

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/376233186>

Fransız Hukukunda Mahkeme Dışı Anlaşmalı Boşanma

Article · December 2023

CITATION

1

READS

25

1 author:



Cem Özcan

Izmir Ekonomi Üniversitesi

5 PUBLICATIONS 3 CITATIONS

SEE PROFILE

- Araştırma Makalesi -

**FRANSIZ HUKUKUNDA MAHKEME DIŞI
ANLAŞMALI BOŞANMA***

(OUT-OF-COURT DIVORCE BY MUTUAL CONSENT IN FRENCH LAW)

Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Cem ÖZCAN^{†}**

ÖZ

Fransa’da anlaşmalı boşanma 18 Kasım 2016 tarihinde kabul edilen bir kanunla bütünüyle sözleşmesel bir yapı kazanmıştır; bu kanuna göre eşler, noterin incelemesinden geçen bir anlaşma ile boşanabilmektedirler. Başka bir deyişle eşler, anlaşmalı boşanabilmek için artık aile mahkemesine gitmek zorunda değildirler. Bu durum boşanma sürecini önemli ölçüde kolaylaştırarak mahkemelerin iş yükünü azaltmakta ama aynı zamanda birçok hukuki soruna yol açmaktadır. Anlaşmalı boşanmada hâkim denetiminin olmayışı eşler ve özellikle çocuklar için tehlikeli ve belirsiz bir durum yaratmaktadır. Çalışmanın konusunu bu hukuki sorunların incelenmesi oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Boşanma, Anlaşmalı Boşanma, Noter, Aile Mahkemesi, Aile Arabuluculuğu.

ABSTRACT

In France, divorce by mutual consent has gained a contractual aspect with the adoption of the law of 18 November 2016 according to which spouses can achieve their divorce through an agreement controlled by the notary. In other words, the spouses are no longer obliged to go through the family court to divorce by mutual consent. This situation

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 14.01.2019 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 15.01.2019 tarihinde birinci hakem; 16.01.2019 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ozcan.cem@ieu.edu.tr. (ORCID ID:orcid.org/0000-0001-6782-765X).

greatly facilitates the process of divorce and reduces the burden of the courts, but it also leads to several legal problems. The lack of control of a judge in a divorce by mutual consent certainly creates a dangerous and unclear situation for the legal interests of spouses and especially children. The subject of this study is the examination of these legal problems.

Keywords: *Divorce, Divorce by mutual consent, Notary, Family Court, Family Mediation.*

GİRİŞ

Fransız kanun koyucusu, 18 Kasım 2016 tarihinde kabul ettiği “adaletin çağdaşlaşması hakkında kanun” (loi relative à la modernisation de la justice) ile birlikte Fransız Medeni Kanunu’nda değişiklikler yapmış ve de eşlere hâkim önüne çıkmadan yalnızca aralarında avukatları yardımıyla yapacakları bir anlaşma ile boşanma imkânı getirmiştir. Aile mahkemelerinin iş yükünü azaltmak ve anlaşmalı boşanma yoluna gitmek isteyen eşlere kolaylık sağlamak gibi düşüncelerle gerçekleştirilen bu reform, Fransız kamuoyunda ve hukuk çevrelerinde ciddi eleştirilerin hedefi olmuştur. Aile mahkemesi hâkiminin denetimini tamamen ortadan kaldıran ve noterin onayını gerektiren bu sistemde eşler, hiçbir yargı organı denetimi olmadan anlaşmalı boşanma yapabilmektedirler.

Fransız Medeni Kanunu’nun 229-1 ve devamı maddelerinde düzenlenen ve 1 Ocak 2017 tarihinden beri yürürlükte olan mahkeme dışı anlaşmalı boşanma sisteminde normal şartlarda hâkimin sağladığı kimi güvenceler bir tarafa bırakılarak eşlerin avukatlarının daha etkin bir rol oynamalarına izin verilmektedir. Öte yandan boşanma sürecine noter de dâhil edilerek eşlerin yaptıkları anlaşmaya bir nevi resmîyet kazandırılması amaçlanmaktadır.

Mahkeme dışı anlaşmalı boşanmanın şartlarını ve bu sisteme getirilen eleştirileri incelemeye geçmeden önce konunun daha iyi anlaşılabilmesi için öncelikle Fransız Medeni Kanunu’nun kabul ettiği boşanma sebeplerini genel olarak değerlendirmek yerinde olacaktır.

I. FRANSIZ HUKUKUNDA BOŞANMA SEBEPLERİ

Fransız Medeni Kanunu boşanma sebeplerini 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümlerine nazaran daha farklı ele almaktadır.¹Buna göre; Fransız Medeni Kanunu son değişikliklerle birlikte boşanma sebeplerini anlaşmalı boşanma, kabul edilen boşanma (divorce accepté), evlilik bağının kesin olarak bozulması sebebiyle boşanma (divorce pour altération définitive du lien conjugal) ve kusur sebebiyle boşanma (divorce pour faute) olarak saymaktadır.

