

T.C
İstanbul Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

BOŞANMA DAVALARINDA YARGILAMA USULÜ

Birce Arslandoğan Kurşuncu
2501040322

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Nevhis Deren-Yıldırım

İstanbul 2007

ÖZ

BOŞANMA DAVALARINDA YARGILAMA USULÜ

BİRCE ARSLANDOĞAN KURŞUNCU

“Boşanma Davalarında Yargılama Usulü” başlıklı tez çalışmasında boşanma davalarında yargılamanın ne şekilde yapılması gerektiği incelenerek medeni usul hukukuna ilişkin bazı kurumların boşanma davalarında hangi esaslarla uygulanmasının uygun olacağının belirlenmesi amaçlanmıştır.

Bu amaç doğrultusunda ilk önce Medeni Kanun’da düzenlenen boşanma davaları ve boşanma sebepleri incelenmiştir. Daha sonra ise, medeni usul hukukuna yön veren üst prensipler incelenmiş ve yargılama hukukuna ilişkin etkileri tespit edilmeye çalışılmıştır. Tez kapsamında incelenen medeni usul hukuku ilkeleri; tasarruf ilkesi, re’sen hareket ilkesi, taraflarca getirilme ilkesi, araştırma ilkesi, hâkimle işbirliği ilkesi, teksif ilkesi, iura novit curia, yargılamanın kimin tarafından yürütüleceğine ilişkin esaslar, yazılılık ve sözlülük ilkeleri ve yargılamaya katılanların dinlenmesi ilkeleri şeklinde sıralanabilir. Boşanma davalarında görevli mahkeme olan aile mahkemeleri, aile mahkemelerinde geçerli olan usul hükümleri de tez kapsamında inceleme konusu yapılmıştır. Medeni Kanunda düzenlenen “Boşanmada Yargılama Usulü”ne ilişkin ilgili madde özel olarak, detaylı bir şekilde çalışmanın kapsamına dahil edilmiştir. Son olarak ise, HUMK’da yer alan usul kuralları ile boşanma yargılaması arasında bağ kurulmaya çalışılmıştır.

ABSTRACT

PROCEEDINGS IN DIVORCE CASES

BİRCE ARSLANDOĞAN KURŞUNCU

In the dissertation with the heading “Proceedings In Divorce Cases”, the determination of the principals for the application of some foundations of the civil procedure law in divorce cases is intended by analyzing the method of how the proceedings in divorce cases should be performed.

For the fulfillment of such intention, in the first place the divorce cases and divorce reasons that are both regulated in the civil code have been analyzed. Then, the superordinate principals that are leading the civil procedural law have been analyzed and their impacts on the proceedings law have tried to be determined. The civil procedural law principals that have been analyzed in the dissertation could be listed as follows; disposition principal, ex officio action principal; to be brought by the parties principal, research principal, cooperation with the judge principal, condensation principal, iura novit curia, principals in relation to whom will execute the proceedings, written and verbal principals and listening of the persons attending the proceedings principal. Finally the family courts that are the commissioned courts in divorce cases have been analyzed.

ÖNSÖZ

Anayasa madde 41/I hükmü ile ailenin, Türk toplumunun temeli olduğu ve eşler arasındaki eşitliğe dayandığı düzenlenmiştir. Evlilik ile kurulan aile birliği maalesef çeşitli iç ve dış etkenler sebebiyle dağılabilmektedir. Toplumun temel taşı olan ailenin dağılması bakımından da kanun koyucunun çeşitli düzenlemeler yapması ve bu hususa ilişkin olarak boşanma imkanını ancak çeşitli sebeplerin ortaya çıkması ihtimaline bağlaması ve bütün barışma imkanlarının ortadan kalkmasından sonra boşanmaya izin vermesi pek tabiidir.

Maddi hukuka ilişkin bir düzenleme olan boşanma hukukuna ilişkin olarak usul hukukunda da çeşitli farklılaşmaların olmasının sebebi, boşanma davalarının özel karakterinde aranmalıdır. Bu sebepten, boşanma yargılamasının diğer hukuk davalarına ilişkin yargılamadan farklılık göstermesinden daha doğal bir sonuç olamaz.

Bu sebeple, bu çalışmanın belkemiğini oluşturan Medeni Usul Hukuku ilkeleri detaylı bir şekilde incelenmiş ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunundaki görünümüleri belirtilerek, ilkelerle varılmak istenen amacın ortaya konmasına çalışılmıştır. Ancak bundan önce, bu ilkelerin boşanma hukuku yargılamasında ne şekilde ortaya konacağına belirlenebilmesi bakımından Medeni Kanunda düzenlenmiş olan boşanma sebepleri incelenmiş ve boşanma davalarına ilişkin getirilen düzenlemelerdeki ortak hükümler belirtilmiştir.

Bana bu keyifli tez konusunu öneren ve bu çalışmanın her aşamasında yardım eden, yol gösteren ve desteğini esirgemeyen, tez danışmanım, değerli hocam Prof. Dr. Nevhis DEREN-YILDIRIM'a teşekkür ederim. Bana usul hukukunu sevdiren, rehberliğinden her zaman istifade ettiğim kıymetli hocam Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA'ya şükran borçluyum. Geniş kütüphanesini benim kullanımına açarak bana büyük destek sağlamış değerli hocam Prof. Dr. Kamil YILDIRIM'a da teşekkürü bir borç bilirim.

Tez çalışmam döneminde bana desteklerinden dolayı, sevgili kürsü arkadaşlarım Araş. Gör. Dr. Seda ÖZMUMCU'ya, Araş. Gör. Dr. Nihat GÜMAN'a ve bilimsel kardeşim Araş. Gör. Mert NAMLI'ya teşekkür ederim.

Bu uzun soluklu tez çalışmamın her aşamasında bana, yüreklendirici ve yol gösterici tavırları ile katkıda bulunan Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul Hukuku ve İcra İflas Hukuku Ana Bilim Dalı Araş. Gör. Özden ÖZKAYA FERENDECİ'ye; bütün sıkıntılı anlarımda beni dinleyen ve dinlemekten asla bıkmayan sevgili arkadaşım ve tez koçum Araş. Gör. Kübra YETİŞ ŞAMLI'ya ve değerli eleştirileri için Araş. Gör. Şirin AYDINCIK'a ve son olarak bütün uykusuz geceleri benimle beraber paylaşan sevgili eşim, Sait KURŞUNCU'ya sonsuz teşekkürler ederim.

İÇİNDEKİLER

Öz.....	iii
Abstract.....	iv
Önsöz	v
İçindekiler	vii
Kısaltmalar Cetveli	xiv
Giriş.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA ANA HATLARIYLA BOŞANMA SEBEPLERİ

I.	BOŞANMA HUKUKUNUN DAYANDIĞI TEMEL İLKELER.....	3
A-	Genel Olarak.....	3
B-	Kusur İlkesi.....	3
C-	Evlilik Birliğinin Temelden Sarsılması İlkesi.....	4
D-	İrade İlkesi	5
E-	Elverişsizlik İlkesi.....	6
F-	Fiili (Eylemli) Ayrılık İlkesi.....	6
G-	Türk Medeni Kanunun Benimsediği İlkeler.....	7
II.	TÜRK MEDENİ KANUNUNA GÖRE BOŞANMA SEBEPLERİ	8
A-	Genel Olarak.....	8
B-	Boşanma Sebepleri	9
1)	Özel Boşanma Sebepleri.....	10
a)	Zina.....	11
(1)	Zinaya Dayanan Boşanma Davası Açabilmenin Şartları.....	11
i)	Evlilik Birliğinin Bulunması	12
ii)	Eşinden Bir Başkasıyla Cinsel İlişkide Bulunma.....	12
iii)	Zinada Bulunan Eşin Kusurlu Olması.....	13
(2)	Zina Nedeniyle Boşanma Davası.....	13
i)	Hak Düşürücü Sürenin Geçmesi	13
ii)	Zina Yapan Eşin Af Edilmesi.....	14
b)	Hayata Kast, Pek Kötü Veya Onur Kırıcı Davranış.....	15
(1)	Hayata Kast.....	15
(2)	Pek Kötü veya Onur Kırıcı Davranış.....	16
c)	Küçük Düşürücü Suç İşleme Ve Haysiyetsiz Hayat Sürme.....	17
(1)	Küçük Düşürücü Suç İşleme.....	18
(2)	Haysiyetsiz Hayat Sürme.....	18

d)	Terk	19
(1)	Eşlerden Birinin Ortak Hayatı Terk Etmesi.....	20
(2)	Evlilik Birliğinden Doğan Yükümlülükleri Yerine Getirmeme Maksudının Bulunması	21
(3)	Ayrı Yaşamının En Az Altı Ay Sürmüş Olması	21
(4)	Terk Eden Eşe İhtarda Bulunulmuş Olması	22
e)	Akıl Hastalığı	22
(1)	Eşlerden Birinin Akıl Hastası Olması.....	23
(2)	Hastalığın İyileşmeyeceğinin Resmi Sağlık Kuruluyula Tespiti	23
(3)	Akıl Hastalığı Sebebiyle Diğer Eş İçin Ortak Hayatın Çekilmez Hale Gelmesi	24
2)	Genel Boşanma Sebepleri.....	24
a)	Genel Olarak	24
b)	Evlilik Birliğinin Temelden Sarsılması.....	25
(1)	Genel Olarak	25
i)	Objektif Şart (Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılmış Olması)	25
ii)	Sübjektif Şart (Evlilik Birliğini Sürdürmenin Eşlerden Beklenemez Olması)	26
(2)	Kusur Sorunu	26
c)	Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması Ya Da Fiili Ayrılık.....	27
(1)	Genel Olarak	27
(2)	Şartları.....	27
i)	Daha Önce Herhangi Bir Boşanma Sebebine Dayanılarak Açılan Davanın Reddedilmiş Olması	27
ii)	Boşanma Talebinin Reddi Kararının Üzerinden Üç Yıl Geçmiş Ve Bu Süre İçinde Her Ne Sebeple Olursa Olsun Ortak Hayat Kurulamamış Olması	28
iii)	Eşlerden Birinin Boşanma Davası Açmış Olması.....	29
d)	Anlaşmalı Boşanma.....	29
(1)	Genel Olarak	29
(2)	Şartları.....	29
i)	Evliliğin En Az Bir Yıl Sürmüş Olması.....	30
ii)	Eşlerin Boşanmak Üzere Birlikte Başvurmaları Veya Bir Eşin Açtığı Davanın Diğerinde Kabul Edilmiş Olması	30
iii)	Hâkimin Tarafları Bizzat Dinlemesi	30
iv)	Hâkimin Tarafların Boşanmanın Mali Sonuçlarına Ve Çocukların Durumuna İlişkin Düzenlemelerini Uygun Bulması	30

İKİNCİ BÖLÜM

MEDENİ USUL HUKUKUNDA YARGILAMAYA İLİŞKİN İLKELER

I. MEDENİ USUL HUKUKUNDA YARGILAMAYA İLİŞKİN İLKELER	32
A- Tasarruf İlkesi (Dispositionsmaxime) – Re’sen Hareket İlkesi (Offizialmaxime)	32
1) Tasarruf İlkesi (Dispositionsmaxime)	32
a) Genel Olarak	32
b) Tasarruf İlkesinin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunundaki Görünümleri	33
2) Re’sen Hareket İlkesi (Offizialmaxime)	35
a) Genel Olarak	35
b) Re’sen Hareket İlkesinin Uygulanması	36
B- Taraflarca Getirilme İlkesi (Verhandlungsmaxime) - Araştırma İlkesi (Untersuchungsmaxime)	37
1) Genel Olarak	37
2) Taraflarca Getirilme İlkesi (Verhandlungsmaxime)	38
a) Kavram	38
b) Taraflarca Getirilme İlkesinin Sonuçları	40
c) Medeni Usul Kanununda Taraflarca Getirilme İlkesinin Sınırlandırılması	41
(1) Dava Malzemesinin Getirilmesinde Tarafların Doğruluk Ödevi (Wahrheitspflicht)	41
(2) Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi (Hinweis- und Aufklärungspflicht)	44
i) Genel Olarak	44
ii) Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Fonksiyonları	47
aa) Açıklama Fonksiyonu	47
bb) Tamamlama Fonksiyonu	47
cc) Değiştirme Fonksiyonu	48
iii) Hâkimin Aydınlatma Ödevinin Sınırları	49
iv) Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında Hâkimin Aydınlatma Ödevi	49
(3) Tarafların İsticvabı	50
(4) Geciken Dava Malzemesinin Reddi	51
3) Araştırma İlkesi (Untersuchungsmaxime)	52
a) Genel Olarak	52
b) Araştırma İlkesinin Uygulama Alanları	53
c) Araştırma İlkesinin Uygulanmasının Sonuçları	54
4) Medeni Usul Kanununda Benimsenen İlke	56
a) Genel Olarak	56

b)	Vakıaların Toplanması Bakımından Hâkimin Yetkili Olduğu Haller	58
(1)	“Maruf ve Meşhur” Vakıalar	58
(2)	Kadastro Mahkemelerinde Görülen Davalar	59
(3)	Dava Şartları	60
(4)	Evliliği Sona Erdiren Davalar	60
C-	Taraflarca Getirilme İlkesinin Alternatifi: Hâkimle İşbirliği İlkesi (Kooperationsmaxime)	61
D-	Teksif İlkesi (Konzentrationsmaxime)	63
E-	Iura Novit Curia	65
F-	Yargılamanın Yürütülmesi	66
G-	Yazılılık- Sözlülük	66
H-	Yargılamaya Katılanların Dinlenmesi İlkesi (Rechtliches Gehör)	67
I-	Aleniyet İlkesi	68
İ-	Doğrudanlık İlkesi	69
J-	Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında Düzenlenen Medeni Usul Hukuku İlkeleri	70
1)	Genel Olarak	70
2)	Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında Yer Alan Düzenlemelere İlişkin Değerlendirme	71
II.	BOŞANMA DAVALARINDA UYGULANACAK OLAN MEDENİ USUL HUKUKU İLKELERİ	72
A-	Genel Olarak	72
B-	Tasarruf İlkesi- Re’sen Hareket İlkesi	73
C-	Taraflarca Getirilme İlkesi- Araştırma İlkesi	75
D-	Teksif İlkesi	76
E-	Alenilik İlkesi	77
F-	Doğrudanlık İlkesi	77

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BOŞANMA DAVALARINDA YARGILAMA USULÜ

I.	BOŞANMA DAVALARINDA GÖREV VE YETKİ KURALLARI	79
A-	Görevli Mahkeme	79
1)	Genel Olarak	79
2)	Aile Mahkemeleri	80
a)	Aile Mahkemelerinin Kuruluşu	80
b)	Aile Mahkemelerinin Amacı	81
3)	Aile Mahkemelerinin Görevleri	82
4)	Aile Mahkemesi Görevlileri	84

