 159; Abik, 2005: 91.

³⁰⁴ Göztepe 1999.

³⁰⁵ Moroğlu, “9 Mart 2005 tarih ve 288 sayı ile TBMM’ne İstanbul Milletvekili Birgen Keleş ve arkadaşları tarafından TBMM’ne “TMK.nun 187 nci Maddesinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun Teklifi” sunulmuştur”, Medeni Kanun’a Göre Kadının Soyadı ve Bir Öneri, 4 nolu dipnot.

sağlanmamıştır. Ortak bir soyadı seçilmez ise eşlerin durumu hakkında açıklık bulunmamaktadır, bu nedenle kanun teklifi yetersiz olup, Alman Hukuku düzenlemesi örnek alınabilir³⁰⁶.

Kadının evlilikte bekarlık soyadını kullanmaya devam etme talebiyle açılmış davalar reddedilmiştir. Yargıtay, kadının evlenmekle aldığı kocasının soyadının iptali ve evlilik birliği içinde bekarlık soyadının kullanılması istemi ile açılan davaları reddetmiştir. Gerekçe olarak, Türk Medeni Kanunu'nun benimsediği aile birliğinin ve bütünlüğünün kocanın soyadı üzerinden devamına ilişkin genel prensibi ve kamu düzenini bozacağı görüşünü dile getirmiştir. Yargıtay 2. Hukuk dairesinin bu yöndeki 18 Haziran 2012 tarihli kararında;

*"Dava, evli kadının soyadında değişikliğe ilişkindir. Davacı, evlenmekle yasa gereği kocasının soyadını almıştır. Kocasının soyadı önünde evlenmeden önceki soyadını da kullanmaktadır. Mahkemece; davacının evlenmekle aldığı kocasının soyadının iptaline, kızlık soyadını kullanmasına izin verilmesine karar verilmiş, hükmü nüfus idaresi temyiz etmiştir. Türk Medeni Kanunu'nun benimsediği aile birliğinin ve bütünlüğünün kocanın soyadı üzerinden devamına ilişkin genel prensibi ve kamu düzenini bozar. Öyleyse davanın reddine karar verilmelidir. Açıklanan hususlar gözetilmeksizin yasal olmayan gerekçelerle karar verilmesi doğru bulunmamıştır."*³⁰⁷

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 21 Şubat 2013 tarihli kararında üstteki kararına benzer sebeplerle aynı konuda yine red vermiştir. Anılan kararda; *"Türk Medeni Kanununun benimsediği aile birliğinin ve bütünlüğünün kocanın soyadı üzerinden devamına ilişkin genel prensibi ve kamu düzenini bozar. Öyleyse davanın reddine karar verilmelidir. Açıklanan hususlar gözetilmeksizin yasal olmayan gerekçelerle karar verilmesi doğru bulunmamıştır."*

(AİHS. m. 8) (2709 S. K. m. 10, 90, 153) (5490 S. K. m. 37) (4721 S. K. m. 187)³⁰⁸.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi daha sonra görüş değiştirmiş ve 28 Nisan 2015 tarihli kararında, evlilikte kadının yalnızca bekarlık soyadı kullanmasına dair verilen yerel mahkeme kararını onamıştır. Yargıtay kararında yer verilen davacının taleplerine göre;

"Davacı vekili 16/10/2012 tarihli dava dilekçesinde, müvekkilinin doçent doktor sıfatıyla ... Üniversitesinde İngiliz Dili ve Edebiyatı Amerikan Kültürü ve Edebiyatı Bölümlerinde ders veren bir akademisyen olduğunu, müvekkilinin geçmişinin başarılarla dolu olduğunu, uluslararası düzeyde makalelerinin bulunduğunu, ilk kitabını dünyanın en ünlü akademik yayınevlerinden biri olan "Oxford Üniversitesi Yayınevi" aracılığıyla piyasaya sürdüğünü, anadili İngilizce olmadığı halde Anglo-Amerikan edebiyatı alanında dünya çapında kendine yer edinen nadir bilim insanlarından biri olduğunu, müvekkilinin bu akademik çalışma ve yayınlarını kendi soyadı olan "Ç...l" ile verdiğini, edebiyat ve bilim alanında bu soyadıyla tanındığını, müvekkilinin Prof. Dr. Ahmet Ç.. 'un tek çocuğu olup ailesinin soy ismini kendisinden sonra devam ettirecek bir varisinin de bulunmadığını, ...Üniversitesinde Kültürler, Uygarlıklar ve Fikirler adlı programda yardımcı doçent sıfatıyla öğretim

³⁰⁶ Moroğlu, (tarih yok).

³⁰⁷ Y 2.HD, T.18.06.2012, E.2011/7737, K.2012/16695. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

³⁰⁸ Y 2.HD, T.21.2.2013, E.2012/2319, K.2013/2319. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

üyesi olan W.N.C. ile 07/07/2012 tarihinde evlendiğini, evlendikten sonra kendi soyadının yanında "C.." soyadını kullanmak zorunda kaldığını, soyadının değişmesinin akademik kariyeri ve mesleğinde bir takım zorluklarla karşılaştığını, müvekkilinin kadın olarak bir birey olduğunu ve soyadı gibi kişiye sıkı sıkıya bağlı devredilmez bir kişilik hakkının kullanım hakkına haiz olduğunu, bu hakkın kullanılmasının Anayasanın ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin vazgeçilmez bir unsuru olduğunu belirterek, müvekkilinin evlenmekle edindiği "C.." soyadının iptaliyle kendi soyadı olan "Ç.."u kullanmasına karar verilmesini talep ve dava etmiştir."

Dahili davalı olan eş, davacı eşi tarafından açılan kendi kızlık soyadını kullanmasına ilişkin davayı kabul ettiğini belirtmiştir. Yargıtay yerel mahkeme kararını şu gerekçelerle onamıştır;

"Netice itibarıyla davacının mesleki ve sosyal yaşam ortamı bakımından tanınabilirliği nedeniyle evlendikten sonra da önceki soyadını kullanmakta hukuki yararı olduğu gibi Türkiye Cumhuriyeti Devletinin tanıdığı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi, bunlara bağlı protokol ve tavsiye kararları hükümleri ile de davacının evlendikten sonra önceki soyadını kullanma hakkının korunması nedeniyle" davanın kabulüyle evli davacının bekarlık soyadını kullanmasına karar verilmiştir. Hükmün onanmasına karar verilmiştir.(AİHS m. 8, 14, 16) (2709 S. K. m. 10, 41, 90) (4721 S. K. m. 187) (AYM.10.03.2011 T. 2009/85 E. 2011/49 K.)³⁰⁹.

Yargıtay kadının evlendikten sonra da kendi soyadını kullanmasında hukuki yararı bulunduğunu ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi, bunlara bağlı protokol ve tavsiye kararları hükümleri ile bu hakkın korunmasını kabul kararında gerekçe olarak göstermiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı evlilik soyadının iptali ile evlilik birliği içinde kızlık soyadının kullanılmasına ilişkin açılan davada, kızlık soyisminin kullanılması için haklı bir gerekçeye ihtiyaç bulunmadığını vurgulamıştır. 30 Eylül 2015 tarihli karara göre;

"Dava, evlilik soyadının iptali ile evlilik birliği içinde kızlık soyadının kullanılması istemine ilişkindir. Somut olaya gelince: sebep önemli olmaksızın davacı evlilik birliği içinde sadece kızlık soyismini kullanmak istemektedir. Kızlık soyismini kullanmak istemek için haklı bir gerekçenin bulunmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu hak AİHS ve Anayasanın maddeleri kapsamında bir insan hakkıdır ve cinsiyete dayalı olarak bir ayrıma tabi tutulmaksızın erkek ve kadın arasında eşit şekilde uygulanmalıdır. Aksi durum AİHS'nin maddesine aykırılık teşkil edecektir. Yukarıda açıklanan nedenlerle yerel mahkeme kararı usul ve yasaya uygun olup, onanmalıdır." (AİHS. m. 8, 14) (2709 S. K. m. 10, 17, 90, 153) (5490 S. K. m. 37) (4721 S. K. m. 187) (Ünal Tekeli -Türkiye Davası) (Bahar Leventoğlu Abdulkadiroğlu V. - Türkiye Davası) (Tuncer Güneş - Türkiye Davası) (Tanbay Tüten - Türkiye Davası)³¹⁰

Hukuk Genel Kurulu, evlilik içinde kızlık soyisminin kullanılmasının AİHS ve Anayasa hükümleri karşısında bir insan hakkı olduğunu ve başkaca haklı bir gerekçe sunulmasına

³⁰⁹ Y 2.HD, T.28.4.2015, E.2014/20471, K.2015/8704. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

³¹⁰ HGK, T.30.9.2015, E.2014/2-889, K.2015/2011. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

gerek olmadığını kabul etmiştir. Yargıtayın bu konudaki kararlarında görüş değiştirmesinde gerekçesinde yer verdiği Anayasa Mahkemesi ve AİHM kararlarının büyük etkisi olmuştur.

Soyadı Kanunu³¹¹ 4'üncü maddesine göre, soyadı seçme vazifesi ve hakkı evlilik birliğinin reisi olan kocaya aittir. Türk Medeni Kanunu 186.maddesi eşlerin birliği beraberce yöneteceklerini öngörmüştür. Bu nedenle Soyadı Kanunu, Türk Medeni Kanunu ile uyumlu hale getirilmelidir. Maddede 14.02.2012 tarihinde yapılan değişiklik³¹² ile *"Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır."* ibaresi iptal edilmiştir. Bunun üzerine, boşanma ile velayeti kendisine bırakılan çocuk/çocuklar ile aynı soyadına sahip olmak amacıyla kadınlar tarafından çok sayıda dava açılmış, ancak Yargıtay Hukuk Genel kurulu, evlilik içinde doğan çocuğun soyadının aile soyadı olması gerekçesiyle reddetmiştir³¹³. Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru yoluyla yaptığı incelemede, bu durumun Anayasa'nın 10. ve 20. maddelerini ihlal ettiği gerekçesiyle başvuruyu kabul etmiştir³¹⁴.

2.3.2.2.4 Kadının Soyadına İlişkin AİHM ve Anayasa Mahkemesi Kararları

2.3.2.2.4.1 AİHM Kararları

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 1996/29865 Esas ve 16.11.2004 karar tarihli, Ünal Tekeli-Türkiye davasında ilgili iç hukuk ve uygulamalar başlığı altında Eski Medeni Kanun'un 153. maddesi (14 Mayıs 1997 tarihli, 4248 sayılı yasayla değişik), şu anda 22 Kasım 2001 tarihli yeni Medeni Kanun'un 187. maddesi; Anayasa'nın 10, 90, 152. maddelerine ve 29 Ekim 1998 tarihli (E 1997/61, K 1998/59) Anayasa Mahkemesi kararına yer vermiştir.

Uluslararası hukuk kapsamında;

Avrupa Konseyi'nin Çalışmaları başlığı altında: Bakanlar Komitesi'nin 27 Ekim 1978 tarihli, (78) 37 sayılı Karar ve cinsiyet ayrımcılığına karşı yasal korumaya dair 5 Şubat 1985 tarihli, 2 sayılı Tavsiye Kararı (R). Kararın 6. Paragrafı'nda ki çözüm önerilerine değinmiştir. Bakanlar Komitesinin çözüm önerileri : "6. ...eşlerden birinin kendi soyadını değiştirerek diğerinin soyadını almasını yasal bir

³¹¹ 2525 S.K., Kabul Tarihi: 17.02.1926 Resmi Gazete. Tarihi: 04.04.1926 Resmi Gazete. No: 339. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları

³¹² Resmi Gazete T:14.02.2012, Resmi Gazete No: 28204, AYM. 08.12.2011 T. 2010/119 E. 2011/165 K. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

³¹³ HGK, T.13.3.2015, E.2013/18-1755, K.2015/1039. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

³¹⁴ "Başvuruya konu yargı kararları açısından da çocuğun soyadının belirlenmesi noktasında velayet hakkının kullanılması bakımından kadın ve erkek arasında öngörülen farklı muamele makul şekilde gerekçelendirilmediği gibi çocuk reşit oluncaya kadar veya baba 4721 sayılı Kanun'un 27. maddesi uyarınca soyadını değiştirmedeği sürece çocuğun soyadının değiştirilmesinin hiçbir koşulda mümkün olmadığı tespitlerine yer verilmek suretiyle kadın eş için haklı nedenlerin bulunması durumunda dahi çocuğun soyadını belirleme imkanı tanımayan söz konusu uygulamanın ölçülü olduğu da kabul edilemez." AYM, T.11.11.2015, E.2013/9880. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

zorunluluk olmaktan çıkartmak üzere bir düzenlemeye gidilmesi ve bu yapılırken aşağıdaki örnek sistemlerden birine bağlı kalınması:

i. eşlerin ortak bir soyadı, özellikle de eşlerden birinin soyadı, her iki eşin soyadlarının birleştirilmesiyle oluşan bir soyadı ya da her iki eşe de ait olmayan bir soyadı üzerinde anlaşması;

ii. her iki eşin de evlilikten önceki soyadlarını değiştirmemesi

iii. yasalar uyarınca ortak soyadının her iki eşin soyadlarının birleştirilmesi suretiyle oluşturulması;" olarak sunulmuştur.

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, kadınla erkek arasında soyadı seçimi ve ebeveynlerin isimlerinin çocuğa geçmesi gibi konulardaki ayrımcılığa ilişkin 28 Nisan 1995 tarihli ve 1271 (1995) sayılı Tavsiye Kararında Meclis, Bakanlar Komitesi'nin cinsiyete dayalı ayrıma izin veren üye ülkeleri belirleyerek bu ülkelerden, başka noktaların yanı sıra "evlilikte ortak bir soyadının seçiminde eşler arasında tam bir eşitlik sağlanması" için gereken önlemleri almalarını istemesini tavsiye etmektedir (no. 5, ii). Bakanlar Komitesi 20 Ekim 1998 tarihinde Parlamenterler Meclisi'nin bu konudaki görüşlerine katıldığını belirtmiş ve her iki Tavsiye Kararını, durumu ayrıntılı olarak inceleyerek makul bir zaman içerisinde alınması gereken önlemler konusunda önerilerde bulunmaları için Avrupa Yasal İşbirliği Komitesi (CDCJ) ile Kadın-Erkek Eşitliği Yürütme Komitesi'ne (CDEG) ilettiğini bildirmiştir. Avrupa Yasal İşbirliği Komitesi (CDCJ), 1999 yılında Bakanlar Komitesi'ne gönderdiği görüş taslağında , birçok Devletin bu alandaki iç hukuk hükümlerini kısa süre önce değiştirdiğini ancak diğerlerinin henüz bunu yapmadığını belirtmiştir (sayı 4). Adet ve yerel gelenek çeşitliliğine saygı duyulmasının gerektiğini ve tek bir sistem kabul etmenin gerekli olmadığını bildirmiştir. 37 sayılı kararın 17. bendi zaten birçok seçenek sunmaktadır (sayı 5). Halen yasalarında soyadı konusunda kadınlar aleyhinde ayrımcılık yapan hükümler bulunan Devletler, bu ayrımcılığı ortadan kaldırmak için tüm gerekli önlemleri almalıdır (sayı 6).

Birleşmiş Milletler; 27. Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 3. maddesi (Birleşmiş Milletler Genel Meclisi tarafından 19 Aralık 1966'da kabul edilmiştir) şöyledir: *"Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, bu Sözleşmede yer alan bütün kişisel ve siyasal hakların kullanılmasında eşit haklar sağlamayı taahhüt eder."* Bu eşitlik şartı; metni AİHS'nin 7 No.lu Protokolü'nün 5. maddesine temel teşkil eden, henüz Türkiye tarafından onaylanmayan, 23. madde 4. paragrafta evliliğe ilişkin olarak teyit edilmektedir: *"Bu Sözleşmeye taraf Devletler, eşlerin evlilik konusunda, evliliğin devam ettiği sürece ve boşanmada eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olmaları için gerekli önlemleri alır. Boşanma halinde çocukların korunması için gerekli hükümler konur."*

Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Avrupa Konseyi'nin birçok üyesi tarafından onaylanmış, ancak Türkiye tarafından henüz onaylanmamıştır (Türkiye, bu sözleşmeyi 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamıştır).

28. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi, 23. maddenin 4. bendinin, Taraf Devletleri, kadınla erkek arasında, eşlerin kendi soyadlarını kullanabilme ya da yeni soyadının seçimi konusunda ortak karar alma hakkı da dahil hiçbir ayrımcılık olmamasını sağlamaya yükümlü kıldığı kanısındadır.

29. Buna ek olarak, Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına ilişkin Sözleşme'nin 16. maddesinin 1 (g) bendi şu şekildedir:

'Taraf Devletler kadınlara karşı evlilik ve aile ilişkileri konusunda ayrımı önlemek için gerekli bütün önlemleri alacaklar ve özellikle kadın-erkek eşitliği ilkesine dayanarak kadınlara aşağıdaki hakları sağlayacaklardır:

(g) Aile adı, meslek ve iş seçimi dahil her iki eş (kadın-erkek) için geçerli, eşit kişisel haklar;"

30. Avrupa Konseyi'nin Türkiye de dahil birçok ülkesi bu sözleşmeyi onaylamıştır. Türkiye, 19 Ocak 1996'da sözleşmeyi onaylarken Medeni Kanun'un aile ilişkilerini düzenleyen bazı hükümlerinin, Sözleşme'nin 15. ve 16. maddeleriyle uyumlu olmayabileceğine yönelik bir çekince koymuştur. 20 Eylül 1999 tarihli bir açıklama ile Türk Hükümeti bu çekincesini kaldırmıştır.

31. Bu sözleşmenin uygulanmasıyla görevli komite (Kısım V, Madde 17 ve devamı), farklı ülkelere ilişkin raporlarında (1 Mayıs 2000 tarihli CEDAW Raporu, A/55/38 kısım I (2000) 21 §§ 172-75 ve 20 Nisan 2001 tarihli CEDAW Raporu, A/56/38 kısım I (2001) 26, §§ 211- 16) kadınların soyadı seçimi ve isterlerse kendi adlarını koruyabilme haklarını tasdik etmiştir.

Mahkeme yukarıdaki gerekçelere dayanarak, oybirliğiyle Başvuranın AİHS'nin 34. maddesi uyarınca "mağdur" olduğunu iddia edebileceğine; AİHS'nin 8. maddesi ile birlikte düşünüldüğünde 14. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Mahkeme daha sonra bu konuya ilişkin yapılan başvurularda da aynı yönde karar vermiştir. AİHM 2.Dairesi, 2007/7971 Esas ve 28.5.2013 tarihli (Başvuru no 7971/07); 2006/51166 Esas ve 9.7.2013 Tarihli; 2008/26268 Esas ve 9.7.2013 Tarihli; 2009/38249 Esas ve 10.12.2013 Tarihli; 2010/4789 Esas ve 20.1.2015 Tarihli; Mahkeme, 2013/40375 Esas ve 29.9.2015 Tarihli kararında, dava dosyasındaki belgelerden, Anayasa Mahkemesi'nin 19 Aralık 2013 tarihli kararının ardından, İstanbul Aile Mahkemesi önünde yeni bir davanın açıldığını, 22 Nisan 2014 tarihinde, İstanbul Aile Mahkemesi başvuranın sadece kendi soyadını kullanmasına karar verdiğini, kararın 29 Mayıs 2014 tarihinde kesinleştiğini ve sonuç olarak, 6 Haziran 2014 tarihinde, başvuranın soyadı nüfus kayıtlarında "Akat Ekşi" yerine "Akat" olarak değiştirildiğini belirtmiştir. Mahkeme, söz konusu durumun ulusal mahkemeler önünde çözüme kavuşturulduğu ve bu nedenle başvuranın iddia edilen ihlallerden dolayı mağdur olmadığı bu nedenle başvuruyu kabul edilemez olarak nitelendirmiştir.

Ancak başvurucunun bu sonucu elde edinceye kadar oldukça uzun ve meşakkatli bir hukuk mücadelesi verdiği anlaşılmaktadır.

Başvuran kadın bu mücadeleye, 2 Ağustos 2007 tarihinde sadece kendi soyadı olan "Akat"ı kullanmasına izin verilmesi için, Fatih Asliye Hukuk Mahkemesi önünde dava açmakla başlamıştır. Fatih Asliye Hukuk Mahkemesi, 13 Kasım 2007 tarihinde, görevli mahkeme olmadığı gerekçesiyle başvuranın talebini reddetmiş ve davayı Fatih Aile Mahkemesi'ne havale etmiştir. Fatih Aile Mahkemesi, 17 Temmuz 2008 tarihinde, Nüfus İdaresi'nin mevcut davaya taraf olma yetkisi olmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir.

Başvuran, 17 Mart 2009 tarihinde, Fatih Aile Mahkemesi önünde dava açmıştır. Yargılama işlemleri sırasında, konu, Medeni Kanun'un 187. maddesinin anayasallığının değerlendirilmesi için Anayasa Mahkemesi'ne intikal ettirilmiştir. Anayasa Mahkemesi, 10 Mart 2011 tarihinde, söz konusu hükmün anayasallığını değerlendirmiş ve davayı reddetmiştir³¹⁵. Bunun üzerine Fatih Aile Mahkemesi, 14 Haziran 2011 tarihinde, Medeni Kanun'un 187. maddesi uyarınca, evli kadınların evlilik yoluyla eşlerinin soyadlarını taşımak zorunda oldukları ve kendi soyadlarını tek başına kullanamayacakları gerekçesiyle başvuranın talebini reddetmiştir. Başvuran, temyiz yoluna gitmiş ve Yargıtay, 24 Aralık 2012 tarihinde, kararı onamıştır. Yargıtay'dan bir sonuç alamayan davacı 21 Mart 2013 tarihinde, Anayasa Mahkemesi önünde bireysel başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi, 19 Aralık 2013 tarihinde, başvurunun kabul edilebilir olduğuna ve Anayasa'nın 17. maddesi uyarınca güvence altına alındığı şekliyle başvuranın kişisel bütünlüğüne müdahalenin kanunda öngörülmediğine karar vermiştir. Bu nedenle, Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir. Anayasa Mahkemesi, başvurana dava masraflarının ödenmesine karar vermiş ve manevi tazminat talebini reddetmiştir. Ayrıca, Anayasa Mahkemesi, dava dosyasını, yargılama işlemlerinin yenilenmesi için, yetkili ilk derece mahkemesine göndermeye karar vermiştir. Daha sonra, 27 Ocak 2014 tarihinde, İstanbul Aile Mahkemesi önünde dava açılmıştır. İstanbul Aile Mahkemesi, 22 Nisan 2014 tarihinde, başvuranın sadece kendi soyadını kullanmasına karar vermiştir. Bu karar, 29 Mayıs 2014 tarihinde kesinleşmiştir. Başvuranın soyadı olan "Akat Ekşi", 6 Haziran 2014 tarihinde, nüfus kaydında "Akat" olarak değiştirilmiştir. Buna göre, başvuran 6 Haziran 2014 tarihinden beri kendi soyadını kullanabilmektedir.

2.3.2.2.4.2 Anayasa Mahkemesi Kararları

Anayasa Mahkemesi'ne Önceki Medeni Kanun yürürlükte iken somut norm denetimi yoluyla yapılan başvuru reddedilmiştir. Yerel Mahkeme, 17.2.1926 günlü, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 14.5.1997 günlü, 4248 sayılı Yasa ile değiştirilen 153. maddesinin birinci fıkrasının, Anayasa'nın 12. ve 17. maddelerine aykırılığı savıyla iptali isteminde bulunmuştur. Evlenerek kocasının soyadını alan kadının, evlenmeden önceki soyadını aile soyadı olarak kullanmak için açtığı davada, Mahkeme, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 153. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırılık savını ciddî bularak iptali için başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi 17.2.1926 günlü, 743 sayılı "Türk Kanunu Medenisi"nin 153. maddesinin 4248 sayılı Yasa ile değiştirilen birinci fıkrasındaki "Kadın, evlenmekle

³¹⁵ AYM. T. 10.3.2011, E 2009/85, K 2011/49 (Resmi Gazete T: 21.10.2011, Resmi Gazete No: 28091). Sinerji Mevzuat ve İhtihat Programları.

kocasının soyadını alır” kuralının Anayasa’ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, oyçokluğuyla karar vermiştir³¹⁶.

01.01.2002 tarihinde 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle tekrar Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesinin 2009/85 E. 2011/49 K. ve 10.3.2011 tarihli kararında³¹⁷; Evli kadının yalnız önceki soyadını kullanması istemiyle açılan davalarda itiraz konusu kuralın Anayasa’ya aykırı olduğu kanısına varan Fatih 2. Aile Mahkemesi (Esas Sayısı: 2009/85), Ankara 8. Aile Mahkemesi (Esas Sayısı: 2010/35), Kadıköy 1. Aile Mahkemesi (Esas Sayısı: 2010/94) Türk Medeni Kanunu’nun 187. maddesinin Anayasa’nın 2, 10, 12, 17, 41 ve 90. maddelerine aykırılığı savıyla iptal edilmesi için ayrı ayrı Anayasa Mahkemesine başvurmuşlardır. Anayasa Mahkemesi, açılan davalarda hukuki irtibat bulunması sebebiyle dosyaların birleştirilmesine karar vermiştir.

İtiraz yoluna başvuran mahkemeler, Anayasa’nın m. 2, 10, 12, 17, 41, 90 maddelerinin yanı sıra Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme m. 1, 16; AİHS m. 8, 14; İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi m. 16; Ekonomik, Sosyal Ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme m. 10; ÜNAL TEKELİ -TÜRKİYE DAVASI; ANY. MAH. 29.09.1998 T. 1997/61 E. 1998/59 K. gerekçe olarak göstermişlerdir.

Başvuru kararlarında, itiraz konusu kural ile evlenen kadının kocasının soyadını almak zorunda bırakıldığı, kadının kendi soyadını tek başına kullanmasına izin verilmediği, bu durumun eşler arasındaki eşitlik ilkesine, maddi ve manevi varlığın geliştirilmesi hakkına aykırı olduğu belirtilerek, itiraz konusu kuralın Anayasa’nın 2., 10., 12., 17., 41. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi oy çokluğuyla yapılan başvuruları reddetmiştir. Somut norm denetimi yoluyla inceleme yapıldığı için 10 yıl geçmedikçe bu konuda yeni bir başvuru yapılamayacaktır.

