

FRANSIZ BOŞANMA HUKUKU REVİZYONUNUN GETİRDİKLERİ: TÜRK BOŞANMA HUKUKUNDA OLASI BİR REVİZYON İÇİN DEĞERLENDİRMELER

*Implications of the French Divorce Law Revision:
Considerations for a Possible Revision of Turkish Divorce Law*

Pınar ALTINOK ORMANCI*

ÖZ

Avrupa’da birçok ülkenin kusura dayalı boşanma sistemini terk etmesi veya istisnai hale getirmesi boşanma sürecinin bir savaşa dönüşmesinin önüne geçmekte ve boşanma sonrasında tarafların, çocukların bakım ve eğitimi için gerekli olduğu ölçüde ilişkilerini sürdürmelerine imkân vermektedir. Boşanma sonrası birlikte velayetin sürdürülmesi de daha fazla mümkün hale gelmektedir. Buna karşılık, Türk hukukunda hâlâ boşanma sebepleri ve sonuçları bakımından kusur önemli bir rol oynamaktadır. Türk hukukunda varlığını korumaya devam eden özel boşanma sebeplerinin çoğu kusura dayalı olup, genel boşanma sebebi olan evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında da kusur büyük bir önemi haizdir. Aynı şekilde boşanmanın mali sonuçları bakımından tarafların kusurunun değerlendirilmesi gerekmektedir. Fransız boşanma hukukunda ise son yıllarda gerçekleşen değişikliklerle boşanmada taraf iradeleri önem kazanmış, şartların sağlandığı hallerde hâkim kararı olmaksızın boşanmaya imkân tanınmıştır. Ayrıca kusura dayalı boşanma tamamen ortadan kaldırılmamakla beraber sonuçları istisnai hale getirilmiş ve böylece kusura dayalı boşanmaların önemli ölçüde azalması sağlanmıştır. Bu çalışmada öncelikle Fransız boşanma hukukundaki revizyonun getirdiği yenilikler ele alınacak; daha sonra bu yeniliklerin Türk hukuk sistemi bakımından uygunluğu değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Boşanma, kusur, tazminat, nafaka, birlikte velayet

Makalenin Geliş Tarihi: 03.11.2022, **Makalenin Kabul Tarihi:** 28.11.2022.

* Doç. Dr., Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-posta: altinok@bilkent.edu.tr, ORCID: 0000-0003-2222-9941.

ABSTRACT

The fact that many countries in Europe have abandoned or made exceptional the fault-based divorce system prevents the divorce process from turning into a war and allows the parties to continue their relationship after the divorce to the extent necessary for the care and education of the children. However in Turkish law, fault still plays an important role in terms of reasons and consequences of divorce. Most of the special grounds for divorce that continue to exist in Turkish law are based on fault, and fault is of great importance in the general ground for divorce, which is the fundamental breakdown of the union of marriage. Likewise, the fault of parties should be evaluated in terms of the financial consequences of divorce. In the French divorce law, the will of the parties has gained importance in divorce and it became possible to divorce without a judge's decision. In addition, although fault-based divorce has not been completely abolished, its consequences have been made exceptional and thus, fault-based divorces have significantly decreased. In this study, the innovations brought by the revision of the French divorce law and the suitability of these changes in terms of the Turkish legal system will be evaluated.

Keywords: Divorce, fault, compensation, alimony, joint custody

GİRİŞ

Fransa'da boşanmanın tarihsel gelişimi oldukça inişli-çıkışlı bir seyir izlemiştir. Katolikliğin etkisi altında, uzun süre boşanmanın yasak olduğu Fransa'da, 1804 tarihli Napoleon Kanunu olarak anılan Fransız Medeni Kanun ile, boşanma oldukça sınırlı bir şekilde kabul edilmişti. Buna göre evlilik birliği, sadece iki sebeple sona erdirilebilirdi: Ya taraflardan birinin, evliliğin devamını çekilmez hale getiren kusuru; veya oldukça uzun bir prosedüre ve sıkı şartlara tâbi anlaşmalı boşanma, evliliği sona erdirebilirdi¹. Bu boşanma sistemi, ancak 1816'ya kadar sürdü ve 1816'daki Restorasyon ile boşanma -68 yıl boyunca- tekrar yasaklandı². 1884'de, aynı zamanda bir hukuk profesörü de olan milletvekili Naquet³ tarafından sunulan kanun

¹ Alain Bénabent, *Droit de la famille* (Paris: LGDJ, 2020), 196.

² Mary Ann Glendon, "The French Divorce Reform Law of 1976," *The American Journal of Comparative Law* 24, no.2 (Spring 1976): 199.

³ Loi Naquet (Naquet Kanunu) olarak yazarının ismiyle ilişkilendirilen Kanun, yaklaşık on yıllık bir mücadelenin sonucuydu. Bkz. Bénabent, 196-197.

tasarısının kabulüyle, boşanma tekrar mümkün hale geldi. Ancak Naquet Kanunu'na göre boşanma yalnızca, eşlerden birinin zinası, yüz kızartıcı suç işlemesi veya evlilikten doğan yükümlülüklerinin ağır bir biçimde ihlaline yol açan kusurlu davranışı halinde mümkündür. Bu nedenle boşanma sistemine “ceza” anlayışı hâkimdi⁴. Boşanmanın sonuçları bakımından da aynı ceza anlayışı ortaya çıkmaktaydı: Kusurlu taraf çocuklar üzerindeki velayet hakkından ve evlilikten elde ettiği menfaatlerden mahrum kalıyor; ayrıca boşandığı eşine nafaka ödemekle yükümlü oluyordu⁵.

Yıllar içinde, bu boşanma sisteminin yarattığı iki dezavantaj ortaya çıktı. Öncelikle bu sistemin, eşler arasındaki düşmanlıkları şiddetlendirdiği görüldü. Nitekim boşanma sürecinde eşlerden birine kusur izafe edilmesi özellikle maddi anlamda önemli sonuçlar doğurduğundan, yargılama süreci bir savaşa dönüşüyor ve taraflar kullanabilecekleri tüm unsurlardan yararlanma yoluna gidiyorlardı. Bu nedenle boşanma sonrası süreç de çekilmez bir hale geliyor; özellikle çocuklarının bakım ve eğitimi için gerekli olduğu ölçüde ilişkilerini sürdürmek zorunda kalan tarafların husumetleri de artarak devam ediyordu⁶. Diğer taraftan, evliliğin ve birlikte yaşamın devamını istenmeyen hale getiren sebeplerin çoğu, boşanma sebeplerinin dışında kalıyor ve evliliğin sona erdirilebilmesine imkân vermiyordu. Yirminci yüzyıla gelindiğinde, bir kişinin, artık tolere edemediği bir evlilik birliği içinde, iradesi hilafına bu evlilikle bağlı kalmasının kabul edilebilir bir yanı olmadığı anlaşıldı⁷.

1975 yılında, Carbonnier Kanunu ile Fransız boşanma sisteminde köklü bir revizyon gerçekleştirildi. Bu revizyon, üç ekseninde gerçekleşti: Boşanma sebepleri bakımından, farklı durumlara ve ihtiyaçlara cevap verebilecek birçok boşanma yolu açılmış oldu. Kusura dayalı boşanma varlığını korurken, buna anlaşmalı boşanma ve dönüşü olmayan ayrılıklara dayalı (tek tarafın talebi üzerine) boşanma da eklenmiş oldu⁸. Diğer taraftan, boşanma usulüne ilişkin olarak, boşanma sürecini dramatik olmaktan çıkartmak için her ilk derece mahkemesinde bir aile işleri hâkimliği⁹ kuruldu. Son olarak,

⁴ Glendon, 200; Bénabent, 197.

⁵ Bénabent, 197.

⁶ Bénabent, 197.

⁷ Bénabent, 197.

⁸ Bénabent, 199.

⁹ Bu hâkimliğin adı önceleri “evlilik işleri hâkimliği” (juge aux affaires matrimoniales) iken, 1994’de aile işleri hâkimliği (juge aux affaires familiales) olarak değiştirildi. Bkz. Bénabent, 199.

boşanmanın sonuçları bakımından, yaptırımların azaltılması suretiyle boşanan taraflar arasındaki kindarlığın önlenmesi ve boşanma kararından itibaren çok kısa bir süre içinde eşler arasındaki tüm bağların kesin bir şekilde sonlandırılmasına yönelik düzenlemeler getirildi¹⁰.

Boşanma hukukundaki bu revizyona rağmen, toplumsal gelişmeler yeni soruların ortaya atılmasına neden oldu. Öncelikle “boşanmak için her zaman bir sebep mi gerekir?” sorusu tartışılmaya başlandı. Bunu takip eden ikinci bir soru ise, “Boşanma mutlaka bir hâkim kararıyla mı olmalı?” sorusuydu. Her ne kadar revizyon sonrası barışçıl boşanmalar artmış ve boşanan eşler sonrasında medeni ilişkilerini sürdürebilir duruma gelmiş olsalar da, boşanmanın bir dava prosedürüne bağlı olması, evlenmek isteyen tarafların sivil birlikteliklere veya PACS¹¹’a yönelmelerine yol açıyordu¹². 2004 yılında kabul edilen değişiklikler, 1975 tarihli revizyonun bir uzantısı niteliğindedir. Ancak sıklıkla tartışılan “kusura dayalı boşanma” tamamen ortadan kaldırılmadı. Daha ziyade, 1975 tarihli Kanun’un uygulanmasında sıklıkla karşılaşılan sorunların giderilmesi sağlanmış oldu. 2016 tarihli Kanun ise, maddi anlamda bir reform getirmemekle beraber, hâkim kararı olmaksızın boşanmanın yolunu açmış oldu¹³. Son olarak 23 Mart 2019 tarihli Kanun’la getirilen yeniliklerle, hâkim kararıyla gerçekleşen boşanmalarda en baştaki uzlaştırma aşamasının gereksiz olduğu düşüncesinden yola çıkılarak, bu zorunlu aşama kaldırılmış oldu.