	(1) Genel Olarak	85
	(2) Hâkimler	85
	(3) Uzmanlar	86
B-	Yetkili Mahkeme	88
	1) Genel Olarak	89
	2) Boşanma Davalarında Yetkili Mahkeme	89
II-	BOŞANMA DAVASININ HUKUKİ NİTELİĞİ	91
A-	Genel Olarak	91
B-	Boşanma Davasının Hukuki Niteliği	92
III-	AİLE MAHKEMELERİNDE YARGILAMA USULÜ	93
A-	Genel Olarak	93
B-	Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yargılama Usullerine Dair Kanun İle Düzenlenmiş Olan Usul Kuralları	95
	1) Genel Olarak	95
	2) Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yargılama Usullerine Dair Kanun İle Öngörülen “Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözümlemesi” Kavramı	95
	a- Genel Olarak	95
	b- “Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözümlemesi” Kavramının Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması	96
	(1) Sulh Teşebbüsü	96
	i) Sulh Teşebbüsü Kavramı	96
	ii) Sulh Teşebbüsünün, Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözümünden Farkı	98
	(2) Sulh	98
	i) Sulh Kavramı	98
	ii) Sulhun Şartları ve Unsurları	99
	iii) Sulhun Yapılış Şekilleri	100
	iv) Sulhun Yapılış Zamanı	100
	v) Boşanma Davalarında Sulh	101
	vi) Sulhun, Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözümünden Farkı	102
	(3) Arabuluculuk	103
	3) Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözümlemesi Usulü	104
	a- Genel Olarak	104
	b- Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözümlemesi Zamanı	105
	c- Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözümlemesi Hususunda Yararlanılabilecek Uzmanlar	106
	4) Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözümlemesinin Sonuçları	107
IV-	TÜRK MEDENİ KANUNU’NA GÖRE UYGULANACAK OLAN YARGILAMA USULÜ	107

A-	Genel Olarak	108
B-	Medeni Kanun m. 184’de Düzenlenen Özel Yargılama Kuralları	109
1)	Genel Olarak	109
2)	Hâkimin Vicdanen Kanaat Getirmiş Olması	110
3)	Hâkimin Boşanma Davalarında Gerek Re’sen Gerek Talep Üzerine Yemin Öneremeyecek Olması	113
a)	Genel Olarak	113
b)	Yemin	114
(1)	Kati Yemin.....	114
(2)	Resen Teklif Olunan Yemin	115
c)	Boşanma Davalarında Yeminin Geçerli Olmaması	116
4)	Tarafların İkrarının Hâkimi Bağlamayacağı.....	117
a)	Genel olarak	117
b)	İkrar	117
c)	Boşanma Davalarında İkrarın Hâkimi Bağlamaması	119
5)	Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi	120
a)	Genel Olarak	120
b)	Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi İlkesi.....	120
c)	Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi Kuralının Sınırları	122
(1)	Genel Olarak	122
(2)	Delillerin Değerlendirilmesini Sınırlayan İlkeler	122
i)	Doğrudanlık İlkesi	122
ii)	Aleniyet İlkesi	123
iii)	Sözlülük İlkesi ve Hukuki Dinlenilme Hakkı	123
(3)	Delillerin Değerlendirilmesinin Hukuki Sınırları	124
(4)	Boşanma Davaları Bakımından Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesinin Sınırları	126
6)	Boşanmanın Fer’i Sonuçlarına İlişkin Anlaşmaların Ancak Hâkimin Onaylamasından Sonra Geçerli Olacağı	127
a)	Genel Olarak	127
b)	Boşanmanın Fer’i Sonuçlarına İlişkin Anlaşmaların Ancak Hâkimin Onaylamasından Sonra Geçerli Olacağı	127
7)	Taraflardan Birisinin İstemi Üzerine Boşanma Davasına İlişkin Duruşmaların Gizli Yapılabileceği	128
a)	Genel Olarak	128
b)	Boşanma Davasına İlişkin Duruşmaların Gizli Yapılabileceği.....	128
V-	BOŞANMA DAVALARINDA UYGULANACAK HUMK KURALLARI	129
A-	Genel Olarak	129
B-	Boşanma Davalarında Dosyanın İşlemde Kaldırılması	129
1)	Genel Olarak	129
2)	Boşanma Davalarında Dosyanın İşlemde Kaldırılması	130
C-	Boşanma Davasından Feragat	131
1)	Genel Olarak	131
2)	Boşanma Davalarında Feragat	131
D-	Boşanma Davalarında Kabul	132

1) Genel Olarak.....	132
2) Boşanma Davalarında Kabul	132
SONUÇ.....	133
BİBLİYOGRAFYA/ KAYNAKÇA.....	134

KISALTMALAR CETVELİ

AD	: Adalet Dergisi
a.g.e.	: Adı Geçen Eser
a.g.m.	: Adı Geçen Makale
Art.	: Article(madde)
AMK	:Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yargılama Usullerine Dair Kanun
b.	: bent
Bkz.	: Bakınız
c.	: Cümle
C.	: Cilt
E.	: Esas
f.	: Fıkra
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
K	: Karar
m.	: Madde
(d)ZPO	: Deutsche Zivilprozessordnung (Alman Medeni Usul Kanunu)
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
vd.	: Ve devamı
Yarg.	: Yargıtay
ZPO	: Zivilprozessordnung

GİRİŞ

İlk insandan başlayarak, insanların topluluk halinde yaşamaya başladıkları zamandan günümüze kadar evlenmenin olduğu her yerde boşanmanın da olduğunu ifade etmek mümkündür. Boşanma hukuku tarihsel gelişimi içinde çok çeşitli evreler geçirmiştir ancak bir husus çok belirgindir ki o da boşanmanın eski devirlerde de uygulanmakta olan bir kurum olduğudur.

Roma hukuku, hâkimin müdahalesine gerek olmadan, boşanmaya izin vermektedir. Boşanmaya tanınan bu serbestliğin arkasında evliliğin tarafların iradesi ile kurulduğu ve bu evliliğin gene tarafların iradesi ile sona erdirilebileceği düşüncesi vardı; madem evlenme, eşlerin iradesi ile meydana gelmişti o halde gene eşlerin iradesi ile sona erdirilebilecekti. Ancak Katolik Kilise Hukukunun uygulanmasının yayılması ile beraber, evlilik ilişkisinin mutlak bir ilişki olduğu ve aradaki bağların kopmaz bağlar olduğu kabul edilmiştir. Buna bağlı olarak, evlilik ancak ölümle son bulabilen bir kurum olarak kabul edildi. Diğer bir deyişle bu hukukta boşanma yasağı kabul edilmiş bulunmaktaydı. Buna karşılık ise, İslam hukukunda da Roma hukukunda olduğu gibi evlilik birliğinin serbestçe sona erdirilmesi söz konusuydu.

Hristiyanlıkta yapılan reformlar sonucunda, boşanma ilk olarak Protestanlığı kabul eden ülkelerde uygulanmaya başlanmış ve Avrupa'nın birçok ülkesinde 18. yüzyıldan itibaren kabul edilmiştir.

Günümüzde boşanma ne Katolik Kilise hukukunda olduğu gibi sert, ne de İslam hukukundaki kadar serbest olarak uygulanmaktadır. Kutsal sayılan evlilik kurumunu koruyabilmek amacıyla, yürürlükte yer alan boşanma mevzuatlarında evlilik birliğini meydana getiren eşler arasındaki menfaat dengesini sağlanmaya çalışılmış ve boşanmaya ilişkin kurallar belirlenmiştir.

Üç bölümden oluşan çalışmamızın birinci bölümünde, Türk boşanma hukukunun ana hatları çizilmiş ve boşanma sebeplerinin neler olduğu, bu sebeplerin hangi şartlar yerine getirildiğinde ortaya çıktığı incelenmiştir. İkinci bölümde, ilk olarak yargılamanın yönlendirilmesi ve yargılamaya şekil verilmesinde etkili olduğu

kabul edilen bazı usul ilkeleri incelenmiştir. Bu usul ilkelerinin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunundaki düzenlemelerine önem verilmiş ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında ilkelere ilişkin olarak düzenlenen bölüm değerlendirilmiştir. İkinci olarak ise, incelenen bu medeni usul hukuku ilkelerinin boşanma yargılamasında ne şekilde ortaya çıkacağının tespit edilmesine çalışılmıştır. Son bölümde ise, boşanma davalarında yargılama usulü incelenmiştir. Bu bölüme boşanma davalarındaki görevli ve yetkili mahkemelerin saptanması ile başlanmış ve buna bağlı olarak da görevli mahkeme niteliğini haiz, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yargılama Usullerine Dair Kanun ile kurulan aile mahkemeleri incelenmiştir. Bu incelemenin ardından sırasıyla aile mahkemelerindeki yargılama usulü, Türk Medeni Kanununda düzenlenen yargılama usulü ve son olarak ise Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda boşanma yargılamasına ilişkin özellik arz eden usul hukuku kurumları üzerinde durulmuştur.

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA

ANA HATLARIYLA BOŞANMA SEBEPLERİ

I. BOŞANMA HUKUKUNUN DAYANDIĞI TEMEL İLKELER

A- Genel Olarak

Türk boşanma hukukuna göre, evliliği sona erdiren çeşitli sebepler vardır. Bunlar ölüm, gaiplik, cinsiyet değişikliği, hükümsüzlük halleri ve boşanmadır. Kanun koyucu taşıdığı önemden dolayı boşanmaya, Medeni Kanunda ayrı bir bölüm ayırmış ve boşanmayı bağımsız olarak düzenlemiştir¹.

Boşanmanın hâkim kararı ile ve ancak belirli nedenlerin varlığı halinde gerçekleşebileceğini kabul eden hukuk sistemleri, boşanma nedenlerini düzenlerken belirli ölçütlere ve bazı ilkelere dayanmışlardır² ki bu ilkeler boşanma hukukunun esaslarının belirlenmesi açısından büyük önem taşımaktadırlar³.

Doktrinde boşanmanın dayandığı ilkeler beş ana başlık altında incelenmektedir⁴:

- Kusur İlkesi
- Evlilik Birliğinin Temelden Sarsılması İlkesi
- İrade İlkesi
- Elverişsizlik İlkesi
- Fiili (Eylemli) Ayrılık İlkesi

B- Kusur İlkesi

¹ Turgut Akıntürk, **Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku**, Cilt II, Ankara, Beta, 6. Bası, 2002, s.225

² Namık Yalçınkaya/ Şakir Kaleli, **Boşanma Hukuku**, Ankara, Türk Hava Kurumu Basımevi, 1987, s. 28;

³ Bülent Köprülü/ Selim Kaneti, **Aile Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2. Bası, 1989, s. 142

⁴ Hıfzı Veldet Velidedeoğlu bu ilkeleri 3 ana başlık altında toplamaktadır ve elverişsizlik prensibi ile fiili ayrılık ilkesini dahil etmemektedir. Bkz: Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, **Türk Medeni Hukuku**, Cilt II, **Aile Hukuku**, İstanbul, Sermet Matbaası, 4. Bası, 1960, s. 160

Bu ilkeye göre, boşanma ancak eşlerden birinin kusurlu olarak evlilik bağına zedelemesi halinde söz konusu olur, öyle ki boşanmaya neden olan olaylar kusura dayanmalıdır⁵. Bu ilkeye göre, ancak kusursuz olan eş boşanma davası açabilir, kusurlu eş ise dava açma hakkı tanınmamıştır⁶. Çünkü bu ilke açısından, ortak yaşam ve evlilik birliği yalnızca kusursuz eş bakımından çekilmez hale gelmiş sayılmaktadır⁷.

Kusursuz eşin korunması esasına dayanan bu ilke⁸, her iki eşin de kusursuz olduğu ancak gene de evlilik birliğinin devamının mümkün olmadığı hallerde (örneğin akıl hastalığı hallerinde), boşanmaya karar verilmesine imkân bırakmadığından dolayı eleştirilmiştir⁹. Bunun sonucu olarak da evliliğin amacının cezalandırmak ya da ödüllendirmek olmaması gerektiği noktasından hareketle, bu ilkenin, mutlak olarak uygulanmaktan vazgeçilmiş ve diğer bazı yardımcı ilkelerle beraber uygulanmaya başlanmıştır¹⁰.

Kusur ilkesi, Medeni Kanunumuzda hem boşanma nedenleri hem de sonuçları açısından halen varlığını sürdürmektedir¹¹.

C- Evlilik Birliğinin Temelden Sarsılması İlkesi¹²

Bu ilke, kusur ilkesinin tersine, boşanmanın gerçekleşmesi için eşlerden birini kusurlu olmasını gerekli görmez¹³. Eğer evlilikteki düzen bozulmuşsa ve ortak hayat çekilmez hale gelmişse, o takdirde evlilik birliğinin devamında bir fayda kalmamış demektir ve evlilikte meydana gelen düzen bozukluğu, evliliğin amaç ve işlevini yok

⁵ Velidedeoğlu, **a.g.e.**, s. 160; Köprülü/ Kaneti, **a.g.e.**, s. 143; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 230; Aydın Zevkliler/ Beşir Acabey/ Emre Gökyayla, **Medeni Hukuk (Giriş- Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku- Aile Hukuku)**, Ankara, Savaş Yayınları, 5. Bası, 1997, s.918

⁶ Köprülü/ Kaneti, **a.g.e.**, s. 143; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 230

⁷ Köprülü/ Kaneti, **a.g.e.**, s. 143

⁸ Bilge Öztan, **Aile Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 5. Bası, 2004, s. 369; Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla, **a.g.e.**, s. 918

⁹ Ferit H. Saymen/ Halid K Elbir, **Türk Medeni Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku**, İstanbul, Hak Kitabevi, 2. Bası, 1960, s. 239; Yalçınkaya/ Kaleli, **a.g.e.**, s. 32;

¹⁰ Yalçınkaya/ Kaleli, **a.g.e.**, s. 33

¹¹ Feyzioğlu/ Özakman/ Sarıal, **a.g.e.**, s.252; Nevzat Özdemir, **Türk- İsviçre Hukukunda Anlaşılabilir Boşanma**, İstanbul, Beta, 2003, s. 7

¹² Doktrinde bu ilke “düzen bozukluğu prensibi” olarak da adlandırmıştır. Bkz: Öztan, **a.g.e.**, s. 370

¹³ Feyzioğlu/ Özakman/ Sarıal, **a.g.e.**, s.253; Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla, **a.g.e.**, s. 919

etmekte ve devamını toplumsal açıdan gereksiz kılmaktadır¹⁴. Bu durumda ise eşlerden birine kusur atfedilmeden boşanmaya imkân sağlanması gerekmektedir.

Evlilik birliğinin temelden sarsılması ilkesi objektif esaslara dayanmaktadır¹⁵ öyle ki hâkim kendisine tanınan geniş takdir yetkisi ile evlilik birliğinin hangi hallerde temelden sarsılmış kabul edileceğine objektif kriterlere bakarak karar verecektir¹⁶. Bu bakımdan da temelden sarsılma ilkesinin kusur ilkesi gibi sübjektif değil, objektif esaslara dayandığını söylemek yerinde olacaktır¹⁷.

Türk Medeni Kanununda düzenlenen boşanma hükümlerinde evlilik birliğinin temelden sarsılması ilkesi önemli bir etkiye sahiptir¹⁸.