Fransız medeni hukukuna anlaşmalı boşanma, 1975 yılında kabul edilen bir kanunla girmiştir. 2004 yılında başka bir kanunla bu alanda köklü bir reform gerçekleştirilmiş ve özellikle anlaşmalı boşanmada eşlerin evliliklerinin üzerinden en az altı ay geçmesi gerektiğine yönelik süre şartı kaldırılmıştır.² 1 Ocak 2017 tarihinde yürürlüğe giren kanunla birlikte anlaşmalı boşanma konusunda Fransız Medeni Kanunu yeni bir reform olarak mahkeme dışı anlaşmalı boşanmaya yer vermiştir. Diğer taraftan mahkemede anlaşmalı boşanmaya ilişkin hükümler de kanundaki varlıklarını sürdürmektedirler (Fr. MK.m.230-232). Bununla birlikte anlaşmalı boşanma yolunu seçen eşlerin önünde bu iki sistem arasında bir seçim hakkı bulunduğunu da düşünmemek gerekir. Esasen anlaşmalı boşanmak isteyen eşler öncelikle mahkeme dışında anlaşmalı boşanma yoluna yönelmek durumundadırlar. Ancak eşlerin ileride belirteceğimiz mahkeme dışı anlaşmalı boşanmanın şartlarını sağlayamamaları durumunda mahkemede anlaşmalı boşanma yoluna gitmeleri mümkün olabilecektir.³

Çekişmeli boşanma açısından duruma bakıldığında, kabul edilen boşanmada (divorce accepté) eşler, boşanma konusunda anlaşmakla birlikte boşanmanın sonuçları konusunda bir anlaşmaya varamadıklarından bu hususları hâkimin karara bağlamasını aile mahkemesinden talep et-

¹ Bilindiği üzere TMK.m.161 zina, 162 hayata kast, pek kötü muamele, onur kırıcı davranış, 163 küçük düşürücü suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme, 164 terk, 165 akıl hastalığı ve 166 evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebeplerini boşanma sebebi olarak saymaktadır. TMK.m.166/3 hükmü ise anlaşmalı boşanma ile ilgilidir.

² COUZIGOU-SUHAS Nathalie, Réflexions pratiques sur le divorce sans juge, Defrénois 30 janv.2017, no:125m5, s.132. TMK m.166/f.3'e göre bizim hukukumuzda eşlerin anlaşmalı boşanma yoluyla evliliklerine son verebilmeleri için en az bir yıl evli kalmaları gerekmektedir.

³ DISSAUX Nicolas, Divorce: Conséquences, Répertoire de Droit Civil, 2017, s.7.

mektedirler. Fransız Medeni Kanunu'nun 233.maddesine göre eşler boşanmaya neden olguları dikkate almadan yalnızca evlilik birliğinin sona ermesi üzerinde anlaştıkları takdirde kabul edilen boşanma yoluyla boşanabilirler.⁴ Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre bu tür boşanmada eşler, mahkemeye boşanmayı kabul ettiklerini bildirdikten sonra bu beyanlarını geri alamazlar, istinaf aşamasında da aynı durum geçerlidir.⁵ Eşlerin bu beyanlarını geri alabilmelerinin mümkün olduğu tek durum irade beyanlarında sakatlık bulunan durumlardır.⁶ Fransız Medeni Kanunu m. 234 hükmüne göre aile mahkemesi hâkimi eşlerin boşanma konusundaki iradelerini serbestçe açıkladıklarına ikna olduktan sonra boşanmayı ve bunun sonuçlarını karara bağlar.⁷

Bir başka çekişmeli boşanma sebebi olarak Fransız Medeni Kanunu m.237 ve m.238, evlilik bağının kesin olarak bozulmasını göstermektedir. Bu boşanma sebebinde eşlerin en az iki yıldan beri ayrı yaşıyor olmaları durumu evlilik bağının kesin olarak bozulduğuna dair bir karine olarak görülmektedir.

Fransız Medeni Kanunu m.242 ila 246 hükümleri ise kusura dayalı boşanmaya ilişkindir. Buna göre eşlerden birinin evlilik birliğinin kendisine yüklediği yükümlülüklerle ağır ya da sürekli şekilde aykırı davranması ve bu durumun diğer eş için evlilik birliğinin devamını çekilmez hale getirmesi durumunda kusura dayanan boşanma davası açılabilir. Fransız Medeni Kanunu kusur türlerini saymayarak bunu genel bir çekişmeli boşanma sebebi olarak düzenlemiştir.