Yaşanan bu gelişmelerden sonra, Fransız hukukunda boşanma, hâkim kararı olmaksızın boşanma ve yargısal (hâkim kararı ile) boşanma olarak iki farklı şekilde gerçekleşebilmektedir. Aşağıda öncelikle Fransız hukukunda boşanma sebepleri ve boşanma sonuçlarının nasıl düzenlendiği ele alınacak; daha sonra Türk hukukunda boşanma sisteminin ihtiyacı olan revizyona uygunluğu değerlendirilecektir.

¹⁰ Bénabent, 199.

¹¹ PACS (Pacte civil de solidarité), Fransız hukuk sisteminde 1999 yılından beri hukuken tanınan bir sivil birliktelik anlaşmasıdır. Bu anlaşma evliliğe bazı açılardan benzerlik göstermekle birlikte, taraflardan birinin ölümü halinde, diğerinin ona yasal mirasçılığı söz konusu değildir. Bkz. Bénabent, 332.

¹² Bénabent, 200.

¹³ 18 Kasım 2016 tarihli bu Kanun, 1 Ocak 2017 tarihinden itibaren, eşlerin boşanmanın tüm sonuçları konusunda anlaşmaları halinde, avukatların ve noterin katılımıyla, yargısal kontrol olmaksızın sözleşme ile boşanmalarına imkân vermektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. aşa. I, 1, A.

I. FRANSIZ HUKUKUNDA BOŞANMA SEBEPLERİ

Fransız Medeni Kanunu (FMK)'nın 229. maddesinde, 4 farklı boşanma sebebi düzenlenmiştir. Bunlar,

- Anlaşmalı boşanma, (*Tamamen anlaşmalı*)
- Her iki tarafın kabulüne dayalı boşanma, (*Yarı çekişmeli*)
- Evlilik birliğinin kesin bir şekilde bozulması nedeniyle boşanma, (*Tam çekişmeli*)
- Kusura dayalı boşanma. (*Tam çekişmeli*)

Her bir boşanma sebebinin kendine özgü bir rejimi olmakla birlikte, birçok noktada bu rejimler ortak özellikler göstermektedir. Ayrıca başta tercih edilen boşanma sebebinin, boşanma süreci devam ederken değiştirilmesine; özellikle yargılama sürecinde çekişmeleri ortadan kaldırmaya veya azaltmaya yönelik anlaşmaların yapılmasına imkân tanınmaktadır. Yani bir boşanma sebebinden diğerine geçiş mümkündür¹⁴.

Boşanma davası devam ederken, yargılamanın her aşamasında davanın anlaşmalı boşanmaya dönüştürülmesi mümkün olduğu gibi; tarafların belli konularda anlaşmalarına (örneğin her ikisinin de boşanma konusunda anlaşmalarına veya boşanmanın doğuracağı bazı sonuçlar üzerinde anlaşmalarına) imkân tanınmaktadır (FMK md. 247, md. 268). Bu nedenle boşanma hukukunun “sözleşmeselleşmesi”nden bahsedilmektedir.

Her ne kadar 2004 yılındaki yeniliklerle FMK'daki kusura dayalı boşanma ortadan kaldırılmış değilse de, kusura bağlanan pek çok sonucun ortadan kaldırılmasıyla birlikte, hemen hemen aynı noktaya gelinmiştir. Örneğin boşanmada kusurlu eşin tazminat ödemesi “hakkaniyetin gerektirdiği haller” ile sınırlandırılarak istisnai hale getirilmiştir.

FMK md. 229'da düzenlenen dört boşanma sebebinin her biri, 2016 yılındaki reforma kadar, ancak mahkeme kararına dayalı olarak evliliğin sona ermesine imkân veriyordu. Ancak 2016 yılındaki reformdan sonra, anlaşmalı boşanmanın hâkimin kontrolü dışında da gerçekleşmesine imkân tanındı. Böylece artık anlaşmalı boşanma, yargısal veya sözleşmesel olarak iki farklı şekilde gerçekleşebilmektedir.

¹⁴ Bénabent, 202-203.

Hâkim kararı olmaksızın anlaşmalı boşanma, Fransa’da uzun süren tartışmaların neticesinde kanunlaşmıştır. Sözleşmesel boşanmanın ne derece Fransız hukukuna uygun olduğu ve böyle bir boşanmanın noterin mi, avukatın mı veya bir nüfus memurunun mu kontrolünde olması gerektiği hususları yıllar boyu tartışıldı¹⁵. Ancak hâkim kararı olmaksızın anlaşmalı boşanmanın kabulü için pek çok gerekçe sunuldu: Bir taraftan, aile mahkemesi hâkimlerinin boşanma anlaşmalarını onaylamak yerine diğer işlere vakit ayırabilmeleri mümkün hale gelecek; diğer taraftan, kişilerin, özellikle aile bireylerinin özerkliği ve boşanma sonrası eşlerin kendi kaderlerini belirleme hakları kabul edilmiş olacaktı¹⁶. Bu gerekçeler ağır bastı ve 18 Kasım 2016 tarihli kanun ile hâkim kararı olmaksızın anlaşmalı boşanma kabul edildi.

A. Anlaşmalı Boşanma:

1. Hâkim kararı olmaksızın (sözleşmesel) anlaşmalı boşanma: (FMK md. 229-1 – md. 229-4)

Hâkim kararı olmaksızın anlaşmalı boşanabilmek için, öncelikle her iki eşin tam ehliyetli olması ve ergin olmayan çocuklarının dinlenme talebiyle hâkime başvurmaması gerekmektedir. Eşlerden birinin vesayet koruması altında olması veya ergin olmayan çocuklarının dinlenme talebiyle hâkime başvurmaları halinde, ancak hâkim kararıyla anlaşmalı boşanma mümkün olabilmektedir. FMK md. 229-2’ye göre ergin olmayan çocuk, FMK md. 388-1’deki koşullar altında hâkim tarafından dinlenmeye hakkı olduğu konusunda ebeveynleri tarafından bilgilendirilir¹⁷.

¹⁵ Vincent Egéa, “Le divorce par consentement mutuel sans juge en droit français”, in *Separarsi e divorziare senza giudice?*, eds. Chiara Besso, Matteo Lupano (Ledizioni, 2018), 61 vd.

¹⁶ Egéa, 62.

¹⁷ Bénabent, 211-12; Egéa, 65-66. Fransız hukukunda, sözleşmesel boşanmanın, çocuğun inisiyatifine bağlı olması birçok yazar tarafından eleştirilmektedir. Diğer taraftan, küçük çocuğun ayırt etme gücüne sahip olup olmadığının kimin tarafından değerlendirileceği de ayrı bir mesele olarak ortaya çıkmaktadır. Çocuğun ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı, ilk planda ebeveynleri tarafından değerlendirilecektir. Örneğin ergenlik çağındaki bir çocuğun dinlenme hakkı konusunda bilgilendirilmemiş olmasının, anlaşmanın kesin hükümsüzlüğüne yol açacağı konusunda tereddüt yoktur. Zira FMK md. 229-3’ün 6. bendine göre, anlaşmada “küçüğün hâkim tarafından dinlenme hakkı konusunda ebeveynleri tarafından bilgilendirildiği ve küçüğün bu imkândan yararlanmayı istemediği” ibaresinin mutlaka yer alması gerekmektedir. Ancak örneğin 6 yaşındaki bir çocuk

Sözleşmesel anlaşmalı boşanmada, tarafların iradelerinin serbestçe oluşması en önemli husustur. Ayrıca her iki tarafın boşanma ve sonuçları konusunda aydınlatılmış olması ve kesin iradelerinin oluşması gerekmektedir. Bunu sağlayabilmek için, kanun bazı özel şartların gerçekleşmesini aramaktadır. FMK md. 229-1'e göre hâkim kararı olmaksızın anlaşmalı boşanabilmek için, her iki tarafın da zorunlu olarak birer avukatının bulunması; kanundaki zorunlu unsurların¹⁸ tamamını içeren yazılı bir sözleşme yapılmış olması (zorunlu unsurların bulunmaması sözleşmenin hükümsüzlüğüne yol açmaktadır); sözleşmenin tarafların avukatlarınca da imzalanması ve bir notere bırakılması gerekmektedir. Noter, tüm şartların sağlandığını kontrol etmekle yükümlüdür. Bu çerçevede, FMK md. 229-4'de öngörülen 15 günlük düşünme süresine uyulup uyulmadığını da denetleyecektir. Buna göre hazırlanan anlaşma taslağı karşı tarafa posta yoluyla gönderilmekte; bu anlaşma tebliğ alındığı andan itibaren 15 günlük düşünme süresi geçmeden imzalanmamaktadır.

Noter, şartların sağlandığını kontrol ettikten sonra ona tarih ve numara verir. Bu andan itibaren anlaşma yürürlük kazanır ve icra edilebilir hale gelir (FMK md. 229-1/son)

Bu sistemin kırılma noktası, sözleşmenin hükümsüzlüğü iddiası halinde ortaya çıkmaktadır. Her sözleşmede olduğu gibi, noter tarafından kontrolü

için nasıl bir değerlendirme yapılacaktır? Ebeveynleri, 6 yaşındaki çocuklarının ayırt etme gücünden yoksun olduğunu düşünerek dinlenme hakkı konusunda bilgilendirmede bulunmamışlarsa, bunun anlaşmanın geçersizliğine yol açacağı kolaylıkla söylenemeyecektir.