D- İrade İlkesi

İrade ilkesine göre, tarafların serbest iradeleriyle kurulan evlilik birliği gene ancak tarafların serbest iradeleri ile sona erdirilebilmelidir¹⁹.

Bu ilkenin kanunlardaki görünümü serbest boşanma sistemi ya da anlaşmalı boşanma şeklindedir²⁰. Fakat serbest boşanma sistemi, ailenin devamlı ve istikrarlı bir kurum olmasını engelleyici bir özelliğe sahip olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir²¹. 12 Mayıs 1988 tarihinde Resmi gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren anlaşmalı boşanma kurumuna (EMK. m.134/III ve MK. m 66/III) ise, belli koşullar altında yer verilmiştir. Ancak bu hükme göre eşlere tam anlamıyla irade serbestisi tanındığı söylenemezse de, gene de belirli bir oranda irade serbestisi tanındığı açıktır²².

Tarafların, boşanmak yönündeki iradelerini mahkemeye bildirmeleri üzerine hâkim boşanmaya karar vermeye yetkili hale gelecek ve şartları oluştuysa tarafların

¹⁴ Köprülü/ Kaneti, **a.g.e.** , s. 143

¹⁵ Velidedeoğlu, **a.g.e.** , s. 162

¹⁶ Öztan, **a.g.e.** , s. 370

¹⁷ Akıntürk, **a.g.e.** , s. 232

¹⁸ Öztan, **a.g.e.** , s. 370

¹⁹ Köprülü/ Kaneti, **a.g.e.** , s. 143; Öztan, **a.g.e.** , s. 371; Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla, **a.g.e.** , s. 920; Akıntürk, **a.g.e.** , s. 231

²⁰ Özdemir, **a.g.e.** , s. 8

²¹ Saymen/ Elbir, **a.g.e.** , s. 238; Öztan, **a.g.e.** , s.371

²² Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla, **a.g.e.** , s. 920

iradesi doğrultusunda boşanmaya karar verecektir. Boşanmaya karar verilebilmesi için taraf iradelerinin bu yönde olmasının gerekliliği boşanma hukukumuzda irade ilkesine yer verildiğinin göstergesidir²³.

E- Elverişsizlik İlkesi

Elverişsizlik veya uygunsuzluk ilkesi, zamansal olarak diğerlerinden daha sonra ortaya çıkmış bir ilkedir²⁴. Buna göre, eşlerden biri bedensel veya ruhsal bozukluklarından dolayı evlilik hayatından doğan yükümlülüklerini yerine getirememekte ise boşanmaya hükmedilebilir²⁵. Eşlerden birindeki özür, yani elverişsizlik, evlilik birliğini diğer eş için çekilmez hale getirmiş olmalıdır ki, elverişsizlik nedeniyle boşanma davası açılabilsin²⁶. Örneğin akıl hastalığı, cinsel sapıklık, gelecek soylar için tehlikeli hastalıklar, iktidarsızlık, kısırlık ve bulaşıcı hastalıklar bu niteliktedir²⁷.

Elverişsizlik ilkesi ile evlilik birliğini temelden sarsılması ilkesi arasında sıkı bir bağ bulunmaktadır ve çoğunlukla eşlerden birindeki elverişsizlik hali evlilik birliğinin temelden sarsılmasına sebep olmaktadır²⁸.

F- Fiili (Eylemli) Ayrılık İlkesi

Birlikte yaşam sürdürmeyi gerektiren evlilik birliğinde eşlerde böyle bir niyetin ve isteğin kalmadığı anlaşıldığı takdirde evlilik birliğinin sarsılmış olduğunu kabul etmek gerekmektedir²⁹. Burada önemli olan eşlerin kusurlu olup olmadıkları ya da evlilik birliğinin temelden sarsılıp sarsılmadığının tespiti değildir³⁰. Bu ilkeye göre, boşanmaya hükmedilebilmesi için eşlerin belirli bir süre boyunca bir araya

²³ Öztan, **a.g.e.** , s. 371

²⁴ Akıntürk, **a.g.e.** , s. 232

²⁵ Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla, **a.g.e.** , s. 920; Öztan, **a.g.e.** , s. 371; Akıntürk, **a.g.e.** , s. 232

²⁶ Feyzioğlu/ Özakman/ Sarıal, **a.g.e.** , s.253; Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla, **a.g.e.** , s. 920

²⁷ Feyzioğlu/ Özakman/ Sarıal, **a.g.e.** , s.253; Köprülü/ Kaneti, **a.g.e.** , s. 144; Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla, **a.g.e.** , s. 920; Akıntürk, **a.g.e.** , s. 232

²⁸ Feyzioğlu/ Özakman/ Sarıal, **a.g.e.** , s.254

²⁹ Köprülü/ Kaneti, **a.g.e.** , s. 144; Akıntürk, **a.g.e.** , s. 232

³⁰ Köprülü/ Kaneti, **a.g.e.** , s. 144; Yalçinkaya/ Kaleli, **a.g.e.** , s. 38

gelmemiş olmaları yeterlidir³¹. Bu ayrılık süresi çeşitli ülkelerin boşanma hukuklarında farklılıklar gösterebilir.

Bu ilkenin sağlıklı bir şekilde işleyebilmesi, fiili ayrılık süresinin çok dikkatli belirlenmesine bağlıdır. Fiili ayrılık süresinin kısa olması tek yanlı boşanmaya, uzun süreli fiili ayrılık hali ise, kişinin hayatında belirsizliklere yol açabilir³². Fiili ayrılık sürelerinin çeşitli ülkelerde genel olarak bir ila on yıl arasında değişmekte olduğu ve ortalama sürenin beş yıl dolaylarında bulunduğu görülmektedir³³.

G- Türk Medeni Kanununun Benimsediği İlkeler

Medeni Kanun düzenlenirken sadece bir tek ilkeye bağlı kalınmamış ve boşanma sebeplerine göre farklı ilkeler benimsenmiştir. Çoğunlukla temelden sarsılma ilkesinin kabul edildiği Medeni Kanun'da kusur, irade, elverişsizlik ve fiili ayrılık ilkesi de kabul edilmiştir³⁴.

Şiddetli geçimsizlik yönünden evlilik birliğinin temelden sarsılması ilkesi, zina, cana kast, pek fena muamele hallerinde kusur ilkesi, akıl hastalığı durumunda elverişsizlik ve evlilik birliğinin temelden sarsılması ilkesi benimsenmiştir³⁵.

İrade ilkesi ile fiili ayrılık ilkesi ise 4 Mayıs 1988 tarihindeki değişiklikle önce 743 sayılı Eski Medeni Kanunumuza (m.134/III) girmiş ve daha sonrasında da 4721 sayılı Yeni Medeni Kanununda (m. 166/III) aynen kabul edilmiştir³⁶.

Tüm verilerden yola çıkarak, boşanmanın sebepleri bakımından Medeni Kanunun tüm ilkeleri benimseyerek karma bir sisteme yer verdiğini söylemek yerinde olacaktır³⁷.

³¹ Köprülü/ Kaneti, **a.g.e.** , s. 144; Yalçınkaya/ Kaleli, **a.g.e.** , s. 38

³² Köprülü/ Kaneti, **a.g.e.** , s. 144

³³ Ayrıntılı bilgi için Bkz. Yalçınkaya/ Kaleli, **a.g.e.** , s. 38 ve ilgili dipnotlar

³⁴ Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla, **a.g.e.** , s. 920; Öztan, **a.g.e.** , s. 371; Akıntürk, **a.g.e.** , s. 232

³⁵ Köprülü/ Kaneti, **a.g.e.** , s. 144 vd.

³⁶ Akıntürk, **a.g.e.** , s. 232

³⁷ Akıntürk, **a.g.e.** , s. 232

II. TÜRK MEDENİ KANUNUNA GÖRE BOŞANMA SEBEPLERİ

A- Genel Olarak

Evlenme, farklı cinsiyetlere sahip iki kişinin, aralarında sürekli bir bağ kurmak amacıyla, bu yöndeki ortak iradelerini resmi memur ile tanıkların önünde açıklamaları ile kurulan bir sözleşmedir³⁸. Kişiler arasında kurulmuş olan bu ortak hayat ve evlilik birliği çeşitli sebeplerle sona erer.

Eşlerden birinin ölmesi halinde, evlilik birliği kendiliğinden sona ermiş olur. Bu sona erme kendiliğinden ortaya çıkar, ayrıca mahkemeye başvurarak evliliğin sona erdiğine dair herhangi bir tespit kararı alınmasına gerek yoktur³⁹. Evliliğin ölümle sona ereceğine dair bir hüküm MK’ da bulunmamaktadır.

Eşlerden biri hakkında ölüm karinesinin uygulanması da ölümle aynı sonucu doğurur ve evlilik kendiliğinden sona erer⁴⁰. Ancak kişi hakkında gaiplik kararı verilmişse, kişi ölmüş kabul edilmekle birlikte, evlilik birliği kendiliğinden sona ermeyecek ve açılacak olan dava ile evliliğin feshini talep etmek zorunlu olacaktır⁴¹.

Eşlerden birinin evlilik birliğinin kurulmasından sonra cinsiyet değiştirmesi de evliliğin sona erme sebeplerinden biridir⁴².

4721 sayılı Medeni Kanun’a göre evliliği sona erdiren davalar 4 ana başlık altında toplanabilir. Bunlardan ilki, m. 131’de düzenlenen eşlerden birinin gaipliğinin tespiti ve buna bağlı olarak evliliğin feshi, ikincisi, 145 ve devamı maddelerde düzenlenen evliliğin mutlak butlanı, üçüncüsü, 148. madde ve devamında düzenlenen evliliğin nisbî butlanı ve son olarak 161 ve devamı maddelerde düzenlenen boşanma durumudur.

³⁸ Akıntürk, **a.g.e.** , s. 185.

³⁹ Akıntürk, **a.g.e.** , s. 186; Mustafa Dural/Tufan Ögüz/Alper Gümüş, **Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2005, s. 102.

⁴⁰ Öztan, **a.g.e.** , s. 319; Akıntürk, **a.g.e.** , s. 186.

⁴¹ Öztan, **a.g.e.** , s. 319; Dural/ Ögüz/ Gümüş, **a.g.e.** , s.102; Eşlerden birini gaipliğine karar verilmesi ve evliliğin sona ermesine ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz: Akıntürk, **a.g.e.** , s. 186vd.

⁴² Bu hususa ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz: Akıntürk, **a.g.e.** , s. 189 vd.

Karı ve kocanın sağ oldukları durumda evlenmeyi sona erdiren normal hal boşanmadır. Bu bakımdan boşanmayı, “eşler hayattayken, kanunda öngörülmüş olan bir sebebe dayanarak, eşlerden birinin açacağı dava sonucunda evlilik birliğine hâkim kararı ile son verilmesi” olarak tanımlamak mümkündür⁴³.

Yapılmış olan bu tanıma göre şu sonuçlara varmak mümkündür⁴⁴:

- 1- Medeni Kanunda kabul edilen boşanma sistemi hâkim kararı ile boşanma sistemidir.
- 2- Hâkimin boşanma kararı verebilmesi için eşlerden en az birinin boşanma davası açmış olması gereklidir. Eşlerin talebi olmadan hâkim boşanmaya karar veremeyecektir.
- 3- Boşanma davasının Medeni Kanunda düzenlenmiş olan boşanma sebeplerinden birine dayanarak açılması gereklidir.

Boşanma davasının açılabilmesi için evliliğin geçerli olarak kurulmuş olması ve dava açma anında da devam ediyor olması gereklidir⁴⁵.

B- Boşanma Sebepleri

Medeni Kanunda boşanma sebepleri altı madde halinde düzenlenmiştir (MK. m.161–166). Boşanma sebepleri mahiyet ve kapsamı bakımından birbirinden farklıdır⁴⁶. Bu sebepler kendi aralarındaki farklılıklara dayanılarak çeşitli açılardan farklı gruplara ayrılabilir⁴⁷. Boşanma sebeplerinin ayrımında sebeplerin içeriklerine göre bir ayrım yapılırsa özel ve genel boşanma sebepleri olarak, bu sebeplerin evlilik birliği üzerindeki etkilerine göre bir ayrım yapılırsa mutlak ve nisbi boşanma

⁴³ Kemal Oğuzman/ Mustafa Dural, **Aile Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2. Bası, 1998, s. 112; Dural/ Ögüz/ Gümüş, a.g.e. , s.102

⁴⁴ Oğuzman/ Dural, **a.g.e.** , s. 112; Dural/ Ögüz/ Gümüş, a.g.e. , s.103

⁴⁵ Dural/ Ögüz/ Gümüş, a.g.e. , s.103.

⁴⁶ Akıntürk, **a.g.e.** , s. 234

⁴⁷ Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla, **a.g.e.** , s. 923; Boşanma sebeplerinin farklı sınıflandırmalarına ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz: Oğuzman/Dural, **a.g.e.** , s. 113; Dural/Ögüz/Gümüş, **a.g.e.** , s. 103

sebepleri olarak bir gruplandırma yapılabilir⁴⁸. Ancak belirtmek gerekir ki, bu ayrımlar kanunda yapılmış ayrımlar değil, doktrinde yapılmış ayrımlardır⁴⁹.

Özel boşanma nedenleri ve genel boşanma nedenleri ayrımında yasada boşanma nedeni oluşturan olayın açık, somut ve kesin şekilde belirtilmiş olup olmamasına bakılır⁵⁰. Özel boşanma sebepleri belli bir olguyu işaret eden boşanma sebepleridir⁵¹, öyle ki kanunda ismen düzenlenen boşanma sebebine varlık kazandıran olay açıklıkla belirtilmişse ve bu olay dışındaki vakalar bu boşanma nedenini doğurmuyorsa, özel boşanma sebebi söz konusudur⁵². Buna karşılık genel boşanma sebeplerinde ise, sınırlayıcı olgular sayılmamış ve ismen düzenleme yapılmamıştır. Eşler arasında meydana gelen olayların boşanmaya sebep teşkil edip etmeyeceğine kendisine geniş takdir yetkisi verilen hâkim karar verir⁵³.

Mutlak ve nisbi boşanma sebeplerine ilişkin ayrım ise, hâkimin somut olarak kanunda belirtilen sebebin varlığını başlı başına yeterli sayıp saymayacağını, diğer bir deyişle, bu neden dışında bazı başka koşulların da varlığını arayıp aramayacağı göz önünde tutularak yapılan ayrımdır⁵⁴. Buna göre, eğer bir olay evlilik birliği üzerindeki etkisine bakılmaksızın boşanma hakkını sağlayabiliyorsa⁵⁵, o sebep bir mutlak boşanma sebebi teşkil etmektedir ve hâkim evliliğin çekilmez hale gelip gelmediğini incelemeyen boşanmaya karar verebilecektir⁵⁶. Boşanma sebebinin sadece varlığı yetmeyip, ayrıca o sebebin evlilik birliğini çekilmez hale getirmiş olması da aranan şartlardan biri ise, nisbi boşanma sebebi söz konusu olur ve bu sebeplere ilişkin olarak hâkim geniş takdir serbestisi kullanır⁵⁷.