II. FRANSIZ HUKUKUNDA MAHKEME DIŞI ANLAŞMALI BOŞANMANIN ŞARTLARI

Mahkeme dışı anlaşmalı boşanma usulünü ilgilendiren kurallar esasen Fransız Medeni Kanunu'nun 229-1 ila 229-4 maddeleri arasında yer almaktadır. Genel olarak emredici hukuk kuralları ile düzenlenen bu

⁴ Le divorce peut être demandé par l'un ou l'autre des époux ou par les deux lorsqu'ils acceptent le principe de la rupture du mariage sans considération des faits à l'origine de celle-ci.

⁵ Cette acceptation n'est pas susceptible de rétractation, même par la voie d'appel.

⁶ DISSAUX, s.23.

⁷ S'il a acquis la conviction que chacun des époux a donné librement son accord, le juge prononce le divorce et statue sur ses conséquences.

boşanma türünde eşler dışında varsa ayırt etme gücüne sahip çocukların da sürece katılmaları söz konusu olmaktadır.⁸

Fransız Medeni Kanunu m.229-1 hükmüne göre eşlerin, boşanma ve sonuçları konusunda anlaşmaları halinde avukatları eşliğinde yazılı şekilde bir boşanma anlaşması hazırlamaları gerekmektedir. Kanunun 229-4.maddesine göre her iki avukat da temsil ettikleri eşlere hazırlanan boşanma anlaşmasını iadeli taahhütlü posta yoluyla gönderir. Eşlerin postanın kendilerine ulaşmasından sonra on beş günlük bir düşünme süresi vardır. Eşler bu süre dolmadan boşanma anlaşmasını imzalayamazlar aksi takdirde anlaşma geçersiz olur. Ayrıca boşanma anlaşmasının eşler dışında avukatları tarafından da imzalanması zorunludur.⁹

Boşanma anlaşması eşler ve avukatları tarafından imzalandıktan sonra notere teslim edilir.¹⁰ Fransız Medeni Kanunu m.229-1'e göre noter kendisine sunulan boşanma anlaşmasını yalnızca madde 229-3'te belirtilen şekle ilişkin kurallara ve on beş günlük düşünme süresine uyulup uyulmadığı yönünden denetler. Başka bir deyişle noterin yapılan anlaşmanın içeriğine ilişkin başka bir denetimde bulunması mümkün değildir ve aile mahkemesi hâkiminin görevini yerine getirerek tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde bulundurmak suretiyle anlaşmada değişiklik yapılmasını isteme yetkisi yoktur.¹¹ Noterin bu boşanma usulünde yerine getirdiği bir başka işlev de boşanma tarihinin tespit edilmesi noktasındadır. Fransız Medeni Kanunu m.229-1'e göre eşler boşanma anlaşmasının notere kaydını yaptırdıkları anda boşanmış sayı-

⁸ THOURET Sylvain, AVENA-ROBARDET Valérie, Divorce par consentement mutuel conventionnel, *Actualité Juridique Famille*, 2017, s.125, FENOUILLET Dominique, Le divorce sans juge, *Recueil Dalloz*, s.1424, BURATTI Philippe, Réflexion sur l'arrêt du 28 décembre 2016 fixant le modèle de l'information délivrée aux enfants mineurs capables de discernement dans le cadre du nouveau divorce par consentement mutuel, *Actualité Juridique Famille*, s.30, DISSAUX, s.9.

⁹ CASEY Jérôme, Le nouveau divorce par consentement mutuel, une réforme en clair-obscur, *Actualité Juridique Famille*, 2017, s.16, COUZIGOU-SUHAS, s.133.

¹⁰ Boşanma anlaşmasının imzalandıktan sonra yedi gün içinde notere teslim edilmesi gerekmektedir, DISSAUX, s.9.

¹¹ JUSTON Marc, Le divorce par consentement mutuel sans juge:une opération sans chirurgien-Le point de vue du magistrat, *Droit de la Famille* no:7-8, Juillet 2016, dossier 25, s.2, COUZIGOU-SUHAS, s.135.

lırlar ve anlaşma icrai etki kazanır.¹² Eşlerin notere bizzat gitmeleri de gerekmemektedir, işlemi avukatları aracılığıyla yapabilirler.¹³

Yargı denetimini tamamen boşanma sürecinin dışında bırakan bu sistemde eşlerin ve çocukların haklarının korunması görevi büyük ölçüde avukatların sorumluluğuna bırakılmış durumdadır. Mahkeme dışı anlaşmalı boşanmada tarafların avukat tutmaları zorunludur. Eşlerin menfaatleri gereği kendilerini aynı avukatın temsil etmesi söz konusu olamayacaktır ve bu nedenle eşler iki farklı avukat tutmak zorundadırlar.¹⁴

