

**T.C.
İSTANBUL GEDİK ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ**



BOŞANMA DAVALARINDA YARGILAMA VE GEÇİCİ ÖNLEMLER

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Aliye Gamze CEYLAN

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı

KASIM 2022

**T.C.
İSTANBUL GEDİK ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ**



BOŞANMA DAVALARINDA YARGILAMA VE GEÇİCİ ÖNLEMLER

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**Aliye Gamze CEYLAN
(201232002)**

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Selma ÇETİNER

KASIM 2022



T.C.
İSTANBUL GEDİK ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ

Yüksek Lisans Tez Onay Belgesi

Enstitümüz, Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı (201232002) numaralı öğrencisi Aliye Gamze CEYLAN'ın “Boşanma Davalarında Yargılama ve Geçici Önlemler” adlı tez çalışması Enstitümüz Yönetim Kurulunun kararıyla 30/11/2022 tarihinde oluşturulan jüri tarafından *Oy Birliği* ile Yüksek Lisans tezi olarak *Kabul* edilmiştir.

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

Tez Savunma Tarihi: 30/11/2022

- 1) Tez Danışmanı:** Prof. Dr. Selma ÇETİNER
- 2) Jüri Üyesi:** Prof. Dr. Ahmet BAŞÖZEN
- 3) Jüri Üyesi:** Dr. Öğr. Üyesi Cemile TURGUT

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans tezi olarak sunduğum “Boşanma Davalarında Yargılama ve Geçici Önlemler” adlı çalışmanın, tezin proje safhasından sonuçlanmasına kadar ki bütün süreçlerde bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurulmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin Bibliyografya’da gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve onurumla beyan ederim (30/11/2022).

Aliye Gamze CEYLAN



ÖNSÖZ

Tezin hazırlanmasında yol gösterici olan tez danışmanım ve kıymetli hocam Prof. Dr. Selma ÇETİNER'e emeği ve destekleri için sonsuz teşekkür ederim. Değerli görüşleri ile katkılarından dolayı değerli hocalarım Prof. Dr. Ahmet BAŞÖZEN ve Dr. Öğr. Üyesi Cemile TURGUT'a da ayrıca teşekkürlerimi sunarım.

Bu süreçte desteklerini ve emeğini her zaman hissettiğim eşim Doç. Dr. Zafer CEYLAN'a, bana güç veren biricik kızım Naz CEYLAN'a, her zaman yanımda ve bana destek olan annem Necla ARICAN, anneannem Sariye ARICAN, ablam Funda AKSOY'a ve babam Yaşar AKSOY'a sonsuz minnetlerimi sunuyorum.

Kasım 2022

Aliye Gamze CEYLAN
(Avukat)

İÇİNDEKİLER

Sayfa

ÖNSÖZ.....	iv
İÇİNDEKİLER.....	v
KISALTMALAR.....	viii
ÖZET.....	ix
ABSTRACT.....	xi
1. BOŞANMA DAVALARI VE BOŞANMA SEBEPLERİ.....	1
1.1 Boşanma Kavramı ve Boşanma Davasının Konusu.....	1
1.2 Boşanma Davasının Hukuki Niteliği ve Davalar Arasındaki Yeri.....	2
1.3 Boşanma Sebepleri.....	4
1.3.1 Özel boşanma sebepleri.....	5
1.3.1.1 Zina.....	6
1.3.1.2 Hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış.....	8
1.3.1.3 Küçük düşürücü suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme.....	10
1.3.1.4 Terk.....	11
1.3.1.5 Akıl hastalığı.....	12
1.3.2 Genel boşanma sebepleri.....	13
1.3.2.1 Evlilik birliğinin temelinden sarsılması.....	13
1.3.2.2 Ortak hayatın yeniden kurulamaması ya da fiili ayrılık.....	14
1.3.2.3 Anlaşmalı boşanma davası.....	15
2. HUKUK MUHAKEMLERİ KANUNU YARGILAMA İLKELERİNİN	
BOŞANMA DAVALARI YARGILAMA İLKELERİ İLE	
KARŞILAŞTIRILMASI.....	17
2.1 Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki Yargılamaya Hakim Olan İlkeler.....	17
2.1.1 Boşanma davasında tasarruf ilkesi.....	17
2.1.2 Boşanma davasında vakıaların ve delillerin taraflarca getirilmesi ilkesi...20	
2.1.3 Boşanma davasında taleple bağlılık ilkesi.....	22
2.1.4 Boşanma davasında aleniyet ilkesi.....	23
2.1.5 Hukuki dinlenilme hakkı.....	24
2.1.6 Boşanma davasında hâkimin davayı aydınlatma ödevi.....	26
2.1.7 Boşanma davasında dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü.27	
2.1.8 Boşanma davasında usul ekonomisi ilkesi.....	28
2.1.9 Boşanma davasında yargılamayı hâkimin sevk ve idare etmesi ilkesi.....	28
2.1.10 Boşanma davasında hukukun uygulanması ilkesi.....	29
2.2 Boşanma Davalarına İlişkin Özel Yargılama Kuralları.....	30
2.2.1 Hâkimin vicdanen kanaat getirmiş olması.....	30
2.2.2 Hâkimin boşanma davalarında gerek re'sen gerek talep üzerine yemin öneremeyecek olması.....	32
2.2.3 Tarafların ikrarının hâkimi bağlamayacağı.....	33
2.2.4 Delillerin serbestçe değerlendirilmesi.....	34

2.2.5 Boşanmanın fer'i sonuçlarına ilişkin anlaşmaların ancak hâkimin onaylamasından sonra geçerli olacağı	35
2.2.6 Taraflardan birisinin istemi üzerine boşanma davasına ilişkin duruşmaların gizli yapılabileceği.....	36
2.3 Boşanma Davalarında Aile Arabuluculuğu	37
2.3.1 Genel olarak arabuluculuk.....	37
2.3.2 Aile arabuluculuğu	39
2.3.3 Boşanma davalarında arabuluculuk	41
3. BOŞANMA DAVALARINDA YARGILAMA USULÜ	44
3.1 Boşanma Davasında Yargılama Usulü	44
3.2 Anlaşmalı Boşanma Davasında Yargılama Usulü	46
3.3 Boşanma Davasında Görev ve Yetki.....	48
3.3.1 Boşanma davasında görevli mahkeme	48
3.3.2 Boşanma davasında yetkili mahkeme	49
3.4 Boşanma Davasının Tarafları.....	51
3.4.1 Boşanma davasında taraf ehliyeti	51
3.4.2 Boşanma davasında taraf ehliyetinin sona ermesi ve mirasçılarının davaya devam etmesi	54
3.4.3 Boşanma davasında dava ehliyeti	56
3.5 Boşanma Davasında Dava Şartları ve İlk İtirazlar	58
3.5.1 Boşanma davasında dava şartları	58
3.5.2 Boşanma davasında ilk itirazlar	63
3.6 Boşanma Davasının Açılması	63
3.6.1 Davanın açılmasının sonuçları.....	63
3.6.1.1 Boşanma davasının açılmasının maddi hukuk açısından sonuçları.....	64
3.6.1.2 Boşanma davasının açılmasının usul hukuku açısından sonuçları	64
3.7 Boşanma Davasında Davaya Cevap Verilmesinin ve Cevap Verilmemesinin Sonuçları	66
3.7.1 Davaya cevap verilmesinin sonuçları.....	66
3.7.2 Davaya cevap verilmemesinin sonuçları.....	67
3.8 Boşanma Davasında Karşı Dava	68
3.9 İddia ve Savunmanın Genişletilmesi ve Değiştirilmesi Yasağı	69
3.10 İslah.....	70
3.11 Ön İnceleme	72
3.12 Boşanma Davasında İspat ve Deliller	73
3.12.1 Boşanma davalarında yasa dışı delillerin kullanılması	75
3.13 Boşanma Davasında Hüküm	77
3.14 Boşanma Davasında Kabul	79
3.15 Boşanma Davasında Feragat	80
3.16 Boşanma Davasında Kanun Yolları	82
3.16.1 İstinaf kanun yolu.....	82
3.16.2 Temyiz.....	83
4. BOŞANMA DAVALARINDA GEÇİCİ ÖNLEMLER	85
4.1 Genel Olarak Geçici Hukuki Koruma Kararları	85
4.2 Boşanma Davalarında Geçici Önlemler ve Hukuki Niteliği.....	86
4.2.1 Eşler hakkında alınan geçici hukuki koruma önlemleri	87
4.2.1.1 Eşlerin barınmasına ilişkin geçici hukuki koruma önlemleri.....	87
4.2.1.2 Eşlerin geçinmesine ilişkin geçici hukuki koruma önlemleri	88
4.2.1.3 Eşlerin mallarına ilişkin geçici hukuki koruma önlemleri	90
4.2.2 Çocuklar hakkında alınan geçici hukuki koruma önlemleri	91

4.2.2.1 Çocuğun eşlerden birinin gözetim ve himayesine bırakılması.....	91
4.2.2.2 Çocukla geçici kişisel ilişki kurulması	92
4.2.2.3 Çocuğun geçimine ilişkin geçici önlem alınması	93
4.2.2.4 Çocuğun mallarının korunmasına ilişkin geçici önlem alınması	94
4.2.3 Boşanma davalarında şiddete yönelik olarak 6284 sayılı kanunda yer alan koruma önlemleri.....	94
5. SONUÇ	97
KAYNAKLAR.....	101
ÖZGEÇMİŞ	106



KISALTMALAR

Aile Mah. K.	: Aile Mahkemeleri Kanunu
CD	: Ceza Dairesi
Diğ.	: Diğerleri
E.	: Esas
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
K.	: Kanun
S.	: Sayfa
T.	: Tarih
TMK	: Türk Medeni Kanunu
Vs.	: Ve saire
Y.H.D.	: Yargıtay Hukuk Dairesi

BOŞANMA DAVALARINDA YARGILAMA VE GEÇİCİ ÖNLEMLER

ÖZET

Evlilik birliğinin sona erdirilmesi talebiyle açılan boşanma davalarının kabulü halinde, toplumun en küçük birimi olan aile kavramının dağılması söz konusu olmaktadır. Anayasa ile güvence altına alınan aile kurumunu ilgilendiren bir dava olan boşanma davaları neticesinde, evlilik birliği sona ermekte ve tarafların müşterek çocuklarının menfaatleri üzerinde doğrudan etkisi olan sonuçlar doğmaktadır. Bu sebeple boşanma davaları kamu düzenine ilişkindir ve boşanma davasında uygulanacak usul kuralları diğer medeni yargılama hukuku davalarında uygulanacak usul kurallarından farklılık göstermektedir. Bu doğrultuda, Türk Medeni Kanunu'nun 184. maddesinde boşanma ve ayrılık davalarında uygulanacak usul kuralları özel olarak düzenleme altına alınmıştır. Bu doğrultuda, boşanma davalarında öncelikle uygulanacak usul kuralları TMK 184. maddesinde düzenleme altına alınan usul kuralları olup, madde hükmünde düzenleme bulunmayan hallerde Hukuk Muhakemeleri Kanunu uygulama alanı bulmaktadır.

Boşanma davalarının açılması ile birlikte henüz dava sonuçlanmadan, aile birliği dağılmaya başlamakta, taraflar evlilik birliğinden kaynaklanan yükümlülükleri yerine getirmemeye başlamakta, bu durum başta çocuğun menfaatini zedelemekte, çocuk ve eşler için mağduriyet yaratabilmektedir. Eşlerin evlilik birliğinden kaynaklanan yükümlülükleri boşanma kararı kesinleşene kadar devam etmekte olduğundan, kanun koyucu davanın açılmasıyla birlikte veya henüz dava açılmadan bazı geçici önlemlerin alınmasını Aile Mahkemesi Hakimine bir görev olarak yüklemiştir. Bu bağlamda TMK 169 hükmü kapsamında, boşanma davasının açılmasıyla hakimin, davanın devamı süresince eşlerin geçimine, barınmasına, malların yönetilmesine ve çocukların korunmasına ve bakımına yönelik geçici bir takım önlemleri re'sen alabileceği hüküm altına alınmıştır.

Bu çalışmamızda ilk iki bölümde öncelikle boşanma davalarının konusuna ve hukuki niteliğine genel olarak değinilmiş ve Türk Medeni Kanunu 184. madde hükmünde belirlenen usul kuralları ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda belirlenen usul kurallarının uygulama alanları ortaya konularak bir değerlendirme yapılmıştır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen medeni usul ilkeleri tek tek incelenerek, bu yargılama ilkelerinin boşanma davasında uygulanabilirliği ele alınarak boşanma davasına nasıl bir yansıması olduğu konusunda bir çalışma yapılmıştır. Ayrıca arabuluculuk alternatif çözüm yolunun boşanma davaları açısından uygulanabilirliği açısından bir inceleme yapılmıştır.

Üçüncü bölümünde boşanma davası yargılamasında davanın açılmasından hükmün kesinleşmesine kadar yargılama süreci değerlendirilerek, son bölümde aile birliğinin korunmasına, özellikle çocuğun üstün menfaati gereği başta çocuğun ve mağdur olan eşin korunmasına yönelik geçici önlemler ele alınmıştır.

Bu çalışmamızda, medeni yargılama hukuku davalarında Hukuk Muhakemeleri Kanunu usul hükümleri uygulanmakta iken kamu düzeninden olan, toplumu, aileyi etkileyen ve en önemlisi tarafların müşterek çocuklarının hayatını etkileyecek öneme

sahip bir dava olan boşanma davalarında, Türk Medeni Kanunu 184. madde hükmünde düzenlenen usul kurallarının uygulama alanları ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu uygulamaları detaylı bir şekilde incelenerek, boşanma davası sürecinde aile birliğinin korunması, çocukların ve mağdur olan eşlerin haklarının korunması sebebiyle hakim tarafından alınması gereken geçici önlemler de değerlendirilerek Yargıtay kararları ve doktrindeki görüşler ışığında bir çalışma yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: *Boşanma Davaları, Boşanma Davasında Uygulanacak Usul Kuralları, Medeni Yargılama Usul İlkeleri, Geçici Önlemler*



TRIAL AND TEMPORARY MEASURES IN DIVORCE CASES

ABSTRACT

If the divorce cases filed with the demand for the termination of the marriage union are accepted, the concept of the family, which is the smallest unit of the society, will be disintegrated. As a result of divorce cases, which are a case that concerns the institution of the family, which is guaranteed by the Constitution, the marriage union comes to an end and results that have a direct impact on the interests of the joint children of the parties arise. For this reason, divorce cases are related to public order and the procedural rules to be applied in the divorce case differ from the procedural rules to be applied in other civil procedure law cases. In this direction, the procedural rules to be applied in divorce and separation cases are specially regulated in Article 184 of the Turkish Civil Code. In this respect, the procedural rules to be applied primarily in divorce cases are the procedural rules regulated in Article 184 of the Turkish Civil Code, and the Code of Civil Procedure finds application in cases where there is no regulation in the provision of the article.

With the filing of divorce cases, the family unity begins to fall apart before the case is concluded, the parties begin to fail to fulfill their obligations arising from the marriage union, this situation harms the interests of the child, and may cause grievances for the children and spouses. Since the obligations of the spouses arising from the marriage union continue until the divorce decision is finalized, the legislator has assigned it to the Family Court Judge to take some temporary measures with the filing of the lawsuit or before the lawsuit is filed. In this context, with the filing of the divorce case within the scope of the TMK 169 provision, it is stipulated that the judge may ex officio take temporary measures for the accommodation of the spouses, their livelihoods, the management of the property and the care and protection of the children during the continuation of the case.

In this study, in the first two chapters, first of all, the subject and legal nature of divorce cases were mentioned in general and an evaluation was made by revealing the application areas of the procedural rules determined in the article 184 of the Turkish Civil Code and the procedural rules determined in the Code of Civil Procedure. The principles governing the civil proceedings regulated in the Code of Civil Procedure have been examined one by one, and the applicability of these judgment principles in the divorce case has been discussed and a study has been made on how it reflects on the divorce case. In addition, an examination has been made in terms of the applicability of the mediation alternative solution in terms of divorce cases.

In the third part, the judicial process from the opening of the case to the finalization of the judgment in the divorce case trial is evaluated, and in the last part, temporary measures for the protection of family unity, especially the protection of the child and the aggrieved spouse due to the best interests of the child, are discussed.

In this study, while the procedural provisions of the Code of Civil Procedure are applied in civil procedure law cases, the application areas of the procedural rules regulated in Article 184 of the Turkish Civil Code in divorce cases, which is a case that is of public order, affects the society and family, and most importantly, has an importance that will affect the lives of the joint children of the parties. In this study, a study was conducted in the light of the Supreme Court decisions and the views in the doctrine by examining the applications of the Code of Civil Procedure in detail, and the temporary measures to be taken by the judge due to the protection of family unity in the divorce case process and the protection of the rights of children and the aggrieved spouses.

Keywords: *Divorce Cases, Procedural Rules to be Applied in Divorce Case, Civil Procedure Principles, Temporary Measures*



1. BOŞANMA DAVALARI VE BOŞANMA SEBEPLERİ

1.1 Boşanma Kavramı ve Boşanma Davasının Konusu

Boşanma; kendi hür iradeleri ile evlenmeye karar veren bireylerin, evliliklerini yine kendi hür iradeleri ile anlaşılarak mahkemeye başvurusu veya eşlerden birinin, kanunda belirtilen boşanma sebeplerinden birini gerekçe göstererek açacağı boşanma davası neticesinde, mahkeme kararıyla sonlandırılmasıdır (Topak, 2021, s.10).

Daha kısa bir tanımla ise boşanma, geçerli olarak kurulmuş evlilik birliğinin, evlendikten sonra ortaya çıkan, kanunda öngörülen bazı sebeplerle mahkeme kararıyla sonlandırılmasıdır. Bu anlamda, eşlerin evlenmeden önce gerek nişanlılık gerekse flört durumunda yaşadıkları sorunlar boşanma sebebi sayılmayacak, ancak şartları mevcutsa aldatma, korkutma, yanıltma sebebiyle evliliğin iptali sebebi olabilecektir (Kılıçoğlu, 2020, s. 88-89).

Boşanma, evliliği doğal olarak sona erdiren ölüm olgusu dışında, eşlerin her ikisi de hayatta iken, evliliği sona erdirme noktasında eşlere kanunen tanınmış bir haktır. Ancak bu hakkın kullanılması için tarafların bu hakkını kullandığını karşı tarafa iletmesi yeterli değildir. Boşanma, ancak taraflardan birinin yahut ikisinin birlikte mahkemeye başvurusu neticesinde hakim kararıyla gerçekleşebilir (Topak, 2021, s. 10), (Akkaya, 2017, s. 44-45).

Türk Medeni Kanunu'nda "Boşanma Davasının Konusu" madde başlığı altında, boşanma davasını açma hakkına sahip eşin boşanma talebinde bulunabileceği gibi ayrılık kararı verilmesi talebinde de bulunabileceği hüküm altına alınmıştır (TMK 167). Bu anlamda, boşanma davasının konusu boşanma veya ayrılık olabilecektir.

Boşanma davasının konusunun ayrılık yerine evlilik birliğinin sona erdirilmesi yönünde olması, boşanma talepli açılması halinde, boşanma talebine dayanak olarak gösterilecek boşanma sebeplerinin de belirtilmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda, davanın konusu belirlenirken talep sonucu ile birlikte dava dilekçesinde belirtilen maddi olaylar birlikte değerlendirilecektir (Akkaya, 2017, s.33), (Yıldırım, 1991, s. 41).

Boşanma sebepleri, TMK 161 ile 166. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Tarafların boşanma davasını, bu boşanma sebeplerinden birine dayanarak açması ve boşanma taleplerini gerekçelendirmesi gerekmektedir. Dava dilekçesinde bulunması gereken hususların sayıldığı Hukuk Muhakemeleri Kanunu 119. maddesinin 1. fıkrası d bendinde, davanın konusunun da dava dilekçesinde bulunması gerektiği açıkça belirtilmiştir. Bu bağlamda, boşanma davasında, davanın konusu belirtilirken TMK 161 ile 166 maddeleri arasında sayılan boşanma sebeplerinden biri ya da birkaçı gerekçe olarak gösterilebilecektir. Burada davacı tarafa tasarruf serbestisi tanınmıştır. Davacı tarafça dava dilekçesinde belirtilmeyen bir boşanma sebebine dayanarak hakim boşanma kararı veremeyecektir (Aksakal, 2021, s. 7).

Boşanma davasının konusunun boşanma veya ayrılık olarak belirlenmesi noktasında taraflara tasarruf serbestisi tanınsa da boşanma sebebi sabit olsa dahi, ortak hayatın yeniden kurulma imkanının bulunması halinde TMK 170. maddesi hükmü gereği hakim, boşanmaya karar vermek yerine, ayrılığa da karar verebilmektedir. Bu nedenle bu madde hükmünün, taleple bağıllık ilkesinin istisnalarından biri olduğunu söyleyebiliriz (Aksakal, 2021, s. 7-8).

Hukuk Muhakemeleri yargılamasında kural olarak hakim, tarafların talepleri ile bağılıdır. Davacı, dava açarken talep sonucunu açık bir şekilde belirtmelidir (Pekcanitez ve diğ. 2018, s. 179-180). Ancak, Türk toplumunun temeli olan aile kurumu, Anayasa ile güvence altına alınmış olduğundan, aile birliğinin dağılmaması, evlilik birliğinin korunması amacıyla hukukumuzda, boşanma davalarında taleple bağıllık ilkesinden uzaklaşmıştır. Bu sebeple, taraflar her ne kadar boşanma talep etmiş olsa da hakim, tarafların ortak hayatı yeniden kurma ihtimali kanaatinde ise boşanma yerine ayrılık kararı verebilecektir. Ancak, aksi durumda dava konusunun ayrılığa ilişkin olması halinde, hakim talepten fazlasına, boşanmaya hükmedemeyecektir (Topak, 2021, s. 93-94).

1.2 Boşanma Davasının Hukuki Niteliği ve Davalar Arasındaki Yeri

Hukuk davaları, farklı sınıflandırmalara tabi tutulmuş olup, bu sınıflandırmalarda talep edilen hukuki himayenin türü, davaya konu edilen malın türü, taraf ve talep sayısı gibi ölçütler kullanılmıştır. Genel olarak uygulama alanı bulan sınıflandırma türü, talep edilen hukuki himayenin türüne göre yapılan sınıflandırmadır. Talep

edilen hukuki himayenin türüne göre ise davalar; eda davaları, tespit davaları ve inşai davalar olarak sınıflandırılmaktadır (Şafak, 2016, s. 45).

Eda davası, HMK 105. maddesinde düzenlenmiş olup, davacının, davalının bir şeyi vermesine, bir şeyi yapmasına hükmedilmesini talep ettiği ya da davalının bir şeyi yapmamasına hükmedilmesini mahkemeden talep ettiği bir dava türüdür (Pekcanıtez ve diğ. 2012, s.262). Tespit davalarında ise davacı, bir hukuki durumun var olduğunun ya da yokluğunun tespitini mahkemeden istemektedir. HMK 106. maddesine göre bir belgenin sahteliğinin tespiti de tespit davası yolu ile istenebilir. Tespit davası açılabilmesi için kanun koyucu davayı açan kişinin hukuken korunmaya değer bir yararının bulunmasını gerekli kılmıştır. HMK 108. maddesinde düzenlenen inşai davalarda ise yeni bir hukuki durumun yaratılması mahkemeden talep edilebileceği gibi mevcut olan hukuki durumun değiştirilmesi veya kaldırılması da talep edilebilmektedir.

Boşanma davası, evlilik birliğini sona erdirerek yeni bir hukuki durum yaratması ve bu hukuki durumun, eşlerin birlikte mahkemeye müracaat etmesi yahut eşlerden birinin açtığı boşanma davası sonucunda mahkeme tarafından verilecek karar neticesinde geleceğe etkili olması sebebiyle yukarıda belirtmiş olduğumuz dava türlerinden, inşai dava olarak doktrinde kabul edilmektedir (Arslandoğan, 2007, s. 91-92). Davacı tarafından, mahkemeden boşanma talep edilerek, evliliğinin sonlandırılması yani mevcut hukuki durumun ortadan kaldırılması istenmekle birlikte, boşanma sonucunda yeni bir hukuki durum da meydana gelmiş bulunmaktadır. Meydana gelen bu yeni hukuki durum, ancak kararın kesinleşmesi ile hüküm tarihinden itibaren geriye etkili olarak herkese karşı ileri sürülebilmektedir. Burada önemli olan husus, boşanma davalarında verilen hükmün, dava tarihinden

değil, kararın kesinleşmesi ile birlikte hüküm tarihinden itibaren geçerli olacaktır (Topak, 2021, s.12-14), (Üstündağ, 2000 s.336), (Postacıoğlu, 1975, s.266-267), (Alangoya ve diğ. 2006, s.229).

Boşanma davası esnasında eşlerden birinin ölmesi durumunda, evlilik birliği boşanma ile değil ölümle sona ermektedir. Boşanma davasında boşanma kararı verildikten sonra ancak kararın kesinleşmesinden önce taraflardan birinin ölümü halinde dahi evlilik birliği ölümle sona ermiş olduğundan burada boşanma kararı ile

değil taraflardan birinin ölümü sebebiyle tarafların mevcut hukuki durumu ortadan kalkacaktır.

Boşanma, şahsa sıkı sıkıya bağlı olan bir haktır. Bu bağlamda, mevcut hukuki durumun kaldırılarak yeni bir hukuki durumun yaratılması veya mevcut hukuki durumun değiştirilmesinde tarafların iradesi yeterli olmayıp, mahkeme kararı gerekmektedir (Postacıoğlu, 1975, s.264).

1.3 Boşanma Sebepleri

Boşanma sebepleri TMK'da özel boşanma sebepleri ve genel boşanma sebepleri olarak ikiye ayrılmıştır. Evlilik birliğini sona erdirmek isteyen eşler, kanunda belirli sayıda gösterilen boşanma sebeplerinden birine dayanarak boşanma davası açabilirler (Ceylan, 2022). Kanunda sayılan boşanma sebepleri dışında bir sebep gösterilerek boşanma davası açılması mümkün değildir.

Özel boşanma sebepleri sınırlı sayıda olup, kanunda belirtilen özel durumlardan birinin gerçekleşmesi halinde ancak eşler boşanma davası açabilecektir. Bunun dışında genel boşanma sebeplerinde ise kanunda özel bir durum belirtilmemiş, evlilik birliğinin temelden sarsılması sonucunu doğuracak olan olayların boşanma sebebi gerçekleştirip gerçekleştirilmeyeceği noktasında hakime geniş bir takdir yetkisi verilmiştir (Arslandoğan Kurşuncu, 2007). Bu doğrultuda, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olacak her türlü maddi vakıa, ortak hayatı çekilmez kıldığı takdirde boşanma sebebi sayılacaktır (Kılıçoğlu, 2020, s. 91).

Bir de boşanma sebepleri mutlak ve nisbi boşanma sebepleri olarak da nitelendirilmektedir. Eğer boşanma davalarında boşanmaya dayanak olarak gösterilen vakıanın ispatı boşanma kararı verilmesi için yeterli görülüyor, tarafların ayrıca evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olduğunu ve ortak hayatın çekilemez hale geldiğini ispatlaması gerekmiyorsa mutlak boşanma sebebi olduğu kabul edilir. Ancak boşanmaya dayanak gösterilen vakıaların ispatı dışında bir de ortak hayatın eşler için çekilmez bir hal aldığı ve evlilik birliğini temelinden sarsılması olgusu aranıyorsa o zaman da nisbi boşanma sebebi olarak kabul edilmektedir (Hatemi, 2021, s. 115). Bu bağlamda zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, terk, fiili ayrılık, ve anlaşmalı boşanma davalarında mutlak boşanma sebeplerinin varlığından söz edilir ve bu olguların ispatı boşanma kararı verilmesi için yeterlidir.

Evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle açılan, ya da akıl hastalığı veya suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle açılan boşanma davasında nisbi boşanma sebebinin varlığından söz edilir ve bu olguların ispatı yeterli olmayıp, ortak hayatın eşler için çekilmez hale gelip gelmediğinin de araştırılması gerekir (Akıntürk, 2002, s. 234).

Alman hukukunda boşanma sebebi olarak hukukumuzdaki gibi özel ve genel boşanma sebepleri ayrımı yapılmamıştır. Tek bir boşanma nedeni vardır o da “evliliğın çökmesi”. Mehaz kanun İsviçre Kanunu’nda da 2000 yılında yapılan değışiklik ile tüm özel boşanma sebepleri kaldırılarak yalnızca “evlilik birliğinin temelinden sarsılması” boşanma sebebi olarak kabul edilmiştir. Hollanda hukukunda da boşanma sebebi olarak şiddetli geçimsizlik aranmaktadır. Keza Avusturya hukuku da evlilik birliğinin geri dönölmez biçimde sarsılmasını boşanma sebebi olarak aramaktadır. Karşılaştırmalı hukukta boşanmaya sebep olan olay ne olursa olsun evliliğın devamına engel teşkil ediyorsa, evlilik birliği temelinden sarsılmışsa eşlerin boşanmalarına karar verilebiliyorken hukukumuzda boşanma sebepleri tek tek sayılarak özel boşanma sebebinde davayı açan eşin dayandığı boşanma sebebinin davalı tarafından gerçekleştirildiğini ispatlaması gerekmektedir (Topak, 2021 s. 48- 49). Evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle dava açılabilmesi için ise davayı açan eşin tam kusurlu olmaması gerekmektedir. Bu da taraflar için boşanma sürecini zorlaştırmakta, yargılama sürecini uzatmakta ve evliliğı sürdürmek istemeyen eşlerin özgürlüğünü kısıtlamaktadır. Zira sadakat yükümlülüğü evlilik sona erinceye kadar devam etmektedir.

1.3.1 Özel boşanma sebepleri

Özel boşanma sebepleri TMK’da sınırlı sayıda belirtilmiş olup, sınırlı sayıda belirtilen özel boşanma sebepleri;

- Zina (TMK 161)
- Hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış (TMK 162)
- Suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme (TMK 163)
- Terk (TMK 164)
- Akıl hastalığıdır (TMK 165)

Taraflar, Kanunda özel olarak belirtilen bu beş olgudan birinin gerçekleşmesi halinde, özel boşanma sebebine dayanarak boşanma davası açabilecektir.

1.3.1.1 Zina

Kanun maddesinde zinanın tanımı yapılmamış olup, eşlerden birinin zina eylemini gerçekleştirmesi durumunda diğer eş tarafından boşanma davası açabileceği hüküm altına alınmıştır (TMK 161).

Zina, evlilik birliği devam ettiği sürece, eşlerden birinin karşı cinsten biri ile kendi isteği ile cinsel ilişkide bulunması olarak uygulamada tanımlanmaktadır¹. Evlilikle birlikte eşlerin birbirlerine karşı yükümlülükleri doğmaktadır. Bu yükümlülüklerden biri de sadakat yükümlülüğü (TMK 185) olup, sadakat yükümlülüğünün başında cinsel sadakat gelmektedir. Eşler, evlilik birliği içerisinde, hatta boşanma davası açılmış olsa bile boşanma kararı kesinleşene kadar birbirlerine sadık kalmak yükümlülüğündedir. Bu doğrultuda, zina eylemini gerçekleştiren eş, sadakat yükümlülüğünü ihlal etmiş olmaktadır².

Gerek uygulamada gerekse doktrindeki hakim görüşe göre zina, eşin karşı cinsten biriyle cinsel ilişkide bulunması şeklinde tanımlanmakta olup, eşin aynı cinsten biriyle cinsel münasebette bulunması, evlilik birliğinin temelinden sarsılması veya haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle boşanma davasının konusu olarak nitelendirilmektedir. (Dural ve diğ. 2019 s.564), (Dede, 2017, s.25), (Helvacı ve Erlüle, 2016, s.166).

Bizim de katıldığımız, doktrindeki diğer görüşe göre ise, eşin aynı cinsten biri ile cinsel birliktelik yaşaması da cinsel sadakat yükümlülüğünün ihlali anlamına gelmektedir. Zira zina eylemi ile eş, cinsel istek ve ihtiyaçlarını başka biriyle birlikte olarak karşılamakta ve burada aynı cinsten veya farklı cinsten biriyle cinselliği yaşaması arasında fark bulunmamaktadır. Kaldı ki kanunda zinanın karşı cinsten biri ile gerçekleşeceğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple iki durumda da zina nedeniyle boşanma davası açılabilir (Kılıçoğlu, 2020, s. 92-93).

Zina sebebiyle boşanma davası açılabilmesi için öncelikle;

- Taraflar evli olmalıdır,

¹ Y. 2. HD, E. 2014/17833, K. 2015/8438, T. 27/4/2015, “Zinanın varlığı için, eşlerden birinin karşı cinsten başka bir kimse ile cinsel ilişkide bulunması gerekir.”

² Y. 4. HD, E. 2014/1656, K. 2014/17564, T. 22/12/2014, “Eşler evlenmekle birbirlerine karşı cinsel anlamda sadakat yükümlülüğü altına girerler. (MK.185/III) Bu yükümlülüğün ihlali halinde diğer eş TMK 161 maddesine dayalı olarak zina nedenine dayalı boşanma davası açar ve bu davada MK 174/2 maddesinde düzenlenen manevi tazminat isteminde bulunabilir.”

- Zinayı gerçekleştiren taraf eşinden başka biriyle cinsel ilişki kurmalıdır,
- Zinayı gerçekleştiren eş kusurlu olmalıdır.

Bu üç olgunun gerçekleşmesi halinde ancak zina sebebiyle boşanma davası açılabilecektir.

Zinanın gerçekleşmesi için ilk koşul, evlilik birliği içerisinde zina eyleminin gerçekleşmesidir. Evlilik birliği kurulmadan veya evlilik birliği sona erdikten sonra, eşlerin başka biriyle cinsel münasebette bulunması zina sayılmaz. Bu doğrultuda, nişanlılık veya flört döneminde eşin başka biriyle cinsel münasebette bulunduğu ileri sürülerek, zina sebebiyle boşanma davası açılmaz (Ceylan, 2022). Ayrılık kararı verilmesi, boşanma davasının açılmış olması veya fiili ayrılık hallerinde de evlilik birliği devam etmekte olduğundan eşlerin sadakat yükümlülüğü devam etmekte ve başka kişilerle cinsel birliktelik kurmaları zina olarak nitelendirilmektedir (Kurşuncu, 2007, s.12)

Zina sebebiyle boşanmaya karar verilebilmesi için cinsel ilişki eyleminin gerçekleşmesi şartı aranmaktadır. Bu sebeple flört ve yakınlaşma gibi cinsel ilişki seviyesinde olmayan hareketler zina olarak kabul edilmeyip³ bu hareketler sadakat yükümlülüğünün ihlali olarak nitelendirilerek evlilik birliğinin temelinden sarsılması genel sebebiyle açılacak boşanma davasında dayanak gösterilebilecektir (Ceylan, 2022).

Zina her türlü delille ispat edilebilen bir boşanma sebebi olsa da gizli bir eylem olduğu için tanıkla ispatı çok rastlanılan bir durum değildir. Ancak zina eyleminin gerçekleştiğine dair hakimde kanaat oluşturacak kuvvetli bazı delillerin olması halinde bazı davranış ve hareketler de karine olarak kabul edilmektedir (Okan Koç, 2019). Bu doğrultuda uygulamada kocanın işe gitmesinden sonra her gün başka bir erkeğin eve alınıp uzun süre kalması⁴ zina olarak kabul edildiği gibi genç bir kadın

³ Y. 2. HD, E. 2011/17357, K. 2012/26603, T. 9.11.2012. “*Toplanan delillere göre; davalı kadının barışmadan sonraki "Beşir" adlı kimseyle görüşmesinin ise zina aşamasına ulaşmadığı, bu davranışın güven sarsıcı davranış aşamasında kaldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, davacının Türk Medeni Kanunu'nun 161. maddesinde düzenlenen zina hukuki sebebine dayalı olarak açılmış davasının reddine karar verilmesi gerekirken; yetersiz gerekçeyle kabulü de isabetsiz olmuş; bozmayı gerektirmiştir.*”

⁴ Y. 2. HD, E. 2004/13709, K. 2004/14684, T. 8.12.2004

kendi yaşlarında bir erkekle gece aynı evde bulunmuşsa⁵ bu durum da zina kabul edilmiştir.

Zina eyleminin teşebbüs aşamasında kalması hali doktrinde tartışmalı olup, zina eyleminin ispatının güç olması sebebiyle dar yorumlanmaması ve bu sebeple hazırlık aşamalarının da zina olarak yorumlanması gerektiği yönünde görüşler mevcuttur (Kılıçoğlu, 2019, s. 92-93), (Gençcan, 2013, s. 147). Aksi görüşe göre ise cinsel birliktelik gerçekleşmediği için teşebbüs zina sayılmayacaktır (Akıntürk ve Ateş, 2020, s. 245).

Zina eyleminin gerçekleşmiş olması için diğer bir koşul da zinayı gerçekleştiren eşin kusurlu olması, bilerek ve kendi isteğiyle zina eyleminde bulunmasıdır (Akıntürk ve Ateş, 2020, s. 236). Hayatına yönelik tehditlerle cinsel ilişkide bulunmaya zorlanan eş, zina eylemini gerçekleştirmiş sayılmaz. Bu doğrultuda, tecavüze uğrayan eşin kusuru ve isteği olmadığından, tecavüz zina olarak nitelendirilemez (Hatemi, 2021, s. 120), (Ceylan, 2022). Bu sebeple zorla, bayıltmak suretiyle ya da uyuşturucu verilerek tecavüze uğrayan eşe zina sebebiyle boşanma davası açılmaz. Ancak Yargıtay'ın, eşin tecavüze uğramasında hiçbir kusuru bulunmasa da kocanın toplumda güç duruma düşmesi sebebiyle boşanma kararı verilmesi gerektiği yönünde görüşü de bulunmaktadır⁶ (Akıntürk, 2002, s. 237).

Zina mutlak boşanma sebebi olduğundan hakim, zina eyleminin gerçekleştiğinin ispatı halinde, artık ortak hayatın çekilmez olup olmadığı noktasında bir araştırma yapmayacaktır (Ceylan, 2022).

Zina sebebiyle boşanma davası açılabilmesi hak düşürücü süreye tabi olup, zina eyleminin öğrenilmesinden başlayarak altı ay geçmesiyle ve her halükarda zina eyleminin gerçekleşmesinden itibaren beş yıl geçmesiyle dava hakkı düşmektedir. Ayrıca zina eylemini gerçekleştiren eşin affedilmesi halinde affeden eşin dava hakkı yoktur (TMK161).