1) Özel Boşanma Sebepleri

⁴⁸ Yalçınkaya/ Kaleli, **a.g.e.** , s. 583

⁴⁹ Velidedeoğlu, **a.g.e.** , s. 166; Köprülü/ Kaneti, **a.g.e.** , s. 146vd. ; Feyzioğlu/ Özakman/ Sarıal, **a.g.e.**, s.254 vd.; Yalçınkaya/ Kaleli, **a.g.e.** , s. 583

⁵⁰ Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla, **a.g.e.** , s. 923

⁵¹ Akıntürk, **a.g.e.** , s. 234

⁵² Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla, **a.g.e.** , s. 924

⁵³ Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla, **a.g.e.** , s. 924

⁵⁴ Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla, **a.g.e.** , s. 924

⁵⁵ Kemaleddin Birsen, **Medeni Hukuk Dersleri, Umumi Esaslar, Şahsın Hukuku, Aile Hukuku**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 4. Bası, 1958, s.313

⁵⁶ Birsen, **a.g.e.** , s. 313; Feyzioğlu/ Özakman/ Sarıal, **a.g.e.** , s.256

⁵⁷ Feyzioğlu/ Özakman/ Sarıal, **a.g.e.** , s.256

Türk Medeni Kanunu'na göre özel boşanma sebepleri 5 tanedir. Bunlar;

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

Bu boşanma sebepleri sınırlı sayıdadır ve kanunda yer almayan özel boşanma sebeplerine dayanılarak boşanma davası açılmaz.

a) Zina

Türk Medeni Kanununun 161. maddesine göre; eşlerden biri zina ederse, diğer eş boşanma davası açabilir.

Kanunda zinanın sadece bir boşanma sebebi olduğu belirtilmiş ancak tanımı yapılmamıştır⁵⁸. Doktrinde⁵⁹ ve uygulamada⁶⁰ ise zina, genel olarak, evlilik birliği devam ederken, karının başka bir erkekle veya kocanın başka bir kadınla, isteyerek, cinsel ilişki kurması şeklinde tanımlanmaktadır⁶¹.

Türk Hukukuna göre zina, mutlak bir boşanma sebebidir ve hâkimin evlilik birliğinin çekilmez hale gelip gelmediğinin tespitine gerek yoktur⁶².

(1) Zinaya Dayanan Boşanma Davası Açabilmenin Şartları

Bir kimsenin zinasından söz edebilmek ve bu sebebe dayanarak boşanma davası açabilmek için üç şartın bir araya gelmiş olması gereklidir:

- i) Evlilik birliğinin bulunması,
- ii) Eşinden bir başkasıyla cinsel ilişkide bulunma,

⁵⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.** , s. 104

⁵⁹ Velidedeoğlu, **a.g.e.** , s. 168; ; Köprülü/ Kaneti, **a.g.e.** , s. 150; Selâhattin Sulhi Tekinay, **Türk Aile Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 7. Bası, 1990, s. 198; Feyzioğlu/ Özakman/ Sarıal, **a.g.e.** , s.258; Oğuzman/ Dural, **a.g.e.** , s. 114; Öztan, **a.g.e.** , s. 374

⁶⁰ Yarg. 2. HD. 20.09.1979, E.1979/5323, K.1979/6395 (Öztan, **a.g.e.** , s. 374, dipnot 242'den naklen)

⁶¹ Farklı bir tarif için Bkz: Andreas B. Schwarz, **Aile Hukuku I**, Çev. Bülent Davran, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 2. Bası, 1946

⁶² Akıntürk, **a.g.e.** , s. 240.

iii) Zinada bulunan eşin kusurlu olması

i) Evlilik Birliğinin Bulunması

Zinadan söz edebilmek için, eşler arasında bir evlilik birliğinin bulunması zorunludur. Evlenmeden önce veya evlenme sona erdikten sonra karı veya kocanın başkalarıyla cinsel ilişkide bulunması zina olarak nitelendirilemez⁶³. Butlanla geçersiz evlenmeler ortadan kaldırılınca kadar geçerli bir evlenmenin sonuçlarını doğuracağı için, böyle bir evlilikte de eşlerden birinin, evliliğin ortadan kaldırılmasına kadar geçen dönemde eşler arasındaki sadakat yükümüne aykırı olarak, bir başkası ile cinsel ilişki kurması zina sayılacaktır⁶⁴. Yok evliliklerde ise zina söz konusu olmaz⁶⁵. Evlilik ilişkisi devam ettiği sürece, eşler, ayrılık, gaiplik, eşlerden birinin ayrı bir konut edinmiş olması gibi hallerde bile fiilen bir arada yaşamasalar dahi evlilik birliği hukuken sona ermemiş olduğundan, eşlerden birinin, üçüncü bir kişi ile cinsel ilişkide bulunması zinadır⁶⁶.

ii) Eşinden Bir Başkasıyla Cinsel İlişkide Bulunma

Zinanın ikinci unsuru, eşlerden birinin diğer eşten başka bir üçüncü kişi ile cinsel ilişkide bulunması şartıdır. Bu şart, zinanın objektif maddi unsurunu oluşturmaktadır⁶⁷.

Zinadan söz edebilmek için cinsel ilişkinin gerçekleşmiş olması şarttır ve cinsel ilişkide bulunmaksızın başkasıyla olan yakın ilgi, flört, bedeni temas, baştan çıkarma teşebbüsleri, öpme veya sarılma biçimindeki davranışlar zina teşkil etmez⁶⁸.

Eşlerden birinin zinasının söz konusu olabilmesi için, o eşin kendi cinsinden farklı cinsten bir kimseyle cinsel ilişkide bulunmuş olması gereklidir, yani eşlerin

⁶³ Tekinay, **a.g.e.** , s. 198; Akıntürk, **a.g.e.** , s. 235

⁶⁴ Köprülü/ Kaneti, **a.g.e.** , s. 199; Oğuzman/ Dural, **a.g.e.** , s. 115; Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla, **a.g.e.** , s. 926; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.** , s. 105

⁶⁵ Yalçinkaya/ Kaleli, **a.g.e.** , s. 613; Öztan, **a.g.e.** , s. 375

⁶⁶ Saymen/ Elbir, **a.g.e.** , s. 243; Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla, **a.g.e.** , s. 926; Akıntürk, **a.g.e.** , s. 236; Öztan, **a.g.e.** , s. 376; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.** , s. 105

⁶⁷ Öztan, **a.g.e.** , s. 377; Yalçinkaya/ Kaleli, **a.g.e.** , s. 626

⁶⁸ Schwarz, **a.g.e.** , s. 143; Saymen/ Elbir, **a.g.e.** , s. 243; Tekinay, **a.g.e.** , s. 199; Oğuzman/Dural, **a.g.e.** , s. 115; Akıntürk, **a.g.e.** , s. 236; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.** , s. 105

kendi cinsinden kişilerle girmiş oldukları cinsel ilişki zina olarak nitelendirilemez⁶⁹. Doktrinde böyle kabul edilmekle birlikte, günümüzde bunun ne derece yerinde olduğu tartışılabilir⁷⁰. Aynı şekilde hayvanla cinsel temas da zina değildir⁷¹.

Cinsel ilişkinin zina sayılması için bir kez gerçekleşmiş olması yeterlidir, birden çok kez tekrarlanmış ve bir alışkanlık haline gelmiş olması zorunlu değildir⁷².

iii) Zinada bulunan eşin kusurlu olması

Zinanın varlığından söz edebilmek için, zinada bulunan eşin, ne yaptığını bilerek ve bu sonucu isteyerek hareket etmesi yani kusurlu olması gerekir⁷³. Buna göre, temyiz kudretine sahip olmayan eşin, başkasıyla cinsel ilişkisinde kusur yoktur⁷⁴. Aynı şekilde, maddi⁷⁵ veya manevi cebir sebebiyle cinsel ilişkiye katlanmak da zina sayılmaz⁷⁶.

Zinada bulunan eşin kusurlu olması şartı, zinanın sübjektif unsurunu teşkil eder⁷⁷.

(2) Zina Nedeniyle Boşanma Davası Açma Hakkının Düşmesi

Zina sebebiyle boşanma davası açma hakkı iki halde düşer.

i) Hak Düşürücü Sürenin Geçmesi

⁶⁹ Birsen, **a.g.e.** , s. 314; Köprülü/ Kaneti, **a.g.e.** , s. 150; Tekinay, **a.g.e.** , s. 198; Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla, **a.g.e.** , s. 927; Akıntürk, **a.g.e.** , s. 236

⁷⁰ Zinanın varlığı için aranan farklı cinsten bir kimseyle cinsel ilişkide bulunmuş olma şartının kişinin hem cinsi ile girilen cinsel münasebeti de kapsayacak şekilde genişletilerek kabul edilmesi uygun olacaktır. Lakin zinanın boşanma sebebi teşkil etmesinin arkasında yatan amaç bu durumda da varlığını korumaktadır. Her ne kadar, hem cinsle girilen münasebetler haysiyetsiz hayat sürme ve evlilik birliğinin sarsılması gibi boşanma sebepleri içerisinde kabul görmekteyse de, bu tür ilişkilerin her zaman haysiyetsiz hayat sürme anlamına gelmeyeceği de göz ardı edilmemelidir.

⁷¹ Akıntürk, **a.g.e.** , s. 236

⁷² Birsen, **a.g.e.** , s. 315; Köprülü/ Kaneti, **a.g.e.** , s. 150; Tekinay, **a.g.e.** , s. 198; Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla, **a.g.e.** , s. 927; Akıntürk, **a.g.e.** , s. 236.

⁷³ Akıntürk, **a.g.e.** , s. 236.

⁷⁴ Köprülü/ Kaneti, **a.g.e.** , s. 150; Tekinay, **a.g.e.** , s. 198

⁷⁵ Kişinin malvarlığına yönelik tehdit altında yapılan cinsel ilişkide ise, kusur unsurunun varlığı kabul edilmektedir. Bkz: Feyzioğlu/ Özakman/ Sarial, **a.g.e.** , s.260; Öztan, **a.g.e.** , s. 377; Akıntürk, **a.g.e.** , s. 237

⁷⁶ Köprülü/ Kaneti, **a.g.e.** , s. 151; Tekinay, **a.g.e.** , s. 198

⁷⁷ Öztan, **a.g.e.** , s. 377

MK m.161/II' de davaya hakkı olan eşin, boşanma sebebini öğrenmesinden başlayarak altı ay ve her halde zina eyleminin üzerinden beş yıl geçmekle, dava hakkı düşeceği düzenlenmiştir.

Bu maddeye göre, zina halinde boşanma davası açma hususuna ilişkin olarak iki farklı hak düşürücü süre öngörülmüştür. İlki, eşin zinasının öğrenilmesinden itibaren altı aydır. İkinci süre ise, zina fiilinin vukuu bulunduğu tarihten itibaren beş yıldır.

Buna göre, eş, diğer eşin zinasını beş yıl içinde ne zaman öğrenmişse, o andan itibaren altı ay içinde dava açmak zorundadır⁷⁸. Bu süreler geçtikten sonra zinaya dayanarak boşanma davası açılmaz.

MK' da düzenlenen bu süreler zamanaşımı değil, hak düşürücü süre olduklarından dolayı, hâkim tarafından re'sen dikkate alınacaktır⁷⁹.

ii) Zina Yapan Eşin Af Edilmesi

MK m.161/III hükmünde, affeden tarafın dava hakkının olmadığı düzenlenmiştir. Buna göre, zina sebebine dayanarak dava açmaya hakkı olan eş, zina yapan eşi affettiği takdirde, dava açma hakkını kaybedecektir.

Af, ancak fiilin gerçekleşmesinden sonra söz konusu olabilecektir⁸⁰. Eşin, zina yapan eşi, zina fiili ortaya çıkmadan önce affetmesi veya yapılacak olan zinaya rıza göstermesi, MK m.161/III kapsamında değerlendirilemeyecektir. Lakin hem kanunda buna ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır, hem de zinaya rıza göstermenin ahlaka aykırı olacağı kabul edilerek, rızanın af kapsamına girmeyeceği ve eş razı olsa bile, gene de boşanma davası açma hakkından vazgeçmiş sayılmayacağı kabul edilmektedir⁸¹. Yargıtay'ın da bu yönde kararları mevcuttur⁸².

⁷⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.** , s. 106.

⁷⁹ Köprülü/ Kaneti, **a.g.e.** , s. 152; Tekinay, **a.g.e.** , s. 203; Akıntürk, **a.g.e.** , s. 239; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.** , s. 106.

⁸⁰ Öztan, **a.g.e.** , s. 381; Akıntürk, **a.g.e.** , s. 238; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.** , s. 106

⁸¹ Köprülü/ Kaneti, **a.g.e.** , s. 152; Tekinay, **a.g.e.** , s. 203; Öztan, **a.g.e.** , s. 380; Oğuzman/Dural, **a.g.e.** , s. 116; Akıntürk, **a.g.e.** , s. 238; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.** , s. 106.

⁸² Yarg. 2. HD. 1.4.1949, E.1949/7156, K.1949/1754; HGK 11.3.1964, 607/197 (Oğuzman/Dural, **a.g.e.** , s. 116, dipnot 190'dan naklen)

b) Hayata Kast, Pek Kötü Veya Onur Kırıcı Davranış

Hayata kast ile pek kötü veya onur kırıcı davranış aslında iki ayrı boşanma sebebi⁸³ olmalarına rağmen Türk Medeni Kanununun 162. maddesinde beraberce, tek madde halinde düzenlenmişlerdir⁸⁴⁻⁸⁵.

Medeni Kanundaki bu hüküm mutlak boşanma sebebi teşkil etmektedir ve kusura dayalı bir boşanma sebebidir⁸⁶.

(1) Hayata Kast

Hayata kast, eşlerden biri tarafından diğerini öldürmek amacıyla işlenen fiilleri ifade eder⁸⁷. Bu fiiller eşin hayatına kastedilmiş bulunan ve onun hayatını yok etmek, sona erdirmek kastını taşıyan fiillerdir⁸⁸. Bu fiillere örnek olarak eşini öldürmeye teşebbüs, onu intihara teşvik etmek ya da onun intiharını bilerek önlememek gibi eylemler gösterilebilir⁸⁹.

Diğer eşi öldürme amacını ciddi ve açık bir şekilde ortaya koyan fiillerde kullanılan aracın ölümü sağlayacak nitelikte olup olmaması önem taşımaz⁹⁰. Fiilin planlanarak ya da ani bir kararla veya bir öfke sonucu yapılmış olması hayata kastın varlığı bakımından bir önem teşkil etmez⁹¹.

Hayata kast, kusura dayanan bir boşanma sebebi olduğundan dolayıdır ki, eşinin hayatına kasteden tarafın temyiz gücüne sahip olması gerekmektedir⁹².

⁸³ Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.** , s. 107. Yazara göre, pek fena muamele ve onur kırıcı davranış ayrı birer boşanma sebebi sayılmak suretiyle, bu madde metninde üç ayrı boşanma sebebi düzenlenmiştir.