¹⁸ FMK md. 229-3'e göre, sözleşmesel boşanma için anlaşmada yer alması gereken zorunlu unsurlar şunlardır:

- 1- Eşlerin adı, soyadı, meslekleri, yerleşim yerleri, vatandaşlık bilgileri, doğum tarihleri ve yerleri, evliliğin gerçekleştiği tarih ve yer ile çocuklar varsa, çocukların aynı hususlara ilişkin bilgileri
- 2- Eşlerin avukatlarının adları, iş adresleri, kayıtlı oldukları baro
- 3- Eşlerin, evliliğin sona ermesi ve buna bağlanan sonuçlar üzerinde anlaştıkları şeklindeki ibare
- 4- Bu bölümün üçüncü başlığı altında düzenlenen evliliğin sonuçlarının ve gerekliyse telafi ödeneğinin anlaşmada tamamen düzenlenmesi
- 5- Mal rejiminin tasfiyesi konusunda anlaşma, eğer tapuya kayıtlı taşınmazlar varsa, bu anlaşmanın noterde resmi senetle yapılmış olması; veya mal rejiminin tasfiyesine yer olmadığına ilişkin beyanlar
- 6- Küçüğün hâkim tarafından dinlenme hakkı konusunda ebeveynleri tarafından bilgilendirildiği ve onun bu imkândan yararlanmayı istemediği şeklindeki ibare

sağlandıktan sonra, boşanma sözleşmesinin de tarafları irade sakatlıklarını ileri sürebilirler. Sözleşmenin irade sakatlıklarına dayalı iptali halinde ise, tasfiyesi gerçekleşen mal rejiminin, telafi ödeneğinin ve hatta evlilik durumunun ne olacağı sorunları ortaya çıkabilecektir¹⁹. Özellikle eşlerden birinin, diğerini malvarlıksal durumu hakkında aldatması halinde, diğer eş sözleşmenin iptalini gündeme getirebilir²⁰.

Eşlerden birinin unutulması veya gizlemesi nedeniyle bazı malvarlığı değerlerinin veya borçların tasfiyenin dışında kalması söz konusu olabilmektedir. Bu konuda Fransız Temyiz Mahkemesi, hâkim kararıyla anlaşmalı boşanma kesinleştikten sonra, ek bir taleple, sonradan ortaya çıkan malvarlığı değerlerinin veya sonradan ortaya çıkan borçların paylaşılmasının istenebileceğini kabul etmektedir²¹. Bazı yazarlar, sözleşmesel anlaşmalı boşanmada da, irade sakatlıklarının ileri sürüldüğü hallerde, sözleşmenin iptalinin (boşanma kararı bakımından değil, sadece boşanmanın sonuçları bakımından) mümkün olması gerektiğini ileri sürmektedir²². Ancak bu kabul bile pek çok sorunu beraberinde getirmektedir.

2. Hâkim kararı ile (yargısal) anlaşmalı boşanma: (FMK md. 230-md. 232)

Eşlerin sözleşmesel olarak anlaşmalı boşanmalarına engel olan husus, ergin olmayan çocuklarından birinin hâkim tarafından dinlenmeyi talep etmesi halidir (FMK md. 229-2). Bu düzenlemeye göre ergin olmayan çocuk, FMK md. 388-1'deki koşullar altında hâkim tarafından dinlenmeye hakkı olduğu konusunda ebeveynleri tarafından bilgilendirilir. FMK md. 388-1, kendisiyle ilgili herhangi bir davada, ayırt etme gücüne sahip bir küçüğün, hâkim tarafından veya menfaatinin gerektirdiği hallerde hâkim tarafından bu amaçla görevlendirilen kişi tarafından dinlenebileceğini düzenlemektedir. Ergin olmayan çocuğun dinlenme talebinde bulunması halinde, bunun için bir

¹⁹ Bénabent, 273.

²⁰ Egéa, 69.

²¹ Cour de Cassation, 1ère civ., T. 30.09.2009, no: 07-12592: Karar, anlaşmalı boşanmanın sadece hâkim kararıyla mümkün olduğu dönemde verilmiştir. Buna göre anlaşmalı boşanma hâkim kararıyla gerçekleşip karar kesinleştikten sonra, eşlerden birinin bazı malvarlığı değerlerinin ortaya çıkmış olması, yapılan anlaşmanın dengesini bozmakta olup, sonradan ortaya çıkan bu malvarlığı değerlerinin de taraflarca paylaşımına tâbi tutulması ve bu anlaşmanın hâkim tarafından onaylanması gerekir.

²² Egéa, 69.

duruşma yapılır. Çocuk, tek başına veya bir avukat ya da seçtiği bir kişi ile birlikte dinlenebilir. Hâkim, çocuğun dinlenme hakkı konusunda bilgilendirildiğinden emin olmalıdır.

Çocuğun hâkim tarafından dinlenmeyi talep etmesi halinde eşlerin boşanabilmesi, taraflarca hazırlanan anlaşmanın hâkim tarafından uygun bulunmasına bağlıdır. Yani bu durumda boşanma, hâkim kararı ile gerçekleşecektir. Burada hâkimin rolü, hem anlaşmanın tarafların serbest ve aydınlatılmış iradesi ile gerçekleştiğini tespit etmek; hem de anlaşmanın her iki tarafın ve çocukların menfaatlerini yeterince koruyup korumadığını belirlemektir²³. Hâkim anlaşmanın tarafların veya çocukların menfaatlerini yeterince korumadığını belirlerse, anlaşmada kendisi değişiklik yapamaz. Sadece boşanma talebini reddetmek (veya kabul etmek) imkânına sahiptir. Bununla birlikte taraflara sözleşmede hangi hususlarda değişiklik yapılması gerektiği konusunda öneride bulunabilir; tarafların ve avukatlarının kabulüyle gerekli değişiklikler sağlandıktan sonra boşanmaya hükmedilebilir²⁴.

FMK md. 250'ye göre anlaşmalı boşanma davalarında her iki tarafın da duruşmaya şahsen katılımı gerekmektedir. Hakim önce eşlerin her biriyle ayrı ayrı görüşür, sonra ikisini birlikte dinler. Son aşamada ise avukatı veya avukatları dinleyerek kararını verir.

B. Çekişmeli Boşanma Davaları:

1. Her iki tarafın boşanmayı kabul etmesi (FMK md. 233 – md. 234):

Burada tarafların her ikisi de boşanma konusunda uzlaşmakta, ancak boşanmanın sonuçları konusunda uzlaşmamaktadır. Bu boşanma davasının ilk aşamasında hâkim, temelde yatan sebepleri araştırmaksızın, her iki tarafın boşanma yönündeki iradelerini tespit eder. Bu irade baştan var olabileceği gibi; tamamen çekişmeli bir boşanma davası açıldıktan sonra da (diğer tarafın boşanmaya itiraz etmemesi şeklinde) ortaya çıkabilir. İkinci aşamada ise hâkim tarafların taleplerini değerlendirir. Burada boşanmaya yol açan sebepler hâkim tarafından değerlendirilmediğinden, boşanma sonucunda tarafların sorumluluğu doğmaz²⁵.

²³ Bénabent, 214.

²⁴ Bénabent, 214.

²⁵ Bénabent, 220.

23 Mart 2019 tarihli Kanun ile FMK md. 233’de yapılan değişiklik sonrası, 1 Ocak 2021’den itibaren her iki tarafın boşanmayı kabul etmesine yönelik anlaşmanın, hakime başvurmadan önce tarafların avukatlarınca da imzalanması gerekmektedir.

2. Evlilik birliğinin kesin bir şekilde bozulmasına dayalı boşanma (FMK md. 237 – md. 238)

Evlilik birliğinin kesin bir şekilde bozulması, kanun koyucu tarafından ortak yaşamın sona erdirilmesi olarak görülmektedir. FMK md. 238’in ilk fıkrasına göre, boşanma başvurusu yapıldığı tarihte eşler en az 1 yıldır ayrı yaşıyorlarsa, evlilik birliğinin kesin bir şekilde bozulması söz konusudur. Bu ayrı yaşamanın iradi olup olmamasının, tek tarafın veya her iki tarafın iradesine dayanıp dayanmamasının hiçbir önemi yoktur²⁶. Bununla birlikte, boşanma davası hem kusura dayalı, hem de evlilik birliğinin kesin bir şekilde bozulmasına dayalı (terditli) olarak açılmış ve kusura dayalı boşanma talebi reddedilmişse; evlilik birliğinin kesin bir şekilde bozulduğunun kabulü için 1 yıllık süre aranmaz (FMK md. 238/son).

3. Kusura dayalı boşanma (FMK md. 242, md. 244, md. 245-1)

FMK md. 242’ye göre, eşlerden biri evlilikten doğan yükümlülüklerini ağır bir şekilde ihlal eder veya ihlalleri tekrar ederse ve bu durum diğer eş için ortak hayatı çekilmez hale getirirse, diğer eş kusura dayalı boşanma davası açabilir.

Kusura dayalı boşanma, uzun yıllardan beri pek çok eleştiriye maruz kalmış; özellikle hâkimin eşler arasında gerçekleşen olaylarda kimin haklı kimin haksız olduğuna ilişkin değerlendirme yapmasının son derece güç olduğu noktasından yola çıkılarak, 2001 tasarısında bu boşanma sebebinin kaldırılması önerilmişti. Ancak 2004 yılındaki kanun değişikliklerinde kanun koyucu daha yumuşak bir yol seçmiştir: Kusura dayalı boşanma sebebi muhafaza edilmekle birlikte, kusura bağlanan pek çok sonuç ortadan kaldırılmıştır²⁷. Böylece kusura dayalı boşanma, uygulamada giderek daha az başvuru alan bir boşanma sebebine dönüşmüştür.

²⁶ Bénabent, 222.

²⁷ Eski kanun döneminde kusurlu tarafa cezai yaptırım niteliğinde düzenlenen, örneğin evlilik birliğinde sağlanan avantajların ve elde edilen bağışların kaybı, telif ödeneğinin kaybı gibi sonuçlar artık kusura bağlı boşanmanın sonuçları

2018 yılı istatistiklerine göre en sık başvuru yolu anlaşmalı boşanma %59 ile anlaşmalı boşanmadır. Her iki tarafın boşanmayı kabul etmesi üzerine boşanma oranı 2016'da %23; evlilik birliğinin kesin bir şekilde bozulmasına dayalı boşanma oranı ise %13'dür. Kusura dayalı boşanmada ise kusura bağlanan sonuçların ortadan kaldırılması –veya daha doğru bir ifadeyle istisnai hale getirilmesi-, bu boşanma sebebine dayalı boşanmaların giderek azalmasına yol açmıştır. 2016 yılında kusura dayalı boşanma davaları, toplam boşanma davalarının sadece %6'sını oluşturmuştur²⁸.