Anayasa Mahkemesi daha sonraki tarihlerde aynı konuda bireysel başvuru yolu ile yapılan başvurularda, Anayasanın 17. maddesinin ihlal edildiği yönündeki iddiaların KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA ve Anayasa’nın 17. maddesinde güvence altına alınan manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının İHLAL EDİLDİĞİ yönünde karar vermiştir. İhlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın ilgili Mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir.

³¹⁶ 29.9.1998 T. 1997/61 E. 1998/59 K.(Resmi Gazete T: 15.11.2002, Resmi Gazete No: 24937). Sinerji Mevzuat ve İhtihat Programları.

³¹⁷ Resmi Gazete T: 21.10.2011, Resmi Gazete No: 28091.

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru sonucu baktığı 2013/2187 başvuru nolu³¹⁸ davada 19.12.2013 tarihinde oy birliğiyle evli kadının önceki kendi adını kullanmasının engellenmesi sonucunu doğuran kararla, Anayasanın 17 nci maddesiyle güvence altına alınan manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Anılan kararda daha önce itiraz yolu ile red verilen karara da değinilmiş ve her iki karar arasında bir çelişki olmadığı vurgulanmıştır.

"Anayasa Mahkemesinin 10.03.2011 tarih 2009/85-2011/49 sayılı kararı yönünden bir değerlendirme yapacak olursak hemen söylemek gerekir ki, Anayasa Mahkemesinin TMK'nun 187 nci maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına dair bu kararı bir tespit kararıdır. Zaten Anayasa'nın 90/son maddesindeki düzenleme de iç hukuk kurallarıyla milletlerarası anlaşma hükümlerinin çatışması halinde Anayasa'ya aykırı olsa dahi milletlerarası anlaşma hükümlerinin uygulanması gerektiğine dairdir. Dolayısıyla eylemli olarak Anayasa Mahkemesinin, TMK'nun 187 nci maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına bağlayıcılığı ilkesi sadece bu yasa hükmüne hak ve özgürlüklerin kullanılmasını engelleyici şekilde aykırı davranılması halinde söz konusu olabilecektir.

Bu bakımdan Anayasa Mahkemesinin iki kararı arasında bir çelişkinin varlığından söz edilemez. Hatta uyumlu, birbirini tamamlayan iki karar olduğu söylenebilir."

Anayasa Mahkeme'sinin daha sonra bireysel başvuru yolu ile yapılan başvurularda ; 2013/4439 Esas ve 6.3.2014 tarihli³¹⁹, 2014/13367 Esas ve 15.04.2015 tarihli³²⁰, 2014/5836 Esas ve 16.04.2015 tarihli³²¹ ve 2013/7979 Esas ve 11.11.2015 tarihli³²² kararları, Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiği yönündeki kararlarıdır.

Anayasa Mahkemesi bireysel başvurularda kadını haklı görmekte ve dosyanın yeniden yargılama yapılması için mahkemesine gönderilmesine karar vermektedir. Ancak bu uygulama sadece dava açan ve olayı bireysel başvuru sürecine taşıyan kadın açısından geçerli olmaktadır. Anayasa Mahkemesi TMK. 187. Maddesinin iptali için açılan itiraz davasını reddetmiş ve kanun değişikliği olmadıkça, bu konuda kararın yayım tarihi olan 21.10.2011 tarihinden itibaren on yıllık süreç geçmeden yeni bir iptal talebi söz konusu olamayacaktır³²³. Bu nedenle evli kadının soyadı sorununu çözmek için TMK'nın 187. maddesinin değiştirilmesi gerekmektedir³²⁴. Zira, Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru sonucu kadınlar yönünden olumlu kararlar vermiş olsa da, kadınlar dava açarak soyadı için mücadele etmek durumundadırlar. Ulusal ve uluslararası düzeyde eşitlik sağlanması için 187. maddenin değişmesi gerekir. Bu anlamda kadınların talebi yasallık değil, eşitliktir³²⁵.

³¹⁸ Resmi Gazete T: 07.01.2014, Resmi Gazete No: 28875; Abik, 2005: 122-130.

³¹⁹ Resmi Gazete T: 25.04.2014, Resmi Gazete No: 28982.

³²⁰ Resmi Gazete T: 20.06.2015, Resmi Gazete No: 29392.

³²¹ Resmi Gazete T: 11.07.2015, Resmi Gazete No: 29413.

³²² Resmi Gazete T: 24.12.2015, Resmi Gazete No: 29572.

³²³ Öcal Apaydın, 2015.

³²⁴ Atasoy, 2015: 36.

³²⁵ Sever, 2014.

2.3.2.2.5 Kadının Soyadına İlişkin Çözüm Önerileri

Gören, Önceki Medeni Kanun'un 141. ve 153. maddelerini "Eşit Haklara Sahip Olma İlkesi" kapsamında değerlendirmiş ve değişmesi gerektiği yönünde görüş bildirmiştir. 153. maddenin EHSOİ ile bağdaşır olması için eşlerin ortak bir aile adı taşıması gerektiği, evlilik yapıldığı sırada kadının mı erkeğin mi doğum soyadının kullanılacağını bildirilebileceği, çiftler bir açıklama da bulunmaz ise her iki soyadının evlilik soyadı olabileceğini, ifade etmiştir³²⁶. Yine 141. maddenin EHSOİ ile Anayasa 10. maddesine aykırı olduğu görüşündedir. Evlilik süresince adın korunmasında kadın ve erkek eşit haklara sahip olması gerektiğini vurgular. Alman hukukuna benzer bir düzenleme yapılarak kadına istemesi halinde evlilik soyadını kullanma hakkının tanınması mağduriyeti gidereceğini ve EHSOİ ile kendi çocukları ile taşıdığı addan başka bir ad taşımaya zorlanamayacağını³²⁷ ifade etmiştir.

Moroğlu'nun kadının soyadı konusunda çözüm önerisi, 187. madde başlığının "Kadının Soyadı" yerine "**Aile Adı**" olarak değiştirilmesi ve maddenin *eşlerin ortak bir soyadı seçme zorunda olmadıkları, ama dilerlerse seçme hakkının da verildiği* şeklinde düzenlenmesidir. Yazar, böyle bir değişiklik Anayasa'nın 41. ve 10. maddesindeki eşitlik ilkesine uygun ve İHAM³²⁸'ın Türkiye'ye verdiği yükümlülüğü yerine getirecek, aynı zamanda günümüzde ortaya çıkan ihtiyaçları da karşılayacak nitelikte olacağını belirtmiştir. Moroğlu, Türk Medeni Kanunu 187'inci maddesinin şu şekilde yeniden düzenlenmesini önermektedir.

Madde 187. Aile Adı:

" Eşler, her biri evlilik öncesi soyadını kullanmaya devam etmek istemedikleri takdirde, evlendirme memuruna yapacakları yazılı bildirim ile ortak aile adı olarak erkeğin ya da kadının doğumla aldığı soyadını seçebilirler. Soyadı aile adı olarak seçilmeyen eş doğumla kazandığı soyadını aile adının önünde taşır. Eşler böyle bir seçimde bulunmamışlarsa kadın evlenmekle kocasının soyadını alır ve doğumla aldığı soyadını kocasının soyadının önünde taşır."

Yukarıdaki şekilde yapılması önerilen değişiklikle eşlerin her birine kendi soyadlarını taşımaya devam etme imkânı verilmiş olacağını düşünmektedir. Bu imkânı kullanmak istemeyen eşlere aynı zamanda evlenirken "soyadını seçme hakkı verilmesi" *eşlerin eşit haklara sahip olmaları ilkesine* uygun düşeceğini, ortak aile adı seçmedikleri takdirde, evli kişilerin ortak soyadı kullanması anlayışını benimseyen görüşe uygun olarak kadın kocasının soyadını alacağını düşünmektedir. Yazar, evlenirken eşlerden birinin soyadının seçilmemiş olması durumunda, kocanın soyadının aile adı olarak kabul edilmiş olması anlamına

³²⁶ Gören, 1998: 103.

³²⁷ Gören, 1998: 105.

³²⁸ www.tukd.org.tr/dosya/ kadinin_ soyadi.doc, "European Court of Human Rights", (erişim tarihi: 17.11.2016), İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) olarak tercüme edilmesi gerektiğini, ancak ülkemizde yaygın olarak "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi" olarak kullanıldığını belirtmiştir. 1 nolu dipnot.

geleceğini belirtmektedir. Aynı zamanda, önerilen hükme göre kadın da doğumla kazandığı soyadını kaybetmeyeceğinden, bir kimlik sorunu yaşamayı önlenmiş olacağı görüşündedir. Yazar, mevcut evlilikler için bir geçiş hükmü ile örneğin bir yıl süre tanınarak, isteyen eşlere bu süre içinde aile adı seçmeleri imkânı verilebileceğini belirtmektedir. Medeni Kanun'un 187. maddesinde önerilen şekilde yapılacak bir değişikliğin, aynı zamanda boşanma durumunda kadının soyadı ve çocuğun soyadı kurallarının da yeniden düzenlenmesini gerektirdiğini belirtmektedir.

Yazar, yürürlükteki MK. 187. madde hükmünün, objektif veya sübjektif nedenle evlendiğinde karısının soyadını almak isteyen erkek açısından da engelleyici olduğunun gözardı edilmemesi gerektiğini ve bu bakımdan MK.nun 187. maddesinde yapılmasını önerdiği değişikliğin günümüz gereksinimini karşılayacağını düşünmektedir³²⁹.

Kılıçoğlu'na göre; Bireysel başvuru sonucu Anayasa Mahkemesi 19.12.2013 tarihli 2013/2187 sayılı kararı ile kadını haklı bulduğunu ancak bu kararın sadece sözü edilen davaya özgü olduğunu, devamla Anayasa Mahkemesi önüne getirilecek olan bir davada TMK.m.187 hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmesine karar verebileceğini³³⁰ çözüm yolu olarak öngörmüştür.

Oruç'a göre; ivedilikle hükümde değişiklik yapılarak, fiili durum ile pozitif hukukun uyumlaştırılmasını, bu yapılırken, hukukumuzla benzer aşamalardan geçen İsviçre ve Alman hukuklarının konuya getirdikleri çözümlerin yol gösterici olacağını belirtmiştir. Ancak bu düzenlemelerin birebir tercümelerini Kanun'a aktarmak yerine, özellikle çocuğun soyadı meselesiyle ilgili hassasiyetler de dikkate alınarak bir düzenleme yapılması çok daha yerinde olacağını dile getirmiştir³³¹.

2.3.2.2.6 Kocanın Soyadını Kullanımına İzin Davası

Kocanın soyadının kullanılmasına izin verilmesi Türk Medeni Kanunu 173. maddesinde, Önceki Medeni Kanun'un 3678 sayılı yasa ile değişik 141. maddesi ile aynı şekilde düzenlenmiştir. Buna göre *"Kadının, boşandığı kocasının soyadını kullanmakta menfaati bulunduğu ve bunun kocaya bir zarar vermeyeceği ispatlanırsa, istemi üzerine hakim, kocasının soyadını taşımasına izin verir."* (TMK.m.173/II)

Kadının boşandığı kocasının soyadını kullanmakta menfaati olduğunu ve bunun kocasına bir zarar getirmeyeceğini ispatlaması gerekir. Kadının, çocukları ile aynı soyadını taşımak amacıyla istemde bulunması menfaati olarak kabul edilmelidir.

³²⁹ www.tukd.org.tr/dosya/kadinin_soyadi.doc: 1 – 20.

³³⁰ Kılıçoğlu, 2015: 160.

³³¹ Oruç, 2016.

Kadının bir meslek sanat ve iş ile uğraşısı olup, meslek hayatında kocasının soyadı ile tanınmış olması ve soyadı değişikliğinin kadını zor durumda bırakacağı hallerde de kocasının soyadını kullanmasına izin verilmektedir³³².

Kadın, boşanma davası sırasında boşanmadan sonra kocasının soyadını kullanmak istediğini hâkime bildirebilir. Ancak boşanma davası sırasında talepte bulunmadıysa daha sonra açacağı bir dava ile isteyebilir.

Müstakil olarak açılacak davada görevli mahkeme aile mahkemesidir³³³. Aile mahkemesi bulunmayan yerlerde ise asliye hukuk mahkemesi (aile mahkemesi sıfatıyla)³³⁴ görevlidir³³⁵. Yetkili mahkeme, davacının yerleşim yeri mahkemesidir. Bu davanın davacısı boşandığı kocasının soyadını kullanmak isteyen kadındır. Davalı ise soyadı sahibi eski kocadır. Eğer koca sağ değilse husumet mirasçılara yöneltilir³³⁶. Boşanma davası sırasında talepte bulunulması halinde ayrıca başvuru harcı alınmaz, maktu harç tamamlattırılır³³⁷. Müstakil dava açılması suretiyle talepte bulunulursa harç ödenecektir³³⁸.

Kocanın soyadının kullanılmasına izin davası, Türk Medeni Kanunu'nun 173'üncü maddesine dayanılarak açıldığından Cumhuriyet Savcısı ile nüfus müdürü veya görevlendireceği nüfus memurunun katılmaları gerekmez³³⁹. Zira, Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun³⁴⁰ 36. maddesi anlamında "kayıt düzeltme davası" değildir³⁴¹.

³³² "Toplanan delillerden, tarafların 26 yıl evli kaldıkları, davacı kadının bu süre içinde çeşitli üniversitelerden mezun olduğu ve diplomalarında, yüksek lisans tezlerinde, katılım belgelerinde, sertifikalarında, bankacılık işlemleri ile emeklilik işlemlerinde evlilik soyadını kullandığı anlaşılmaktadır. Toplanan delillerle davacının davalının soyadını kullanmasının davalıya bir zarar vermeyeceği, davalının soyadını kullanılmasında davacının menfaatinin bulunduğu kanıtlanmıştır. Türk Medeni Kanunu'nun 173/2. maddesi koşulları gerçekleşmiştir. Davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yetersiz gerekçe ile reddi doğru bulunmamıştır." Y 2.HD, Karar Tarihi: 19.03.2009, E.2007/19005, K.2009/5094, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

³³³ Gençcan, 2011: 604.

³³⁴ "Aile Mahkemesi kurulmayan yerlerde Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen Asliye Hukuk Mahkemelerinde davanın Aile Mahkemesi sıfatı ile görülüp karara bağlanması gerekir. Bu açıklama karşısında; davaya Aile Mahkemesi sıfatıyla bakılması gerekirken, bu husus düşünülmeden Asliye Hukuk Mahkemesi olarak yargılamaya devam edilip, karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir." Y 2.HD, T.31.05.2010, E.2009/8095, K.2010/10621. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

³³⁵ "İstek, kadının boşandığı kocasının soyadını kullanmaya izin verilmesine (TMK. m.173/2) yöneliktir. Bu isteğin boşanma davası sırasında veya boşanma kararından sonra ileri sürülmesi davanın niteliğini ve görevli mahkemeyi değiştirmez. 4787 Sayılı Kanunun 4. maddesine göre görevli mahkeme Aile Mahkemesidir. İşin esasının incelenmesi gerekirken görevsizlik kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır." Y 2.HD, T.10.09.2007, E.2007/14097, K.2007/11911. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

³³⁶ Gençcan, 2004: 933; Kucuroğlu, 2011: 39, "Davacı ölen kocasının soyadını taşımasına izin verilmesini talep etmiştir. Taraflardan delilleri sorulup, toplanması değerlendirilmesi ve sonucu itibarı ile karar verilmesi gerekir." Y 2.HD, T.12.2.2007, E.2006/11282, K.2007/1666. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

³³⁷ "Davacı kadın dava dilekçesinde boşanma halinde kocasının soyadının kullanılmasına izin verilmesini de istemiştir. Bu istek boşanmanın eki niteliğinde değildir. Başvurma harcının alındığı dikkate alınarak peşin harç alındıktan sonra delillerin değerlendirilip sonucuna göre hüküm kurulması gerekir." Y 2.HD, T.27.12.2006, E.2006/12064, K. 2006/18507. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları; Gençcan, 2011: 598.

³³⁸ Kucuroğlu, 2011: 39.

³³⁹ Gençcan, 2011: 602, Gençcan, 2004: 934.

³⁴⁰ 5490 Sayılı Kanun, Kabul Tarihi: 25.04.2006, Resmi Gazete T: 29.04.2006, Resmi Gazete No: 26153. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları

³⁴¹ Tutumlu, 2005: 1258.

Evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava hakları, boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrar (TMK.m.178). Kadın, boşanma davasının kesinleşme tarihinden itibaren bir yıllık süre içinde dava açmalıdır. Ancak buradaki süre hak düşürücü değildir. Sürenin geçmesi halinde zamanaşımı def'i ileri sürülmemişse, hâkim kendiliğinden inceleyemez³⁴².

Hâkim, boşanan kadının kocasının soyadını taşımasına izin vermiş ise kadın, evlenmeden önce kayıtlı bulunduğu haneye, taşımasına izin verilen koca soyadı ile döner ve buradaki nüfus kaydı açılır (Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, b.4)³⁴³.

2.3.2.2.7 Koşulların Değişmesi Halinde İznin Kaldırılması Davası

Koca, koşulların değişmesi halinde iznin kaldırılmasını isteyebilir (TMK.m.173/son). Koca bu davayı soyadını kullanan kadına karşı açacaktır. Görevli mahkeme aile mahkemesidir. Boşandığı eşinin soyadını kullanmakla kendisine zarar verdiğini ya da artık menfaatinin bulunmadığını ispatlaması gerekmektedir³⁴⁴.

Kadının izin ile taşıdığı soyadının kaldırılması için "koca" dava açma hakkına sahiptir (TMK.m.173/son). Yargıtay 2. Hukuk Dairesi davayı kadının açabileceğini ve görevli mahkemenin aile mahkemesi olduğu görüşündedir ve bu yönde içtihatları bulunmaktadır³⁴⁵.

Anayasa Mahkemesi, itiraz yolu ile Türk Medeni Kanunu 173. madde son fıkra da yer alan "koca" ibaresinin iptali için açılan davayı reddetmiştir. Yerel mahkeme, davacı tarafından boşandığı eşine ait olan soyadının kaldırılarak, kızlık soyadının kullanılmasına izin verilmesi istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 10. ve 36. maddelerine aykırı olduğu kanısına varmış ve iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Somut olayda kadın boşandığı kocasının soyadını kullanmakta iken bu kez kendi soyadını kullanmak için dava açmıştır. Anayasa Mahkemesi,

³⁴² Gençcan, 2011: 603; Tutumlu, 2005: 1260 (2. HD. 10.05.2004-5317/5992).

³⁴³ Bakanlar Kurulu Kabul Tarihi: 29.09.2006, Resmi Gazete Tarihi: 23.11.2006, Resmi Gazete No: 26355.

³⁴⁴ "Koca, koşullarının değişmesi halinde bu iznin kaldırılmasını isteyebilir. Toplanan delillerden; davalı kadının, ... tarihinde kesinleşen anlaşmalı boşanma kararı gereğince boşandığı kocasının <N...> olan soyadını taşımasına izin verildiği, bu iznin kaldırılmasını gerektirecek Türk Medeni Kanununun ilgili maddesi anlamında bir durumun kanıtlanamadığı anlaşılmaktadır. Davacı kocanın, davalı kadının <N...> soyadını taşımasına iznin kaldırılması davasının reddi gerekirken, kabulü doğru bulunmamıştır." Y 2.HD, T.14.11.2013, E.2013/6259, K.2013/26355. Sinerji Mevzuat ve İctihat Programları; Gençcan, 2011: 605.

³⁴⁵ "Somut olayda, mahkemece taraflara delillerinin ibrazı hakkında usulüne uygun olarak mehil verilmemiştir. Taraflardan delilleri sorulup, gösterdikleri takdirde toplanıp, değerlendirilerek, açıklanan yönler gözetilmeden soyadı üzerindeki hakların hukuki niteliğinin bir kişilik hakkı olduğu dikkate alınmadan davacı kadının sıfatı bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir. Y 2.HD, T.05.10.2009, E.2009/11096, K.2009/16625. Sinerji Mevzuat ve İctihat Programları; Gençcan, 2011: 605, Y 2.HD, T.31.05.2010, E.2010/8404, K.2010/10496; Y 2.HD, T.29.05.2008, E.2008/8985, 2008/8545. Sinerji Mevzuat ve İctihat Programları.

"...düzenlemenin amacının boşanan kadının dava hakkını engellemek değil koşulların değişmesi halinde bu durumdan doğrudan etkilenecek olan kocaya imkan tanınması için öngörülmüş olduğu açıktır. Ayrıca soyadının vazgeçilemez, devredilemez, kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkı oluşu, anılan fıkra da kadınların dava açmalarını engelleyici bir kısıtlama bulunmaması ve bu davayı da sadece kocanın açabileceğine dair emredici bir hüküm bulunmaması karşısında kocasının soyadını kullanmaya izin alan kadının, koşulların değişmesi, menfaatinin kalmaması veya haklı nedenlerin varlığı halinde verilen bu iznin kaldırılmasını Türk Medeni Kanunu'nun 173. maddesi uyarınca isteyebileceği de ortadadır. Nitekim Yargıtay içtihatlarında da boşanan kadının, soyadı kullanımına dair verilen iznin kaldırılmasını isteyebileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla boşanan kadının, "boşandığı kocasının soyadını taşımaya izin" kararının kaldırılmasını isteyebilecek olması dikkate alındığında itiraz konusu kuralın Anayasadaki eşitlik ilkesine ve hak arama hürriyetine aykırı bir yönünün bulunmadığı açıktır."

gerekçesiyle ve Anayasa'nın 10. ve 36. maddelerine aykırı olmadığından bahisle iptal istemini reddetmiştir³⁴⁶.

Boşanmadan sonra kocasının soyadını kullanan kadın, iznin kaldırılması davası açabilecektir.

2.4 Mirasçılık Sifatının Kaybedilmesi

2.4.1 Eşin Yasal Mirasçılığı

Sağ kalan eş, yasal mirasçıdır (TMK.m.499). Eşin yasal mirasçı olabilmesi için, mirasbırakan eş öldüğü anda geride kalan eş ile aralarında bir evlenme akdi bulunması gerekir³⁴⁷. Buna göre ölüm anında taraflar arasında evlilik akdi yok ise bu halde yasal mirasçılık söz konusu olmayacaktır³⁴⁸. Sağ kalan eşin yasal mirasçı olabilmesi için bir diğer şart ise mirasçılık sıfatını kaybetmemiş olması gerekir. Diğer bir deyişle mirasbırakan eş öldüğü anda geride kalan eş mirasçılık sıfatına haiz olmalıdır. Öncelikle, eşin mirasçı olabilmesi için, mirasbırakan öldüğü anda hayatta olması gerekir. Yine eşin, mirastan yoksun bırakılmamış olması gerekir. Mirastan feragat, mirasın reddi, mirasçılıktan çıkarılma hallerinde eşin mirasçılığı söz konusu olmaz³⁴⁹.

Evliliğin sona ermiş olması, eşin mirasçı olmaması sonucunu doğurur. Evliliği sona erdiren nedenler ölüm, gaiplik, evliliğin iptal edilmesi, cinsiyet değişikliği ve boşanmadır. Eşlerin akraba olmasından dolayı birbirlerine mirasçı olması hali devam eder³⁵⁰. Boşanma kararının kesinleşmesi ile birlikte sağ kalan eş mirasçılık sıfatını kaybeder. Ancak boşanma davası devam ederken, boşanma kararı kesinleşmeden eşin ölmesi halinde mirasçıların davaya devam etmesi ile yine eşin mirasçılık sıfatını kaybetmesi söz konusu olur (TMK. m. 181).

³⁴⁶ AYM. Karar Tarihi:1.3.2012, 2011/51 E. ve 2012/32 K. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

³⁴⁷ Topuz, 2012: 37; Kılıçoğlu, 2013: 67; İnan vd., 2012: 121.

³⁴⁸ Serozan ve Engin, 2012: 153.

³⁴⁹ Topuz, 2012: 38; Kılıçoğlu, 2013: 87.

³⁵⁰ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 289; Dural vd., 2013: 138; Öztan, 2015: 771.

2.4.2 Boşanma Davasının Eşin Mirasçılığına Etkisi

Türk Medeni Kanunu 181. madde hükmüne göre boşanan eşler birbirlerinin mirasçısı olamazlar. Yine boşanmadan önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflar ile kendilerine verilmiş hakları aksine bir anlaşma yok ise kaybederler³⁵¹. Şu halde boşanma davasının sonuçlanması ve boşanma kararının kesinleşmesi ile birlikte eşler birbirlerine mirasçı olamazlar³⁵².

Eşlerin mirasçılık sıfatını sona ermesi boşanma kararının kesinleşme tarihidir³⁵³. Boşanma kararı kesinleşmeden dava devam ederken eşlerden birinin ölmesi üzerine geride kalan eş mirasçılık sıfatını koruyacak ve mirastan pay alabilecektir.

Türk Medeni Kanunu 181. madde ikinci fıkrasına göre boşanma davası devam ederken, ölen eşin mirasçılarının davaya devam etmesi ve diğer eşin kusurlu olması durumunda geride kalan eş mirasçılık sıfatını kaybedebilecektir. Boşanma kararının kesinleşmesi ile mirasçılık sıfatının kaybedilmesi düzenlenmesine istisnai bir hüküm getirilmiş ve eşlerin dava devam ederken de mirasçılık sıfatlarını kaybedebileceği düzenlenmiştir³⁵⁴.

Boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölmesi üzerine eşin mirasçılık sıfatını kaybetmesi hali için iki şart öngörülmüştür. Bunlardan birincisi, ölen eşin mirasçılarının davaya devam etmesi diğeri ise geride kalan eşin boşanmada kusurlu olduğunun ispat edilmesidir³⁵⁵.

2.4.2.1 Ölen Eşin Mirasçılarında Birinin Boşanma Davasına Devam Etmesi

Önceki Medeni Kanunu'nun 181. maddesi ikinci fıkrası, boşanma davası devam ederken sadece davacının mirasçılarının davaya devam etme hakkı tanımıştı. Ancak bu hüküm eşitlik ilkesine aykırı bulunarak Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmişti³⁵⁶. Yapılan değişiklik ile “..ölen eşin mirasçılarında biri..” ibaresi maddeye eklenmek suretiyle davalının mirasçılarının da davaya devam etme hakkı tanınmış oldu³⁵⁷.