⁸⁴ Oğuzman/Dural, **a.g.e.** , s. 117; Tekinay, **a.g.e.** , s. 206; Öztan, **a.g.e.** , s. 382; Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla, **a.g.e.** , s. 931; Akıntürk, **a.g.e.** , s. 239.

⁸⁵ Türk Eski Medeni Kanunun boşanma sebeplerine ilişkin ilgili 130. maddesinde, bu sebep cana kast ve pek fena muamelelerle sınırlı tutulmuş ve onur kırıcı davranış maddenin kapsamına dâhil edilmemişti.

⁸⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.** , s. 107

⁸⁷ Tekinay, **a.g.e.** , s. 207; Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla, **a.g.e.** , s. 931; Akıntürk, **a.g.e.** , s. 239

⁸⁸ Feyzioğlu/ Özakman/ Sarial, **a.g.e.** , s. 70

⁸⁹ Birsen, **a.g.e.** , s. 318; Köprülü/ Kaneti, **a.g.e.** , s. 154; Oğuzman/Dural, **a.g.e.** , s. 117; Öztan, **a.g.e.** , s. 382; Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla, **a.g.e.** , s. 931; Akıntürk, **a.g.e.** , s. 239; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.** , s. 107

⁹⁰ Oğuzman/Dural, **a.g.e.** , s. 117; Tekinay, **a.g.e.** , s. 207; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.** , s. 107

⁹¹ Öztan, **a.g.e.** , s. 382; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.** , s. 107

⁹² Öztan, **a.g.e.** , s. 383; Akıntürk, **a.g.e.** , s. 240

Herhangi bir ihmal yüzünden eşinin hayatını tehlikeye sokmak hayata kast olarak değerlendirilemez⁹³.

Hayata kast, boşanma davası açmak için yeterlidir. Mutlak bir boşanma sebebi niteliği taşıması sebebiyle, hâkimin evlilik birliğinin sarsılıp sarsılmadığını incelemesi gerekmemektedir⁹⁴.

(2) Pek Kötü veya Onur Kırıcı Davranış

Pek kötü davranış ve onur kırıcı davranış kanun metninde beraber düzenlenmiş olmakla birlikte, pek kötü davranış maddi, onur kırıcı davranış ise manevi nitelik göstermektedir⁹⁵.

Buna göre, eşe yapılan eziyetler, onun bedensel ve ruhsal sağlığını tehlikeye düşürecek davranışlar, eşini hapsedmek, aç bırakmak, dövmek ve eş ile anormal cinsel ilişkiye girmek pek kötü davranışlardır. Maddi nitelik taşıyan bu hareketler, cismani zarar meydana getirmek, eşin sağlığını, vücut bütünlüğünü ve hürriyetini ihlal etme amacını taşıyan ve kasıtlı olarak yapılan hareketlerdir⁹⁶.

Pek fena davranışın var sayılabilmesi için devamlılık aranmaz. Pek fena davranış oluşturan fiilin bir kez bile yapılmış olması yeterlidir⁹⁷.

Onur kırıcı davranış ise, eşlerden birinin, diğerinin onuruna, ona hakaret etmek ve onu küçük düşürmek amacıyla yaptığı haksız saldırıdır⁹⁸. Eşin onur ve haysiyetine kasıtlı olarak diğer eş tarafından yapılan ağır bir tecavüz onur kırıcı davranış olarak nitelendirilir ve boşanma sebebi teşkil eder⁹⁹. Tecavüzün şekli önemli değildir, söz veya yazı ile ve hatta hareketlerle bile yapılabilir¹⁰⁰. Önemli

⁹³ Velidedeoğlu, **a.g.e.** , s. 172; Öztan, **a.g.e.** , s. 383

⁹⁴ Öztan, **a.g.e.** , s. 383; Tekinay, **a.g.e.** , s. 207;

⁹⁵ Saymen/ Elbir, **a.g.e.** , s. 246; Öztan, **a.g.e.** , s. 383

⁹⁶ Velidedeoğlu, **a.g.e.** , s. 172; Feyzioğlu/ Özakman/ Sarıal, **a.g.e.** , s.271; Köprülü/ Kaneti, **a.g.e.** , s. 154; Tekinay, **a.g.e.** , s. 208; Öztan, **a.g.e.** , s. 384; Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla, **a.g.e.** , s. 927; Akıntürk, **a.g.e.** , s. 240; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.** , s. 108

⁹⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.** , s. 108

⁹⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.** , s. 108

⁹⁹ Öztan, **a.g.e.** , s. 385

¹⁰⁰ Öztan, **a.g.e.** , s. 386; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.** , s. 108

olan tecavüzün doğrudan doğruya diğer eşin namus ve onuruna yöneltilmiş olmasıdır¹⁰¹.

Onur kırıcı davranışın bir boşanma sebebi olabilmesi için, kişinin onur ve haysiyetine yapılan tecavüzün hem objektif hem de sübjektif açıdan ağır olması gereklidir¹⁰². Hâkim eşlerin kişisel ilişkilerini dikkate alarak söz konusu davranışın objektif ve sübjektif ağırlığını tespit eder¹⁰³.

Pek kötü veya onur kırıcı davranışın varlığına dayanarak boşanma davası açılabilmesi için kusur unsurunun varlığı şarttır¹⁰⁴. Kişi bu davranışı bilerek ve isteyerek yapmış olmalıdır¹⁰⁵.

Hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış mutlak boşanma sebeplerindendir. Dolayısıyla, hâkimin ayrıca ortak hayatın bu davranışlar yüzünden çekilmez hale gelip gelmediğini araştırmasına gerek yoktur¹⁰⁶.

c) Küçük Düşürücü Suç İşleme Ve Haysiyetsiz Hayat Sürme

Türk Medeni Kanunu'nun 163. maddesine göre, eşlerden biri küçük düşürücü suç işler veya haysiyetsiz bir hayat sürer ve bu sebeplerden ötürü onunla birlikte yaşaması diğer eşten beklenemezse, bu eş her zaman boşanma davası açabilir.

Madde metninden de anlaşılacağı üzere, bu maddede kusura dayalı, özel fakat nisbi bir boşanma sebebi düzenlenmiştir¹⁰⁷, çünkü adı geçen sebep tek başına bir

¹⁰¹ Öztan, **a.g.e.** , s. 386

¹⁰² Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz: Öztan, **a.g.e.** , s. 386 vd.

¹⁰³ Öztan, **a.g.e.** , s. 386

¹⁰⁴ Köprülü/ Kaneti, **a.g.e.** , s. 154; Öztan, **a.g.e.** , s. 387; Akıntürk, **a.g.e.** , s. 242; Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla, **a.g.e.** , s. 932;

¹⁰⁵ Velidedeoğlu, **a.g.e.** , s. 173

¹⁰⁶ Schwarz, **a.g.e.** , s. 147; Köprülü/ Kaneti, **a.g.e.** , s. 154; Oğuzman/Dural, **a.g.e.** , s. 117; Akıntürk, **a.g.e.** , s. 242; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.** , s. 107. Hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranışın nisbi nitelikte bir boşanma sebebi teşkil ettiğine dair karşı fikir için Bkz: Öztan, **a.g.e.** , s. 388. buna karşılık ise, Tekinay, hayata kastın mutlak bir boşanma sebebi teşkil ettiğini belirtirken, pek kötü veya onur kırıcı davranışın ise, nisbi nitelikte bir boşanma sebebi niteliğini taşıdığını belirtmektedir, Bkz: Tekinay, **a.g.e.** , s. 207- 208.

¹⁰⁷ Tekinay, **a.g.e.** , s. 212 vd. ; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.** , s. 109. Farklı bir görüş için Bkz: Velidedeoğlu, **a.g.e.** , s. 175; Birsan, **a.g.e.** , s. 320; Feyzioğlu/ Özakman/ Sarıal, **a.g.e.** , s.273; Öztan, **a.g.e.** , s. 383; Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla, **a.g.e.** , s. 933–934; Akıntürk, **a.g.e.** , s. 243-244

boşanma sebebi teşkil etmemekte ve hâkimin bu sebepten dolayı evlilik birliğinin çekilmez hale gelip gelmediğini araştırması gerekmektedir.

Bu özel boşanma sebebi suç işleme ile haysiyetsiz hayat sürme olarak iki başlık altında incelenebilir.

(1) Küçük Düşürücü Suç İşleme

Madde metninde de düzenlendiği gibi her türlü suç değil ve fakat sadece küçük düşürücü, yani utanç verici ya da yüz kızartıcı nitelikteki suçlar boşanma sebebi teşkil edecektir¹⁰⁸. Hangi suçların küçük düşürücü suç özelliği gösterdiğini tespit etmek ise, hâkimin görevidir. Hâkim bu görevi yerine getirirken, suça verilen cezaya göre değil, toplumdaki anlayışa göre karar verecektir¹⁰⁹. Dolandırıcılık, hırsızlık, hileli iflas, ırza geçme, sahtekârlık, zimmet, kaçakçılık suçları genellikle küçük düşürücü suçlar olarak sayılmaktadırlar¹¹⁰. Doktrinde ifade edildiği üzere bu suçlar, “ahlak düzeninin daha yüksek bir şiddetle reddettiği, meydana çıktığı zaman normal olarak insanın yüzünü kızartan suçlardır”¹¹¹.

Boşanma davasının açılabilmesi için, küçük düşürücü suçu işleyen eşin ceza kovuşturmasına uğramış ve bu suçtan dolayı hüküm giymiş olması şart değildir, bu suçun evlilik devam ederken sadece işlenmiş olması yeterlidir¹¹². Evlenmeden önce işlenmiş olan küçük düşürücü suçlar bakımından bu maddeye dayanılarak boşanma davası açılmaz¹¹³.

(2) Haysiyetsiz Hayat Sürme

Yazarlara göre, küçük düşürücü suç işleme mutlak bir boşanma sebebi teşkil etmekteyken, haysiyetsiz hayat sürme nisbi bir boşanma sebebi teşkil etmektedir.

¹⁰⁸ Akıntürk, **a.g.e.**, s. 243.

¹⁰⁹ Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.**, s. 109.

¹¹⁰ Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla, **a.g.e.**, s. 933; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 243; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.**, s. 109.

¹¹¹ Tekinay, **a.g.e.**, s. 211.

¹¹² Akıntürk, **a.g.e.**, s. 243.

¹¹³ Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.**, s. 109.

Haysiyetsiz hayat sürme, toplumun anlayışına göre, sürekli olarak namus, şeref ve haysiyet kavramlarıyla bağdaşmayacak biçimde yaşamaktır¹¹⁴. Genellikle randevu evi işletme, ayyaşlık, kumarbazlık, hayat kadını olarak çalışma, uyuşturucu madde ticareti yapma, uyuşturucu düşkünlüğü, evli olmasına rağmen başka erkeklerle düşüp kalkma gibi haller bir kimsenin haysiyetsiz hayat sürdüğüne işaret etmektedir¹¹⁵.

Haysiyetsiz hayat sürmenin boşanma sebebi teşkil edebilmesi için süreklilik teşkil etmesi gerekmektedir, bir kez yapılan davranış haysiyetsiz hayat sürüldüğünü göstermez¹¹⁶. Fiilin devamlı olması gerekir. Tek bir fiil haysiyetsizlik sayılacak nitelikte olsa bile, bu maddeye dayanan boşanma sebebi olamaz¹¹⁷.

Kişinin evlenmeden önce de haysiyetsiz hayat sürmesi mümkündür. Ancak bu tür bir hayatın boşanma sebebi olabilmesi için, bu hayat tarzının evlenmeden sonra da devam etmiş olması gerekir¹¹⁸.

Haysiyetsiz hayat sürmenin boşanma sebebi olabilmesi için, diğer eş için ortak yaşamı çekilmez kılması gerektiğinden dolayıdır ki, kendisi de aynı hayatı süren bir eş (ikisi de kumarbazsa örneğin) , diğeri aleyhine bu sebebe dayanarak boşanma davası açamaz¹¹⁹.

d) Terk

Terk, eşlerden birinin, iradi olarak, evlilik birliğinin kendisine yüklediği ödevleri yerine getirmemek amacıyla, hukuka aykırı bir biçimde ve devamlı surette ortak hayatı terk etmesi veya haklı bir sebep olmadan devamlı olarak ayrı yaşamasıdır¹²⁰. Bu sebeple, ortak konutta oturmaya devam etmek, fakat dargın

¹¹⁴ Velidedeoğlu, **a.g.e.** , s. 175; Akıntürk, **a.g.e.** , s. 244

¹¹⁵ Velidedeoğlu, **a.g.e.** , s. 175; Feyzioğlu/ Özakman/ Sarıal, **a.g.e.** , s.275; Tekinay, **a.g.e.** , s. 214; Oğuzman/Dural, **a.g.e.** , s. 118; Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla, **a.g.e.** , s. 934; Akıntürk, **a.g.e.** , s. 244; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.** , s. 109

¹¹⁶ Oğuzman/Dural, **a.g.e.** , s. 118; Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla, **a.g.e.** , s. 934; Öztan, **a.g.e.** , s. 391; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.** , s. 109

¹¹⁷ Feyzioğlu/ Özakman/ Sarıal, **a.g.e.** , s.275

¹¹⁸ Saymen/ Elbir, **a.g.e.** , s. 250; Oğuzman/Dural, **a.g.e.** , s. 119; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.** , s. 110;

¹¹⁹ Oğuzman/Dural, **a.g.e.** , s. 119; Köprülü/ Kaneti, **a.g.e.** , s. 157; Öztan, **a.g.e.** , s. 392; Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla, **a.g.e.** , s. 935

¹²⁰ Köprülü/ Kaneti, **a.g.e.** , s. 157; Öztan, **a.g.e.** , s. 392; Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla, **a.g.e.** , s. 935

durmak, cinsel münasebetten kaçınmak, birlikte yemek yememek, odaları ayırmak vb. davranışlar terk sayılmaz¹²¹.

Terk mutlak boşanma sebebidir ve şartları gerçekleştiğinde hâkim, ortak hayatın çökmez hale gelip gelmediğini araştırmaksızın boşanmaya hükmedecektir¹²².

Ancak her ortak hayata son vermek amacıyla evden ayrılmak da MK. m. 164 anlamında terk sayılmaz. Terkin boşanma sebebi teşkil edebilmesi için kanunda bazı şartlar öngörülmüştür:

- Eşlerden birinin ortak hayatı terk etmesi,
- Evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri yerine getirmeme maksadının bulunması,
- Ayrı yaşamanın en az altı ay sürmüş olması,
- Terk eden eşe ihtarda bulunulmuş olması ve eşin buna rağmen ortak konuta dönmemiş olması

(1) Eşlerden Birinin Ortak Hayatı Terk Etmesi

Eşlerden birinin ortak hayatı terk etmesi, birlikte yaşadıkları yeri, konutu terk etmesi ve ayrı yaşamaya başlamasıdır. Bu ise, karının yaşadığı yere kocanın gelmemesi, kocanın yaşadığı yere ise karının gelmemesi şeklinde tezahür eder¹²³. Eşlerden birinin ortak konuttan ayrılması ve dönmemesi, yani ortak hayatın kesilmesi ile terkin maddi unsuru gerçekleşmiş olur¹²⁴.