Mahkeme dışı anlaşmalı boşanma konusunda önem arz eden konulardan biri eşlerin ehliyetine ilişkin hususlardır. Fransız Medeni Kanunu m.229-2'ye göre eşler ancak tam ehliyetli olmaları durumunda bu yolla boşanabilirler. Kısıtlılık ya da fiil ehliyetini sınırlayan diğer hallerin varlığı durumunda mahkeme dışı anlaşmalı boşanma yapılamayacaktır.¹⁵

Boşanmayı yargı sürecinin dışına taşıyan bu yöntemde eşlerin yerine getirmeleri gereken bir koşul da çocuklarla ilgilidir. Fransız Medeni Kanunu m.229-2 hükmüne göre eşler, varsa çocuklarını hâkim tarafından dinlenmeye hakları olduğu konusunda bilgilendirmek zorundadırlar. Çocuklar aile mahkemesi hâkimi tarafından dinlenmemeyi kabul ettikleri takdirde eşler bu yolla boşanabilirler. Başka bir deyişle eşler, mahkeme dışı anlaşmalı boşanma usulüne göre boşanmak istiyorlarsa çocuklarının aile mahkemesi hâkimi tarafından dinlenme haklarından feragat etmeleri gerekmektedir. Çocukların böyle bir konuda karar verebilmeleri için hiç kuşkusuz ayırt etme gücüne sahip olmaları gerekmektedir. Eğer çocuklar anne ve babalarının boşanmaları konusunda mahkemeye çıkmak isterlerse eşler ancak mahkemede anlaşmalı boşanma yoluyla boşanabilirler.¹⁶

Fransız Medeni Kanunu m.229-3 boşanma anlaşmasının geçerliliğini nitelikli bir yazılı şekil şartına tabi tutmaktadır. Buna göre anlaşmada eşlerin adları, meslekleri, yerleşim yerleri, vatandaşlıkları ve evlilik

¹² DISSAUX, s.11

¹³ COUZIGOU-SUHAS, s.137, DISSAUX, s.10.

¹⁴ LIENHARD Claude, Nouveaux enjeux et nouvelle philosophie du role de l'avocat dans le divorce par consentement mutuel conventionnel, Actualité Juridique Famille, 2017, s.40.

¹⁵ DISSAUX, s.9, THOURET, AVENA-ROBARDET, s.125.

¹⁶ THOURET, AVENA-ROBARDET, s.125, DISSAUX, s.9.

tarihi mutlaka yer almalıdır. Çocukların kimlik bilgilerine de yer verilmesi gerekmektedir. Ayrıca boşanma anlaşmasını imzalayan avukatların adları, adresleri ve kayıtlı oldukları baronun da belirtilmesi zorunludur. Mahkeme dışı boşanma anlaşmasında, eşlerin boşanma konusunda anlaştıklarına dair ibarenin yanı sıra boşanmanın tüm sonuçlarına ilişkin varılan uzlaşmanın da yazılması gerekmektedir. Bunun dışında mal rejiminin tasfiyesini ilgilendiren hususların da anlaşmada yazılması mecburidir. Son olarak çocukların aile mahkemesine çıkma hakları olduğu konusunda bilgilendirildiklerine ve bunu istemediklerine dair ibarenin anlaşmada bulunması da zorunludur. Bu zorunlu unsurların boşanma anlaşmasında bulunmaması halinde anlaşma hükümsüzdür.¹⁷

III. FRANSA'DA MAHKEME DIŞI ANLAŞMALI BOŞANMA SİSTEMİNE GETİRİLEN ELEŞTİRİLER VE HUKUKEN TARTIŞMALI KONULAR

Fransa'da yeni düzenlemenin yürürlüğe girmesi ile birlikte bu alanda karşılaşılabilecek hukuki sorunlar da gündemi meşgul etmeye başlamıştır. Mahkeme dışı anlaşmalı boşanma konusunda en ciddi eleştiriler öncelikle boşanma konusunun yargı dışına taşınmış olmasında kendini göstermektedir. Gerçekten boşanma gibi kamu düzenini de yakından ilgilendiren bir konuda tarafsız bir hâkimin denetimi olmadan boşanma imkânının eşlere sunulması hem tarafların menfaatlerinin korunması hem de boşanma anlaşmasının olası bir geçersizliği sonrasında yaşanabilecek hukuki sorunlar yönünden ciddi endişelerin doğmasına neden olmuştur. Mahkeme dışı anlaşmalı boşanma usulünde hukuki sorunların doğmasına engel olma noktasında sorumluluğun büyük ölçüde avukatlara bırakıldığı görülmektedir. Normal koşullar altında görevleri temsil ettikleri şahsın menfaatlerini savunmak olan avukatlara böyle bir sorumluluğun verilmesi bu mesleğe olan güvenin bir göstergesi olarak görülebilirse de boşanma konusunda mahkeme sürecinin bütünüyle devre dışı kalması ve boşanmanın sözleşme ilişkisi haline dönüşmesi oldukça yadırgatıcı bir durum yaratmıştır.¹⁸ Ayrıca eşlerin bu boşanma usu-

¹⁷ CASEY, s.18.