Boşanma davası görülmekte iken davacı ya da davalı eşin ölmesi halinde ölen kişinin mirasçıları davaya devam edebilecektir. Boşanma davasının derdest olması gerekir³⁵⁸.

³⁵¹ Dural vd., 2013: 138; Öztan, 2015: 772, Zevkliler vd., 2000: 922; Antalya, 2009: 94.

³⁵² Dural ve Öz, 2013: 42.

³⁵³ Öztan, 2015: 771.

³⁵⁴ Dural vd., 2013: 138; Kılıçoğlu, 2013: 87; Serozan ve Engin, 2012: 153.

³⁵⁵ İmre ve Erman, 2014: 50, 51; İnan vd., 2012: 124.

³⁵⁶ Öztan, 2012: 68.

³⁵⁷ 6217 s.k, *Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*, Resmi Gazete T: 14.04.2011, Resmi Gazete No: 27905.

³⁵⁸ “Onama kararından sonra dosyaya ibraz edilen 11.9.2014 tarihli nüfus kaydından, davalı-karşı davacı H. A.’in 28.5.2014 tarihinde öldüğü anlaşılmaktadır. Davalı-karşı davacı H. A., mahkemece verilen boşanma kararı

Boşanma kararı kesinleşmeden önceki her aşamada mirasçılar tarafından verilecek bir dilekçe ile yapılabilir³⁵⁹. Herhangi bir sebeple mirasçılık sıfatını kaybedenler bu davaya devam edemezler³⁶⁰. Mirasçılardan birinin boşanma davasına devam etmesi yeterlidir. Bu halde mirasçılar arasında zorunlu dava arkadaşlığı öngörülmemiş olup, bir mirasçıdan fazla mirasçının davaya devam etmek istemesi halinde aralarında ihtiyari dava arkadaşlığı söz konusu olur³⁶¹. Mirasçılar olarak belirtildiği için bu durumda hem yasal mirasçılar hem de atanmış mirasçılar davaya devam edebilecektir. Ancak atanmış mirasçıların davaya devam etmesi hali doktrinde eleştirilmektedir³⁶².

Davaya devam edebilecek kişiler, ancak sağ kalan eş ile birlikte mirasçı olabilecekler ile sağ kalan eşin mirasçılığının olmaması durumunda mirasçı olabilecek kişilerdir³⁶³. Mirasçıların davaya devam etmesi halinde davadaki taraf sıfatlarını usul hukuku açısından oturtmak zordur³⁶⁴. Zira boşanma davası şahsa sıkı sıkıya bağlı davalardandır. Dava hakkının konusu mirasçılara geçmeyen nitelikte olduğu zaman mirasçılar davaya devam edemeyecekleridir³⁶⁵. Mirasçıların davaya devam etmesi, ölen eşin külli halefi sıfatı ile değil kendi adına davaya devam etmesi söz konusu olacaktır³⁶⁶. Burada kanunkoyucu tarafından bizzat mirasçılara tanınmış bir hak bulunmaktadır³⁶⁷. Bu düzenleme doktrinde gizli bir mirastan yoksunluk sebebi olarak görülmektedir³⁶⁸. Bu davanın davalısı sağ kalan eştir³⁶⁹.

kesinleşmeden öldüğüne göre, evlilik birliği ölümle sona ermiştir. Ne var ki, ilk inceleme sırasında bu husus bilinmediğinden davalı- karşı davacı (koca) mirasçısının bu yöne ilişkin karar düzeltme isteminin kabulüne, onama kararının kaldırılmasına, mahkemece, taraflarca açılan boşanma davalarının konusu kalmadığından bu hususta bir karar verilmek ve davalı-karşı davacı (koca) mirasçısının müracaatı gereğince inceleme yapılmak üzere hükmün bozulmasına karar verilmesi gerekmiştir.” Y. 2. H.D, T.12.01.2015, E.2014/27350, K. 2015/20. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

³⁵⁹ “Boşanma davası 14.4.2009 tarihinde açılmış, davacı aynı gün ölmüştür. Bu durumda, evlilik davacının ölümüyle sona ermiştir. Ölen davacının mirasçıları olan (anne ve babası)N. ve A. C.'un Türk Medeni Kanununun 181/2. maddesi hükmüne göre davalının kusurunun tespiti için davaya devam etme isteklerini 9.7.2009 havale tarihli dilekçeyle bildirdikleri görülmekle; yeniden duruşma günü verilerek adı geçen mirasçılara ve davalıya duruşma gün ve saatini bildirir davetiye çıkarılarak; gösterdikleri takdirde tarafların delilleri toplanıp gerçekleştirilecek sonucu uyarınca Türk Medeni Kanununun 181/2. madde hükmü gözetilerek bir karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir.” Y. 2. HD, T.14.03.2011, E.2010/3583, K.2011/4498. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

“Davacı koca boşanma kararının verilmesinden sonra 10.9.2009 tarihinde ölmüş, mirasçısı N. E. davaya devam edeceğini bildirmiştir (TMK. md.181/2). Evlilik birliği ölümle sona ermiş boşanma davası konusuz kalmıştır. Davacı mirasçısının talebi doğrultusunda yargılama yapıp Türk Medeni Kanunu'nun 181/2 maddesi gereğince bir karar verilmek üzere hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir.”

Y. 2. HD, T.13.12.2010, E.2009/19434, K.2010/20960. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

³⁶⁰ Topuz, 2012: 143.

³⁶¹ Topuz, 2012: 143.

³⁶² Topuz, 2012: 142.

³⁶³ Topuz, 2012: 142.

³⁶⁴ Dural vd., 2010: 136; Dural ve Öz, 2013: 43.

³⁶⁵ Kuru vd., 2011: 221.

³⁶⁶ Dural vd., 2010: 136; Öztan, 2015: 774; Topuz, 2012: 142.

³⁶⁷ Topuz, 2012: 143.

³⁶⁸ Dural vd., 2010: 136; Antalya, 2009: 95.

³⁶⁹ Topuz, 2012: 144.

Mirasçılarının davaya devam etmesi, boşanma davasına devam etmek sonucunu doğurmaz³⁷⁰. Zira eşlerden birinin ölümü üzerine boşanma davası konusuz kalır, evlilik birliği ölüm ile sonlanmış olacaktır³⁷¹. Hükmün gerekçesinde;

“..Maddenin ikinci fıkrasında, boşanma davası devam ederken, davacı eşin ölümü hâlinde, davalının buna rağmen mirasçı olabilmesi belli koşullar altında engellenmektedir. Buna göre ölen davacının mirasçılarından herhangi birisinin davayı devam ettirmesi ve davalının kusurlu olduğunun sabit olması hâlinde, davalı eş, birinci fıkra hükmünde olduğu gibi davacıya mirasçı olamayacaktır. Davacı eşin ölümü hâlinde evlilik kendiliğinden son bulur. Bu nedenle davacının ölümüne rağmen, mirasçılardan birinin devam ettirdiği bu dava, eşlerin boşanmasına yönelik olmayacak, devam edilen davada, boşanmada davalının kusurlu olup olmadığı karara bağlanacaktır. Bir başka ifadeyle bu durumda devam edilen dava, boşanmada hangi eşin kusurlu olduğunun saptanmasına yönelik olacaktır. Bu durum özellikle zina, hayata kast, pek kötü davranış, haysiyetsiz hayat sürme sebeplerinden biriyle açılan boşanma davasında, davacının ölümü hâlinde, bu eylemlerde bulunan kusurlu davalı eşin buna rağmen mirasçı olabilmesi konusunda haksız ve adaletsiz sonuçların doğmasına da neden olabilecektir, işte bu haksız durumların önlenmesi amacıyla maddenin ikinci fıkrası kaleme alınmıştır.”

denilmektedir³⁷².

Buna göre mirasçılardan birinin davaya devam etmesi boşanma davasına devam etmeye değil sağ kalan eşin kusurunun tespitine yönelik olacaktır³⁷³. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir³⁷⁴. Ancak eşin kusurunun tespit edilmesi durumunda mirasçılığı da sonlanacak ve bozucu yenilik doğurucu bir karar ortaya çıkacaktır, bu durum, mirastan yoksun olmanın kanuni olması ile çelişmektedir³⁷⁵.

2.4.2.2 Geride Kalan Eşin Boşanmada Kusurlu Olduğunun İspatlanması

Geride kalan eşin boşanmada kusurlu olduğunun ispatlanması, ölen eşin mirasçıları tarafından davaya devam edilmesi ile sağ kalan eşin kusurunun ispatlanmasına yönelik

³⁷⁰ Özdamar, 2002: 378.

³⁷¹ Gençcan, 2006: 649; Topuz, 2012: 147.

³⁷² Helvacı, 2013a: 190.

³⁷³ Dural vd., 2010: 136; Topuz, 2012: 149.

³⁷⁴ “Davacı kocanın ölümü ile evlilik birliği sona erdiğinden bu husus gözetilerek karar verilmek üzere bozulmuştur. Bozma kararına uyularak mahkemece tarafların boşanmış olduklarının tespitine, davalının davacıya mirasçı olamayacağına karar verilmiştir. Evlilik birliği ölümle sona erdiğine ve davacı mirasçılar tarafından Türk Medeni Kanununun ilgili maddesi uyarınca kusur belirlemesine yönelik olarak davaya devam edildiğine göre, boşanma davası yönünden dava konusuz kaldığından karar verilmesine yer olmadığına ve davalının boşanmaya sebebiyet verecek derecede kusurlu olup olmadığının tespitine karar vermek gerekir.”

Y. 2. H.D, T.11.07.2012, E.2012/14008, K.2012/19538, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları;

“Davacı vekili dava dilekçesinde; polis emeklisi olan müvekkilinin ... yılında davalı ile evlendiklerini, beriki tarafında ilk evliliklerinden çocuklarının olduğunu, bu evliliklerinden çocuklarının olmadığını, dava dilekçelerinde ayrıntılı olarak açıkladıkları üzere tarafların boşanmalarına karar verilmesini talep ve dava etmişlerdir. Mevcut deliller çerçevesinde ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde; taraflar arasında boşanma ve ferileriyle ilgili dava henüz kesinleşmeden davacının öldüğü, davacının mirasçılarının davalının ölenin mirasçısı olamayacağına tespitine karar verilmesini istedikleri, boşanma kararı kesinleşmeden davacının öldüğü anlaşılmakla bu konuda karar verilmesine yer olmadığına hükmün onanması gerekmektedir.”

Y. 2. H.D, T.25.06.2012, E.2012/13005, K.2012/17443. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

³⁷⁵ Dural vd., 2010: 136; Öztan, 2015: 774; Topuz, 2012: 149.

olmalıdır. Sağ kalan eşin kusurunun ispatlanması durumunda, eş mirasçı olmaktan çıkar ve mirastan pay alamaz. Bu durumda yasal mirasçılığı sonlandığı gibi varsa kendisi lehine yapılmış ölüme bağlı tasarruflarda sonlanır³⁷⁶. Ölüme bağlı tasarrufların sonlanması aksi tasarruftan anlaşılmamasına bağlıdır. Yani ölüme bağlı tasarrufta açıkça boşanma halinde de geçerli olacağı düzenlenmemiş ise boşanma halinde son bulur³⁷⁷.

Türk Medeni Kanunu 181. maddesine göre, ölen eşin mirasçıları, açılmış olan boşanma davasında sağ kalan eşin kusurunu ispatlama yoluna gitmelidirler. Boşanma davası açma hakkı şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olup mirasçılar tarafından devam ettirilemeyecek davalardandır. Ancak burada kanun koyucu istisnai bir düzenleme yapmıştır. Mirasçıların davaya devam etmesi durumunda davanın konusu artık boşanma davası değil sağ kalan eşin boşanmada kusurlu olduğunun ispatlanması halinde eşin mirasçılığının tespiti olacaktır³⁷⁸. Davanın konusu değiştiği gibi tarafları da değişmiş olacak, ölen eşin mirasçıları davacı taraf olurken bu davanın davalısı sağ kalan eş olacaktır. Doktrin görüşüne göre; usul hukuku açısından bu davaya devam edilemeyeceği ancak yeni bir dava açılması gerektiği savunulmaktadır³⁷⁹. Zira bu davaya devam edilmesi halinde davanın konusu, tarafları değişmiş olacağından bunun yeni bir dava olduğunu kabul etmek gerekir. Alman hukukundaki benzer düzenlemeye göre boşanma davasının şartları oluşmuşsa ve boşanma davası açılmışsa, eşler birbirlerine karşı mirasçılık haklarını da kaybetmektedirler. Ancak daha sonra mirasçılığın tespitine ilişkin bir dava açması söz konusu olmaktadır. Türk hukukundaki düzenlemede mirasçılar yeni bir dava açamazlar. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir³⁸⁰.

Ölen eşin mirasçılarının, davaya devam etmesi halinde, gerekçede belirtildiği üzere geride kalan eşin kusur olup olmadığının tespitine yönelik olmalıdır. Özellikle, zina, hayata kast, pek kötü davranış, haysiyetsiz hayat sürme sebeplerinden biriyle açılmış olan boşanma

³⁷⁶ Gençcan, 2006: 656.

³⁷⁷ Dural vd., 2010: 135; "...G Noterliğinin 1.4.1961 tarih ve 106 yevmiye sayılı 4.10.1984 tarih ve 3692 yevmiye sayılı vasiyetnamelerin düzenlenmesinden sonra vasiyetçi Hüseyin ile vasiyet lehdarı Emine 29.11.1996 tarihinde boşanmışlardır.Boşanan eşler, bu sıfatla birbirlerinin yasal mirasçısı olamazlar ve boşanmadan önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflarla kendilerine sağlanan hakları, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça kaybederler. (TMK. md. 181/1)" Y. 2. HD, T.08.12.2004, E.2004/12717, K.2004/14722. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

³⁷⁸ Özüğür, 2003: 210.

³⁷⁹ Dural vd., 2010: 136; Öztan, 2015: 774.

³⁸⁰ Türk Medeni Kanunu'nun 181/2. maddesi, boşanma davası devam ederken davacının ölmesi halinde, ölen davacının mirasçılarına davalının kusurunun tespitine yönelik olarak açılmış bulunan davayı devam ettirme hakkı tanımıştır. Yasal düzenleme böyle olunca boşanma davası sırasında ölen davacının mirasçılarının davalının kusurunun saptanmasına ilişkin bağımsız bir dava açma hakları bulunmamaktadır. Bu husus gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir." Y. 2. HD, T.12.01.2010, E.2008/18392, K.2010/317. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

davasında bunlara sebep olan eşin mirasçı olması adaletsiz bir durum ortaya çıkarabilir. Gerekçede açıklandığı üzere, bu adaletsiz durumun ortaya çıkması engellenmek istenmiştir³⁸¹.

Türk hukukunda boşanma davası kusur esasına dayanmaktadır. Evlilik birliğinin sarsılması nedeniyle açılmış boşanma davasında da yine kusur incelemesi yapılmaktadır. Bu nedenle sadece gerekçede sayılan özel boşanma sebeplerine dayanılarak açılmış boşanma davasında değil 166. madde hükmüne göre açılmış boşanma davasında da uygulanmaktadır³⁸².

Yargıtay uygulaması da kusurlu olan taraf için mirasçı olamayacağının tespit edilmesine karar verilmesi yönündedir³⁸³. Uygulamada boşanma davası sırasında, eşlerden birinin ölmesi, boşanma davasının konusuz kalması nedeniyle karar vermeye yer olmadığına karar verilmesi ve kusur tespitinin yapılması şeklinde uygulanmaktadır.

*“Davacı kocanın ölümü ile evlilik birliği sona erdiğinden bu husus gözetilerek karar verilmek üzere bozulmuştur. Bozma kararına uyularak mahkemece tarafların boşanmış olduklarının tespitine, davalının davacıya mirasçı olamayacağına karar verilmiştir. Evlilik birliği ölümle sona erdiğine ve davacı mirasçılar tarafından Türk Medeni Kanununun ilgili maddesi uyarınca kusur belirlemesine yönelik olarak davaya devam edildiğine göre, boşanma davası yönünden dava konusuz kaldığından karar verilmesine yer olmadığına ve davalının boşanmaya sebebiyet verecek derecede kusurlu olup olmadığının tespitine karar vermek gerekir.”*³⁸⁴.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, yabancı mahkemelerin boşanma kararlarının tanıma ve tenfizine ilişkin kararında;

*“Yabancı mahkemece verilmiş ve kesinleşmiş boşanma kararının, salt Türk Mahkemelerince tanınmaması ya da tenfiz edilmemesi nedeniyle, ölen eşin veraset ilamında, davalı sağ kalan eş ile birlikte mirasçı durumunda olan, ölenin evladı davacının; bu boşanma kararının tanınmasını veya tenfizini talep etmekte hukuki yararının bulunduğuna işaret eden ve Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma ilamına uyularak, işin esasının incelenmesi gerekirken, aktif husumet yokluğu nedeniyle davanın reddine dair önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır”*³⁸⁵,

şeklinde karar vermiştir.

³⁸¹ Öztan, 2015: 773.

³⁸² “...Davacı koca Türk Medeni Kanununun 166/1. maddesine dayalı boşanma davasını açtıktan sonra yargılamanın devamı sırasında ölmüş, davacı kocanın mirasçıları davaya kusur belirlemesi yönünden (TMK. md. 181/2) devam etmişlerdir. Yapılan yargılama sonucunda; evliliğin ölümle sona ermesi nedeniyle boşanma yönünden davanın konusu kalmadığından, karar verilmesine yer olmadığına, davalı kadının kusurlu bulunduğu belirlenmesine karar verilmiş, hüküm davalı kadın tarafından kusura ilişkin tespit yönünden temyiz edilmiştir.” Y. 2. H.D, 15.09.2014, E.2014/16786, K.2014/17453. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

³⁸³ “Davaya Türk Medeni Kanununun 181. maddesi gereğince davacının mirasçıları tarafından kusur belirlemesi yönünden devam edildiği hususu da gözetilerek; davalı kadının boşanmaya sebebiyet verecek derecede ağır kusurlu olduğunun tespitine dair karar vermek gerekir.”

Y. 2. HD, T.15.04.2013, E.2012/25527, K.2013/10557, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

“Davalı koca mirasçılarının davaya devam ettikleri anlaşıldığından, kusur belirlemesi hakkında olumlu ya da olumsuz bir karar verilmesi gerekirken bu yönde hüküm kurulmaması doğru görülmemiştir.”

Y. 2. HD, T.25.03.2013, E.2012/21102, K.2013/7948. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

³⁸⁴ Y. 2. HD, T.11.07.2012, E.2012/14008, K.2012/19538. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

³⁸⁵ Y. HGK, T.30.11.2011, E.2011/2-593, K.2011/726. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

Anlaşmalı boşanma davalarında Türk Medeni Kanunu’nun 181/II hükmü uygulanabilecek midir? Öztan’a göre bu davalarda 181/II hükmü uygulama alanı bulamaz³⁸⁶. Zira, anlaşmalı boşanma davalarında kusur araştırması yapılmamaktadır. 181/II hükmü geride kalan eşin kusurlu olup olmadığının tespitine yönelik olduğu için bu davalarda uygulanamayacaktır³⁸⁷. Ancak, eylemli ayrılık sebebi ile açılan boşanma davalarında kusur araştırması yapıldığı için uygulanabilir.

Doktrinde tartışılan bir başka husus sağ kalan eşin kusur derecesidir. Sağ kalan eş “daha kusurlu” olan taraf olarak tespit edilirse mirasçılık sıfatını kaybedecektir. Boşanmaya sebep olacak derecede ağır kusurlu olmalıdır³⁸⁸, Yargıtay uygulaması da bu yöndedir³⁸⁹. Ancak Yargıtay sonraki uygulamalarında eşlerin boşanmaya sebebiyet verecek derecede kusurlu olmasını yeterli görmüştür³⁹⁰.

Topuz’a göre; Alman ve İsviçre hukuklarında olduğu gibi Türk hukukunda da boşanma kusur esasına dayanılmaktan çıkarılmalı ve evlilik birliğinin sarsılması temeline dayandırılmalıdır. Bu halde m.181/II hükmü de değiştirilmeli ve “..*dava sırasında sağ kalan eşin kusurlu olmasının tespit edilmiş olması halinde...*” haline getirilmelidir. Ya da “..*boşanmanın şartlarının gerçekleşmiş olması halinde...*” şeklinde değiştirilmelidir, burada boşanmanın şartlarının gerçekleşmesi, kesin hüküm dışındaki boşanmanın maddi şartları olduğu belirtilmektedir.

Kanaatimizce, Doktrinde oldukça tartışmalı olan ve eleştirilen bu hüküm³⁹¹, usul hukuku ile de çelişki doğurmakta bu nedenle değiştirilmesi gerekmektedir.

2.5 Zamanaşımının İşlemeye Başlaması

Türk Borçlar Kanunu 153. maddesi zamanaşımının durması hallerini düzenleme altına almıştır. Hüküm ile zamanaşımının işlemeye başlamayacağı ve başladıysa dahi durması halleri düzenlenmiştir. Düzenlemenin 3. bendine göre evlilik devam ettiği sürece, eşlerin diğerinden olan alacakları için zamanaşımı durur, işlemez. Boşanma kararının kesinleşmesi ile birlikte zamanaşımı kendiliğinden kaldığı yerden işlemeye başlar³⁹².

³⁸⁶ Öztan, 2015: 775.

³⁸⁷ Öztan, 2015; Topuz, 2012: 182; Antalya, 2009: 97.

³⁸⁸ Öztan, 2015: 775; Topuz, 2012: 184.

³⁸⁹ “*Davaya Türk Medeni Kanununun 181. maddesi gereğince davacının mirasçıları tarafından kusur belirlemesi yönünden devam edildiği hususu da gözetilerek; davalı kadının boşanmaya sebebiyet verecek derecede ağır kusurlu olduğunun tespitine dair karar vermek gerekir.* Y. 2. HD, T.15.04.2013, E.2012/25527, K.2013/10557. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

³⁹⁰ Öztan, 2015: 775.

³⁹¹ Dural vd., 2010: 138; Topuz, 2012: 188 vd.

³⁹² Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 291; Gençcan, 2006: 644; Öztan, 2015: 777.

Eşler, evlilik birliği içerisinde birbirlerinden olan alacakları için birbirlerine karşı cebri icra yoluna gidebilirler³⁹³. 743 sayılı Önceki Medeni Kanun'un 165/I hükmünde evlilik birliği devam ettiği sürece karı kocanın birbirine karşı cebri icra yoluna başvuramayacağı düzenlenmiş idi. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda bu düzenlemeye yer verilmemiştir. Alacaklı eş alacağı için diğer eşe karşı hemen takip yapmak zorunda değildir, evlilik birliğinin sona ermesinden sonra da takip yapabilir³⁹⁴.

Türk Medeni Kanunu'nun m.217 hükmünde eşler arasındaki borçlar düzenlenmiştir. Buna göre, evlilikte seçilen mal rejimi, eşler arasındaki borçların muaccel olmasını önlemez. Ancak, evlilik birliği içerisinde eşler arasında doğan borçlar talep edilmemişse Türk Borçlar Kanunu m.153 hükmü uyarınca zamanaşımı işlemez³⁹⁵.

³⁹³ Gençcan, 2006: 644; Öztan, 2015: 777.

³⁹⁴ Gençcan, 2006: 644.

³⁹⁵ Öztan, 2015: 777.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BOŞANMANIN ÇOCUKLARLA İLGİLİ ŞAHSİ SONUÇLARI

3.1 Genel Olarak

Boşanma, tarafların kişisel durumlarında değişiklik yarattığı gibi çocukların kişisel durumlarını da etkiler. Her şeyden önce çocuk ana baba ile aynı evde yaşamakta iken boşanma ile birlikte ana ya da babasının yanında kalmaya başlayacak, velayeti bırakılan ebeveyni ile kalacaktır.

Boşanma ile çocukların velayeti ve velayet verilmeyen taraf ile kişisel ilişki kurulması gerekmektedir.

Çocukların velayetinin düzenlenmesine ilişkin olarak Aile Mahkemesi hâkimi kanuni düzenlemeler ile birlikte, velayetin kamu düzenine ilişkin olmasını da göz önünde bulundurmalıdır. Hâkim, velayet düzenlemesi yaparken öncelikle çocuğun yararı kriterini gözetmelidir. Çocuklar ile kişisel ilişki kurulması sağlanmasında en önemli ölçüt yine çocuğun yararadır.

Aşağıda velayet hakkının tanımı ve hukuki niteliği tespit edilerek, velayetin kullanılması, boşanma halinde velayetin düzenlenmesi, buna ilişkin ilkeler, velayet hükmünün değiştirilmesi ve kaldırılması incelenmiştir.

Daha sonra çocukla kişisel ilişki kurulması, kişisel ilişkinin düzenlenmesi, kişisel ilişki hakkına sahip olanlar, kaldırılması ve sınırlandırılması, cebri icra yoluyla sağlanması konuları ele alınmıştır.

3.2 Velâyet

3.2.1 Velâyet Hakkının Tanımı ve Hukuki Niteliği

Velayet kelime anlamı olarak “*sevmek ve yardım etmek*” anlamını taşımakla birlikte, kavramsal olarak “*izni ve onayı olmadan bir başkasına söz geçirmek*” anlamı taşır³⁹⁶.

Velayet hakkı, “küçüklerin ya da ergin kısıtlıların bakımı ve korunmasının sağlanması için onların kişilikleri ve malları üzerinde ana ve babanın sahip oldukları hak ve yükümlülüklerin toplamı” olarak tanımlanabilir³⁹⁷. Serozan, baskı ve bağımlılık çağrıştıran “*velayet*” terimi yerine “*koruma ve bakma*” deyimini kullanılması gerektiğini belirtir³⁹⁸. Velayet, sadece evlilik içi doğmuş çocuklar için değil, evlilik dışı doğmuş çocuklar için de

³⁹⁶ Tutumlu, 2002: 477; Çelik, 2004: 256.

³⁹⁷ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 406; Ceylan, 2006: 152; Dural vd., 2013: 340; Gençcan, 2006: 843; Öztan, 2015: 1074; Serozan, 2005: 250; Tutumlu, 2002: 477.

³⁹⁸ Serozan, 2005: 250.

kullanılır³⁹⁹. Tanımda bahsedildiği üzere, henüz ergin olmamış küçükler ile ergin olmuş kısıtlı çocukların korunması amacına yönelik olarak düzenlenmiş bir kurumdur⁴⁰⁰. Ana ve babaya haklar vermekle birlikte aynı zamanda yükümlülükler de yükler⁴⁰¹.