1.3.1.2 Hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış

Evlilik birliği süresince bir eşin diğer eşin hayatına kast etmesi, pek kötü veya onur kırıcı davranışta bulunması halinde, kusurlu olan eşe karşı boşanma davası

⁵ Y. 2. CD, E. 1951/2, K. 1951/2, T. 3.1.1951

⁶ HGK. E. 15.12.1972, 2-26/746

açılabilir (TMK 162). Ancak hakimin boşanmaya karar verebilmesi için bu olgulardan birinin gerçekleştiğinin ispatı gerekir. Mutlak boşanma sebebi olduğundan, bu sebeplerin varlığı halinde hakim, artık eşlerden ortak hayatı sürdürmeleri beklenemeyeceği için ortak hayatın çekilmez hale gelmiş olup olmadığını araştırmayacaktır (Okan Koç, 2019).

Kanunda hayata kast ve pek kötü veya onur kırıcı davranış olarak üç ayrı özel boşanma sebebi tek bir maddede düzenlenmiştir. Bir eşin diğer eşi öldürmeye yönelik eylemleri hayata kast olarak nitelendirilmektedir. Burada kast unsurunun mutlaka bulunması gerekmektedir. Kast unsuru bulunmaksızın eşin dikkatsizliği sebebiyle diğer eşin ağır yaralanması halinde hayata kast sebebiyle boşanma davası açılmayacaktır (Kılıçoğlu, 2020, s. 95).

Hayata kast eylemi, TCK 35 ve 81 hükümleri uyarınca öldürmeye teşebbüs suçunu oluşturur. Bu sebeple mahkeme hayata kast eyleminin somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti açısından ceza hukukundan faydalanabilir. Mahkeme ceza mahkemesinin beraat kararıyla bağlı değildir. Mahkumiyet kararı ise kusurun miktarı ve tazminat miktarının belirlenmesi noktasında bağlayıcı değildir (Kılıçoğlu, 2020, s. 96).

Pek kötü davranış ise bir eşin diğer eşe eziyet etmesi ve acı çekmesine sebep olacak, ruh ve beden sağlığını ihlal eder nitelikte davranışlardır. Eşin diğer eşi aç bırakması, şiddet uygulaması⁷, dövmesi, hapsetmesi vb. gibi eylemleri pek kötü davranış olarak nitelendirilmektedir.

Onur kırıcı davranış ise bir eşin diğer eşe hakaret etmesi, küçük düşürücü davranışlarda bulunması, onuruna karşı haksız saldırılarda bulunmasıdır (Okan Koç, 2019). Ancak uygulamada bir davranışın TMK 162 kapsamında onur kırıcı davranış sayılması için belli bir ağırlıkta olması gerekliliği aranmaktadır⁸.

Hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış kusura dayanan boşanma sebebidir. Eşin bilerek ve isteyerek bu davranışlarda bulunması gerekmektedir. Ayrıca kusura

⁷ Y. 2. HD, E. 2016/21125, K. 2017/7988, T. 22.06.2017 “davalı erkeğin eşine karşı süreklilik arz eden nitelikte fiziki şiddet uyguladığı anlaşılmaktadır. Davalının bu eylemleri pek kötü muamele ve onur kırıcı davranıştır. ..”

⁸ Y. 2. HD, E. 2010/10334, K. 2010/13767, T. 08.07.2010 ilgili kararda, onur kırıcı davranış sebebiyle boşanmaya karar verilebilmesi için her türlü onur kırıcı davranışı değil ağır nitelikte onur kırıcı davranışları aranmıştır.

dayanması sebebiyle eşin temyiz gücüne sahip olması gerekmektedir (Arslandoğan Kurşuncu, 2007).

Hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış sebebiyle boşanma davası açılabilmesi hak düşürücü süreye tabi olup, boşanma sebebinin öğrenilmesinden itibaren 6 ay ve her halde eylemin gerçekleştiği tarihten itibaren beş yıl geçmekle dava hakkı düşer. Zinada olduğu gibi burada da eşin affetmesi halinde dava açma hakkı bulunmamaktadır (TMK 162) .

1.3.1.3 Küçük düşürücü suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme

Eşlerden birinin suç işlemesi veya haysiyetsiz hayat sürmesi halinde diğer eşin ortak hayatı sürdürmesi birlikte yaşaması kendisinden beklenmezse bu eş her zaman dava açabilir (TMK 163) . Burada eşin gerçekleştirdiği eylem aslında diğer eşe karşı yapılan bir eylem değildir. Ancak burada eşin bu eylemleri evlilik birliğini sarsmakta, diğer eşte utanç duygusu yaratmaktadır (Ersöz, 2018).

Kanunda da belirtildiği üzere küçük düşürücü suç işleme boşanma sebebine dayanarak dava açılabilmesi için eşin herhangi bir suç işlemesi yeterli olmayıp, küçük düşürücü suç işlemesi gerekmektedir (TMK 163). Ayrıca bu suçun evlilik birliği içinde gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Kanunda hangi suçun küçük düşürücü suç niteliğinde olduğuna dair bir düzenleme yapılmamıştır. Eğer eşin işlemiş olduğu suç sebebiyle diğer eş de gerçekten küçük düşürülmüş hissediyorsa o zaman bu durum dikkate alınarak karar verilmelidir.

Doktrinde, milletvekili seçilme yeterliliği başlığı altında Anayasa'nın 76. maddesi 2. fıkrasında sayılan zimmet, rüşvet, ihtilas, irtikâp, dolandırıcılık, hırsızlık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi suçlar, yüz kızartıcı suçlar TMK 163 kapsamında da küçük düşürücü suç olarak kabul edilmiştir (Öztan, 2015, s. 662). Ancak Anayasa'da belirtilen bu suçlar sınırlı sayıda olmadığı için kasten adam öldürme, cinsel taciz, cinsel saldırı, evrakta sahtecilik, gasp gibi suçlar da küçük düşürücü suç olarak kabul edilmektedir (Ersöz, 2018).

Küçük düşürücü suç işleme sebebiyle dava açılabilmesi için eş hakkında ceza kovuşturmasına başlanmış olması ve eşin bu suçtan mahkum olması şartı aranmamakta olup, suçun evlilik birliği içinde işlenmesi yeterli sayılmıştır.

Hasiyetsiz hayat sürme ise, toplumun genel ahlak kurallarına aykırı bir şekilde yaşanması olarak tanımlayabiliriz. Bu doğrultuda, genel ev işletme, hayat kadını olma, uyuşturucu ticareti yapma, kadın ticareti yapma, kumarbazlık gibi eylemler haysiyetsiz hayat sürme olarak kabul edilebilir. Ancak bu eylemlerin sürekliliği aranmaktadır (Okan Koç, 2019).

Küçük düşürücü suç ve haysiyetsiz hayat sürme boşanma sebebi, nisbi boşanma sebebi olup, boşanma kararı verilebilmesi için ortak hayatın çekilmez hale gelip gelmediği de hakim tarafından araştırılmalıdır⁹.

1.3.1.4 Terk

Eşlerden birinin, evlilik birliğinden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemek amacıyla diğer eşi terk etmesi ya da haklı bir sebep olmadığı halde ortak konutlarına geri dönmemesi durumunda terk edilen eş, kanunda belirtilen şartları yerine getirmesi halinde terk sebebiyle boşanma davası açabilir. Ayrıca diğer eşi ortak konuttan ayrılmaya zorlayan ve haklı sebep olmaksızın dönmesine engel olan eş de terk etmiş sayılır.

Evlilik birliğinin eşlere getirdiği yükümlülüklerinden biri de birlikte yaşamak zorunda olmalarıdır (TMK 185/3). Bu sebeple ortak konutu terk eden veya diğer eşi evden kovan ve dönmesine engel olan eş bu yükümlülüğü ihlal etmiş sayılır (Kılıçoğlu, 2020, s.101).

Kanun hükmü gereği ayrılığın altı ay sürmüş olması ve bu altı aylık süre içerisinde dördüncü ayın dolmasıyla mahkeme kanalıyla ya da noter kanalıyla terk eden eşe ortak konutlarına dönmesi için ihtar gönderilmesi gerekir. Bu ihtarda eşe iki ay içinde eve dönmesi gerektiği aksi halde doğacak sonuçlar hakkında ihtarda bulunulur. İki aylık süre zarfında eşin ortak konuta dönmemesi durumunda terk edilen taraf boşanma davası açabilir (TMK 164).

Terk, mutlak boşanma sebebi olduğundan, madde hükmünde belirtilen şartların gerçekleşmesi durumunda hakim ortak hayatın çekilmez hale gelip gelmediğini

⁹ Y. 2. HD, E. 2003/2300, K. 2003/3448, T. 13.03.2003 “ TMK 163. Maddesi gereği küçük düşürücü suç veya haysiyetsiz hayatın devam etmesi halinde, boşanma kararı verilebilmesi için diğer eş için birlikte yaşamayı çekilmez hale getirmesi zorunlu unsur olarak adlandırılmıştır. Bu hususlar dikkate alınmaksızın yapılan eksik araştırma ve inceleme ile kurulan karar bozulmuştur.”

araştırmadan boşanmaya karar verecektir (Aydın Ünver ve Dursun Karaahmetoğlu, 2017).

Kanun maddesinde belirtilen ihtardan iki ay sonra dava açılması şartı dava şartı olup, hakim ihtardan itibaren iki aylık sürenin geçip geçmediğini re'sen araştıracaktır. Bu iki aylık süre ihtarın karşı tarafa tebliğ tarihinden itibaren başlamaktadır. İhtar için ise en az dört aylık sürenin geçmesi şartı aranmaktadır. Ayrılığın bir yıl sürmesi halinde bir yıl sonra da ihtar çekilebilir. Ancak dört aydan önce ihtar çekilemez. Terk eden eşe yapılan ihtar mahkeme kanalıyla veya noter kanalıyla yapılabilir (Aydın Ünver ve Dursun Karaahmetoğlu, 2017).

Boşanma davasının terk sebebine dayanarak açılabilmesi için terkin haklı bir sebebe dayanmaması gerekmektedir. Zira eşinin şiddetine maruz kalan, can güvenliği tehlikede olan eşin ortak konutu terk etmede haklı nedeni bulunmaktadır. Haklı nedenin ortadan kalkması halinde eş ortak hayata dönmezse terk şartı gerçekleşmiş olmaktadır (Arslandoğan Kurşuncu, 2007).

1.3.1.5 Akıl hastalığı

Eşlerden birinin akıl hastalığı olması ve bu hastalığın geçmeyeceğinin resmi sağlık kurulu raporu ile sabit olması halinde diğer eş için ortak hayat çekilmez hale gelirse, eş boşanma davası açabilir (TMK 165). Eski Medeni Kanun'da akıl hastalığının en az 3 yıldan beri devam ediyor olması şartı aranırken, yeni kanun ile bu şart kaldırılmıştır (Kılıçoğlu, 2020, s.106).

Akıl hastalığı, TMK 33 uyarınca evlenme engelleri arasında sayılmış olup, evlenmelerinde engel olmadığı resmi sağlık kurulu raporu ile sabit olmadıkça, evlenmeye engel bir durumdur. Buna rağmen bir şekilde evlilik gerçekleşmişse, bu evlilik batıl sayılarak iptal edilebilecektir. TMK 165 uyarınca davanın açılabilmesi için akıl hastalığının, evlendikten sonra meydana gelmesi gerekmektedir (Kılıçoğlu, 2020, s. 106). Akıl hastalığı sebebiyle davanın açılabilmesi için bir diğer şart da eşin akıl hastalığının iyileşmeyeceğinin resmi sağlık kurulu raporu ile tespit edilmesinin gerekmesidir.

Diğer bir şart da evliliğin diğer eş için çekilmez duruma gelmesidir. Nisbi boşanma sebebi olduğundan hakimin boşanmaya karar verebilmesi için ortak hayatın çekilmez hale gelip gelmediğinin tespiti gerekmektedir. Ancak bu boşanma sebebi kusura dayanan boşanma sebebi değildir (Arslandoğan Kurşuncu, 2007).

1.3.2 Genel boşanma sebepleri

Genel boşanma sebepleri, evlilik birliğinin temelinden sarsılması başlığı altında düzenlenmiş olup, boşanma sebepleri tek tek belirtilmemiştir. Genel olarak ortak hayatın sürdürmeleri eşlerden beklenemeyecek derecede evlilik birliğinin temelinden sarsılması durumunda eşlerden her birinin boşanma davası açabileceği düzenlenmiştir (TMK 166).

1.3.2.1 Evlilik birliğinin temelinden sarsılması

Evlenme ile evlilik birliği kurulmuş olmakta ve eşler bir takım yükümlülük altına girmektedir. Başta bu evlilik birliğinin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak, çocuklarının bakım, eğitim ve gözetimini beraber sağlamak, birlikte yaşamak, birbirlerine yardımcı olmak ve birbirlerine sadık kalmak yükümlülüğündedirler (TMK 185). Ancak eşler, evlilik birliği süresince, yaşamış oldukları pek çok olay sebebiyle evlilik birliğini yürütmek, birlikte yaşamak ve kanunda belirtilen yükümlülükleri yerine getirmek istemeyebilirler. Bu durumda evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olduğunu söyleyebiliriz (Tekben, 2021).

Kanunda ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenemeyecek derecede evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olması durumunda, eşlerden birinin boşanma davası açabileceği düzenlenmiştir (TMK 166). Kanun koyucu burada, boşanma sebebini belirli bir olguya dayandırmamış ancak eşler arasındaki geçimsizliğin, evlilik birliğini temelinden sarsmış olması ve ortak hayatı sürdürmelerinin kendilerinden beklenemeyecek olması şartını getirerek hakimin takdirine bırakmıştır (Özcan Çelik, 2015). Evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle açılacak boşanma davasında boşanma kararının verilebilmesi için geçimsizliğin şiddetinin, ortak hayatın sürdürülmesinin eşler için çekilemeyecek hal alması, evliliği sürdürme heves ve inancının kalmaması ve evliliğin sürdürülmesinde bir yarar kalmaması derecesinde olması gerekmektedir (Topak, 2021 s.48).

Davacı tarafça gösterilen boşanma sebebi ispatlansa ve hatta davalının kusurlu olduğu tespit edilse dahi, eğer ortak hayatı çekilmez hale getirmiyorsa hakim tarafından dava reddedilerek boşanma kararı verilemeyebilecektir (Kılıçoğlu, 2020, s. 112).

Evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle açılacak boşanma davasında davayı açan eşin kusursuz olması şartı bulunmamaktadır. Her iki eş de eşit kusurlu

olabileceği gibi eşlerden birinin kusuru daha az veya daha ağır olabilmektedir. Ancak eşlerden birinin tam kusurlu olması halinde diğer eş kusursuz kabul edilmektedir. Kanun koyucu davayı açan eşin daha kusurlu olması halinde davalı eşe itirazda bulunma hakkı tanımıştır. Ancak davalı eşin itirazı hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olursa hakim boşanmaya karar verebilecektir (Arslandoğan Kurşuncu, 2007).

1.3.2.2 Ortak hayatın yeniden kurulamaması ya da fiili ayrılık

Eşler tarafından özel ya da genel boşanma sebebine dayanarak açılan boşanma davasının reddi durumunda, kararın kesinleşmesinden itibaren 3 yıl geçmesi halinde ortak hayat yeniden kurulamamışsa, evlilik birliği temelinden sarsılmış kabul edilmektedir (TMK 166/4). Kanun koyucu ortak hayatın kurulamamasını boşanma kararı verilebilmesi için yeterli kabul edip, her hangi bir sebep şartı da getirmemiştir. Eğer red kararının kesinleşmesi itibarıyla 3 yıl geçmiş ve taraflar ortak hayatı yeniden kuramamışsa taraflardan birinin talebiyle mahkeme tarafların boşanmalarına karar verebilecektir.

Davanın açılabilmesinin ilk şartı eşlerden biri tarafından açılan davanın reddedilmesi ve red kararının kesinleşmesidir. Burada açılan ilk davanın hangi boşanma sebebine dayandığının bir önemi bulunmamakla birlikte her hangi bir sebep gösterilmeden açılan boşanma davasının reddi kararının kesinleşmesi de yeterlidir (Arslandoğan Kurşuncu, 2007). Ancak burada aranan red kararı esastan red kararıdır. Zira yetkisizlik sebebiyle usulden reddedilen davada red kararı bu şartı sağlamaz. Ayrıca davayı hangi eşin açtığının ya da davayı açan eşin ilk davada daha kusurlu olduğu gerekçesiyle davanın reddedilmesinin de önemi yoktur (Özgül, 2021). İlk davadaki red kararı yeni açılacak dava açısından tarafları aynı olsa da dava sebebi farklı olduğundan (HMK 303) kesin hüküm teşkil etmeyecektir (Topak, 2021 s. 57).

Yabancı mahkemede verilen boşanma davasının reddi kararı da fiili ayrılık sebebiyle açılan boşanma davasındaki şartı sağlamaktadır. Ancak bu kararın Türk Mahkemeleri'nde tanınması ve tanıma kararının da kesinleşmesi gerekmektedir. Bu durumda üç yıllık süre yabancı mahkeme kararının kesinleşmesinden itibaren değil Türk Mahkemesi'ndeki tanıma kararının kesinleşmesinden itibaren başlayacaktır (Özgül, 2021).

Diğer bir şart da red kararının kesinleşmesinden itibaren üç yıl boyunca tarafların ayrı yaşamaları, ortak hayatı yeniden kurmamış olmalıdır. Üç yıllık süre özel dava şartı olduğundan üç yıl dolmadan dava açılmayacaktır. Bu süre boyunca eşlerin çocukları için okul toplantısı, mezuniyet, doğum günü vs. gibi belirli günlerde bir araya gelmesi ortak hayatın yeniden kurulması şeklinde yorumlanamaz (Topak, 2021 s. 57).

1.3.2.3 Anlaşmalı boşanma davası

Evlilik birliğini devam ettirmek istemeyen tarafların, hür iradeleriyle boşanmanın sonuçlarında anlaşarak evliliklerini sona erdirdikleri dava türü, anlaşmalı boşanma davasıdır. Bu dava türünde eşler boşanmaya sebep olan vakıaları ispatlamak zorunda olmadığı gibi eşlerin kusuru yönünden de bir değerlendirme yapılmaz (Seçer, 2016). Evlilik birliğinin en az bir yıl sürmesi şartı ile eşlerin mahkemeye birlikte müracaat etmesi veya birinin açmış olduğu davanın diğeri tarafından kabul edilmesi durumunda evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı kabul edilmektedir (TMK 166/3).

Anlaşmalı boşanma davasında eşlerin serbest iradesi esas alınmaktadır. Eşlerin serbest ve ortak iradeleri doğrultusunda birlikte müracaat etmeleri ya da eşlerden birinin açtığı boşanma davasını diğer eşin kabul etmesi halinde, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı bir karine olarak kabul edilmektedir (Yücel, 2018). Hakim tarafından, ortak hayatın çekilmez duruma gelip gelmediği konusunda araştırma yapılmamaktadır. Bu sebeple de mutlak boşanma sebeplerindendir (Sargın, 2020)

Anlaşmalı boşanma davasında eşlerin birlikte mahkemeye başvurusu veya bir tarafın açtığı davayı diğer tarafın kabul etmesi durumunda evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı karine olarak kabul edilse de boşanma kararı verilmesi için yeterli değildir. Evliliğin en az bir yıl sürmüş olması, hakimin bizzat dinlediği tarafların iradelerinin serbestçe açıklanıp açıklanmadığı konusunda kanaatinin oluşması, boşanmanın mali sonuçlarına ilişkin ve çocukların durumu hakkında yapılan protokolün yine hakim tarafından uygun bulunması da gerekmektedir (TMK 166/3). Bu bağlamda hakimin boşanma kararı vermesi için tarafların iradelerini ortaya koymaları yeterli görülmemiş, anlaşma protokolünün uygunluğu noktasında ve tarafların iradelerini serbestçe ortaya koyup koymadıkları hususunda hakime takdir yetkisi verilmiştir.

Madde hükmü gereği, boşanmanın mali sonuçlarına ilişkin ve çocukların durumu hakkında taraflarca yapılan anlaşmada tarafların ve çocukların menfaati doğrultusunda hakim değışiklik yapabilmektedir. Yapılan değışikliklerin de taraflarca kabulü halinde hakim boşanmaya karar vermektedir (TMK 166/3). Burada boşanma davalarına ilişkin özel usul kurallarının düzenlendiği TMK 184. maddesi 3. fıkra hükmündeki, tarafların ikrarının hakimi bağlamayacağı kuralının istisnası söz konusudur. Zira madde hükmünde de açıkça belirtilmiştir (TMK 166/3).



2. HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU YARGILAMA İLKELERİNİN BOŞANMA DAVALARI YARGILAMA İLKELERİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

2.1 Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki Yargılamaya Hakim Olan İlkeler

2.1.1 Boşanma davasında tasarruf ilkesi

Yargılamaya hakim olan ilkelere tasarruf ilkesi, maddi hukukta taraflara tanınan irade serbestisinin yargılamadaki görünümüdür (Yıldırım, 2016). Tasarruf ilkesi HMK 24. maddesinde düzenlenmiş olup, madde hükmünde, hakimin taraflarca talepte bulunulmadan, kendiliğinden davayı incelemeyeceği, kimsenin lehine bir davayı açmaya ve haklarını talep etmeye zorlanamayacağı ve tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği davada tasarruf yetkisinin devam ettiği, düzenleme altına alınmıştır. Mukayeseli hukukta “*davacının olmadığı yerde hâkim yoktur*” Yıldırım, (2016) sözüyle vurgulanan, tasarruf ilkesi gereği davacı, özgür iradesi ile hakkını talep etmek isterse davasının konusunu serbestçe belirleyerek davasını açabilecektir. Davacı dava açmadan, hakim kendiliğinden davayı inceleyemeyecek ve davacının talep etmediği bir şey hakkında da karar veremeyecektir (Pekcanıtez ve diğ. 2018, s.179-180).

Tasarruf ilkesinin bir sonucu olarak, dava dilekçesinde, yalnızca mahkemenin hukuki koruma talep edilmesi yeterli görülmemiş, davacının, kendisi lehine nasıl bir hüküm verilmesini istediğini, açık ve net bir şekilde belirtmesi gerektiği kanunda düzenlenmiştir (HMK 119/1-ğ).

Tarafların tasarruf yetkisi, davanın açılmasından sonra da devam etmektedir. Tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabildikleri davalarda davacı, davasını devam ettirmek zorunda değildir. Eğer isterse davasını geri alabilecek, davadan ve kanun yollarına başvurma hakkından feragat edebilecek ya da davalı tarafla sulh olabilecektir. Yine davalı da tasarruf ilkesi gereği davayı kabul edebilecek ve isterse davacı ile sulh olabilecektir (Ercan, 2014). Tarafların özgür iradeleri ile yapmış

oldukları tüm bu işlemler medeni yargılamada yargılamaya hakim olan usul ilkelerinden tasarruf ilkesinin sonucudur.

Tasarruf ilkesinin karşısı re'sen harekete geçme ilkesidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmese de doktrinde tasarruf ilkesinin karşıt görünümü olarak belirtilmektedir. Kamu yararı gereği hakim, talep olmadan harekete geçmesi, yargılama faaliyeti yürütmesidir. Bazı istisnai hallerde hakim re'sen harekete geçebilse de medeni yargılama hukukunda özellikle çekişmeli yargıda genel kural tasarruf ilkesidir (Arslan ve diğ. 2018, s. 153).

Kamu yararı gereği kanunda belirtilen bazı hallerde savcı da dava açmaktadır. Örneğin evliliğin butlanı davasını (TMK 146) savcı da açmakta, bunun dışında evlenme yoluyla soybağının kurulmasına itiraz savcı tarafından da yapılmakta (TMK 294) ve tanınmanın iptali davası da savcı tarafından açılabilir (TMK 298). Ancak savcının dava açması hallerinde de hakim re'sen harekete geçmemekte, savcının açmış olduğu davada yargılama faaliyetini yürütmektedir (Arslan ve diğ. 2018, s. 152-153).

Boşanma davaları da tasarruf ilkesinin geçerli olduğu dava türlerindendir. Taraflar boşanma konusundaki özgür iradeleri ile dava açma konusunda serbesttir. Mahkeme tarafların talebi olmaksızın boşanma davasına bakamaz ve açılan davada da yine talep olmaksızın boşanma kararı veremez. Hakim tarafların talebiyle bağlı olup, talepten fazlasına hükmedemeyeceği gibi talep edilenin dışında da bir karar veremez. Ancak boşanma davalarında bunun bir istisnası olup, TMK 170/3. maddesi uyarınca ortak hayatın yeniden kurulması ihtimali varsa hakim, boşanma davasında talep olmasa dahi ayrılık kararı verebilir. Ancak ayrılık talep edilmesi halinde hakim boşanmaya hükmedemez. Burada tasarruf ilkesinin boşanma yargılamasında TMK 170/3. maddesi ile getirilmiş bir istisnası söz konusudur. Diğer bir istisna ise çocuklarla ilgili konularda velayet, nafaka ve çocukla kişisel ilişki kurulması taleplerinde hakim, çocuğun üstün menfaati gereği taleple bağlı olmamasıdır. Bu konularda hakim, çocuğun çıkarları doğrultusunda re'sen karar verebilmektedir (Topak, 2021, s.66-67).

Tasarruf ilkesinin boşanma davalarındaki bir diğer istisnası da hakim, talep olmadan geçici hukuki koruma kararları verebilmesidir. Hakim, davanın açılması ile birlikte talep olmadan, tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacağı

konularda, çocukların bakım ve korunmasına, eşlerin barınma ve geçimine yönelik ve ayrıca eşlerin mallarının yönetimine ilişkin geçici hukuki koruma kararları alabilir (TMK 169).

Boşanma davalarında dava konusunun belirlenmesi noktasında da tarafların tasarruf yetkisi bulunmaktadır. Boşanma talebiyle açılan bir davanın konusu, ayrılık davası olarak ıslaha gerek olmaksızın değiştirilebilir. Ancak, ayrılık talebiyle açılan bir davanın, boşanma davası olarak değiştirilmesi hususu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre kendiliğinden araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda ıslaha gerek olmaksızın ayrılık davasının boşanma davasına dönüştürülebileceğini Yılmaz, (2013) savunurken bir görüş de hakim nasıl boşanma davasında ayrılık kararı verebiliyorken, ayrılık talepli bir davada boşanma kararı veremiyorsa, davacı da ayrılık talebiyle açmış olduğu davayı, ancak ıslah veya karşı tarafın muvafakati ile boşanma davasına çevirebilir (Ercan, 2014).

Bu noktada her iki görüşü de değerlendirdiğimizde, boşanma davalarında tasarruf ilkesi ve taleple bağıllık ilkesi geçerli olsa da hakimin istisnai olarak ayrılık kararı verebilme yetkisi bulunup, ayrılık talebiyle açılan boşanma davasında boşanma kararı verme yetkisi bulunmamaktadır. Hakim talepten azına hükmedebilse de talepten fazlasına hükmedemez. Tarafların da dava konusunu tasarruf ilkesi uyarınca belirleme ve değiştirebilme hakkı bulunmaktadır. Bu doğrultuda davacı, talebinden azına yani boşanma yerine ayrılık kararı verilmesine karar verilmesini ıslaha gerek olmadan isteyebilir. Ancak ayrılık talebiyle açılan dava ancak ıslah veya karşı tarafın kabulüyle boşanma davası olarak değiştirilebilmelidir.

Boşanma davalarında, yukarıda belirtmiş olduğumuz istisnai haller dışında tasarruf ilkesi gereği hakimin kendiliğinden harekete geçerek talep olmaksızın yargılama faaliyeti yürütme yetkisi yoktur. Doktrinde bizim de katıldığımız bir görüşe göre son zamanlarda aile içi şiddet vakalarındaki artış, hayata kast ve pek fena muamelelerin artması, yaşam hakkının ihlali ve en önemlisi kadın cinayetlerinin artması, bu noktada boşanma davalarında tasarruf ilkesinin yeniden ele alınmasını gerektirmektedir. Şiddet gören kadının, kocasından korkarak boşanma davası açamaması hatta 6284 sayılı yasa uyarınca koruma dahi talep edememesi, aile içi şiddet hallerinde, Cumhuriyet Savcısı'nın re'sen harekete geçerek boşanma davası açması ve acilen şiddet gören lehine bir takım koruma tedbirlerinin alınması gerekliliğini ortaya koymaktadır. Bu sebeple bir kanuni düzenleme ile aile içi şiddet

olaylarının söz konusu olduğu hallerde tasarruf ilkesinin yeniden değerlendirilmesi uygun olacaktır (Topak, 2021, s. 69).

2.1.2 Boşanma davasında vakıaların ve delillerin taraflarca getirilmesi ilkesi

Taraflarca getirilme ilkesi, bir davada hüküm kurulabilmesi için gerekli olan dava malzemelerinin taraflarca getirilmesi ve bazı istisnalar dışında hakim kendiliğinden delil toplayamaması ve taraflarca söylenmeyen vakıaların hakim tarafından kendiliğinden dikkate alınamamasıdır (HMK 25).

Taraflarca getirilme ilkesinin gereği olarak davacı, davasında iddia ettiği tüm vakıaları, haklılığını ispata yarar tüm delillerini mahkemeye sunmakla sorumlu iken davalı da savunmasında ileri sürmüş olduğu ve haklılığını ispat edecek tüm vakıa ve delillerini mahkemeye sunmakla yükümlüdür (Arslandoğan Kurşuncu,2007, s.38, 39). Hakim taraflarca getirilen vakıalar ve delillere bağlı olarak karar vermek zorundadır. Hakim taraflarca getirilmeyen vakıa ve delilleri kendiliğinden araştıramaz. Taraflarca ileri sürülmeyen itiraz ve def’ileri de taraflara hatırlatamaz (Arslan ve diğ. 2018, s. 155)

Taraflarca getirilme ilkesinin gereği olarak taraflar delillerini açıkça belirtmelidir. Hakimin, tarafların dayandığı deliller haricinde delil toplama yetkisi yoktur. Ancak kanunda bazı istisnalara yer verilmiştir. Bilirkişi ve keşif deliline hakim kendiliğinden de başvurabilmektedir (Arslan ve diğ. 2018, s. 156). Çözümü teknik veya özel bilgi gerektiren durumlarda hakim, bilirkişinin görüşünü alma yetkisi bulunmaktadır (HMK 66). Ayrıca uyuşmazlık konusu hakkında bizzat duyu organlarıyla incelemede bulunmak amacıyla, keşif yapılmasına da karar verebilmektedir. Bunun dışında ticari uyuşmazlıklarda re’sen ticari defterlerin ibrazını isteme yetkisi de bulunmaktadır (HMK 222/1).

Taraflarca getirilme ilkesinin bir diğer istisnası da hakim davayı aydınlatma görevidir. Hakim bu çerçevede davanın aydınlatılması açısından gerek gördüğü delillerin gösterilmesini ve dosyaya sunulmasını isteyebilir (HMK 31). Ayrıca talep olmasa dahi isticvaba da karar verebilir (169/1). Tüm bu belirttiğimiz hususlar kanunda belirtilen istisnai haller olup, bunun dışında hakim taraflarca getirilme ilkesi gereği re’sen delil toplayamaz.

Özel hukukta kamu yararı değil bireylerin yararı üstün tutulduğundan, maddi gerçeğe ulaşma noktasında taraflar kendi hak ve menfaatlerini koruyarak hükme esas

alınacak delilleri en iyi şekilde mahkemeye sunacağından, taraflarca getirilme ilkesi medeni yargılamada benimsenmiş bir ilkedir (Akkaya, 2017, s. 86).

Taraflarca getirilme ilkesinin karşıtı re'sen araştırma ilkesidir. Ancak kanunda düzenlenmiş bir ilke değildir. Davada vakıaların ve delillerin taraflarca getirilmesinden ziyade hakiminde bu konuda görevli olması şeklinde ifade edilebilir. Çekişmesiz yargıda re'sen araştırma ilkesi geçerlidir. Çekişmeli yargıda ise kamu yararı gereği tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacağı davalarda re'sen araştırma ilkesi uygulama alanı bulmaktadır (Arslan ve diğ. 2018, s. 156)

Boşanma davalarında Yargıtay'ın görüşü taraflarca getirilme ilkesinin benimsendiği yönündedir¹⁰. Boşanma davalarında hakim, taraflarca ileri sürülmeyen delilleri re'sen araştıramayacak, tarafların ileri sürdüğü vaka ve deliller üzerinden hüküm kuracaktır. Örneğin zina sebebiyle açılan boşanma davasında hakim zina sebeplerinin var olup olmadığını re'sen araştıramayacak, taraflarca sunulan deliller üzerinden karar verecektir (Topak, 2021, s. 63).

Boşanma davalarında Yargıtay'ın görüşü taraflarca getirilme ilkesinin benimsendiği yönünde olsa da doktrinde bu konuda farklı görüşler bulunmaktadır. Doktrinde, boşanmada re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu yönünde görüşler bulunmaktadır. Bu görüşe göre boşanma davaları kamu düzenine ilişkin olduğundan mahkemenin, tarafların ileri sürmüş olduğu vakıalar ve delillerle bağlı olmayıp, maddi gerçeğe ulaşabilmesi için delilleri re'se araştırması ve toplaması gerekmektedir (Karslı, 2020, s. 250) (Özsumcu, 2014, s. 146). Bu doğrultuda hakim, taraflarca ileri sürülmeyen boşanma sebeplerini dahi kendiliğinden araştırabileceği gibi boşanma davasının reddine sebep olabilecek vakıa ve delilleri de toplayabilecektir. Tüm bunlar kamu düzeni gereği hakim maddi gerçeğe ulaşabilmesi için gerekmektedir.

¹⁰ Y. 2. HD, 13.11.2017, E. 2016/6993 K. 2017/12585. ".....Kanunda öngörölmüş istisnalar dışında, hakim iki tarafın birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz (HMK m.25/1). O halde, mahkemece ancak tarafların dilekçelerinde dayandıkları vakıalar hakkında inceleme ve değerlendirme yapılabilmektedir.4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 184. maddesinde "Boşanmada yargılama usulü" ayrıca düzenlenmiş; anılan maddenin ilk fıkrasında "Boşanmada yargılama, aşağıdaki kurallar saklı kalmak üzere Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa tabidir" hükmüne yer verilerek, maddede sayılan istisnalar dışında, boşanma davalarının genel yargılama usulüne tabi olduğu belirtilmiştir. Boşanmada genel yargılama usulünün uygulanmasına ayırık olan kurallar ve uygulanması gereken özel usuller, Türk Medeni Kanununun 184. maddesinde sınırlı olarak belirtilmiş olmasına karşın; bu sınırlamalar ve istisnalar içinde, tarafların dayanmadığı vakıaların değerlendirmede esas alınacağına dair özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir....."

Diğer bir görüş ise boşanma davalarında sınırlı re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu yönündedir. Bu görüşe göre TMK 184. maddesinde belirlenen, boşanma davasında dayanak gösterilen olguların varlığına hakim vicdanen kanaat getirmediği ispatlanmış saymayacağı, tarafların ikrarının bağlayıcı olmadığı ve yemin deliline başvurulamaması şeklindeki usul kurallarının, hakime maddi gerçeğe ulaşma noktasında re'sen delil toplama yetkisi verdiği belirtilmektedir. Taraflar boşanma davasına dayanak olarak gösterdiği vakıaları mahkemeye sunacak, mahkeme de vicdani kanaatinin oluşabilmesi için re'sen delilleri toplayacaktır. Burada boşanma davalarında HMK 25 taraflarca getirilme ilkesi ile TMK 184. maddesindeki usul kuralları birlikte ele alındığında, re'sen araştırma ilkesinin sınırı sadece taraflarca mahkemeye sunulan vakıaların doğruluğunun tespitine yönelik mahkemenin delil toplamasıdır (Ercan, 2014), (Akkaya, 2017, s. 116-117).

2.1.3 Boşanma davasında taleple bağıllık ilkesi

Hakimin, tarafların talepleriyle bağılı olması, taraflarca talep edilmeyen bir konu hakkında karar verememesi, ancak duruma göre talepten azına karar vermesi taleple bağıllık ilkesinin sonucudur. (HMK 26) Bu noktada tarafların dava açarken taleplerini açık bir şekilde belirtmeleri büyük önem taşımaktadır. Kanun hükmünde hakim taleple bağılı olmadığına ilişkin kanun hükümleri de saklı tutulmuştur.

Taleple bağıllık ilkesi tasarruf ilkesinin bir sonucudur. Hakim talepten fazlasına hükmedemeyeceği gibi talep edilen dışında başka bir karar da veremeyecektir.

Ancak hakim, talep edilenden azına hükmedebilecektir. Bu doğrultuda, hakim kararını, tarafların dilekçelerinde talep etmiş oldukları hususlar çerçevesinde oluşturacaktır. Kanunda açıkça belirtilen bazı hallerde hakim tarafların talepleriyle bağılı değildir (Oğuz, 2016).

Yukarıda da belirttiğimiz üzere boşanma davalarında da tasarruf ilkesi gereği taleple bağıllık ilkesi geçerlidir. Ancak hakim TMK 170/3 hükmü gereği boşanma davalarında eşlerin ortak hayatın yeniden kurulması ihtimali bulunması halinde ayrılık kararı verebilecektir. Ancak hakim tarafından ayrılık kararı verilmişse ve taraflar yeniden bir araya gelemediğinden tekrar boşanma davası açmışlarsa hakim burada ikinci kez ayrılık kararı veremeyecek, boşanma talebi doğrultusunda kabul ya da red kararı verecektir (Akkaya, 2017, s. 124). Bunun dışında HMK 170/2 gereği

ayrılık talebiyle açılan davada boşanma sebepleri var olsa da hakim talepten fazlasına boşanmaya hükmedemeyecektir.

Boşanma davalarında taleple bağıllık ilkesinin bir diğer istisnası da yukarıda tasarruf ilkesi başlığı altında da belirttiğimiz üzere eşlerin barınmasına, geçimine, çocukların barınmasına ve korunmasına, eşlerin mal varlığının yönetilmesine ilişkin geçici hukuki koruma önlemler hakkında hakim talep olmasa da re'sen karar verebilmesidir. Boşanma davasında boşanma kararı kesinleşinceye kadar eşlerin evlilik birliğinden kaynaklanan yükümlülükleri de devam edeceğinden, burada aile mahkemesi hakimine, aile birliğinin korunması, eşlerin ve çocukların haklarının korunması ve mağduriyetlerin önlenmesi amacıyla talep olmaksızın re'sen karar verme yetki ve görevi verilmiştir (Topak, 2021 s.419-420).