Diğer eş ortak konutu terk etmeye zorlama ya da haklı bir sebep olmadan onun ortak konuta dönmesini engelleyen eş de, ortak hayata son vermiş, dolayısıyla da terk etmiş sayılabilir¹²⁵. Ancak dikkat etmek gerekir ki, burada terk eden eş, diğer eş evden kovan taraftır, dolayısıyla da dava edilen taraf eşini evden kovan taraftır¹²⁶.

¹²¹ Velidedeoğlu, **a.g.e.** , s. 176-177; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.** , s. 111

¹²² Akıntürk, **a.g.e.** , s. 250

¹²³ Saymen/ Elbir, **a.g.e.** , s. 250; Öztan, **a.g.e.** , s. 393;

¹²⁴ Feyzioğlu/ Özakman/ Sarıal, **a.g.e.** , s.279; Tekinay, **a.g.e.** , s. 1215; Öztan, **a.g.e.** , s. 393

¹²⁵ Velidedeoğlu, **a.g.e.** , s. 177; Öztan, **a.g.e.** , s. 393; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.** , s. 112

¹²⁶ Velidedeoğlu, **a.g.e.** , s. 177

Eşlerden birinin diğerinin yakınları ile oturmaya reddetmesi terk değildir¹²⁷, çünkü eşlerden biri diğerini kendi yakınları ile oturmaya zorlayamaz.

(2) Evlilik Birliğinden Doğan Yükümlülükleri Yerine Getirmeme Maksudının Bulunması

Eşin ortak konutu terk etmesi evlilik birliğinin kendisine yüklediği ödevleri yerine getirmemek amacıyla yapılmış olmalıdır, eğer eşin ortak konuttan ayrılması bu amaca dayanmıyorsa terk gerçekleşmiş sayılmaz¹²⁸.

Terkin evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri yerine getirmekten kaçınma amacıyla yapılması, terkin manevi unsurunu oluşturmaktadır¹²⁹. Manevi unsur terkin kasdi olmasıdır. Buna göre, eşlerden biri haklı bir sebep olmaksızın bu yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınmalı, diğerini bırakıp gitmeli ve önemli bir sebep olmaksızın eve dönmemelidir¹³⁰.

Bazı durumlarda (örneğin bir yere iş için gitme, askerlik, uzun süre hastanede kalma gibi) ortak konuttan ayrılma haklı bir sebebe dayanıyor olabilir ki bu durumda da terkin varlığından söz edilemez. Ancak eğer haklı sebebin varlığı sonradan ortadan kalkmış ve ancak buna rağmen eş, ortak yaşam alanına dönmemişse, bu halde terk şartı gerçekleşmiş olacaktır¹³¹.

Terk eden eş bu davranışında kusurlu olmalı ve de temyiz gücüne sahip olmalıdır¹³².

(3) Ayrı Yaşamının En Az Altı Ay Sürmüş Olması

Ortak yaşamı bırakma eyleminin terk olarak nitelendirilebilmesi için, bu eylemin süreklilik taşıması gereklidir¹³³. Sürekliliği belirlemek için kanunda getirilen

¹²⁷ Velidedeoğlu, **a.g.e.** , s. 177; Öztan, **a.g.e.** , s. 393

¹²⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.** , s. 111

¹²⁹ Tekinay, **a.g.e.** , s. 216; Öztan, **a.g.e.** , s. 393

¹³⁰ Tekinay, **a.g.e.** , s. 216; Öztan, **a.g.e.** , s. 393

¹³¹ Tekinay, **a.g.e.** , s. 216-217; Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla, **a.g.e.** , s. 935; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.** , s. 111-112

¹³² Öztan, **a.g.e.** , s. 394

¹³³ Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla, **a.g.e.** , s. 937

ölçü ise altı aydır¹³⁴. Buna göre, boşanma davası açabilmek için terk halinin en az altı ay devam etmesi gerekmektedir. Bu süre dolmadıkça terke dayanarak boşanma davası açılmaz. Bu süre dolmadan önce terk eden eşin ortak konuta dönmesi halinde, diğer eşin dava hakkı kalmaz¹³⁵ ve süre kesilmiş olur¹³⁶. Aynı eş daha sonra tekrar ortak konutu terk ederse, o takdirde yeni bir altı aylık süre işlemeye başlayacaktır¹³⁷.

Ancak taraflardan birinin evi sık sık terk edip, kanuni sürenin dolmasında önce evi dönmesi halinde, MK. m.2/II, hakkın kötüye kullanılması hükmü saklı kalmakta ve bu halde terk için geçmesi gereken kanuni sürenin dolduğunu kabul etmek gerekmektedir¹³⁸.

(4) Terk Eden Eşe İhtarda Bulunulmuş Olması

Boşanma davasının açılabilmesi için terk eden eşe terkin dördüncü ayından itibaren ortak konuta dönmesi için ihtar yapılmış olması ve bu ihtara rağmen eşin ortak konuta dönmemiş olması gerekir. Bu ihtar davaya hakkı olan eşin istemi üzerine hâkim tarafından yapılır. İhtarda terk eden eşe iki ay içinde ortak konuta dönmesi gerektiği ve dönmemesi halinde ise doğacak sonuçların neler olacağı hakkında uyarıda bulunulur.

MK. m.164/II' de belirtildiği üzere, hâkim, davaya hakkı olan tarafın istemi üzerine, esaslı incelemeksizin ihtarda bulunacaktır. Bu ihtar gerektiğinde ilan yoluyla da yapılabilir.

e) Akıl Hastalığı

¹³⁴ Eski Medeni Kanunda bu süre üç ay olarak düzenlenmişti. Ancak yeni kanun ile bu süre altı aya çıkartılarak eşlere barışmak için daha uzun bir fırsat dönemi tanınması amaçlanmıştır.

¹³⁵ Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla, **a.g.e.**, s. 9237; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 247; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.**, s. 112;

¹³⁶ Akıntürk, **a.g.e.**, s. 247

¹³⁷ Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla, **a.g.e.**, s. 9237; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 247; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.**, s. 112;

¹³⁸ Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla, **a.g.e.**, s. 938; Akıntürk, **a.g.e.**, s. 247; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.**, s. 112

Medeni Kanun'un 165. maddesinde akıl hastalığının hangi şartlar altında boşanma sebebi teşkil edeceği düzenlenmiştir¹³⁹.

Akıl hastalığı, özel ve nisbi bir boşanma sebebidir¹⁴⁰, lakin hâkim evlilik birliğinin eşler için çekilmez hale gelip gelmediğini araştırmakla yükümlüdür. Nisbi bir boşanma sebebi olmakla birlikte kusura da dayanmayan bir boşanma sebebidir¹⁴¹. Akıl hastalığının boşanma sebepleri arasında düzenlenmiş olması kanun koyucunun boşanma sebepleri arasında elverişsizlik ilkesine de yer verdiğinin göstergesidir¹⁴².

Akıl hastalığı halinin boşanma sebebi olabilmesi için üç şartın bir arada bulunması gerekir:

- Eşlerden birinin akıl hastası olması,
- Hastalığın iyileşmeyeceğinin resmi sağlık kuruluşla tespiti,
- Akıl hastalığı sebebiyle diğer eş için ortak hayatın çekilmez hale gelmesi

(1) Eşlerden Birinin Akıl Hastası Olması

Medeni Kanun özel boşanma sebebi olarak sadece akıl hastalığını düzenlemiştir.

Boşanma nedeni olabilmesi için akıl hastalığının evlendikten sonra meydana gelmesi gerekmektedir¹⁴³. Ancak eğer evlenmeden önceki akıl hastalığı evlendikten sonra da devam ediyorsa, o takdirde, diğer eş, dilerse butlan dilerse boşanma davası açabilir¹⁴⁴.

(2) Hastalığın İyileşmeyeceğinin Resmi Sağlık Kuruluşla Tespiti

¹³⁹ Doktrinde bazı yazarlar akıl hastalığının evlilik birliğindeki dayanışma ve zor zamanlarda beraber olma olgusu ile bağdaşmadığından dolayı, boşanma nedeni olarak düzenlenmesini isabetli bulmamaktadırlar. Bkz: Feyzioğlu/ Özakman/ Sarıal, **a.g.e.** , s.295

¹⁴⁰ Feyzioğlu/ Özakman/ Sarıal, **a.g.e.** , s.295; Oğuzman/Dural, **a.g.e.** , s. 117; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.** , s. 114

¹⁴¹ Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.** , s. 114

¹⁴² Öztan, **a.g.e.** , s. 399

¹⁴³ Akıntürk, **a.g.e.** , s. 250; Evlenmeden önce var olan akıl hastalığı kesin bir evlenme engeli teşkil etmektedir (MK. m.133). Her nasılsa nişanlılar evlenmişlerse o takdirde bu evlilik mutlak butlanla sakatlanmıştır.

¹⁴⁴ Oğuzman/Dural, **a.g.e.** , s. 122; Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla, **a.g.e.** , s. 940

Medeni Kanun, akıl hastalığını boşanma sebebi olarak kabul ederken de, sadece iyileşmeyecek derecede olan akıl hastalıklarının boşanma sebebi teşkil edeceklerini düzenlemiştir¹⁴⁵. Bir takım tedavilerle hastalığın seyrinin geciktirilmesi veya hafifletilmesi önem taşımaz¹⁴⁶.

Boşanma sebebi olarak ileri sürülen bir hastalığın iyileşmeyeceğinin, yani geçmesine olanak bulunmadığının resmi sağlık kurulu raporuyla tespit edilmiş olması lazımdır.

(3) Akıl Hastalığı Sebebiyle Diğer Eş İçin Ortak Hayatın Çekilmez Hale Gelmesi

Akıl hastalığının boşanma sebebi teşkil edebilmesi için, evlilik hayatının diğer eş için çekilmez hale gelmiş olması şartı da aranmaktadır¹⁴⁷. Bu şartın dava açılmadan önce gerçekleşmiş olması gerekmektedir¹⁴⁸.

Eski Medeni Kanun'da yer alan, akıl hastalığı nedeniyle boşanmaya hükmedilmek için, bu hastalığın en az üç yıldan beri devam ediyor olması koşulu, Yeni Medeni Kanun ile birlikte kaldırılmıştır.

2) Genel Boşanma Sebepleri

a) Genel Olarak

Medeni Kanun'da genel boşanma sebepleri evlilik birliğinin sarsılması başlığını taşıyan 166. maddede düzenlenmiştir.

İlgili maddede, eşler arasında geçimsizlik yaratan hallerin çok çeşitli olabileceği¹⁴⁹ düşüncesinden hareketle, boşanma sebepleri somut bir şekilde

¹⁴⁵ Akıntürk, **a.g.e.** , s. 250

¹⁴⁶ Öztan, **a.g.e.** , s. 399

¹⁴⁷ Feyzioğlu/ Özakman/ Sarıal, **a.g.e.** , s.298; Tekinay, **a.g.e.** , s. 231

¹⁴⁸ Öztan, **a.g.e.** , s. 401

* Genel Boşanma sebepleri arasında anlaşmalı boşanma ve fili ayrılık halleri de düzenlenmiş olmakla beraber, bu çalışmanın kapsamı bakımından, bu iki genel boşanma hali, burada ele alınmayacaktır.

¹⁴⁹ Öztan, **a.g.e.** , s. 403

belirtilmemiş, açık ve kesin olarak sayılmamıştır¹⁵⁰. Bunun yerine kanunda ana prensipler sayılmak suretiyle, önceden tahmin edilmesi ve belirlenmesi mümkün olmayan pek çok olay düzenlenmiştir. Bu olaylar belli bir durumun ortaya çıkmasına sebep olunca, boşanma davası açılır¹⁵¹.

Bu halde, maddede yer alan genel boşanma sebepleri evlilik birliğinin sarsılmasını sonuçladığı ve bu sarsılmanın evlilik birliğine devam etmeyi eşler bakımından imkânsız hale getirmiş olduğu hallerde¹⁵², hâkim boşanmaya karar verebilecektir.

Evlilik birliği objektif ve sübjektif açılardan sarsılmış değildir. Objektif olguların varlığını mahkeme tespit ederken, sübjektif olguları ise, hâkim takdir etmektedir. Medeni kanun bu maddede hâkime geniş bir takdir yetkisi vermiştir¹⁵³.

b) Evlilik Birliğinin Temelden Sarsılması

(1) Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu md. 166'ya göre, evlilik birliği, ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenemeyecek derecede temelden sarsılmış olursa, eşlerden her birisi boşanma davası açabilir.

Buna göre, evlilik birliğinin sarsılmasının objektif ve sübjektif şartları vardır¹⁵⁴:

- Objektif Şart (Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılmış Olması)
- Sübjektif Şart (Evlilik Birliğini Sürdürmenin Eşlerden Beklenemez Olması)

i) Objektif Şart (Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılmış Olması)

¹⁵⁰ Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla, **a.g.e.** , s. 940

¹⁵¹ Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.** , s. 115

¹⁵² Öztan, **a.g.e.** , s. 403

¹⁵³ Öztan, **a.g.e.** , s. 403

¹⁵⁴ Öztan, **a.g.e.** , s. 404

Evlilik birliğinin temelden sarsılmış olması ile kastedilen, eşler arasında önemli fikir ve duygu ayrılığının olmasıdır¹⁵⁵. Bu duygu ve fikir ayrılığı çok ciddi ve şiddetli geçimsizlik veya anlaşmazlığı beraberinde getirmelidir¹⁵⁶. Şiddetli geçimsizlik ve anlaşmazlık evlilik birliğinin temelden sarsıldığı nitelikte olduğu takdirde, Medeni Kanun bakımından boşanma sebebi teşkil edecektir¹⁵⁷.

Geçimsizliğin evlilik birliğini temelden sarsmış olup olmadığının takdiri ise hâkimin görevidir¹⁵⁸

Evlilik birliğinin temelden sarsılmış olduğu hallerin çoğu geçimsizlik niteliğinde de olsa, bazı durumlarda bazı olaylar geçimsizliğe yol açmamakla birlikte, evlilik birliğin temelden sarsıcı nitelikte olabilir¹⁵⁹.

ii) Sübjektif Şart (Evlilik Birliğini Sürdürmenin Eşlerden Beklenemez Olması)

Eşler arasındaki geçimsizliğin ve anlaşmazlığın, aynı zamanda ortak hayatı çekilmez hale getirmiş olması da gerekmektedir¹⁶⁰. Ortak hayatın çekilmezliğin mutlaka her iki eş için de söz konusu olması gerekmez¹⁶¹.

Ortak hayatın çekilmez hale gelip gelmediği unsuru, eşlerin kendi durumlarına göre belirleneceği için, bu şart sübjektif bir nitelik taşımaktadır¹⁶². Hâkimlere bu unsurun belirlenmesinde geniş takdir yetkileri tanınmıştır, ancak hakilerin bu yetkiyi kullanırken her bir durumun özelliklerine göre bir saptama yapmaları gerekmektedir¹⁶³.