Velayet, çocuğun kişi varlığının korunması ile birlikte çocuğun mal varlığının korunması ve her iki koruma ile birlikte, ana-babanın çocuğu temsil etmesini de içerir⁴⁰². Çocuğun kişisel korunması kapsamına, çocuğun yetiştirilmesi, eğitilmesi, temsil edilmesi, fiil ehliyeti, çocuğun ruhsal, zihinsel, bedensel, ahlaki gelişimini sağlamak, ismini koymak, ona kendi hayatını düzenleme olanağı tanımak, tehlike durumunda önlem almak, gerektiğinde hâkimin müdahalesine başvurmak girer.

Türk Medeni Kanunu'nda velayet, 335 ila 351. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Ana-babanın velayet hakkını kullanabilmesi için öncelikle ana baba ile çocuk arasında soybağı kurulmuş olması gerekir. Velayet hakkını kullanacak olan ana ve babadır⁴⁰³. Ana baba bu hakkın kullanılmasından kısmen veya tamamen vazgeçemezler⁴⁰⁴. Bu hak tevdi edilemez, devredilemez⁴⁰⁵, mirasçılara geçmez ya da hukuki bir işlem ile sınırlandırılmaz⁴⁰⁶. Serozan'a göre; velayet hakkı klasik haklar şemasına uymaz, çocuk üstündeki hak, eşya üstündeki hakka benzetilemez, mutlak-nisbi hak karması, bir yüküm hak olarak ortaya çıkar⁴⁰⁷.

Kanunda düzenlenmiş olmamakla beraber, ana ve babanın velayet hakkını kullanabilmesi için ayırt etme gücüne sahip olması, kısıtlanmamış olması, ergin olması gerekir⁴⁰⁸. Zira, TMK.m.337/II hükmüne göre; ananın küçük, kısıtlı veya ölmüş olması ya da velayetin kendisinden alınması durumunda hâkim, çocuğun menfaatine göre, vasi atar veya velayeti babaya verir.

Velayet, çocuğun korunması için yapılmış bir düzenlemedir. Ana babadan her biri velayet hakkını kullanırken çocuğun menfaatini gözetmelidir. Çocuğun menfaati kavramı, hukuki metinlerde çocuğun yarar ve esenliği, çocuğun güvenliği, çocuğun üstün yararı, çocuğun kendi yararı gibi farklı terimlerle kullanılmakla birlikte kastedilen anlam hepsinde aynıdır⁴⁰⁹. Velayetin sadece küçükler için değil kısıtlı ergin çocuklar için kullanılmasında da çocuğun menfaati gözetilmelidir. Eğer, küçük ve kısıtlılar velayet altında değillerse,

³⁹⁹ Serozan, 2005: 250.

⁴⁰⁰ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 407; Zeybek, 2009: 6.

⁴⁰¹ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 407; Akyüz, 2015: 223; Öztan, 2015: 1076; Serozan, 2005: 250.

⁴⁰² Serozan, 2005: 250.

⁴⁰³ Öztan, 2015: 1074.

⁴⁰⁴ Akyüz, 2015: 230.

⁴⁰⁵ Akyüz, 2015: 230.

⁴⁰⁶ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 409.

⁴⁰⁷ Serozan, 2005: 251.

⁴⁰⁸ Öztan, 2015: 1074.

⁴⁰⁹ Elçin Grassinger, 2010.

korunmak için vesayet altına alınırlar⁴¹⁰. Velayet ve vesayet müesseseleri çocuğu korumak içindir ve fakat bu düzenlemelerde öncelik sırası çocuğun velayet altında olmasıdır, küçük veya kısıtlı herhangi bir sebeple velayet altına alınamıyorsa ancak o zaman vesayet altına alınır⁴¹¹.

Velayet düzenlenmesinde üç ana prensip vardır. Bunlardan birincisi, velayetin kapsamının sınırlı olmasıdır. Velayetin kapsamına ilişkin en önemli sınırlama ölçütü çocuğun yararı ilkesidir. İkincisi, evlilik devam ettiği sürece, ana baba velayet hakkını birlikte kullanabilirler, velayet bölünemez⁴¹². Velayetin bölünemezliği, ana baba arasında zaman, mekan ya da görev olarak paylaşırma yapılamayacağına karşılık gelir⁴¹³. Üçüncü ise çocuğun kişisel korunması, mallarının bakım ve yönetimi ile çocuğun temsilidir⁴¹⁴. Velayetin en önemli unsuru çocuğun kişi varlığının korunması ve geliştirilmesidir.

Velayet süreye bağlıdır, ayırt etme gücüne sahip çocuğun ergin olması ile kendiliğinden sonlanır⁴¹⁵.

3.2.2 Velâyet Hakkının Kullanılması

3.2.2.1 Ana ve Babanın Evli Olması Halinde Velâyet Hakkının Kullanılması

Türk Medeni Kanunu 336. maddesi birinci fıkrasına göre; ana ve baba evli ise, velayeti birlikte kullanırlar. Ana ve babanın velayet hakkına sahip olması için çocuğun ana rahmine düştüğü anda evli olmaları gerekir, çocuk doğduğu anda evli olmayıp, sonradan evlenmeleri durumunda, velayet hakkını yine birlikte kullanırlar⁴¹⁶. Ana babanın boşanıp, sonra tekrar evlenmeleri durumunda velayet hakkı yine birlikte kullanılır.

Velayet hakkı bizzat kanuni düzenlemeden dolayı ana babaya aittir (TMK.m.335). Ana baba velayet hakkını müşterek olarak kullanırlar⁴¹⁷. Ancak ana babanın velayet hakkını müştereken kullanmaları her zaman birlikte hareket etmeleri anlamına gelmez⁴¹⁸. Velayet hakkı kullanılırken ölçü çocuğun yararadır. Çocuğun yararı söz konusu olduğu için gerekli hallerde ana babadan her biri bu hakkı bağımsız olarak da kullanabilir. Örneğin çocuğun yaralanması durumunda tıbbi müdahale yapılması gerekiyor ise çocuğun yararı söz konusu olduğu için ana babadan her biri buna karar verebilir.

⁴¹⁰ Öztan, 2015: 1075.

⁴¹¹ Öztan, 2015: 1075.

⁴¹² Zeybek, 2009: 9.

⁴¹³ Baygı, 2010: 278.

⁴¹⁴ Öztan, 2015: 1075.

⁴¹⁵ Zeybek, 2009: 8.

⁴¹⁶ Öztan, 2015: 1086.

⁴¹⁷ Zeybek, 2009: 11.

⁴¹⁸ Öztan, 2015: 1086.

Velayet hakkının kullanımında, bağımsız hareket edilmesi halinde diğer eş buna sonradan onam verebilir⁴¹⁹. Eşlerden birisinin çocuk adına işlem yapması durumunda, TMK.m.342/II uyarınca, iyiniyetli üçüncü kişiler, eşlerden her birinin diğerinin rızasıyla işlem yaptığını varsayabilirler. Ana ya da babanın fiilen velayeti kullanamaması durumunda çocuğun menfaatinin zarar görmemesi için bu düzenleme yapılmıştır⁴²⁰. Eşler, önemli konularda velayet hakkının kullanılmasına ilişkin olarak anlaşmazlığa düşerlerse her biri ayrı ayrı ya da birlikte hâkime başvurabilirler (TMK.m.195/I). Hâkim, tarafları uzlaştırmaya çalışır, eşlerin rızası ile uzman kişilerden yardım isteyebilir (TMK.m.195/II). Buna rağmen taraflar anlaşamazlarsa, hâkim çocuğun yararına göre eşlerden birinin istemine göre karar verebilir (TMK.m.195/III). Eğer çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düşerse, ana ve baba bu duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır (TMK.m.346).

Evlilik birliği devam ederken, eşlerden birinin ölmesi halinde velayet hakkı diğer eşe kalır (TMK.m.336/III). Velayet hakkı olan eşin ölmesi halinde, sağ kalan diğer eşin velayet hakkı alınmış ise, bu durumda vesayet makamı, sağ kalan eşe velayet hakkı mı verileceği yoksa küçüğün vesayet altına mı alınacağı kararını verir⁴²¹.

Ana babadan birinin hastalık, tutukluluk, askerlik gibi nedenlerle velayeti kullanması fiilen mümkün olmayabilir. Bu durumlarda, hasta ya da tutuklu olmayan eş, velayeti tek başına kullanır⁴²².

3.2.2.2 Ana ve Baba Evli Değilse Velâyet Hakkının Kullanılması

Ana ve babanın evli olmaması halinde velayet anaya aittir (TMK.m.337/I). Ancak ananın küçük veya kısıtlı olması veya velayetin kendisinden alınmış olması ya da ananın ölmesi halinde hâkim, çocuğun yararına göre, velayeti babaya verebileceği gibi vasi de atayabilir (TMK.m.337/II).

Ananın ergin olmaması durumunda, velayetin babaya verilmesi için, ananın ergin olduktan sonra da velayeti kullanmada yeterli olmayacağının tespit edilmesi gerekir⁴²³. Ananın ergin olduktan sonra ya da hakkındaki kısıtlılık kararının kaldırılması ile ana velayeti kullanabilecekse, velayetin babaya verilmemesi gerekir. Velayet, ananın velayetinin kaldırılması ya da ölmüş olması halinde babaya verilebilir⁴²⁴.

⁴¹⁹ Öztan, 2015: 1086.

⁴²⁰ Bozkurt, 2010: 75.

⁴²¹ Öztan, 2015: 1088; Karabacak, 2006: 12.

⁴²² Akyüz, 2015: 231; Karakayalı, 2009: 28.

⁴²³ Akyüz, 2015: 237.

⁴²⁴ Akyüz, 2015: 236.

Velayetin babaya verilebilmesi için, baba ile çocuk arasında tanıma veya babalık davası yoluyla aralarında soybağı kurulmuş olması gerekir⁴²⁵. Babanın, çocuğun güvenliğini sağlayabileceği araştırılmalıdır. Baba bir başkası ile evli ise, babanın aile şartlarının çocuk ile uyumlu olup olmayacağı araştırılmalıdır. Çocuğun bedensel, ruhsal ve zihinsel bakımdan güvenlik ortamı sağlanabilmelidir.

3.2.3 Boşanma Halinde Velâyetin Düzenlenmesi

3.2.3.1 Genel Olarak

Boşanma halinde velayetin kime bırakılacağına hâkim karar verir. Velayetin belirlenmesinde en önemli ilke çocuğun üstün yararıdır⁴²⁶. Hâkim, velayet düzenlemesini yaparken bir çok hususu göz önünde bulundurur. Ana babanın özellikleri, çocuğun özellikleri, çocuğun ana ve babaya olan duygusal bağlılığı, kardeşlerin durumu, çevre unsuru, çocuğun eğitim hayatı, sağlığı gibi kriterler ile değerlendirme yapılır.

Hâkim velayet düzenlemesinde tarafların talepleri ile bağlı değildir. Taraflar velayetin kime bırakılacağı konusunda bir anlaşma yapmış iseler bunu dikkate alır ancak takdir yetkisini kullanarak çocuğun yararına uygun şekilde karar verir⁴²⁷. Taraflar, velayete dair yapacakları anlaşmayı hâkimin onayını aldıktan sonra hayata geçirebilirler⁴²⁸.

Hâkim kararını verirken ana ve babayı varsa vesayet makamının düşüncesini almalıdır. Velayet düzenlemesi yapılacak olan çocuk idrak gücüne sahipse mutlaka çocuğun görüşü alınmalı kiminle yaşamak istediği sorulmalıdır. Aile mahkemesi bünyesinde bulunan uzman bilirkişilerden görüş alınmalıdır. Velayet kamu düzenine ilişkindir. Çocuğun bedeni, fikri, ahlaki yönden iyi bir şekilde yetiştirilmesinde kamusal yarar vardır.

3.2.3.2 Ana ve Babanın Dinlenmesi

Türk Medeni Kanunu'nun 182. maddesine göre, hâkim boşanma veya ayrılık kararı verirken, olanak bulundukça ana ve babayı dinlemeli ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenlemelidir. Hâkim, çocuğun velayetinin kime bırakılacağını belirlerken

⁴²⁵ Dural vd., 2013: 340.

⁴²⁶ Özer Taşkın, 2006: 32.

⁴²⁷ *Müşterek çocuk.....mahkemece veya istinabe suretiyle eğitim, kültür, yaşam olanakları bakımından nerede yaşamak istediği konusunda bilgilendirilerek, velayet hakkındaki tercihinin kendisinden sorulması ve psikolog, pedagoğ ve sosyal çalışmacı niteliğindeki uzman veya uzmanlardan (4787 s. K. md.5) müşterek çocukların anne ve baba yanındaki barınma ve yaşama koşullarını da değerlendirir içerikte sosyal inceleme raporu istenmeli, tüm deliller birlikte değerlendirilip, ebeveynlerinden hangisi yanında kalmalarının çocukların menfaatine olacağı tespit edilerek sonucuna göre karar verilmelidir. Bu hususlar nazara alınmadan, velayetle ilgili eksik araştırma ve inceleme ile aksi şekilde düzenlemeye gidilmesi isabetli bulunmamıştır. Y 2.HD, T.13.01.2016, E.2015/8105, K.2016/470. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.*

⁴²⁸ Koçhisarlıoğlu, 2004: 167.

öncelikle çocuğun yararını göz önünde bulundurmalıdır. Diğer bir deyişle, velayetin kime bırakılacağı hususunda göz önünde bulundurulması gereken çocuğun güvenliğidir⁴²⁹. Çocuğun güvenliği için ana ve babayı dinlemesi ve buna göre karar vermesi gerekir. Hâkim, çocuğun velayetine ilişkin düzenleme yaparken delilleri serbestçe toplayacak ve delillerin ışığında takdir yetkisini kullanarak karar verecektir. Yukarıdaki hükme göre velayetin düzenlenmesinde ana ve babanın dinlenmesi, görüşlerinin alınması gerekmektedir⁴³⁰.

Çocuk, vesayet altında ise vasiinin ve vesayet makamının da görüşünün alınması gerekir. Ana ve babadan her ikisi veya birisi ölmüş ise, ayırt etme gücüne sahip değilse, nerede oldukları bilinmiyorsa, bu ve bunun gibi durumlarda dinleme mümkün olmayacaktır⁴³¹.

3.2.3.3 Çocuğun Dinlenmesi

Velâyetin düzenlenmesinde, çocuğun yararının belirlenmesi için, yeterli idrak gücüne sahip olan çocuğun dinlenmesi⁴³² ve görüşünün alınması gerekir⁴³³. Türk Medeni Kanunu'nun 182. maddesinde ana ve babanın, vasi ve vesayet makamının dinlenmesi düzenlenmiş olup, çocuğun dinlenmesine ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır⁴³⁴. Ancak burada bir boşluk söz konusu olup, çocuğun yararı belirlenirken mutlaka çocuğun da görüşünün alınması da gerekir⁴³⁵. Her ne kadar kanunda bu konuda bir düzenleme yok ise de, Türkiye'nin de katıldığı, onaylanarak yürürlüğe konan, *Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin*⁴³⁶ 3. ve 6. maddelerine göre; “çocuğun iç hukuk tarafından yeterli idrak gücüne sahip olduğunun kabul edildiği durumlarda” görüşü alınmalıdır. Çocuk Haklarına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 6.maddesi uyarınca, çocuğun görüşü, onun yararı gözetilerek, çocuğa en uygun zamanda ve yerde, ürkmeden, kişiliği etkilenmeden, özgürce konuşabileceği bir ortam yaratılarak alınmalıdır. Çocuğun görüşünü ifade edebilmesi için, onun algılayabileceği şekilde uyuşmazlık konusu açıklanmalı, ona göre sorular sorulmalıdır⁴³⁷. Birleşmiş Milletler *Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin* 12. maddesinde “görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme

⁴²⁹ Gençcan, 2006: 846.

⁴³⁰ Gençcan, 2006: 846; Öztan, 2015: 780; Özüğür, 2007: 535.

⁴³¹ Öztan, 2015: 780.

⁴³² “Mahkemece idrak çağında bulunan 2006 doğumlu A. Bilkan'ın velayeti konusunda "MAHKEMECE BİZZAT DİNLENEREK" görüşü alınması gerekirken, yazılı şekilde eksik inceleme ile hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.” (Y2HD, 11.01.2017 günü OYBİRLİĞİ ile alınan kararı)”, <https://www.facebook.com/OmerUgurGENCCAN?fref=ts>. (erişim tarihi: 12.02.2017).

⁴³³ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 311; Gençcan, 2006: 846; Öztan, 2015: 784; Özüğür, 2007: 536.

⁴³⁴ Güneşlioğlu, 2009: 97.

⁴³⁵ Öztan, 2015: 784.

⁴³⁶ BKK Yıl/No: 2002/3910, Resmi Gazete T: 02.05.2002 , Resmi Gazete No: 24743, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

⁴³⁷ Elçin Grassinger, 2010.

hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanınlar” hükmünde çocuğun adli makamlar önünde dinlenmesi ve görüşünün alınmasına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır⁴³⁸. Şüphesiz hâkim, çocuğun velayetinin belirlenmesinde çocuğun yararı açısından birçok unsuru bir arada değerlendirmek suretiyle karar verecektir⁴³⁹.

3.2.3.4 Uzman Bilirkişiden Görüş Alınması

4787 sayılı “*Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun*”⁴⁴⁰ 5. maddesi uyarınca, her aile mahkemesi bünyesinde çalışmak üzere birer psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacı atanır. Bu görevlilerin bulunmaması, iş durumlarının müsait olmaması veya görevin bunlar tarafından yapılmasında hukuki veya fiili herhangi bir engel bulunması ya da başka bir uzmanlık dalına ihtiyaç duyulması hallerinde, diğer kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanlar veya serbest meslek icra edenlerden yararlanılır⁴⁴¹.

Uzmanların görevi, davanın esasına girilmeden önce veya davanın görülmesi sırasında, mahkemece istenen konular hakkında taraflar arasındaki uyuşmazlık nedenlerine ilişkin araştırma ve inceleme yapmak ve sonucunu bildirmektir. Uzmanlar, mahkemenin gerekli gördüğü hallerde duruşmada hazır bulunur, istenilen konularla ilgili çalışmalar yapar ve görüşlerini bildirirler⁴⁴².

Aile mahkemesi hâkimi, uzmanlardan görüş alarak velayetin düzenlenmesine ilişkin karar vermesi gerekir⁴⁴³. Nitekim, Yargıtay görüşü de aynı yönde olup, uzman bilirkişiden görüş alınıp buna göre değerlendirme yapılması hususunda bir çok karar bulunmaktadır⁴⁴⁴.

⁴³⁸ Gençcan, 2006: 846.

⁴³⁹ “*Duruşmada dinlenen velayetinin babasına verilmesini istediğini beyan etmiştir. Psikolog ve sosyal hizmet uzmanı raporlarıyla da velayetin babaya verilmesinin çocuğun menfaatine olduğu açıklanmıştır. Bu durumda davanın kabulü gerekir.*” Y 2.HD, T.01.07.2008, E.2008/6259, K.2008/9740. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

⁴⁴⁰ K.T. 09.01.2003, Resmi Gazete Tarihi:18.01.2003, Resmi Gazete No:24997, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

⁴⁴¹ Baktır, 2003: 66.

⁴⁴² Baktır, 2003: 66; Gençcan, 2006: 850; Özer Taşkın, 2006: 52.

⁴⁴³ “*Mahkemece yapılacak iş; velayet konusunda taraflara bir öneride bulunulması, öneri kabul edildiği takdirde buna göre karar verilmesi; kabul edilmediği takdirde ise, taraflara velayet konusunda delil bildirme olanağı tanınip gösterildiği takdirde toplanılması, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun 5 inci maddesi gereğince Aile Mahkemesi bünyesinde bulunan psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacıdan oluşan uzmanlardan inceleme ve rapor istenip; tarafların barınma, gelir, sosyal ve psikolojik durumuna göre çocukların sağlıklı gelişimi için velayeti üstlenmeye engel bir durumun bulunup bulunmadığının araştırılması yaptırılarak gerçekleştirilecek sonuca göre karar vermekten ibarettir. Açıklanan hususlar dikkate alınmadan velayetlerin kaldırılmasına karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.*” Y 2.HD, T.10.09.2014, E.2014/6351, K.2014/16896. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları; Gençcan, 2006: 850.

⁴⁴⁴ “*Tarafların müşterek çocuğu Deniz 26.11.1999 doğumludur. Pedagog, çocukla görüşme sonucu düzenlediği raporda, çocuğun baba yanında kalmasının menfaatine uygun düştüğünü belirtmiştir. Çocuğun 20.11.2007 tarihinden beri baba yanında kaldığı da anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu duruma göre, çocuğun alıştığı ortamdan ayrılmasının ruhi gelişimini olumsuz etkileyebileceği de nazara alınarak, velayetin babaya verilmesi*

3.2.3.5 Velâyetin Kamu Düzenine İlişkin Olması

Velayetin düzenlenmesi kamu düzeni ile ilgilidir⁴⁴⁵. Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velayeti birlikte kullanırlar (TMK.m.336/I). Boşanma halinde, velayetin kime bırakılacağına hâkim karar verir (TMK m.336/III). Velayetin düzenlenmesi konusunda hâkime takdir yetkisi tanınmıştır.

Kamu düzenine ilişkin olması sebebiyle ana ve baba velayetten vazgeçemezler, velayetin onların talebi ile hâkim tarafından kaldırılması olanaklı değildir⁴⁴⁶. Eğer velayetin kendisinden alınmasını talep eden kişi, çocuğa karşı görevlerini yerine getiremeyecek durumda ise hâkim, çocuğu koruma önlemlerini almak zorundadır⁴⁴⁷ (TMK. m.346 v.d.).

3.2.4 Boşanma Halinde Velâyetin Düzenlenmesine İlişkin İlkeler

3.2.4.1 Çocuğun Özellikleri

3.2.4.1.1 Çocuğun Yaşı

Aile mahkemesi hâkimi velayetin düzenlenmesinde çocuğun yaşını göz önünde bulundurmalıdır. Hâkim, boşanma halinde velayeti ana ya da babadan hangisine bırakılacağına çocuğun yaşını da dikkate alarak karar vermelidir. Yapılan bir çalışmaya göre; araştırmaya dahil edilen 9-12 yaş grubu çocukların boşanmaya uyumlarında; cinsiyetin, kardeş sayısının, anne-baba ayrılığını öğrendiği kişinin, birlikte yaşadığı ebeveynin kim olduğunun, anne-babanın öğrenim düzeyinin, anne-babanın çalışma durumunun ve çocuk için profesyonel yardım alınmasının anlamlı bir farklılık yaratmadığı, yalnızca çocuğun doğum sırasının boşanmaya uyumda anlamlı bir farklılığa neden olduğu belirlenmiştir⁴⁴⁸. Ortanca çocukların, ilk ve son çocuklara göre daha uyumlu olduğu sonucuna varılmıştır.

gereirken, hüküm kurulması doğru bulunmamıştır." Y 2.HD, K.T.30.03.2010, E.2009/1964, K.2010/6055; Y 2.HD, T.10.09.2014, E.2014/6351, K.2014/16896. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

⁴⁴⁵ "Velayetin düzenlenmesi kamu düzeni ile ilgilidir. Yabancı mahkemenin çocukların velayetini yazılı şekilde düzenlenmesi Türk Medeni Kanununa aykırıdır. (MÖHUH m.38/c) Ancak yabancı ilamın kısmen tenfizine karar verilmesi de imkan dahilindedir. (MÖHUH m. 40) Mahkemenin velayet düzenlemesine yönelik tenfiz isteğini reddetmesinde isabetsizlik yoktur. Mahkemece yabancı ilamın boşanmaya yönelik bölümünün tenfizine karar verilmesi gerekir." Y 2.HD, T.02.04.2003 E.2003/3784, K.2003/4670. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları; Gençcan, 2006: 851; Şener, 1996: 223, Özuğur, 2007: 537; Tutumlu, 2002: 484.

⁴⁴⁶ Akyüz, 2015: 226.

⁴⁴⁷ "Velayet kamu düzenine ilişkindir. Velayet düzenlemesinde aslolan çocuğun sağlık, eğitim ve ahlaki bakımdan yararidir. Davalı anne, babası yanında bulunan müşterek çocuğun şiddete maruz kaldığını ileri sürerek, bu hususta Cumhuriyet Savcılığına şikâyetle bulunduğunu bildirmiş ve Cumhuriyet Savcılığınca yapılan soruşturma evraklarını delil olarak sunmuştur. İddianın gerçekleşmesi durumunda, belirtilen olaylar velayetin değiştirilmesi veya kaldırılması sebebidir. Velayete ilişkin düzenleme henüz kesinleşmeden böyle bir durumun ortaya çıkması halinde hâkim, çocuğun yararını gözeterek düzenlemeye re'sen müdahale edebilir ve değiştirebilir. Mahkemece; davalı tarafından bildirilen ve dosya içine örnekleri sunulan Cumhuriyet Savcılığının soruşturma evraklarıyla sulh ceza mahkemesinin dava dosyasının da değerlendirilerek, gerektiğinde psikolog, pedagog ve sosyal çalışma uzmanlarından yeniden görüş alınmak suretiyle velayetin düzenlenmesi gerekir. Davalının velayete ilişkin temyiz isteğinin kabulüyle hükmün bozulmasına karar verilmesi gerekmiştir." Y 2.HD, T.18.03.2010, E.2009/15419, K.2010/5222. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları; Akyüz, 2015: 227.

⁴⁴⁸ Aydın ve Baran, 2012: 48.

Çocuğun yaşına göre belirleme yaparken gelişim psikolojisine göre çocuğun gelişimi dikkate alınmalıdır. Gelişim psikolojisi, çocuğun gelişiminde dört bölüm belirlemiştir⁴⁴⁹.

0-3 Yaş Grubu Çocuklar: Bu yaş grubundaki çocuklar anaya derin duygusal bağlar ile bağlıdır. Anadan ayrılma bu çocuklar için depresyon oluşturabilir. Ananın sevgisine duygusal olarak muhtaçtır. Ananın yaşantısının bu yaş grubundaki çocukların velayetinin anaya verilmesinde bir önemi yoktur⁴⁵⁰. Çocuk bunu kavrayabilecek düzeyde değildir. Hâkimin velayeti düzenlerken bunları göz önünde bulundurması ve velayeti anaya bırakması gerekir⁴⁵¹.