II. FRANSIZ HUKUKUNDA BOŞANMA KARARININ TAZMİNAT, VELAYET ve NAFKA BAKIMINDAN SONUÇLARI

A. Boşanma nedeniyle tazminat talebi

Boşanma nedeniyle tazminat talebi yeni FMK md. 266 ile istisnai iki koşulun oluşmasına bağlanmıştır. Tazminata hükmedilebilmesi için öncelikle, boşanma nedeniyle ortaya çıkan “zararların özel bir ağırlıkta olması”²⁹; ikinci koşul olarak ya tazminat talep edenin “evlilik birliğinin kesin bir şekilde bozulması nedeniyle boşanma” davasında davalı taraf olması (ve kendisinin boşanmayı istemiyor olması) ya da boşanma kararının tamamen karşı tarafın kusuruna dayalı olarak verilmiş olması gerekmektedir³⁰.

Buna karşılık genel hükümlere dayalı tazminat talep edilmesine herhangi bir engel yoktur.

olmaktan çıkarılmıştır. Sadece çok istisnai hallerde (özel ağırlıkta bir zararın varlığı halinde) kusurlu tarafa tazminat yaptırımı ile, hakkaniyetin gerektirdiği hallerde kusurlu tarafa telafi ödeneğinin reddedileceği düzenlenmiştir(FMK md. 266 ve md. 270).

²⁸ Bénabent, 205. Kusura dayalı boşanma davalarının oranı 2000 yılında toplam boşanmaların %40'ından daha fazlasını oluşturmaktayken, bu oran 2004'de %37'ye, 2007'de %15'e ve 2016'da %6'ya düşmüştür.

²⁹ Fransız Temyiz Mahkemesi, eşlerden birinin diğerine şiddet uyguladığı hallerde ve zina halinde, özel ağırlıkta bir zararın varlığını kabul etmiştir: Bkz. Cour de Cassation 1ère civ., 14.10.2009, no.08-20037. Buna karşılık, eşlerden birinin evi terk ederek küçük çocukların bakımını diğer eşe bırakması halinde, bu durumun özel ağırlıkta bir zarara yol açmadığına hükmetmiştir: Bkz. Cour de Cassation 1ère civ., 12.09.2012, no.11-12140.

³⁰ Bu maddeye dayalı olarak tazminata hükmedilmesi uygulamada son derece ender olarak ortaya çıkmaktadır. Hükmedilen tazminat miktarıysa, son derece düşüktür. Tazminata hükmedilen hallerin yarısından fazlasında, tazminat miktarının 3000 Euro'nun altında olduğu görülmektedir: Bkz. Bénabent, 275.

B. Nafaka (FMK md. 270-281)

1975 tarihinde FMK'da yapılan değişikliklerle nafaka ifadesi “telafi ödeneği” (*prestation compensatoire*) olarak değiştirilmiştir. Bu değişikliğin temel amacı, nafakaya hükmedildikten sonra, nafaka borcunun ifasının her zaman yapılmaması, çoğu zaman ödemelerin sekteye uğraması olarak ifade edilmektedir³¹. Zira aşağıda görüleceği üzere, telafi ödeneği kural olarak tek seferde yapılan bir ödemedir.

Telafi ödeneği, boşanmanın, eşlerin hayat koşullarında yarattığı eşitsizliği telafi amacıyla öngörülen bir ödemedir. (FMK md. 270). Özellikle kadının ev işlerine ve çocukların bakım ve eğitimine yönelerek mesleki faaliyetten ve kazançtan yoksun kalmasının, boşanma sonrası kadın üzerinde yarattığı olumsuz etkileri telafi etmeye yöneliktir. Telafi ödeneği, tarafların kusurundan tamamen bağımsız olup, hakkaniyet düşüncesine dayanmaktadır³². Boşanan eşler arasındaki tüm bağımlılık ilişkilerini sona erdirmek amacıyla ödemenin tek seferde yapılması ve böylece ilerleyen zamanlarda periyodik ödemelere bağlı olarak ortaya çıkabilecek ihtilafların önlenmesi amacı da telafi ödeneğinin kabul edilmesinde önemli rol oynamıştır³³. Yani telafi ödeneği, tek seferde (götürü olarak) yapılan bir ödemedir (FMK md. 270).

Telafi ödeneği miktarının belirlenmesinde, ihtiyaç sahibi eşin maddi durumu ile diğer eşin gelir kaynakları göz önünde bulundurulmaktadır. Bu çerçevede hâkim, telafi ödeneğinin miktarını tayin ederken evliliğin süresini, eşlerin yaşlarını ve sağlık durumlarını, eşlerin eğitim ve mesleki durumlarını, eşlerden birinin ortak hayat süresince çocukların bakım ve eğitimine zaman ayırması nedeniyle kazanç getirici faaliyetleri bakımından yaptığı tercihleri ve halen bakıma ihtiyaç duyan çocuklar varsa bunun süresini, eşlerin sermaye ve gelir olarak malvarlıksal durumlarını, emeklilik ödeneklerini göz önünde bulundurur. (FMK md. 271).

³¹ Bénabent, 276. 1975 öncesi dönemde, nafaka borçlarının ifasını konu alan istatistikler oldukça çarpıcı sonuçlar ortaya koymuştur. Buna göre ilk iki yılında ödenmeyen nafaka borçları yaklaşık üçte bir oranında iken, ikinci ve beşinci yıl arasında ödenmeyen nafaka borçları yüzde elliye çıkmakta; beşinci yıldan sonra ise nafaka borçlarının yaklaşık üçte ikisi ödenmemektedir. Bkz. Bénabent, 276.

³² Bénabent, 276 vd.

³³ Bénabent, 277.

Telafi ödeneğinin tek seferde yapılmasına borçlunun maddi durumu elvermiyorsa, hâkim, belirlenen ödeneğin periyodik aralıklarla ödenmesine karar verebilir. Ödemenin hangi aralıklarla yapılacağı, 8 yılı geçmeyecek şekilde hâkim tarafından belirlenir. (FMK md. 275). Bununla birlikte FMK md. 276, hâkime, istisnai hallerde, özel olarak gerekçesini de belirtmek koşuluyla, karşı tarafa gelir oluşturacak şekilde dönemsel ödemeler biçiminde telafi ödeneğine hükmetme imkânı tanımaktadır³⁴. Bu şekilde, karşı tarafa gelir oluşturacak şekilde dönemsel ödemeler biçiminde telafi ödeneğine hükmedilirse, alacaklının veya borçlunun maddi durumlarında değişiklik olduğu takdirde, telafi ödeneği gözden geçirilebilir.

Telafi ödeneği kusurdan bağımsız olarak değerlendirilse de, FMK md. 270'in son fıkrası bu konuda bir istisna getirmiştir. Buna göre eğer boşanma münhasıran tek tarafın kusuruna dayalı olarak gerçekleşmişse ve tamamen kusurlu olan taraf telafi ödeneği talep etmekteyse, boşanmanın özel koşulları çerçevesinde hakkaniyet gereği hâkim telafi ödeneğini reddedebilir. Bu istisnaya dayalı olarak telafi ödeneğinin reddedilmesi, uygulamada son derece ender olarak görülmektedir. Fransız Temyiz Mahkemesi (*Cour de Cassation*), telafi ödeneğinin ancak boşanma davası devam ederken talep edilebileceği; dava sonuçlandıktan sonra bu talebin dinlenmeyeceği yönünde bir içtihat geliştirmiştir³⁵. Anlaşmalı boşanmalar dışında, çekişmeli boşanmalarda da tarafların telafi ödeneği konusunda anlaşmaları mümkündür; ancak bu anlaşma hâkim tarafından uygun görüldüğü takdirde geçerli olacaktır. Tarafların telafi ödeneği konusunda anlaşma yapmadıkları hallerde ise, telafi ödeneğinin miktarı hâkim tarafından takdir edilir³⁶.

³⁴ Örneğin alacaklının yaşı veya sağlık durumu nedeniyle kendi ihtiyaçlarını karşılayamayacak durumda olduğu gerekçesiyle hâkimin dönemsel ödemeler biçiminde telafi ödeneğine karar vermesi mümkündür: Bkz. Dalloz, Fiches d'Orientation, Prestation Compensatoire, Mars 2021, n. 4.2.2.

³⁵ Cour de Cassation Civ. 2^e, 28 Ocak 1987, n° 84-17.727. Bununla birlikte eşlerden birinin malvarlığı veya gelirleri konusunda diğerini aldattığı boşanmadan sonra ortaya çıkarsa, taraflardan birinin gerçeği gizlemesi nedeniyle karar düzeltme yoluna gidilerek telafi ödeneğinin yeniden hesaplanması mümkündür: Bkz. Yann Favier, Olivier Matocq ve Julie Pierrot-Blondeau, "Chapitre 133 - Divorces autre que par consentement mutuel," in Dalloz Action Droit de la famille, (Paris: Dalloz, 2019) 320. (https://www.dalloz.fr/documentation/hulkStatic/DZ/BROCHES/DAFAMILLE/sharp_COMMUNS/pdf/action_-_famille_-_2019_-_101-t13-c133_-chapitre_133.pdf)

³⁶ Bénabent, 281.

C. Çocukların velayeti

Fransız hukukunda velayet hakkı, soybağı ilişkisinin doğrudan ve otomatik bir sonucu olarak düzenlenmiştir. FMK md. 371-1'e göre velayet hakkı anne ve babaya aittir. Velayet hakkı anne-babadan alınmadığı sürece, çocuk ergin olana kadar devam eder. Ancak velayet hakkının kullanımı, çocuğun günlük ihtiyaçları, bakımı ve eğitimiyle kimin/kimlerin ilgileneceğini ifade eden bir kavramdır. Çocuğun her iki ebeveyni de hayatta olduğu ve ehliyetlerinde bir kısıtlama olmadığı sürece, velayet hakkının her iki ebeveyn tarafından birlikte kullanılması kuraldır.