(2) Kusur Sorunu

¹⁵⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.** , s. 116

¹⁵⁶ Akıntürk, **a.g.e.** , s. 252;

¹⁵⁷ Akıntürk, **a.g.e.** , s. 253

¹⁵⁸ Akıntürk, **a.g.e.** , s. 253

¹⁵⁹ Oğuzman/Dural, **a.g.e.** , s. 124; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.** , s. 116

¹⁶⁰ Oğuzman/Dural, **a.g.e.** , s. 125; Akıntürk, **a.g.e.** , s. 256; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.** , s. 116

¹⁶¹ Akıntürk, **a.g.e.** , s. 253

¹⁶² Akıntürk, **a.g.e.** , s. 253

¹⁶³ Akıntürk, **a.g.e.** , s. 253

Medeni Kanuna göre, davacının kusuru daha ağır ise, davalının açılan davaya itiraz hakkı vardır. Buna göre, dava açma hakkı, taraflara kusursuz olma şartına bağlı olarak tanınmış bir hak değildir¹⁶⁴. Eşlerden biri kusurlu bile olma, bu genel boşanma sebebine dayanarak boşanma davası açabilecektir.

c) Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması Ya Da Fiili Ayrılık

(1) Genel Olarak

MK m.166/IV'e göre, boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış bulunan davanın reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleştiği tarihten başlayarak üç yıl geçmesi halinde, her ne sebeple olursa olsun ortak hayat yeniden kurulamamışsa evlilik birliği temelden sarsılmış sayılır ve eşlerden birinin istemi üzerine boşanmaya karar verilir.

(2) Şartları

Ortak hayatın yeniden kurulaması sebebiyle boşanmaya karar verilebilmesi için gerekli olan şartlar şu şekilde sıralanabilir¹⁶⁵:

- Daha önce herhangi bir boşanma sebebine dayanılarak açılan davanın reddedilmiş olması
- Boşanma talebinin reddi kararının üzerinden üç yıl geçmiş ve bu süre içinde her ne sebeple olursa olsun ortak hayat kurulamamış olması
- Eşlerden birinin boşanma davası açmış olması

i) Daha Önce Herhangi Bir Boşanma Sebebine Dayanılarak Açılan Davanın Reddedilmiş Olması

Bu şartın yerine gelmiş sayılabilmesi için, daha önceden açılmış ve reddedilmiş bir boşanma davasının olması gereklidir. Ancak bu boşanma davasının hangi sebebe dayanılarak açıldığı önemli değildir, hatta boşanma sebebi yokken

¹⁶⁴ Öztan, **a.g.e.** , s. 413.

¹⁶⁵ Öztan, **a.g.e.** , s. 422; Akıntürk, **a.g.e.** , s. 264; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.** , s. 122 vd.

açılmış bir boşanma davasının bile reddedilmiş olması yeterlidir¹⁶⁶. Davanın hangi eş tarafından açıldığı da önem arz etmez¹⁶⁷. Ancak yetkisizlik kararı ile reddedilen boşanma davası, bu şartın yerine gelmesine olanak verecek anlamda retle sonuçlanmış bir dava sayılmayacaktır¹⁶⁸.

Yargıtay'ın dava açıldıktan sonra, davayı açan eş tarafında feragat edilse bile, bu şartın yerine gelmiş sayıldığı kararları mevcuttur¹⁶⁹. Feragat davaya son veren bir taraf işlemidir. Ancak, davacının boşanma davasından feragat etmesi, boşanma davasını sona erdirmekle beraber, davanın reddini sonuçlamayacaktır. Bu sebepten dolayı, davadan feragat edildiği hallerde de daha önce herhangi bir boşanma sebebine dayanılarak açılan davanın reddedilmiş olması şartının gerçekleştiğinin kabul edilmesi yerinde değildir¹⁷⁰.

ii) Boşanma Talebinin Reddi Kararının Üzerinden Üç Yıl Geçmiş Ve Bu Süre İçinde Her Ne Sebeple Olursa Olsun Ortak Hayat Kurulamamış Olması

Daha önce açılmış olan boşanma davasının reddedilmesine ilişkin kararın kesinleşmesinden itibaren üç yıllık sürenin geçmiş olması ve bu süre içinde ortak hayatın hiçbir şekilde kurulamamış olması gereklidir. Üç yıllık süre, red kararının kesinleşmesi tarihinden itibaren başlar¹⁷¹.

Bu üç yıl içinde eşlerin zaman zaman bir araya gelmeleri ortak hayatın kurulduğu anlamına gelmez¹⁷².

Üç yıllık sürenin kesintisiz olarak geçmesi gereklidir¹⁷³.

¹⁶⁶ Öztan, **a.g.e.** , s. 422; Akıntürk, **a.g.e.** , s. 264; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.** , s. 122.

¹⁶⁷ Öztan, **a.g.e.** , s. 422; Akıntürk, **a.g.e.** , s. 264; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.** , s. 122.

¹⁶⁸ Öztan, **a.g.e.** , s. 422–423.

¹⁶⁹ Yarg. 2. HD. 30.6.1992, 7120/7375; Yarg. 2. HD. 18.12.1996, 11110/13467 (Öztan, **a.g.e.** , s. 423, dipnot 571'den naklen).

¹⁷⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.** , s. 122.

¹⁷¹ Öztan, **a.g.e.** , s. 424; Akıntürk, **a.g.e.** , s. 265; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.** , s. 122.

¹⁷² Köprülü/ Kaneti, **a.g.e.** , s. 177; Oğuzman/ Dural, **a.g.e.** , s. 130; Öztan, **a.g.e.** , s. 424; Akıntürk, **a.g.e.** , s. 265; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.** , s. 122.

¹⁷³ Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.** , s. 122.

iii) Eşlerden Birinin Boşanma Davası Açmış Olması

Eşlerden birinin dava açarak boşanmaya karar verilmesini talep etmesi gereklidir. Yeni davayı hangi eşin açacağı önemli değildir, reddedilen davayı açmış olan eş olabileceği gibi, diğer eş de yeni davayı açabilir¹⁷⁴. Davayı açacak olan eşin kusurlu olup olmadığı da önem taşımamaktadır¹⁷⁵.

d) Anlaşmalı Boşanma

(1) Genel Olarak

Genel ve mutlak bir boşanma sebebi niteliğini haiz anlaşmalı boşanma¹⁷⁶ MK m.166/III' de düzenlenmiştir. Buna göre, evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurusu ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde, evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu halde boşanma kararı verilebilmesi için, hâkimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hâkim, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü halinde boşanmaya hükmolunur. Bu halde tarafların ikrarlarının hâkimi bağlamayacağı hükmü uygulanmaz.

(2) Şartları

Anlaşmalı boşanmaya karar verilebilmesi için gerekli olan şartlar şu şekilde sıralanabilir¹⁷⁷:

- Evliliğin en az bir yıl sürmüş olması
- Eşlerin boşanmak üzere birlikte başvurmaları veya bir eşin açtığı davanın diğerinde kabul edilmiş olması
- Hâkimin tarafları bizzat dinlemesi

¹⁷⁴ Öztan, **a.g.e.** , s. 426; Akıntürk, **a.g.e.** , s. 265; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.** , s. 123.

¹⁷⁵ Öztan, **a.g.e.** , s. 426; Akıntürk, **a.g.e.** , s. 265; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.** , s. 123.

¹⁷⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.** , s. 119.

¹⁷⁷ Öztan, **a.g.e.** , s. 416 vd. ; Akıntürk, **a.g.e.** , s. 261 vd. ; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.** , s. 119 vd.

- Hâkimin tarafların boşanmanın mali sonuçlarına ve çocukların durumuna ilişkin düzenlemelerini uygun bulması

i) Evliliğin En Az Bir Yıl Sürmüş Olması

Eşlerin anlaşmalı boşanma yoluna başvurabilmeleri için evliliklerinin en az bir yıl sürmüş olması gerekmektedir. Eğer bir yıllık süre dolmamışsa, hâkim anlaşmalı boşanmaya karar veremeyecektir. Bu şartın varlığı hâkim tarafından re'sen aranacaktır¹⁷⁸.

ii) Eşlerin Boşanmak Üzere Birlikte Başvurmaları Veya Bir Eşin Açtığı Davanın Diğerinde Kabul Edilmiş Olması

Eşlerin anlaşmalı boşanma yoluna başvurmaları için boşanma konusunda iradelerinin uyuşması gereklidir. Bu irade uyuşması ise, eşlerin boşanmak üzere mahkemeye birlikte başvurmaları şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, bir eşin açtığı davanın diğer eş tarafından kabul edilmesi şeklinde de ortaya çıkabilir¹⁷⁹.

iii) Hâkimin Tarafları Bizzat Dinlemesi

Hâkim, boşanmaya karar verebilmek için tarafların iradelerinin serbestçe açıkladığından emin olmak zorundadır¹⁸⁰. Bu ise ancak tarafların dinlenmesi yolu ile olabilir. Hâkim, tarafları dinledikten sonra, birinin veya her ikisinin birden iradelerini serbestçe açıklamamış olduklarına kanaat getirirse, boşanma davasını reddedecektir¹⁸¹.

iv) Hâkimin Tarafların Boşanmanın Mali Sonuçlarına Ve Çocukların Durumuna İlişkin Düzenlemelerini Uygun Bulması

¹⁷⁸ Özdemir, **a.g.e.** , s. 120.

¹⁷⁹ Özdemir, **a.g.e.** , s. 126.

¹⁸⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.** , s. 120.

¹⁸¹ Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.** , s. 121.

Tarafların anlaşmalı boşanma için evliliğin mali sonuçlarına ve çocukların durumuna ilişkin bir anlaşma yapmaları gerekir. Hâkim, taraflarca düzenlenen anlaşmayı uygun bulursa ya da taraflar yapmış oldukları anlaşmaya hâkim tarafından teklif edilecek değişiklikleri uygun bulurlarsa, hâkim boşanmaya karar verebilecektir¹⁸².

Taraflar arasında yapılacak olan anlaşma yazılı olarak yapılabileceği gibi, sözlü olarak da yapılabilir ve zapta geçirilebilir¹⁸³.

¹⁸² Öztan, **a.g.e.** , s. 418; Akıntürk, **a.g.e.** , s. 263; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.** , s. 121.

¹⁸³ Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.** , s. 121.

İKİNCİ BÖLÜM

MEDENİ USUL HUKUKUNDA YARGILAMAYA İLİŞKİN İLKELER

I. MEDENİ USUL HUKUKUNDA YARGILAMAYA İLİŞKİN İLKELER

A- Tasarruf İlkesi (Dispositionsmaxime) - Re'sen Hareket İlkesi (Offizialmaxime)

1) Tasarruf İlkesi (Dispositionsmaxime)

a) Genel Olarak

Tasarruf ilkesi, yargılamanın taraflarının dava konusu üzerinde etki edebilme iktidarına ilişkin bir medeni usul hukuku ilkesidir¹⁸⁴.

Kişiler, eşit şart ve yetkilere tâbi kimseler olarak kendi aralarındaki ilişkilerini düzenleyen özel hukuktan¹⁸⁵ kaynaklanan hakları üzerinde serbestçe tasarrufta bulunma yetkisine sahip oldukları gibi, medeni usul hukukundan kaynaklanan yargılamaya ilişkin hakları üzerinde de serbestçe karar verme hak ve yetkisine sahiptirler¹⁸⁶. Diğer bir deyişle, davanın tarafları dava konusu üzerinde tasarruf serbestisini haizdirler¹⁸⁷.

Bu ilke en genel ifadesini “davacının olmadığı yerde, hâkim de olmaz”¹⁸⁸ sözünde bulmaktadır¹⁸⁹. Bununla anlatılmak istenen, hak sahibi kişinin, hakkını dava

¹⁸⁴ Yavuz Alangoya, **Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1979, s. 2 (**İlkeler**); Yavuz Alangoya/ Kâmil Yıldırım/ Nevhis Deren Yıldırım, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, İstanbul, Alkım Yayınevi, 6. Bası, 2006, s. 201.

¹⁸⁵ Kemal Oğuzman/ Nami Barlas, **Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, İstanbul, Beta Yayınevi, 13. Bası, 2006, s. 4

¹⁸⁶ Eberhard Schilken, **Zivilprozessrecht**, Köln/ Berlin/ Bonn/ München, Carl Heymanns Verlag KG, 4. neubearbeitete Auflage, 2002, s. 179.

¹⁸⁷ Leo Rosenberg/ Karl Heinz Schwab/ Peter Gottwald, **Zivilprozessrecht**, München, Verlag C. H. Beck, 16. neu bearbeitete Auflage, 2004, s. 479.

¹⁸⁸ “Wo kein Kläger ist, ist kein Richter”.

yoluyla elde edip etmeyeceğine karar vermede yalnız kendisinin söz sahibi olduğudur¹⁹⁰⁻¹⁹¹, öyle ki, tasarruf ilkesi, sözleşme serbestisinin yargılama hukukuna ilişkin tamamlayıcısı sayılabilecektir¹⁹².

b) Tasarruf İlkesinin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunundaki Görünümleri

Tasarruf ilkesinin yargılama hukukuna ilişkin yansımasıyla ilk karşılaştığımız yer, davanın ancak tarafın talebi üzerine görülebilecek olmasıdır¹⁹³. Buna göre, kendi adına hukuki korunma talep eden kişinin isteği ile dava açılabilir. Yargılama organları, kişiler adına yargılama sürecinin kendiliğinden başlatamaz ve onlar için hukuki korunma talep edemezler. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 72. maddesinde “ Hâkim iki taraftan birinin talebi olmaksızın re’sen bir davayı tetkik ve halledemez.” demek suretiyle tasarruf ilkesine gönderme yapılmış ve bu ilke pozitif bir temele dayandırılmıştır¹⁹⁴⁻¹⁹⁵.

Açılan davanın hükümle sonuçlanmasına kadar geçecek süre içinde ortaya çıkabilecek durumlar ve değişikliklerin bazı durumlarda lehe çıkan sonuçtan

¹⁸⁹ Hans Ulrich Walder- Böhner, **Zivilprozessrecht nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung anderer Zivilprozessordnungen**, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 3. überarbeitete Auflage, 1983, s. 203; Walter J. Habscheid, **Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, Ein Lehrbuch seiner Grundlagen**, Basel/ Frankfurt am Main, Verlag Helbing&Lichtenhahn, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, 1990, s. 310.

¹⁹⁰ Schilken, **a.g.e.**, s. 179.

¹⁹¹ Ancak pek tabidir ki, bu husus sadece medeni usul yargılaması bakımından geçerli olacaktır. Yoksa yargılama hukukunun diğer branşları bakımından kişinin “yalnız kendisinin” söz sahibi olmadığı durumlar mevcuttur. Örneğin ceza yargılamasında suçun kovuşturulması şikayete bağlı olan suçlar haricindeki suçlar için Cumhuriyet savcısı re’sen dava açabilir ve davayı takip edebilir. Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz: Nurullah Kunter/ Feridun Yenisey/ Ayşe Nuhoğlu, **Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul, Beta Yayınevi, 15. Bası, 2007, s.174 vd.