3-6 Yaş Grubu Çocuklar: Bu yaş grubu çocuklarda önceki evreye göre anaya bağlılık azalmakla birlikte hala devam etmektedir. Bu nedenle bu yaş grubu çocukların velayeti yine anaya verilmelidir⁴⁵². Ancak ananın yaşantısı çocuğun güvenliğini tehdit edecek düzeyde ise velayet babaya da bırakılabilir⁴⁵³. Hâkim, velayeti düzenlerken ananın durumunun uygun olması halinde velayeti anaya vermeli⁴⁵⁴ değil ise babaya verilmelidir.

6-13 Yaş Grubu Çocuklar: Bu yaş grubu çocuklarda anaya bağlılıkta azalma ve dış dünyaya yönelme görülür. Ancak bağımsız kişilik tam olarak oluşmamakla birlikte az da olsa anaya bağımlılık devam etmektedir. Bu yaş grubundaki çocukların velayeti şartları uygun olan ana ya da babaya verilebilir⁴⁵⁵.

13-17 Yaş Grubu Çocuklar: Bu yaş grubu çocuklar ergenlik çağı sonrası dönemi yaşamakta olup, baba, onlar için hem bir model hem de otorite kaynağıdır. Bu nedenle bu yaşlardaki çocukların şartların ve diğer kriterlerin göz önünde bulundurulması sonucu uygunluk halinde velayetin babaya verilmesi daha doğru olur⁴⁵⁶.

3.2.4.1.2 Çocuğun Diğer Özellikleri

Çocuğun sağlığı, velayetin düzenlemesi yapılırken göz önünde bulundurulmalıdır. Çocuğun sağlık durumu iyi değilse diğer bir deyişle çocuk hasta ise tedavi olanakları

⁴⁴⁹ Gençcan, 2006: 858; Tutumlu, 2002: 480.

⁴⁵⁰ Gençcan, 2006: 858.

⁴⁵¹ “Ana yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri, ahlaki gelişmesine engel olacağı yönünde ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadığı ve hemen meydana gelecek tehlikelerin varlığı da ispat edilmediği halde ana bakım, şefkatine muhtaç 2008 doğumlu N.C'nin Türk Medeni Kanununun maddeleri uyarınca babanın velayetine bırakılması usul ve kanuna aykırıdır.” Y 2.HD, E:2010/9148, K:2011/9892, T: 06.06.2011. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları; Gençcan, 2006: 859; Tutumlu, 2002: 481.

⁴⁵² “Ana yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri, ahlaki gelişmesine engel olacağı yönünde ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadığı ve hemen meydana gelecek tehlikelerin varlığı da ispat edilmediği halde ana bakım, şefkatine muhtaç E..’nun babanın velayetine bırakılması usul ve kanuna aykırıdır.” Y 2.HD, T: 05.05.2004, E:2004/4977, K:2004/5868. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları

⁴⁵³ Gençcan, 2006: 860.

⁴⁵⁴ HGK, T.17.03.1993, E.1992/2-763, K.1993/117. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları; Tutumlu, 2002: 481.

⁴⁵⁵ Gençcan, 2006: 860; Tutumlu, 2002: 482.

⁴⁵⁶ Gençcan, 2006: 860; Tutumlu, 2002: 482.

belirlenmeli ve bunları tedarik edebilen tarafa velayet bırakılmalıdır⁴⁵⁷. Çocuğun, engellilik hali göz önünde bulundurulmalıdır. Ana ve baba çocuğa, özellikle bedensel ve zihinsel engelli olanlara, yetenek ve eğilimlerine uygun düşecek ölçüde, genel ve mesleki bir eğitim sağlamakla yükümlüdür (TMK.m.340/II). Bunu sağlayabilecek tarafa velayet bırakılmalıdır.

Velâyetin düzenlenmesinde çocuğun eğitim durumunu göz önünde bulundurmalıdır. Bunun için ilgili eğitim kurumundan soruşturulmalı, çocuğun eğitim hayatına kimin yanında devam ettiği dikkate alınarak velayet düzenlemesi yapılmalıdır⁴⁵⁸.

3.2.4.2 Ana ve Babanın Kişisel Özellikleri

Hâkim, velâyet düzenlemesinde, çocuğun üstün yararını göz önünde bulunduracağı için, ana babanın kişisel özelliklerini ve çocuğa karşı davranışlarını değerlendirmek zorundadır. Ana babanın çocuğa karşı yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini araştırmalıdır. Ana ve baba, çocuğun bakım ve eğitiminden sorumludurlar (TMK. m.339/I). Çocuğun bakımını gereği gibi yerine getirmeyen, onu ihmal eden tarafa velayet verilmemelidir. Ana babanın velayeti isteyip istememesi, çocuğa gerekli ilgi ve özeni göstermemiş olması, çocuğu terk etmeleri, dengesiz davranışlar sergilemeleri, sadakatsizlik, şiddet uygulaması, mesleği velayetin düzenlenmesinde önemli rol oynar⁴⁵⁹. Ana ve baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanır; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar (TMK.m.339/II).

Ana ve baba, çocuğu olanaklarına göre eğitmek, onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişimini sağlamak ve korumak zorundadırlar (TMK.m.340/I). Bu yükümlülüğü yerine getirmeyen ya da getiremeyecek olan ana babaya velayet bırakılmamalıdır⁴⁶⁰.

⁴⁵⁷ “Velayet düzenlenirken analık babalık duygularından önce küçüğün bedeni ve fikri gelişimine öncelik verilmelidir. Küçüğün astım hastası olduğu, babanın geceleri gitar çalarak hayatını kazandığı, küçüğe yeterli zaman ayıramadığı anlaşılmaktadır. Küçüğün velayetinin anneye bırakılıp, baba ile uygun bir ilişki kurulması gerekir.” Y 2.HD, T.06.05.2003, E.2003/3684, K.2003/6706. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları, Gençcan, 2006: 857.

⁴⁵⁸ “Çocuğun, annesiyle birlikte yaşamak istemediği, babasının yanını tercih ettiği görülmektedir. Velayetin düzenlenmesinde aslanan çocuğun üstün yararadır. Annenin başkasıyla evlenmiş olduğu, eşiyle birlikte B...’da yaşadığı, babanın ise, çocuğun eğitim ve öğretim gördüğü İ...’da yerleşmiş bulunduğu, çocuğun babasının yanını tercih ettiği gözetildiğinde baba yanında kalmasının bedeni fikri ve ahlaki gelişimine engel olacağı yönünden bir delil ve sebep de bulunmadığına göre, velayetin anneden alınıp, babaya verilmesi uygun olacaktır. Bu sebeple isteğin kabulü gerekirken, olaya uygun düşmeyen gerekçelerle reddi doğru bulunmamıştır.” Y 2.HD, T:25.09.2013, E: 2013/2773, K: 2013/21832. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

⁴⁵⁹ Gençcan, 2006: 870.

⁴⁶⁰ “Dava, boşanma, yoksulluk nafakası ve manevi tazminat; karşı dava ise, boşanma ve manevi tazminat istemlerine ilişkindir. Somut olayda; ahlaki durumu boşanmaya sebep olan davacı annenin tanık beyanlarına göre, gazete aracılığı ile tanıştığı çok sayıda kişi ile telefon görüşmesi yapıp fotoğraf kabul ettiği; gazete aracılığı ile tanıştığı bu kişilerle çocuklarının da bulunduğu müşterek hanede ilişki yaşadığı sübuta ermiştir. Tüm bu hallerin, velayetin davacı anneye verilmesinde ciddi sakıncalar yaratacağı kuşkusuzdur. Bu itibarla, müşterek çocukların davacı anne yanında kalmasının çocukların bedeni, fikri ve ahlaki gelişmesine engel

3.2.4.3 Kardeşlerin Durumu

Hâkim, çocukların birden fazla olması durumunda mümkün olduğu ölçüde kardeşlerin birbirinden ayrılmamasına özen göstermelidir⁴⁶¹. Çocukların birbirlerinden ayrılması onların ruhsal dünyalarını etkiler. Çocuklar, ana babalarının boşanmasını bir olgu olarak kabul edebilirler ancak kardeşlerin ayrılmasını ailenin dağılması olarak algılayıp ruhsal olarak daha çok etkilenebilirler⁴⁶². Keza kardeşlerin birbirlerinden farklı çevrelerde, farklı tarzda yetiştirilecek olmaları kardeşlik bağları açısından olumsuz etki yaratır⁴⁶³.

Birden fazla çocuğun bulunması durumunda, kardeşler farklı özelliklere sahipse, farklı ihtiyaçları varsa, birbirlerinden ayrılmaları ruhsal dünyalarını etkilemeyecekse velayet ayrı verilebilir⁴⁶⁴.

3.2.4.4 Boşanmadaki Kusur Unsuru

Velâyetin kime bırakılacağına belirlenmesinde boşanmadaki kusurluluk dikkate alınmaz. Kötü bir eş, kötü ana baba olmayabilir⁴⁶⁵. Velayetin kime bırakılacağı çocuğun yararı kriterine göre belirlenecektir. Ana babanın boşanmadaki kusurları çocuğun üstün yararı göz önünde tutularak değerlendirilir⁴⁶⁶.

Hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış (TMK.m.162), suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme (TMK.m.163), gibi sebeplerle açılan ve sonuçlanan boşanma davalarında bunları gerçekleştiren ana babaya velayetin verilmesi uygun olmaz. Yine, akıl hastalığı (TMK.m.165) sebebi ile açılan boşanma davasında, akıl hastası eşe velâyet verilmez⁴⁶⁷.

3.2.5 Boşanma Halinde Birlikte Velayet (Ortak Velayet) Düzenlemesi

Boşanma halinde velayetin ana baba tarafından birlikte kullanılması doktrinde tartışılan bir konudur.

Özta'n'a göre, Türk Medeni Kanunu'nun 182/II'inci maddesi açık ifadesine göre velayet ana babadan birine bırakılacaktır. Velayetin ana babaya birlikte bırakılması psikologlar

olacağı yolunda ciddi ve inandırıcı deliller bulunduğundan, velayet hakkının davacı anneye tevcih edilmesi olanaklı değildir." HGK, K.T.12.03.2008, E.2008/2-247, K.2008/247. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

⁴⁶¹ Özta, 2015: 784.

⁴⁶² Akyüz, 2015: 233, Güneşlioğlu, 2009: 101.

⁴⁶³ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 312; Akyüz, 2015: 233; Tutumlu, 2002: 484.

⁴⁶⁴ Özta, 2015: 784.

⁴⁶⁵ Gençcan, 2006: 877; Özta, 2015: 785

⁴⁶⁶ Akyüz, 2015: 233.

⁴⁶⁷ "...Davalı akıl hastası olup velayet görevini gereği gibi yerine getiremeyecektir. Bu yön gözetilmeden küçük Yüksel'in velayet hakkının da anneye verilmesi gerekirken babaya verilmesi kanuna aykırı olduğundan hükmün bozulması gerekmektedir. (TMK. m. 348/1) (HUMK. m. 439/2).. " Y 2.HD, T.05.06.2003, E.2003/6627, K.2003/8302. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları; Gençcan, 2006: 876.

tarafından da savunulmaktadır. Kaynak Kanun bu yolda bir düzenleme yapmıştır. (Art. 133/III ZGB). Türk Medeni Kanunu'nun 182'nci maddesinde velayetin birlikte kullanılamayacağına dair açık bir düzenleme yoktur. Buna karşılık "çocuğun yararı" kıstasına yer verilmiştir. Bu nedenle, maddenin geniş yorumlanması, çocuğun yararına olacaksa ve eşler bu hususta anlaşmışlarsa, velayetin iki eşe birden bırakılması mümkün olmalıdır⁴⁶⁸.

Serozan'a göre, tüm batı ülkelerinde Anayasa Mahkemelerinin de katkısıyla hem boşanma sonrasında hem evlilik dışı yaşam birlikteliğinde ana babanın birlikte velayeti, çocuk yararına birtakım sınırlamalarla yürürlüğe girmiştir. Son olarak İsviçre de bu kervana katılmıştır (ZGB 298a).

TMK m.336-337 kurallarında, “henüz” ya da “artık” evli olmayan ana babanın birlikte velayetine olanak tanınmamıştır. Velayet sadece anaya bırakılmıştır. Bu düzenleme anayasal eşitlik ilkesi ile ana baba hakkı ve BM Çocuk Hakları Sözleşmesinin çocuğa tanıdığı “anasından ve babasından ayrı tutulmama hakkı” karşısında düşündürücüdür.

Yazar çözümün BM Çocuk Hakları Sözleşmesi ışığında yorumlanacak olan TC Anayasasının eşitlik ilkesi ile çocuğun kişiliğini oluşturup geliştirme hakkı karşısında, TMK m.336/337 kurallarının Anayasaya aykırılığının defi yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne taşınması olduğunu belirtmiştir⁴⁶⁹.

Akyüz'e göre, boşanan eşlerin ana baba sorumluluğunu birlikte sürdürmeye istekli olmaları halinde, yaptırdığı kapsamlı psiko-sosyal araştırmalardan ve çocuğu da olgunluk düzeyine uygun biçimde dinleyip arzu ve duygularını öğrendikten sonra hâkim, onun yararına uygun olduğu kanaatine varırsa boşanan eşlere velayeti birlikte bırakabilmelidir.

Yazara göre, TMK'nın 182. ve 336. maddeleri kapsamında, hâkim çocuğun yararına aykırı olmadıkça velayeti boşanma sonrasında da ana ve babaya birlikte bırakabilmelidir. Ancak öğretide ve mahkeme uygulamalarındaki tereddütler ve çağdaş kanunlardaki gelişmeler dikkate alınarak Türk Medeni Kanunu'nun 182. ve 336. maddeleri yeniden düzenlenmeli, kanuna çocuğun yüksek yararı aksini gerektirmedikçe boşanan ana babanın velayeti birlikte kullanmasına imkân tanıyan açık bir hüküm konulmalıdır⁴⁷⁰.

Ceylan'a göre, Türk Medeni Kanunu'nda ana ve babanın velayetini boşanmadan sonra birlikte kullanmalarının düzenlenmemiş olması bir eksikliktir. Ana-babanın çocuğun velayetini birlikte kullanabilmeleri için boşanmada öncelikle kusur unsurunun çıkarılması

⁴⁶⁸ Öztan, 2015: 782.

⁴⁶⁹ Serozan, 2005: 105.

⁴⁷⁰ Akyüz, 2015: 236-237.

gereklidir. Bu imkânın Türk Hukukunda da tanınması durumunda çeşitli türdeki boşanma davalarında ana ve babaya birlikte velayeti kullanma olanağı verilmiş olacaktır⁴⁷¹.

Koçhisarlıoğlu'na göre, velayetin ana babadan birine tevdi, aslında velayetin diğerinden kaldırılması demektir. Yasakoyucunun amacı bu olmamalıdır. O, çocuğun iyiliğini gözetmeli ve onu ne anası ne babasının korumasından, şefkatinden mahrum bırakmamalıdır. İlgili hükümler, bu amaç doğrultusunda anlaşılmalıdır. Ana babalık bölünemez. Çocuk sadece anası ya da babasına sahip kılınamaz ve bu ikisinden yalnız biriyle yetinmek zorunda bırakılamaz. Bu konuda toplulukçu, toptancı, birliktelikçi v.b. felsefeye uygun olarak, boşanmadan sonra ana babanın birlikte velayeti genel kural olarak benimsenmelidir⁴⁷². Yazara göre boşanmadan sonra birlikte velayet, Medeni Yasanın genel çizgileri, günümüz hukuku, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Çocuk Hakları Sözleşmesi, ana-baba hukuku, cinsler arası eşitlik hukuku, Avrupa Konseyi Tavsiye Kararı'na da uygundur. Çocuğun kimin yanında kalacağı sorunu çözümsüz değildir. Örneğin ve özellikle, çocuğun "olağan oturma yeri" kavramı aracılığıyla soruna çözüm getirilebilir⁴⁷³.

Gençcan, ortak velayetin artık mümkün olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre, Türkiye Cumhuriyeti adına 14 Mart 1985 tarihinde imzalanan "11 No'lu Protokol ile Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'ye Ek 7 No'lu Protokol"ün onaylanması 25 Mart 2016 Tarihli ve 29664 Sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan 6684 sayılı kanunla uygun bulunmuştur. Ek 7 No'lu Protokol"ün 5. maddesi hükmüne göre "Eşler evliliğin sona ermesi durumunda, çocukları ile ilişkilerinde medeni haklar ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanırlar." Çocuğun güvenliğine ve üstün yararına aykırı olduğuna dair dava dosyasında yeterli olgu ve delil bulunmadığı anlaşıldığı takdirde velayetin ana ve babaya ortak verilmesinin artık mümkün olduğunu ifade etmiştir. Yazar devamla, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmaların kanun hükmünde olduğunu ve kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası anlaşma hükümlerine göre karar verilmesinin Anayasa 90'ıncı maddesi uyarınca zorunlu olduğunu ifade etmiştir.

Gençcan'a göre, 6684 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi ile ortak velayeti engelleyen 4721 sayılı Kanun hükümlerin örtülü olarak ortadan kaldırıldığı görüşündedir. Yazar devamla, Aile Mahkemelerinde Ortak Velayet ilkelerini şu şekilde saymaktadır:

"1- Evliliğin boşanmayla sonlanması halinde ortak velayet ASIL olup velayetin eşlerden birine verilmesi İSTİSNA olandır.

⁴⁷¹ Ceylan, 2006: 164.

⁴⁷² Koçhisarlıoğlu, 2004: 237.

⁴⁷³ Koçhisarlıoğlu, 2004: 239.

2- Ortak velayet GÖNÜLLÜLÜK esasına dayalıdır. Velayetin eşlerden BİRİNE VERİLMESİ istemi varsa çekişmelere neden olacağı için ortak velayet düzenlemesi yapılmamalıdır.

3- Aile mahkemesince ortak velayet konusunda idrak çağındaki çocuğun GÖRÜŞÜ alınmalı gerekirse uzman görüşüne başvurulmalıdır.

4- Çocuğun giderlerine taraflar kural olarak eşit şekilde katılırlar. Talep halinde her bir eşin yapacağı katkı miktarı mahkemece belirlenir.

5- Kişisel ilişki konusunda tarafların ve idrak çağındaki çocuğun görüşü alınıp gerekiyorsa uzman görüşü de alınarak bir karar verilmelidir.

6- Tarafların ortak velayet talebi çocuğun güvenliği ve üstün yararına AYKIRI ise velayet eşlerden birine verilmeli, her ikisi de elverişli değilse vasi atanması için vesayet makamına ihbarda bulunulmalıdır⁴⁷⁴.

Serdar'a göre; Türk Medeni Kanunu'nda açık hüküm yer almamakla birlikte mevcut hükümler dikkate alındığında düzenleme yapılmıyca kadar da evli olmayan ana baba ile artık evli olmayan ana babanın birlikte velâyetinin reddedilmemesi gerektiği görüşündedir.

Yürürlükteki Hukukumuz açısından ana ve baba velâyeti birlikte kullanmayı talep ediyorlarsa ve bu çocuğun yararına aykırı değilse, boşanmadan sonra TMK.182/I ve 336/III maddelerinin TMK.1/I hükmü kapsamında yorumu yoluyla, anne babanın evli olmaması durumunda ise, TMK. 337 hükmündeki boşluğun hâkim tarafından TMK.1/II kapsamında doldurulması yoluyla birlikte velâyetin kabulü gerekir görüşündedir.

Olması gereken hukuk açısından velâyetin basit ve tek bir kurala bağlanması birçok tartışmayı sona erdirecektir. Velâyetin soybağına bağlı olarak ana ve babanın her ikisine de ait olduğunun düzenlenmesi isabetli olacaktır. Bu ilkenin sınırı çocuğun yararı ilkesi olmalıdır. Birlikte velâyet çocuğun yararına aykırı ise, ancak bu durumda taraflardan birine verilebilir veya bir vasi atanabilir, şeklinde görüşlerini belirtmiştir. Yazar, hâkimin tarafların anlaşmalarına öncelik vererek velâyeti düzenlemesi uygun olur görüşünü dile getirerek bu konuda İzmir 4.Aile Mahkemesi'nin kararına yer vermiştir. Adı geçen mahkeme, 27.05.2009 Tarihli, 448 Esas ve 470 sayılı kararında "tarafların ortak çocukları .././2007 doğumlu, küçük E.'nin velayet hakkının taraflarca birlikte kullanılmasına" karar vermiştir. Dava konusu olayda taraflar; TMK. 166/3 maddeye dayalı olarak anlaşmalı boşanma talebinde bulunmuşlar ve müşterek çocuğun velayetinin taraflarca birlikte kullanılacağı hususunda anlaşmışlardır⁴⁷⁵.

Ortak velayet, yargı kararlarında uygulanmaya başlanmıştır⁴⁷⁶.

⁴⁷⁴ <http://eys-turkiye.blogspot.com.tr/2017/01/ortak-velayet-artik-mumkundur-yargtay-2.html> (erişim tarihi: 10.05.2017); <https://www.facebook.com/OmerUgurGENCCAN?pnref=friends.search>. (erişim tarihi: 28.12.2016).

⁴⁷⁵ Serdar, 2008: 184, dipnot 94.

⁴⁷⁶ "Somut olay değerlendirildiğinde "ortak velayet" düzenlenmesinin, Türk kamu düzenine "açıkça" aykırı olduğunu ya da Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını ihlal ettiğini söylemek mümkün değildir. O halde mahkemece, MÖHUK m. 17/1 gereğince, İngiliz vatandaşı olan tarafların müşterek milli hukuklarındaki velayete ilişkin düzenlemeler dikkate alınarak, işin esasına girilip tüm deliller birlikte

Yukarıdaki görüşler doğrultusunda birlikte velayet artık mümkündür.

3.2.6 Velâyet Hükümünün Değiştirilmesi

Ana veya babanın başkasıyla evlenmesi, başka bir yere gitmesi veya ölmesi gibi durumlarda hâkim, ana ve babadan birinin istemi üzerine veya kendiliğinden gerekli önlemleri alır (TMK.m.183). Maddede evlenme, başka bir yere gitme ve ölüm örnek olarak sayılmış olup, sınırlı sayıda değildir. Bu nedenle tutuklanma, ağır hastalık, eğitim gibi haller gibi benzeri sebepler de olabilir⁴⁷⁷.

Boşanan eşlerden, velayet kendisine bırakılan tarafın ölmesi halinde velayet kendiliğinden diğer tarafa geçmez. Hâkim, çocuğun üstün yararını gözeterek duruma göre velayet ya da vesayet düzenlemesi yapar⁴⁷⁸.

Velâyetin değiştirilmesinde, çocuğun yeterli idrak gücüne sahip olması durumunda, görüşünün alınarak düzenleme yapılması gerekir⁴⁷⁹. Yargıtay uygulamalarında velayet hakkını elinde bulunduranın, çocuk ile kişisel ilişki kurulmasına engel olunması halinde velâyet hakkının kötüye kullanılması olarak değerlendirmektedir⁴⁸⁰.

Ana veya babanın başkasıyla evlenmesi hem velayetin değiştirilmesi hem de kaldırılması sebebi olarak düzenlenmiştir. Velayet kendisine bırakılan tarafın yeniden evlenmesi halinde hâkim, yapılan evliliğin çocuğun güvenliğini tehlikeye düşürüp düşürmediğini inceleyecektir. Çocuğun yüksek yararı açısından yeni evlilik ortamı bir sakınca oluşturmuyorsa velayet hükmü değiştirilmeyebilir⁴⁸¹.

değerlendirilerek "ortak velayet " istemine ilişkin davayla ilgili bir karar vermek gerekirken, istemin Türk kamu düzenine aykırı olduğu belirtilmek suretiyle, yazılı şekilde hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir." Y 2.HD, T.20.02.2017, E.2016/15771, K.2017/1737. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

⁴⁷⁷ Şener, 1996: 243.

⁴⁷⁸ "Boşanma sonucu çocuğun velayeti kendisine bırakılan annenin ölümü ile velayet kendiliğinden babaya geçmez. Çocuğun vesayet altına alınması gerekir." Y 2.HD, T. 7.4.2003 E. 2003/3931 K. 2003/4938. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. (erişim tarihi: 18.11.2016); Dural vd., 2010: 141.

⁴⁷⁹ "Dava, velayetin değiştirilmesi istemine ilişkindir. Mahkemece yapılacak iş; yeterli idrak gücüne sahip olduğu kabul edilen çocuğa, kendisini doğrudan ilgilendiren velayet konusunda danışılarak, görüşünü gerekçeleriyle birlikte ifade etme olanağı sağlanması; ifade edeceği bu görüş, çocuğun kendi çıkarına ters düşmediği takdirde, buna önem verilmesi ve gerektiğinde Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun uyarınca uzman bilirkişiden de görüş alınmak suretiyle birlikte değerlendirme yapılp sonucuna göre bir karar verilmesi, olmalıdır. Yukarıda açıklanan bu değişik sebeplerle direnme kararı bozulmalıdır." HGK, T.16.03.2012, E.2011/2-884, K.2012/197. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

⁴⁸⁰ "Davalı annenin sekiz yaşındaki müşterek çocuğun gelişimi için önemli olmasına rağmen babası ile görüşmesini engelleyerek, velayet hakkını kötüye kullandığı hususunun kanıtlandığı ve müşterek çocuğun velayetinin davalı anneden alınarak davacı babaya verilmesi gerektiği kabul edilmelidir. Hal böyle olunca, tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır." HGK, T.01.04.2015, E.2013/2-1926, K.2015/1139. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

⁴⁸¹ Gençcan, 2006: 889.

Velayetin değiştirilmesi durumunda, ana babadan her biri çocuk ile uygun kişisel ilişki kurmasını isteme hakkına sahiptirler⁴⁸².

3.2.7 Velayetin Kaldırılması

3.2.7.1 Genel Olarak

Velayetin kaldırılması, hâkim kararı ile sona erdirilmesidir. Velayet kanundan dolayı kendiliğinden sona erebilir. Ana babanın ölmesi veya gaiplięi⁴⁸³ ya da çocuğın ölmesi durumunda sona erer⁴⁸⁴. Ayırt etme gücüne sahip olan çocuğın ergin olması ile velayet kanundan dolayı sona erer⁴⁸⁵. Mahkeme kararı ile ergin kılınma ve evlilik ile ergin olma, ergin olma kavramına girer⁴⁸⁶.