2.1.4 Boşanma davasında aleniyet ilkesi

Anayasa'mızın 141. maddesi "*Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır*" hükmü ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 6. maddesi "*Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir.*" hükmü ile benimsenen aleniyet ilkesi HMK 28. maddesinde düzenleme altına alınmıştır. Duruşmaların ve kararların herkese açık olması, duruşmaların ancak genel ahlak ve kamu güvenliğinin ya da ilgililerin korunmaya değer yararının kesin olarak gerekli kıldığı takdirde ilgilinin talebi üzerine yahut re'sen gizli yapılabileceği aleniyet ilkesi başlığı altında düzenlenmiştir (Topak, 2021, s. 98). Bu bağlamda, asıl olan duruşmaların herkes tarafından izlenebilmesi ve verilen hükmün de herkese açık olması iken madde hükmünde belirtilen hallerin gerekli kılması halinde ilgililerin talebi veya re'sen gizlilik kararı verilebilecektir.

Boşanma davaları açısından da aleniyet ilkesi geçerlidir. Boşanma davalarında da duruşmalar herkese açıktır, taraf olmayan üçüncü kişiler ve ilgililer duruşmaları izleyebilecektir ve verilen karar herkese açıktır. Ancak yukarıda belirtmiş olduğumuz HMK/28/2'de belirtilen hallerin gerekli kılması halinde hakim, gizlilik kararı verebilecektir (Arslandoğan Kurşuncu, 2007, s.77).

Yargılamanın aleni olarak yapılması basın tarafından izlenebilmesini de kapsar. Ancak HMK 153 madde hükmü gereği duruşmada fotoğraf çekilmesi ve ses ve görüntü kaydı alınması yasak olduğundan, basın duruşmada ses ve görüntü kaydı alamayacaktır (Pekcanıtez ve diğ. 2018, s.194).

Aleniyet kural olarak duruşmaların herkese açık olması ve kararın tefhimin de aynı şekilde aleni olarak yapılmasıdır. Ancak bu aleniyet, dava dosyasındaki bütün belgelere herkesin ulaşabilmesi imkanını vermez. Dava dosyası taraflara, fer'i müdahil ve avukatlara açıktır, dava dosyasını her zaman inceleyebilirler ancak dava dosyasında taraf olmayan bir şahsın her ne kadar duruşmaları izleme hakkı olsa da dosyayı inceleme yetkisi bulunmamaktadır (Arslan ve diğ., 2018, s. 149)

Boşanma davalarında ise, TMK 184. maddesinde belirtilen usul hükümlerinden, TMK 184/6 “ *Hâkim, taraflardan birinin istemi üzerine duruşmanın gizli yapılmasına karar verebilir.*” hükmü de taraflardan birinin istemi üzerine duruşmanın gizli yapılabileceğini göstermektedir.

Hukukumuzda boşanma davaları yargılama sırasında duruşmaların aleni olarak yapılması asıl olup, TMK 184/6 çerçevesinde taraflardan birinin istemi üzerine duruşmalar gizli yapılabilmektedir. Alman hukukunda ise evliliğe ilişkin yargılamalar aleni değildir. Yine Japonya’da ise aile mahkemelerindeki davaların tamamı kapalı olarak yapılmakta ve birçok Avrupa ülkesinde basının oturumlarda basın tarafından fotoğraf çekilmesi, ses ve görüntü kaydı alınması yasaktır (Baktır, 2003, s.80).

Kanımızca boşanma davaları yargılama sürecinin ailenin özel hayatına, mahremiyetine ilişkin olması sebebiyle duruşmaların kapalı olarak yapılması ve bu konuda TMK 184/5 hükmündeki taraflardan birinin istemi üzerine gizli yapılabileceği hükmü yerine boşanma davalarında duruşmaların kapalı olması yönünde bir düzenleme olması özel hayatın gizliliği ve kişilik hakları yönünden daha olumlu sonuçlar doğuracaktır.

2.1.5 Hukuki dinlenilme hakkı

Anayasamızın 36. Maddesi “*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*” hükmü ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak hukuki dinlenilme hakkı güvence altına alınmıştır. Bu doğrultuda hukuki dinlenilme hakkı başlığı altında

HMK 27. maddesi ile de açıkça yargılama ilkelerinden biri olarak düzenleme altına alınarak, davanın tarafları, davaya müdahil olanlar ve davanın diğer ilgililerinin kendi hakları ile ilgi olarak hukuki dinlenilme hakkına sahip olduğu açıkça belirtilmiştir (Gençcan, 2019, s.480-494).

Hukuki dinlenilme hakkının ilk unsuru tarafların haklarında açılmış bir davadan haberdar olması, bilgi sahibi olması hakkıdır. Davalıya usulüne uygun tebligat yapılması ve davada taraf teşkili sağlanmadan herhangi bir işlem yapılamaması hukuki dinlenilme hakkının bir gereğidir.

Hukuki dinlenilme hakkının bir diğer unsuru da ispat ve açıklama hakkıdır. Bu noktada davacının iddiasına dayanak gösterdiği tüm olguları açıklaması, delillerini ortaya koyabilmesi, davalının da savunma sebeplerine dayanak tüm olguları, tüm ispat vasıtalarını delillerini ortaya koyabilmesidir. Bu bağlamda mahkemenin tarafların açıklamalarını dikkate alarak ve kararını da somut gerekçelere dayandırarak gerekçelendirmesi ve tüm bu hususlara gerekçeli kararında yer vermesi de hukuki dinlenilme hakkının bir gereğidir (Arslan ve diğ., 2018, s. 150-152).

Boşanma davasında da hukuki dinlenilme hakkı gereği tarafların mahkemenin yapmış olduğu işlemleri ve karşı tarafça yapılan işlemleri bilme hakkı olduğu gibi duruşma günlerini bilme, davada iddia ve savunmalarını ortaya koyma ve delillerini bildirme hakları bulunmaktadır. Bu hak adil yargılanma hakkının bir unsuru olan hukuki dinlenilme hakkının sonucudur. Boşanma davası açısından ele aldığımızda, dava dilekçesinin tebliği ile birlikte davalı, hakkında neye dayanılarak dava açıldığını bilecek ve o da savunmalarını yapabilecektir. Davacı davasını ispat edecek tüm delillerini ortaya koyacakken, davalı da savunmasını ispat edecek delillerini ortaya koyacaktır ve taraflar kendi aleyhine olarak bildirilen delilleri bilecektir.

Hukuki dinlenilme hakkı gereği, mahkeme tarafından verilen kararlar somut gerekçelere dayandırılacaktır. Boşanma davasında da hakim boşanma davasının kabulüne karar veriyorsa boşanma sebeplerinin gerçekleştiği yönündeki kanaatini hangi delillere dayanarak verdiğini açıklayacakken, boşanma davasının reddi kararında da red kararını somut gerekçelere dayandırarak gerekçeli kararını verecektir.

2.1.6 Boşanma davasında hâkimin davayı aydınlatma ödevi

Hakimin davayı aydınlatma ödevi yargılamanın ilkelerinden biri olarak HMK 31. maddesinde düzenlenmiştir. Hakimin çelişkili veya belirsiz olarak gördüğü hususlarda taraflara soru sorabilmesi, açıklama yaptırabilmesi ve delil göstermelerini istemesi davayı aydınlatma ödevinin gereğidir. Tasarruf ilkesi ile taraflarca getirilme ilkesinin istisnası olan aydınlatma ödevi hakimin, taraflarca bildirilen vakıaların eksik bildirilmesi ya da çelişkili beyanlarda bulunulması ve dosya kapsamında çelişkili durumların olduğunun anlaşılması halinde, somut gerçekliğe ulaşabilmek adına taraflara soru sormak ve açıklama yaptırmak zorunda olmasıdır. Zira hakimin bir davada hukuku doğru uygulayabilmesi için getirilen dava malzemesinin çelişkiden uzak ve anlaşılır olması gerekmektedir. Bu sebeple hakim, öncelikle taraflara anlaşılmayan veya çelişkili hususlarda açıklama yaptırabilir veya soru sorabilir. Ayrıca taraflardan delil gösterilmesi de istenebilir.

Tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde ancak çelişkili ve anlaşılmayan hususlarda, davacının iddiasını ispatlayamayıp, davalının da aksini ispatlayamadığı bir davada hakim hukuku doğru uygulayabilmek amacıyla aydınlatma ödevi gereği delil gösterilmesini isteyebilir (Arslan ve diğ. 2018, s. 162).

Boşanma davalarında da hakimin davayı aydınlatma ödevi ilkesi geçerlidir. Örneğin geçimsizlik sebebiyle açılan bir boşanma davasında, davacı tarafından evliliklerinde geçimsizlik yaratan vakıaların neler olduğunun tam olarak açıklanmaması halinde hakim iddialarını somutlaştırmasını, geçimsizlik teşkil eden olayların neler olduğunu açıklamasını davacıdan isteyebilecektir (Akkaya, 2017, s. 149). Aksi halde geçimsizlik teşkil eden olaylar somutlaştırılmadığı takdirde, boşanma davası reddedilecektir (Budak, 2013, s. 39). Yine başka bir örnekte, davacı tarafından boşanma talebi ile birlikte manevi tazminat talebinde bulunulması, ancak tazminat miktarının belirtilmemesi halinde HMK 31. maddesi doğrultusunda hakim, davayı aydınlatma ödevi gereği davacıdan bu konuda bir açıklama yapmasını istemelidir. Yargıtay'ın görüşü de bu doğrultudadır (Gençcan, 2019, s. 510). Bunun dışında eşin nafaka talebinde bulunması ancak iştirak nafakası mı yoksa yoksulluk nafakası mı olduğu yönünde bir açıklamada bulunmaması halinde hakim, nafakanın türünü açıklamasını istemelidir.

Hakimin somut gerçeklere ulaşabilmesi için davada ileri sürülen vakıaların ve talebin açık ve net bir şekilde anlaşılabilir olması gerekmektedir. Hakim doğru bir karar verebilmek için taraflardan aydınlatma ödevi ilkesi çerçevesinde açıklama isteyebilmektedir. Ancak bu açıklamalar çelişkili ve anlaşılmayan hususların anlaşılması amacıyla yapılan açıklamalardır. İddianın ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı gereği taraflar yeni vakıa sunamaz, taraf değişikliği de yapamaz (Arslandoğan Kurşuncu, 2007, s. 45).

2.1.7 Boşanma davasında dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü

Dürüstlük kuralının düzenlendiği TMK 2. maddesindeki “*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır.*” hükmünün HMK 29. maddesinde dürüst davranma ve doğruyu söyleme başlığı altında tekrar edilmesi Gençcan, (2019, s. 510), hukukumuzda dürüstlük kuralına uyulması ve ileri sürülen vakıaların gerçeğe uygun bir şekilde açıklanması olgusunun ne kadar önemli olduğunu göstermektedir. Bir davada dürüstlük kuralına uyulmaması ve gerçeğe aykırı beyanlarda bulunulduğunun anlaşılması halinde dürüstlük kuralına aykırı davranan taraf aleyhine bir karar verileceği açıktır. Eğer davacı ise davası reddedilecek davalı ise davanın kabulü ile kendisi aleyhine bir karar ile karşı karşıya kalacaktır.

Tarafların kendileri aleyhine olacak bir açıklama yapmaları kendilerinden beklenemez, bu doğrultuda taraflar kendileri ile ilgili olarak hangi konularda açıklama yapmak istiyorlarsa, o konuda açıklama yapma konusunda serbesttir. Ancak her ne kadar kendileri hakkında açıklama yapma noktasında serbest olsalar da mahkemede ileri sürdükleri hususlarda doğruyu söylemek ve gerçeğe aykırı beyanda bulunmamak zorundalardır. Bunun dışında taraflar kendisi hakkında suç teşkil eden bir konuda veya ahlaka aykırı bir konuda açıklama yapmak zorunda bırakılmamalıdır. Tüm bu hususlar tarafların kanuni temsilci ve vekilleri içinde geçerlidir (Pekcanitez ve diğ. 2018, s. 198).

Boşanma davalarında da aynı şekilde taraflar için dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü söz konusudur. Taraflar davanın dayanağı olan vakıaları gerçeğe uygun bir şekilde söylemeli, dürüst davranmalıdır. Ancak bu yükümlülüğün istisnaları da bulunmaktadır. Örneğin taraf, beyanda bulunması halinde bir

soruşturma veya kovuşturma ile karşılaşacaksa veya doğruyu söylediğinde namusu ve onuru etkilenecekse, burada tarafların doğruyu söyleme yükümlülüğünden söz edilemez. Taraflar yalan söylemek yerine sessiz kalabilirler (Gençcan, 2019, s. 510).

Örneğin, darp sebebiyle açılan bir boşanma davasında darp olayı TCK açısından da suç teşkil edeceğinden, darp fiilini işleyen eşin kabul etmek yerine sessiz kalmayı tercih etmesi de örnek olarak gösterilebilir.

2.1.8 Boşanma davasında usul ekonomisi ilkesi

Anayasamızın 141/4. maddesi "*Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.*" hükmü ile yine adil yargılanma hakkının bir gereği olarak mahkemelere davaları en basit ve hızlı şekilde ve makul sürede bitirme yükümlülüğü getirilmiştir (Yılmaz, 2008). Bu yükümlülük HKM 30. maddesinde tekrar düzenleme altına alınarak, yargılamanın ilkelerinden biri olarak benimsenmiştir. Bu doğrultuda madde hükmüne göre hakim, yargılamayı gerçekleştirirken gereksiz gider yapılmamasını sağlayarak, en az giderle en kısa sürede ve düzenli şekilde bir yargılama yapmak zorundadır.

Usul ekonomisi ilkesi adil yargılanma hakkının da bir gereğidir. Gerek Anayasamızda gerekse Avrupa İnsan Hakları sözleşmesi 6. maddesi ile yargılamanın makul bir süre içerisinde yapılması öngörülmüştür. Bunun sağlanabilmesi için de mahkemenin ve tarafların davayı uzatmaya yönelik işlemlerden kaçınması, usul ekonomisine uygun davranması gerekmektedir (Pekcanitez ve diğ. 2018, s. 192).

Yargılamanın etkin bir şekilde yürütülmesi için şekli hukuk kurallarına uygun, düzenli bir yargılama faaliyeti gerçekleştirilmelidir. Boşanma davaları yönünden de usul ekonomisi ilkesi geçerlidir. Bu noktada örneğin, boşanma davalarında davacı kadının açmış olduğu boşanma davasından ayrı, davalı kocanın da boşanma davası açması halinde davaların birleştirilmesi, yine bir boşanma davasında ceza davasının sonucunun bekletici mesele yapılması, ön sorun incelemesi ve usuli kazanılmış hak kuralı, usul ekonomisinin bir yansıması olarak karşımıza çıkmaktadır (Gençcan, 2009, s. 507, 508).

2.1.9 Boşanma davasında yargılamayı hâkimin sevk ve idare etmesi ilkesi

HMK 32. maddesinde düzenlenen hakimin yargılamayı sevk ve idaresine ilişkin düzenlemede, yargılama sürecinin hakimin sevk ve idaresinde olduğu ve düzeni

sağlamada hakimın gerekli tedbirleri alabileceği belirtilmiştir. Ayrıca okunamayan, anlaşılamayan dilekçelerin düzeltilmesi için taraflara süre verileceği ve verilen süre içerisinde dilekçe düzenlenemeyeceği de madde hükmünde düzenlenmiştir.

Davanın açılması ile birlikte mahkeme yargılama faaliyeti yürüterek makul sürede kararını vererek davayı sonuçlandırmaktadır. Bu süre zarfında hakimın yargılamanın düzeni sağlamak ve bu konuda tedbirleri almak, davayı yürütmek ve idare etmek yükümlülüğü bulunmaktadır (Pekcanıtez ve diğ. 2018, s. 183).

HMK madde 32 davanın şekli ve maddi anlamda hakim tarafından yürütülmesidir. Bu bağlamda, duruşma günlerinin belirlenmesi, duruşmaya davet, duruşmada düzenin sağlanması, taraflara söz hakkı verilmesi, taraflara soru sorulması gibi şekli anlamda bir yürütme ve idare söz konusu olduğu gibi hakimın delilleri toplaması, anlaşılmayan hususların taraflarca düzeltilmesinin istenmesi, taraflarca getirilme ilkesi çerçevesinde delillerin getirilmesi ve kararın dava dosyasının içeriğine uygun bir şekilde karar verilmesi maddi anlamda davanın yürütülmesidir (Yıldırım, 2016).

Boşanma davaları açısından da yargılamayı hakimın sevk ve idare etmesi ilkesi geçerli olup, boşanma davasının açılmasından davanın sonuçlanmasına kadar hakim yargılama faaliyetini yürütecektir.

2.1.10 Boşanma davasında hukukun uygulanması ilkesi

Hakimin Türk Hukuku'nu re'sen uygulayacağını belirten HMK 33. madde hükmü ile hakimın Anayasa, yasalar, uluslar arası sözleşmeler ve örf adet hukuku çerçevesinde bir karar vermesidir. Bu bağlamda hakim önüne gelen bir davada öncelikle hukuki sebep belirlemesi yapmalıdır. Bu noktada davacı tarafından her ne kadar bir hukuki sebep gösterilmiş olsa da hakim dava dilekçesinde ileri sürülen vakıalara dayanarak kendisi bir hukuki sebep nitelendirmesi yapmalıdır. Hatta davacı taraf bir hukuki sebep göstermese bile hakim re'sen belirleyecektir (Akil, 2008).

Hakimin hukuku bilmesi ilkesi gereği hakim, gerekçeli kararında hukuki sebepleri göstermek zorundadır (HMK 297/1-c). Anayasamızın 198. maddesi gereği hakimler Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun bir şekilde vicdani kanaatlerine göre hüküm vermektedir. Bu doğrultuda hakim, önüne gelen bir davada uygulanacak kanun hükmünün Anayasaya aykırı olduğu yönünde kanaatte bulunursa, Anayasa Mahkemesi'ne bildirerek, Anayasa Mahkemesi kararına kadar davayı geri

bırakabilir. Hakimin hukuku uygulamasının bir gereğidir (Arslan ve diğ, 2018, s. 163-164).

Boşanma davalarında da aynı şekilde hukukun uygulanması ilkesi geçerlidir. Davacının dava dilekçesinde hukuki sebebi gösterme zorunluluğu yoktur. Davacı boşanma davasına yönelik hukuki sebep göstermese de hakim davanın dayandırıldığı vakalar üzerinden bir hukuki sebep belirlemesi yapacaktır.

2.2 Boşanma Davalarına İlişkin Özel Yargılama Kuralları

2.2.1 Hâkimin vicdanen kanaat getirmiş olması

Hakimlerin vicdani kanaatlerine göre karar vermelerine yönelik düzenleme Anayasa'nın 138. Maddesinde hüküm altına alınmış olup, aynı zamanda HMK 198. maddesinde Hakimlerin delilleri serbestçe değerlendireceği hükmüne yer verilmiştir (Başözen, 2010, s.113). Hakimin vicdanen kanaat getirmiş olması, bir vakıanın gerçekleşip gerçekleşmediğine yönelik iddianın doğruluğunun, doğru olmama ihtimaline göre daha ağır basmasıdır (Yıldırım, 1990).

Hakimin, iddia edilen bir vakıanın varlığına ya da yokluğuna inandırılması, ispat faaliyetidir. Hakimin kanaatini ispatın ölçüsü şekillendirir. İddia edilen vakıaya hakim tam olarak inanması ve bu noktada makul ve kabul edilebilir bir şüphenin bulunmaması tam ispat olup, burada hakim vicdani kanaati tamdır. İddia edilen olayın gerçekleşip gerçekleşmediği noktasında tam bir kanaatin oluşmadığı ancak muhtemel görüldüğü hallerde ise yaklaşık ispatın varlığından söz edilebilir. Hukukumuzda genel kural olan ispat ölçüsü tam ispat ölçüsüdür. Ancak acele karar verilmesi gereken ve delil gösterilmesi beklenemeyecek olan durumlarda yaklaşık ispat ölçüsü de dikkate alınabilmektedir (Başözen, 2010, s. 18).

Boşanma davalarında yargılama usulünü düzenleyen TMK 184. maddesinde belirlenen usul kurallarından ilki, boşanma veya ayrılık davasında taraflarca ileri sürülen vakıaların varlığına hakim vicdani olarak kanaat getirmedeği takdirde ispatlanmış sayılmayacağıdır.

Taraflarca her ne kadar boşanma ve ayrılığa ilişkin vakıalar bir takım delillerle ispat edilmiş olsa da hakim boşanma veya ayrılık kararı verebilmesi için boşanmaya sebep olan vakıanın gerçekleştiğine dair vicdanen de kanaat getirmiş olması gerekmektedir. Aksi halde ispat edilmiş olsa dahi hakimde boşanma sebebi olarak

gösterilen vakıanın gerçekleştiğine dair kanaat oluşturmamışsa hakim davayı reddedebilecektir (Petek, 2000). Ancak Hakimin keyfi bir şekilde hareket etme serbestisi bulunmamaktadır. TMK 184 hükmü Hakimin, boşanma sebeplerinin gerçekleştiği yönünde vicdanen kanaat getirmediği sürece ikna olmadığı delillere bağlı olma zorunluluğunu kaldırmaktadır (Akıntürk, 2002, s. 272).

Deliller, kanunda belirtilmiş olup, belirli bir delille ispatın zorunlu olmadığı hallerde kanunda düzenlenmeyen delillerin de ispat vasıtası olarak kullanılabilmesi HMK 192. maddesinde açıkça düzenlenmiştir (Pekcanıtez ve diğ. 2011, s. 473). Medeni Usul Hukuk’umuzda serbest delil sistemi benimsenmiş olup, kanunda belirli bir delil ile ispat zorunluluğu bulunmayan durumlarda taraflar her türlü hukuka uygun delili ispat vasıtası olarak kullanabilecektir.

Hukukumuzda serbest delil sistemi benimsenmiş olsa da delillerin değerlendirilmesi noktasında kanuni delil sistemi benimsenmiş olup, delillerin serbestçe değerlendirilmesinin söz konusu olduğu söylenemez. Kanunda yemin, senet ve kesin hüküm olarak belirtilen kanuni delillerle ispat edilen bir vakıada, hakim bu delillerle bağlı olacaktır (Pekcanıtez ve diğ. 2011, s. 474). Ancak kanuni delil olarak belirtilen yemin, senet ve kesin hüküm dışındaki delillerin değerlendirilmesi noktasında hakim delilleri serbestçe değerlendirebilecektir.

Boşanma davasında uygulanacak usul hukuku kuralları TMK 184. maddesinde özel olarak düzenlenmiş olduğundan ve madde hükmü gereği, boşanma davasında hakim taraflarca ileri sürülen vakıaların gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda vicdanen kanaat getirmediği ispatlanmış sayılamayacağından, taraflara yemin önerilemeyeceği ve tarafların her türlü ikrarı hakimi bağlamayacağından, boşanma davasında vicdani kanaat sisteminin benimsendiğini ve delillerin değerlendirilmesi konusunda hakim geniş bir takdir yetkisinin olduğunu görmekteyiz.

Kanuni delillerden taraflara yemin önerilemeyeceği TMK 184. maddede açıkça düzenlenmiş olup, boşanma davasında senet delili söz konusu olamayacağından yalnızca kanuni delil olarak kesin hüküm deliline dayanılması durumunda hakim bu delille bağlı olacaktır. Bunun dışında hakim delilleri serbestçe değerlendirebilecektir.

İkrar her ne kadar delil olmasa da ikrar halinde çekişmeli olan konu çekişmeli olmaktan çıkmaktadır. Ancak boşanma davasında hakim ikrar söz konusu olsa dahi

ikrarla bağı olmayacak vakıanın gerçekleşip gerçekleşmediği noktasında vicdani kanaatine göre karar verecektir.

Boşanma davasında hakim kesin hüküm dışındaki delillerle bağı olmayıp vicdani kanaatine göre karar verse de kararın gerekçesini açık bir şekilde yazmak zorundadır. Zira Hakimin vicdani kanaatinin tam olmasını sağlayan kabul edilebilir gerekçeleri bulunmak zorundadır (Başözen, 2010, s. 18) Hakim tarafından verilen gerekçeli karar denetime tabi olup, kanun yolu açıktır.

2.2.2 Hâkimin boşanma davalarında gerek re'sen gerek talep üzerine yemin öneremeyecek olması

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yemin, senet ve kesin hüküm kesin deliller olarak düzenlenmiş olup, kesin delil olarak belirtilen bu delillerden biri ile taraflardan birinin dava konusu vakıayı ispat etmesi halinde, o vakıa kesin olarak ispat edilmiş sayılmaktadır. Kesin delillerden biri olan yemin HMK 225 ila 239 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Yemin, davanın çözümü bakımından önemli olan çekişmeli bir hususun gerçekleşip gerçekleşmediği yahut iddia edilen hususların doğruluğu hakkında, taraflardan birisinin kutsal saydığı değerler üzerine beyanda bulunmasıdır. Yemin edilmesi halinde, yemin edilen vakıaya ilişkin başka bir delil gösterilmesine gerek yoktur. Yemin edilen vakıa kesin olarak ispat edilmiş sayılmaktadır (Çelik, Ferhat, 2018, s. 102).

Yemin deliline başvurulamayacak haller HMK 226. maddesinde belirtilmiştir. Madde hükmüne göre, tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacağı vakıalar, iki tarafın irade açıklamalarının yeterli olmadığı haller ve yemin edecek kimsenin namusu ve onuruna etki edecek veya kişinin bir ceza soruşturması ya da kovuşturması ile karşı karşıya kalmasına sebep olacak durumlar, yemine konu olamayacaktır. Boşanma davaları da tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri bir dava türü olmadığından, boşanma davalarında TMK 184 madde hükmü ile taraflara yemin önerilemeyeceği düzenleme altına alınmıştır.

TMK 184. maddesinde düzenlenen özel usul hukuku kuralları ile boşanma davasında hakime geniş bir takdir yetkisi tanındığını görmekteyiz. Taraflarca, boşanmanın dayanağı olarak gösterilen vakıaların ispat edilmesi halinde dahi, hakimin vicdanen kanaat getirmediği, ikna olmadıkça, vakıanın ispatlanmış sayılmayacağı gibi bir düzenleme karşısında kanun koyucu, yemin gibi bir kesin delil ile hakimi bağlamak

istememiş, hakimın geniş takdir yetkisini kısıtlamamıştır. Boşanma davası kamu düzeninden olması ve hakime somut gerçekliğe ulaşma noktasında geniş bir takdir yetkisi verilmesi sebebiyle yemin delilinin kabul edilmiş olması hakimi bağlayacak ve kanaatini olumsuz yönde etkileyecektir.

Boşanma davalarının, tarafların çoğu zaman birbirlerine karşı düşmanca tavır takındıkları davalardan biri olması sebebiyle, tarafların yalan yere yemin etme olasılığı karşısında, hakimi somut gerçekten uzaklaştırarak bir karar vermesine sebep olabileceği açıktır (Topak, 2021). Yine HMK 229/1. maddesinde yemini eda etmekten kaçınma halinde yemin konusu vakıanın ikrar edilmiş sayılacağı düzenlenmiştir. İkrar boşanma davalarında kabul edilmediğinden, tarafların ikrarı hakimi bağlamayacağından, boşanma davalarında ikrarın hakimi bağlamayacağı yönündeki düzenleme ile yemin önerilemeyeceğine ilişkin düzenlemenin uyumlu olduğu görülmektedir (Petek, 2000, s.39).

2.2.3 Tarafların ikrarının hâkimi bağlamayacağı

İkrar, taraflardan birinin kendi aleyhine olan bir vakıayı kabul etmesidir. HMK 188. maddesi gereğince tarafların mahkemede ikrar etmiş oldukları vakıalar çekişmeli olmaktan çıkmakta ve ikrar olunan vakıanın ispatlanması gerekmemektedir.

Boşanma davalarında usul hukuku hükümlerini düzenleyen HMK 184. madde de tarafların her türlü ikrarının hakimi bağlamayacağı düzenleme altına alınmıştır. Bu durumda davacının boşanma davasına dayanak olarak gösterdiği vakıaların, davalı tarafından doğruluğunun kabul edilmesi halinde hakim bu ikrarla bağlı olmayacak ve boşanma davasına dayanak gösterilen vakıaları ispatlanmış saymayacaktır. Hakimın boşanma kararı verebilmesi için kabul edilen vakıaların gerçek olduğunun başka delillerle de desteklenmesi gerekecek ve hakim ileri sürülen vakıaların gerçekleştiği noktasında vicdanen kanaat getirmesi gerekecektir (Tutumlu, 2005, s. 594). İkrar boşanma davalarında tek başına bir etki yaratmazken, başka delillerle desteklenmesi halinde hakimın vicdani kanaatinin oluşmasında yardımcı olmaktadır (Akıntürk ve Ateş, 2020, s.246).

Boşanma davalarında ikrarın bağlayıcı olmaması, kararın verilmesinde hiç dikkate alınmayacağı anlamına gelmemektedir. TMK 184. maddesi ile amaçlanan ikrar edilen vakıanın çekişmeli olmaktan çıkmaması, başka delillerle de desteklenerek hakimın vicdani kanaatinin oluşmasında yardımcı olmasıdır (Aras, 2011, s. 111),

(Akil, 2013). 184. Madde de ikrarın tamamen yasaklanması gibi bir durum söz konusu değildir. Boşanma davası sırasında taraflar ileri sürülen vakıaları ikrar edebilirler ancak hakim bu ikrarla bağlı kalmayarak maddi gerçeği araştırmak, ikrar edilen vakıanın doğru olup olmadığına kanaat getirmek zorundadır.

Boşanma davalarında ikrarın hakimi bağlamayacağı kuralının istisnası anlaşmalı boşanmaya ilişkin TMK 166/3 hükmü ile getirilmiştir. Evlilik birliği en az bir yıl sürmüş ise tarafların birlikte mahkemeye başvurusu yahut birinin açtığı davayı diğerinin kabul etmesi halinde evlilik birliği temelinden sarsıldığı kanuni karine olarak kabul edilecektir. Bu durumda hakimin tarafları bizzat dinleyerek boşanma iradelerini serbestçe açıkladıklarına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ve çocukları hakkındaki hususlara ilişkin anlaşmayı uygun bulması halinde boşanma sebeplerini araştırma yoluna gitmeyecek ve tarafların boşanmalarına karar verecektir. Anlaşmalı boşanma, boşanma davalarında ikrarın hakimi bağlamayacağı kuralının istisnasıdır. Ancak hakimin anlaşmalı boşanma davasında ikrarla bağlı olmasının temel şartı bizzat dinlediği tarafların iradelerini serbestçe açıkladıklarına kanaat getirmesidir. Bu durumda boşanma sebebinin ispatlanmasına gerek bulunmamaktadır.

2.2.4 Delillerin serbestçe değerlendirilmesi

Hakimin boşanma davalarında delilleri serbestçe değerlendirmesi, yine TMK 184. maddesinde düzenleme altına alınan boşanma davalarına özgü usul kurallarından biridir. Medeni yargılamada istisnalar dışında hakim delilleri serbestçe değerlendirir. Takdiri delillerle ispatı mümkün olan davalarda hakim delilleri serbestçe değerlendirirken, kesin delillerle ispatı zorunlu olan davalarda hakim delilleri serbestçe değerlendirilmesi söz konusu olmayacak, kesin delillerin bağlayıcılığı söz konusu olacaktır. Boşanma davalarında sadece kesin hüküm kesin delil olarak kabul edildiğinden kesin hüküm dışındaki tüm delilleri hakim serbestçe değerlendirerek vicdani kanaatini oluşturacaktır (Akkaya, 2017, s. 185), (Dural ve diğ., 2019, s. 133).

Hakimin delilleri serbestçe değerlendirmesi, boşanma davasına dayanak gösterilen vakıaların delillerle ispatlanmasına rağmen hakimin keyfiyeten davayı kabul etmeyebileceği anlamına gelmemektedir. Hakim delilleri objektif ve keyfiyeten uzak bir şekilde değerlendirecek ve kararını gerekçelendirecektir. Aksi halde hakimin

hüküm kurmaya elverişli delillerin varlığına rağmen davayı reddetmesi halinde verilen karar hukuka aykırı bir karar olacaktır (Öztaş, 2015, s. 735), (Akil, 2013).

2.2.5 Boşanmanın fer'i sonuçlarına ilişkin anlaşmaların ancak hâkimin onaylamasından sonra geçerli olacağı

Boşanma davasının asli sonucu evlilik birliğinin sona ermesi iken fer'i sonuçları ise maddi manevi tazminat, nafaka, velayet ve çocukla kişisel ilişkinin kurulmasıdır. Boşanma kararı verilirken boşanmanın fer'ilerine ilişkin de karar verilir. Taraflar boşanmanın fer'i sonuçlarına ilişkin bir anlaşma yapabilir ve mahkemeye sunabilirler. Bu anlaşmanın geçerli olabilmesi için hakimin onayı gerekmektedir. Hakim, anlaşmanın tamamını onaylayabileceği gibi bir kısmını da onaylayabilir (Aras, 2011, s. 111), (Akıntürk ve Ateş, 2020, s. 282). Hakim boşanmanın fer'i sonuçlarına ilişkin anlaşmayı değerlendirirken anlaşmanın tarafların serbest iradesini yansıtıp yansıtmadığını, çocuğun velayeti ve kişisel ilişki kurulması yönündeki düzenlemelerde çocuğun menfaatinin gözetilip gözetilmediği hususlarını değerlendirilmektedir.

Boşanmanın fer'i sonuçlarına ilişkin anlaşmaların onaylanıp onaylanmaması noktasında Hakime geniş takdir yetkisi tanınmıştır (Petek, 2000). Hakkaniyete uymayan ve bir tarafın menfaatine aykırı olan sözleşmeleri hakim onaylamak zorunda değildir. Taraflar evlilik birliğini sonlandırma konusunda iradelerini açıklamış olsalar da boşanmanın mali sonuçları ve çocuklarının velayeti, nafaka ve çocukla kişisel ilişki kurulması hususlarındaki anlaşmalarında bir tarafın menfaatinin diğerine göre daha yüksek olduğu, hakkaniyetle bağdaşmayan anlaşmalar ve çocuğun menfaati gözetilmeden çocukla ilgili hususlarda yapılan anlaşmalar hakim tarafından onaylanmadıkça geçerli olmayacaktır. Burada Borçlar Hukuku sözleşmelerindeki gibi bir sözleşme serbestisi söz konusu değildir.

Boşanma davasının fer'i sonuçlarına ilişkin yapılan anlaşma, dava açılmadan önce veya dava sırasında yapılmalıdır. Boşanma kararı verilirken boşanma hükmünde boşanmanın fer'i sonuçları hakkında da hüküm kurulacağı için anlaşmanın mahkemeye sunulması gerekmektedir. Anlaşma hükümlerinin hukuki sonuç doğurabilmesi için Yargıtay'ın görüşü anlaşma hükümlerinin hüküm fıkrasında yer alması, tarafların borç ve yükümlülüklerinin tek tek belirtilmesi ve icra edilebilir bir

karar olması gerektiği yönündedir¹¹. Kararda eşler arasında yapılan anlaşmanın onaylanarak hükümde anlaşmaya atıf yapılması, ancak anlaşma hükümlerinin açıkça hüküm fıkrasında belirtilmemesi halinde hükmün icra edilebilirliği noktasında yeterli olmayacaktır (Seçer, 2016). Doktrinde bir görüşe göre kısa kararda anlaşmaya atıf yapılması ancak gerekçeli kararın hüküm kısmında anlaşma hükümlerine tek tek yer verilmesi halinde bir problem bulunmamaktadır. Ancak gerekçeli kararda dahi anlaşma hükümlerine tek tek yer verilmeyerek yalnızca anlaşmaya atıf yapılmakla yetinilmesi halinde de anlaşmanın kararın bir parçası olarak kabul edilmesi ve infazının mümkün olması gerektiği yönündedir (Özdemir, 2003).

2.2.6 Taraflardan birisinin istemi üzerine boşanma davasına ilişkin duruşmaların gizli yapılabileceği

Medeni yargılama ilkelerinden aleniyet ilkesi, anayasa ile güvence altına alınmış olup, HMK 28. maddede de düzenleme altına alınmıştır. Aleniyet ilkesi gereğince duruşmalar herkese açıktır. Davanın tarafı olmayan üçüncü kişiler dahi duruşmaları izleyebilirler. HMK 28. maddesi 2. fıkrasında genel ahlak veya kamu güvenliğinin gerekli kıldığı hallerde yahut ilgili kişilerin korunmaya değer üstün menfaatinin kesin olarak gerekli olduğu halde talep üzerine veya re'sen duruşmaların gizli yapılabileceği açık bir şekilde düzenlenmiştir.

Boşanma davasında uygulanacak usul kurallarının düzenlendiği 184. maddesinde taraflardan birisinin istemi halinde duruşmaların gizli yapılabileceği düzenlemesi aleniyet ilkesi madde hükmünün 2. fıkrasında getirilen istisnai hükümle örtüşmekle birlikte burada diğer davalara göre boşanma davasında daha esnek bir düzenleme getirildiğini görmekteyiz. Boşanma davasında taraflardan birinin talebi üzerine hakim duruşmaların gizli yapılmasına karar verebilecektir. Ancak duruşmaların gizli yapılabileceği yönündeki madde emredici bir düzenleme olmadığı için hakim talebi değerlendirecek ve duruşmaların aleni yapılmasının tarafların ve çocukların menfaatinin zarar görmesine sebep olması ihtimalini gözeterek bir karar verecektir (Ayan, 2004).

TMK 184. maddesi 6. fıkra hükmü ile duruşmaların gizli yapılabileceğine yönelik düzenleme aleniyet ilkesine ilişkin HMK 28. Madde hükmü ile örtüşmüş olduğu gibi

¹¹ Y. 2.HD, T.29.11.2010, E. 2009/17648, K. 2010/19842 “.....boşanmaya karar verilirken, protokolün (anlaşma) tasdiki hükmü yanında, protokol hükümlerinin de hüküm fıkrasına geçirilmesi gerekir....”

anayasa ile güvence altına alınan özel hayatın gizliliğine yönelik Anayasa'nın 20. Maddesinin de bir sonucudur. Boşanma davalarında boşanma sebebi olarak gösterilen vakıalar, ailenin özel hayatına ilişkin pek çok husus mahkeme önünde ileri sürülmekte olduğundan hakim tüm bu hususları değerlendirerek tarafların menfaatinin gerekli kıldığı hallerde ve genel ahlak ve kamu güvenliğinin gerekli kıldığı hallerde duruşmaların gizli yapılmasına karar verebilecektir.

Kanımızca aleniyet ilkesi başlığı altında da belirttiğimiz gibi Almanya ve Japonya örneğinde olduğu gibi evlilik birliğini ilgilendiren davaların kapalı olarak görülmesi esasının benimsenmesi özel hayatın gizliliğinin aile mahremiyetinin korunması açısından daha uygun olacaktır.