Fransız Medeni Kanunu'nda ilk kez 8 Ocak 1993 tarihli değişiklik ile, boşanma veya ayrılık durumunda velayet hakkının birlikte kullanılması ilkesi benimsenmiştir (bkz. FMK md. 373-2, md. 287.) Fransız Medeni Kanunu'nun 373-2 maddesine göre, "Ebeveynlerin ayrılığının, çocuk üzerindeki velayet haklarına hiçbir etkisi yoktur." Günümüzde, ebeveynler arasındaki hukuki ilişkiden bağımsız olarak, çocuk üzerinde birlikte velayet ilkesi geçerlidir³⁷. Ebeveynlerin çocuklarıyla olan ilişkilerinin devam etmesinin, çocuğun üstün yararına olacağı düşüncesinden hareket edilerek, ebeveynlerin ayrılığının çocuk üzerindeki velayet hakkının kullanımına etkisinin olmayacağı kuralı benimsenmiştir.

Velayet hakkının birlikte kullanılması kuralına iki istisna öngörülmüştür: Bunlardan ilki, çocuğun ebeveynlerinden biriyle soybağı ilişkisinin, çocuğun doğumunun üzerinden 1 yıl geçtikten sonra kurulması halinde ortaya çıkmaktadır. Burada kanun koyucu, çocuğu tanımakta geciken (veya sonradan dava yoluyla çocukla arasında soybağı ilişkisi kurulan) baba bakımından, çocuğun eğitimini sağlamakta ona yeterli ilgiyi göstermeyeceği karinesinden yola çıkmaktadır³⁸. Bu durumda kural olarak velayet hakkının kullanılması annededir. Ancak her iki ebeveynin mahkemeye ortak başvurusuyla veya hâkim kararıyla bu halde dahi velayetin birlikte kullanılmasına karar verilebilir. Birlikte velayet kuralının diğer istisnası ise, hâkimin, velayetin kullanılmasının tek tarafa bırakılmasının çocuğun menfaati bakımından daha uygun olacağı kanaatinde olması halidir³⁹.

³⁷ Hugues Fulchiron, "Custody and Separated Families: The example of French Law," *Family Law Quarterly* 39 no.2 (2005): 303; Maryline Bruggeman, "L'exercice en commun de l'autorité parentale après séparation en France," *Osaka University Law Review* 58, (2011): 95-96 (<http://hdl.handle.net/11094/4656>)

³⁸ Bénabent, 477.

³⁹ Bénabent, 477.

Velayet hakkını birlikte kullanan anne-baba boşandıkları takdirde, çocuğun yerleşim yerini belirlemek gerekmektedir. Bu hususta anne-baba anlaşarak çocuğun yerleşim yerini belirleyebilirler. Aksi takdirde hâkim, boşanma kararıyla birlikte çocuğun yerleşim yerini de belirlemek zorundadır⁴⁰. Hâkim annenin veya babanın yerleşim yerini çocuğun yerleşim yeri olarak belirleyebileceği gibi, çocuğa alternatifli yerleşim yeri⁴¹ (*résidence alternée*) de belirleyebilir. Alternatifli yerleşim yeri (FMK md. 373-2-9) için tarafların bu konuda anlaşmalarına gerek yoktur. Taraflardan birinin başvurusu veya çocuğun yerleşim yeri konusunda anlaşamamaları halinde, hâkim, bir deneme süresi de tespit ederek, çocuğun yerleşim yerini hem anne, hem baba yanında –alternatifli- olarak belirleyebilir. Bu sürenin sonunda hâkim çocuğun yerleşim yeri konusunda (ya alternatifli yerleşim yeri, ya da sadece anne veya sadece babanın yerleşim yeri olarak) kesin kararını verir. Eğer çocuğun yerleşim yeri sadece anne veya sadece babanın yerleşim yeri olarak belirlenirse, hâkim, diğer ebeveynin çocukla ne sıklıkla, nerede kişisel ilişki kurabileceğini de belirler.

Çocuğun yerleşim yeri sadece anne veya sadece babanın yerleşim yeri olarak belirlense bile, birlikte velayet hakkına sahip anne-babanın velayete bağlı hak ve yükümlülükleri devam eder⁴²: Hem anne, hem baba, çocuğun eğitimi, tatili, farklı aktiviteleri gibi konularda birlikte karar vermekle yükümlüdürler⁴³; anlaşmazlık halinde aile mahkemesi hâkimi tarafları uzlaştırmaya çalışır.

⁴⁰ Bénabent, 478.

⁴¹ İsviçre Medeni Kanunu'nda da 1 Ocak 2017 tarihli değişiklikle "*alternatif himaye*" modeli kabul edilmiş; ebeveynlerin çocuğun bakımını eşit olarak paylaşmaları ve mümkün olduğunca eşit ölçüde vakit geçirmelerine imkân tanınmıştır: Bkz. Michelle Cottier, "L'autorité parentale conjointe et la garde alternée en droit suisse," in *Les nouvelles formes de parentalité: Le temps du partage...et l'enfant?* Actes du 7e Colloque printanier du Centre interfacultaire en droits de l'enfant (CIDE) de l'Université de Genève et de l'Institut international des droits de l'enfant (IDE), (Sion: Centre interfacultaire en droits de l'enfant, 2017): 35.

⁴² Bénabent, 478.

⁴³ ABD hukukunda da benzer şekilde, birlikte velayetin iki türüne rastlanmaktadır. ABD hukukunda birlikte fiziki velayet (*joint physical custody*) ve birlikte hukuki velayet (*joint legal custody*) şeklinde bir ayırım benimsenmektedir. Birlikte hukuki velayet, ebeveynlerin, çocukların eğitimi, meslek seçimi, sağlığı, dini inanç konusunda nasıl yönlendirileceği gibi önemli konulardaki kararları birlikte vermeleri zorunluluğu anlamına gelmektedir. Birlikte fiziki velayet ise, çocuğun

Boşanma halinde, hâkimin çocuğun velayet hakkının kullanılmasını sadece anne veya sadece babaya bırakması, ancak çocuğun menfaatinin gerektirdiği hallerde ve kararda gerekçesini açıklamak suretiyle mümkündür (FMK md. 373-2-1). Bu durumda velayet hakkının kullanımına sahip olan taraf, çocuğa bakma ve çocuğun eğitimiyle ilgilenme hak ve yükümlülüklerine sahiptir. Velayet hakkını kullanmaktan yoksun bırakılan taraf ise, çocukla kişisel ilişki kurma (onu ziyaret ve kendi evinde konaklatma) ve çocuğun eğitimiyle ilgili denetimde bulunma hakkına sahiptir⁴⁴. Velayet hakkını kullanmaktan yoksun kalan tarafın çocukla kişisel ilişki kurması, sadece çocuğun üstün yararı gerektiriyorsa hâkim kararıyla engellenebilir. Ayrıca bu tarafın çocuğun eğitimiyle ilgili denetimde bulunma hakkı olduğundan, FMK md. 373-2-1 gereği çocuğun eğitimiyle ilgili önemli tercihlerde kendisine bilgi verilmeli; okul seçiminde onun da görüşü alınmalıdır.

III. TÜRK MEDENİ KANUNU'NA GÖRE BOŞANMA SEBEPLERİ BAKIMINDAN KUSURUN ROLÜ

Bilindiği üzere 2002 tarihli Türk Medeni Kanunu'nda, eski Medeni Kanun'da olduğu gibi boşanmanın özel sebepleri varlığını muhafaza etmektedir. Bu sebepler zina (TMK md. 161); hayata kast, pek kötü muamele ve onur kırıcı davranış (TMK md. 162); suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme (TMK md. 163); terk (TMK md. 164) ve akıl hastalığı (TMK md. 165) olarak düzenlenmiştir. Diğer taraftan boşanmanın genel sebebi olarak düzenlenen evlilik birliğinin temelinden sarsılmasının yanı sıra; anlaşmalı boşanma ve boşanma talebinin reddinden sonra üç yıl süren fiili ayrılık da diğer boşanma sebepleri olarak TMK md. 166'da yer almaktadır. Bu çalışmada boşanma sebepleri tek tek incelenmeyecek olup, sadece kusur unsuru bakımından sebepler değerlendirilecektir.

Öncelikle boşanmanın özel sebepleri incelendiğinde, akıl hastalığı dışında kalan diğer tüm sebeplerin kusura dayalı olduğu görülmektedir⁴⁵. Özel boşanma sebepleri artık Avrupa ülke hukuklarının çoğunda terk edilmiş;

her iki ebeveynle önemli ölçüde zaman geçirmesi ve günlük bakımının ebeveynler arasında paylaşılmasını ifade eder: Bkz. David J. Miller, "Joint Custody," Family Law Quarterly 13, no.3 (1979): 360; Geri S. W. Fuhrmann ve Robert A. Zibbell, Evaluation for Child Custody, (Oxford: Oxford University Press, 2012), 352 vd.

⁴⁴ Bénabent, 479.

⁴⁵ Mustafa Dural, Tufan Öğüz ve Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku (İstanbul: Filiz, 2022), 105 vd.; Mehmet Erdem, Aile Hukuku (Ankara: Seçkin, 2018), 99.

mehaz İsviçre Medeni Kanunu'nda da yer almaktan çıkmıştır. Türk hukuk doktrininde de pek çok yazar, haklı olarak, özel boşanma sebeplerine ihtiyaç olmadığını ileri sürmektedir⁴⁶. Özel boşanma sebeplerinin varlığı, taraflardan biri açısından evlilik birliğine devamı çekilmez hale getirdiği takdirde zaten evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı boşanma davası açılabilirken; kanunda tek tek özel boşanma sebeplerinin düzenlenmesinin hiçbir gerekçesi yoktur⁴⁷.