¹⁸ MEKKI Mustapha, Le divorce par consentement mutuel conventionnel à la lumière du droit commun des contrats. Et si c'était vrai..., Gazette du Palais, 21 mars 2017, no:290jO, s.16, GOUZEL Antoine, Divorce-Réflexions sur "la liberté de metre fin aux liens du mariage", Droit de la famille no:11, Novembre 2017, Etude 19, s.3,

lünde iki ayrı avukat tutma yükümlülüğünün olması ve noter masraflarına katlanmalarının gerekmesi hiç şüphesiz boşanma giderlerinde de artışa neden olacaktır.¹⁹

Diğer yandan Fransa’da noterin mahkeme dışı anlaşmalı boşanmada oynadığı rol tamamen şekli bir kontrolden ibaret olarak karşımıza çıkmaktadır. Noterin tarafların hazırladıkları boşanma anlaşmasını esaslan inceleyip geri çevirme ya da düzeltilmesini isteme yetkisi bulunmamaktadır. Zaten görevi yargılama yapmak olmayan noterin aile mahkemesi yerine geçerek bir denetim gerçekleştirmesi de beklenemezdi.²⁰ Bununla birlikte uygulamada noterin boşanma anlaşmasında gördüğü eksiklik ya da hataları avukatlara bildirerek bunların giderilmesini istemesi gerektiği görüşü savunulmaktadır.²¹

Mahkeme dışı anlaşmalı boşanma konusunda en önemli sorunlardan birini de çocukların durumu teşkil etmektedir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere bu yolla boşanmak isteyen eşlerin sağlamaları gereken koşullardan biri ayırt etme gücüne sahip çocukların hâkim önüne çıkma haklarından feragat etmeyi kabul etmeleridir. Fransız Medeni Kanunu hükümlerine göre çocuklardan bunu isteme görevi anne ve babaya düşmektedir. Ergin olmayan çocukların bu konuda sürece dâhil edilmeleri onlar üzerinde ebeveynlerinin uygulayabilecekleri baskılar düşünüldüğünde kaygı verici bir durum olarak ortaya çıkmaktadır. Boşanma sürecinden genelde kötü etkilenen küçük çocuklara bu konuda böyle bir görevin yüklenmemesi gerektiği gibi bir düşünce haklı olarak ileri sürülmektedir.²² Çocuklarının böyle bir konuda ayırt etme gücüne sahip olup olmadıklarına karar verme yetkisi de yine anne ve babadadır. Ayırt etme gücünün göreceli bir kavram olduğu düşünüldüğünde uygulamada bazı hukuki sorunların doğması kaçınılmaz olacaktır. Eşlerin avukatlarının da kendilerini bu gibi konularda uyarmakla yükümlü oldukları görüşü belirtilmektedir.²³

CHENEDE François, Divorce et contrat. A la croisée des réformes, Actualité Juridique Famille, 2017, s.26, COUZIGOU-SUHAS, s.133, FENOUILLET, s.1424.

¹⁹ Maddi durumu yeterli olmayan eşler için adli yardımdan yararlanma imkânı bulunmaktadır, THOURET, AVENA-ROBARDET, s.128.

²⁰ CASEY, s.21, DISSAUX, s.10.

²¹ MEKKI, s.20.

²² BURATTI, s.30.

²³ MEKKI, s.20.

Fransız hukukunda mahkeme dışı anlaşmalı boşanma halinde eşlerin yaptıkları anlaşmanın hukuki niteliğini belirleme de ayrı bir sorun oluşturmaktadır. Doktrinde ağırlıklı olarak bu anlaşmanın bir sözleşme olduğu görüşü hâkimdir.²⁴ Kendine özgü yapısı olan (sui generis) bir sözleşme olarak görülen boşanma anlaşması mahkemede anlaşmalı boşanmadan farklı olarak hâkim onayına sunulmamaktadır.²⁵ Tüm sözleşmeler gibi karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulan boşanma anlaşmasında kanun koyucu sıkı şekil şartları öngörmüş ve taraflar için bir düşünme süresi belirlemiştir. Kanun koyucunun belirlediği sıkı şekil şartları ve getirilen diğer sınırlamalar sözleşme özgürlüğünü kısıtlamakla birlikte boşanma anlaşmasının sözleşme vasfını yitirmesine yol açmamaktadır.²⁶