2.3 Boşanma Davalarında Aile Arabuluculuğu

2.3.1 Genel olarak arabuluculuk

Arabuluculuk, tarafsız ve bağımsız, uzmanlık eğitimi almış üçüncü bir kişinin, sistematik teknikler kullanarak aralarında uyuşmazlık bulunan tarafları bir araya getirerek ve bir iletişim süreci başlatarak, birbirlerini anlamalarını, uyuşmazlık konuları hakkında çözümü kendilerinin bulmalarını, çözüm bulamadıkları noktada çözüm önerisi getirerek uyuşmazlığı çözmeyi amaçlayan bir alternatif çözüm yöntemidir (HUAk m. 2/1-b).

Uyuşmazlıkların anlaşma yoluyla çözümü noktasında birçok alternatif çözüm yolu bulunmakla birlikte en çok başvurulanan yöntem arabuluculuktur (Tayfun, Erdem Türk, 2016). Arabuluculuk kavramı, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile 2012 yılında hukuk sistemimize girmiştir. Kanunun amacı, madde metninde belirtildiği üzere, arabuluculuk yoluyla çözümlenecek uyuşmazlıklarda uygulanacak usul ve esasları göstermektir. Kanun koyucu burada neden arabuluculuğun tercih edilmesi gerektiği değil, arabuluculuğun nasıl uygulanacağı konusunda bir düzenleme getirmiştir. Ancak Kanunun gerekçesinde, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının pek çok ülkede uygulanması ve uluslararası sözleşmelerde teşvik edilmesi, uyuşmazlığın dava yolu yerine taraf iradeleri ile sonlanmasının toplumsal barışı sağlaması ve mahkemelerinin iş yükünü azaltması şeklinde üç temel gerekçeye dayandığını görmekteyiz (Çetiner, 2020). Yine kanunun gerekçesinde, arabuluculuk yolu ile yargı yoluna başvurma imkanının kaldırılmadığı,

devletin yargı yetkisinin mutlak egemenliğine zarar vermeden uyuşmazlığın daha kolay bir şekilde çözülmesinin amaçlandığı belirtilmiştir¹². Arabulucu taraflara kendi çözüm yollarını bulmaları konusunda ortam hazırlayarak, tarafların kendi kararlarını vermesine yardımcı olmaktadır. Arabulucu mahkeme gibi bir yargılama faaliyeti yaparak yargı kararı verememektedir (Dağlıoğlu, 2020). Dolayısıyla, arabuluculuk süreci sonunda, taraflar arasında kimin haklı kimin haksız olduğu ayrımı yapılmadan her iki tarafın da menfaati doğrultusunda bir çözüm bulunmaktadır (Özbek, s. 1198) (Kekeç, 2016, s. 29).

Her türlü uyuşmazlığın çözümünde arabuluculuk çözüm yoluna başvurulması mümkün değildir. Kanuna göre, tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri iş veya işlemler kaynaklı özel hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk yoluna gidilebilecektir. Tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacakları, kamu düzenine ilişkin olan hukuki ilişkiler kaynaklı uyuşmazlıklar ve aile içi şiddet içeren uyuşmazlıklarda arabuluculuğa gidilemeyecektir (HUAKE m.1/2). Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi 48. maddesinde, her türlü şiddet iddiası içeren uyuşmazlıkların alternatif çözüm yollarıyla çözümünün yasaklanması noktasında gerekli tedbirlerin alınması gerektiği belirtilmiştir. Bu doğrultuda şiddet içeren uyuşmazlıklarda hiçbir şekilde alternatif çözüm yollarına başvurulamayacaktır.

Arabuluculuk faaliyetinin her türlü baskıdan, korkudan, tehditten uzak bir şekilde tarafların kendilerini güvende hissettikleri bir ortamda yapılması gerekmektedir. Tarafların kendilerini rahat ifade edebildiği ve diğer tarafla eşit şartlarda hissedebildiği bir ortamda ancak sağlıklı görüşme sağlanabileceğinden, şiddet iddiası içeren bir uyuşmazlığın çözümünde taraflar arasında güç dengesi sağlanamayacağı için şiddet içeren her türlü uyuşmazlığın, arabuluculuğa elverişli olmadığı kabul edilmektedir. Bu noktada şiddetin türünün (ekonomik, psikolojik, fiziksel veya cinsel şiddet olmasının) bir önemi yoktur. Şiddetin türü ne olursa olsun taraflar arasında mutlaka bir güç dengesizliği yaratacağından arabuluculuk çözüm yoluna başvurulamayacaktır (Özbek, 2016, s.1189). Arabulucu da taraflar arasında eşitlik dengesinin bozulduğu kanısına varırsa, aile içi şiddetten kaynaklanan bir sebeple bir

¹² TBMM, Yasama Dönemi 24, Yasama Yılı 2, Sıra Sayısı 233, s. 4.

tarafın diğer tarafa yönelik baskı kurduğunu hissederse, arabuluculuk faaliyetini sonlandırması gerekmektedir (Demir, 2014).

Arabuluculuğa başvurup başvurmama konusunda ve arabuluculuk sürecini devam ettirip ettirmeme konusunda iradilik esastır (HUAK m.3/1). Eğer taraflar isterse, alternatif çözüm yollarından biri olan arabuluculuğa başvurmayı tercih edebilirler. Ancak ilgili kanunlarda dava şartı olarak arabuluculuğa başvurma şartı (HUAK m. 18/A) getirilmişse bu durumda artık arabuluculuğa başvurunun iradiliğinden söz edilemeyecektir.

2.3.2 Aile arabuluculuğu

Aile Mahkemeleri Kanunu’nda arabulucuğa ilişkin açık bir düzenleme bulunmamakta, ancak usule ilişkin 7. maddesinde, Aile Mahkemelerinin davanın esasına girmeden, eşlerin ve çocukların karşı karşıya olduğu sorunları tespit ederek aile içindeki sevginin, saygının, hoşgörünün korunması açısından gerektiğinde uzmanlardan yararlanarak tarafları sulhe teşvik edeceği, ancak sulh olmazsa yargılamaya devam edileceği düzenleme altına alınmıştır (Baktır, 2007, s.76).

Aile Mahkemeleri Kanunu, eşlerin öncelikle sulh olmaları ve uyuşmazlığı barışçıl bir şekilde çözebilmeleri amacıyla hakime tarafları sulhe teşvik etme görevi vermiştir. Aile mahkemelerinin amacı, öncelikle evlilik birliğini ve aile kurumunu korumaktır. Aile Mahkemeleri bu görevi yerine getirirken yine aile mahkemesinde görevli olan psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacılardan destek alarak, bu süreci daha etkin bir şekilde yürütecektir. Bu doğrultuda Aile Mahkemeleri, taraflar arasında sulh sağlanamazsa ancak yargılamaya devam edecektir (Topak, 2021, s 367).

Mevcut hukuk sistemimizde aile arabuluculuğu alternatif çözüm yolu olarak kullanılmamaktadır. Tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacağı iş ve işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklarla, aile içi şiddet iddiası içeren uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözülemeyeceğinin açıkça düzenleme altına alınmış olması (HUAK m.1/2) sebebiyle aile hukukundan doğan uyuşmazlıkların büyük çoğunluğunun arabuluculuğa elverişli olduğu söylenemez.

Aile Mahkemelerinin sulhe teşvik görevi arabuluculuğa teşviki de içinde barındırmaktadır. Ancak arabuluculuk çözüm yoluna tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri iş ve işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda (HUAK m.1/2) gidilebileceğinden, burada hakimin tarafları arabuluculuğa teşvik

edebilmesinin sınırının Arabuluculuk Kanunu ile çizilmiş olduğunu görmekteyiz (Dağlıoğlu, 2020). Bu durumda aile hukukuna ilişkin bir uyuşmazlık ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabildiği bir uyuşmazlık türü ise arabuluculuğa elverişlidir. Ancak doktrinde aile hukukuna ilişkin davalar bakımından kanun maddesinin biraz esnetilerek bazı istisnaların getirilmesinin uygun olacağı da belirtilmektedir (Başözen, 2007) . Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Aile Arabuluculuğu hakkındaki R (98) 1 sayılı Tavsiye Kararı, aile arabuluculuğunun uygulamaya konması ve mevcut aile arabuluculuğun geliştirilmesi yönündedir (Özbek, 2005).

Aile kurumunun toplumun en temel birimi olarak kabul edilmesi ve Anayasa ile de güvence altına alınması sebebiyle aile hukukuna ilişkin işlemler, diğer özel hukuk işlemlerinden farklılık göstermektedir (Uyumaz, Erdoğan, 2015). Bu noktada, aile arabuluculuğu, diğer hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuktan fark ve önem arz etmektedir. Aile arabuluculuğu, aile içi özel meselelerin çözümüne yönelik olması ve doğrudan çocuğun menfaatine yönelik olması sebebiyle duygusal yönü daha ağır ve daha stresli olan bir alternatif çözüm yöntemidir. Çocukların menfaatinin ön plana çıkarılarak, çocuğun refahı ve mutluluğuna yönelik, anne ve babanın sorumlulukları ve yükümlülükleri dikkate alınarak bu çerçevede bir çözüme ulaşılmalıdır. Bu sebeple aile arabuluculuğu hizmetini verecek kişilerin daha kapsamlı bir eğitim sürecinden geçmesi ve bu eğitimin her yıl düzenli olarak yenileme eğitimi şeklinde tekrar edilmesi, uzmanlıklarının geliştirilmesi açısından önem arz etmektedir (Aile Arabuluculuğu Çalıştayı, 2016)

Aile Hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların her biri farklı özellik gösterdiğinden arabuluculuğa elverişli olup olmadığını, her bir uyuşmazlık için ayrı ayrı değerlendirmeliyiz. Bu noktada, evlilik birliğinin sonlandırılması, ancak mahkeme tarafından verilecek bir karar ile mümkün olduğundan ve bunun dışında, babalık, soy bağının reddi, evliliğin iptali gibi davalar da tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği davalardan olmadığından, mahkeme kararı gerektiğinden bu gibi aile hukuku davalarında arabuluculuk yoluna gidilemeyecektir (Topak,2021, 446). Bunun dışında, tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri, nişanın bozulması sebebiyle hediyelerin iadesi, maddi ve manevi tazminat davaları, boşanma sonucunda maddi manevi tazminat, mal rejimi ve yoksulluk nafakasına ilişkin konularda arabuluculuk çözüm yoluna başvurulabilecektir (Uyumaz, Erdoğan, 2015). Ancak

boşanma sebebinin aile içi şiddete dayanıyor olması halinde arabuluculuk yoluna başvurulamayacaktır.

2.3.3 Boşanma davalarında arabuluculuk

Boşanma davası evlilik birliğini sona erdiren, bozucu yenilik doğuran bir dava olup, tarafların boşanmaları için mahkeme kararı gerekmektedir. Boşanma hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olsa da aile kurumuna ilişkin olması ve kamu düzeninden sayılması sebebiyle tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri bir dava türü değildir. Bu sebeple tarafların boşanmak amacıyla arabuluculuğa başvurması mümkün değildir (Uyumaz, Erdoğan, 2015).

Boşanma davasının açılmasıyla eşlerin evlilik birliğinden kaynaklanan yükümlülükleri sona ermeyeceğinden, hakim eşlerin ve çocukların zarar görmemesi için eşlerin barınması geçimi, çocukların bakımı, korunması gibi konularda bir takım geçici önlemler alabilmektedir (TMK m.169). Bu bağlamda boşanma davasının açılması ile birlikte ihtiyacı olan eşin geçinebilmesi ve bakımı için diğer eşin ödeyeceği tedbir nafakası da geçici önlemlerdendir. Alınacak geçici önlemler ve tedbir nafakası kararı da tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği davalardan olmadığından, arabulucuya başvurulması mümkün değildir. Zira geçici önlemler ve tedbir nafakası kararı da ancak mahkeme kararı ile verilebilir (Dağlıoğlu, 2020).

Boşanma talebiyle her ne kadar arabulucuya başvurulması mümkün değilse de mahkeme tarafından boşanma kararının verilmesinden sonraki mal varlığına ilişkin, parasal taleplerin arabuluculuğa elverişli olduğu söylenebilir. Bu noktada, boşanma kararı sonrası parasal talepler açısından arabuluculuğa başvurulabilmesi için boşanma sebebinin aile içi şiddet iddiasına dayanmaması gerekmektedir. Aile içi şiddet iddiası içeren uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözülemeyeceğinin açıkça düzenleme altına alınmış olması (HUAK m.1/2) sebebiyle aile içi şiddet iddiası içeren bir boşanma davası sonrası verilen boşanma kararı sonrasındaki parasal talepler hakkında da arabulucuya başvurulamayacaktır.

Şiddet iddiası içermeyen bir boşanma kararı sonrası yoksulluk nafakası, maddi ve manevi tazminat davası ve mal rejimi davaları tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği, mal varlığına yönelik, parasal talepleri içeren davalar olduğundan bu davaların arabuluculuğa elverişli davalar olduğu söylenebilir.

Boşanmanın çocuğa ilişkin sonuçları, çocuğun velayeti, çocukla kişisel ilişki kurulması ve çocuğun bakımı konusu sadece tarafları değil çocukları ilgilendiren ve çocukların üstün menfaatinin gözetilmesi gereken davalardır. Kamu düzeninden olması ve tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacağı davalardan olması sebebiyle arabuluculuğa elverişli değildir (Dağlıoğlu, 2020). Çocuklar kendi haklarını koruyabilecek durumda olmadığından, birbirlerine husumet besleyen ve hatta çoğu zaman çocukları davada koz olarak gösteren taraflar, boşanmanın çocuklara ilişkin sonuçlarına yönelik çocuğun üstün yararı doğrultusunda bir karar veremeyebilirler. Bu sebeple çocuğa ilişkin, taraflar bir anlaşmaya varmış olsa da bu anlaşma hükümleri hakim tarafından onaylanmadıkça geçerli olmayacaktır. Hakim çocuğun velayetinin kime verileceği, velayet kendinse bırakılmayan tarafla kişisel ilişki kurulması ve çocuğun bakımı konusunda ne kadar iştirak nafakası verilmesi gerektiği konusunda taraflardan ziyade çocuğun menfaati üstün tutularak hakim müdahalede bulunabilmektedir. Bu sebeple boşanmanın çocuklara ilişkin sonuçları bakımından tarafların irade serbestisi bulunmadığından arabuluculuk yoluna gidilemeyecektir (Kaplan Güler, 2014, s. 167-182-193).

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Aile Arabuluculuğu hakkındaki R (98) 1 sayılı Tavsiye Kararı boşanmanın çocuğa ilişkin sonuçlarından velayet ve çocukla kişisel ilişki kurulması konularında arabuluculuğa gidilebileceğini öngörmektedir. Boşanma ve ayrılık süreci, tarafların ilişkilerinin daha da kötüleşmesi sonucunu doğuracağından, bu durum çocuğun velayeti ve çocukla kişisel ilişki kurulması noktasında sıkıntılar yaratmaktadır. Bu durumda tarafların, mahkemenin vermiş olduğu kararı uygulamaktan uzaklaşarak, birbirlerine husumet beslemeleri çocuğun menfaatini zedelemektedir. Bu noktada çocuğun menfaatine ilişkin konularda, arabuluculuk sürecinde tarafların kendi iradelerini ortaya koyarak anlaşmaya varması, tarafların anlaşma şartlarına daha uzun süre uymasını ve aralarındaki ilişkinin de sürdürülmesini sağlamaktadır (Özbek, 2005).

Boşanma davalarında, tarafların birbirlerine karşı beslemiş oldukları husumet, birbirlerine karşı çıkar elde etmek amacıyla bu süreçte çocukları koz olarak kullanmaları, geleceğe bakmak yerine geçmişte yaşamış olduğu problemlere takılıp kalmaları, tarafların arasındaki iletişimin kopmasına sebep olmaktadır. Bu noktada taraflar arasındaki iletişim yolunun açılması ihtiyacı doğmaktadır (Çetiner, 2020). Boşanma sonucunda evlilik birliği her ne kadar sona ermiş olsa da müşterek

çocuklarının bulunması halinde ömür boyu anne ve baba olarak sorumlulukları ve yükümlülükleri devam etmekte olduğundan tarafların iletişiminin devam etmesi çocuğun üstün menfaati gereği büyük önem arz etmektedir. Bu noktada çocuğun menfaatine ilişkin konularda Aile Mahkemesi Hakimi'nin tarafları sulhe teşvik etme yetkisi kapsamında uzman bir arabulucuya yönlendirmesi taraflar arasındaki iletişimin daha sağlıklı yürümesini sağlayacak ve taraflar kendi iradeleri ile bir anlaşmaya varmış olacağından, anlaşma şartlarına uyma konusunda sıkıntı yaşamayacaklardır (Çetiner, 2020). Kanımızca bu süreçte arabuluculuğa başvurunun zorunlu olması, taraflar arasındaki iletişimin devamlılığını sağlayacağından, anne ve babasının birbirlerine beslediği husumet arasında kalan çocukların yaşamış oldukları travmanın biraz olsun önüne geçilerek, çocukların bu süreçten daha az etkilenmesi sağlanmış olacaktır. Böylece daha sağlıklı ve güçlü bireylerin yetişmesi ile daha sağlıklı bir toplum oluşmuş olacaktır.

3. BOŞANMA DAVALARINDA YARGILAMA USULÜ

3.1 Boşanma Davasında Yargılama Usulü

Anayasa'mızın 41. maddesi “*Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.*” hükmü ile ailenin Türk toplumundaki önemi vurgulanarak, toplumun temel taşı olan ailenin huzur ve refahının korunması ve özellikle de ananın ve çocukların korunması, anayasa ile güvence altına alınmıştır. Bu sebeptir ki Türk toplumunun temeli olan aile kavramını meydana getiren evlilik birliğinin sonlandırılmasında, hukuk davalarında uygulanacak genel usul kuralları dışında özel usul kuralları getirilmiştir. Bu doğrultuda, aile hukukuna dayanan uyuşmazlıkların çözümü için 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun ile Aile Mahkemeleri kurulmuştur (Aksakal, 2021, s. 17). Aile Mah. K. 7. maddesinde aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda uygulanacak usul kuralları belirtilmekle birlikte, bu kanunda hüküm bulunmaması halinde Türk Medeni Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır (Akil, 2013, s. 1319-1354), (Aksakal, 2021, s. 17).

Aile Mah. K. 7. maddesi uyarınca Aile Mahkemeleri, boşanma davalarında, ilk olarak esasa girmeden önce, eşlerin ve çocukların karşı karşıya kaldığı sorunları tespit ederek, aile içindeki sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması amacıyla gerektiğinde uzman yardımıyla tarafları sulhe teşvik etmektedir. Ancak sulh sağlanamadığı durumda mahkeme yargılamaya devam ederek esasa ilişkin karar verecektir. Bir görüşe göre, Aile Mah. K. 7. maddesindeki tarafları sulhe teşvik hususundaki usul kuralı, aile mahkemelerinin görev alanındaki tüm dava ve işlerde geçerli olduğu için mahkemenin, tarafları sulhe teşvik etmeden yargılamaya devam edip, esas hakkında karar vermesi yasaya aykırı olup, bozma nedenidir (Baktır, 2003, s. 77).

Aile Mah. K. 7. maddesindeki sulh, HMK 313. maddesinde düzenlenen sulhten farklıdır. Çünkü 313. maddenin 2. fıkrasında sulhün, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konularda yapılabileceği belirtilmektedir. Boşanma davaları, kamu düzeninden olması, Anayasa ile güvence altına alınması ve yargılamasının da özel usul kurallarına bağlı olarak yapılması sebebiyle tarafların tasarruf serbestisi dışında kalmaktadır. Bu sebeple Aile Mah. K. 7. maddesinde düzenleme altına alınan sulh, HMK 313’de belirtilen sulhten farklıdır (Akil, 2013, s.1323).

Aile Mahkemeleri önüne gelen bir boşanma davasında esasa girmeden önce tarafları sulhe teşvik etmesine rağmen taraflar sulh olmazsa yargılamaya devam edecek, Aile Mah. Kanunu’nda hüküm bulunmayan hallerde Türk Medeni Kanunu’nun aile hukukuna ilişkin usul hükümlerini uygulayacak, burada da hüküm bulunmaması halinde Hukuk Mahkemeleri Kanunun’da düzenlenen usul hukuku hükümlerini uygulayarak karar verecektir.

Boşanma davalarında uygulanacak yargılama usulü bakımından, Aile Mahkemeleri Kanunu’nda yazılı yargılama usulü mü yoksa basit yargılama usulü mü uygulanacağı noktasında bir hüküm bulunmayıp, Türk Medeni Kanunu’nun boşanmada yargılama usulünün düzenlendiği 184. maddesinde de bir hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple burada Hukuk Mahkemeleri Kanun’unun yargılama usullerine ilişkin hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bu doğrultuda istisnai haller dışında tüm davalarda yazılı yargılama usulü uygulanacağından, Aile Mahkemeleri de Aile Mah. K. 2. maddesi gereği asliye hukuk mahkemesi düzeyinde bir mahkeme olduğundan, boşanma davalarında uygulanacak yargılama usulü, yazılı yargılama usulüdür (Akkaya, 2017, s. 243).

Boşanma davalarında uygulanacak yargılama usulü bakımından Aile Mahkemeleri Kanunu’nda, hakimin önüne gelen bir boşanma davasında öncelikli olarak eşlerin ve çocukların karşı karşıya kaldığı sorunları belirleyerek, tarafları sulh olmaları konusunda teşvik etmesine ilişkin hüküm dışında başka bir usul hükmü bulunmamaktadır. Bu sebeple boşanma davalarında tarafların sulhe teşvik edilmesi dışındaki konularda TMK 184. maddesindeki boşanmada yargılama usulüne ilişkin hükümler uygulanacaktır. TMK 184. maddesinde usule ilişkin olarak, hakimin vicdanen kanaat getirmesi, taraflara yemin önerilememesi, tarafların ikrarının hakimi bağlamaması, kanıtların serbestçe takdiri, boşanmanın fer’i sonuçlarına ilişkin anlaşmaların hakim tarafından onaylanması ve duruşmanın gizli yapılabilmesi

hususunda düzenlemeler mevcuttur. Bu hususlar dışındaki usule ilişkin konularda ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen usul hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

3.2 Anlaşmalı Boşanma Davasında Yargılama Usulü

Anlaşmalı boşanma davası, evlilik birliğini hür iradeleri ile sonlandırmak isteyen ve boşanmanın fer'i sonuçları konusunda anlaşarak bir boşanma protokolü imzalayan eşlerin, mahkemeye birlikte başvurarak veya eşlerden birinin açmış olduğu davayı diğer eşin kabul etmesi neticesinde mahkemede bizzat bulunarak, boşanma iradeleri hususunda hakimi ikna etmeleri ve protokolün hakim tarafından onaylanması neticesinde gerçekleşen, evliliği sonlandıran boşanma davası türüdür.

Doktrindeki bir görüş, anlaşmalı boşanma davasının da çekişmeli boşanma davaları gibi bir dava olduğu ve her ne kadar taraflar mahkemeye birlikte müracaat edebilse de anlaşmalı boşanma davasında bir davacı ve bir de davalı olduğu ve husumet yokluğundan söz edilemeyeceği yönündedir (Akıntürk ve Ateş, 2020, s.270) (Atmaca, 2017 s.48). Anlaşmalı boşanma davalarında anlaşma protokolünün hakim tarafından uygun bulunmaması ve hakim tarafından yapılan düzeltmelerin taraflarca kabul edilmemesi halinde, anlaşmalı boşanma davasına çekişmeli olarak devam edilmesi ve tarafların kendi menfaatlerini ön planda tutarak hareket edecek olmaları, anlaşmalı boşanma davalarının, dava yoluyla görülerek karara bağlanması gerektiğini göstermektedir (Topak, 2021, s. 15).

Diğer bir görüş ise anlaşmalı boşanma davalarında tarafların mahkemeye birlikte müracaat etmesi, boşanma konusunda ve boşanmanın fer'ileri konusunda anlaşmaları, aralarında bir çekişme söz konusu olmadığını gösterdiğinden çekişmesiz yargı işi olduğunu savunmaktadır. Bu görüşe göre usul hukuku bakımından bir davadan söz edebilmek için bir hakkın ihlali veya ihlali tehlikesi bulunmalıdır ve anlaşmalı boşanma davasında dava açılmış olması sadece şekli bir şarttır (Akkaya, 2017, s. 56).

HMK 382. madde hükmünde kişiler hukukundan kaynaklanan çekişmesiz yargı işlerinde anlaşmalı boşanma davası gibi kişiler hukuku açısından önemli bir davaya yer verilmemiştir. Ayrıca madde hükmünde bir yargı işinin çekişmesiz yargı işi sayılabilmesi için *“ilgililerin arasında uyumsuzluk bulunmayan haller, İlgililerin,*

ileri sürülebileceği herhangi bir hakkının bulunmadığı hâller ve hakimın resen harekete geçtiği haller.” olarak üç ölçüt sayılmış ve bu üç ölçütten biri ya da bir kaçının varlığı aranmıştır. Anlaşmalı boşanma davası bu ölçütlere de uymamaktadır. Birincisi, anlaşmalı boşanma davasında taraflar arasında uyuşmazlık olmadığı söylenemez. Taraflar arasında bir uyuşmazlık vardır. Ancak uyuşmazlık konuları üzerinde taraflar mutabakata varmışlardır. Uyuşmazlığın olmaması ile uyuşmazlık konularında anlaşılmış olunması aynı şey değildir. Kabul ve sulh ile sona eren davalarda da uyuşmazlık konuları üzerinde mutabakata varılmaktadır ancak bu davalar çekişmesiz yargı işi değildir. İkincisi, ilgililerin ileri sürebileceği herhangi bir hakkının olmadığı hallere de girmemektedir. Taraflar boşanma hakkına dayanarak bu davayı açmaktadır. Üçüncüsü ise hakimın re’sen harekete geçtiği hallerden biri de değildir. Bu sebeple çekişmesiz yargı işleri için aranan üç ölçüt anlaşmalı boşanma davasında bulunmamakla birlikte yine madde hükmünde sayılan kişiler hukukundan kaynaklanan çekişmesiz yargı işlerinde anlaşmalı boşanma davası yer almadığından anlaşmalı boşanma davasının çekişmesiz yargı işi olduğu söylenemez (Topak, 2021, s. 16).

Bir diğer görüş ise anlaşmalı boşanma davalarının çift taraflı dava olduğu yönündeki görüştür. Bu görüşe göre anlaşmalı boşanma davasında tarafların birlikte müracaatı halinde taraflar hem davacı hem de davalı olmaktadır. İki tarafın da talebi aynı olup, her iki taraf da boşanma talebinde bulunmaktadır ve dava sonucunda iki tarafın da lehine bir karar verilmektedir. Bu sebeple çift taraflı dava olarak nitelendirilmesi gerekmektedir (Ermenek, 2009, s. 24), (Köroğlu, 2020, s. 36).

Yargıtay’ın bu konuda görüşü ise anlaşmalı boşanma davalarının çekişmesiz yargı işi değil dava olarak kabul edilmesi gerektiği yönündedir. Taraflar anlaşmalı boşanma davasında karar kesinleşinceye kadar anlaşma yönündeki iradelerinden vazgeçebilirler. Bu durumda dava çekişmeli boşanma davası olarak devam edecektir¹³. Dolayısıyla anlaşmalı boşanma davasının çekişmesiz yargı işi olduğu söylenemez.

¹³ Y. 2. HD, 28.11.2017, E. 2017/5037, K. 2017/13528, "....Anlaşmalı boşanma yönünde oluşan karar kesinleşinceye kadar eşlerin bu yöndeki diğer bir ifadeyle gerek boşanmanın mali sonuçları gerekse çocukların durumu hususunda kabul edilen düzenlemeleri kapsayan irade beyanından dönmesini engelleyici yasal bir hüküm bulunmamaktadır. Bu halde, somut olaya gelince, davacının eldeki davanın çekişmeli olarak devam etmesi ya da etmemesine ilişkin açıkça bir beyanda bulunmadığı da dikkate alındığında, taraflar arasındaki anlaşmalı boşanma davasının, usul ekonomisi de gözetilerek, "çekişmeli boşanma" davası olarak görülmesi gerekir..."

Günümüzde, Amerika Birleşik Devletleri'nde boşanma davalarında taraflardan biri boşanmayı kabul etmese bile hakimin davayı reddetmesi mümkün değildir. Eğer eşlerden biri boşanmak istiyorsa evlilik birliği sarsılmıştır. Böyle bir durumda hakimin boşanmaya karar vermemesi, evliliği mahkumiyet kararına götürecektir (Baktır, 2003, s. 121).

Kanımızca anlaşmalı boşanma davalarının çekişmeli yargı işi mi yoksa çekişmesiz yargı işi mi olduğu noktasındaki görüş ayrılıklarının giderilmesi için Hukuk Muhakemeleri Kanunu 382. maddesinde çekişmesiz yargı işi olarak sayılan davalara anlaşmalı boşanma davasının da eklenmesi yerinde olacaktır. Zira anlaşmalı boşanma davası, çekişmeli boşanma davasından ayrı tutulmalıdır. Taraflardan birinin vazgeçmesi halinde, boşanma yönünden dava kabul edilerek tarafların boşanmalarına karar verilmeli, boşanmanın ferileri konusunda ise dava reddedilmelidir. Boşanmanın ferilerine ilişkin talepte bulunmak isteyen taraf ayrıca bir dava açmalıdır.

3.3 Boşanma Davasında Görev ve Yetki

3.3.1 Boşanma davasında görevli mahkeme

Görev konusu, bir davaya bir yargı yerindeki hangi mahkemenin bakmakla görevli olduğunun belirlenmesi hususudur. HMK 1. maddesi gereğince, görev hususu kanunla düzenlenir ve kamu düzenindendir. Mahkemelerin görevlerinin kanunla düzenleneceği Anayasa'nın 142. maddesinde düzenlenmiştir. Bu sebeple kamu düzeninden olan ve kanunla düzenlenen göreve ilişkin, taraflar arasında bir anlaşma yapılamaz (Kuru, 2014 s.123).

HMK 114. maddesi 1. fıkrasında dava şartları düzenlenmiş olup, c bendinde mahkemenin görevli olması dava şartı olarak belirtilmiştir. Bu sebeple görevli mahkemede açılmayan bir davanın usulden reddi gerekmektedir. Mahkeme, önüne gelen bir davada görevli olup olmadığı hususunu davanın her aşamasında re'sen araştırır. Davanın tarafları da mahkemenin görevli olmadığını her zaman ileri sürebilirler. Görevsiz mahkemede açılan bir davada hüküm verilse dahi görev konusu, istinaf ve temyiz aşamalarında dahi re'sen incelenmesi gereken bir husustur. Ancak verilen hükmün kesinleşmesi halinde olağanüstü kanun yolu olan yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulamayacaktır (Topak, 2021, s.140,141).

İlk derece mahkemelerinde mahkemeler, genel mahkemeler ile özel mahkemeler¹⁴ olarak ayrılmaktadır. Özel mahkemeler belirli anlaşmazlık konularının veya belirli bir sığata sahip kişi gruplarının aralarındaki uyuşmazlıkların çözümlü için kurulmuş mahkemelerdir (Baktır, 2003, s. 21). Bir davada görevli mahkeme belirlenirken öncelikle o davaya bakmakta özel görevlendirilmiş bir mahkemenin bulunup bulunmadığının tespiti gerekir (Kuru, 2014, s. 129). Bu durumda özel görevlendirilmiş mahkemenin bulunmasına rağmen genel görevli mahkemede dava açılması halinde görevsizlik yaptırımıyla karşılaşılacaktır.

Boşanma davalarında görevli mahkeme Aile Mah. K. da belirtildiğı üzere aile mahkemeleridir. Aile mahkemeleri vesayet dışında aile hukukuna ilişkin tüm uyuşmazlıklarda özel olarak görevlendirilmiş mahkemelerdir (Topak, 2021, s. 142).

Aile Mah. K. 2. maddesi gereğince her ilde ve merkez nüfusu yüz binden fazla olan ilçelerde aile mahkemeleri kurulur. Aile mahkemeleri olmayan yerlerde ise Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen asliye hukuk mahkemeleri görevlidir¹⁵.

3.3.2 Boşanma davasında yetkili mahkeme

Bir davaya, coğrafi olarak hangi yargı yerindeki mahkemenin bakmaya yetkili olduğı konusunda, kanunla yetki kuralları çerçevesinde belirlenen mahkeme, yetkili mahkemedir. Tarafların davayı her istediğı mahkemede açma serbestisi bulunmamaktadır (Pekcanitez ve diğ., 2019, s. 70), (Topak, 2021, s. 134).

¹⁴ Özel mahkemeler belirli kişi veya kişi grupları arasındaki anlaşmazlıklara veya konulara bakmak için kurulmuş mahkemelerdir. Özel mahkemelerin kuruluşu Anayasa ile güvence altına alınan (Ay.md.37) tabii hakim ilkesiyle ters düşmez. Zira bu mahkemeler bazı kişilere özel mahkeme olmayıp, kişilerin sıfatları nedeniyle ya da anlaşmazlığın konusu nedeniyle kurulmuş mahkemeler olup, olağüstü mercii de değildir. O sığata sahip veya o anlaşmazlığa düşen herkesin davası bu mahkemelerde görülür. Kaldı ki Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da Anayasanın 37. Maddesinin “Belli bir tür davayı görmek üzere kurulmuş mahkemeler varken, bu davalarda bir veya birkaç kişiye ilişkin belli davaları görmek üzere özel mahkeme kurulmasını yasaklamak için konulduğunu, yoksa belli türden olan davalar için mesela iş davaları için özel mahkeme kurulmasını önlemek üzere konulmadığını” belirtmiştir. **Baktır, S. 2003** Aile Mahkemeleri, Yetkin Yayınları, Ankara s.21.

¹⁵ Aile Mah. K. madde 2 “Aile mahkemeleri, Adalet Bakanlığınca Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun olumlu görüşü alınarak her ilde ve merkez nüfusu yüz binin üzerindeki her ilçede, tek hâkimli ve asliye mahkemesi derecesinde olmak üzere kurulur. Aile mahkemelerinin yargı çevresi, kurulduğı il ve ilçenin mülki sınırlarıyla belirlenir. Ancak yargı çevresi, Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca değiştirilebilir. Gerektiğinde birinci fıkradaki usule göre bir yerdeki aile mahkemesinin birden çok dairesi kurulabilir. Bu durumda daireler numaralandırılır. Aile mahkemesi kurulamayan yerlerde bu Kanun kapsamına giren dava ve işlere, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen Asliye Hukuk Mahkemesince bakılır.”

Yetki kurallarına ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlemeler mevcut olup, kanunda genel ve özel yetki kuralları belirlenmiştir. Dava açıldığı sırada davalı özel hukuk kişinin ya da tüzel kişinin yerleşim yerindeki mahkemenin genel yetkili olduğu HMK 6. maddesinde düzenlenmiştir. Bazı davalar için ise özel yetki kuralı getirilmiştir. Mesela HMK 10. maddesinde sözleşmeden doğan davaların sözleşmenin ifa yeri mahkemesinde de açılabileceği belirtilmiştir. Bu sebeple sözleşmeden doğan davalarda davacı özel yetki kuralı gereği sözleşmenin ifa yeri mahkemesinde dava açabilecekken genel yetkili mahkeme olan davalının yerleşim yeri mahkemesinde de dava açabilecektir. Bir de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda kesin yetki kuralının belirlendiği dava türleri vardır. HMK 12. maddesinde taşınmazın aynından doğan davalar ile taşınmazın zilyetliği ile alıkoyma hakkındaki davalarda taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkili mahkeme olarak belirtilmiştir. Burada davacı, davasını kesin yetkili mahkeme olan taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde açmak zorundadır. (Arslandoğan, 2007, s. 89).

Boşanma davalarında yetkiye ilişkin olarak TMK 168. maddesinde düzenleme mevcut olup, eşlerden birinin yerleşim yeri veya eşlerin son 6 ay birlikte oturdukları yerleşim yerindeki mahkemenin boşanma davalarında yetkili olduğu belirtilmiştir. Madde hükmüne göre birden fazla yer mahkemesi yetkili olduğundan, boşanma davalarında yetkili mahkemenin belirlenmesi açısından davacının tercih hakkı bulunmaktadır¹⁶. Davacı eşin, TMK 168 madde hükmünde belirtilen yetkili mahkemelerden birinde dava açması halinde diğer eş yetki itirazında bulunamayacaktır. Ancak davacı eşin, kanun maddesinde belirtilen yetkili mahkemeler dışında yetkisiz bir mahkemede dava açması halinde, yetkili mahkemeyi tercih hakkı yetki itirazında bulunan davalıya geçmiş olacaktır. Zira davalı yetki itirazında madde hükmünde belirlenen yetkili mahkemelerden hangisini bildirir ise dava dosyasının o yer mahkemesine gönderilmesine karar verilecektir (Arslan ve diğ. 2018, s. 221).

Boşanma davalarında yetkinin kesin yetki olup olmadığı konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. TMK 168'e göre birden fazla mahkemenin yetkili olması

¹⁶ Y. 2. HD, 04.07.2012, E. 2012/217, K. 2012/18598, "Boşanma veya ayrılık davalarında yetkili mahkeme, eşlerden birinin yerleşim yeri veya davadan önce son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesidir (TMK. md. 168). Yerleşim yeri bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir (TMK. md. 19/1). Yetki hususunda tercih hakkı boşanma davasını açan davacıya aittir."

sebebiyle, kesin yetki kuralının uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre boşanma davalarında kesin yetki söz konusu değildir (Akıntürk, Ateş, 2020 s. 280), (Aras, 2011). Davaya cevap süresi olan iki hafta içinde yetki itirazının ilk itiraz olarak ileri sürülmesi gerekir. Diğer görüşe göre ise Türk Medeni Kanunu'nda özel olarak düzenlenmesi ve boşanma davasının kamu düzeninden olması sebebiyle kesin yetkinin söz konusu olduğu, bu sebeple Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda dava şartlarının belirlendiği 114. Maddenin 1. Fıkrası ç bendinde kesin yetki dava şartı olarak düzenlenmiş olduğundan davanın her aşamasında ileri sürülebileceği görüşünde olanlar da mevcuttur (Alangoya ve diğ., 2006, s.101) (Üstündağ, 2000 s. 198).

Kanımızca HMK'da boşanma davalarında kesin yetkili mahkemenin düzenlendiği bir hüküm mevcut olmadığı gibi TMK 168. maddesinde de yetkili mahkemenin kesin yetkili olduğu yönünde bir ibare bulunmamaktadır. Bu sebeple boşanma davalarında kesin yetki söz konusu olmadığından dava şartı olarak ileri sürülemeyecektir. Ancak iki haftalık cevap süresinde ilk itiraz olarak davalı tarafından yetki itirazı ileri sürülebilecektir.