Diğer taraftan, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı boşanma davalarında da kusurun büyük bir rol oynadığı yadsınamaz. Her ne kadar TMK md. 166/1'de yer alan, "*Evlilik birliği, ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenemeyecek derecede temelinden sarsılmış olursa, eşlerden her biri boşanma davası açabilir.*" hükmü, bu boşanma sebebinin kusur şartına bağlı olmadığı⁴⁸ şeklinde bir değerlendirme yapılmasına yol açsa da, aynı maddenin ikinci fıkrası kusurun rolünü ortaya koymaktadır. Zira TMK md. 166/2'nin ilk cümlesine göre "*Davacının kusuru daha ağır ise, davalının açılan davaya itiraz hakkı vardır.*"

Her ne kadar TMK md. 166/2 ile az kusurlu veya kusursuz eşe bir def'i imkânı getirilmiş olsa da⁴⁹, Yargıtay'ın yerleşik uygulaması, davalı bu def'iyi ileri sürmese bile, tarafların kusurunu araştırmak ve davalı tamamen kusursuzsa boşanma davasını reddetmek şeklindedir. Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı boşanma davalarının pek çoğunda Yargıtay'ın, "*Boşanmaya karar verilebilmesi için davalı az da olsa kusurlu olmalıdır*" yönündeki değerlendirmesi⁵⁰, maalesef her davada tarafların kusurunun araştırılması sonucuna yol açmakta ve davalının tamamen kusursuz olduğuna karar verildiği takdirde, boşanma davası red ile sonuçlanmaktadır⁵¹.

⁴⁶ Haluk Burcuoğlu, "Boşanmada Kusur ve Yoksulluk Nafakası ile İlgili Gözlemler," İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 4, no. 2 (Aralık 2018): 3; Saibe Oktay Özdemir, "Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 35, no. 1, 35.

⁴⁷ Burcuoğlu, 3.

⁴⁸ Dural, Öğüz ve Gümüş, 119; Erdem 128.

⁴⁹ Dural, Öğüz ve Gümüş, 121; Erdem, 130. Aksi yönde bkz. Hüseyin Hatemi, Aile Hukuku (İstanbul: Oniki Levha, 2021), 125. Yazar burada bir def'i değil, hâkimin re'sen dikkate alması gereken bir itiraz olduğunu ileri sürmektedir.

⁵⁰ Bkz örneğin Y.2.HD, E. 2020/3901, K.2020/4354, 05.10.2020; Y.2.HD, E. 2016/15986, K. 2017/873 24.01.2017; Y.2.HD, E. 2011/20038, K. 2012/28733, 30.11.2012; YHGK, E.2017/1939, K.2018/1296 04.07.2018. (Legalbank, 15.09.2022)

⁵¹ Burcuoğlu, 4.

Boşanma sistemimizde kusurun oynadığı bu rol, boşanan taraflar arasındaki husumeti önemli ölçüde arttırmakta, boşanma sürecini bir savaşa dönüştürmekte ve boşanma sonrası süreçte tarafların iletişimini önemli ölçüde zorlaştırmaktadır. Bir evliliğin çekilmez hale gelmesine yol açan olaylarda hangi tarafın ne oranda kusurlu olduğunun bir üçüncü kişi tarafından tespiti ise neredeyse imkânsızdır. Dolayısıyla hâkimin kusur oranları bakımından yapmış olduğu tespitlerin doğruluğu da tartışmaya açık olmaktadır.

Kusura dayalı boşanma sisteminin yarattığı bu dezavantajlar pek çok ülkede –ve Fransa’da da- uzun yıllar önce tespit edilmiş; kusura dayalı boşanma tamamen kaldırılamasa da, kusura bağlı sonuçların hemen hemen ortadan kaldırılmasıyla boşanma sürecinin ve sonrasının bir intikam savaşı olmasının önüne geçilmiştir. Elbette bunun sağlanabilmesi için, kusura bağlı sonuçların da ortadan kaldırılması gerekmektedir.

IV. TÜRK MEDENİ KANUNU’NA GÖRE BOŞANMANIN TAZMİNAT ve NAFKA HAKKI BAKIMINDAN SONUÇLARINDA KUSURUN ROLÜ ile BOŞANMADAN SONRA BİRLİKTE VELAYET MESELESİ

Boşanmanın mali sonuçları, TMK’da maddi tazminat, manevi tazminat ve yoksulluk nafakası olarak düzenlenmiştir. Aşağıda görüleceği üzere, bu sonuçların tamamı bakımından tarafların kusuru büyük önem taşımaktadır ve her birinin altında ceza anlayışı yatmaktadır.

A. Maddi ve Manevi Tazminat Bakımından Kusurun Rolü

TMK md. 174/1’e göre, “Mevcut veya beklenen menfaatleri boşanma yüzünden zedelenen kusursuz veya daha az kusurlu taraf, kusurlu taraftan uygun bir maddi tazminat isteyebilir.” Bu hükme göre, kusursuz veya daha az kusurlu taraf, daha fazla kusurlu olan taraftan bir maddi tazminat isteyebilecektir⁵². Üstelik beklenen bir menfaatinin zedelenmesi dahi daha az kusurlu tarafın tazminat talep edebilmesi bakımından yeterlidir⁵³. Bu kadar ucu açık bir düzenleme, pek çok hususun beklenen menfaat kavramı kapsamına sokulmasına imkân verebilecek ve taraflar, maddi tazminat elde

⁵² Dural, Ögüz ve Gümüş, 154; Erdem, s. 186; Ahmet Kılıçoğlu, Aile Hukuku, (Ankara: Turhan, 2019), 128-129.

⁵³ Örneğin kusurlu tarafın çok zengin olan anne ve babasından ona kalacak mirastan yoksun kalacak olmak dahi, beklenen bir menfaatin zedelenmesi olarak değerlendirilebilecek ve maddi tazminat talep edilmesine imkân verecektir.

edebilmek için karşı tarafın daha fazla kusurlu olduğunu ispat etme girişimleriyle boşanma sürecini rahatlıkla bir savaşa dönüştürebileceklerdir.

Oysa kanaatimizce boşanma nedeniyle bir tarafın diğerinden maddi tazminat istemesine yönelik bu kadar geniş kapsamlı bir düzenlemeye ihtiyaç yoktur. Fransız hukukunda olduğu gibi, maddi tazminat talebini “özel ağırlıkta bir zarar” ile sınırlandırmak ve istisnai hale getirmek, taraflar arası husumeti de azaltacağından, uygun bir çözüm yolu olabilir. Böylece eşlerden birinin diğerine şiddet uyguladığı veya zinasının ispat edildiği bazı sınırlı hallerde maddi tazminata hükmedilebilecektir. Ayrıca unutmamak gerekir ki, boşanan taraflardan birinin diğerinden, genel hükümlere dayalı olarak tazminat istemesine herhangi bir engel yoktur.

TMK md. 174/II’de yer alan manevi tazminata ilişkin düzenleme ise kanaatimizce tamamen gereksizdir. TMK md. 174/II’ye göre, “Boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevi tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir.” Oysa kişilik hakkı zarar gören tarafın genel hükümlere göre (TBK md. 58) manevi tazminat talep edebilme imkânı zaten mevcuttur. Buna rağmen boşanma sonucu manevi tazminatı ayrı bir hükme bağlamak, boşanma davasında kusur meselesinin gündeme getirilmesine yol açacağından kanaatimizce uygun bir çözüm yolu değildir.

B. Yoksulluk Nafakası Bakımından Kusurun Rolü

Yoksulluk nafakasına ilişkin TMK md. 175 hükmü incelendiğinde, yine kusurun önemli bir rol oynadığı görülmektedir. Ancak maddi ve manevi tazminattan farklı olarak, yoksulluk nafakasında kendisinden nafaka istenen kişinin kusurlu olması aranmamaktadır⁵⁴. Nitekim TMK md. 175’e göre, “Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir (1). Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz (2).”

Yoksulluğa düşme şartı bakımından büyük bir yoksulluk aranmamakta, nafaka alacaklısının geliri ya da servetiyle geçinmesinin mümkün olup olmadığı araştırılmaktadır⁵⁵. Yoksulluk nafakasının amacı, boşanma nedeniyle geçimi için zorunlu ihtiyaçlarını karşılayamayacak duruma düşen

⁵⁴ Dural, Öğüz ve Gümüş, 158; Erdem, 198.

⁵⁵ Dural, Öğüz ve Gümüş, 158.

kişinin bu ihtiyaçlarının karşılanması olarak ifade edilmektedir⁵⁶. Yargıtay da kişinin boşanma sebebiyle “yeme, giyinme, barınma, sağlık, ulaşım, kültür, eğitim” gibi maddi varlığını geliştirmek için zorunlu ve gerekli görülen harcamaları karşılayacak düzeyde gelirinin olmaması halinde yoksulluk nafakasına hak kazanacağını kabul etmektedir⁵⁷. Türk hukukunda en güncel tartışmalardan biri de, yoksulluk nafakasının süreye bağlanması meselesidir⁵⁸.

Fransız hukukunda nafakanın ödenmesindeki sıkıntılar, nafakanın yerini tek seferde ödemesi gerçekleşen bir “telafi ödeneği”ne bırakmasına yol açmıştır. Telafi ödeneğinin amacı, boşanmanın eşlerin hayat koşullarında yarattığı eşitsizliği telafi etmek ve bu çerçevede kadının ev işlerine ve çocukların bakım ve eğitimine yönelerek kazançtan yoksun kalmasının, boşanma sonrası kadın üzerinde yarattığı olumsuz etkileri gidermektir⁵⁹. Telafi ödeneğinin önemli bir özelliği de tarafların kusurundan tamamen bağımsız olup, hakkaniyet düşüncesine dayanmasıdır⁶⁰.