Mahkeme dışı anlaşmalı boşanma durumunda eşlerin avukatlarının da dâhil olduğu bir sözleşme öncesi görüşme dönemi yaşanması kaçınılmazdır. Bu sözleşme görüşmelerinde tarafların birbirlerine karşı dürüst davranma yükümlülüğü bulunduğu kabul edilmektedir.²⁷ Buna göre taraflar birbirlerine özellikle malvarlıklarının durumu, gelirleri ve borçları ile ilgili bilgileri doğru ve eksiksiz olarak vermelidirler. Bu sözleşme öncesi yükümlülüğe uygun davranmayarak diğer eşi zarara uğratan tarafın tazminat sorumluluğu söz konusu olacaktır.²⁸ Aynı koşullar altında irade açıklamasının sıhhatini etkileyen bir durum meydana gelirse bu ilerde sözleşmenin geçersizliğine neden olabilecektir.²⁹

Eşlerin hazırlayıp notere sundukları boşanma anlaşmasının herhangi bir hâkim onayı olmadan hüküm doğurmaya başlaması, söz konusu anlaşmanın daha sonradan geçersiz olması durumunda çeşitli hukuki sorunları gündeme getirecektir. Bu hukuki sorunların bir kısmı aile hukukunun gereklilikleri ile ilgili iken bazıları da sözleşme hukuku ile ilgili olabilir. Buna göre; boşanma anlaşmasının her şeyden önce kamu düzenine ve emredici hukuk kurallarına uygun olması gerekir. Örneğin eşlerden birinin çocuk için iştirak nafakası ödemeyeceği ile ilgili bir hüküm

²⁴ COUZIGOU-SUHAS, s.132, CASEY, s.15, MEKKI, s.16.

²⁵ MEKKI, s.17.

²⁶ MEKKI, s.17.

²⁷ BUTRUILLE-CARDEW Charlotte, Les atouts du processus collaboratif dans le nouveau divorce par consentement mutuel, *Actualité Juridique Famille*, s.152.

²⁸ MEKKI, s.18-19.

²⁹ DISSAUX, s.9, MEKKI, s.23.

anlaşmada yer alırsa bu kesin hükümsüz olacaktır. Aynı şekilde nafakanın ödenmemesi durumu için kararlaştırılan bir sorumsuzluk anlaşmasının da kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi nedeniyle geçersiz sayılması gerekir.³⁰ Tüm hukuki işlemlerde olduğu gibi boşanma anlaşmasında taraf iradelerinin sıhhatli olması gerekir. Eşlerin irade beyanlarının özellikle yanılma, aldatma, korkutma nedenlerinden biri ile sakat olması halinde bu durum da boşanma anlaşmasının geçersizliği sonucunu doğuracaktır. Aynı şekilde boşanma anlaşmasında aşırı yararlanma (gabin) bulunması halinde de geçersizliğin ileri sürülebileceği belirtilmektedir.³¹

Boşanma anlaşmasında, hükümsüzlüğe yol açabilecek kimi hukuki sorunların bulunması, bunların sözleşmenin tamamının geçersizliğine neden olup olmayacağı meselesini akla getirmektedir. Bu noktada genel olarak kısmi hükümsüzlüğün öncelikli olarak düşünülmesi fikri benimsenmektedir. Özellikle, geçersiz olan boşanma anlaşması hükmünün boşanmanın maddi sonuçları ya da mal rejimleri ile ilgili konuları ilgilendirmesi halinde hükümsüzlüğün kısmi olacağı ve eşlerin boşanma konusundaki anlaşmalarının bu durumdan etkilenmeyeceği başka bir ifadeyle hükümsüzlüğün sözleşmenin tamamına sirayet etmeyeceği söylenmektedir.³² Diğer yandan taraflardan birinin sözleşme yapma ehliyetinin olmaması elbette ki tüm anlaşmayı geçersiz kılacaktır. Eşlerden birinin kusurlu boşanma sebeplerinden birinin varlığını gizleyerek yani diğer tarafı aldatarak sözleşme yapmaya ikna ettiği durumlarda da irade fesadı nedeniyle yine anlaşmanın tamamının geçersiz olması gerektiği ileri sürülmektedir.³³

Boşanmanın gerçekleşmesinin ardından boşanma anlaşmasında bir geçersizliğin ortaya çıkması durumunda karşılaşılabilecek hukuki sorunların çokluğu ve çeşitliliği dışında mahkeme dışı anlaşmalı boşanma usulünün Fransız Anayasasına uygun olup olmadığı meselesi de gündeme gelmiştir.

³⁰ MEKKI, s.23.