3.4 Boşanma Davasının Tarafları

3.4.1 Boşanma davasında taraf ehliyeti

Davada taraf olabilme ehliyeti taraf ehliyetidir. Türk Medeni Kanunu'ndaki medeni haklardan yararlanma ehliyeti olan hak ehliyeti, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda taraf ehliyeti olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu doğrultuda hak ehliyetine sahip olan gerçek ve tüzel kişiler davada taraf olma ehliyetine sahiptir (TMK md. 8,48). Tüm insanların taraf ehliyeti bulunmakta olup, tam ve sağ doğmakla birlikte taraf ehliyeti başlamakta ölüm ile de sona ermektedir. Ancak cenin, sağ doğmak şartıyla ana rahmine düştüğü andan itibaren taraf ehliyetine sahiptir (Arslan ve diğ. 2018, s. 246,0247).

Taraf ehliyeti dava şartı olup, davanın her aşamasında hakim tarafından re'sen incelenebileceği gibi taraflarca da ileri sürülebilir (Pekcanitez ve diğ. 2018, s. 144).

Boşanma davalarında, evlilik birliğini kuran eşler, evlilik birliklerinin sonlandırılmasını talep ettiklerinden ve boşanma hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmasından dolayı boşanma davasının taraflarıdır. Türk Medeni Kanunu'nun

boşanmaya ilişkin hükümlerinde eşlerden birinin davayı açabileceği açıkça belirtilmiştir. Bu sebeple boşanma davasında davayı açma hakkı eşlere tanındığından eşlerin dava açmada hukuki yararı olduğu kesin bir karine olarak kabul edilmektedir (Akkaya, 2017, s.281,282).

Türk Medeni Kanunu'nda boşanma davasının açılabilmesi için genel boşanma sebepleri ve özel boşanma sebepleri şeklinde bir ayrım yapılmıştır. Bu bağlamda zina, hayata kast, pek kötü muamele ya da onur kırıcı davranış, küçük düşürücü suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme, terk, akıl hastalığı, özel boşanma sebepleri olarak belirtilmişken, evlilik birliğinin temelinden sarsılması, anlaşmalı boşanma, ortak hayatın yeniden kurulamaması ya da fiili ayrılık ise genel boşanma sebepleri olarak sayılmıştır. Özel boşanma sebeplerine dayanılarak açılan boşanma davasında davayı açan eşin boşanma sebebinde belirtilen olayı meydana getiren taraf olmaması şartı aranır. Ancak genel boşanma sebeplerine dayanarak açılan boşanma davalarında, davayı kusurlu eş de açabilir (Akkaya, 2017, s. 282). Zira davacı eşin kusurunun daha ağır olması halinde davalı eş itirazda bulunabilecek, ancak davalının itirazının hakkın kötüye kullanılması niteliğinde bir itiraz olması ve evlilik birliğinin devamında tarafların yararının bulunmaması halinde hakim boşanmaya karar verebilecektir (TMK 166).

Madde hükmü de açıkça göstermektedir ki boşanma davalarında davayı açan eşin kusurunun olması dava açmaya engel bir hal değildir. Yargıtay'ın son kararları daha fazla kusurlu olan tarafın dahi dava açma hakkı olduğu, az kusurlu eş itiraz etse dahi hakkın kötüye kullanılması ve korunmaya değer bir yararın bulunmaması halinde boşanmaya karar verilmesi yönündedir¹⁷. Ancak Yargıtay'ın yerleşik içtihatları tam kusurlu eşin dava açamayacağı, dava açma hakkının kusursuz, daha az kusurlu, eşit ya da daha fazla kusurlu eş de olduğu yönündedir¹⁸.

¹⁷ Y. 2. HD, 21.12.2016, E. 2015/21945, K. 2016/16305, "boşanmayı isteyebilmek için tamamen kusursuz ya da az kusurlu olmaya gerek olmayıp, daha fazla kusurlu bulunan tarafın dahi dava hakkı bulunmakla beraber, boşanmaya karar verilebilmesi için davalının az da olsa kusurunun varlığı ve bunun belirlenmesi kaçınılmazdır. Az kusurlu eş boşanmaya karşı çıkarsa bu halin tespiti dahi tek başına boşanma kararı verilebilmesi için yeterli olamaz. Az kusurlu eşin karşı çıkması hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olmalı, eş ve çocuklar için korunmaya değer bir yararın kalmadığı anlaşılmalıdır (TMK m. 166/2)",

¹⁸ Y. HGK, 09.05.2018, E. 2017/2-1583, K. 2018/1051, "Öte yandan, boşanmanın dayandığı temel ilkelere biri "kusur" ilkesidir. Kusur ilkesine göre genel sebeple (TMK m. 166/1.) boşanmaya karar verebilmek için eşlerden birinin mutlaka kusurlu olması gerekir. Boşanma davasını açmak hakkı, kusursuz ya da az, eşit veya fazla kusurlu eşindir. Boşanma davasını tam kusurlu eş açamaz.",

Hukukumuzda boşanma davalarında taraflar davacı ve davalı olarak nitelendirilmekte, Yargıtay uygulamaları kusurlu eşin dahi davayı açabileceği ancak tam kusurlu eşin davayı açamayacağı yönündedir. Boşanmaya karar verilebilmesi için bir kusur nitelendirilmesi yapılmakta, aslında taraflar haklı haksız ve neredeyse ceza yargılamasındaki gibi suçlu suçsuz şeklinde bir nitelendirmeyle karşılaşmaktadır. Oysa bazı ülkelerde, örneğin Almanya’da davacı yerine dilekçe veren (Antragssteller) kavramı kullanılmaktayken davalı yerine ise dilekçe muhatabı, karşı taraf anlamında (Antragsgegner) kavramı kullanılmaktadır. Ayrıca kusur konusu da artık önemini yitirmiştir. Kusur yerine evlilik birliğinin sarsılmış olması ilkesi getirilmiştir. Taraflardan birinin asli kusurlu olup olmadığının tespiti yapılmamaktadır. Bunun yanında Amerika Birleşik Devletleri’nde boşanma davalarında duruşma yoktur. Duruşma (trial), yerine duruşmaya göre daha yumuşatılmış hukuki oturum ya da toplantı (hearing) yapılmaktadır. Taraflar haklı haksız, suçlu ya da suçsuz değildir. Hukukumuzdaki gibi mahkeme taraflar arasında bir kusur tespiti yapmamaktadır. Hatta taraflardan biri kabul etmese dahi hakimin boşanma davasını reddetmesi mümkün değildir (Baktır, 2003, s. 80,81,120,121).

Hukukumuzda, medeni haklardan yararlanma ehliyetine sahip kişi bir davada davacı ve davalı olabilmektedir (HMK 50). Her insanın, Türk Medeni Kanunu’na göre hak ehliyeti vardır. Bu bağlamda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda belirtilen medeni haklardan yararlanma ehliyeti TMK 8. maddesinde düzenlenen hak ehliyeti kavramıdır. Bu doğrultuda bir kişinin davada taraf ehliyetinin bulunabilmesi için o kişinin reşit olup olmamasının, temyiz kudretine sahip olup olmamasının ve kısıtlı olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır (Pekcanitez ve diğ. 2019, s. 144), (Topak, 2021, s. 175). Reşit olmayanlar, kısıtlı olanlar ya da temyiz kudretine sahip olmayanlar bu hakkını kanuni temsilcisi¹⁹, velisi ya da vasisi yoluyla kullanabilir.

Hukukumuzda, boşanma davalarında tarafların davada davacı ve davalı sıfatının olabilmesi için hak ehliyetine sahip olmaları gerekmektedir. Boşanma davasında, evlilik birliğinin sonlandırılması sebebiyle davayı açacak kişiler eşlerdir. Türk Medeni Kanunu’nda kadın veya erkeğin 17 yaşını doldurmadıkça evlenemeyeceği, ancak olağanüstü durumlarda ve pek önemli sebeplerle 16 yaşını dolduran erkek veya kadının evlenmesine izin verilebileceği belirtilmiştir. TMK 11. maddesi ile de

¹⁹ HMK madde 52- (1) *Medenî hakları kullanma ehliyetine sahip olmayanlar davada kanuni temsilcileri, tüzel kişiler ise yetkili organları tarafından temsil edilir.*

evlenmenin kişiyi ergin kılacağı düzenlenmiştir. Bu doğrultuda 17 yaşında ve olağanüstü durumlarda hakim kararıyla 16 yaşında evlenen taraflar, evlilikle zaten reşit olacaklarından, boşanma davasında taraf ehliyeti ile birlikte dava ehliyeti de bulunmaktadır (Topak, 2021, s. 176).

3.4.2 Boşanma davasında taraf ehliyetinin sona ermesi ve mirasçıların davaya devam etmesi

Kişilik ölümle sona erdiğinden hak ehliyeti de ölümle sona erecektir. (TMK 28) Madde kapsamında kişilik ölüm ile son bulacağından davada taraf ehliyeti de ölümle sona erecektir. Bu sebeple dava tarihinden önce ölen bir kişiye karşı dava açılmayacaktır (Arslan ve diğ., 2018, s. 247).

Eşlerden birinin ölümü halinde evlilik birliği ölüm sebebiyle son bulacağından ölen kişiye karşı dava açılmayacağı gibi ölen eşin mirasçıları da boşanma davası açamayacaktır (Akkaya, 2017, s. 284). Ancak dava açıldığı sırada eşlerden birinin ölümü halinde durum biraz farklılık göstermektedir. Dava sırasında eşlerden birinin ölümü ile evlilik birliği ölüm ile sona ereceği için dava konusuz kalacak ve karar verilmesine yer olmadığına dair karar verilecek. Dava sona ermiş olacaktır (Öztan, 2015, s. 21), (Akkaya, 2017, s.284). Bu sebeple mirasçılar boşanma davasında boşanma kararı verilmesi için taraf olamayacaklardır. Ancak sağ kalan eş, evlilik birliği ölüm ile sonlandığından ölen eşinin mirasçısı olacaktır. Bu durumda kusuru sebebiyle boşanma davası açılmasına sebep olan eşin, sağ kalan eşinin mirasçısı olması hakkaniyetle bağdaşmadığından TMK 181. maddesi 2. fıkrası gereğince ölen eşin mirasçılarından biri sağ kalan eşin kusurunun ispatlanmasını mahkemeden talep edebilecektir. Sağ kalan eşin kusurlu olduğunun tespiti halinde mirasçılık sıfatı da son bulacaktır (Taş Korkmaz, 2014). Ancak burada özellikle belirtmek gerekir ki TMK 181/2 açık hükmü gereği mirasçıların davaya devam etmesi halinde boşanmaya karar verilemeyecek, yalnızca kusur tespiti yapılarak sağ kalan eşin mirasçılığı kaldırılacaktır.

Boşanma davasında davalı eşin ölmesi halinde mirasçılarının davaya devam edip edemeyeceği hususu, kanunda açık hüküm bulunmadığından tartışmalıdır. Doktrinde mirasçıların davaya devam edebilmesi için davalının en azından cevap dilekçesinde boşanma yönündeki iradesini ortaya koyması gerektiği belirtilmektedir. Aksi halde ölen eşin iradesine aykırı bir durum söz konusu olacaktır (Akkaya, 2017, s. 287).

Boşanma davasında TMK 181/2 hükmü gereği ölen eşin mirasçılarında birinin davaya devam edebileceğini belirtmesi davaya devam eden mirasçılarının mecburi dava arkadaşlığı olmadığını göstermektedir (Taş Korkmaz, 2014), (Topuz, 2012, s. 143). Kanunun açık hükmü gereği mirasçılardan biri davayı devam ettirebilecektir. Sağ kalan eşin kusurunun tespiti halinde verilen hüküm diğer mirasçılar için de etkili olacaktır.

Boşanma davasında taraflardan birinin ölmesi durumunda mirasçılardan birinin davaya devam etmesi halinde mahkeme boşanma yönünden dava konusuz kaldığından boşanma kararı verilmesine yer olmadığına karar verecektir. Ancak mirasçılarının davaya devam etmesi halinde mahkeme, sağ kalan eşin kusuru olup olmadığını tespit edecektir. Bu sebeple devam eden davanın konusu da değişmiş olacaktır (Taşpınar Ayvaz, 2013). Burada mirasçılar boşanma sebebini değil sağ kalan eşin boşanmaya yeter kusurunun olup olmadığını ispatlayacaklardır. Boşanma davası konusuz kalmış olacağından boşanma sebebinin ispatına gerek kalmayacaktır (Taş Korkmaz, 2014), (Topak, 2021, s. 158). Sağ kalan eşin boşanmaya yeter derecede bir kusurunun bulunmaması halinde kusurdan söz edilemeyecektir (Gençcan, 2019, s. 278). Mirasçılarının davaya devam edebilmesinin öncelikli şartı boşanma davasının kusura dayanmasıdır. Aksi halde, anlaşmalı boşanma gibi eşlerin kusura dayanmadığı bir boşanma davasında ve akıl hastalığı gibi yine kusura dayanılarak açılmayan bir davada mirasçılar davaya devam edemeyecektir.

Bir diğer husus ise mirasçılarının katıldığı boşanma davasında yeniden delil gösteremeyeceği hususudur. Mirasçılar boşanma davasına kaldığı yerden devam edecektir. Yargıtay'ın görüşü ölen eş tarafından deliller bildirilip sunulmuş ise mirasçılarının yeniden delil sunamayacağı yönündedir²⁰.

Eşlerden birinin ölümü halinde mirasçılarının devam ettiği davada bir taraf değişikliği söz konusu olmaktadır. Bu taraf değişikli kanunundan kaynaklanmaktadır. Bu sebeple kişiye sıkı sıkıya bağlı olan boşanma hakkını kullanan eşin davada ileri sürdüğü hususlarla mirasçılar bağlı kalacaktır (Taş Korkmaz, 2014).

²⁰ Hukuk Genel Kurulu 2019/2-32 E. 2019/993 K. 03.10.2019 T “.... Mirasçılar tarafından sürdürülen boşanma davalarında ölen eş delillerini sunmuş ise mirasçılarının yeniden delil gösterme hakları bulunmamaktadır.” Y. 2. HD, 7868 E. 10323 K. 30.06.2005 T. “özellikle kocanın boşanma davası sırasında gösterip toplanan delillerin dışında mirasçılarının mirisin halefi sıfatıyla yeni delil göstermelerinin mümkün bulunmamasına göre yerinde bulunmayan temyiz isteğinin reddi.....”

3.4.3 Boşanma davasında dava ehliyeti

Taraf ehliyeti HMK 50. maddesine göre medeni haklardan yararlanma ehliyeti iken dava ehliyeti ise TMK 9. maddesinde belirtilen kendi fiilleriyle hak edinebilen ve borç altına girebilen, fiil ehliyeti olan kimselerin HMK 51. madde hükmü gereği medeni haklarını kullanma ehliyetidir. Fiil ehliyetine sahip olan bütün gerçek ve tüzel kişilerin dava ehliyeti vardır (Arslan ve diğ., 2018, s. 253).

Dava ehliyeti de taraf ehliyeti gibi dava şartıdır (HMK m. 114/1-d). Dava şartı olması sebebiyle hakim tarafından re'sen gözetilmesi gerekmekte ve taraflarca da davanın her aşamasında ileri sürülebilmektedir (Topak, 2021, s. 162).

TMK 9. maddesindeki fiil ehliyetine sahip olmanın koşulları, ayırt etme gücüne sahip, ergin olma ve kısıtlı olmama şartıdır. Bu doğrultuda tam dava ehliyetine sahip olan, ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan kişiler bizzat dava açıp, açtıkları davayı yürütebilecekleri gibi haklarında açılan davayı da takip edebileceklerdir (Arslan ve diğ., 2018, s. 253).

Boşanma davası, kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olması sebebiyle davayı açacak ve mahkemede işlem yapacak kişilerin dava ehliyetine sahip olması ve işlemi bizzat yapmaları ya da özel olarak yetkilendirdiği vekili vasıtasıyla yapması gerekmektedir (Akkaya, 2017, s. 300). Bu doğrultuda tam ehliyetli olan eşler davayı bizzat kendileri yürütebilecekleri gibi özel olarak yetkilendirdikleri vekilleri vasıtasıyla da yürütebileceklerdir.

Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, sınırlı ehliyetsiz olup, kural olarak dava ehliyetleri bulunmamaktadır. Davayı yasal temsilcileri açabilmekte ve takip edebilmektedir. Ancak kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanırken dava ehliyetleri bulunmaktadır. Bizzat dava açabilecekleri gibi açılan bir davayı yürütebilir ve takip edebilirler (Arslan ve diğ., 2018, s. 254). Boşanma, ayrılık, babalık davalarını örnek olarak gösterebiliriz. Boşanma davalarında, ayırt etme gücüne sahip küçükler, evlilik ile TMK 11. madde hükmü gereği ergin kılındıkları için zaten dava ehliyetleri bulunmaktadır. Boşanma davası gibi kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını bizzat kendileri kullanabileceği gibi yetkili vekilleri aracılığı ile de kullanabileceklerdir (Dural ve diğ. 2014. S. 41), (Akkaya,2011, s. 301). Ayırt etme gücüne sahip kısıtlılar ise şahsa sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanırken TMK madde 16 hükmü gereğince yasal temsilcilerinin rızası gerekli değildir. Bu sebeple boşanma davasında dava ehliyetleri

bulunmaktadır. Yargıtay son içtihatları da ayırt etme gücüne sahip kısıtlıların boşanma davası kişiye sıkı sıkıya bağlı hakka dayandığından bizzat kullanılacağı ve yasal temsilcinin iznine gerek olmadığı yönündedir (Gençcan, 2019, s.291, 292).

Ayırt etme gücü olmayan küçük ve kısıtlılar tam ehliyetsizdir. Ayırt etme gücünden yoksun olan kişiler tam ehliyetsiz olduğundan hukuki fiilleri de hukuki sonuç doğurmayacaktır. Bu durumda akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunan tam ehliyetsiz kişilerin dava ehliyeti bulunmamaktadır. Bu sebeple davada yasal temsilcileri tarafından temsil edilirler. Ana kural bu şekildedir (TMK 15). Ancak boşanma davaları kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğundan bu haklarını yasal temsilcileri vasıtasıyla da kullanamayacaklardır. Bu durumda ayırt etme gücüne sahip olmayan tam ehliyetsizlerin kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanamamaları durumu ortaya çıkmaktadır. Bu da Anayasal bir hak olan hak arama özgürlüğüne aykırıdır. Ayrıca ayırt etme gücüne sahip olmayan ancak eşinden şiddet gören hakaret ve tehditlere maruz kalıp, dayak yiyen, aç bırakılan, tam ehliyetsiz eşin boşanma hakkını kullanamaması tam ehliyetsizin korunma ihtiyacı sebebiyle olumsuz sonuçlara neden olabilecek ayrıca bu durum yine Anayasa'daki eşitlik hakkının ve kişilik haklarının ihlaline sebep olacaktır. Bu sebeple gerek doktrin gerekse Yargıtay'ın görüşü tam ehliyetsizlerin de boşanma haklarını kullanabileceği, aksi halde Anayasal bir hak olan hak arama özgürlüğünün ihlali ve dava ve savunma hakkının kısıtlanması durumunun söz konusu olacağı yönündedir. Ancak boşanma davasında tam ehliyetsiz eşin davayı bizzat açıp takip edebileceği ya da yasal temsilcisi tarafından davada temsil edilmesi gerektiği yönünde farklı görüşler mevcuttur.

Bir görüşe göre boşanma davası şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olsa da kişiye sağlayacağı hukuki yarar dışında kişiyi maddi olarak borç altına da sokabilecek bir davadır. Bu sebeple tam ehliyetsiz eş davayı yasal temsilcisi aracılığı ile açabilecek ve takip edebilecektir (Akkaya, 2017, s. 301), (Dural ve diğ., 2014, s. 78).

Ayrıca, somut olaylara göre değerlendirildiğinde bazı kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların bizzat kullanılabilmesi ve bu durumun TMK 15. maddesinde belirtilen ayırt etme gücü bulunmayan kimselerin fiillerinin hukuki sonuç doğurmayacağı düzenlemesinin istisnası olduğu Erkan, Yücer, (2011) yönünde görüşler de mevcuttur.

Boşanma sebeplerine göre ikili bir ayırım yapılarak özel boşanma sebeplerinden birinin varlığı halinde zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, haysiyetsiz hayat sürme, küçük düşürücü suç işleme, terk gibi boşanma sebeplerinden birinin varlığı halinde boşanma hakkının yasal temsilci vasıtasıyla kullanılabilmesi ancak evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle açılan anlaşmalı boşanma davasında hakimnin tarafları bizzat dinlemesi gerektiğinden burada yasal temsilcinin anlaşmalı boşanma davası açamayacağı, ortak hayatın yeniden kurulamaması ve fiili ayrılık sebebiyle yasal temsilcisi vasıta ile boşanma davası açabileceği yönünde de görüş mevcuttur (Dural ve diğ., 2010, s. 125)

Tam ehliyetsiz eşe karşı, açılan boşanma davasında Yargıtay'ın görüşü, tam ehliyetsiz eşin yasal temsilcisinin davayı yürütmesi gerektiğidir²¹. Yine Yargıtay'ın tam ehliyetsiz adına yasal temsilcisinin dava açabileceği yönünde kararları da mevcuttur²².

3.5 Boşanma Davasında Dava Şartları ve İlk İtirazlar

3.5.1 Boşanma davasında dava şartları

HMK 114. maddesinde dava şartları tek tek sayılmış olup, 115. madde hükmünde dava şartlarının incelenmesi başlığı altında, mahkemenin önüne gelen bir davada dava şartlarının mevcut olup olmadığını re'sen araştıracağı ve tarafların da davanın her aşamasında dava şartı eksikliğini ileri sürebileceği düzenlenmiştir. Yine madde hükmü gereği, dava şartının eksikliği halinde mahkemece dava usulden reddedilecektir. Ancak eksikliğin giderilmesinin mümkün olduğu hallerde mahkeme,

²¹ Y 2 HD, 07.06.2007, 20487-9650: “...Davacı kadın akıl hastalığı sebebine dayanarak boşanma isteminde bulunmuştur. Davalının akıl hastası olup olmadığının resmi sağlık kurulu raporuyla tespit edilmesi, akıl hastası olduğunun anlaşılması durumunda davalıya vasi atanması konusunda vesayet makamına bildirimde bulunulması, vesayet makamı tarafından atanacak olan vasiye davanın yöneltmesi, tarafların kanıtlarının toplanması ile sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır.”

²² Y 2 HD, 08.03.2005, 2495-3499: “...Davacı Gülizar vesayet altında olup, dava açılması için Türk Medeni Kanunu'nun 462/8. maddesine göre vesayet makamının izni gerekir. Bu husus dava şartıdır. Dava açma yetkisine ilişkin izin belgesi alınmadan yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir...”

dava şartı eksikliğinin giderilmesi için kesin süre verecek, verilen kesin sürede dava şartı tamamlanmazsa dava usulden reddedilecektir²³.

Boşanma davasında HMK 114 madde hükmünde sayılan dava şartlarını ele aldığımızda, öncelikle Türk Mahkemelerinin yargı hakkının olması gerektiğinin dava şartı olarak düzenlendiğini görmekteyiz. Türk Mahkemeleri, Türkiye Cumhuriyeti sınırları dışında yargı yetkisine sahip değildir. Aynı şekilde yabancı devlet mahkemelerinin de Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde yargı yetkisi bulunmamaktadır (Arsalan ve diğ. 2018, s. 281).

Bu bağlamda, boşanma davalarında Türk Mahkemeleri başka bir ülkedeki boşanma davası için yargı faaliyetinde bulunamayacaktır. Ancak, Türk Mahkemeleri, yerli veya yabancı gerçek kişiler ile yerli veya yabancı gerçek kişiler arasındaki boşanma davası için yargılama faaliyetinde bulunabilmektedir.

Yabancılik unsuru taşıyan bir boşanma davasında TMK 168 hükmü uyarınca eşlerden birinin yerleşim yeri veya eşlerin son 6 ay birlikte oturdukları yerleşim yeri Türkiye’de ise veya davacı tarafından Türkiye’de herhangi bir yerde açılan boşanma davasına davalı tarafından yetki itirazında bulunulmamışsa Türk Mahkemelerinin milletlerarası yetkisi doğmaktadır (Çiçekli, 2005).

İkinci dava şartı olan yargı yolunun caiz olması dava şartı ise adli yargı mahkemelerinin görevli olması şartıdır. Örneğin idari yargı konusundaki bir dava adli mahkemelerde açılırsa dava şartı eksikliğinden davanın usulden reddi gerekecektir. Bu doğrultuda boşanma davası adli yargı kolunda görülmesi gereken bir dava olduğu için adli mahkemelerden olan aile mahkemelerinde görülecektir (Gençcan, 2019, s. 338, 339).

Üçüncü olarak davanın görevli mahkemede açılması dava şartıdır. Boşanma davalarında görevli mahkeme aile mahkemesi olup, aile mahkemesi bulunmayan yerlerde Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nca görevlendirilen Asliye Hukuk

²³ HMK madde 115- (1) Mahkeme, dava şartlarının mevcut olup olmadığını, davanın her aşamasında kendiliğinden araştırır. Taraflar da dava şartı noksanlığını her zaman ileri sürebilirler. (2) Mahkeme, dava şartı noksanlığını tespit ederse davanın usulden reddine karar verir. Ancak, dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün ise bunun tamamlanması için kesin süre verir. Bu süre içinde dava şartı noksanlığı giderilmemişse davayı dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddeder. (3) Dava şartı noksanlığı, mahkemece, davanın esasına girilmesinden önce fark edilmemiş, taraflarca ileri sürülmemiş ve fakat hüküm anında bu noksanlık giderilmişse, başlangıçtaki dava şartı noksanlığından ötürü, dava usulden reddedilemez.

Mahkemeleri görevlidir (Topak, 2021, s. 142). Görevli mahkemede açılmayan bir boşanma davası dava şartı eksikliğinden usulden reddedilecektir.

Diğer bir dava şartı da yetkinin kesin olduğu hallerde yetkili mahkemede davanın açılması dava şartıdır. Boşanma davasında yukarıda da belirttiğimiz üzere mahkemenin yetkisinin kesin yetkili olup olmadığı noktasında doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Ancak kanımızca HMK'da boşanma davasında yetkili mahkemenin kesin yetkili olduğu konusunda bir düzenleme bulunmamakla birlikte TMK 168 yetkiye ilişkin madde hükmünde de mahkemenin yetkisinin kesin yetkili olduğu belirtilmemiştir. Bu sebeple boşanma davalarında yetki dava şartı olarak ileri sürülemeyecektir

Tarafların taraf ve dava ehliyetinin bulunması ve kanuni temsilin söz konusu olması halinde temsilcinin gerekli niteliğe sahip olması da dava şartı olarak düzenlenmiş olup, yukarıda da açıkladığımız üzere Türk Medeni Kanunu uyarınca hak ehliyetine sahip olan herkesin taraf ehliyeti bulunmakla birlikte dava ehliyeti için ise yine Medeni Kanun uyarınca medeni hakları kullanma, fiil ehliyetine sahip olma ehliyeti esas alınmıştır. Ancak burada boşanma davaları için önemli husus boşanma, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların boşanma davasında dava ehliyeti bulunmasıdır. Ayırt etme gücü bulunmayan akıl hastalığı ve akıl zayıflığı bulunan kişiler tam ehliyetsizdir. Boşanma davası kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olması sebebiyle bizzat kullanılması gereken bir haktır. Bu durumda tam ehliyetsiz eşlerin boşanma davasını bizzat açıp açamayacağı hususu da doktrinde tartışmalıdır. Yargıtay'ın görüşü tam ehliyetsiz eşlerin boşanma davasında yasal temsilcileri vasıtasıyla temsil edilmesi gerektiği yönündedir²⁴.

HMK 114'te gider avansının yatırılması da dava şartı olarak düzenlenmiştir. Gider avansının eksik olması halinde taraflara kesin süre verilerek bu eksikliğin tamamlanması sağlanacaktır. Gider avansının dava şartı olarak düzenlenmesinin amacı tarafların dürüstlük kuralına aykırı olarak davayı uzatmalarının önüne geçilmesidir (Arslan ve diğ. 2018, s. 285)

²⁴ Y. 2. HD, 06.06.2012, E. 2011/19347, K. 2012/15337, "Boşanma davası 19.03.2010 tarihinde açılmıştır. Davadan önce davacı davalı (koca)'nın, "mental retardasyon" saptandığına ilişkin resmi sağlık kurulu raporuna dayanılarak 18.04.2009 tarihli kararla kısıtlanarak vesayet altına alındığı anlaşılmaktadır. Bu durumda medeni haklarını kullanma ehliyeti yoktur. Dava kanuni temsilcisi (vasisi) tarafından vesayet makamının izni (TMK. m. 462/8) ile açılabilir."

Bir diğ er dava şartı da teminat şartı olup, teminat gösterilmesine ilişkin kararın yerine getirilmesidir. Türkiye’de mutad meskeni olmayan davacının veya davacı yanında davaya müdahale eden kişinin, davanın reddi halinde davalının doğacak yargılama giderlerini karşılaması amacıyla uygun bir teminat belirlemesidir. Hakim tarafından davacıya verilen kesin süre içerisinde teminat gösterilmezse dava, dava şartı yokluğundan usulden reddedilecektir (Arslan ve diğ. 2018, s. 284)

Davacının dava açmakta hukuki yararı bulunması da dava şartı olarak belirtilmiştir. Boşanma davasında tarafların kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olan boşanma hakkını kullanmaları ve mevcut hukuki durumlarının kaldırılması yönündeki talepleri de hukuki yararlarının mevcut olduğunu gösterir.

Aynı davanın daha önceden açılmış ve devam ediyor olmaması (derdestlik) şartı daha  nceki Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda ilk itirazken Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda dava şartı olarak düzenlenmiştir. Boşanma davalarında derdestlik şartının ileri sürülebilmesi için iki davanın tarafları ve sıfatlarının, konusun ve dayanılan olayların aynı olması gerekmektedir. Aynı davanın yeniden a ılmasında korunmaya değer hukuki bir menfaat bulunmadığından, ayrıca aynı davanın yeniden görülmesi mahkemelerin iş yükünü arttırıp, çelişkili kararların doğmasına yol açabileceğinden, dava şartı olarak düzenlenmiştir (Arslan ve diğ. 2018, s. 289).

Yargıtay’ın görüşü, derdestlik itirazının ileri sürülebilmesi için her iki davanın taraflarının aynı olması gerektiği gibi taraf sıfatlarının da aynı olması gerektiği yönündedir.²⁵ (Gençcan, 2019, s. 348, 349).

Boşanma davalarında derdestlik itirazı ileri sürülebilmesi için farklı tarihlerde açılan boşanma davalarında davanın konusunun da aynı olması gerekmektedir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 2004/537 E. 2004/1471 K. 12.02.2004 T. “.....*Davalı kadının Samsun’da bağımsız nafaka davası, boşanma davasında hükmedilmesi gereken tedbir nafakası yönünden derdest sayılamayacaktır.*” kararı TMK 197 hükmüne dayanılarak birlikte yaşamaya ara verilmesi halinde eşlere tanınan nafaka istemine dayanılarak açılan nafaka davasının, boşanma davasının devamı süresince

²⁵ Y. 2. HD, 2014/7679 E. 2014/9879 K. 24.04.2014 T. Sayılı “.....*Derdest olarak kabul edilen dosyanın davacısının kadın davalısının koca olduğu, bu davada ise davacının koca davalının ise kadın olduğu, her iki davada dayanılan hadisenin farklı olup, konusu ve tarafları farklı olan davanın derdestliğe konu edilemeyeceğinden.....*” 2012/25025 E. 2012/29984 K. Sayılı 11.12.2012 T. “.....*her iki davada boşanma sebebi olarak dayanılan maddi vakaların ve tarafların davadaki sıfatlarının aynı olmadığı görülmektedir.*”

mahkemenin re'sen eşlerin barınmasına, geçimine, mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına yönelik aldığı tedbirlere engel olamayacağını göstermektedir (Gençcan 2019, s. 348, 349).

Boşanma davalarında derdest bir davadan söz edebilmek için davaların tarafları, sıfatları, davanın konusu dışında dayanılan olayların da aynı olması gerekmektedir. Bu durumda farklı tarihlerde açılan boşanma davalarında davanın konusu aynı olsa bile dayandığı olay farklı ise de derdestlik itirazında bulunulamayacaktır (Gençcan, 2019, s.348, 349).

Bir diğer dava şartı da aynı davanın daha önce kesin hükme bağlanmamış olmasıdır. Bir hüküm hakkında olağan yasa yolları kapanmışsa, yasa yollarına başvurulmayıp yasal süresi geçmişse, istinaf ve temyiz kanun yollarına başvurulmuş ve hüküm onanmış ve karar düzeltme süresi de geçmiş ise ya da karar düzeltme yoluna gidilmesi halinde karar düzeltme talebi reddedilmişse ya da istinaf ve temyiz kanun yollarına başvurmadan feragat edilmiş ise hüküm şekli anlamda kesin hüküm teşkil eder. Şekli anlamda kesinleşmiş bir karar, daha sonra açılan bir davada taraflarının, konusunun ve dava sebebinin aynı olması halinde maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder ve dava şartı olması sebebiyle davanın usulden reddi gerekir. Boşanma davasında da aynı şekilde kesin hüküm itirazında bulunulan dava ile önceki kesin hüküm verilen davanın tarafları, konusu, davanın sebebinin karşılaştırılması gerekmektedir (Gençcan, 2019, s. 348, 350-351). Nitekim Yargıtay'ın “.....Somut olayda mahkemece; kesin hüküm sebebiyle davanın reddine karar verilmiş ise de daha önceki boşanma davasında; ne kadın tarafından yoksulluk nafakası talebi ne de mahkeme tarafından verilmiş bir nafaka hükmü bulunmaktadır. Dolayısıyla yoksulluk nafakası yönünden yukarıda bahsedilen HMK'nın 303.maddesi anlamında kesinleşmiş bir hükmün varlığından söz edilemeyeceği açıktır.....²⁶” kararı ile . “.....Bir davaya ait şekli anlamda kesinleşmiş hükmün diğer davada maddi anlamda kesin hüküm oluşturabilmesi için, her iki davanın taraflarının, dava sebeplerinin ve ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davaya ait talep sonucunun aynı olması gereklidir (HMK m.303/1).Yapılan yargılama ve toplanan delillerden, davacı tarafından feragat edilen davada dayanılan vakıalar ile eldeki dosyada dayanılan vakıalar farklı olup, kesin hükümden bahsedilemez.....” şeklindeki içtihatları da kesin hüküm teşkili için ilk davadaki

²⁶ Y. 3. HD, 2016/19261 E. 2016/14178 K. 07.12.2016 T.

tarafların, dava sebeplerinin ve hüküm fıkrasının, ikinci davadaki talep sonucu ile aynı olması gerektiği yönündedir²⁷.

Dava şartları olarak HMK’da düzenlenenler dışında özel kanunlarla da bazı davalar için bir takım dava şartı ön görülmüş olabilir. Örneğin, terk sebebiyle boşanma davası açılabilmesi için davacı eşin, davalı eşe ihtar kararı tebliğ ettirmesi ve tebliğ itibariyle iki ay geçmesi gerekmektedir. Aksi halde dava şartı yokluğundan usulden reddedilecektir (Arslan ve diğ., 2018, s. 289).

3.5.2 Boşanma davasında ilk itirazlar

İlk itirazlar HMK 116. maddesinde düzenlenmiştir. Madde hükmü gereği, kesin yetki kuralı bulunmayan hallerde yetki itirazı ile uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesi gerektiği itirazı, ilk itiraz olarak cevap dilekçesinde ileri sürülmelidir. HMK 137. maddesinde mahkemenin ön inceleme aşamasında dava şartlarını ve ilk itirazları inceleyeceği hüküm altına almıştır (Çiftçi, 2018, s. 21). Mahkeme önüne gelen bir davada öncelikle dava şartlarının bulunmasını re’sen gözetecek ve daha sonra da ilk itirazları değerlendirip, ön sorunlar gibi değerlendirerek karara bağlayacaktır.

Boşanma davasında yetkiye ilişkin kurallarda davacıya seçme hakkı verildiği için ve kesin yetki kuralı olmadığı için Gençcan, (2019, s.183) mahkeme yetki itirazını ilk itiraz olarak cevap dilekçesinde ileri sürebilir. Mahkeme yetki ilk itirazının ön sorun olarak ön incelemede değerlendirecektir.

3.6 Boşanma Davasının Açılması

3.6.1 Davanın açılmasının sonuçları

Davanın açılması maddi hukuk açısından çeşitli sonuçlar doğuracağı gibi usul hukuku açısından da çeşitli sonuçlar doğuracaktır. Davanın açılmasıyla birlikte maddi hukuk açısından, zamanaşımı süresi kesilecek, hak düşürücü süre korunacak, davalının temerrüde düşürülmesi gerçekleşmiş olacaktır. Davanın açılmasıyla birlikte artık iyi niyet iddiasında da bulunulamayacaktır (Akkaya, 2017, s.349), (Budak ve Karaslan, 2018, s. 176-177)

²⁷ Y. 2. HD, 2016/25332 E. 2018/4256 K. 02.04.2018 T..

Bunun yanında davanın açılmasıyla birlikte derdestlik, mahkemenin davayı inceleme zorunluluğu ve davanın açıldığı tarihteki durumuna göre davanın incelenip karara bağlanması, davayı geri alma yasağı ve ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbirin korunması gibi usul hukuku açısından sonuçlar ortaya çıkmaktadır (Akkaya, 2017, s.349), (Topak, 2021, s.212).

3.6.1.1 Boşanma davasının açılmasının maddi hukuk açısından sonuçları

Boşanma davasının maddi hukuk yönünden sonuçları, daha çok özel boşanma sebeplerine dayanılarak açılan boşanma davalarında karşımıza çıkmaktadır. Özel boşanma sebeplerinden zina, hayata kast veya pek kötü muamele ve onur kırıcı davranış sebebiyle dava açılabilmesi için boşanmaya sebep olan olayın öğrenilmesinden itibaren 6 ay ve her halde 5 yıllık hak düşürücü sürenin geçmemiş olması gerekmektedir. Boşanma davasının açılmış olması maddi hukuk yönünden hak düşürücü sürelerin korunmasını sağlamaktadır (Akkaya, 2017, s.349), (Topak, 2021, s.212).

Boşanma davasının açılmasının maddi hukuk yönünden doğuracağı bir diğer sonuç ise mal rejimini sona erdirmesidir. Eşler arasındaki mal rejiminin sona ermesinin sebepleri TMK 225. madde de düzenlenmiş olup, boşanma davasının açılması da bu sebeplerden biridir. Burada önemli olan husus mal rejiminin ancak boşanma kararının kesinleşmesi ile geriye etkili sona ermesi, yani davanın açıldığı tarihten itibaren tasfiyeye tabi tutulmasıdır (Köroğlu, s. 214,240).