Türk hukuku bakımından her ne kadar yoksulluk nafakası ile zorunlu geçim ihtiyaçlarının karşılanması amaçlansa da, bunu tarafların kusurundan bağımsız hale getirerek, tamamen ihtiyaç esaslı bir nafakaya dönüştürmek mümkündür. Kanunda bu yönde bir değişiklik yapılması, yine boşanma davalarında kusurun ispatı gerekliliğini ortadan kaldıracak ve taraflar arasındaki ilişkilerin medeni bir seviyede sürdürülebilmesine olanak tanıyacaktır. Bununla birlikte Fransız hukukunda olduğu gibi hâkime takdir yetkisi tanınarak, boşanmanın sadece tek tarafın kusuruna dayalı olarak gerçekleştiği hallerde tamamen kusurlu olan tarafın telafi ödeneği alması somut olayın özellikleri çerçevesinde hakkaniyete aykırılık teşkil edecekse, hâkime telafi ödeneğini reddetme imkânı sağlanabilir.

⁵⁶ Ömer Uğur Gençcan, *Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2010), 1002; benzer şekilde bkz. Kılıçoğlu, 134.

⁵⁷ Bkz. örneğin YHGK, E. 1998/2-656, K. 1998/688, 07.10.1998; YHGK, E. 2007/2-275, K. 2007/275, 16.05.2007 (Legalbank, 29.09.2022)

⁵⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Pınar Altınok Ormancı, “Türkiye’de Yoksulluk Nafakasına İlişkin Güncel Gelişmeler ve Nafakanın Süreye Bağlanması Meselesi – İsviçre Hukukuyla Karşılaştırmalı Bir İnceleme,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 162, (Eylül-Ekim 2022): 183-203.

⁵⁹ Bkz. yukarıda II, B.

⁶⁰ Bénabent, s. 276 vd.

C. Boşanmadan Sonra Birlikte Velayet

Velayet hakkı, bir hak-yüküm olarak, anne babaya yalnızca çocuk üzerinde yetkiler vermez; onlara çocukların bakımı, eğitimi ve kişisel gelişimiyle ilgilenme sorumluluğunu da yükler⁶¹. Çocuğun bakım ve eğitimi, yasal temsili ve mallarının yönetimi velayet hakkı kapsamında yer almaktadır. Bu hak ve yetkiler ile sorumlulukların boşanma sonrası hangi ebeveyn/ebeveynler tarafından, nasıl kullanılacağı, çocuğun gelişimi bakımından büyük önem taşımaktadır. Bu noktada, çocuk haklarının korunmasına ilişkin uluslararası sözleşmelerde önemli yer tutan “çocuğun üstün menfaati” ilkesi, yol gösterici bir ilkedir.

Birlikte velayet ise, çocukla ilgili hak ve yetkilerin, evli olsun ya da olmasın, anne-baba tarafından müştereken kullanılması; çocukla ilgili görev ve sorumlulukların yine anne-baba tarafından birlikte yerine getirilmesidir. Böylece anne ve baba çocuğun nerede yaşayacağına, eğitimi ve sağlığıyla ilgili konulara birlikte karar vereceklerdir.

Türk Medeni Kanunu (TMK) md. 335/I'e göre “Ergin olmayan çocuk, ana ve babasının velayeti altındadır. Yasal sebep olmadıkça velayet ana ve babadan alınamaz.” Yine TMK md. 336/I'e göre evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velayeti birlikte kullanırlar. TMK md. 336/son hükmüne göre ise “Velayet, ana ve babadan birinin ölümü halinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir.”

Boşanmadan sonra birlikte velayet, Türk Medeni Kanunu'nda açıkça düzenlenmiş değildir. “Velayet, (...) boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir.” hükmünü içeren TMK md. 336'nın son fıkrası, Türk hukuk doktrininde farklı görüşlerin ortaya çıkmasına yol açmıştır⁶². Bu görüşlerden ilki, söz konusu düzenlemenin boşanmadan sonra birlikte velayete izin vermediğini ileri sürmektedir⁶³. Buna göre, TMK md. 336/son hükmünün lafzı

⁶¹ Peter Breitschmid, Art. 296 Code Civil, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3e édition, eds. Marc Amstutz, Peter Breitschmid, Andreas Furrer, Daniel Girsberger, Claire Huguenin, Alexandra Jungo, Markus Müller-Chen, Vito Roberto, Anton K. Schnyder, Hans Rudolf Trüeb (Zürich: Schulthess, 2016) no. 1.

⁶² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Leyla Müjde Kurt, “Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet,” İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9, no. 2 (2018): 157-186.

⁶³ Dural, Öğüz ve Gümüş, 146; Rona Serozan, “Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler,” in Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan (Ankara: Turhan Kitabevi,

son derece açıktır. Boşanma halinde hâkim, çocuğun velayetini ana veya babaya verecektir. Hükmün zıt anlamından, boşanmadan sonra birlikte velayetin mümkün olmadığı açıkça ortaya çıkmaktadır.

Buna karşılık ikinci görüş, TMK md. 336/son hükmünün boşanma halinde birlikte velayete engel olmadığını ileri sürmektedir. Bu görüşü savunan yazarlar, farklı gerekçelerden yola çıkarak boşanmadan sonra birlikte velayetin mümkün olduğu sonucuna varmaktadırlar. Bu çerçevede ilk grupta, birlikte velayet konusunda Türk Medeni Kanunu'nda örtülü bir boşluk olduğunu savunan yazarlar sayılabilir. Örneğin Öztan, TMK md. 336/son hükmünde örtülü bir boşluk bulunduğunu; hükmün amacının çocuğun menfaatini korumak olmakla birlikte, bu amaca hizmet etmediğini; teleolojik redüksiyon (amaca uygun sınırlama) yoluyla en azından anlaşmalı boşanmalarda birlikte velayete hükmedilebilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.⁶⁴

Benzer şekilde Erlüle, Türk Medeni Kanunu'nda yer alan hükmün amacı ele alındığında, hükmün her boşanmada uygulanmasının uygun olmadığını; hükmün lafzı geniş tutulduğu için örtülü bir boşluk söz konusu olduğunu ve amaca uygun sınırlama yoluyla hükümdeki boşluğun doldurulması gerektiğini ileri sürmektedir.⁶⁵ Yine Koçhisarlıoğlu, tek başına velayetin değişen koşullar

2008) 772; Hüseyin Hatemi, Burcu Kalkan Oğuztürk, Aile Hukuku, 6. Bası (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018) 131; Kurt, 172: Yazar, TMK md. 336/son hükmünün lafzından, hükmün birlikte velayete imkân vermediğini ifade etmekte; ancak Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşma hükümleri çerçevesinde, hâkimin birlikte velayete karar verebileceğini kabul etmektedir.

⁶⁴ Bilge Öztan, Aile Hukuku (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015),1090 vd. TMK md. 336'nın son fıkrasında yer alan düzenlemenin, ortak velayete yer vermediğini, zira ortak velayet kurumunun kanun koyucu tarafından bilinmediğini ve bu nedenle gerçek bir kanun boşluğu olduğu yönünde bkz. Eylem Apaydın, "Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği," İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9, no. 1 (2018): 457; Zeynep Ayza Gülgösteren, "Boşanma Sonucunda Ortak (Birlikte) Velayet", Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2, no. 2 (2017): 179. Gerekçesini belirtmemekle birlikte, çocuğun menfaati doğrultusunda boşanma sonrası birlikte velayete veya tek başına velayete karar verilebileceği yönünde bkz. Tuba Birinci Uzun, "Türk Medeni Kanunu'na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli", Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 6, no. 1 (2016), 156.

⁶⁵ Fulya Erlüle, İsviçre Medeni Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velayet (Ankara: Yetkin, 2019), 292. Benzer şekilde bkz.

nedeniyle anlamsız hale geldiğini, çocuğun menfaati doğrultusunda TMK md. 336/son hükmünün amacıyla araç arasındaki çatışmanın düzeltilmesi gerektiğini ve kanundaki boşluğun, kanunun lafzından ayrılan bir yorumla doldurularak birlikte velayete hükmedilebileceğini ileri sürmektedir⁶⁶.

TMK md. 336/son hükmünün birlikte velayete engel olmadığını savunan diğer bir kısım yazar ise, daha farklı bir gerekçeye dayanmaktadır. Katıldığımız bu görüşe göre, Medeni Kanun’umuzdaki TMK md. 336/son hükmü boşanmada velayetin taraflardan birine verileceğini düzenlese de, 6684 sayılı Kanun’la uygun bulunarak 01.08.2016 tarihinde yürürlüğe giren 11 No’lu Protokol İle Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme’ye Ek 7 No’lu Protokol’ün 5. maddesi ile, Türk hukukunda birlikte velayete hükmedebilme imkanı doğmuştur⁶⁷. Nitekim, T.C Anayasası’nın 90. maddesinin 5. fıkrasına göre, “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*” Velayet hakkı da temel haklardandır. Bu nedenle, boşanmada velayet konusunda, birlikte velayeti dışlayan TMK md. 336/son hükmü değil; Ek 7 No’lu Protokol’ün 5. maddesi, uygulama alanı bulmalıdır⁶⁸.

Gerçekten TMK md. 336/son hükmündeki düzenleme, uluslararası sözleşmelere ve çağın gereklerine uymayan bir hüküm içermektedir. Çocuğun üstün yararının korunması ilkesi gereği, boşanma sonrası her iki ebeveyniyle de mümkün olduğunca fazla zaman geçirmesi ve çocuğun bakımı ve eğitimi sorumluluklarının anne-babaya eşit bir şekilde paylaşılması, sadece bazı münferit boşanmalarda uygulanması gereken ilkeler değildir. Bunlar, tüm boşanma davalarında hâkimin dikkate alması gereken ilkelerdir. Uygulamada da son yıllarda Bölge Adliye Mahkemeleri’nin Ek 7 No’lu Protokolün 5.

Özge Bölükbaşı, Birlikte Velayet ve Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi, (Ankara: Yetkin, 2021), 162-164.

⁶⁶ Cengiz Koçhisarlıoğlu, Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması (Ankara: Turhan, 2004), 243 vd.

⁶⁷ Ömer Uğur Gençcan, “Ortak Velâyet”, İzmir Barosu Bülten 8 Mart 2017 Özel Sayısı, no. 27 (2017): 26; Kurt, 174; Nurten İnce, “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma İle Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velâyet”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 9, no. 4, (2018): 221.