Çocuğun üçüncü kişi tarafından evlat edinilmesiyle velayet hakkı sona erer zira ana babaya ait haklar ve yükümlölükler evlat edinene geçecektir (TMK.m.314). Evlatlık ilişkisinin sonlandırılması ve soybağının reddi halinde velayet hakkı sona erer⁴⁸⁷.

Velayetin kaldırılması TMK.m.348 hükmü ile düzenlenmiştir. Çocuğın korunmasına ilişkin önlemlerden sonuç alınamaması ya da önlemlerin yetersiz kalacağının önceden anlaşılması halinde hâkim velayetin kaldırılmasına karar verebilir⁴⁸⁸. Hâkim kendiliğinden ya da ilgililer istemi üzerine velayeti kaldırır, üçüncü kişilerde velayet hakkının kaldırılması için hâkimden talepte bulunabilirler⁴⁸⁹. Velayetin kaldırılması ana baba için en ağır önlemdir. Ana babanın kusurlu olması aranmaz⁴⁹⁰. Velayetin değiştirilmesi hükmünü uygulamak mümkün ise bu yola gidilmeli, en ağır önlem olan velayetin kaldırılması sonraki aşama olarak düşünölmelidir⁴⁹¹.

TMK.m.348’de velayet hakkının hangi hallerde kaldırılacağı iki bent halinde sayılmıştır. Bunlardan birincisi ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerden biriyle velayet görevini gereği gibi yerine getirememesi,

⁴⁸² Gençcan, 2011: 1506.

⁴⁸³ Baktır Çetiner, 2000: 89.

⁴⁸⁴ Zevkliler vd., 2000: 1022.

⁴⁸⁵ Öztan, 2015: 1096.

⁴⁸⁶ Akyüz, 2015: 239, Zevkliler vd., 2000: 1022.

⁴⁸⁷ Öztan, 2015: 1096.

⁴⁸⁸ “Çocuğın korunmasına ilişkin diğer önlemlerden sonuç alınamaz ya da bu önlemlerin yetersiz olacağı anlaşılırsa ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, özörlü olması, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerden biriyle velayet görevini gereği gibi yerine getirememesi, çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlölüklerini ağır biçimde savsaklaması halinde velayetin kaldırılmasına karar verilir. Olayda, koşulların gerçekteşmediği dosya kapsamı ile anlaşılmakla davanın reddi yerine kabulü yönünde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.” HGK, KT.09.02.2011, E.2010/2-681, K.2011/54. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

⁴⁸⁹ Öztan, 2015: 1096.

⁴⁹⁰ Serozan, 2005: 145; İmamoğlu, 2005

⁴⁹¹ Çelik, 2004: 267; Şener, 1996: 281.

İkinci ise; ana ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklamasıdır.

TMK.m.349 ile ana babanın yeniden evlenmesi halinde velayetin kaldırılmasının gerekmediği ancak çocuğun yararı gerektirdiğinde velayet sahibinin değiştirilebileceği, durum ve koşullara göre velayetin kaldırılarak çocuğa vasi atanabileceği düzenlemiştir.

3.2.7.2 Velayetin Kaldırılmasının Sebepleri

3.2.7.2.1 Ana ve Babanın Deneyimsizliği, Hastalığı, Başka Bir Yerde Bulunması veya Benzeri Sebeplerden Biriyle Velayet Görevini Gereği Gibi Yerine Getirememesi

Ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerden biriyle velayet görevini gereği gibi yerine getirememesi durumunda hâkim velayetin kaldırılmasına karar verebilir (TMK.m.348/I). Kanun'da "benzeri sebepler" demek suretiyle bu sebeplerin sınırlı sayıda olmadığı anlaşılmaktadır⁴⁹². Ana babanın kısıtlanması, madde bağımlılığı⁴⁹³, yaşam tarzı⁴⁹⁴ gibi durumlar olabilir. Yargıtay kararlarında pek çok örnek bulunmaktadır⁴⁹⁵.

⁴⁹² Akyüz, 2015: 233; Dural vd., 2013: 352.

⁴⁹³ "...Toplanan delillerden küçük 11.10.2009 doğumlu ...babasının şartla tahliye tarihi 21.02.2025 olan suçtan dolayı hükümlü olarak cezaevinde bulunduğu, anne ...ise uyuşturucu madde ticareti yapma ve uyuşturucu kullanma suçlarından kesinleşmiş ceza mahkumiyetinin olduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece bozma sonrası her ne kadar annenin cezaevinden tahliye olduğu, küçük annesiyle birlikte kaldığı, bakım ve gözetiminin anne tarafından yapıldığı, gerekçesiyle dava reddedilmiş ise de 10.11.2014 tarihli bozma ilamımızda da belirtildiği üzere annenin işlediği suç çocuğun ruhsal ve bedensel gelişimini olumsuz etkileyecek niteliktedir. Bu durumda davalı annenin velayet görevini gereği gibi yerine getiremeyeceği anlaşılmaktadır. Mahkemece davanın kabulü ile küçük ... annede olan velayetinin kaldırılmasına, küçüğe vasi tayini için vesayet makamına (Sulh Hukuk Hâkimliğine) ihbarda bulunulmasına karar vermek gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir." Y 2.HD, T.10.02.2016, E.2016/1465, K.2016/2213. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

⁴⁹⁴ "Anne ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerle velayet görevini gereği gibi yerine getirmemesi; ana ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır bir biçimde savsaklamaları halinde hâkim velayet hakkını kaldırabilir. Toplanan delillerden küçük ... doğumlu M. M.'in babası ölmüş, anne F.'nın ise yaşam tarzı itibarıyla velayet görevini gereği gibi yerine getirmediği ve bu yaşam tarzı sebebiyle hakkında ceza davasının da bulunduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece davanın kabulü ile küçük M. M.'in annede olan velayetinin kaldırılmasına, küçüğe vasi tayini için vesayet makamına (Sulh Hukuk Hâkimliğine) ihbarda bulunulmasına karar vermek gerekir." Y 2.HD, T.21.03.2013 E.2013/4373, K.2013/7946. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

⁴⁹⁵ "Davalılardan babanın çocuğa şiddet uyguladığı, annenin ise çocuğun cinsel ve ruhsal bütünlüğünü korumaya ilişkin yükümlülüklerini ağır biçimde savsakladığı, alınan koruma önlemlerinin de yetersiz kalacağı anlaşılmaktadır. O halde davanın kabulü ile ana ve babanın her ikisinden de velayetin kaldırılmasına, çocuk için davacı kurum tarafından vesayet davası açılmamışsa, çocuğa bir vasi atanması için durumun sulh mahkemesine ihbarı kararı verilmesi gerekir." Y 2.HD, T.07.12.2010, E.2010/7251, K.2010/20509. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

3.2.7.2.2 Ana ve Babanın Çocuğa Yeterli İlgiyi Göstermemesi veya Ona Karşı Yükümlülüklerini Ağır Biçimde Savsaklaması

Ana baba çocukla ile ilgilenmezse, çocuğa karşı yükümlülüklerini yerine getirmemezse, ihmal ederse bu sebeple velayet kaldırılır. Ana babanın çocuğu başıboş bırakması, çocuğu okula göndermemesi, terk etmesi⁴⁹⁶, çocuğu dövmesi, cinsel taciz uygulaması gibi sebepler bu grupta sayılabilir⁴⁹⁷. Ana babanın çocuk üzerindeki nüfuzunu kötüye kullanması ve velayetin gerektirdiği hak ve yükümlülükleri yerine getirmemesi durumunda hâkim velayetin kaldırılmasına karar verir⁴⁹⁸. Çocuğun fiziksel, cinsel, duygusal, ekonomik yönden istismarı nüfuzu kötüye kullanmadır⁴⁹⁹.

Yargıtay, boşanma sonucunda velayet kendisine bırakılmış olan tarafın, diğer eşin kişisel ilişki kurmasına engel olmasını velayet hakkının kötüye kullanılması olarak değerlendirmekte ve velayetin kaldırılmasına karar verilmesini kabul etmektedir⁵⁰⁰. Velayetin kaldırılması için ana babanın kusurlu olması gerekir⁵⁰¹. Bu nedenle hâkim, kusur incelemesi yapmalıdır.

Velayetin ana babanın her ikisinden kaldırılması halinde çocuğa bir vasi atanır (TMK.m.348/II). Hâkim, durumu vesayet makamına bildirir⁵⁰². Velayet sadece birinden kaldırılırsa bu durumda diğeri velayet hakkını kullanmaya devam eder⁵⁰³.

Velayetin kaldırılması kararında aksi bir düzenleme yok ise mevcut ve doğacak bütün çocukları kapsar (TMK.m.348/III). Ancak hâkim sadece mevcut çocukları kapsayacağı şeklinde karar verebilir, bunu kararında açıkça belirtmesi gerekir⁵⁰⁴. Velayetin kaldırılmasının

⁴⁹⁶ “Velayet hakkına sahip olan baba, küçük Z.’i terk ettiğine ve çocuğun davadan önce ve halen kardeşiyle birlikte teyzesinin yanında kaldığı toplanan delillerle gerçekleştiğine göre, bu çocuğun velayetinin babadan alınmasına karar verilmesi ve küçüğe vasi atanması için yetkili vesayet makamına durumun ihbar edilmesine karar verilmesi gerekirken isteğin reddedilmesi doğru bulunmamıştır. Y. 2.HD, T.29.11.2011, E.2011/9203, K.2011/20112. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

⁴⁹⁷ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 439.

⁴⁹⁸ Öztan, 2015: 1102.

⁴⁹⁹ Baktır Çetiner, 2000: 97 vd.

⁵⁰⁰ “Davalı annenin sekiz yaşındaki müşterek çocuğun gelişimi için önemli olmasına rağmen babası ile görüşmesini engelleyerek, velayet hakkını kötüye kullandığı hususunun kanıtlandığı ve müşterek çocuğun velayetinin davalı anneden alınarak davacı babaya verilmesi gerektiği kabul edilmelidir. Hal böyle olunca, tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerekçelerine nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” HGK, T.01.04.2015, E.2013/2-1926, K.2015/1139. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

⁵⁰¹ “Boşanma kararının kesinleştiği tarihten bu davanın açılmasına kadar geçen sürede, küçük H.M.’nin velayetinin davalı annesinden kaldırılması veya değiştirilmesine neden olacak şekilde davalı annenin kusuru veya velayet görevini savsakladığı kanıtlanamamıştır.” HGK, K.T.22.01.2014, E.2013/2-2085, K.2014/30. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları; Çelik, 2004: 278.

⁵⁰² Öztan, 2015: 1104.

⁵⁰³ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 440.

⁵⁰⁴ “Medeni Kanunun 348/son maddesi; kararda aksi belirtilmedikçe, velayetin kaldırılmasının mevcut ve doğacak bütün çocukları da kapsayacağını hükme bağlamıştır. Toplanan delillerden davalının ikinci evliliğinden

bütün çocukları kapsamı şartlara göre belirlenmelidir, zira amaç ana babayı cezalandırmak değil çocukları korumaktır⁵⁰⁵.

3.2.7.2.3 Ana veya Babanın Yeniden Evlenmesi

Velayet hakkına sahip ana veya babanın yeniden evlenmesi halinde velayetin kaldırılması gerekmez (TMK.m.349). Yeniden evlenme velayetin kaldırılması için tek başına bir sebep oluşturmaz⁵⁰⁶. Ancak, çocuğun yararı gerektirdiğinde velayet değiştirilebilir⁵⁰⁷. Hâkim, evliliğin çocuğun üstün yararı açısından bir tehdit oluşturup oluşturmadığını değerlendirmelidir. Hâkim durum ve koşullara göre velayeti kaldırarak çocuğa vasi de atayabilir (TMK.m.349). Düzenlemede hâkimin takdir yetkisine geniş yer verilmiştir⁵⁰⁸.

3.2.7.3 Velayetin Kaldırılmasının Sonuçları

Velayetin kaldırılması halinde ana baba, çocuk ile aralarında kişisel ilişki kurulmasını talep edebilir. Zira çocuğun ana babaya yabancılaşmaması gerekir⁵⁰⁹.

Velayetin kaldırılması halinde ana babanın çocuğa karşı bütün görevleri son bulmaz⁵¹⁰. Ana ve baba çocuklarının bakım ve eğitim giderlerini karşılamaya devam edeceklerdir (TMK.m.350/I). Ana babanın ödeme gücü bulunmaması halinde bu giderler devlet tarafından karşılanır (TMK.m.350/II).

Velayetin kaldırılması süresizdir⁵¹¹. Ancak durumun değişmesi halinde hâkim kendiliğinden ya da ana babanın talebi üzerine velayeti geri verebilir (TMK.m.351).

3.3 Çocuklar ile Kişisel İlişki Kurulması

3.3.1 Kişisel İlişkinin Düzenlenmesi

Boşanma davasında çocukların velayeti ana ya da babadan birine bırakılmakla velayet hakkı sadece onun olur, diğerinin velayet hakkı sona erer. Ancak velayet kendisine

28.02.2003 doğumlu bir çocuğunun olduğu anlaşılmaktadır. Annenin bu çocuğa karşı ilgisizliği, yükümlülüklerini ağır bir şekilde savsakladığını gösterir herhangi bir delilde gösterilmemiştir.

Mahkemece; hüküm fıkrasında velayetin kaldırılmasının yalnızca 4.7.1998 doğumlu Alperen'e ait olduğuna işaret edilmesi gerekir. Velayet anneden kaldırıldığına göre küçük Alperen'e vasi tayin edilmesi için vesayet makamına (Sulh Mahkemesine) gerekli ihbarın düşünülmemesi de yerinde değildir." Y 2.HD, K.T.17.10.2005, E. 2005/12046, K. 2005/14219. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları; Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 440.

⁵⁰⁵ Akyüz, 1992: 18.

⁵⁰⁶ Öztan, 2015: 1093.

⁵⁰⁷ "Velayeti üstlenen anne veya babanın tekrar evlenmiş olması; tek başına velayetin değiştirilmesi için yeterli değildir. Çocuğun menfaati gerektirdiği takdirde, velayet değiştirilebilir. Velayetin değiştirilmesinin çocuğun menfaatine olacağına ilişkin bir delil de mevcut değildir. O halde; velayetin değiştirilmesi talebinin reddine karar verilmesi gerekirken; kabulü isabetsiz olmuş, bozmayı gerektirmiştir." Y 2.HD, T.04.11.2013, E.2013/4764, K.2013/25031. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

⁵⁰⁸ Öztan, 2015: 1094.

⁵⁰⁹ Gençcan, 2011: 1627; Öztan, 2015: 1105.

⁵¹⁰ Baktır Çetiner, 2000: 127.

⁵¹¹ Öztan, 2015: 1105.

bırakılmayan ana ya da babanın çocuk ile ilişkisinin kesilmemesi gerekir. Bu nedenle hâkim, velayet kendisine verilmeyen taraf ile çocuk arasında kişisel ilişkiyi düzenler.

Çocuk ile ana ve baba arasındaki kişisel ilişki Türk Medeni Kanunu 182. maddesinde düzenlenmiştir.

Çocuk ile kişisel ilişki kurulması ana babanın kişilik haklarındandır. Öte yandan çocuk velayeti sonlanan ana ya da baba ile yabancılaşmamalıdır⁵¹². Çocuk ile kişisel ilişki düzenlenirken çocuğun menfaati kriterine göre hareket edilmelidir⁵¹³.

Hâkim, çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını düzenlerken mahkeme boşanma veya ayrılığa karar verirken, olanak bulundukça ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler. Kişisel ilişki, çocuğun güvenliği göz önünde bulundurularak, ana babanın duygularını tatmin edici nitelikte olmalıdır.

Velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararları esas tutulur⁵¹⁴.

Ana ve babadan her biri, velayeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptir(TMK.m.323). Kişisel ilişkinin ne şekilde ve hangi zamanlarda kurulacağı açıkça düzenlenmelidir.

Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi⁵¹⁵ dördüncü maddesi uyarınca bir çocuk ile ana ve babası birbirleriyle düzenli şekilde kişisel ilişkiyi sürdürmek hakkına sahiptirler. Bu tür kişisel ilişki, çocuğun sadece yüksek yararları gerektirdiği takdirde, kısıtlanabilir veya engel olunabilir. Çocuğun, gözetim olmaksızın ana veya babasından birisiyle kişisel ilişkisinin sürdürülmesi, onun yüksek yararına değilse, ana veya babasıyla gözetim altında kişisel ilişki kurma imkânı ya da diğer şekillerde ilişki kurma imkânı da öngörülebilecektir.

Kişisel ilişki sadece ana ve baba ile çocuk arasında değil, büyük anne, büyük baba gibi üçüncü kişiler ile de kurulabilmektedir⁵¹⁶.

⁵¹² Serdar, 2007: 739-781

⁵¹³ Akıntürk ve Ateş, 2016: 315.

⁵¹⁴ Aras, (tarih yok): 282, http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/28.sayi/09_32_48.pdf (erişim tarihi: 09.05.2017)

⁵¹⁵ Resmi Gazete T: 17.11.2011, Resmi Gazete No: 28115, Yür.Tar.01.05.2012, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

⁵¹⁶ Akıntürk ve Ateş, 2016: 315; Çetinkaya, 2009: 15.

3.3.2 Kişisel İlişki Kurma Hakkına Sahip Olanlar

Çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkına sahip olanlar ana baba ile üçüncü kişilerdir. Türk Medeni Kanunu'nun 323'üncü maddesi ana ve babadan her birine, velayeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkını öngörmüştür. Türk Medeni Kanunu'nun 325'inci maddesinde çocuk ile üçüncü kişiler arasında kişisel ilişki kurulması düzenlenmiştir. Olağanüstü hallerin bulunması durumunda, çocuğun yararına uygun düştüğü ölçüde çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı diğer kişilere, özellikle hısımlara da tanınmıştır.

3.3.2.1 Ana ve Baba ile Çocuk Arasında Kişisel İlişki Kurulması

Boşanma davasında çocukların velayeti ana ya da babadan birine bırakılmakla velayet hakkı sadece onun olur, diğerinin velayet hakkı sona erer. Ancak velayet kendisine bırakılmayan ana ya da babanın çocuk ile ilişkisinin kesilmemesi gerekir. Bu nedenle hâkim, velayet kendisine verilmeyen taraf ile çocuk arasında kişisel ilişkiyi düzenler⁵¹⁷.

Çocuk ile kişisel ilişki kurulması ana babanın kişilik haklarındanır. Kişisel ilişki hakkı soybağının bir sonucudur⁵¹⁸. Öte yandan çocuk velayeti sonlanan ana ya da baba ile yabancılaşmamalıdır. Çocuk ile kişisel ilişki düzenlenirken çocuğun menfaati kriterine göre hareket edilmelidir.

Hâkim, çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını düzenlerken, ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler (TMK.m.182/I).

Velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararları esas tutulur (TMK.m.182/II). Kişisel ilişki kurulmasında çocuğun özellikleri dikkate alınmalıdır. Kişisel ilişki, çocuğun yaşı⁵¹⁹, sağlığı, okul hayatı gibi özelliklerine göre çocuğun yararına uygun düşecek ölçüde düzenlenmelidir. Çocuğun idrak çağında olması halinde dinlenmesi,

⁵¹⁷ “Velayeti davacı anneye verilen ortak çocuklar ile davalı baba arasında kişisel ilişki kurulmaması doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir.” Y 2.HD, T.24.02.2015, E.2014/18206, K.2015/2581. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

⁵¹⁸ “Kişisel ilişki hakkı, velayetin bir sonucu değil, soybağının bir sonucudur. Bu durumda bile dava dilekçesinin diğer tarafa tebliğ edilmesi, savunma ve delil bildirme hakkının tanınması, davalının göstermesi halinde delillerin toplanması, hukuki dinlenilme hakkının (HMK md. 27) gereğidir. Davalıya bu hak tanınmadan hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı bulunmuştur.” Y 2.HD, T.17.12.2014, E.2014/26913, K.2014/25876. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

⁵¹⁹ “Velayeti anneye verilen ortak çocuk ...doğumlu R.'yla davacı-davalı babası arasında kurulan kişisel ilişkide: çocuğun sağlıklı gelişimi için çocuğun yaşı da gözetilerek, babası yanında yatıya kalabileceği şekilde bir kişisel ilişki düzenlenme yapılması gerekirken, yetersiz kişisel ilişkiye karar verilmesi de hatalı olmuş: bozmayı gerektirmiştir.” Y 2.HD, T. 6.3.2012, E.2012/3651, K.2012/4894. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

görüşünün alınması gerekir⁵²⁰. Zira, Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 3. ve 6. Maddeleri ile Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesi dikkate alınmalıdır⁵²¹.

Ana ve babadan her biri, velayeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptir (TMK.m.323). Kişisel ilişki düzenlenmesinde ana babanın çocuğa olan davranışları, yaklaşımları dikkate alınmalıdır. Ana babanın, yaşam biçimlerine⁵²², çalışma saatlerine bakılmalı, analık babalık duygusunu tatmin edecek⁵²³, velayet görevinin yerine getirilmesi engellemeyecek şekilde kurulmalıdır⁵²⁴. Ana babanın aynı ya da başka şehirlerde hatta ayrı ülkelerde yaşıyor olması halinde kişisel ilişki uygun biçimde tesis edilmelidir.

Taraflar kişisel ilişki kurulmasına ilişkin olarak hazırlayacakları bir protokol ile hâkime sunabilirler. Hâkim kişisel ilişkinin düzenlenmesinde geniş takdir yetkisine sahiptir. Çocuğun menfaatine uygun olduğu ölçüde ve tarafların görüşlerini de alarak, anlaşmada değişiklik yapabilir⁵²⁵.

3.3.2.2 Çocuk ile Üçüncü Kişiler Arasında Kişisel İlişki Kurulması

Olağanüstü hallerin bulunması durumunda çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde özellikle hısımlar olmak üzere diğer kişilere de istemeleri halinde, çocuk ile kişisel ilişki

⁵²⁰ “Mahkemece Beyhan A.'nın annesi ile arasında kurulan şahsi ilişki konusunda beyanının alınması, bu düşüncenin de, diğer delillerle birlikte değerlendirilip hüküm kurulması gerekir. Ayrıca baba kişisel ilişkinin daraltılmasını istemiştir. Taleple bağlı kalınarak ilişki genişletilemez.” Y 2.H D, T.7.7.2005, E.2005/9057, K.2005/10845. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

⁵²¹ “Hüsna 15.03.1995 doğumlu olup, idrak çağındadır. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12, Avrupa Çocuk Hakları Sözleşmesinin 3. ve 6. maddeleri uyarınca Hüsna dinlenilmeden ve Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair 4787 S. Kanunun 5. maddesi gereğince uzman veya uzmanlar görüşü alınmadan eksik araştırma ile yazılı biçimde hüküm tesisi doğru değildir.” Y 2.HD, T. 11.12.2006, E.2006/9538, K.2006/17346. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

⁵²² “Davacı kadın çalışmaktadır. Küçükle baba arasında her hafta sonu Cumartesi-Pazar günleri kişisel ilişki kurulması, anneyi hafta sonları eve bağımlı hale getirecek ve velayet görevini gereği gibi yerine getirmesini engelleyecektir. Daha uygun kişisel ilişki kurulması için hükmün bozulması gerekmiştir.” Y 2.HD, T. 07.02.2005, E.2005/472, K.2005/1404. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

⁵²³ “Kişisel ilişkinin değişen şartlara göre istek halinde her zaman yeniden düzenlenmesi mümkündür. Aradan geçen zaman dikkate alındığında müşterek çocuk S. ile baba arasında kurulan kişisel ilişki babalık duygusunun tatminini sağlamaktan uzak olup sömestr tatilinde ve ayın belli hafta sonları aynı şehirde yaşayan baba yanında yatılı kalmasına olanak sağlayacak şekilde kişisel ilişki kurulması gerekirken, isteğin reddi doğru görülmeyp bozmayı gerektirmiştir.” Y 2.HD, T.12.11.2013, E.2013/6931, K. 2013/26014. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

⁵²⁴ “Ayn her hafta sonu Cuma günü saat 18'den Pazar günü saat 18'e kadar kişisel ilişki, anneye tüm hafta sonları eve bağımlı hale getirecek ve velayet görevini gereği gibi yerine getirmesine engel olacaktır. Ayn belirli haftalarını içerecek biçimde daha uygun kişisel ilişki düzenlemek üzere hükmün bozulması gerekir.” Y 2.HD, T.30.06.2005, E. 2005/10056, K.2005/10347; Y 2.HD, T.24.02.2005, E.2005/496, K.2005/2747. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

⁵²⁵ “Kişisel ilişkiye dair taraflar arasında yapılan düzenleme, çocuğun menfaatine uygun düşmediği takdirde, hakim gerekli gördüğü değişikliği yapabilmesi mümkün ise de, bu değişikliğin taraflarca kabul edilip edilmediği ve taraflara uygun olup olmadığı sorulmadan, çocukla davalı baba arasında cuma günleri kişisel ilişki tesisi doğru bulunmamıştır.” Y 2.HD, T.06.07.2009, E.2008/11258, K.2009/13390. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

kurulabilir (TMK.m.325/I). Çocuk ile kişisel ilişki kuracak kişiler özellikle hısımlar olarak vurgulanmış ancak sayıca sınırlanmamıştır⁵²⁶. Hısımlar, büyük anne, büyük baba, kardeşler, yeğenler gibi kişiler olabilir. Çocuk ile hısımlık ilişkisi bulunmayan diğer kişilere de talep etmeleri halinde bu hak tanınmıştır. Diğer kişiler, üvey ana baba, bakıcı aile v.b. olabilir⁵²⁷.

Boşanmadan sonra çocuğun ana veya babasının ölmesi durumunda, ölen tarafın ailesi ile çocuk arasında kişisel ilişki kurulması çocuğun yararına olabilir. Ana veya babanın ölmesi durumunda çocuğun büyük anne büyük baba, ölenin kardeşleri gibi akrabaları ile görüşmemesi ana veya babasını kaybetmiş bir çocuk için bedeni ve fikri gelişimini olumsuz etkileyebilir.