3.6.1.2 Boşanma davasının açılmasının usul hukuku açısından sonuçları

Boşanma davasının açılmasıyla birlikte mahkemenin davayı inceleme zorunluluğu doğmuş olmaktadır. Mahkeme açılan boşanma davasını inceleyip karara bağlamak zorundadır. Anayasa'nın 36. madde hükmü ile "Hak Arama Hürriyeti" başlığı altında, adil yargılanma hakkı ve mahkemelerin görev ve yetkisindeki davalara bakmaktan imtina edemeyeceği, Anayasa ile güvence altına alınmış olup, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 6. maddesinde de adil yargılanma hakkı başlığı altında düzenleme altına alınmıştır (Özmumcu, 2012).

Boşanma davasının açılması halinde açılan bu dava, konusu tarafları ve dava sebebi aynı olan daha önce açılan bir dava varsa dava şartı olan derdestlik itirazı davanın

her aşamasında mahkeme tarafından re'sen gözetileceği gibi taraflarca da ileri sürülebilecektir (Özmumcu, 2012).

Boşanma davasının açılmasının usul hukuku yönünden diğer bir sonucu da mahkemenin, davanın açıldığı tarihteki duruma göre karar verecek olmasıdır. Boşanma davasında dava açıldıktan sonra meydana gelen olaylar açılan davada ileri sürülemeyecektir. Yargıtay içtihatları dilekçelerin tamamlanma aşamasından sonra meydana gelen olayların davada ileri sürülemeyeceği yönündedir (Topak, 2021, s. 219)²⁸.

Boşanma davasının açılmasının bir diğer usul hukuku sonucu ise davanın açılmasıyla başlayacak olan geri alma yasağıdır. HMK 123. maddesinde davanın açılmasından hükmün kesinleşmesi anına kadar davacıya davasını geri alma hakkı tanınmıştır. Bu hak davalı tarafın açık rızasına bağlı bir haktır. Boşanma davasını açan davacı ancak davalının açık rızasının olması halinde davayı geri alabilecek ve isterse ileri bir tarihte tekrar dava açabilecektir. Bu durumda derdestlik itirazı ileri sürülemeyecektir (Akkaya, 2017, s.360).

Boşanma Davasının açılmasının bir diğer usul hukuku sonucu da ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir kararının davanın açılmasından sonra da devam etmesidir. Boşanma davalarında TMK 169 gereği belirtilen tüm geçici koruma önlemleri eşlerin barınması, geçimi, malların yönetimi, çocukların bakım ve korunmasına ilişkin önlemler hakim tarafından dava esnasında re'sen alınan geçici koruma önlemleridir. Ancak dava açılmadan önce talep edilmesi halinde, mahkemece karar verilen geçici önlemler, dava açıldıktan sonra da devam edecektir.

Katılma alacağına konu taşınmazlar üzerine ihtiyati tedbir konulması mal rejimi tasfiyesi davası esnasında talep edilebileceği gibi dava açılmadan önce de mahkemeden talep edilebilir. HMK 389. maddesi gereği ancak uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebileceğinden maddi, manevi tazminat ve nafaka taleplerinde para alacağı söz konusu olduğundan ihtiyati tedbir talebinde değil ihtiyati haciz talebinde bulunulabilecektir (Akkaya, 2017, s.361), (Topak, 2021, s. 224-225). Dava açılmadan önce alınan ihtiyati tedbir kararının devamı için talep

²⁸ Y. 2. HD, 15.09.2015, E. 2015/1895, K. 2015/15882, " O halde, sadece ön inceleme aşaması tamamlanana kadar usulüne uygun şekilde (HMK. md.141) bildirilmiş olan vakıalar boşanma davalarının sınırını çizmekte ve mahkemece ancak, bu vakıalar hakkında inceleme ve değerlendirme yapılabilmelektir..."

tarihinden itibaren iki hafta süre içerisinde (HMK 397), ihtiyati haciz kararlarının devam edebilmesi için ise haczin uygulanmasından yahut haciz yokluğunda yapılmışsa haciz tutanağının tebliğinden itibaren 7 gün içinde icra takibi yapılması ya da dava açılması (İİK 264) gerekmektedir.

3.7 Boşanma Davasında Davaya Cevap Verilmesinin ve Cevap Verilmemesinin Sonuçları

3.7.1 Davaya cevap verilmesinin sonuçları

Boşanma davasında cevap dilekçesinin verilmesine bağlanan sonuç HMK 131. maddesinde açıkça düzenlenmiş olup, cevap dilekçesi verilmesinden sonra süre dolmamış olsa dahi artık ilk itirazların ileri sürülemeyeceği hususudur. İlk itirazlar HMK 116 madde kapsamında kesin yetki kuralı bulunmayan hallerde yetki itirazı ile uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi gerektiği itirazıdır. Madde hükmünde ilk itiraz olarak cevap dilekçesinde ileri sürülmesi gerektiği belirtilmiştir.

Öncelikle tahkim ilk itirazını boşanma davaları yönünden incelediğimizde boşanma davaları kamu düzenindendir ve tarafların boşanma yönündeki iradeleri boşanmaları için tek başına yeterli değildir. Boşanma ancak taraflardan birinin mahkemeye başvurması neticesinde ya da eşlerden birinin açmış olduğu davayı diğerinin kabul etmesi neticesinde mahkeme tatarından verilen kararla gerçekleşir. Bu sebeple tarafların iradelerine tabi olmayan boşanma davaları tahkime elverişli olmadığından tahkim ilk itirazı söz konusu olamayacaktır (Topak, 2021, s. 241).

Boşanma davalarında yetkiye ilişkin görüş ayrılığı söz konusudur. Kesin yetkinin söz konusu olmadığı görüşünde olanlara göre ilk itiraz olarak cevap dilekçesinde ileri sürülecektir. Ancak kesin yetki olduğunu savunanlar, dava şartı olduğundan, davanın her aşamasında ileri sürülebileceği görüşündedir (Topak, 2021, s.241). Bu sebeple kesin yetkinin söz konusu olması halinde cevap dilekçesinde ileri sürülebilecek ilk itiraz da bulunmamaktadır. Kesin yetkinin olmadığı görüşüne göre ise cevap dilekçesi verilmesi ile birlikte artık yetki ilk itirazında da bulunulamayacaktır (Akkaya, 2017, s.271), (Topak, 2021, s.198).

Cevap dileksi verilmesinden sonra eğer süre dolmamışsa ikinci bir cevap dilekçesi verilip verilemeyeceği konusunda da bir görüş birliği mevcut değildir. Kanunda cevap dilekçesinin verilmesi halinde süre sona ermemişse ilk itirazların ileri

sürüleceği yönünde bir düzenleme yapıp ikinci cevap dilekçesinin ya da ek cevap dilekçesinin verilmesinin yasak olduğuna dair bir hüküm bulunmadığından doktrinde ikinci bir dilekçe daha verilebileceği savunulmaktadır (Topak, 2021, s. 241), (Akyol Aslan, 2019, s.100).

3.7.2 Davaya cevap verilmemesinin sonuçları

Davalının, davaya cevap dilekçesi vermemesinin sonuçları HMK 128. maddesinde düzenlenmiş olup, madde hükmü gereğince, cevap dilekçesi vermeyen davalı dava dilekçesindeki tüm vakaları inkar etmiş sayılacaktır²⁹. Bu bağlamda davada susmak, ikrar değil davayı inkar anlamına gelmektedir (Pekcanıtez ve diğ., 2018, s. 246). Cevap dilekçesi vermeyerek davayı inkar eden davalının, davanın sonuna kadar savunma yapıp yapamayacağı hakkında kanunda açık bir hüküm bulunmamaktadır (Topak, 2021, s. 243), (Akyol Aslan, 2019, s.366). Bu noktada cevap dilekçesi vermeyerek davayı inkar eden davalının dava sonuna kadar savunma yapıp yapamayacağı meselesi bir usul hukuku sorunu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kanunda cevap dilekçesi vermeyen davalının davayı inkar etmiş sayılacağı belirtilmiş olup, davalının inkar etmiş olduğu vakalar hakkında delillerini sunamayacağı noktasında her hangi bir açık hüküm mevcut değildir. Bu bağlamda yeni vakalar ileri sürmeksizin ön inceleme duruşmasından önce dava dilekçesinde belirtilen vakaları çürütmek amacıyla delillerini mahkemeye sunabilecektir.

Boşanma davasında boşanmanın ferisi niteliğindeki yoksulluk nafakası, maddi ve manevi tazminat gibi talepler hakkında bir karar verilebilmesi için kusurun ispatlanması gerekmekte olduğundan Anayasal bir hak olan hukuki dinlenilme ve savunma hakkı çerçevesinde değerlendirilerek savunmanın genişletilmesi yasağı sebebiyle yeni vakalar ileri süremese de davacının dava dilekçesinde belirtmiş olduğu iddiaları çürütür mahiyette delillerini sunabilir (Topak, 2021, s.244). Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 28.06.2016 tarihli kararı, cevap dilekçesi vermeyen davalının davayı inkar etmiş sayılacağı ve artık karşı tarafın kusurlu olduğuna dair bir vaka ileri süremeyeceği ancak davacı tarafından ileri sürülen vakalara yönelik delil bildirebileceği yönündedir.

²⁹ HMK madde 128 “(1) Süresi içinde cevap dilekçesi vermemiş olan davalı, davacının dava dilekçesinde ileri sürdüğü vakıaların tamamını inkâr etmiş sayılır.”

3.8 Boşanma Davasında Karşı Dava

Karşı dava, aleyhine açılan bir davada davalının haklarını ileri sürerek aynı mahkemeden ve aynı dosya üzerinden karar verilmesi amacıyla açmış olduğu ayrı bir davadır. Karşı davada davalı, yalnızca davacının ileri sürdüğü iddialar hakkında savunma yaparak davanın reddini talep etmemekte, aynı zamanda kendisi için de hak talep ederek, kendi hakkı için de hüküm kurulmasını talep etmektedir (Pekcanitez ve diğ., 2018, s. 253).

HMK 132 ve 133. maddeleri ile hüküm altına alınan karşı davanın açılabilmesi için öncelikle asıl olan davanın açılmış ve derdest olması, asıl dava ile karşı dava arasında bir ilişki bir bağlantı olması gerekmektedir. Aksi halde mahkemenin karşı davanın ayrılmasına re'sen ya da talep üzerine karar vermesi gerekmektedir. Yine HMK 113. maddesinde karşı davanın ancak cevap süresinde cevap dilekçesi ile ya da ayrı bir dilekçe verilerek açılması gerektiği belirtilmiştir. Süresinde açılmaması halinde mahkemece davaların ayrılmasına karar verilecektir (Akkaya, 2017, s.369), (Topak, 2021, s.252, 253). Karşı davanın açılması halinde davacı, asıl davaya ilişkin vereceği cevaba cevap dilekçesinde, ayrıca karşı davaya ilişkin cevap da verebilecektir (Pekcanitez ve diğ., 2018, s. 255).

Boşanma davalarında da eşlerden birinin açmış olduğu davada davalı taraf karşı dava açarak boşanma talep edebilecektir. Boşanma davalarında, davaların birinde verilecek kararın diğerini etkileyecek olması, eşler arasında mevcut evlilik birliği olması ve her iki davada da ileri sürülen vakaların eşlerin evlilik birliği içinde gerçekleşen vakalar olması gibi sebepler boşanma davalarında açılacak karşı davanın asıl olan dava ile arasında bir bağ olduğunu göstermektedir (Arslanpınar, 2017). Mahkeme asıl dava ile karşı dava hakkında tek bir hüküm vererek, her iki dava bakımından verilen kararları hükümde ayrı ayrı gösterir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 18.04.2017 tarihli 08.03.2017 tarihli kararında mahkemece asıl olan davada verilen boşanma kararının kesinleşmesi halinde karşı davanın konusuz kalacağı ve bu sebeple karar verilmesine yer olmadığına dair karşı davada karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir ³⁰.

³⁰ Y. 2. H.D, 2015/26881 E. , 2017/4579 K. 18.04.2017 “.....Ne var ki; kadının davasında verilen boşanma hükmü temyiz edilmeksizin kesinleşmekle erkeğin boşanma davası konusuz kalmıştır. Bu sebeple mahkemece, erkeğin davası yönünden dava konusuz kaldığından "Karar verilmesine yer

3.9 İddia ve Savunmanın Genişletilmesi ve Değiştirilmesi Yasağı

Islah ve karşı tarafın açık muvafakati hükümleri saklı kalmak kaydıyla, tarafların cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi vermesinden sonra artık iddialarını ve savunmalarını genişletip değiştiremeyeceği HMK 141. maddesi ile hüküm altına alınmıştır. Eski usul kanunu olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda davacının tüm vaka ve iddiaları dava dilekçesinde belirtmesi aksi halde ancak karşı tarafın rızası ya da ıslah yoluyla mümkün olabileceği, davalının da vermiş olduğu cevap dilekçesinde bütün savunmalarını ileri sürmesi gerektiği aksi halde ancak davacının muvafakati ile ileri sürebileceği düzenlenmiştir. Davacı açısından dava dilekçesinin verilmesi, davalı açısından ise cevap dilekçesini davacıya tebliğ ettirmesiyle iddianın ve savunmanın genişletilmesi yasağı başlamış olacaktır. Ancak yeni 6100 sayılı HMK ile iddianın ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağının biraz daha yumuşatıldığını görmekteyiz. HMK 141 hükmü ile davacı açısından cevaba cevap ve davalı açısından ise ikinci cevap dilekçesinin verilmesi ile birlikte iddianın ve savunmanın genişletip değiştirebileceği hüküm altına alınmıştır (Akil, 2010).

Davacı, dava dilekçesinde ileri sürmemiş olduğu vakıa ve dilleri, karşı tarafın cevap dilekçesine vereceği cevaba cevap dilekçesinde ileri sürme hakkına sahiptir. Davalı da cevap dilekçesinde ileri sürmediği vakıa ve delilleri, savunma vasıtalarını, ikinci cevap dilekçesinde ileri sürebilecektir (Pekcanıtez ve diğ. 2018, s. 262).

Boşanma davalarında da iddianın ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı aynı şekilde HMK 141 doğrultusunda davacı açısından cevaba cevap dilekçesi verilmesi davalı açısından ise ikinci cevap dilekçesi verilmesi ile başlamaktadır. Bu bağlamda, görülmektedir ki 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndaki gibi 6100 sayılı HMK'da da tarafların iddia ve savunmalarını dayandırdığı vakıaları belirli usul hukuku kesitine kadar sunmaları gerektiği yönündeki teksif ilkesi benimsenmiştir. Boşanma davasında cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesinin verilmesi ile birlikte taraflar sonradan gelişen vakaları ıslah ve karşı tarafın rızası yoluna başvurmaları haricinde ileri süremeyecektir(Akil, 2010).

olmadığına" dair hüküm kurmak ve davadaki haklılık durumuna göre yargılama giderleri ve vekalet ücreti konusunda karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir....."

Boşanma davasında davacı boşanma talebini dayandırdığı bütün vakıaları dava dilekçesinde ve cevaba cevap dilekçesinde sunmak zorundadır. Sonradan yeni vakıalar ileri sürmesi halinde iddianın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı ile karşılaşacaktır. Davalı da aynı şekilde savunmasına dayanak olarak ileri sürmüş olduğu vakıaları en geç ikinci cevap dilekçesinde ileri sürmek zorundadır. Aksi halde davalı için de savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı gündeme gelecektir. Ancak taraflar dilekçeler aşamasında ileri sürmüş oldukları vakıaları gerekçelendiren, açıklayan ve doğrulayan vakıaları ileri sürmesi yasak kapsamında sayılmaz (Pekcanitez ve diğ., 2018, s. 263), (Kuru, 2001, s. 1719).

3.10 Islah

İddianın ve savunmanın genişletilip, değiştirilemeyeceği yasağının istisnası, karşı tarafın açık rızası ile ıslah olup, iddiasını veya savunmasını değiştirip genişletmek isteyen taraf, karşı tarafın açık rızasını alamıyorsa bu durumda ıslah yoluna başvurabilecektir (Erdoğan ve Korkmaz, 2016). Islah, tarafların kendi yapmış oldukları usul işlemlerine ilişkin olup, taraflar, dilekçelerinde belirtmedikleri vakıaları, dava sebebi ve talep sonucunu ıslah yoluyla ileri sürebilecekleri gibi dilekçelerinde belirtmiş oldukları hususlarda da değişiklik yapabileceklerdir (Pekcanitez ve diğ., 2018, s.302).

Tarafların dava süresince yapmış oldukları usul işlemlerini bir defaya mahsus olmak üzere tahkikatın sona ermesine kadar tamamen veya kısmen düzeltebilecekleri veya değiştirebilecekleri Topak, (2021, s. 237) ıslah başlığı altında HMK 176 ve 177. maddelerinde düzenleme altına alınmıştır. Ayrıca 28.07.2020 tarihli 7251 sayılı Kanun ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yapılan değişiklikle 177. maddeye getirilen ek fıkra ile Yargıtay bozma kararı ile Bölge Adliye Mahkemesi'nin kaldırma kararı sonrasında yeniden tahkikata geçilmesi halinde de ıslah yoluna başvurulabileceği düzenleme altına alınmıştır.

28.07.2020 tarihli 7251 sayılı kanun ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yapılan değişiklik öncesinde Yargıtay'ın bozma kararından ve bölge adliye mahkemesinin kaldırma kararından sonra ıslah yapıp yapılamayacağı konusunda Yargıtay Hukuk Daireleri'nin görüş ayrılıkları bulunması sebebiyle Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu 06.05.2016 Tarihli, 2015/1 E. 2016/1 K. sayılı kararı ile oyçokluğu ile bozma kararı sonrasında ıslah yapılamayacağı yönünde

kanaate varmıştır. Karar sonrası her ne kadar Yargıtay Hukuk Daireleri bozma kararı sonrası ıslah yapılamayacağı yönünde kararlar verilse de ıslah yapılabileceğine yönelik kararlar da verilmiştir³¹. Tüm bu görüş ayrılıkları neticesinde 7251 sayılı kanunla yapılan değişiklikle birlikte ıslaha ilişkin 177. maddeye getirilen ek fıkra ile bozma ve kaldırma kararı sonrasında ıslah yapılabileceği şeklindeki düzenleme ile bu durum netlik kazanmıştır.

Yine kanun maddesine getirilen ek fıkra ile ıslahla, bozmaya uymakla meydana gelen hukuki durumun ortadan kaldırılamayacağı da düzenleme altına alınmıştır. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 17.11.2021 Tarih, 2021/1919 Esas, 2021/11552 Kararında bozma kararı lehine olan taraf için kazanılmış bir usulü müktesap hak doğabileceği ve bozma kararı dışında olan kısımların kesinleşeceği yönünde karar vermiştir³².

Boşanma davalarında da taraflar ıslah yoluna başvurabileceklerdir. Davacı, davada dayanak gösterdiği vakaları ve talep sonuçlarını ancak ıslah yolu ile değiştirip genişletebilecektir. Bu durumda terk sebebiyle açılan bir davada dava sebebini değiştirerek, evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebine dayanmak isteyen davacı, ıslah yoluna başvurarak boşanma sebebini değiştirebilecektir. Ayrıca talep sonucu da ıslah yoluyla değiştirilip genişletilebilecektir. Dilekçeler aşamasında maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmayan davacı ve karşı davacı ıslah yoluna başvurarak maddi ve manevi tazminat talebinde bulunabilecektir (Topak, 2021, s.240).

Boşanma davalarında talep sonucu da ıslah yolu ile değiştirilebilir. Boşanma talebinin ayrılığa karar verilmesi talebi olarak değiştirilmesi için ıslaha gerek yoktur. Ancak ayrılık davasında, talep sonucunun boşanma olarak değiştirilmesi ıslah yoluyla mümkündür (Akkaya, 2017, s. 431-432).

³¹Y. 8. HD, 23.12.2013 Tarih, 2013/15414 Esas, 2013/19691 K. sayılı “...Kural olarak, bozmadan sonra ıslah yapılamaz. Ancak mahkemece uyulan bozma ilamı usule ilişkin ise, bu takdirde bozmadan sonra ıslah yapılması mümkündür. Bu bakımdan esasa ilişkin bir bozma söz konusu değil ise, 04.02.1948 tarih ve 1944/10 Esas, 1948/3 Karar sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uygulama alanı bulamaz. Doktrinde ağırlıklı görüş de; usulî bozmadan sonra ıslahın mümkün olduğu yönündedir.”

³²Y. 3. HD, 17.11.2021 Tarih, 2021/1919 Esas, 2021/11552 K. sayılı kararı “Mahkemenin, Yargıtay’ın bozma kararına uyması ile bozma kararı lehine olan taraf yararına bir usulü kazanılmış hak doğabileceği gibi, bazı konuların bozma kararı kapsamı dışında kalması yolu ile de usulü kazanılmış hak gerçekleşebilir. Yargıtay tarafından bozulan bir hükmün bozma kararının kapsamı dışında kalmış olan kısımları kesinleşir. Bozma kararına uymuş olan mahkeme kesinleşen bu kısımlar hakkında yeniden inceleme yaparak karar veremez. Bir başka anlatımla, kesinleşmiş bu kısımlar, lehine olan taraf yararına usulü kazanılmış hak oluşturur.”

3.11 Ön İnceleme

Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile yargılamanın aşamaları, karşılıklı dilekçelerin verilmesi, ön inceleme, tahkikat, tahkikatın sona ermesi ve sözlü yargılama ve hüküm olmak üzere ayrılmıştır. Tahkikat aşamasına geçmeden önce yargılamanın sağlıklı bir şekilde yürütülmesi amacıyla tahkikatın gereksiz yere uzamasının önüne geçmek ve tahkikat aşamasında gereksiz işlemlerin yapılmasının önüne geçmek amacıyla, öngörülen, tahkikata ilişkin hazırlık işlemlerinin yapıldığı ön inceleme aşaması büyük öneme sahiptir (Pekcanıtez ve diğ., 2018, s.269).

Yargılamada dilekçeler aşaması tamamlandıktan sonra ön inceleme yapılmaktadır. HMK 137. maddesinde düzenlenen, yargılamanın aşamalarından biri olan ön inceleme aşamasında mahkeme, dava şartları ve ilk itirazları inceler ve uyuşmazlık konusunu belirler. Ön inceleme tamamlanmadan tahkikata geçilemez. Bu aşamada tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabildikleri davalarda mahkeme tarafları sulhe teşvik eder. Ön inceleme duruşmalı yapılabileceği gibi duruşmasız da yapılabilir. Hakim dosya üzerinden de karar verebilir (Akkaya, 2017, s.374, 375), (Topak, 2021, s.211).

Usule ilişkin konular ön inceleme aşamasında karara bağlanır, esasa ilişkin konularda ise davanın esasına geçtikten sonra tahkikat sonrasında karar verilir. Ancak bazı durumlarda hak düşürücü süreler ve zamanaşımı süresinin geçtiği açık bir şekilde anlaşılıyorsa hakim tahkikat için ayrı bir duruşma günü vermeden ön inceleme duruşmasında ön inceleme işlemlerini tamamladıktan sonra tahkikat aşamasına geçildiğini belirterek davayı esastan reddedebilir (Pekcanıtez ve diğ., 2018, s. 273). Bu durumda usul ekonomisi ilkesinin gereği olarak davanın gereksiz yere uzamasının önüne geçilmiş olur.

Boşanma davalarında da aynı şekilde tahkikat aşamasına geçilmeden önce ön inceleme yapılmak zorundadır (Gençcan, 2019, s.326, 327), (Akkaya, 2017, s.375). Dilekçelerin karşılıklı verilmesi aşaması tamamlandıktan sonra mahkeme dava şartları ve ilk itirazları inceleyerek dava şartlarının eksik olması ve ilk itirazların haklı olması halinde duruşma yapmadan dosya üzerinden karar verebilmektedir. Ancak dava şartlarının eksiksiz olması ve ilk itiraz bulunmaması veya haklı bir ilk itiraz bulunmaması halinde, taraflara davetiye göndererek ön inceleme duruşması yapabilmektedir. Ön inceleme duruşması için çıkarılan davetiyede, taraflara

dilekçelerinde belirttikleri ancak sunmadıkları delilleri ibraz etmeleri ve başka bir yerden getirilecek deliller için gerekli açıklamayı yapmaları için iki haftalık kesin süre verilmektedir. Hakim, ön inceleme duruşmasında uyuşmazlık konusu olan vakıaları tek tek belirleyecek ve tarafları sulhe teşvik edebilecektir. Ayrıca ön inceleme duruşması davetiyesinde, verilen iki haftalık kesin sürede delillerin ibraz edilmemesi ve başka yerden getirilecek deliller için her hangi bir açıklama yapılmaması halinde tarafları o delile dayanmaktan vazgeçmiş sayılacağına dair karar da vermektedir (Akkaya, 2017, s.377).

3.12 Boşanma Davasında İspat ve Deliller

Bir davada iddiada bulunan ve bu iddiasına bağlı vakıadan kendi lehine hukuki sonuç çıkaracak olan taraf, bu iddiasını ispatla yükümlüdür. İspatın konusu, uyuşmazlık konusu olan ve çekişmeli olan vakılardır. Tarafların ileri sürmüş oldukları vakıaların doğru olduğu noktasında hakimi ikna etmesi, inandırmaya çalışması, ispat faaliyetidir (Arslan ve diğ., 2018, s. 375). Bir davada ispat edilmesi gereken vakıalar, hakimin kararını etkilediği için davanın sonucu açısından büyük öneme haizdir (Başözen, 2010, s. 12).

Boşanma davasında da boşanma talebinde bulunan tarafın boşanma talebine dayanak olarak gösterdiği vakıalar ispatın konusunu oluşturmaktadır (Akkaya, 2017, s.441). Taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalarda talepte bulunan davacının talebini dayandırdığı vakıayı ispat etmesi gerekmektedir (Başözen, 2010, s. 85). Örneğin, zina sebebiyle açılan bir boşanma davasında ispat edilecek olgu, zinanın gerçekleşip gerçekleşmediğinin ispatı olacakken, terk sebebiyle açılan bir davada terk eyleminin gerçekleşip gerçekleşmediği olacaktır (Topak, 2021, s.240).

Taraflar iddialarını, mahkemeye sunmuş oldukları deliller vasıtasıyla ispatlamaktadırlar. Deliller ise takdiri ve kesin deliller olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur. Kesin deliller senet, yemin ve kesin hüküm iken takdiri deliller tanık, bilirkişi, keşif ve ispata uygun her türlü delildir. Kesin delillerin değerlendirilmesi noktasında hakimin takdir yetkisi bulunmamaktadır. Kesin delille ispatlanan bir vakıanın doğru olarak kabul edilmesi gerekmektedir (Arslan ve diğ., 2018, s. 389). Kesin delile kanuni delil de denilmektedir. Kanunda eğer bir vakıanın kesin delille ispatlanacağı öngörülmüşse hakim başka bir delili inceleyemez (Pekcanitez ve diğ., 2018, s.356).

Hukukumuzda serbest delil sistemi benimsenmiş olduğundan taraflar iddialarını ispat ederken kanunda belirtilen kesin delillerle ispatı zorunlu olan vakıalar haricindeki vakıaları her türlü delille ispat edebilirler. Bu bağlamda, boşanma davalarında taraflar, ileri sürmüş oldukları iddiaları, tanıkla, bilirkişi raporu ve keşif gibi ispata elverişli her türlü delille ispat edebilirler.

İspat ve deliller bakımından, tarafların dayandığı delillerin hakimi bağlayıp bağlamayacağı noktasında boşanma davaları, diğer davalardan farklı tutulmuştur. Hukuk Muhakemeleri Kanunu dışında Medeni Kanun'umuzun 184. maddesinde boşanma davaları açısından bir takım özel usul kuralları getirilmiştir. Madde hükmüne göre tarafların mahkemeye sunmuş olduğu deliller, iddia edilen vakıanın ispatı açısından hakim vicdanen kanaat getirmediğçe ispat edilmiş sayılmayacaktır (Akkaya, 2017, s.441), (Topak, 2021, s.242). Ayrıca madde hükmünde ikrarın hakimi bağlamayacağı ve hakimın taraflara yemin teklif edemeyeceği de düzenleme altına alınmıştır. Bu doğrultuda, tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulundukları davalarda taraflarca ikrar edilen vakıalar çekişmeli olmaktan çıkmakta ise de boşanma davalarında tarafların ikrarı hakimi bağlamayacak ve çekişmeli olmaktan da çıkmış olmayacaktır (Akkaya, 2017, s.443). İkrar bir davada taraflar arasındaki uyuşmazlık konusunu çekişmeli olmaktan çıkaracağı için karşı tarafın çekişmeli olmaktan çıkan ikrar edilen uyuşmazlık konusunu ispata yönelik bir delil bildirmesi gerekmeyecektir. Bu noktada ikrarın bir delil değil bir taraf usul işlemi olduğunu belirtmek gerekir. İkrar edilen uyuşmazlık konusunun çekişmeli olmaktan çıkması ve bu uyuşmazlık konusu için ispat zorunluluğu bulunmaması özel hukuk davalarının genellikle tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri uyuşmazlıklardan kaynaklanıyor olmasıdır.

Bu sebeple boşanma davasının kamu düzeninden olması, tarafların evlilik birliğini sonlandırmalarının sıkı şartlara tabi olması ve evliliğin sona erdirilmesinde keyfilğin önüne geçilmesi amacıyla TMK 184. maddesinde getirilen usul hükümleri uyarınca hakimın boşanmaya karar verebilmesi için taraflarca ileri sürülen boşanma sebeplerinin ispat edilmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda davacı tarafça ileri sürülen boşanma sebepleri, davalı tarafından ikrar edilse de bu ikrar hakimi bağlamayacak, davacı ileri sürmüş olduğu boşanma sebeplerini ispat etmek zorunda kalacaktır (Arasa, 2007), (Akkaya, 2017, s.443,444), (Topak, 2021, s.245). Ancak ikrarın hakimi bağlamaması, hakimın hüküm verirken bu ikrarı dikkate almaması anlamına

gelmemektedir. Burada hakim ikrara konu olan olayın gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırıp, vicdanen kanaat getirmesi halinde hüküm verirken dikkate alabilir (Aras, 2007).

Boşanma davalarında yine TMK 184. maddesinde belirtilen usul kuralları uyarınca hakim taraflara gerek re'sen gerek de tarafların talebi doğrultusunda yemin teklif edemez. HMK 226 maddesi uyarınca tarafların serbestçe üzerinde tasarrufta bulunamayacakları konular hakkında taraflara yemin teklif edilememesinin bir sonucu olarak kamu düzeninden olan boşanma davalarında yemin teklif edilememesi yönünde bir hüküm bulunmasının, HMK 226. maddesi ile de uyumlu bir düzenleme olduğunu söyleyebiliriz. Ayrıca yukarıda da belirttiğimiz gibi boşanma davalarında ikrar bağlayıcı olmadığından, tarafların yeminden kaçınması da ikrar anlamına geleceğinden (HMK 229) boşanma davalarında yemin teklif edilememesi de yine usul kanunu hükümleri ile uyumludur (Ercan, 2014, s. 255).

3.12.1 Boşanma davalarında yasa dışı delillerin kullanılması

Anayasal bir hak olan adil yargılanma hakkı gereği taraflar iddia ve savunmalarını ispat edebilme hakkına sahiptir. Ancak bu haklarını kullanırken kişilik hakkı, özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığının ihlali, haberleşme özgürlüğü gibi Anayasal hakların ihlal edilmemesi gerekmektedir. Anayasa'nın 38. maddesi 6. fıkrası "*Kanuna aykırı elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemeyeceği*" hükmü ile hukuka aykırı bir şekilde elde edilen delillerin yargılama sürecinde kullanılamayacağı açıkça belirtilmiştir. Yine HMK'da da hukuka aykırı bir şekilde elde edilen delillerin mahkemede dikkate alınamayacağı belirtilmiştir (HMK 189/f.2)

Bir delil hukuka aykırı bir şekilde elde edilirse, delil hukuka aykırı olmasa da elde edilirken kullanılan yöntem hukuka aykırı olduğundan bu delil mahkemede vakıanın ispatında dikkate alınamayacaktır. Bir de temel haklar ve özel hayatın gizliliğini ihlal sonucu doğuran yasaklanan deliller de hukuka aykırı deliller olması sebebiyle mahkeme tarafından dikkate alınmayacaktır (Pekcanitez ve diğ., 2018 s. 352)

Boşanma davalarında taraflar iddia ve savunmalarını her türlü delille ispat edebildikleri için Medeni Hukuk davalarında en çok boşanma davalarında hukuka aykırı yollarla elde edilen delillerin kullanılması noktasında tartışmalar mevcuttur. İddia ve savunmalarını her türlü delille ispat edebilen eşler, ortak hayatı sürdürmeleri, ortak konutta yaşamaları, ortak eşyaları kullanmaları, arabalarını ortak

kullanmaları ve hatta birbirlerinin telefonunun şifresini bilmeleri ve kullanmaları sebebiyle özel hayatın gizliliğini ihlal olarak değerlendirilebilecek pek çok delil vasıtasını mahkemeye sunabilmektedirler. Özellikle teknolojinin de gelişmesiyle akıllı cep telefonlarıyla her an her yerde ses ve görüntü kaydı elde edilmesi, sosyal medya paylaşımları da hukuka aykırı delillerin kullanılıp kullanılmayacağı konusundaki tartışmaların artmasına sebep olmuştur. Bu bağlamda gerek Anayasa gerekse HMK’da iddia ve savunmaların ispatına yönelik hukuka aykırı fiillerin delil olarak kullanılmayacağı noktasında bir sınır getirilse de boşanma davalarında tarafların ortak yaşamı sürdürmeleri ve birbirlerinin özel hayatına dokunmaları sebebiyle Yargıtay uygulamalarında bu kural biraz olsun esnetilmiştir.

Örnek olarak mektup, günlük, hatıra defterleri ve notları kişilerin özel hayatının gizliliği ihlal edilerek, örneğin çalınmış, çantasından veya gizlediği bir çekmecedan gizlice alınmış olmaları halinde hukuka aykırı delil olarak mahkemede dikkate alınmayacaktır. Ancak boşanma davalarında eşler ortak konutu paylaştıklarından ortak konutta bulmuş oldukları mektup, hatıra ve not defteri, günlük vs. gibi eşyaları mahkemeye delil olarak sunabilecektir³³. Zira ortak konutta bu tarz özel eşyalarını bulunduran kişi, bu eşyaları diğer eşinin görebileceğini öngörmektedir.

Fotoğraflar ve ses ve görüntü kayıtları ise ancak karşı tarafın bilgi ve rızası dahilinde ise mahkemeye delil olarak sunulabilmektedir. Burada hukuka aykırı delil ile hukuka aykırı olarak yaratılan delil ayrımı yapılmalıdır. Bu noktada, somut olaya göre hukuka aykırı delil, delil olarak kullanılabilecekken, hukuka aykırı olarak yaratılan delil hiçbir surette delil olarak kullanılamayacaktır. Yargıtay bir kararında boşanma davasında delil olarak kullanılmak üzere davalı kadının rızası dışında kurgu sonucu elde edilen CD’nin hükme esas alınamayacağını belirtmiştir³⁴.

³³ Yargıtay HGK 2002/2-617 E. 2002/648K. 25.09.2022 T. Kararı “Diğer taraftan özel hayatın gizli alanları, özel hayatın gizli alanını ilgilendiren delillerle ispat edilebilir. Nasıl ki, kadın başka bir erkekle müşterek hanedeki yatak odasında sevişirken koca tarafından kapı kırılarak içeri girilmesinde hukuka aykırılıktan söz edilemezse, ortak yaşanan evde bulunduran not defterinin elde edilmesi de hukuka aykırı olarak değerlendirilemez. Eşlerin evliliğin devamı süresince birbirlerine sadık kalmaları yasal bir zorunluluktur. Kadının bu konulardaki özel yaşamı, evlilik ile bir araya geldiği hayat arkadaşı kocayı da en az kadın kadar ilgilendirmektedir. Bu nedenle de davalıya ait hatıra defterinin delil olarak değerlendirilmesinde kuşkuya düşmemek gerekir.....”

³⁴ Yargıtay HGK. 15.02.2012 tarih, E. 2011/2-703, K. 2012/70 “...Mahkemece, hükme esas alınan CD, davalı kadının rızası dışında kaydedildiği gibi sırf boşanma davasında delil olarak kullanılmak amacıyla bir kurgu sonucu oluşturulmuştur. O halde bu şekilde oluşturulmakla usulsüz olarak yaratılmış bu delilin hükme esas alınması mümkün değildir....”

Telefon görüşmesi kayıtlarının mahkemede delil olarak kullanılmasında da yine kişinin rızasının olup olmadığı önem taşımaktadır. Rıza dahilinde alınan ses kayıtları delil olarak kullanılabilecekken, rıza dışı örneğin eşin telefonuna bir casus programı eklemek suretiyle görüşmelerin kayıt altına alınarak mahkemeye sunulması halinde hukuka aykırı olarak yaratılmış bir delil olması sebebiyle hükme esas alınamayacaktır³⁵.

Sosyal medya paylaşımları açısından değerlendirdiğimizde kişilerin fotoğraf, video vs. paylaşımları ve görüşmeleri yine hukuka aykırı yoldan elde edilmemişse delil olarak kullanılabilecektir. Fotoğraf vs. paylaşımları gizlice şifresinin ele geçirilerek alınması durumunda hukuka aykırı delil niteliğinde olup dikkate alınmayacaktır. Ancak sosyal medyada paylaşılan fotoğraf vs. boşanma davasında delil olarak kullanılabilecektir. Eşin başka bir isimle hesap açıp eşiyle görüşme yaparak bu görüşmeleri delil olarak sunması halinde hukuka aykırı olarak elde edilmiş olması sebebiyle hükme esas alınmayacaktır³⁶.

3.13 Boşanma Davasında Hüküm

Mahkemenin dava konusu uyuşmazlık konularının sabit olup olmadığı yönünde bir karara varması halinde, yargılamanın sonunda, davanın esası hakkında vermiş olduğu karara hüküm adı verilmektedir (HMK 294/1) Boşanma davasında hakim, davacı tarafından ileri sürülen boşanma sebeplerinin sabit olduğu yönünde kanaate varırsa, boşanmaya karar verebileceği gibi boşanma sebeplerinin sabit olmasına rağmen evlilik birliğinin tekrar sağlanabileceği kanaatine varırsa ayrılık kararı da verebilir. Bu durum boşanma davalarında taleple bağlılık ilkesinin bir istisnasını teşkil eder. Hakim’de eğer boşanma sebeplerinin gerçekleştiğine yönelik bir kanaat oluşmamışsa bu durumda mahkeme davanın reddi kararı verecektir. Boşanmanın reddine yönelik karar boşanma sebeplerinin gerçekleşmediğinin tespiti niteliğinde bir karardır (Akkaya, 2017, s.496, 497), (Topak, 2021, s.294).