³¹ MEKKI, s.23.

³² MEKKI, s.24

³³ MEKKI, s.24.

IV. YENİ DÜZENLEMENİN FRANSIZ ANAYASASINA UYGUNLUĞU SORUNU

Fransız Medeni Kanunu ile anlaşmalı boşanma konusuna getirilen değişiklikler bir grup milletvekili ve senatörün başvurusu üzerine Fransız Anayasa Konseyi'nin (Conseil constitutionnel) incelemesine sunulmuştur. Anayasallık denetimi yapmakla yükümlü olan Yüksek Mahkeme kararında öncelikle, kendisine bu yönde herhangi bir iddia yöneltilmemiş olmasına rağmen, evlilik bağına son vermenin kişilik haklarının bir parçasını oluşturduğunu ve boşanmanın temel hak ve hürriyetler arasında gösterilen evlenme hakkından ileri geldiğini belirtmiştir. Bununla birlikte boşanma konusunda Fransız Anayasa Mahkemesi'nin bu değerlendirmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 1986 yılında verdiği bir kararla³⁴ ters düşmesi yönünden eleştirilmektedir. Söz konusu kararda AİHM, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8.maddesinde belirtilen özel ve aile hayatına saygı hakkı ile 12.maddesinde kendine yer bulan evlenme hakkının yorumundan boşanmaya ilişkin bir hakkın varlığı sonucunun çıkarılamayacağı sonucuna varmıştır.³⁵

Fransız Anayasa Konseyi nezdinde Anayasaya aykırılık iddiasında bulunan milletvekili ve senatörlerin iddiaları daha ziyade eşitlik ilkesine aykırılık üzerinde toplanıyordu. Buna göre öncelikle eşlerin mahkeme dışı anlaşmalı boşanma usulüne gidebilmeleri için iki ayrı avukat tutmaları zorunluluğu bulunması çiftlerin maddi durumları arasında bir eşitsizliğe yol açıyordu. Bunun dışında bir başka eşitsizlik de çocuklar yönünden ortaya çıkmaktaydı. Ayırt etme gücüne sahip çocuklar, anne ve babalarının anlaşmalı boşanma yoluyla evliliklerine son vermeleri konusunda söz sahibi iken ayırt etme gücü bulunmayan, özellikle çok küçük yaştaki çocukların böyle bir imkânının olmaması onların haklarının zedelenmesine yol açıyor ve yine eşitlik ilkesine aykırı bir durum yaratıyordu.³⁶

Anayasaya aykırılık iddialarını kabul etmeyen Fransız Anayasa Konseyi her iki eşitsizlik iddiasını da geri çevirdi. Yüksek Mahkeme, eşlerin iki ayrı avukat tutmalarının ve bunun sonucu olarak boşanmaya ilişkin masrafların artmasının eşitlik ilkesine aykırı olmadığı sonucuna

³⁴ Johnston ve diğerleri/İrlanda, no:9697/82, karar 18 Aralık 1986.

³⁵ GOUZEL, s.2.

³⁶ Fransa Anayasa Konseyi kararı no:2046-739, paragraf 37.

vardı. Anayasa Konseyi, kanunda belirtilen bu şartın söz konusu boşanma usulüne başvurmak isteyen herkese yönelik bir uygulama olduğunu ve maddi durumu yetersiz olan kişilerin adli yardımdan yararlanmalarının da sağlandığını belirterek bu iddiayı reddetti.³⁷ Aynı şekilde Fransız Anayasa Konseyi çocuklar ile ilgili eşitsizlik iddiasını da kabul etmedi. Velayetin, çocukların anne ve babalarına tanınan hak ve yükümlülükler bütünü olduğunun altını çizen Anayasa Konseyi, ayırt etme gücüne sahip olsun ya da olmasın tüm çocukların velayetin getirdiği korumadan eşit bir şekilde yararlandıklarını hatırlattı. Fransız Anayasa Konseyi'ne göre çocuklarda ayırt etme gücünün bulunmasının bir şart olarak aranmasının amacı kendini ifade edebilecek durumda olan çocukların dilerse anne ve babalarının boşanma kararı hakkında söz söylemelerine imkân verilmemesinden ibaretti.³⁸

SONUÇ

Fransız medeni hukukuna yeni giren mahkeme dışı anlaşmalı boşanma, eşlere, zaman kaybetmeden ve yargı süreci içine girmeden, kolayca evliliklerine son verme imkânını sunmaktadır. Aile mahkemelerinin iş yükünü azaltma gerekçesiyle de gerçekleştirilen bu reform hâkim tarafından kişilere sunulan güvenceleri ortadan kaldırması nedeniyle ciddi şekilde eleştirilmektedir. Eşler arasında kurulan boşanma anlaşmasının hâkim onayı olmadan yürürlük kazanması ilk bakışta boşanmayı kolaylaştırır bir olgu olarak görülebilir de bu durumun daha sonradan yaratabileceği hukuki sorunlar bir hayli fazladır.