Üçüncü kişiler ile çocuk arasında kişisel ilişki kurulması olağanüstü hallerin varlığı halinde kabul edilir⁵²⁸. Olağanüstü haller, çocuk ile üçüncü kişi arasındaki pek yakınlık⁵²⁹, çocuğun aile ortamı yakınlığı olarak değerlendirilir⁵³⁰.

Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi⁵³¹ 5'inci maddesi, çocuğun yüksek yararına bağlı olarak, çocukla ana ve babası dışındaki aile bağları bulunan şahıslar arasında kişisel ilişki kurulabileceğini kabul etmiştir⁵³². Sözleşme'nin 2'inci maddesinde "aile bağları," bir çocuk ile büyükanne ve büyükbabası ya da erkek ve kız kardeşleri arasındaki mevcut ilişkiler gibi hukuki ya da fiili aile ilişkisinden kaynaklanan yakın ilişkileri ifade eder, şeklinde tanımlanmıştır. Sözleşme hükümleri Sınırötesi Kişisel İlişkinin Geliştirilmesi Ve Artırılmasına Yönelik Tedbirlere ilişkin düzenlemeler getirmiştir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi bir kararında sözleşme hükümlerini gerekçe göstermiştir. Buna göre,

"Hollanda vatandaşı olan davacılar, oğulları ile davalının evlilik dışı ilişkisinden dünyaya gelen ve babası ile soybağı 06.06.2007 tarihinde "tanıma" yoluyla kurulmuş olan torunları 30.04.2005 doğumlu S. ile kişisel ilişki tesisine karar verilmesini istemişlerdir. Mahkemece; dava, tarafların delilleri toplanmadan ön inceleme duruşmasında reddedilmiştir. Mahkeme, gerekçe olarak "babaya tanınan kişisel ilişki günlerinde davacıların torunlarını görme imkanının mevcut olduğunu, ayrıca davacıların

⁵²⁶ Öztan, 2015: 794.

⁵²⁷ Öztan, 2015: 794.

⁵²⁸ Akıntürk ve Ateş, 2016: 315.

⁵²⁹ "Davacı S. T.'in diğer davacılar ve davalılar arasındaki husumetten dolayı torunları ile kuracağı ilişkiden mahrum edilmesi veya onların büyüdüğünü görememesi ve torun sevgisinin engellenmesi yanında, küçüklerinde çok yakın hısımları olan babaanne sevgisinden yoksun bırakılması usul ve yasaya uygun bulunmamıştır. O halde, mahkemece, küçüklerin okul ve eğitim durumları, davalı anne ve babanın hassasiyetleri de göz önüne alınarak ayın belli bir hafta sonu belirlenecek saatler arasında babaanne S. T. ile torunları arasında uygun kişisel ilişki kurulması gerekir." Y 2.HD, T.24.03.2014, E.2013/24829, K.2014/6734. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

⁵³⁰ Ceylan, 2006: 167; Çetinkaya, 2009: 75.

⁵³¹ K T : 09.11.2010, Resmi Gazete T: 30.11.2010, Resmi Gazete No: 27771, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

⁵³² Bölükbaşı, 2011.

torunlarını kişisel ilişki günlerinde Hollanda'ya götürme taleplerinin de yerinde görülmediğini" göstermiştir.

*Davacılar, çocuğun büyükbabası ve babaannesidir. Çocuk, Türk vatandaşı olan davalının velayeti altındadır. Türk Medeni Kanununun 325. maddesi, olağanüstü haller mevcutsa çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde çocukla kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkının diğer kişilere, özellikle hısımlarına da tanınabileceğini öngörmektedir. Buna göre, çocuğun hısımlarının ve diğer kişilerin kişisel ilişki kurulmasını isteme hakları, çocuğun ana ve babasının haklarından bağımsızdır. Türkiye, 15 Temmuz 2003 tarihinde Strazburg'da imzalanan "Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesine" (R.G. 17.11.2011 tarih ve 28115 sayı) taraf olmuş, bu sözleşme Bakanlar Kurulu'nun 16.07.2012 tarihli 2012/3489 sayılı kararıyla 01.05.2012 tarihinde yürürlüğe konulmuştur. Anayasa'nın 90/5. maddesine göre, usulüne göre yürürlüğe konulmuş olan milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Şu halde bu sözleşme davada uygulanabilecek pozitif hukuk niteliğindedir. Anılan Sözleşme hükümleri, çocuğun yüksek yararına bağlı olarak, çocukla ana ve babası dışındaki aile bağları bulunan şahıslar arasında kişisel ilişki kurulabileceğini kabul etmiştir. Hatta, sözleşme, "ana ve babası ayrı devletlerde oturan çocukla" sınır ötesi kişisel ilişki tesis edilebileceğini de öngörmüştür. Mahkeme, "davacıların, babaya tanınan kişisel ilişki sürelerinde torunlarını görebileceklerini" belirtmektedir. Oysa, herhangi bir delil toplanmamış, bu sonuca hangi delillerle ulaştığını göstermemiştir. Davacılar ile çocuğun babasının aynı ülkede ve birlikte yaşayıp yaşamadıkları da belli değildir. Kaldı ki, böyle olsa bile, davacıların torunlarını görme hakkı, babanın istek ve arzusuna da bağlı tutulamaz. O halde tarafların gösterdikleri delillerin toplanması, gerektiği takdirde davacılar ile kişisel ilişkinin çocuğun menfaatine uygun düşüp düşmediğinin uzman incelemesi ile belirlenmesi ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek hasıl olacak neticesine göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve yetersiz gerekçe ile hüküm tesisi doğru bulunmamıştır."*⁵³³

Ana ve baba için Türk Medeni Kanunu 324. maddesinde yer alan sınırlamalar üçüncü kişiler için de geçerlidir (TMK.m.325/II). Kişisel ilişki sebebiyle çocuğun huzurunun tehlikeye girmesi, çocuk ile ilgilenilmemesi ya da diğer önemli sebepler varlığı halinde, kişisel ilişki kurma hakkı reddedilebilir veya kendilerinden alınabilir(TMK.m.324). Çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde kişisel ilişki kurulmasına karar verilir⁵³⁴.

3.3.3 Kişisel İlişkinin Kaldırılması ve Sınırlandırılması

Kişisel ilişki, ana ve baba açısından bir hak olmakla birlikte aynı zamanda çocuk açısından da bir haktır. Kişisel ilişkinin kaldırılması oldukça ağır bir önlemdir. Ancak çocuğun güvenliği söz konusu olduğunda kaldırılabilir. Yeni Medeni Kanun'da bu düzenlemeye yer verilmiştir. Ana ve babadan her biri, diğerinin çocuk ile kişisel ilişkisini zedelemekten, çocuğun eğitilmesi ve yetiştirilmesini engellemekten kaçınmakla yükümlüdür(TMK.m.324/I). Kişisel ilişki kurulan kişi, velayet hakkı sahibi aleyhine çocuğu etkilemekten kaçınmalıdır. Yargıtay uygulamasına göre, velayet kendisine verilmiş olan taraf,

⁵³³ Y 2.HD, T.02.07.2015, E.2015/12060, K.2015/14471. Sinerji Mevzuat ve İctihat Programları.

⁵³⁴ Özügür, 2000: 431; Erlüle, 2010: 217-248.

diğeri ile çocuk arasında kurulacak kişisel ilişkiyi engellemesi durumunda, velayetin diğer tarafa verilmesi görüşündedir. Çocuğun menfaatine aykırı davranış olarak değerlendirmektedir⁵³⁵.

Kişisel ilişki sebebiyle çocuğun huzurunun tehlikeye girmesi durumunda; ana ve baba bu haklarını yükümlülüklerine aykırı olarak kullanırlarsa; çocuk ile ciddi olarak ilgilenmezlerse; ya da diğer önemli sebepler varsa, kişisel ilişki kurma hakkı reddedilebilir veya tamamen kendilerinden alınabilir(TMK.m.324/I). Hâkim, sayılan sebeplerin varlığı halinde kişisel ilişki talebini reddeder ya da kaldırabilir. Yargıtay'a göre öngörülen bu davranışların gerçekleşmesi gerekir.

“Kişisel ilişki sebebiyle çocuğun huzuru tehlikeye girer veya ana ve baba bu haklarını yasada öngörülen yükümlülüklerine aykırı olarak kullanırlar veya çocuk ile ciddi olarak ilgilenmezler yada diğer sebepler varsa hakim tarafından kişisel ilişki kurma hakkı reddedilebilir veya kendilerinden alınabilir. Davalının öngörülen şekilde bir davranışı gerçekleşmediği halde, çocukların yaşları ve anne bakım ve şefkatine muhtaç oldukları gerekçesiyle, küçükler R. ve Z. ile davalı babası arasında “ bu aşamada kişisel ilişki kurulmasına yer olmadığına ” şeklinde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırıdır.”⁵³⁶

Kişisel ilişkiye ilişkin verilecek kararda çocuğun görüşü alınmalı bunun için çocuk dinlenmelidir. Eğer çocuk/çocuklar idrak çağında ise hâkim tarafından bizzat dinlenmesi gerekir⁵³⁷. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 17.10.2012 tarihli kararında bu husus açıkça ifade edilmiştir. Karara göre;

“Somut olayda, baba ile kişisel ilişkilerinin kaldırılması istenilen Şeyhmus 23.04.1997, Nilay ise 21.07.1998 doğumlu olup idrak çağına geldikleri açıktır. Yargılamada müşterek çocuklar Şeyhmus ve Nilay sosyal hizmet uzmanı ve psikolog tarafından dinlenilmiş ise de, "mahkeme huzurunda hâkim tarafından" doğrudan dinlenilmemişlerdir. O halde, mahkemece yapılacak iş; yeterli idrak gücüne sahip olduğu kabul edilen çocukların, kendilerini doğrudan ilgilendiren kişisel ilişkinin kaldırılması konusunda bizzat dinlenilerek, görüşlerini gerekçeleriyle birlikte ifade etme olanağı sağlanmalıdır.”⁵³⁸

⁵³⁵ "Boşanma kararı ile müşterek çocuğun velayeti anneye verilmiş, babayla çocuk arasında kişisel ilişki kurulmuş, karar 11.07.2007 tarihinde kesinleşmiştir. Velayeti anneye verilen müşterek çocuk S. N. 17.07.2001 doğumludur. Ana ve babadan her biri, diğerinin çocuk ile kişisel ilişkisini zedelemekten kaçınmakla yükümlüdür (TMK. md.324/1). Velayet hakkına sahip olan annenin, babanın çocuk ile kişisel ilişkisini haklı bir sebep olmaksızın engellediği, bu suretle yasal yükümlülüğüne aykırı davrandığı, babanın boşanma kararının kesinleşmesinden sonra, annenin engellemesi ve sürekli olarak kişisel ilişki dönemlerinde çocuğu bulunduğu ortamdan uzaklaştırması sebebiyle kişisel ilişki hakkını kullanamadığı yapılan soruşturma ve toplanan delillerden anlaşılmaktadır. Annenin bu tutumu, çocuğun menfaatine aykırıdır. Gerçekleşen bu durum karşısında velayetin anneden alınıp babaya verilmesi gerekirken, yetersiz gerekçe ile karşı davanın reddi doğru bulunmamıştır." Y 2.HD, T.08.09.2014, E.2014/6931, K.2014/16774; <http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet?dokumanTurleriString=YARGITAYKARARI,&aranan=&aramaG=sdsorRxP&baslangic=700&son=720&dokumanTuruAdi=YARGITAYKARARI&fromSonucSayfasindan=TRUE&sonucSayfasi=yeniTasarim/aramaSonuc.jsp&sirala=3&mevzuatAdi=null&mevzuatNo=null&mevzuatMadde=null>. (erişim tarihi: 18.01.2017).

⁵³⁶ Y 2.HD, T.23.02.2015, E.2014/17934, K.2015/2505. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

⁵³⁷ Gençcan, 2006: 914.

⁵³⁸ Y 2.HD, T.17.10.2012, E.2012/2-401, K.2012/723. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

Kişisel ilişki kurulması isteminde uzman görüşü alınmalıdır⁵³⁹.

Kişisel ilişkiye ilişkin verilen hüküm, maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediği için her zaman dava açılabilir⁵⁴⁰.

3.3.4 Görevli ve Yetkili Mahkeme

Kişisel ilişki kurulmasında görevli mahkeme Aile Mahkemesidir. Zira aile hukukundan doğan davalarda Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un birinci maddesi uyarınca Aile Mahkemesi görevlidir. Aile Mahkemesi bulunmayan yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen Asliye Hukuk Mahkemesi görevlidir⁵⁴¹.

Yetkili mahkeme Türk Medeni Kanunu'nun 326. maddesinde düzenlenmiştir. Kişisel ilişki kurulmasıyla ilgili bütün düzenlemelerde çocuğun oturduğu yer mahkemesi de yetkili mahkeme olarak kabul edilmiştir. Boşanmaya ve evlilik birliğinin korunmasına ilişkin yetki kuralları saklı tutulmuştur(TMK.m.326/II). Boşanma davasına bakmaya yetkili mahkeme, kişisel ilişkiyi düzenleyebilir⁵⁴². Boşanma davalarında yetkili mahkeme, eşlerden birinin yerleşim yeri veya davadan önce son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesi olarak belirlenmiştir(TMK.m.168). Evlilik birliğinin korunmasına ilişkin önlemlerde yetkili mahkeme eşlerden herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesidir(TMK.m.201/I). Eşlerin yerleşim yerleri farklı ve her ikisi de önlem alınması isteminde bulunmuş ise, yetkili mahkeme ilk istemde bulunanın yerleşim yeri mahkemesidir(TMK.m.202/II). Önlemlerin değiştirilmesi, tamamlanması veya kaldırılması, önlem kararını veren mahkemeden talep edilecektir. Ancak, her iki eşin de yerleşim yeri değişmişse, yetkili mahkeme eşlerden herhangi birinin yeni yerleşim yeri mahkemesidir(TMK.m.202/III).

Çocuk ile kişisel ilişkiye yönelik bir düzenleme yapılmıyca kadar, velayet hakkına sahip veya çocuk kendisine bırakılmış kişinin rızası dışında kişisel ilişki kurulamaz(TMK.m.326/son). Diğer bir deyişle, kişisel ilişki tesis edilmeden velayet hakkı sahibi veya çocuk kendisine bırakılmış olan kimse razı gelmedikçe çocuk ile görüşemez.

⁵³⁹ “Mahkemeye tarafların gösterdikleri deliller toplanmadan talep haklı bulunarak kabul edilmiştir. Tarafların gösterdikleri deliller toplanarak gerektiğinde uzmanlardan görüş alınmak suretiyle kişisel ilişkinin değiştirilmesini gerektirecek bir sebep bulunup bulunmadığının tespitiyle sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru bulunmamıştır.” Y 2.HD, T.24.02.2015, E.2014/19760, K.2015/2635. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

⁵⁴⁰ “Kişisel ilişki tesisine ilişkin davalar sonucunda verilen kararlar kesin hüküm niteliğinde olamayacağı gibi velayet kendisine bırakılmayan tarafça değişen koşullara göre kişisel ilişkinin kurulması ya da değiştirilmesi her zaman talep olunabilir. Mahkemeye bu husus gözetilmeksizin davanın kesin hükmün varlığından bahisle reddi isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir.” Y 2.HD, T.18.2.2013, E.2012/11390, K.2013/3997. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

⁵⁴¹ Gençcan, 2006: 960.

⁵⁴² Akyüz, 2015: 204.

Kişisel ilişki kurulmasında çocuğun güvenliği göz önünde bulundurulur. Bu nedenle mahkeme kararı kesin hüküm oluşturmaz⁵⁴³. Mahkeme kişisel ilişkiyi her zaman yeniden düzenleyebilir⁵⁴⁴.

Mahkeme hükmünde kişisel ilişki açık ve net bir şekilde düzenlemeli⁵⁴⁵, gün ve saat aralıkları belirtilmelidir⁵⁴⁶. Zira, mahkemece kişisel ilişki tesis edilmiş olmasına rağmen velayet kendisine verilen tarafın çocuk ile kurulacak kişisel ilişkiyi engellemesi durumunda cebri icra yoluyla sağlanmaktadır.

3.3.5 Kişisel İlişkinin Cebri İcra Yoluyla Sağlanması

Aile hâkimi, çocukla kişisel ilişkinin hangi günlerde ve hangi saatlerde gerçekleşeceğini açıkça belirler. Mahkeme ilamının yerine getirilmemesi diğer bir deyişle kişisel ilişkinin engellenmesi durumunda, ana, baba ya da üçüncü kişi cebri icra yoluyla yerine getirilmesini talep edebilir. Buna ilişkin düzenleme İcra ve İflas Kanunu'nda yer almıştır. Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulması ayrı ayrı düzenlenmiştir. Bunun sebebi çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamın gereğini yerine getirmek, belirli sürelerle tekrarlanan devamlılık halini içermesidir⁵⁴⁷.

İcra ve İflas Kanunu 25/A maddesinde çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrasını düzenlemiştir. Çocukla kişisel ilişki kurulması mahkeme ilamı ile belirlenmiş kişinin icra dairesinden talepte bulunması gerekir⁵⁴⁸. Talep üzerine İcra dairesi borçluya bir icra emri gönderir. İcra emrinde kişisel ilişki kurulmasına engel olunmaması, aksi halde çocuk nerede bulunursa bulunsun İcra ve İflas Kanunu 25/A maddesi gereğince ilam hükmünün zorla icra olunacağı ihtarı yer alır. Ayrıca icra emrinde ilamın icrası sırasında çocuk gizlenir veya kişisel ilişki kurulmasına engel olunursa İcra ve İflas Kanunu 341'inci maddesindeki cezanın

⁵⁴³ Gençcan, 2006: 955.

⁵⁴⁴ “Velayeti anneye verilen müşterek çocuk halen anne bakım ve şefkatine muhtaç olması nedeniyle, uzun süreli olarak anne yanından ayrılması çocuğun bedeni ve fikri gelişmesine engel olacağı gibi, davacı annenin velayet görevini gereği gibi yerine getirmesine de engel olacaktır. Kişisel ilişki kurulmasına ilişkin kararların değişen şartlara göre her zaman değiştirilmesi mümkündür. Baba ile müşterek çocuk Haktan arasında daha kısa süreli şekilde kişisel ilişki düzenlenmesi gerekirken, aksi şekilde hüküm tesisi doğru olmadığı gibi tarafların aynı il sınırları içerisinde ikamet ettikleri ve günümüz ulaşım koşulları dikkate alındığında kişisel ilişki tesis edilirken aynı yer-farklı yer ayrımı yapılması da doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir.” Y 2.HD, T.14.01.2016, E.2015/8979, K.2016/588. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

⁵⁴⁵ “Çocuğun teslim alınma ve teslim edilme saatleri açıkça gösterilmek suretiyle kişisel ilişki tesisi gerekir.” Y 2.HD, T.30.04.2007, E.2006/14322, K.2007/7055

⁵⁴⁶ “Velayeti anneye verilen müşterek çocuk 15.10.2002 doğumlu olup çok küçüktür. Çocukla baba arasında şahsi ilişki düzenlenirken analık - babalık duygusundan ziyade çocuğun bedeni ve fikri gelişiminin nazara alınması gerekir. Henüz bir buçuk yaşında olan küçükle davalı baba arasında her yılın 1-30 Temmuz tarihleri arasında kurulan şahsi ilişki çocuğun fikri ve bedeni gelişimini olumsuz yönde etkileyeceği gibi şahsi ilişki düzenlenirken başlangıç ve bitiş saatlerinin gösterilmemesi suretiyle infazda karışıklık yaratılması da doğru değildir.” Y 2.HD, T.19.02.2004, E.2003/16663, K.2004/1898. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları, Özügür, 2000: 431.

⁵⁴⁷ Pekanitez vd., 2014: 335.

⁵⁴⁸ Özbay, 2009.

uygulanacağı ihtar olunur (İİK.m.25/A). İcra ve İflas Kanunu 341'inci maddesi ilamı yerine getirmeyen kişinin, lehine hüküm verilmiş olan kişi tarafından şikayet edilmesi üzerine altı aya kadar tazyik hapsi verileceğini öngörür. Şikayet İcra Mahkemesine yapılır. Hapsin tatbikine başladıktan sonra ilam hükmü yerine getirilirse yani çocuk ile kişisel ilişki kurulursa kişi tahliye edilir (İİK.m.341).

Çocukla kişisel ilişki kurulmasının cebri icra yoluyla gerçekleştirilmesi sırasında bir uzman bulundurulmalıdır. Bu uzman, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından görevlendirilen sosyal çalışmacı, pedagog, psikolog veya çocuk gelişimcisi gibi bir uzman olmalıdır. Bunlardan hiçbirisi yok ise bir eğitimci hazır bulundurulmalıdır (İİK.m.25/B).

Kişisel ilişkinin cebri icra ile kurulması sırasında bir uzman bulunması 4949 sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'unun 7'inci maddesi ile eklenmiştir⁵⁴⁹. Uygulama sırasında uzman bulundurulması oldukça yerinde bir düzenleme olmuştur⁵⁵⁰. Kişisel ilişki kurmak istemeyen çocuğa karşı zor kullanılmamalıdır⁵⁵¹. Uzman çocuğu ikna etmeye çalışmalıdır. Çocuğu yanında bulundurana karşı her ne kadar zor kullanabileceği öngörülmüşse de bu durum çocuğun ruh sağlığını olumsuz etkileyebilir⁵⁵².

Serozan'a göre; İcra İflas Kanunu'na ne yazık ki kimi ders kitaplarına da yansıdığı gibi, velayeti yakışksız bir biçimde "mülkiyet" ve "mutlak hak" kategorileri içinde ele alan anlayışın yansıdığını, velayete, çocuk bir nesneymişcesine, onun şahsı üzerinde mülkiyet benzeri bir mutlak hak gözüyle bakılamayacağını ifade etmiştir⁵⁵³.

İcra memurunun anne babaya çocuğu haciz tutanağı karşılığı teslim etmesi çocuğun ruh sağlığını bozmaktadır. Haciz tutanağında anne babanın borçlu ve alacaklı olarak gösterilmekte, borç miktarı kısmına ise çocuk teslimi yazılmaktadır. Bu uygulamadan vazgeçilmeli Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı sorumluluğunda çocuk teslim merkezleri kurularak görüşmeler burada yapılmalıdır. Boşanan anne babalardan çocuklarını görebilmesi için ücret alınmamalıdır⁵⁵⁴.

Çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını sağlamak cebri icra yoluyla olmamalıdır. Gerek çocuk gerekse kişisel ilişki kurulan anne baba için oldukça eziyetli ve yıpratıcı bir süreçtir. Çocuk, sanki bir mal gibi icra takibi konusu yapılmamalıdır. Öte yandan oldukça masraflı bir yoldur. Cebri icra yoluna başvuran anne baba, icra memuru ile gidip çocuğu adreste

⁵⁴⁹ Kabul Tarihi: 17 Temmuz 2003, Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 30 Temmuz 2003 - Sayı: 25184.

⁵⁵⁰ Ceylan, 2006: 173

⁵⁵¹ Serozan, 2005: 252.

⁵⁵² Akyüz, 2015: 219.

⁵⁵³ Serozan, 2005: 252-253.

⁵⁵⁴ <https://www.facebook.com/OmerUgurGENCCAN?fref=ts>, <http://www.yargininnabzi.com/yargitay-2-hukuk-dairesi-baskani-gencandan-onemli-aciklamabosanan-aileler-cocuklarini-mal-gibi-goruyor-8770.html>, 25 Mayıs 2016. (erişim tarihi:12.02.2017).

bulamadığında her seferinde yeniden işlem yapmakta ve ücret ödemektedir. Bunun yerine ücret ödmeden Gençcan'ın dediği gibi Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı sorumluluğunda oluşturulacak çocuk teslim merkezleri kurmak daha insancıl bir çözüm olarak görünmektedir.



SONUÇ

Boşanmanın dayandığı ilkeler 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda çeşitlilik arz etmektedir. Zina (Madde 161), hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış (Madde 162), Suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme (Madde 163), terk (Madde 164) sebepleri ile boşanmada kusur ilkesi öngörülmüştür. Akıl hastalığı (madde 165) sebebine dayanılarak boşanmada elverişsizlik ilkesine yer verilmiştir. Kısmen irade, kısmen de evlilik birliğinin sarsılması ilkesinin TMK m. 166/III'de uygulandığını söyleyebiliriz. Evlilik birliğinin sarsılması (TMK.m.166/I,II) nedeniyle boşanmada, evlilik birliğinin sarsılması ilkesine ve m.166/4'de ise eylemli ayrılık ilkesine yer verilmiştir⁵⁵⁵.

Boşanma sebepleri özel ve genel olmak üzere ayrı ayrı incelenmektedir. Özel boşanma sebepleri zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, terk, akıl hastalığıdır. Genel boşanma sebebi TMK 166'ıncı maddesinde düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra mutlak ve nisbi boşanma sebepleri olarak incelemekte mümkündür.

Uygulamada açılan boşanma davaları büyük oranda genel boşanma sebeplerine dayanılarak açılmaktadır. Mahkeme kararlarına göre 2015'te gerçekleşen boşanmaların yüzde 97.2'sinin nedeni geçimsizlik olduğu tespit edilmiştir. Diğer nedenler ile boşanma davası açılması oranları çok daha düşük seviyelerde seyretmektedir. Terk yüzde 0.2; zina yüzde 0.1; akıl hastalığı yüzde 0.04; cana kast ise yüzde 0.03 seviyesinde⁵⁵⁶ neden olarak tercih edilmiştir. Öğretide, zina haricinde boşanmanın özel sebeplerinin kaldırılması gerektiği savunulmuştur⁵⁵⁷. Terzile edici cürüm ve haysiyetsiz hayat sürme gayrimuayyen boşanma sebepleri arasında sayılmıştır⁵⁵⁸. Eşler boşanma davası açarken TMK m.166 uyarınca dava açmakta ve diğer özel sebepleri ise açılan davada evlilik birliğinin temelinden sarsılmasının gerekçesi olarak göstermektedirler. Bu nedenle boşanmanın özel sebepleri kaldırılabilir.