³⁵ Y. 2. HD, 01.06.2017 tarih, E. 2015/26918, K. 2017/6688 no’lu kararı, “Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle davacı-karşı davalı erkeğin eşinin telefonuna casus program yükleyerek ele geçirdiği ses kayıtları hukuka aykırı delil niteliğinde olup kusur belirlemede dikkate alınamaz”

³⁶ Y. 2. HD.’nin 02.03.2016 tarih, E. 2015/13454, K. 2016/4141 “..... tarafların mahkemece ise kabul edilen kusurlu davranışları yanında erkeğin hakaret edip, aşağılayıcı sözler söylediği, kadının ise birlik görevlerini yerine getirmediği, başka bir kadın ismi kullanarak twitter hesabı açıp eşi aleyhine delil yaratmaya çalıştığı.....”

Boşanma davasının reddi hükmünün kesinleşmesi halinde, artık taraflar aynı boşanma sebeplerini ileri sürerek boşanma davası açamayacaklardır. Aksi halde açılan dava, dava şartı olan kesin hüküm sebebiyle reddedilecektir. Evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle açılan davanın reddi halinde, taraflar ancak farklı boşanma sebeplerine dayanarak tekrar boşanma davası açabileceklerdir. Taraflarca ileri sürülen vakıalar ya ilk dava açıldıktan sonra gerçekleşen olaylar ya da ilk dava açılmadan önce gerçekleşmiş ancak ilk davada ileri sürülmemiş dava sebepleri dayanak gösterilerek açılmalıdır (Tutumlu, 2009, s. 439), (Akkaya, 2017, s.496, 497). İlk davanın kesin hüküm teşkil edebilmesi için tarafları, konusu ve talep sonucunun aynı olması gerekmektedir (Gençcan, 2019, s. 892, 893). Boşanma davalarında taraflar ve talep sonucu (boşanma talebi) aynı olduğundan burada dava sebeplerinin farklı olması büyük önem arz etmektedir. Dava sebebi olarak gösterilen vakıaların ikinci açılan davada farklı tarihlerde gerçekleşen vakıalara dayanılarak açılması halinde kesin hüküm itirazı ile karşılaşamayacaktır. Örneğin darp sebebiyle açılan boşanma davasının reddi halinde yeniden darp fiili gerçekleşmesi halinde açılan davada kesin hüküm varlığı söz konusu değildir.

Mahkeme boşanma davasında ileri sürülen vakıaların sabit olduğu yönünde kanaat getirirse boşanma kararı vermektedir. Ancak boşanma kararı, kesinleşmesi halinde hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır. Bu sebeple bozucu yenilik doğuran boşanma kararının kesinleşmesi halinde, mahkeme bu kararı Nüfus Müdürlüğü'ne gönderir ve nüfusa kaydı yapılır. Boşanma nüfusa kayıt tarihi itibarıyla değil boşanma hükmünün kesinleştiği tarih itibarıyla hüküm ve sonuçlarını doğurur (Atalı ve diğ. 2020, s.341).

Boşanma kararının kesinleşmesi ile birlikte tarafların medeni hali nüfus kaydına bekar olarak işlenir ve taraflar yeniden evlilik yapabilirler. Ancak kadın boşanma hükmünün kesinleşmesinden itibaren 300 gün geçmeden evlenemez. Ancak bu süre kadının doğum yapması ile sona erebileceği gibi ayrıldığı eşi ile yeniden evlenmeleri ve kadının gebe olmadığına tespiti halinde mahkeme kararıyla kaldırılabilir (TMK 132).

Boşanma hükmünün kesinleşmesinin bir diğer sonucu da eşlerin birbirlerine olan mirasçılık durumunun ortadan kalkmasıdır. Eşler birbirine mirasçı olamayacağı gibi evlilikleri süresince birbirleri lehine ölüme bağlı tasarruflar yapmış olsalar dahi bu ölüme bağlı tasarruflarda geçersiz olacaktır (TMK 181/1). Ancak tarafların boşanmaları halinde dahi ölüme bağlı tasarruflarının geçerli olacağı yönünde

iradeleri söz konusuysa bu durumda boşanma halinde de ölüme bağlı tasarruf geçerli olacaktır (Dural ve diğ., 2019, s. 141). Boşanma hükmünün kesinleşmesi ile eşler arasındaki mal rejimi dava tarihi itibarıyla sona erecektir. Burada kanun koyucu dava açıldıktan sonra eşlerin birbirinden mal kaçırmalarının önüne geçmek istemiştir (Pehlivan, 2017).

Boşanma hükmünün kesinleşmesi halinde kadın evlenmeden önceki soyadını alır ve evlenme ile kazanmış olduğu kişisel durumları korunur. Eğer evlenme ile ergin kılınmışsa erginliği devam eder. Eşinin kan hısımları ile kayın hısımlığı devam eder ve evlenme ile vatandaşlık almışsa vatandaşlığı devam eder. Ayrıca kadın eğer menfaati varsa ve kocasına bir zararı bulunmayacaksa ³⁷ ispatlaması halinde hakimden kocasının soyadını kullanma talebinde bulunabilir. Ayrıca evlenmeden önce dul olan bir kadının bekarlık soyadını kullanma hakkı da vardır (TMK 173).

3.14 Boşanma Davasında Kabul

Kabul davayı sona erdiren bir taraf usul işlemidir. Davacının talep sonucunun kısmen ya da tamamen davalı tarafından kabul etmesidir. Tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği davalarda kabul davayı sona erdirmektedir. Velayet davaları, soy bağına ilişkin davalar gibi tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacağı davalarda kabul geçerli değildir. Ancak tarafların serbestçe tasarrufta bulundukları davalarda kabul, davayı sona erdirmekte ve kesin hüküm sonuçlarını doğurmaktadır.

Kabul ile ikrar aynı değildir. Kabul ile taraf talep sonucunu kabul etmekte ve bu işlem davayı sona erdirmektedir. İkrarda ise talep sonucu değil, ileri sürülen bir veya birkaç vakıa ikrar edilmektedir. İkrar davayı sona erdirmemekte yalnızca ikrar edilen vakıayı çekişmeli olmaktan çıkarmaktadır (Pekcanitez ve diğ., 2018, s. 428).

Boşanma davaları, kamu düzeninden olması ve ikrarın hakimi bağlamayacağı hususu hakkında Medeni Kanunu'muzda açık hüküm bulunması sebebiyle tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabildikleri bir dava türü olmadığından kabul

³⁷ T.C. Y. 2. HD. E. 2004/2170 K. 2004/3117 T. 11.03.2004 “.....Toplanan delillerden mahkemenin de kabulünde olduğu üzere davacının boşandığı kocasının soyadını kullanmasının davalıya bir zarar vermediği, davacının iş ve sosyal yaşamında kocasının soyadıyla tanınıp bilindiği, bu nedenle kocanın soyadını kullanmakta menfaati bulunduğu anlaşılmakla isteğin kabulü yerine yazılı şekilde reddinin hükmün bozulmasına neden olacağı.....”

geçerli olmayacaktır. Gerek doktrinde hakim olan görüş gerekse Yargıtay, boşanma davalarında kabulün geçerli olmadığı görüşündedir (Gençcan, 2019, s.941).

Anlaşmalı boşanma davalarında da boşanma kararı verilmesi için kabul tek başına yeterli değildir. Anlaşmalı boşanma davasında hakimin boşanmaya hükmetmesi ancak tarafların dinlemesi ve boşanma yönündeki iradelerini özgür iradeleri ile açıkladığı yönünde kanaatte bulunması, tarafların boşanmanın mali sonuçları hakkında bir anlaşmaya varmış olmaları ve taraflar arasında yapılan evliliğin hüküm ve sonuçlarına yönelik anlaşmanın hakim tarafından onaylanması halinde mümkündür (Gençcan, 2019, s.941).

3.15 Boşanma Davasında Feragat

Feragat, kabul gibi davayı sonlandıran bir taraf usul işlemidir. Feragat ile davacı, talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmektedir. Karşı tarafın kabulü ve mahkemenin onayı gerekmemektedir. Davacı hükmün kesinleşmesine kadar davadan feragat edebilir. Tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacağı davalarda kabul geçerli değilken feragat için böyle bir sınırlama bulunmamaktadır. Tasarruf ilkesi uyarınca kimse lehine olan bir hakkı talepte bulunmaya, dava açmaya ve açmış olduğu davayı da devam ettirmeye ve sonlandırmaya zorlanamaz. Bu sebeple tasarruf ilkesinin bir sonucu olarak tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacakları davalarda dahi davadan feragat mümkündür (Akkaya, 2017, s.513), (Topak, 2021, s.328).

Davadan feragat halinde dava sonlanacak ve kesin hüküm gibi sonuçlarını doğuracaktır. Bu durumda taraflar aynı vakıalara dayanarak aynı dava sebebiyle yeniden dava açamayacaktır. Ancak, feragat tarihinden sonra gerçekleşen vakıalara dayanarak aynı dava sebebiyle yeniden dava açabilecektir. Örneğin zina nedeniyle açılan bir boşanma davasından feragat halinde, feragatten sonra gerçekleşen zina eylemine dayanarak yeniden dava açılabilir (Arslandoğan Kurşuncu, 2007, s. 131).

Anlaşmalı boşanma davalarında da davadan feragat mümkündür. Ancak anlaşmalı boşanma davalarında tarafların birlikte açtığı davalar ve birinin açtığı davayı diğerinin kabul ettiği davalar açısından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Öncelikle tarafların birlikte açtığı davalarda kimin davacı kimin davalı olduğu

hususu tartışmalıdır. Eşlerin tek bir dilekçeyle birlikte mahkemeye başvurmaları halinde Yargıtay İçtihatları, feragatin de ancak birlikte gerçekleşeceği, eşlerden birinin tek başına feragatinin geçerli olmayacağı yönündedir³⁸. Doktrindeki görüş ise eşlerin tek başına yapacakları feragatin geçerli olmamasının tasarruf ilkesine aykırı olduğu ve taraflardan birinin feragat etmesi halinde davanın feragat sebebiyle sonlanması gerektiği, tarafların kendileri lehine bir davayı açmakta özgür oldukları gibi devam ettirme ve sonlandırmada da özgür olduğu yönündedir (Gençcan, 2019, s.921, 922), (Topak, 2021, s.325,326). Bu durumda eşlerden birinin davadan feragat etmesi halinde diğer eşin boşanma iradesinin devam etmesi durumunda, anlaşmalı boşanma davası çekişmeli boşanma davası olarak devam etmelidir (Akkaya, 2017, s. 517). Devam eden davada anlaşmalı boşanma davasından feragat eden tarafın, feragat öncesine dayanan boşanma sebeplerinden feragat ettiği ve eşini affettiği anlamına gelmez. Aksine feragatten önceki boşanma sebeplerinin anlaşmaya varılarak çözülemediği anlamına gelmektedir ki Yargıtay'ın görüşü de bu doğrultudadır (Topak, 2021, s.326)³⁹.

Taraflardan birinin açmış olduğu davayı diğer tarafın kabul ettiği boşanma davasında ise davayı açan, davacı sıfatı olan tarafın, davadan feragat edebileceği Yargıtay İçtihatlarında kabul edilmiştir. Ancak bu durumda davalı tarafında olan, davadan feragat edemeyecektir. Anlaşmalı boşanma davalarında gerçek anlamda bir davacı ya da gerçek anlamda bir davalının varlığı hususu doktrinde tartışmalı olduğundan, tarafların ortak iradeleri ile açılan bir davada tarafların aynı tarafta olması gerekmekte olduğu, anlaşmalı boşanma davasının çekişmeli bir dava olmadığı, eşlerin davacı-davalı ve davalı-davacı sıfatı olduğu yönündeki görüşe göre eşlerden her biri davacı davalı sıfatına bakmaksızın davadan feragat edebilmelidir. Yalnızca davacıya davadan feragat hakkı verilmesi, harcı yatıran davacının anlaşmalı boşanma

³⁸ Y. 2. HD, 22.05.2006, E. 2006/1503, K. 2006/8003, “...eşlerin birlikte başvuruda bulunmalarına göre (MK.m.166/3) burada kocanın feragatinin sonuç doğurmayacağına göre yerinde bulunmayan temyiz isteğinin reddiyle usul ve yasaya uygun hükmün onanmasına.”.

³⁹ Y. 2. HD, 19.03.2013, E. 2012/20895, K. 2013/7535, “.....İkinci olarak davalıkarşı davacı (koca)'nın daha önce açtığı davadaki boşanma talebi “anlaşarak boşanmaya karar vermiş olmalarına” dayanmaktadır. Bu davadan feragat edilmiş olması, aralarındaki uyumsuzluğu anlaşarak çözemeyecekleri ve bu doğrultuda bir boşanma kararı verilmesinden vazgeçildiği anlamına gelir. Diğer bir ifade ile eşlerden birinin “boşanma ve fer'ileri hususunda diğer tarafla mutabakat içinde olduklarından” bahisle bu yönde hüküm verilmesi talebiyle açtığı boşanma davasından feragat etmesi halinde, feragatin kesin hüküm etkisi (HMK. m. 311/1) feragatten önceki olayların çekişmeli bir davada dava sebebi yapılmasına engel değildir. Taraflar, anlaşmalı boşanma davasından feragat halinde, o davadan önceki sebeplere dayanabilir ve boşanma davasını çekişmeli hale dönüştürebilirler.....”.

davasında üstün konumda olduğunu gösterir ki bu da anlaşmalı boşanma davasının amacına uygun olmamaktadır (Gençcan, 2019, s. 921).

3.16 Boşanma Davasında Kanun Yolları

3.16.1 İstinaf kanun yolu

20 Temmuz 2016 tarihinde, Bölge Adliye Mahkemeleri'nin faaliyete başlaması ile istinaf kanun yolu hukukumuzda uygulanmaya başlanmıştır. Yargıtay ile ilk derece mahkemesi arasında bulunan Bölge Adliye Mahkemeleri'ne ilk derece mahkemesi kararları aleyhine ilk aşama olarak başvurulmaktadır (Güneş, 2019). HMK 341. maddesinde istinaf kanun yoluna başvuru için parasal sınırlar düzenlenmiştir. Ancak boşanma davaları şahıs varlığına ilişkin davalar olması sebebiyle verilen kararlar aleyhine, istinaf kanun yoluna başvurulabilmektedir (Akkaya, 2017, s.526, 527).

Boşanma davaları her ne kadar şahıs varlığına ilişkin davalar olsa da boşanma davaları ile birlikte maddi manevi tazminat, nafaka ve malvarlığına yönelik taleplerin de ileri sürülmesi halinde veya ayrı bir davaya konu edilmesi halinde istinaf yoluna başvurulabilmesi için kabul edilen veya reddedilen kısmın kanunda belirtilen parasal sınırın üstünde olması gerekmektedir (Topak, 2021, s. 329). Nafaka davalarında yıllık nafaka miktarı üzerinden hesaplama yapılarak eğer bir yıllık nafaka parasal sınırının üstündeyse ancak istinaf yoluna gidilebilir (Akkaya, 2017, s. 527).

Boşanma davalarında mahkemenin verdiği kabul ya da red kararı, HMK 345. maddesi gereği, taraflara tebliğinden itibaren iki haftalık süre içerisinde istinaf kanun yoluna başvurulmazsa kesinleşir. Tarafların gerekçeli kararın tebliği itibariyle istinaf kanun yoluna başvurmadan feragat etmeleri halinde de karar kesinleşir.

HMK 349. maddesinde ilamın taraflara tebliğ edilmesinden önce istinaf kanun yoluna başvurma hakkından feragat edilemeyeceği düzenlenmiştir. Kanunun açık hükmü doğrultusunda taraflar istinaf yoluna başvurma haklarından ilamın kendilerine tebliğ edilmesinden sonra feragat edebileceklerdir.

Boşanma davalarının maddi, manevi tazminat ve nafaka talebiyle birlikte açılması halinde verilen boşanma ve ferilerine yönelik karara karşı istinaf kanun yoluna başvurulurken, dilekçede açıkça hükmün boşanma yönünden istinaf edilmediğinin belirtilmesi halinde hüküm boşanma yönünden kesinleşir. Bu durumda kısmi kesinleşme şerhi nüfusa bildirilerek tarafların medeni hali boşanma sebebiyle bekar

olarak nüfusa kaydedilir. İstinaf edilen boşanmanın ferilerine ilişkin kısım için ise istinaf süreci devam eder. Ancak taraflar istinaf dilekçesinde açıkça boşanma hükmünü istinaf ettiğini belirtmezse bu durumda boşanma kararının kesinleşmesi de hükmün tamamı kesinleşene kadar ertelenir (Gençcan, 2016, s.796), (Akkaya, 2009, s. 60).

3.16.2 Temyiz

Bölge Adliye Mahkemeleri faaliyete başlamadan önce ilk derece mahkemeleri kararlarına karşı temyiz kanun yoluna başvurulurken, Bölge Adliye Mahkemeleri'nin faaliyete geçmesi ile birlikte istinaf kanun yoluna başvurulmaktadır. İlk derece mahkemesi ile Yargıtay arasında yer alan Bölge Adliye Mahkemeleri kararlarının HMK 361-362 gereğince temyizi kabil olan kararları aleyhine ise temyiz kanun yoluna başvurulmaktadır (Topak, 2021, s. 338). Bu doğrultuda, HMK 362'de temyizi kabil olmayan kararlar belirtilmekle birlikte, belirli parasal sınırın altında kalan davaların temyizi kabil olmadığı düzenleme altına alınmıştır. Bu bağlamda, boşanma davaları, aile ve şahsın hukukuna ilişkin davalar olup, malvarlığına ilişkin olmayan davalar bakımından bir parasal sınır belirtilmediğinden, boşanma ve ayrılık kararına ilişkin kararların temyizi kabildir. Ayrıca boşanma davası ile birlikte boşanmanın ferilerine yönelik maddi, manevi tazminat ve nafaka taleplerinin de bulunması veya bunların ayrı bir davaya konu edilmesi halinde temyiz edilebilmesi için miktar ve değerinin belirli parasal sınırın üzerinde olması gerekmektedir (Akkaya, 2017, s. 540).

Boşanma davasının ilk derece mahkemesince reddi kararı sonucu istinaf yoluna başvurulması halinde, eğer bölge adliye mahkemesi kararı doğru bulursa istinaf başvurusunun reddi kararı verir. İstinaf başvurusunun reddi kararına karşı iki hafta içinde temyiz kanun yoluna başvurulabilir. Yargıtay, temyiz incelemesi sonucunda bölge adliye mahkemesi kararını kaldırırsa dosya yeniden ilk derece mahkemesine gönderilir. İlk derece mahkemesi Yargıtay'ın bozma kararına uyarsa bozma kararı doğrultusunda bir karar verir. İlk derece mahkemesinin bozma kararına uygun olarak vermiş olduğu karara karşı istinaf yoluna gidilemez. Burada artık doğrudan temyiz kanun yoluna gidilir. Dosyanın gönderildiği ilk derece mahkemesi kararında direnirse direnme kararına karşı temyiz yoluna gidilir (Akkaya, 2017, s. 540, 541), (Topak, 2021, s.339,340).

Diğer bir ihtimalde ilk derece mahkemesi boşanma talebinin reddine karar veriyor ancak bölge adliye mahkemesi istinaf başvurusunu kabul ederek boşanma kararı veriyor. Bu durumda bölge adliye mahkemesi kararına karşı temyiz yoluna başvurulması halinde Yargıtay Bölge Adliye Mahkemesi kararını onarsa karar onanarak kesinleşir. Ancak Bölge Adliye Mahkemesi kararını bozarsa bu sefer dosya yeniden incelenmek üzere Bölge Adliye Mahkemesine gönderilir (Akkaya, 2017, s. 540, 541), (Topak, 2021, s.339,340).



4. BOŞANMA DAVALARINDA GEÇİCİ ÖNLEMLER

4.1 Genel Olarak Geçici Hukuki Koruma Kararları

Uzun süren yargılama sonucunda, davacı lehine bir karar verilse de bu karar, bazı durumlarda davalının bazı olumsuz eylemleri sebebiyle yerine getirilememekte ve hakkın yerine getirilmesi imkansızlaşmaktadır (Orhan, 2016 s. 1-4), (Kuru, 4289-4290). Bazı durumlarda davaya konu olan hak zamanla kaybolmakta ve hatta davanın sonuna kadar beklenmesi halinde mağduriyetler daha da büyüebilmektedir. Bunun sonucu olarak, dava sonucunda verilen kararın yerine getirilebilmesi ve dolayısıyla da etkin bir hukuki koruma sağlanabilmesi amacıyla geçici hukuki koruma talep edilmesi gereği doğmaktadır (Arslan ve diğ. 2018 s. 566).

Kanun koyucu, hüküm kesinleşinceye kadar hakkın yerine getirilmesine engel olabilecek olumsuzlukların önüne geçebilmek amacıyla geçici hukuki koruma başlığı altında düzenleme getirmiştir (HMK 389-406). Bu bağlamda ihtiyati tedbir, delil tespiti ve İcra İflas Kanunu'nda düzenlenen ihtiyati haciz gibi hukuki korumalara yer verilmekle birlikte başka özel kanunlarda da geçici hukuki korumalar düzenleme altına alınmıştır (Erişir, 2013, s. 5-6).

Dava sonunda verilen ve davanın esasına ilişkin karar, kesin hukuki koruma olarak adlandırılırken, gerek dava sırasında gerekse dava açılmadan önce geçici olarak verilen önlemlere ilişkin kararlar da geçici hukuki koruma olarak adlandırılmaktadır (Arslan ve diğ. 2018 s. 566). Geçici hukuki koruma, kişilerin kendilerine tanınan hakları etkin bir şekilde kullanabilmeleri, haklarının davanın açılmasından hatta öncesinden, davanın sonuçlanıp, hükmün kesinleşmesine kadar korunması, hakkın güvence altına alınmasını sağlamaktadır. Bu bağlamda, hakkın tehlikeye düştüğü hallerde, geçici hukuki korumaya ilişkin özel kanunlarda hüküm bulunmaması halinde dahi Anayasal bir hak olan hak arama hürriyetinin, adil yargılanma hakkının bir gereği olarak, hakim tarafından geçici önlemler alınmalıdır (Erişir, 2013, s. 59-210).

Boşanma davalarında hakimin, dava süresince, eşlerin geçimine, barınmasına, malların yönetilmesine ve çocukların korunmasına ve bakımına yönelik geçici önlemleri re'sen alabileceği hüküm altına alınmıştır (TMK 169). Ayrıca 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'da da geçici hukuki koruma önlemlerine yer verilmiştir. Aile mahkemesi 6284 sayılı yasa uyarınca, taraflar evli olmasa dahi şiddete uğrayan eşin ve çocuğun korunması amacıyla koruyucu ve önleyici tedbirler alabilmektedir. Burada önemli olan şiddet unsurunun bulunmasıdır. Şiddete uğrayan eş, çocuklar, aile bireyleri ve ısrarlı takip mağduru kimse hakkında koruyucu ve önleyici tedbirler, Aile Mahkemesince verilmektedir (Topak, 2021, s. 417-420). Bu kapsamda 6284 sayılı Kanun'un 5. maddesi 3 ve 4. fıkrasında TMK hükümlerine göre velayet, nafaka, kişisel ilişkinin düzenlenmesi ve tedbir nafakası hükmedilebileceği düzenleme altına alınmıştır (Topak, 2021 s. 417-420).

4.2 Boşanma Davalarında Geçici Önlemler ve Hukuki Niteliği

Boşanma davasının açılmasıyla, eşlerin evlilik birliğinden kaynaklanan yükümlülükleri sona ermiş olmayacağından, aile birliğinin korunması, eşlerin ve çocukların haklarının korunması ve mağduriyetlerin önlenmesi adına hakim boşanma kararı kesinleşene kadar bazı geçici koruma tedbirlerini almak zorundadır (Topak, 2021 s.419-420). Bu doğrultuda, boşanma davasının açılmasıyla hakimin, davanın devamı süresince eşlerin geçimine, barınmasına, malların yönetilmesine ve çocukların bakım ve korunmasına yönelik re'sen geçici önlemleri alabileceği hüküm altına alınmıştır (TMK 169). Burada kanun koyucu özellikle alınacak bir takım önlemleri belirtmiş, ancak bir sınırlama getirmemiştir (Orhan, 2016 s. 128). Hakime geniş takdir yetkisi tanınması sebebiyle hakim, dava süresince gerekli görmesi halinde kanunda belirtilmeyen önlemleri dahi re'sen alabilecektir.

Türk Medeni Kanunu'nda düzenleme altına alınan geçici önlemler, HMK 406 maddesinde belirtilen, diğer kanunlarda yer alan geçici hukuki korumalara ilişkin özel hükümlerdendir. Doktrinde “geçici önlemler” ya da “aile hukukuna özgü geçici önlemler” olarak adlandırılmaktadır (Erişir, 2013, s. 267), (Kuru ve diğ. 2012, s.

569). Boşanma davalarında TMK 169 kapsamında alınan geçici önlemler ileriye etkili olarak sonuç doğururken değişen durum ve şartlara göre yine ileriye etkili olarak kaldırılabilir ve değiştirilebilir önlemlerdir. Bu sebeple de boşanma davasında

alınan geçici önlemler, HMK 389’da düzenleme altına alınan ihtiyati tedbirin bir alt türü değildir.

HMK 389 kapsamında ihtiyati tedbir kararı verilebilmesi için tarafların mahkemeden talepte bulunması gerekmektedir. Oysa TMK 169 kapsamında alınan geçici önlemler tarafın talep olmasa dahi hakim tarafından re’sen alınabilen önlemlerdir. Hatta Aile Mahkemesi Hakimine, eş ve çocukların haklarının korunması açısından, geçici önlemler almasının bir görev olarak yüklendiği söylenebilir (Tekelioğlu, 2019, s.87). Zira boşanma davası süresince boşanma kararı kesinleşinceye kadar evliliğin devam etmesi ve dolayısıyla eşlerin birbirlerine karşı yükümlülüklerinin devam etmesi sebebiyle eşlerin yükümlülüklerini yerine getirmelerinin sağlanması hakimın görevidir (Tekelioğlu, 2019, s. 87).

TMK 169. maddesinde belirtilen geçici hukuki önlemleri hakim, karar kesinleşinceye kadar gerekli gördüğü hallerde talep üzerine veya re’sen değiştirebilir veya kaldırabilirken ihtiyati tedbir kararını re’sen kaldıramaz. Ancak bir itiraz söz konusuysa, bu itiraz haklı bir itirazsa ve süresinde yapılmışsa hakim tarafından kaldırılabilir. TMK 169 kapsamındaki geçici önlemlerde bu şekilde bir süre şartı söz konusu değildir (Topak, 2021, s. 417-420).

Bunun dışında ihtiyati tedbirde, ihtiyati tedbir talep eden kişinin haksız çıkması halinde karşı tarafın veya üçüncü kişilerin zararını temin amacıyla uygun bir teminat yatırması gerekebilirken (TMK 392), TMK 169 kapsamında alınan geçici önlemlerde teminat alınması söz konusu değildir.

4.2.1 Eşler hakkında alınan geçici hukuki koruma önlemleri

4.2.1.1 Eşlerin barınmasına ilişkin geçici hukuki koruma önlemleri

Boşanma davasının açılmasıyla birlikte, her ne kadar eşlerin birbirlerine karşı evlilik birliğinden kaynaklanan yükümlülükleri devam etse de boşanma davasının mahiyeti gereği tarafların ayrı yaşama hakkı bulunmaktadır. Bu konuda TMK’da mevcut bir düzenleme mevcut değildir (Öztan, 2004, s.447). Ancak dava süresince eşlere birlikte yaşama gibi bir yükümlülük getirmek kişilerin mağduriyetine yol açabilecektir. (Tekelioğlu, 2019, s. 87). Bu sebeple kanun koyucu boşanma davasının açılması ile birlikte eşlerin barınmasına ilişkin uyuşmazlıkların önüne geçmek ve

mağduriyetleri önlemek amacıyla hakime geçici önlemler alma konusunda görev vermiştir.

Eşler arasında boşanma davasının açılması ile birlikte, aynı çatı altında yaşama konusunda bir problem bulunmuyorsa, eşler dava süresince aile konutunda birlikte yaşayabilecektir. Ancak birlikte yaşama konusunda anlaşmazlık bulunması halinde, dava süresince aile konutunda kimin kalacağı noktasında TMK 169 uyarınca hakim talep olmasa dahi re'sen karar verebilecektir (Akıntürk, Ateş, 2020 s. 283), (Dural ve diğ. 2014, s. 133). Aile konutunun mülkiyetinin kimde olduğu ya da tarafların kusurlu olup olmadığı, davayı kimin açtığı, hakimin vereceği geçici önlem kararında önem taşımamaktadır. Hangi eşin aile konutunda oturması hakkaniyetli olacaksa hakim, tarafların menfaat dengesini gözeterek bir karar verecektir (Orhan, 2016, s. 111). Eğer aile konutunda bulunan eşyalar konusunda taraflar arasında bir anlaşmazlık çıkması söz konusu ise hakim dava süresince eşyaların kimde kalacağı ya da eşyaların paylaşılması hakkında bir karar verebileceği gibi tarafların yazlıklarının bulunması halinde de yazlığı kimin kullanacağı hakkında karar verecektir (Tekelioğlu, 2019, s. 87).

Hakimin eşlerin barınmasına ilişkin alacağı geçici önlemlerden birisi de aile konutunun tapu kaydı üzerine aile konutu şerhi konulmasına karar verilmesidir. Ancak boşanma davası süresince kalacak aile konutu şerhi, boşanmaya hükmedilmesi halinde kararın kesinleşmesi ile birlikte kaldırılabilir (Orhan, 2016, s.112).

4.2.1.2 Eşlerin geçinmesine ilişkin geçici hukuki koruma önlemleri

Dava süresince eşler ayrı yerlerde yaşama hakkına haiz olsalar da dava süresince eşlerin evlilik birliğinden kaynaklanan yükümlülükleri devam etmektedir. Eşlerin evlilik birliğinden kaynaklanan yükümlülüklerinden biri de birbirlerine karşı bakım ve yardımcı olma yükümlülüğüdür (TMK 185/3). Bu doğrultuda, TKM 169 uyarınca hakimin re'sen alabileceği geçici önlemlerden biri de eşlerin geçimine ilişkin önlemlerdir. Bu önlemler, boşanma davasının açılması ile ayrı yaşamaya başlayan eşlerden birinin diğerine barınması ve geçinebilmesi için maddi olarak destek olması amacıyla tedbir nafakası olarak adlandırılan bir para ödemesi yapmasıdır. (Gençcan, 2013, s.852).

Tedbir nafakası verilirken tarafların kusur durumu dikkate alınmamakla birlikte, lehine tedbir kararı verilecek olan eşin davacı ya da davalı olması da önem taşımamaktadır. Hakim önüne gelen bir boşanma davasında tarafların sosyal ekonomik durumunu araştırarak, koşulları bulunması halinde yardıma ihtiyacı olan eş lehine tedbir nafakasının ödenmesine karar vermek zorundadır (Orhan, 2016, s.113) . Davanın sonunda lehine tedbir kararı verilen tarafın kusurlu olduğu yönünde bir karar verilse dahi tedbir nafakası karar kesinleşinceye kadar devam eder ve verilen tedbir nafakası geri alınamaz⁴⁰ . Zira tedbir nafakası kusur belirlemesi yapılmadan, dava sonuçlanmadan verilen bir karar olduğundan, tarafların kusurlu olup olmaması önem taşımaz (Tekelioğlu, 2019, s. 93).

Tedbir nafakası miktarını hakim tarafların sosyal ekonomik durumunu araştırarak, eşlerin yaşam standartı, meslekleri ve ekonomik güçleri doğrultusunda takdir etmektedir. Bu doğrultuda eşin işsiz olması⁴¹ , düzenli bir gelirin olmaması, hükümlü olması ve hatta akıl hastası olması gibi durumlarda da eğer paraya çevrilecek bir mal varlığı veya başka bir gelir kaynağı varsa hakim o eş aleyhine tedbir nafakası kararı verebilir (Gençcan, 2013, s.899).

Tedbir nafakası boşanma davasının reddi veya kabulü kararının kesinleşmesi ile sona ermektedir. Ancak hakim, geçerli ve haklı bir sebebin olması halinde tedbir nafakasını değiştirebilir veya kaldırabilir. Bu bağlamda lehine tedbir nafakası kararı verilen eşin çalışmaya başlaması nafakanın kaldırılması için tek başına geçerli ve haklı sebep olarak gösterilemez. Eşler evlilik birliğinin giderlerine güçleri oranında katılacağından, davanın açılmasıyla ayrı yaşamaya başlayan eşler ancak maddi malvarlıkları oranında katkıda bulunabilecektir. Bu yüzden eş çalışsa da veya sonradan çalışmaya başlasa da hakim tarafların gelir düzeyine bakarak hakkaniyete göre bir karar verecektir. Gerek Yargıtay'ın görüşü gerekse doktrinde kabul edilen görüş eşin çalışmaya başlamasının nafaka yükümlüsü eşi yükümlülükten

⁴⁰ “....Ekonomik olarak yardıma ihtiyacı olan kişi sonuçta tam kusurlu kabul edilse bile boşanma davası kesinleşene kadar tedbir nafakası devam edeceğine ve verilen tedbir nafakası geri alınamayacağına göre tedbir nafakası ile tarafların kusuru arasında hukuki bir bağ olduğundan bahsedilemez...”Yargıtay HGK, 2.11.2011, 2-533/670

⁴¹ “.....Davacı-karşı davalı kocanın işsiz olması ve gelirinin bulunmaması hükmedilen tedbir nafakasının tamamıyla kaldırılmasını gerektirmez. Bu durum ancak daha önce takdir edilen nafakanın indirilmesi için bir gerekçe olabilir. Bu durumda yargılama sırasında geçim için ihtiyaçları devam eden davalı-davacı kadın yararına Türk Medeni Kanunun 169. maddesi gereğince 19.12.2011 tarihinden geçerli olmak üzere tedbir nafakasına hükmedilmemesi doğru görülmüştür.”, Y. HGK, 25.10.2018, E. 2017/2-1891, K. 2018/1577

kurtarmayacak olmasıdır (Gençcan, 2013, s.854), (Orhan, 2016, s.113). Bu durum ancak nafakanın miktarını etkileyecektir⁴² . Bunun dışında lehine nafaka kararı verilen eşin başka biriyle düzenli olarak yaşaması, birlikte ortak hayatı sürdürmesi halinde hakim hakkaniyet gereği tedbir nafakasına hükmedemeyeceği gibi verilen tedbir nafakası kararını da kaldıracaktır⁴³ .

Tedbir nafakası davanın açıldığı tarih itibariyle geçerlidir. Ancak başlangıçta tedbir nafakası koşulları mevcut olmayıp, davanın devamı sırasında eşlerin ekonomik durumundaki değişiklikler sebebiyle koşulların gerçekleşmesi halinde hakim mevcut durumundaki değişiklik tarihi itibariyle tedbir nafakasına hükmetmelidir ve kararında tedbir nafakasının başlangıç tarihini belirtmelidir (Tekelioğlu, 2019, s. 95).

Kanımızca eşlerin geçimine yönelik olarak verilen tedbir nafakası kararı, müşterek çocukların üstün menfaati gereği de büyük önem arz etmektedir. Zira çocuğa yönelik verilen tedbir nafakası dışında eşlerin geçimine yönelik verilen tedbir nafakası kararı çocuğu da doğrudan etkileyebilecek bir karardır. Birlikte yaşadığı anne ve babasının bu süreçte mağdur olmadan geçimini sağlayabilmesi çocuğun psikolojik ve fizyolojik gelişiminde önemli rol oynamaktadır. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi 3. Maddesinde çocuğun yararının temel düşünce olması ve çocuğun üstün menfaatinin gözetilmesi gerekliliği eşlerin geçimine yönelik tedbir nafakası kararı verilmesinde de etkili olmaktadır.

4.2.1.3 Eşlerin mallarına ilişkin geçici hukuki koruma önlemleri

Boşanma davasının açılması ile birlikte hakimin eşlere ilişkin alacağı geçici önlemlerden bir diğeri de hakimin eşlerin mallarına ilişkin önlemleri re'sen alabilmesidir (Orhan, 2016, s.113).

⁴² “.....Ayrılık durumunda evlilik birliği hukuken devam ettiğine göre, eşler birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katkıda bulunmak durumundadır. Özellikle ayrı yaşam hakkını kazanan kadın için tedbir nafakası verilmesinin yıllardır kabul gördüğü; ayrı yaşayan eşin ekonomik durumu iyi olsa dahi az veya çok katkıda bulunulacağı; kadının gelir durumunun ancak takdir edilecek nafaka miktarına etkili olabileceği görüşü benimsenerek, sonuçta davacı kadın yararına tedbir nafakasına hükmedilmesi gerekir.” Yargıtay 2. HD., 11.09.2013 T., E. 2013/7589, K. 2013/20513,

⁴³ “.....Kadının, bir başka erkekle evliymiş gibi fiilen birlikte yaşadığı, infak ve iâşesinin bu kişi tarafından karşılandığı, yapılan soruşturma ve toplanan delillerden anlaşılmaktadır. Bu halde yararına tedbir nafakası tayin edilemez. Bu husus nazara alınmadan, kadın yararına tedbir nafakasına hükmolunması doğru bulunmamıştır.” 2. HD., 13.01.2015 T., E. 2014/27865, K. 2015/250,

Eşler, sahip olduğu menkul, gayrimenkul, kiralık kasa, para, ayni ya da şahsi haklar gibi malvarlığında bulunan mallar üzerinde tasarrufta bulunma yetkisine sahip olup, istisnai durumlarda bu yetkileri kısıtlanabilmektedir. TMK 202 hükmü uyarınca edinilmiş mallara katılma rejimi, yasal mal rejimi olduğundan, boşanma davasının açılması ile birlikte eşlerin mal varlıklarını birbirlerinden kaçırma ihtimali gündeme gelmektedir. Böyle bir durumda hakim, kötü niyetli olarak yapılacak işlemlerin önüne geçmek ve evlilik birliğine zarar gelmesini önlemek amacıyla eşlerin malları üzerinde tasarruf yetkilerini kısıtlamak zorundadır (Gençcan, 2013 s. 1089).

TMK 169 uyarınca hakim, eşlerin mallarına ilişkin geçici önlemleri alırken takdir yetkisini kullanarak, malların hangi eş tarafından yönetileceğine karar verebileceği gibi eşlerin mal varlıkları üzerindeki tasarruf yetkilerini kısıtlayabilecek ve gerektiğinde mal ayrılığı rejimine geçilmesine re'sen karar verebilecektir (Tekelioğlu, 2019, s. 100, 101).