Anlaşmalı boşanmanın yargı kararı olmaktan çıkarılması ve bir sözleşme ilişkisi haline dönüştürülmesi evlilik kurumuna olan bakışın değişmesinin bir uzantısı olarak da görülebilir. “Boşanmanın liberalleşmesi”³⁹ olarak da değerlendirilen bu reform aslında eşlerin evlilik birliğini kolaylıkla sonlandırmalarına izin vermenin yanı sıra aynı zamanda evliliğin kurumsal yapısına olan inancın azalması olarak da değerlendirilebilir.⁴⁰ Diğer yandan mahkeme dışı anlaşmalı boşanmanın Fransa’da kanun koyucu tarafından eşlere bir imkân olarak sunulmasının, aile hu-

³⁷ Fransa Anayasa Konseyi kararı no:2046-739, paragraf 40.

³⁸ Fransa Anayasa Konseyi kararı no:2046-739, paragraf 43.

³⁹ GOUZEL, s.2.

⁴⁰ JUSTON, s.1, GOUZEL, s.3

kuku alanında bu ülkede yıllardır uygulanan “aile arabuluculuğu”⁴¹ kurumunun da önemini artırdığı kabul edilmektedir.⁴²

KAYNAKÇA

BURATTI Philippe, Réflexion sur l’arrêté du 28 décembre 2016 fixant le modèle de l’information délivrée aux enfants mineurs capables de discernement dans le cadre du nouveau divorce par consentement mutuel, *Actualité Juridique Famille*, s.30-31.

BUTRUILLE-CARDEW Charlotte, Les atouts du processus collaboratif dans le nouveau divorce par consentement mutuel, *Actualité Juridique Famille*, s.152-154.

CASEY Jérôme, Le nouveau divorce par consentement mutuel, une réforme en clair-obscur, *Actualité Juridique Famille*, 2017, s.14-28.

CEYLAN Ebru, Türk Hukuku’nda Boşanmanın Sonuçlarında Arabuluculuk, *Legal Hukuk Dergisi*, 2018, sayı:190, s.4561-4588.

CHENEDE François, Divorce et contrat. A la croisée des réformes, *Actualité Juridique Famille*, 2017, s.26-28.

COUZIGOU-SUHAS Nathalie, Réflexions pratiques sur le divorce sans juge, *Defrénois* 30 janv.2017, no:125m5, s.131-140.

DE CAYEUX Anne Marion, Médiation familiale et divorce par consentement mutuel, *Actualité Juridique Famille*, 2018 s.158.

DISSAUX Nicolas, Divorce: Conséquences, *Répertoire de Droit Civil*, 2017.

FENOUILLET Dominique, Le divorce sans juge, *Recueil Dalloz*, s.1424.

GOUEZEL Antoine, Divorce-Réflexions sur “la liberté de metre fin aux liens du mariage”, *Droit de la famille* no:11, Novembre 2017, *Etude* 19, s.1-11.

⁴¹ ÖZCAN Cem, Fransız Hukukunda Aile Arabuluculuğu, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2017, no:9, s.383-396, Türk hukukunda boşanmanın hukuki sonuçlarında arabuluculuk için bkz. CEYLAN Ebru, Türk Hukuku’nda Boşanmanın Sonuçlarında Arabuluculuk, *Legal Hukuk Dergisi*, 2018, sayı:190, s.4561-4588.

⁴² DE CAYEUX Anne Marion, Médiation familiale et divorce par consentement mutuel, *Actualité Juridique Famille*, 2018 s.158.

JUSTON Marc, Le divorce par consentement mutuel sans juge: une opération sans chirurgien-Le point de vue du magistrat, *Droit de la Famille* no:7-8, Juillet 2016, dossier 25, s.1-5.

LIENHARD Claude, Nouveaux enjeux et nouvelle philosophie du rôle de l'avocat dans le divorce par consentement mutuel conventionnel, *Actualité Juridique Famille*, 2017, s.40-41.

MEKKI Mustapha, Le divorce par consentement mutuel conventionnel à la lumière du droit commun des contrats. Et si c'était vrai..., *Gazette du Palais*, 21 mars 2017, no:290jO, s.16-29.

ÖZCAN Cem, Fransız Hukukunda Aile Arabuluculuğu, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2017, no:9, s.383-396.

THOURET Sylvain, AVENA-ROBARDET Valérie, Divorce par consentement mutuel conventionnel, *Actualité Juridique Famille*, 2017, s.125-129.