Boşanmanın gerçekleşmesi ile birlikte boşanmanın hukuki sonuçları ortaya çıkmaktadır. Bu sonuçlar eşler ve çocuklar açısından mali ve şahsi sonuçlar olarak ortaya çıkar. Literatürde yapılan çalışmalarda daha çok boşanmanın mali sonuçlarına ilişkin eserler mevcuttur. Şahsi sonuçlar, başlı başına inceleme konusu yapılmamıştır. Boşanmanın şahsi sonuçları eşler ve çocuklar açısından farklılıklar arz etmektedir.

Boşanma kararının kesinleşmesi üzerine evlilik birliği sona erer ve eşler açısından yeniden evlenme imkanı doğar. Erkek eş isterse hemen yeni bir evlilik yapabilir. Ancak kadın

⁵⁵⁵ Akıntürk ve Ateş Karaman, 2010: 243.

⁵⁵⁶ <http://www.milliyet.com.tr/turkiye-nin-bosanma-bilancosu-gundem-2209128/>. (erişim tarihi: 01.03.2017).

⁵⁵⁷ Cansel, 1977: 106-111.

⁵⁵⁸ Berki, 1975: 143; Çakın, 1999: 27, 28.

eş için bekleme süresi bulunmaktadır. Kadın, evliliğin sona ermesinden itibaren üçyüz gün geçmedikçe yeni bir evlenme yapamaz. Kadının üçyüz gün beklemeden yeni bir evlenme yapabilmesi için ya hamile olmadığını ispat etmesi ya da eski eşi ile yeniden evlenmek istemesi gerekmektedir. Bu durumlarda bekleme süresinin kaldırılması için mahkemeye başvurusu gerekmektedir. Çocuğun doğması halinde süre sona erecektir. Kadının bekleme süresi Anayasa 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırı bir uygulamadır. İsviçre hukukunda bekleme süresi kaldırılmıştır. Eşitlik ilkesine aykırı bu düzenlemenin bizim hukukumuzda da kaldırılması gerekir.

Boşanma halinde kadın, evlenme ile kazandığı kişisel durumunu korur (TMK.m.173). Kişisel durumlar, kayın hısımlığı, erginlik, ve vatandaşlıktır. Hükümde her ne kadar “kadın” denilmişse de bu durumlar “erkek” için de geçerlidir. Soyadı da kişisel durumlar arasında yer alır. Boşanma halinde erkeğin soyadında bir değişiklik olmazken kadının soyadı değişmektedir. Kadının soyadı istisna olarak düzenlenmiştir.

Kayın hısımlığı, her iki eş için evlilik birliği sona erdikten sonra da devam eder. Bu sebeple, evlilik sona ermiş olsa bile eşlerden biri ile diğer eşin üstsoyu ve altsoyu arasında evlenme yasaktır.

Boşanma kararı ile evlilik birliğinin sona ermesi üzerine her iki eş yönünden evlenme ile kazanılan erginlik, boşanma halinde de devam eder. Erginlik, boşanma kararından etkilenmez.

Tarafların evlenme ile kazandıkları vatandaşlık, boşanma kararından etkilenmez. Bir Türk vatandaşı ile evlenme yoluyla vatandaşlık kazanan yabancı eş, boşanma halinde kazanmış olduğu vatandaşlığı kaybetmez.

Boşanmanın kesinleşmesi ile kadın için bekleme süresi ve kadının soyadı sadece kadın yönünden ortaya çıkan sonuçlardır.

Kadının soyadına ilişkin Önceki Medeni Kanun'un 141. ve 153'üncü maddeleri, Yeni Medeni Kanun'un ise 173. ve 187'inci hükümleri ile düzenleme yapılmıştır.

Türk Medeni Kanunu'nun 173. maddesi, Önceki Medeni Kanunun 3678 sayılı yasa ile değiştirilmiş 141. maddesine karşılık gelmektedir. Yapılan değişiklik ile boşanan kadının evlenmeden önceki soyadını almasına izin verilmemiş, yalnızca bekârlık soyadını alabileceği öngörülmüştür. Türk Medeni Kanunu'nun 173. madde gerekçesinde, yapılan bu değişikliğin isabetli olmadığı belirtilmiştir. Kadın, çocukları ile aynı soyadı taşımak isteyebilir. Bekârlık soyadını alması durumunda çocukları ile soyadı farklı olacaktır. Bu nedenle, 141. maddenin 3678 sayılı yasa ile değişmeden önceki hali ile aynı düzenleme yapılmıştır. Kadın,

evlenmeden önce dul ise, dulluk soyadına dönmesi kuralı kabul edilmiş, ancak dilerse hâkimden bekârlık soyadını taşımasına izin isteyebileceği istisnası öngörülmüştür.

Boşanma halinde erkeğin soyadında bir değişiklik olmazken kadının soyadı değişmektedir. Boşanma halinde kadın, evlenmeden önceki soyadını yeniden alır (TMK.m.173). Kadın evlenmeden önce dul ise boşanmanın kesinleşmesinden sonra bu soyadını tekrar alır. Bekârlık soyadını kullanmak istiyorsa hâkimden bu yönde talepte bulunması gerekir.

Kanaatimizce, Türk Medeni Kanunu'nda yapılacak bir değişiklik ile kural olarak kadının boşandığı kocasının soyismini kullanması, kullanmak istemediği takdirde dava açması, şeklinde bir düzenleme getirilebilir. Zira kişiye sıkı sıkıya bağlı soyisminin değişmesi kadın için mağduriyet yaratmaktadır. Kaldı ki, kadına evlilik ile kocanın soyismini alması kanuni düzenleme sonucu ortaya çıkan bir dayatmadır. Boşanmanın gerçekleşmesi ile kadın soyismi konusunda tekrar bir dayatma ile karşı karşıya kalmaktadır.

Kadının soyadına ilişkin düzenleme olan TMK.m.187 hükmüne göre; "*Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir.*". Önceki Medeni Kanunun 153'üncü maddesine karşılık gelmektedir. Bu maddede birinci fıkrada yer alan "*Karı, kocasının aile ismini taşır.*" ibaresi 4248⁵⁵⁹ sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile kaldırılmıştır. Yine, 153'üncü maddenin ikinci fıkrası, Yeni Medeni Kanun'da yer almamış, tek fıkra olarak düzenlenmiştir.

Evlenme yoluyla soyadı kazanılması sadece kadın için söz konusudur, erkek doğumla kazandığı soyadını korur. Türk Medeni Kanunu'nun 187'inci maddesi kadının evlenmekle kocanın soyadını taşıyacağını öngörmüştür. Ancak kadına evlenirken tek başına kendi soyadını taşıma imkânı tanınmamıştır. İsviçre, Almanya ve Avusturya kanunlarında evlilik sırasında taraflara aile soyadını seçme imkânı verilmiş, seçim yapılmaz ise kocanın soyadının aile soyadı olacağı düzenlenmiştir. Türk Hukukunda da benzeri bir düzenleme yapılması gerekmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kadının bekarlık soyadını evlilikte kullanmak istemesi sebebiyle yapılan başvuruda kadının mağdur olduğu yönünde karar vermiştir. Kadının bekarlık soyadını, evlilikte kullanmak bekarlık soyadını istemesi yönünde yapılan bireysel başvurularda Anayasa Mahkemesi önceki kararlarından dönerek başvuruların kabul edilebilir olduğuna karar vermektedir. Ancak bu konuda acilen yasal düzenleme yapılmasına

⁵⁵⁹ Mülga Fıkra Resmi Gazete T: 22.05.1997 Resmi Gazete No: 22996 Kanun No: 4248/1, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları.

ihtiyaç duyulmaktadır. Evlilik içinde bekarlık soyadını kullanmak isteyen kadın önce ilk derece mahkemelerinde dava açmakta, dava reddedildiğinde kanun yoluna taşımakta ve Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapmak suretiyle bu hakkı kazanabilmektedir. Bu süreç oldukça uzun ve meşakkatlidir. Yargıtay, son içtihatlarında görüş değiştirerek kadının evlilikte bekarlık soyadını kullanmak için açtığı davada yerel mahkeme kararlarını onamaktadır. Türk Medeni Kanunu 187. madde'sinde yapılacak yasal değişiklik ile fiili ve hukuki durum arasındaki farklılık giderilmelidir.

Türk Medeni Kanunu 181. madde uyarınca boşanan eşler birbirlerinin mirasçısı olamazlar. Mirasçılık sıfatının kaybedilmesi boşanma kararının kesinleşme tarihidir. Boşanma davası devam ederken eşlerden biri ölürse, sağ kalan eş mirasçılık sıfatını korur.

Türk Medeni Kanunu 181. Madde ikinci fıkrası boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölmesi halinde, mirasçıların davaya devam edebileceğini düzenlemiştir. Sağ kalan eş ile birlikte mirasçı olanlar ile sağ kalan eşin mirasçılığının olması durumunda mirasçı olabilecek kişiler davaya devam edebilirler.

Boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölmesi ile dava konusuz kalır. Boşanma davası şahsa sıkı sıkıya bağlı davalardandır. Bu nedenle mirasçıların davaya devam etmesi halinde usul hukuku anlamında taraf sıfatına haiz olamazlar. Maddenin gerekçesinde, mirasçıların davaya devam etmesi boşanma davasının sürdürülmesi değil sağ kalan eşin kusurluğunun tespitine yönelik olacağı belirtilmiştir. Mirasçıların davaya devam etmesi ve sağ kalan eşin boşanmada daha kusurlu olduğunun tespit edilmesi ile sağ kalan eş mirasçılık sıfatını kaybedebilir. Burada gizli bir mirastan yoksunluk sebebi ortaya çıkmakta ve bu durum mirastan yoksun kalmanın kanuni olması ile çelişmektedir. Mirasçıların davaya devam etmesi yerine bağımsız bir dava açması şeklinde yeni bir düzenleme yapılmalıdır.

Boşanma ile çocukların durumları da belirlenmelidir.

Boşanma kararında çocukların velayeti ve kişisel ilişki açık ve net bir şekilde düzenlenmelidir. Velayet ana babadan birine bırakılabileceği gibi birlikte velayet şeklinde de düzenlenebilir. Velayetin düzenlenmesinde çocuğun yararı üstün tutulmalı, bu konuda şartların uygun düştüğü ölçüde ana-baba dinlenmeli ve idrak yeteneğine sahip çocuğun görüşü alınmalıdır. Velayet ve kişisel ilişki kurulurken uzman görüşünden de yararlanılmalıdır. Kişisel ilişkinin kurulması cebri icra yoluyla sağlanmamalı, bu düzenleme İİK'dan çıkarılarak borç hanesine çocuk yazılması uygulamasına son verilmelidir. Bunun yerine Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı bünyesinde ve ücretsiz olarak görüşme sağlanmalıdır.

KAYNAKÇA

- Abik, Y. (2005) Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Akıntürk, T. ve Ateş Karaman, D. (2010) Aile Hukuku, İstanbul.
- Akıntürk, T. ve Ateş, D. (2016) Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, İkinci Cilt, Beta Basım. İstanbul.
- Akıl, C. (2013) Boşanma Davalarında Yargılama Usulü, Ankara (kazancı makale) ([http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/hebb/highlight.cgi?file=hebb/files/Boşanma Davalarında Yargılama Usulü&query=](http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/hebb/highlight.cgi?file=hebb/files/Boşanma%20Davalarında%20Yargılama%20Usulü&query=)” Medeni usul hukuku, aile hukuku, boşanma davaları, delillerin serbestçe değerlendirilmesi, ikrar, yemin”#fm. (erişim tarihi: 24.11.2016).
- Akipek, J. G., Akıntürk, T. ve Ateş Karaman, D. (2014) Türk medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Yenilenmiş 11. Baskı, Birinci Cilt, Beta Basım, İstanbul.
- Akyüz, E. (1992) Velayet Hakkının Kaldırılması, Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi 25(1) <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/40/503/6030.pdf>, (erişim tarihi: 07.03.2017).
- Akyüz, E. (2015) Çocuk Hukuku, Pegem Akademi, Ankara.
- Antalya, G. O. (2009) Miras Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Aras, B. (Mayıs 2007) Boşanmanın Çocuklar yönünden Sonuçları, 280-285, http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/28.sayi/09_32_48.pdf (erişim tarihi: 09.05.2017)
- Atasoy, H. (2015) Evli Kadının Soyadı Sorunu “Anayasal” Mı? “Bireysel” Mi?, Ankara, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi Sayı: 5 ISSN: 2147-8376, http://dergipark.gov.tr/mdergi_old/article/view/5000143406/0 (erişim tarihi: 31.01.2017).
- Aydın, O. ve Baran, G. (2012) Ebeveynleri Boşanma Sürecinde Olan 9-12 Yaş Grubundaki Çocukların Boşanmaya Uyum Düzeylerinin İncelenmesi, Ankara Sağlık Bilimleri Dergisi, 1(1): 48.
- Baktır Çetiner, S. (2000) Velayet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Baktır, S. (2003) Aile Mahkemeleri, Ankara.
- Baygın, C. (2010) Soybağı Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Berki, Ş. (1975) Boşanma ve Ayrılık, Ankara, <http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/hebb/highlight.cgi?file=hebb/files/Dosyaİsmi&query=>”AnahtarKelimeler”#fm, (erişim tarihi: 21.11.2016).

- Bozkurt, İ. (2010) Velinin Velayetten Doğan Hak Görev ve Yetkileri, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bilim Dalı, İstanbul.
- Bölükbaşı, Ö. (2011) Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Kararların Tenfizi: Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi. EÜHFD, XV(3-4), <http://eski.erkincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2011-2.11.pdf>, (erişim tarihi: 09.05.2017).
- Cansel, E. (1977) Boşanmanın Dayandığı Hukuki Esaslar, Ankara, [http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/hebb/highlight.cgi?file=hebb/files/Dosya İsmi &query=AnahtarKelimeler#fm](http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/hebb/highlight.cgi?file=hebb/files/Dosya%20ismi&query=AnahtarKelimeler#fm), (erişim tarihi: 21.11.2016).
- Ceylan, E. (2006) Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, İstanbul.
- Çakın, A. (1999) Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma, Ankara.
- Çelik, C. (2004) Velâyetin Kaldırılması, AÜHFD. 54(1): 256.
- Çetinkaya, V. (2009) İnsan Hakları Hukuku Açısından Velayet Hakkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Ana Bilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul.
- Demir, P. Ö. (2004) Yeni Medeni Kanunda Evli Kadınların Hukuki Durumu İle İlgili Yenilik ve Değişiklikler, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Dural, M., Ögüz, T. ve Gümüş, M. A. (2010) Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul.
- Dural, M., Ögüz, T. ve Gümüş, M. A. (2013) Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul.
- Dural, M. ve Öz, T. (2013) Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, İstanbul.
- Elçin Grassinger, G. (2010) Çocuğun Menfaati Gereği Çocukla İlgili Uyuşmazlıklarda Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar, İstanbul, [http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/hebb/highlight.cgi?file=hebb/files/Dosyaİsmi&query=AnahtarKelimeler#fm](http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/hebb/highlight.cgi?file=hebb/files/Dosya%20ismi&query=AnahtarKelimeler#fm) (erişim tarihi: 26.12.2016).
- Eren, F. (2017) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara.
- Erlüle, F. (2010) Çocuk ile kişisel ilişki kurulması, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 16(3-4): 217-248. <http://e-dergi.marmara.edu.tr/maruhad/article/viewFile/5000064070/5000059941> (erişim tarihi: 09.05.2017)
- Erol, Y. (2011) Akıl Hastalığına Dayalı Boşanma, Kırıkkale, [http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/hebb/highlight.cgi?file=hebb/files/AkilHastalığınaDayalı](http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/hebb/highlight.cgi?file=hebb/files/AkilHastaliginaDayali)

- [Boşanma&query="](#) divorce, mental disease, marriage, marriage impediment, divorce due to mental disease"#fm (erişim tarihi: 21.11.2016).
- Gençcan, Ö. U. (2004) *Türk Medeni Kanunu Madde 1-351*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Gençcan, Ö. U. (2006) *Boşanma Hukuku*, Ankara.
- Gençcan, Ö. U. (2011) *Aile Hukuku*, Ankara.
- Gören, Z. (1998) *Türk-Alman-İsviçre Hukukuna Göre Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olması*, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:83, 2. Bası, İzmir.
- Göztepe, E. (1999) *Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evlilikte Kadının Soyadı*, AÜHFD. 54(2): 1-31
<http://dergipark.ulakbim.gov.tr/ausbf/article/view/5000096503/5000089835>. (erişim tarihi: 03.03.2017).
- Güneşlioğlu, F. (2009) *Boşanma ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Bahçeşehir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- Havutçu, A. (2006) *Evlilik Birliğinin Temsili*, Ankara.
- Helvacı, İ. (2013a) *Gerekçeli-Karşılaştırmalı-İçtihatlı-Notlu Türk Medeni Kanunu*, Cilt II, Aile Hukuku, İstanbul.
- Helvacı, S. (2013b) *Gerçek Kişiler*, Legal Yayıncılık, İstanbul
- Helvacı, S. (2017) *Son Yargı Kararlarının Işığı Altında Evli Kadının Soyadı*, Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu 1926'dan Günümüze Türk İsviçre Hukuku, Ankara.
- İmamoğlu, H. S. (2005) *Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması*, [http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/hebb/highlight.cgi?file=hebb/files/ÇocuğunKişiliğininAnaBabayaKarşıKorunması&query="](http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/hebb/highlight.cgi?file=hebb/files/ÇocuğunKişiliğininAnaBabayaKarşıKorunması&query=) AnahtarKelimeler"#fm, (erişim tarihi: 26.12.2016)
- İmre, Z. ve Erman, H. (2014) *Miras Hukuku*, DER Yayınları, İstanbul.
- İnan, A. N., Ertaş, Ş. ve Albaş, H. (2012) *Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku*, İzmir.
- Kandil, S. (2006) *Türk Hukukunda Terk Sebebiyle Boşanma*, Ankara.
- Kantarcıoğlu, F. (1998) *Anayasa Mahkemesi kararlarına Göre Farklı Cinslerin eşitliği*, Farklı Cinslerin Eşitliği Sempozyumu, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 86, 17-18 Mayıs İzmir, s.53-63.
- Kaplan Güler, B. (2014) *Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk*, Sümer Kitabevi, İstanbul.

- Karabacak, A. (2006) Eşlerin Çocuk Üzerindeki Velayet Hakkı. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Marmara Üniversitesi Hukuk Ana Bilim Dalı Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul.
- Karagülmez, A. ve Ural, S. S. (2003), Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Karakayalı, G. (2009) Velayet Hakkının Kullanılmasına İlişkin Hukuki sorunlar ve Özellikle Koruyucu Aile Uygulaması. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul
- Karauz, A. K. (2014) Sulh Sözleşmesi, Ankara.
- Kılıçoğlu, A. M. (2013) Miras Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara.
- Kılıçoğlu, A. M. (2015) Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara.
- Kılıçoğlu Yılmaz, K. (2014) Kadının Bitmeyen Soyadı Sorunu, Ankara Barosu Dergisi, 2014/4: 581-592.
- Koçhisarlıoğlu, C. (2004) Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, Turhan Kitabevi, Ankara.
- Kucuroğlu, Z. (2011) Boşanmanın Kişisel Sonuçları. Yüksek Lisans Tezi. Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Ana Bilim Dalı Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul.
- Kuntalp, E. (1977) Mutlak Boşanma Nedenleri, Ankara, [http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/hebb/highlight.cgi?file=hebb/files/MutlakBoşanmaNedenleri&query="](http://www.kazanci.com/cgi-bin/highlt/hebb/highlight.cgi?file=hebb/files/MutlakBoşanmaNedenleri&query=) AnahtarKelimeler”#fm, (erişim tarihi: 21.11.2016).
- Kuru, B., Arslan, R. ve Yılmaz, E. (2011) Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları 22. Baskı, Ankara.
- Moroğlu, N. (1999). *Kadının Soyadı*, Beta Basım, İstanbul.
- Moroğlu, N. (Eylül-Ekim 2005) Medeni Kanun’a Göre Kadının Soyadı ve Bir Öneri, www.tukd.org.tr/dosya/kadinin_soyadi.doc, (erişim tarihi: 31.01.2017): 1 – 20.
- Moroğlu, N. (Mart-Nisan 2012) Kadının Kimlik Sorunu “Kadının Soyadı”, TBB Dergisi, (99), <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-99-1159> (erişim tarihi: 31.01.2017)
- Oğuzman, K., Seliçi, Ö. ve Oktay Özdemir, S. (2013) Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Oruç, M. (Temmuz 2016) Evli Kadının Münhasıran Bekârlık Soyadını Kullanabilmesi, TAAD, 7(27) <http://www.taa.gov.tr/indir/evli-kadinin-munhasiran-bekarlik-soyadini-kullanabilmesi->

bWFrYWxlfGUwYjNlLTyzMmE0LTk2Y2FhLTA5YmRjLnBkZnw4Nzg/ (erişim tarihi: 31.01.2017).

Öcal Apaydın, B. (2015) Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı Meselesi Çözümüne Kavuşturulmuş Mudur? İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 6(2), <https://www.inonu.edu.tr/uploads/contentfile/173/files/11%20bahar%20ocalapayd%C4%B1n%20%206-2.pdf>. (erişim tarihi: 31.01.2017).

Özbay, İ. (Şubat 2009) Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası (İİK m. 25/ a ve İİK m. 25/ b) Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, (84), E-Akademi.org (erişim tarihi: 09.05.2017)

Özdamar, D. (2002). Türk Hukukunda, Özellikle Türk Medeni Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukuki Durumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

Özer Taşkın, Ö. (2006) Velayette Çocuğun Yüksek Yararı İlkesi. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Anadolu Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Eskişehir.

Öztan, B. (2012) Miras Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara.

Öztan, B. (2015) Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara.

Özuğur, A. İ. (2000) Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler Boşanma ve Ayrılık, Seçkin Yayınevi, Ankara.

Özuğur, A. İ. (2003) Boşanma, Boşanmanın sonuçları, 2003 8 Mart Dünya Kadınlar Günü Etkinliği, Yeni Medeni Yasanın Aile Hukukuna Getirdiği Yenilikler ve Uygulaması, Sempozyum, 6-7 Mart, TÜBAKKOM Türkiye Barolar Birliği Kadın Hukuku Komisyonu, Ankara.

Özuğur, A. İ. (2007) Velayet-Vesayet-Soybağı-Evlat Edinme Hukuku Diğer Eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler, Turhan Kitabevi, Ankara.

Pekcanıtez, H., Atalay, O., Özkan Sungurtekin, M. ve Özekes, M. (2014) İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Ankara, Yetkin Yayınları, s.335

Serdar, İ. (2007) Kişisel İlişki Kurma Hakkı (2007). DEÜHFD, 9(Özel Sayı): 739-781, <http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/dergimiz9ozel/iserdar.pdf> (erişim tarihi: 09.05.2017)

Serdar, İ. (2008) Birlikte Velayet, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10(1): 155-197, İzmir <http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/dergimiz10-1/ilkknurserdar.pdf>, (erişim tarihi: 28.12.2016).

Serozan, R. (2005) Çocuk Hukuku, Genişletilmiş İkinci Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul.

Serozan, R. ve Engin, B. İ. (2012) Miras Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

- Sever, Ç. D. (Şubat 2014) Kadının Soyadı: Bir Boz-Yap Hikayesiyle Eşitlik Sağlandı Mı?, Güncel Hukuk, http://www.academia.edu/6382993/Kad%C4%B1n%C4%B1n_Soyad%C4%B1_Bir_Boz-Yap_Hikayesiyle_E%C5%9Fitlik_Sa%C4%9Fland%C4%B1_m%C4%B1_G%C3%BCncel_Hukuk_%C5%9Eubat_2014, (erişim tarihi: 08.01.2017).
- Şener, E. (1996) Vesayet ve Velayet Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Topuz, S. (2012). Boşanma Davasının Eşin Mirasçılığına Etkisi, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Tutumlu, M. A. (2002) Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Evliliğin Butlanı Boşanma, Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Tutumlu, M. A. (2005), Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku Cilt II, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Uluğ, Ö. M. (2015) “Soyadım kimliğimdir, evlenince kaybolmamalıdır”: Hegemonik erkeklik ile Medeni Kanunu’nun 187. maddesi arasındaki ilişkiye eleştirel bir bakış” Fe Dergi 7(2): 48-58, http://cins.ankara.edu.tr/14_4.pdf, (erişim tarihi: 10.03.2017).
- Yılmaz, M. (Temmuz 2012) Evli Kadının Soyadı, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 3(10): 129–151, <http://www.acarindex.com/dosyalar/makale/acarindex-1423934854.pdf>, (erişim tarihi: 30.01.2017).
- Zevkliler, A., Acabey, B. ve Gökyayla, E. (2000) Medeni Hukuk (Giriş-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku) B. 6, Ankara.
- Zeybek, E. (2009) Velayet Hakkının Kullanımı. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Ana Bilim Dalı Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Ankara.
- Zeytin, Z. ve Ergün, Ö. (2013) Türk Medeni Hukuku, Ankara.

Aboneli Programlar

Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları

İnternet Kaynakları

- emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp, (erişim tarihi: 09.05.2017)
- dergipark.gov.tr, (erişim tarihi: 03.03.2017)
- eys-turkiye.blogspot.com.tr, (erişim tarihi: 10.05.2017)
- khyk.kazancihukuk.com, (erişim tarihi: 11.10.2016)
- www.academia.edu, (erişim tarihi: 08.01.2017)
- www.milliyet.com.tr, (erişim tarihi: 01.03.2017)

www.tuik.gov.tr TUIK, Evlenme ve Boşanma İstatistikleri, 2016

www.yayin.adalet.gov.tr, (erişim tarihi: 09.05.2017)

www.facebook.com/OmerUgurGENCCAN?fref=ts, (erişim tarihi:12.02.2017)



ÖZGEÇMİŞ

Adı ve SOYADI : Aycan DEMİR

Eğitim Durumu

Mezun Olduğu Lise : Antalya Çağlayan Lisesi, 1988

Lisans Diploması : Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, 1998

Yüksek Lisans

Diploması : Akdeniz Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk
Ana Bilim Dalı, Antalya, 2017

Tez Konusu : Boşanmanın Şahsi Sonuçları

Yabancı Dil : İngilizce

İş Deneyimi

Stajlar : Antalya Barosu (1999 – 2000)

Çalıştığı Kurumlar : Aycan Demir Hukuk Bürosu, Avukat (2000 – 2015)
Akdeniz Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu, Öğr. Gör.
(2015 – Devam Ediyor)

E-Posta : aycandemir@akdeniz.edu.tr
av.aycan@hotmail.com