4.2.2 Çocuklar hakkında alınan geçici hukuki koruma önlemleri

4.2.2.1 Çocuğun eşlerden birinin gözetim ve himayesine bırakılması

Boşanma davasında çocuklar ile ilgili hususlarda, çocuğun üstün yararı gereği, irade serbestisi söz konusu olmayıp, tarafların sunmuş oldukları iddia ve savunmalar ve deliller ile hakim bağlayıcı değildir. Hakim çocuğun haklarını koruyarak, üstün yararı doğrultusunda re'sen gerekli tedbirleri almalıdır (Akkaya, 2014, s. 29).

Boşanma davasının açılması ile eşlerin ayrı yaşama hakkına dayanarak dava süresince ayrı yaşamaları gündeme geleceğinden, ergin olmayan müşterek çocukların kimde kalacağı meselesi ortaya çıkmaktadır. Bu durumda taraflarca herhangi bir talepte bulunulmasa dahi hakim, TMK 169 hükmü uyarınca çocukların bakım ve korunmasına yönelik geçici önlemleri re'sen alabileceğinden, çocuğun hangi eşle kalacağı, hangi eşin bakım ve gözetiminde olacağı konusunda karar vermelidir (Orhan, 2016, s.118)

TMK 169 uyarınca verilecek geçici önlem kararını, boşanmaya hükmedilmesi halinde verilecek velayet kararı ile karıştırmamak gerekir (Gençcan, 2013 s. 908). Zira burada çocuk kendisinde bırakılmayan eşin velayet hakkı devam etmekte, yalnızca çocuğun kiminle kalacağı, kimin bakım ve gözetiminde olacağına ilişkin karar verilmektedir. Doktrindeki hakim görüş TMK 169 uyarınca verilen kararın

velayet hakkını kapsamadığı ve dolayısıyla diğer eşin velayet hakkının da kaldırılmadığı yönündedir (Oğuzman, Dural s. 137) (Gençcan 908). Evlilik birliği devam ettiği sürece eşler, velayet haklarını birlikte kullanmakta olduğundan (TMK 336/1), boşanma kararı kesinleşene kadar da velayet hakkını birlikte kullanacaklardır. Bu doğrultuda günlük işlerin dışındaki işlemlerde TMK 169 uyarınca çocuk kendisine bırakılan taraf tek başına karar veremeyecektir (Tekelioğlu, 2019 s. 102). Aksi görüşe göre çocuğun eşlerden birine bırakılması ile velayet hakkının da verilmiş olacağı ve diğer eşin velayet hakkının kalkacağı yönündedir (Tekinay, 1990 s. 262).

Kanımızca, TMK 169 uyarınca boşanma sürecinde çocuğun eşlerden birine bırakılmasına yönelik olarak verilen geçici önlem kararı diğer eşin velayet hakkını kaldırmamaktadır. Zira velayet hakkı evlilik birliği devam ettiği sürece her iki eşe de ait bir hak olduğu gibi aynı zamanda da bir yükümlülüktür (Turgut, 2017). Boşanma kararı kesinleşinceye kadar evlilik birliği de devam etmekte olduğundan, velayet hakkı birlikte kullanılmalıdır ve eşler velayet hakkının, sorumluluğunu ve yükümlülüklerini birlikte üstlenmelidir.

Taraflar dava süresince çocuğun kiminle kalacağı noktasında anlaşmışlarsa ve boşanma davasının açılması ile çocuk eşlerden biri ile kalmakta ise hakim öncelikle fiili durumu göz önüne alsa da eşlerin bu kararı ile bağlı değildir (Tekelioğlu, 2019 s. 102). Hakim çocuğun üstün menfaati doğrultusunda, çocuk anlayacak yaşta ise çocukla görüşerek ve gerektiğinde aile mahkemesinde görevli bir uzmandan yardım alarak çocuğun dava süresince kiminle kalacağı konusunda talep olmasa dahi re'sen karar verecektir ⁴⁴.

4.2.2.2 Çocukla geçici kişisel ilişki kurulması

Çocuğun üstün menfaatine aykırı olmadığı sürece anne ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurması, Anayasa'nın 41. maddesi ile güvence altına alınmış bir haktır (Tekelioğlu, 2019 s. 102). Bunun yanında çocuğunun velayeti kendisinde olmayan veya kendisine bırakılmayan anne ve babanın da çocuğu ile kişisel ilişki kurulmasını talep etme hakkı bulunmaktadır (TMK 323). Bu doğrultuda, TMK 169

⁴⁴ "Müşterek çocuk A. 22.6.1999 doğumlu olup, idrak çağındadır. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12, Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3. ve 6. maddeleri uyarınca A. dinlenilmeden ve Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair 4787 Sayılı Kanunun 5. maddesi gereğince uzman veya uzmanlar görüşü alınmadan eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm tesisi doğru değildir." Y. 2. HD, 02.06.2011, E. 2010/9309, K. 2011/9715,

uyarınca eşlerden birinin gözetim ve himayesine bırakılan çocuğun, diğer eş ile kişisel ilişki kurmasına karar verilmesi gerekmektedir. Bu hak, çocuğun üstün yararına açıkça aykırı bir durum mevcutsa ancak o zaman hakim tarafından sınırlandırılabilir. Hakim, kişisel ilişki kurulmasına yönelik bir geçici önlem kararı alacaksa öncelikle çocuğun yararını gözetmelidir. Eğer çocukla kişisel ilişki kurulması yönündeki karar çocuğun huzuru bozacaksa veya anne ve baba yükümlülüklerini yerine getirmez ve ilgisiz davranırlarsa hakim kişisel ilişki kurma hakkını reddeder veya kaldırabilir (TMK 324/2).

Hakim, çocukla kişisel ilişki kurulmasına karar vermeden önce tarafları ve çocuğu dinler, çocuk vesayet altında ise vesayet makamının görüşlerini alır (TMK 182). Çocuğun üstün yararını gözetirken, zihinsel, ruhsal ve bedensel olarak sağlıklı gelişimi için eğitim ve yetiştirilme olanakları değerlendirilerek, gerektiğinde uzman yardımı alarak bir karar verilir (Serdar, 2007, s. 745).

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi 3. maddesinde mahkemelerin, idari makamların, çocuğu ilgilendiren faaliyetlerinde, çocuğun yararının temel düşünce olduğunu açıkça belirtmiştir. Ve yine sözleşmenin 9. Maddesi 3. Fıkrasında sözleşmeye taraf Devletlerin, kendi yüksek menfaatine açıkça aykırı olmadıkça, çocuğun anne ve babasıyla doğrudan kişisel ilişki kurmasına saygı gösterecekleri belirtilmiştir (Erlüle, 2010, s. 225, 226). Bu doğrultuda karar verilirken, çocuğun yararının her şeyden üstün tutulması ve hatta anne ve babanın hakkından da üstün tutulması gerekmektedir (Serozan, 2005, s. 241).

4.2.2.3 Çocuğun geçimine ilişkin geçici önlem alınması

Boşanma davası süresince, TMK 169 uyarınca hakimin, çocuk hakkında vereceği geçici hukuki koruma kararlarından biri de müşterek çocuk kendisine bırakılmayan eşin, çocuğun bakımı ve hayatını sürdürebilmesi için katkıda bulunmak adına uygulamada tedbir nafakası olarak adlandırılan bir para ödemesi yapmasıdır. Burada hakim, çocuk kendisine bırakılan eşin, çocuk için sağlayacağı maddi ve manevi katkı ile çocuk kendisine bırakılmayan eşin çocuğa karşı olan yükümlülüğünü yerine getirmesi amacıyla maddi olarak sağlayacağı katkı arasında bir denge sağlamalıdır (Tekelioğlu, 2019 s. 102).

Tedbir nafakası dava tarihi itibarıyla boşanma kararının kesinleşmesine kadar geçerli iken, kararın kesinleşmesinden itibaren hükmedilen nafaka ise iştirak nafakasıdır.

Tedbir nafakası, çocuğun fiilen birlikte kaldığı anne veya babasının yanından ayrılması, kararın kesinleşmesi, çocuğun ergin olması, çocuğun ölmesi ya da hakimnin tedbir ara kararının değiştirmesi veya kaldırması ile sona ermektedir (Tekelioğlu, 2019, s. 103, 104).

Boşanma davasında, dava dilekçesinde çocuk için tedbir nafakası talep edilmese de sonradan fiilen değişen durumlar nedeniyle tedbir nafakası istenebilir. Tedbir nafakasından feragat edilemez. Ancak böyle bir durumda tedbir nafakası, dava tarihinden itibaren değil, talep tarihi itibarıyla işlemeye başlar⁴⁵.

4.2.2.4 Çocuğun mallarının korunmasına ilişkin geçici önlem alınması

Anne ve babanın çocuğun mallarını koruma ve özenle yönetme yükümlülükleri vardır. Eğer boşanma davası devam ettiği sürece anne ve baba çocuğun mallarının korunmasına ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmezse bu durumda hakim re'sen geçici önlemler alabilir. Bu önlemler, malların idaresi konusunda anne ve babaya talimat verme, mallar hakkında belirli zamanlarda bilgi verilmesini isteme, yeterli görmediği hallerde malların tevdiini isteme ya da güvence verilmesini isteme şeklinde olabilir (TMK 360). Hatta malların yönetiminin tehlikeye girmesi halinde anne ve babadan malların yönetimini alarak kayıma verilmesini isteyebilir (TMK 361).

Çocuğun bakımı ve eğitimi için yapılan harcamalar anne ve baba tarafından karşılanır ancak anne ve babanın yoksul olması çocuğun ihtiyaçlarını karşılayamaması halinde eğer çocuğun malları varsa, hakimnin izni ile bu ihtiyaçların karşılanabilmesi malların bir miktarından sağlanabilmektedir (TMK 327).

4.2.3 Boşanma davalarında şiddete yönelik olarak 6284 sayılı kanunda yer alan koruma önlemleri

Boşanma davalarında TMK 169 uyarınca hakimnin re'sen veya talep üzerine vermiş olduğu koruma önlemleri dışında, şiddet unsuru içeren davalarda 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun uyarınca şiddete uğrayan ya da şiddete uğrama tehlikesi altında olan kadın, çocuk, aile bireyleri ve

⁴⁵ “.....Somut olayda davalı kendisi ve çocuk için nafaka ve tazminat istemediğini açıklamış ancak daha sonra yalnızca çocuk yönünden tedbir ve iştirak nafakası talebinde bulunmuştur. Çocuk yönünden talep tarihinden hükmün kesinleşmesine kadar tedbir, boşanma hükmünün kesinleşmesinden sonra iştirak nafakasına hükmetmek gerekir.”, Yargıtay 2. HD., 05.11.2003 T., E. 2003/13364, K. 2003/14917

ısrarlı takip mağdurunun korunması amacıyla bir takım koruyucu ve önleyici tedbirler alınmaktadır (Songu ve Emir, 2020). Bu koruyucu ve önleyici tedbirler sadece boşanma davasına ilişkin olarak verilen geçici önlemler değil, genel olarak şiddetin önlenmesi ve şiddet mağduru kimsenin korunmasına yönelik önlemlerdir.

Bu kapsamda bir boşanma davasının şiddet unsuru içermesi halinde hakim tarafından 6284 sayılı yasa uyarınca bir takım koruyucu ve önleyici tedbir kararları da verilebilecektir. Şiddet mağduru kişinin müşterek evlerinin dışında ayrı bir yerleşim yeri belirlenmesi, iş yerinin değiştirilmesi, tapu kütüğüne aile konutu şerhi konulması, hayati tehlikesinin bulunması durumunda eğer diğer koruyucu tedbirler yeterli olmuyorsa, kimlik bilgilerinin, bilgi ve belgelerinin değiştirilmesi şeklinde koruma önlemleri alınabilmektedir.

Şiddetin varlığı veya şiddete uğrama tehlikesinin bulunması halinde bu durum ilgili makamlara herkes tarafından ihbar edilebilecektir. İlgilinin talebi, Bakanlığın, kolluk görevlileri ya da Cumhuriyet Başsavcısı'nın başvurusu üzerine, hakim, mülki amir ve kolluk görevlileri Kanunda belirtilmiş olan koruyucu önlemleri alabilir. Ancak önleyici tedbir kararını sadece hakimler verebilmektedir (Orhan, 2016, s.87).

Boşanma davaları kapsamında önleyici tedbirleri değerlendirdiğimizde ise şiddet uygulayan eşin tehdit, hakaret, küçük düşürücü ve aşağılayıcı söz ve davranışlarda bulunmasının yasaklanması, müşterek konutlarından derhâl uzaklaştırılarak, müşterek konutun korunan eşe tahsis edilmesi, bu kişilerin bulundukları konuta, okula ve işyerine yaklaşmaması amacıyla şiddet uygulayan eş hakkında Aile Mahkemesi Hakimince uzaklaştırma kararı verilebilmektedir.

Ayrıca çocuklarla ilgili verilmiş bir kişisel ilişki kurma kararı varsa, kişisel ilişkinin refakatçi eşliğinde yapılması, sınırlanması ya da tümüyle kaldırılması yönünde bir tedbir kararı da verilebilmektedir. Hakim gerekli görmesi halinde korunan eşin, yakınlarına, tanıklarına ve kişisel ilişki kurulmasına ilişkin hâller saklı kalmak üzere çocuklarına yaklaşmaması yönünde de karar verilebilmektedir.

Boşanma davaları açısından değerlendirdiğimizde şiddet uygulayan eşin, korunan eşin şahsi eşyalarına ve ev eşyalarına zarar vermesinin, iletişim araçları suretiyle rahatsız etmesinin, alkol ya da uyuşturucu madde etkisinde iken yaklaşmasının önlenmesi, bağımlı ise tedavi olması, silah bulundurması halinde silahını kolluğa teslim etmesi gibi bir takım önleyici tedbir kararları da kanunda belirtilmiştir. Ancak

kanunda sayılan koruyucu ve önleyici önlemler sınırlı sayıda olmayıp, somut olayın özelliğine göre hakim veya mülki amir başka tedbirlerin alınmasına da karar verebilmektedir. Ancak verilecek tedbir kararının temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliğinde olabileceği düşüncesinden hareketle özellikle mülki amirlerce de alınabilecek koruma önlemlerinin Anayasal bir zorunluluk olarak sınırlı sayıda olması gerektiği doktrinde kabul edilmektedir (Tanrıver, s. 47), (Orhan, 2016, s.87).



5. SONUÇ

Toplumun temel yapı taşı olan aile kavramı, Türk toplumu için kutsal sayılan manevi bir değerdir. Aile kavramının dağılması, toplumun temel taşlarından birinin de dağılması anlamına gelmektedir. Fiziksel ve psikolojik anlamda sağlıklı bireylerin yetişmesi için sağlıklı bir aile yapısı gerekmektedir. Anayasa'mızın 41. maddesi ile ailenin Türk toplumunun temeli olduğu vurgulanarak, ailenin huzur ve refahının korunması devlet güvencesi altına alınmıştır.

Boşanma davaları, sonucu itibariyle evlilik birliğini sonlandırılan ve dolayısıyla toplumun temeli olan aile kavramı üzerinde ve çocukların menfaati üzerinde büyük etki yaratan bir dava türüdür. Boşanma davası sonucu, davanın kabulü halinde hakim, yalnızca boşanma kararı vermemekte, tarafların müşterek çocuklarının varlığı halinde, çocukların bakımı, korunması, velayeti, velayeti kendisinde olmayan anne ya da babasıyla kişisel ilişki kurması gibi çocuğun hayatını ve geleceğini doğrudan etkileyen kararlar da vermektedir. Bu sebeple kamu düzenini ilgilendiren boşanma davaları yargılaması da diğer hukuk davaları yargılamasından farklıdır.

Boşanma davalarında, hukuk davalarında uygulanacak genel usul kuralları dışında özel usul kuralları getirilmiştir. Bu doğrultuda, aile hukukuna dayanan uyuşmazlıkların çözümü için 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun ile Aile Mahkemeleri kurulmuştur. Aile Mah. K. 7. maddesinde de aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda uygulanacak usul kuralları belirtilerek, Aile Mahkemelerinin, önüne gelen davada ilk olarak esasa girmeden önce eşlerin ve çocukların karşı karşıya kaldığı sorunları saptayarak, aile içindeki sevginin, saygının ve hoşgörünün korunması amacıyla gerektiğinde uzman yardımıyla tarafları sulhe teşvik edeceği eğer, sulh sağlanamazsa yargılamaya devam ederek esas hakkında karar vereceği düzenlenmiştir. Yine 7. maddede bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde Türk Medeni Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacağı düzenleme altına alınmıştır.

Bu çalışmamızda boşanma davalarında uygulanacak özel usul kurallarının düzenlediği TMK 184. madde hükmü ve hukuk davalarında uygulanacak usul

kurallarının düzenlendiği Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun boşanma davalarında nasıl uygulama alanı bulduğu, davanın açılmasından, hükmün kurulması, hükmün kesinleşmesine kadar doktrin görüşü ve Yargıtay uygulamaları çerçevesinde ele alınmıştır. Ayrıca çalışmamızda, boşanma davaları, davanın açılmasıyla birlikte çoğunlukla tarafların ayrı yaşamaya başlaması sebebiyle çocuğun menfaatinin doğrudan etkilemesi ve evlilik birliğinden kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi sebebiyle tarafların mağduriyetine sebep olmasından dolayı dava sürecinde hakimın gerek re'sen gerekse talep üzerine almış olduğu geçici önlemler üzerine bir değerlendirme yapılmıştır.

Boşanma davalarında uygulanacak usul kuralları yönünden, doktrin görüşleri ve Yargıtay uygulamaları bakımından uygulamada pek çok çelişki olduğunu görmekteyiz. Başta boşanma davalarında yetkili mahkemenin kesin yetkili olup olmadığı noktasında farklı görüşler mevcuttur. Ne HMK' da ne de TMK' nın yetkiye ilişkin 168. maddesinde mahkemenin kesin yetkili olduğuna dair bir ibare bulunmamaktadır. Bu durumda boşanma davasında yetki itirazının ilk itiraz mı dava şartı mı olduğu noktasında bir görüş birliği mevcut değildir. Kanımızca HMK' da ve TMK' da boşanma davasında yetkili mahkemenin kesin yetkili olduğuna dair bir ibare bulunmadığından, boşanma davasında kesin yetki söz konusu değildir. Ancak uygulamadaki görüş ayrılıkları sebebiyle çelişkilerin giderilmesi açısından TMK 168. madde metninde açık bir hüküm bulunması gerektiği kanaatindeyiz.

Doktrinde görüş ayrılığı bulunan konulardan biri de anlaşmalı boşanma davalarında yazılı yargılama usulü mü yoksa basit yargılama usulü mü uygulanacağı ve davacı ve davalı kavramlarının olup olmadığıdır? Doktrinde anlaşmalı boşanmanın çekişmeli dava olduğu yönünde görüşler olduğu gibi çekişmesiz yargı işi olduğu yönünde de görüşler de mevcuttur. Öte yandan boşanma davasında bir davalı bir de davacı olduğu varsayımında davacının davasından feragat hakkı bulunurken davalının feragat hakkı bulunmaması, davacının anlaşmalı boşanma davalarında daha üstün olduğunu gösterir. Bu durumda anlaşmalı boşanma davalarında tarafların eşit olduğu söylenemez ki bu da anlaşmalı boşanmanın ruhuna uygun değildir. Kanımızca HMK 382. maddesinde sayılan çekişmesiz yargı işlerine anlaşmalı boşanma davalarının eklenmesi ile doktrindeki görüş ayrılıkları da sonlanmış olacaktır.

Boşanma davalarının usul hukuku açısından diğer davalardan en büyük farkı hakimın vicdanen kanaat getirmediğçe iddia edilen vakıanın ispatlanmış sayılmayacağıdır.

Burada hakime geniş bir takdir yetkisi verilmiş olduğunu görmekteyiz. Bunun dışında hakimin taraflara yemin önerememesi ve ikrarın hakimi bağlamayacağı düzenlemesi de boşanma davalarında hakimin maddi gerçeğe ulaşma noktasında salt taraf iradelerini esas almadığı, iradelerinin delillerle de ispat edilmesi gerektiğini gösterir. Burada kanun koyucu, boşanma davalarında taraflar her ne kadar davayı ikrar etmiş olsa da boşanma davasına dayanak gösterilen boşanma sebebinin varlığı hakkında hakimin vicdanen de kanaat getirmiş olmasını aramaktadır. Kanun koyucu evlilik birliği gibi önemli bir kurumun sona erdirilmesinde tarafların keyfiliğinin önüne geçmek istemiştir. Hatta TMK’ da boşanma sebepleri genel boşanma sebepleri ve özel boşanma sebepleri olarak açık bir şekilde düzenlenmiştir. TMK’ da belirtilmeyen bir boşanma sebebine dayanarak boşanma davası açılamamaktadır. Tarafların boşanma konusundaki ikrarının hakimi bağlamayacağı kuralının bir istisnası anlaşmalı boşanma davasıdır ki anlaşmalı boşanma davasında dahi hakim her iki eşi de dinleyerek, boşanma iradelerini serbest ve hür iradeleri ile ortaya koyup koymadığına kanaat getirmektedir.

Boşanma davalarını Medeni yargılama ilkeleri ile karşılaştırdığımızda, HMK’ da sayılan hemen hemen bütün yargılama ilkelerinin boşanma davalarına da hakim olduğunu görmekteyiz. Bu noktada HMK’ da belirtilen yargılama ilkelerinden taleple bağıllık ilkesine boşanma davalarında bir istisna getirilmiş olduğunu ve hakimin, tarafların boşanma talep etmesi halinde ortak hayatın yeniden kurulabilme ihtimali olması halinde ayrılık kararı da verebileceği yönünde TMK’ da bir düzenleme getirilmiş olduğunu görüyoruz. Diğer bir istisna ise hakimin talep olmadan geçici koruma önlemleri alabilmesi ve çocukla ilgili olarak çocuğun üstün menfaati gereği taleple bağlı olmamasıdır. Zira TMK 169 kapsamında hakimin boşanma davası süresince gerek mağdur olan eş için gerekse tarafların müşterek çocukları için re’sen geçici önlemler alması Aile Mahkemeleri hakimine bir görev olarak yüklenmiştir.

Evlilik birliği boşanma kararı kesinleşinceye kadar devam edeceğinden ve boşanma davasının açılması demek tarafların evlilik birliğinden kaynaklı yükümlülüklerini yerine getirmeyeceği anlamına gelmediğinden TMK 169 ile evlilik birliğinin korunması amaçlanmıştır. Ayrıca boşanma sebeplerinin ispatlanamaması halinde ve hakim vicdanen kanaat getirmedikçe boşanma davası reddedilebilecektir. Bu durumda Aile Mahkemeleri hem evlilik birliğinin korunmasını hem de mağdur

durumda olan eşin ve çocuğun korunmasını sağlamakla yükümlüdür. En önemlisi de çocuğun üstün menfaati gözetilerek, çocuğun psikolojik ve fiziksel gelişiminin zarar görmemesi için çocuk yararına geçici koruma önlemleri alınmasıdır.

Şiddet unsuru taşıyan bir boşanma davasında da şiddet mağduru çocuk ve eşin korunması ve şiddet uygulayan eşin uzaklaştırılması kararı verilmesi çocuk ve eşin kişilik haklarına saldırının önlenmesini ve hayati tehlikelerinin önlenmesini, can güvenliğini sağlamaktadır. Ancak burada önemli olan alınan bu uzaklaştırma kararı gibi şiddete yönelik koruma ve önlem kararların sıkı bir şekilde uygulanarak hayata geçirilmesidir ki böylece toplumun en büyük yarası kadına yönelik şiddetin de önüne bir nebze olsun geçilebilsin.

Boşanma davalarında diğer bir usule ilişkin mesele ise anlaşmalı boşanma davaları dışında diğer boşanma davalarında uzun süren bir yargılama sürecinin tarafları beklemesidir. Boşanma ve boşanmanın ferilerine ilişkin karar verilse de verilen karara karşı, açıkça boşanma yönünden hükmün kesinleşmesi talep edilmeden boşanmanın ferileri yönünden kanun yoluna gidilmesi halinde boşanma kararı da kesinleşmemektedir. Bu durumda taraflar fiilen ayrı olsalar da hukuken evlilerdir ve sadakat yükümlülüğü de karar kesinleşene kadar devam etmektedir. Kanımızca bu durumda kanun yoluna başvuru dilekçesinde boşanma yönünden kararın kesinleşmesi talep edilmese de dilekçeden genel olarak anlaşılabiliriyorsa, karar boşanma yönünden kesinleşmelidir ve bu konuda yasal bir düzenleme getirilmelidir. Aksi halde davasını avukatla takip etmeyen taraflar senelerce boşanamamakta bu da tarafların özgürlüğünü ciddi anlamda kısıtlamaktadır ki sadakat yükümlülüğü boşanma kararı kesinleşene kadar devam etmektedir.

KAYNAKLAR

- Acar Ünal, Ö.** (2020). *Benimle Boşanır mısın? Boşanmanın Hukuki Sonuçları Bakımından Arabuluculuğun Uygulanabilirliği*, Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu, III. Oturum.
- Akıntürk, T.** (2002). *Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku*, Cilt II 6. Bası, Beta Yayınları, Ankara.
- Akıntürk, T., Ateş, D.** (2020). *Aile Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul.
- Akil, C.** (2010). *Boşanma Davalarında Vakaların İleri Sürülmesi Zamanı Meselesinin Yargıtay Kararlarındaki Görünümü*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 12, Sayı 1.
- Akil, C.** (2013). *Boşanma Davalarında Yargılama Usulü (TMK m.184)*, Prof. Dr.Erdal Onar'a Armağan Cilt II, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara.
- Akkaya, T.** (2009). *Medeni Usul Hukuku'nda İstinaf*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Akkaya, T.** (2014). *Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hakimin Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci (Aile) Danışmanlığı*, Ankara Barosu Dergisi, Ankara.
- Akkaya, T.** (2017). *Medeni Usul Hukuku Bakımından Boşanma Davası*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Aksakal, A.** (2021). *Boşanma Davalarında Delillerin Toplanması ve İncelenmesi*, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi, Mayıs, Ankara.
- Akyol Aslan, L.** (2019). *Medeni Usul Hukuku'nda Cevap Dilekçesi Verilmemesinin Sonuçları*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Alangoya, Y., Yıldırım, K., Yıldırım, D.** (2006). *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, Değerlendirmeler ve Öneriler*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul.
- Aras, B.** (2007). *İkrarın Boşanma Hükmüne Etkisi*, Türk Hukuk Dergisi, Ocak, Sayı 5.
- Aras, B.** (2011). *Boşanma Davalarında Yargılama Usulü ve Aile Mahkemeleri*, Adalet Yayınları, Ankara.
- Arsalan, R., Yılmaz, E., Taşpınar Ayvaz, S. Hanağası, E.** (2018). *Medeni Usul Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Arslandoğan Kurşuncu, B.** (2007). *Boşanma Davalarında Yargılama Usulü*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul.

- Arslanpınar, T.** (2017). *Medeni Yargılama Hukukunda Karşı Dava*, Ankara.
- Atmaca Ülkü H.** (2017). *Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma Protokolü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Yeditepe Üniversitesi, İstanbul.*
- Aydın Ünver, T., Dursun Karaahmetoğlu, Ş.** (2017). *Yargıtay Kararları Işığında Terk İhtarının Boşanma Sebeplerine ve Manevi Tazminat Talebine Etkisi*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 2.
- Baktır, S.** (2003). *Aile Mahkemeleri*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Başözen, A.** (2007). “*Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı*” *Taslağı’na Dair Değerlendirme*, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1-2, 2007, s. 235-239.
- Başözen, A.** (2010). *İlk Görünüş İspatı*, Birinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Budak, A. C., Karaaslan, V.** (2018) *Medeni Usul Hukuku*, Adalet Yayınları, Ankara.
- Ceylan, Z. Ş.** (2022). *Yargıtay Kararları Işığında Zina Sebebiyle Boşanmada Manevi Tazminat İstemi*, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII sayı 1.
- Çelik, F.** (2018). *Boşanma Davalarında İspat ve Deliller*, T.C. Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Erzincan.
- Çetiner, S.** (2020). “*Aile Arabuluculuğunun Felsefesi*” İstanbul Gedik Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, sf. 43- 54.
- Çiçekli, B.** (2005). *Yabancı Unsurlu Boşanma Davalarında Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, TBB Dergisi, Sayı 56.
- Çiftçi, P.** (2018). *Boşanma Davalarında Delillerin Gösterilmesine Ve İbrahim İlişkin Güncel Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararlarının (Önemli Bir İçtihat Değişikliğinin) Değerlendirilmesi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 20, Sayı: 1.
- Dağlıoğlu, D.** (2020) *Aile Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk*, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020/2 Ankara.
- Dede, İ.** (2017) “*Türk Boşanma Hukukuna Farklı Bir Yaklaşım: Zina ve Haysiyetsiz Hayat Sürme Arasındaki Keskin Sınır*”, MÜHF-HAD, 23/Özel Sayı 647.
- Demir, Ş.** (2014). *Arabuluculuk ile Aile İçi Şiddet ve Uzlaşmaya Tabi Suçların İlişkisi*, Ankara Barosu Dergisi, 2014/2, s. 211-228.
- Dural, M. Ögüz, T. ve Gümüş, M. A.** (2019). *Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Dural, M. Ögüz, T.ve Gümüş, M. A.** (2014). *Kişiler Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Ercan, İ.** (2014). *Boşanma Davalarında Geçerli Olan Yargılama İlkeleri*, S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, MİHBİR Özel Sayısı, Cilt 4., sayı 2, s. 249-269.

- Erdoğan, E. Korkmaz, C.** (2016). *Yargıtayca Verilen Bozma Yahut Bölge Adliye Mahkemelerince Verilen Gönderme Kararlarından Sonra Islah Yapılıp Yapılamayacağı Sorunu*, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Dergisi, sayı 2, s. 249-289.
- Erişir, E.** (2013) *Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri*, On İki Levha Yayınları, İstanbul.
- Erkan, V., Yücer, U. İ.** (2011). *Ayırt Etme Gücü*, AÜHFD, 60(3), s.485-522.
- Erlüle, F.** (2010) *Çocuk İle Kişisel İlişki Kurulması*, MÜHF – HAD, C. 16.
- Ermenek, İ.** (2009). *Medeni Usul Hukukunda Davayı Kabul*, Adalet Yayınları, Ankara.
- Ersöz, O.** (2018). *Suç İşleme ve Haysiyetsiz Hayat Sürme Sebebiyle Boşanma*, Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yıl 4 Sayı 2, 111-146.
- Gençcan, Ö. U.** (2013). *Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku*, Ankara.
- Gençcan, Ö. U.** (2016). *6100 Sayılı HMK Hükümlerine Göre Boşanma Usul Hukuku*, Ankara.
- Gençcan, Ö. U.** (2019). *Boşanma Usul Hukuku*, Genişletilmiş 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Hatemi, H.** (2021). *Aile Hukuku*, On iki Levha Yayıncılık, 9. Baskı, İstanbul.
- Helvacı, S., Erlüle, F.** (2016) *Medeni Hukuk*, İstanbul.
- Kaplan Güler, B.** (2014). *Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk*, İstanbul.
- Karşı, A.** (2020). *Medeni Muhakeme Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Kekeç, E. K.,** (2016). *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, Adalet Yayınları, Ankara.
- Kılıçoğlu, A. M.** (2020). *Aile Hukuku*, Genişletilmiş 5. Bası, Ankara.
- Köroğlu, A.** (2020). *Medeni Usul Hukuku Bakımından Ortaklığın Giderilmesi Davası*, On İki Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul.
- Köroğlu, E.**(2016). *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimini Sona Erdiren Sebepler ve Bu Mal Rejiminin Sona Erme Anı (TMK m. 225)*, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(1), s. 229-251.
- Kuru, B., Arslan, R., Yılmaz, E.** (2014). *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Kuru, B.,** (2001) *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Demir Yayıncılık, İstanbul.
- Kuru, B., Arslan, R., Yılmaz, E.** (2012). *Medenî Usûl Hukuku*, B. 23, Ankara.
- Oğuz, H.** (2017). Taleple Bağlılık İlkesi Bakımından Yargıtay'ın Bir Kararının İncelenmesi, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, c. 0, sayı. 8, ss. 301-316, Ocak.
- Okan Koç, Y.** (2019). *Hayata Kast, Pek Kötü veya Onur Kırıcı Davranış Sebebi ile Boşanma*, T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi.

- Ökten Songu, S. Şahin Emir, A.** (2020). *6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un Çalışma İlişkilerine Etkisi*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Cilt 26, Sayı 2, Aralık.
- Özbek, M. S.** (2005). *Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin "Aile Arabuluculuğu" Konulu Tavsiye Kararı*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 2, 2005, s. 71-102.
- Özbek, M. S.** (2016). *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Özcan Çelik, B.** (2015). *Genel Boşanma Sebebi Olarak Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması*, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.
- Özgül, M. E.** (2021) *Ortak Hayatın Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebiyle Boşanma Davası*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
- Özmumcu, S.** (2014) *"Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re'sen Araştırma İlkesi"*, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 4/2 (2014): 145- 171.
- Öztan, B.** (2015). *Aile Hukuku*, 6. Bası, Ankara.
- Pekcanitez, H., Atalay O., Özkes, M.** (2019). *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, On İki Levha Yayınları, İstanbul.
- Pekcanitez, H., Taş Korkmaz, H., Meriç, N.** (2014). *Hukuk Muhakemeleri Kanunu*, B. 5, Ankara.
- Petek, H.** (2000). *Medeni Usul Hukukunda Hakim Olan İlkeler Işığında Boşanma Davaları*, İzmir Barosu Dergisi.
- Postacıoğlu, İ. E.** (1975) *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 6. Bası, İstanbul.
- Sargın, E.** (2020) *Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanmanın Şartları Üzerine Bir İnceleme*, Selçuk Üniversite Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 28, S. 1, s. 349-387.
- Seçer, Ö.** (2016) *Anlaşmalı Boşanmada Eşlerin Yaptıkları Anlaşma*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:7 Sayı:2.
- Serdar, İ.** (2007). *Kişisel İlişki Kurma Hakkı*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 9, Özel Sayı, 2007, s. 739-781.
- Serozan, R.** (2005). *Çocuk Hukuku*, 2. Bası, İstanbul.
- Şafak, O.** (2016). *Boşanma Davasında Geçici Hukuki Koruma Tedbirleri*, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Eylül, İstanbul.
- Tanrıver, S.** (2014). *Türk Aile Mahkemeleri*, Ankara.
- Taş Korkmaz H.** (2014). *Boşanma Davasında Sağ Kalan Eşin Bu Sıfatla Mirasçılığına Son Vermek Amacıyla Mirasçılar Tarafından Davaya Devam Edilmesi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2 (Basım Yılı: 2015) Prof. Dr. Hakan Pekcanitez' e Armağan.

- Taşpınar Ayvaz, S.** (2013). *TMK m. 181, II'nin Anayasa Mahkemesince İptali Çerçevesinde Boşanma Davalarında Mirasçılarının Durumunun Bazı Usulî Sorunlar Açısından Değerlendirilmesi*, İçinde Prof. Dr. Erdal ONAR' a Armağan, 1099-1136. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara.
- Tayfun, R., Erdem Türk, A.** (2016) *Arabuluculuk Uygulamalarına İlişkin Bir Alan Araştırması (Ankara Örneği)*, TBB Dergisi, Ankara.
- Tekben, T.** (2021) *Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Sebebine Dayalı Boşanma Üzerine Bir İnceleme*, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, , C.XVIII, 2021/2, s.1077-1130.
- Tekelioğlu, Ş.** (2019) *Aile Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Geçici Hukuki Korumalar*, T.C KTO Karatay Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Konya.
- Tekinay, S. S.** (1990). *Türk Aile Hukuku*, 9. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Topak, S.** (2021). *Boşanma Davalarında Yargılama Usulü*, 1. Baskı, Mayıs, İstanbul.
- Topuz, S.** (2012). *Boşanma Davasının Eşin Mirasçılığına Etkisi*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Turgut, C.** (2017). *Türk Medeni Kanunu, Çocuk Hakları Sözleşmesi ve AİHM Kararları Işığında Velayet Altındaki Çocuğun Eğitim Hakkı*, Terazi Hukuk Dergisi.
- Tutumlu, M.A.** (2009). *Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku*, C.I, 2. Baskı, Ankara.
- Uyumaz, A., Erdoğan, K.** (2015). *Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları*, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 17, Sayı: 1, 2015, s. 119-169 (Basım Yılı: Şubat 2016).
- Üstündağ, S.** (2000). *Medeni yargıla Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 7. Baskı, İstanbul.
- Yıldırım, K.** (2016). *Medeni Yargılama Hukukunda Hakimin Rolü*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 22, Sayı 23, Aralık.
- Yıldırım, M. K.** (1990). *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, Kazancı Yayıncılık, İstanbul.
- Yıldırım, M. K.** (1991). *Medeni Usul Hukukunda Dava Konusu Teorileri*, Hukuk Araştırmaları Dergisi. 6/1-3: 23-50.
- Yılmaz, E.** (2008). *Usul Ekonomisi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
- Yılmaz, E.** (2013). *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Yücel, S.** (2018). *Yargıtay Kararları Işığında Anlaşmalı Boşanma Davası Sonrasında Nafaka ve Tazminat Talepleri*, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4 Sayı 1.

ÖZGEÇMİŞ

Aliye Gamze CEYLAN

ÖĞRENİM DURUMU:

- **Lisans** : 2005-2009, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- **Yüksek lisans** : 2020- 2022, Gedik Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalı
Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı

MESLEKİ DENEYİMLER:

05/2013- Serbest Avukatlık- İstanbul - Kadıköy’de bulunan avukatlık büromuzda avukatlık mesleği faaliyetime devam etmekteyim. Özellikle aile hukuku, iş hukuku, sigorta hukuku, miras hukuku, borçlar hukuku olmak üzere her türlü dava ve icra dosyalarının takibi ve danışmanlık hizmeti vermekteyim.

10/2010-05/2013 Kaymas Hukuk Bürosu İstanbul - Dava dosyalarının her aşamada takibi, dava dosyasının hazırlanması, duruşma, ara kararlarının yapılması, temyiz aşaması vs. gibi bütün aşamalarında aktif olarak çalışma. Bunun dışında banka icra dosyalarının ağırlıklı olması sebebiyle icra takiplerinin, taleplerinin hazırlanması, haciz ve tahsilat aşamalarında bilfiil aktif olarak çalışma. Son bir yıllık çalışma döneminde bir sigorta şirketinin vekilliğini üstlenmiş olmamız sebebiyle sigorta hukuku davaları alanında çalışma.

9.2009 – 10.2010 Akbulut Avukatlık Bürosu İstanbul- Stajyer Avukat olarak dava ve icra dosyalarının her aşamada takibi, dilekçelerin hazırlanması, hukuki araştırmalar ve yazışmalar yapma, sözleşme hazırlama vs. gibi avukatlık mesleğinin gerektirdiği bütün işlemlerde aktif bir şekilde çalışma.