⁶⁸ İnce, 221; Kurt, 174; benzer şekilde Zeynep Naz Güneş, “Almanya ve İsviçre Örnekleriyle Türk Hukukunda Birlikte Velayet”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 150, (Eylül-Ekim 2020): 174.

maddesine dayanarak birlikte velayete karar vermeye başladığı görülmektedir⁶⁹.

Türk hukukunda, uluslararası sözleşme hükümlerine dayanarak boşanma sonrası birlikte velayete karar verilmeye başlanmış olması, Türk Medeni Kanunu'nda gerekli değişikliklerin yapılarak birlikte velayet meselesinin ayrıntılı bir biçimde düzenlenmesi ihtiyacını da ortaya çıkarmaktadır. Bu hususta kanaatimizce boşanma sonrası kural olarak birlikte velayetin devam edeceği; istisnai olarak velayetin tek tarafa bırakılmasının çocuğun menfaati bakımından daha uygun olacağı hallerde velayetin sadece ana ya da babaya bırakılacağı yönünde bir düzenlemenin kabul edilmesi en uygun çözüm olacaktır. Boşanma sonrası birlikte velayetin devamı bakımından, tarafların boşanmaya sebep olan olaylardaki kusurunun veya boşanma davasının niteliğinin (anlaşmalı veya çekişmeli boşanma olmasının) herhangi bir etkisi olmamalıdır. Hâkim, tamamen çocuğun üstün yararı çerçevesinde bir değerlendirme yapmalıdır.

Sonuç

Türk hukukunda boşanma sisteminde esaslı bir revizyona ihtiyaç vardır. Hukukumuzda boşanma sebepleri bakımından kusur büyük rol oynamaktadır. O kadar ki, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı boşanma davalarında davacı tamamen kusurlu ve davalı kusursuz ise, kimsenin kendi kusuruna dayanarak bir hak elde edemeyeceği gerekçesiyle boşanma talebi reddedilmektedir. Boşanmada kusurlu tarafa yönelik bu ceza anlayışı, modern hukuk sistemlerinde terk edilmiştir. Artık evliliği sona erdirmekte taraf iradeleri ön plandadır. Fransız hukukunda tarafların boşanmanın tüm sonuçları üzerinde anlaşmaları halinde, kanunda yazılı hususları içeren bir sözleşme ile noter huzurunda boşanabilmeleri de bunun bir göstergesidir. Kaldı ki, temelinden sarsılmış bir evliliğin –tamamen kusurlu tarafı cezalandırmak gayesiyle- zorla ayakta tutulması da mümkün değildir.

Benzer şekilde boşanmanın mali sonuçları olan maddi ve manevi tazminat ile yoksulluk nafakası bakımından da kusur değerlendirmesi en ön plandadır. Bu durum, boşanma sürecinde tarafların, tabiri caizse, bütün kirli çamaşırları ortaya dökme girişimlerine yol açmakta ve boşanma süreci tarafların birbirinden intikam almaya çalıştıkları bir savaşa dönüşmektedir. Bu

⁶⁹ Bkz. örneğin Ankara BAM 1. H.D., E.2017/121, K. 2017/601, 10.05.2017 (yayımlanmamış karar, Apaydın, s. 463 vd'ndan naklen).

durumun doğal bir sonucu da, boşanma sonrası süreçte tarafların, özellikle çocukların bakım ve eğitimi için gerekli olmasına rağmen, ilişkilerini sürdürememeleridir. Böyle bir boşanma süreci yaşayan tarafların, boşanma sonrası çocuklar üzerinde velayet haklarını birlikte kullanmaları da mümkün olmayacaktır.

Kusura dayalı boşanmanın bu sakıncalarını gören pek çok ülkede, kusurun boşanma üzerindeki etkileri tamamen kaldırılmış veya istisnai hale getirilmiştir. Kanaatimizce Türk hukukunda da böyle bir değişime ihtiyaç vardır. Bu çerçevede boşanmanın mali sonuçları bakımından da önerimiz, Fransız hukukunda olduğu gibi maddi tazminatı çok istisnai hallerle sınırlandırmak; boşanma nedeniyle manevi tazminata ilişkin düzenlemeyi ise tamamen kaldırmaktır. Elbette tarafların genel hükümlere göre (boşanmadan bağımsız olarak) birbirlerinden maddi ve manevi tazminat istemeleri her zaman mümkündür. Ayrıca yoksulluk nafakasının tamamen ihtiyaç esaslı değerlendirilmesi; sadece hakkaniyete aykırılık teşkil edecekse tamamen kusurlu tarafa nafaka ödenmesinin reddedilebilmesi imkânı getirilmesi de boşanmanın sonuçları bakımından kusurun etkisini büyük ölçüde azaltacaktır. Bu değişiklikler, boşanan taraflar arasında düşmanlıkları azaltarak, çocukların daha huzurlu ve daha sağlıklı yetişmesine imkân verecektir.

KAYNAKÇA

- Altınok Ormancı, Pınar. “Türkiye’de Yoksulluk Nafakasına İlişkin Güncel Gelişmeler ve Nafakanın Süreye Bağlanması Meselesi – İsviçre Hukukuyla Karşılaştırmalı Bir İnceleme.” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, no. 162, (Eylül-Ekim 2022): 183-203.
- Apaydın, Eylem. “Ortak Hayata Son Verilmesi Sonrası Ortak Velayet Hususunda Yasal Düzenleme Gereği.” İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9, no. 1 (2018): 445-475.
- Bénabent, Alain. Droit de la famille. Paris: LGDJ, 2020.
- Birinci Uzun, Tuba. “Türk Medenî Kanunu’na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli.” Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 6, no. 1 (2016): 135-166.
- Bölükbaşı, Özge. Birlikte Velayet ve Birlikte Velayet Kararlarının Tenfizi. Ankara: Yetkin, 2021.
- Breitschmid, Peter. Art. 296 Code Civil, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3e édition, edited by Marc Amstutz, Peter Breitschmid, Andreas Furrer, Daniel Girsberger, Claire Huguenin, Alexandra Jungo, Markus Müller-Chen, Vito Roberto, Anton K. Schnyder, Hans Rudolf Trüb Zürich: Schulthess, 2016.
- Bruggeman, Maryline. “L'exercice en commun de l'autorité parentale après séparation en France.” Osaka University Law Review 58, (2011): 93-106 (<http://hdl.handle.net/11094/4656>)
- Burcuoğlu, Haluk. “Boşanmada Kusur ve Yoksulluk Nafakası ile İlgili Gözlemler.” İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 4, no. 2 (Aralık 2018): 1-12.
- Cottier, Michelle. “L'autorité parentale conjointe et la garde alternée en droit suisse.” In Les nouvelles formes de parentalité: Le temps du partage...et l'enfant? Actes du 7e Colloque printanier du Centre interfacultaire en droits de l'enfant (CIDE) de l'Université de Genève et de l'Institut international des droits de l'enfant (IDE), (Sion: Centre interfacultaire en droits de l'enfant, 2017): 31-41.
- Dalloz, Fiches d'Orientation, Prestation Compensatoire, Mars 2021.
- Dural, Mustafa Tufan Ögüz ve Alper Gümü, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku. İstanbul: Filiz, 2022.
- Egéa, Vincent. “Le divorce par consentement mutuel sans juge en droit français.” In Separarsi e divorziare senza giudice?, edited by Chiara Besso, Matteo Lupano, 61-77. Ledizioni, 2018.

- Erdem, Mehmet. Aile Hukuku. Ankara: Seçkin, 2018.
- Erlüle, Fulya. İsviçre Medeni Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velayet. Ankara: Yetkin, 2019.
- Favier, Yann, Olivier Matocq ve Julie Pierrot-Blondeau. "Chapitre 133 - Divorces autre que par consentement mutuel." In Dalloz Action Droit de la famille. Paris: Dalloz, 2019. (https://www.dalloz.fr/documentation/hulkStatic/DZ/BROCHES/DAFAMILLE/sharp_COMMUNS/pdf/action_-_famille_-_2019_-_101-t13-c133_-_chapitre_133.pdf)
- Fuhrmann, Geri S. W. ve Robert A. Zibbell, Evaluation for Child Custody. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Fulchiron, Hugues. "Custody and Separated Families: The example of French Law." Family Law Quarterly 39, no.2 (2005): 301-313.
- Gençcan, Ömer Uğur. Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku. Ankara: Yetkin, 2010.
- Glendon, Mary Ann. "The French Divorce Reform Law of 1976." The American Journal of Comparative Law 24, no.2 (Spring 1976): 199-228.
- Gülgösteren, Zeynep Ayza. "Boşanma Sonucunda Ortak (Birlikte) Velayet." Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2, no. 2 (2017): 157-180.
- Güneş, Zeynep Naz. "Almanya ve İsviçre Örnekleriyle Türk Hukukunda Birlikte Velayet." Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 150, (Eylül-Ekim 2020): 157-178.
- Hatemi, Hüseyin, Burcu Kalkan Oğuztürk. Aile Hukuku. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Hatemi, Hüseyin. Aile Hukuku. İstanbul: Oniki Levha, 2021.
- İnce, Nurten. "Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma İle Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velâyet." Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 9, no. 4 (2018): 189-229.
- Kılıçoğlu, Ahmet. Aile Hukuku. Ankara: Turhan, 2019.
- Koçhisarlıoğlu, Cengiz. Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması. Ankara: Turhan, 2004.
- Kurt, Leyla Müjde. "Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velayet." İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9, no. 2 (2018): 157-186.
- Miller, David J. "Joint Custody." Family Law Quarterly 13, no.3 (1979): 345-395.
- Oktay Özdemir, Saibe. "Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı." Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 35, no. 1, 29-46.

Ömer Uğur Gençcan. “Ortak Velâyet.” İzmir Barosu Bülten 8 Mart 2017 Özel Sayısı, no. 27 (2017): 24-30.

Öztan, Bilge. Aile Hukuku. Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.

Serozan, Rona. “Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler,” In Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan. Ankara: Turhan Kitabevi, 2008.