¹⁹² Schilken, **a.g.e.**, s. 178.

¹⁹³ Max Guldener, **Schweizerisches Zivilprozeßrecht**, Zürich, Schulthess Verlag, 3. verbesserte und vermehrte Auflage, 1979, s. 148; Schilken, **a.g.e.**, s. 179; Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 201.

¹⁹⁴ Mehaz Neuchatel Medeni Usul Kanununun 53. maddesinde ve Alman Medeni Usul Kanununun 253. maddesinde yer alan benzer düzenlemelerle de tasarruf ilkesine değinilmiştir.

¹⁹⁵ “Davalının karşılık davasını cevap süresi içinde açması gerekmektedir. İki taraftan birinin talebi olmadan hâkim bir davayı tetkik edip halletme yoluna gidemez. ... Usulen açılmış karşılık dava olmadığı halde, karşılık dava varmış gibi boşanmaya ve sair isteklerin hükme bağlanmasına karar verilmesi yok hükmünde bir kararı ifade eder. Bu konu açıkça temyize getirilmemiş olsa bile kanuna açık muhalefet oluşturduğundan bozma sebebi olur.” Yarg. 2. HD. 2.7.1999, E. 1999/5782, K. 1999/7763

yararlanılmasını engelleyebilmesi¹⁹⁶ ihtimaline karşı başvurulacak bir yol olan ihtiyati tedbirlere başvurmak, bunları talep etmek ve bu hukuki çarelerden yararlanmak da gene tarafların tasarrufunda olan bir yetkidir¹⁹⁷.

Dava ancak tarafların talebiyle görülebildiği gibi, davanın konusunu belirleme yetkisi de gene ancak taraflara aittir¹⁹⁸, öyle ki davacı dava dilekçesinde açmış olduğu davanın konusunu, yani dava sebebini ve talebini, belirtmek zorundadır¹⁹⁹. Hâkim tarafların belirlemiş olduğu netice-i taleple sıkı sıkıya bağlıdır. Taraflarca talep edilmemiş bir hususa karar veremez ve ancak istisnai hallerde başkaca bir şeye karar verebilir²⁰⁰. Daha aza ise, tahakkuk edecek hale göre karar verebilir. HUMK m.74’de düzenlenen bu husus da tasarruf ilkesinin görünüm biçimlerinden biridir. Hâkimlerin tarafların talebiyle bağlı olması hususu istinaf ve temyiz kanun yolları bakımından da geçerli olacaktır.

Tasarruf ilkesi, medeni usul yargılamasının sona ermesi aşamasında da uygulama alanı bulmaktadır. Davanın açılması ile taraflar hâkimin karar verme görevini harekete geçirmiş olmaktadır²⁰¹. Ancak taraflar aynı zamanda yargılamayı hâkimin kararı olmadan bitirme ya da hâkimin kararını çeşitli şekillerde sınırlama yetkilerini de ellerinde tutmaktadırlar²⁰².

HUMK m.185/I’de düzenlendiği üzere, davalının onaylaması halinde, davacı, davasını takipten vazgeçebilir, davasını geri alabilir.

Taraflar, sürmekte olan yargılamayı hâkim kararı olmadan da sona erdirebilirler²⁰³. Bu ise, yargılamaya son verilmesi bakımından benzer etkilere sahip olan feragat, kabul ve sulh müesseseleri ile mümkündür²⁰⁴. Davacı netice-i taleplerinden kısmen (kısmen feragat edildiği takdirde feragat dışında kalan kısım

¹⁹⁶ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 436.

¹⁹⁷ Schilken, **a.g.e.**, s. 180.

¹⁹⁸ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 201

¹⁹⁹ Schilken, **a.g.e.**, s. 180

²⁰⁰ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 202 ve dipnot 1a’daki kararın açıklaması

²⁰¹ Schilken, **a.g.e.**, s. 181.

²⁰² Schilken, **a.g.e.**, s. 181.

²⁰³ Schilken, **a.g.e.**, s. 181.

²⁰⁴ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 456.

için yargılama devam edecektir²⁰⁵) veya tamamen vazgeçmek suretiyle davadan feragat edebilir (HUMK m.91). Davadan feragat edebilmekle beraber, taraflar, diledikleri takdirde kanun yollarına müracaat etme haklarından da feragat edebilirler (HUMK m.535). Hâkim kararı olmadan yargılamanın sonlandırılmasına ilişkin tarafların tasarrufunda olan bir diğer husus ise, kabuldür. HUMK m.92’de düzenlenen kabul, davalının, neticei talebin kısmen veya tamamen mevcut olduğu hususunda mahkemeye sözlü olarak veya dilekçe ile yaptığı tek taraflı bir beyandır²⁰⁶. Son olarak ise sulh müessesesinden bahsetmek gerekir. Sulhte taraflar aralarındaki hukuki ilişkiyi sonlandırmak için bir akit yapmaktadırlar²⁰⁷. Sulh, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda düzenlenmiş olmamakla birlikte, tarafların dava konusu üzerinde tasarruf edebilmesine ilişkin bir kurum olduğundan, tasarruf ilkesinin görünüş biçimlerinden biri olduğu kabul edilmektedir²⁰⁸.

2) Re’sen Hareket İlkesi (Offizialmaxime)

a) Genel Olarak

Re’sen hareket ilkesi, tasarruf ilkesinin karşıt ilkesi olarak değerlendirilir ve hâkimin taraflarca bir istem olmadan harekete geçebilmesini ve hüküm verebilmesini ifade eder²⁰⁹. Buna göre hâkim, bazı hallerde, tarafların talebi olmadan da, kendiliğinden harekete geçebilir ve yargılamaya konu olan ihtilafı karara bağlayabilir²¹⁰.

Re’sen hareket ilkesi doktrinde bazı yazarlarca²¹¹, dava malzemesinin toplanmasına ilişkin olarak tarafların yanında hâkime de yetki verilmesine dair bir ilke olarak ele alınmışsa da, dava malzemesinin toplanmasında hâkime yetki

²⁰⁵ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 456.

²⁰⁶ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 462.

²⁰⁷ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 464.

²⁰⁸ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 202; Schilken, **a.g.e.** , s. 182.

²⁰⁹ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 202

²¹⁰ Baki Kuru/ Ramazan Aslan/Ejder Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 17. Bası, 2006, s. 400.

²¹¹ Guldener, **a.g.e.** , s. 168; Andreas Renggli, **Das Untersuchungsverfahren in der zugerischen Zivilprozessordnung (§ 102 ff. ZPO)**, Zürich, Juris Druck und Verlag, 1970, s. 32; Baki Kuru, **Nizasız Kaza**, Ankara, Ajans Türk Matbaası, 1961, s. 160.

verilmesine ilişkin olan ilke, araştırma ilkesi olup, re'sen hareket ilkesinin aslen dava malzemesinin toplanmasıyla bir ilgisi bulunmamaktadır²¹². Re'sen hareket ilkesi, hâkimin kendiliğinden harekete geçebilmesini ifade eder.

b) Re'sen Hareket İlkesinin Uygulanması

Re'sen hareket ilkesi pozitif hukukta, çoğunlukla tasarruf ilkesinin istisnaları olarak düzenlenmiş olsa da, önemle belirtmek gerekir ki, tasarruf ilkesinin ilk yansıması olan, davanın ancak tarafın talebi üzerine görülebilecek olmasının istisnası bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle, dava her zaman ancak ve ancak tarafın talebiyle açılabilir ve hâkimin bu hususa ilişkin bir müdahale hakkı bulunmamaktadır. HUMK m.72'de de hâkimin davanın açılmasına ilişkin olarak bir müdahale hakkının bulunmadığı hükme bağlanmıştır. Ancak, kamu yararının korunmasının ağır bastığı bazı durumlarda, savcılara hukuk davası açma yetkisi tanınmıştır²¹³.

Aile ve şahsın hukukuna ilişkin bazı davalarda re'sen hareket ilkesi uygulama alanı bulmaktadır. Örneğin Türk Medeni Kanununun 'Kayımlığı Gerektiren Haller' başlıklı 426. maddesinde, vesayet makamının belirtilen hallerde ilgilisinin isteği üzerine veya "re'sen" temsil kayyımı atamasına ilişkin yetkisi düzenlenmiştir²¹⁴. Bundan başka, boşanma davalarında hâkim, kural olarak eşlerin talepleriyle bağlı olmayıp, bu davalarda talepten başkaca bir şeye karar verebilir²¹⁵.

Ayrıca tüm davalarda, yargılama giderleri hakkında tarafların bir talebi olmasa bile mahkeme kendiliğinden karar verir²¹⁶.

3402 sayılı Kadastro Kanununun Kadastro Davalarında Usul başlıklı 28. maddesinde, kadastro hâkiminin, askı süresi içinde açılacak davalar ve kadastro müdürü tarafından mahkemeye tevdi olunacak taşınmaz mallara ait kadastro tutanakları ve mahalli hukuk mahkemelerinden devredilen işler hakkında dava

²¹² Araştırma ilkesine ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz: İkinci Bölüm, I, B, 3.

²¹³ Savcıların medeni usul hukukundaki görevlerine ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz: Kuru/ Aslan/ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 258.

²¹⁴ "... Bu durumda mahkemece yapılacak iş, ananın dışında bir kişinin küçüğe kayyım tayin edilmesini sağlamaktır." Yarg. 2. HD. 8.03.2002, E. 2002/2141, K. 2002/3172

²¹⁵ Hakan Pekcanitez/ Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, **Medeni Usul Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 5. Bası, 2006, s. 202.

²¹⁶ Pekcanitez/ Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 203.

dosyası açacağı ve ilgililerin başvurusunu beklemeksizin kadastro tutanakları ile uyuşmazlığın çözümlenmesine etkili olabilecek kayıt ve diğer bilgileri ilgili dairelerden getireceği düzenlenmiştir. 28. maddeye göre hâkim, duruşma gününü taraflara Tebligat Kanunu hükümlerine göre resen tebliğ eder²¹⁷.

B- Taraflarca Getirilme İlkesi (Verhandlungsmaxime) - Araştırma İlkesi (Untersuchungsmaxime)

1) Genel Olarak

Taraflarca getirilme ilkesi ve araştırma ilkesi, medeni usul yargılamasında mahkemenin hüküm verebilmesi için gerekli olan dava malzemesinin toplanması yetkisinin kime ait olduğuna ilişkin ilkelerdir. Dava malzemesinin toplanması yetkisi taraflara tanınmış ise taraflarca getirilme ilkesi, hâkim dava malzemesini görevinden ötürü, kendisi, re'sen toplayabiliyorsa araştırma ilkesi kabul edilmiştir²¹⁸.

Taraflar arasında var olan ihtilafın çözümüne ilişkin hükmün temelini oluşturan vakıaların temininin kime ait olduğu sorunu hukuk politikası ile ilgili bir sorundur²¹⁹. Bu sorunun çözümünde kullanılan her iki ilkenin de fikir babası Nikolaus Thaddäus Gönner'dir²²⁰. Bu ilkeler ilk kez, onun 1801 tarihli "Alman Müşterek Usulü Elkitabı"nda ortaya çıkmıştır²²¹. Ancak Gönner tarafından yaratılan dava malzemesinin toplanmasına ilişkin usul hukuku ilkeleri, saf şekilleri ile kanunlara girmemiştir²²². Gönner, esasen taraflarca getirilme ilkesinde hâkimin hiçbir inisiyatif olamayacağını (Nichts von Amts wegen) ve araştırma ilkesinde ise, bütün inisiyatifin hâkimde olacağını (Alles von Amts wegen), buna bağlı olarak ise,

²¹⁷ Ayrıntılı bilgi için Bkz: İkinci Bölüm, I, B, 4, b, (2).

²¹⁸ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 203.

²¹⁹ Schilken, **a.g.e.** , s. 183; Othmar Jauernig, **Zivilprozessrecht (Ein Studienbuch)**, München, Verlag C.H. Beck, 28. völlig neubearbeitete Auflage, 2003, s. 88

²²⁰ Jauernig, **a.g.e.** , s. 88. Taraflarca getirilme ilkesi ve araştırma ilkesinin tarihsel gelişimine ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz: Alangoya, **a.g.e.** ,s. 3

²²¹ Ekkehard Becker-Eberhard, **Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Esasları ve Sınırları**, Çev: Kamil Yıldırım, İstanbul, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, 5. Bası, 2006, s. 18.

²²² Alangoya, **a.g.e.** ,s. 62.

tarafalarda dava malzemesinin getirilmesine ilişkin hiçbir yetkinin olamayacağını savunmuştu²²³⁻²²⁴.

Bu ilkelerin hukuk sistemlerinde ne ağırlıkta düzenleneceği ya da eşit düzenlenip düzenlenmeyeceği ise kanun koyucunun takdirinde olan bir husustur²²⁵. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, getirdiği hükümlerle dava malzemesinin toplanması bakımından taraflara ağırlık vermiş bir sistem, bu konuda hâkime de yetkiler tanımış; hâkimin yetkilerine ağırlık veren sistemler de taraflara dava malzemesinin toplanması bakımından çeşitli yetkiler tanımış olabilir²²⁶.

Dava malzemesinden kasıt, vakıa ve delillerin oluşturduğu bir bütündür²²⁷⁻²²⁸.

2) Taraflarca Getirilme İlkesi (Verhandlungsmaxime)

a) Kavram

Mahkemenin ortaya konan ihtilaf konusuna ilişkin karar verilebilmesi için gerekli dava malzemesinin toplanması yetkisi taraflara tanınmış ise taraflarca getirilme ilkesi kabul edilmiş demektir²²⁹. Dava malzemesinin taraflarca ileri sürülmesi zorunluluğundan dolayıdır ki, bu ilkeye aynı zamanda “dermeyeran ilkesi (Beibringungsgrundsatz)” adı da verilmektedir²³⁰.

Taraflarca getirilme ilkesi, sözleşme serbestisinin usul hukukundaki göstergesi ve tamamlayıcısı niteliğindedir, çünkü taraflar karara etki edecek dava malzemesini getirmekle kendileri sorumludurlar²³¹. Taraflarca getirilme ilkesi de

²²³ Alangoya, **a.g.e.** ,s. 61.

²²⁴ Nikolaus Thaddäus Gönner’in ileri sürdüğü dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesine karşı yapılan eleştirilere ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz: Alangoya, **a.g.e.** ,s. 64 vd.

²²⁵ Jauernig, **a.g.e.** , s. 87.

²²⁶ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 203.

²²⁷ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 245.

²²⁸ Dava malzemesine ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz: Baki Kuru, **Hukuk Usulünde Dava Sebebi**, Adalet Dergisi, S. 4, 1967, s. 239 vd. ; Alangoya, **a.g.e.** ,s. 100 vd. ; Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** , s. 243 vd.

²²⁹ Alangoya, **a.g.e.** ,s. 3

²³⁰ Eberhard Schilken, **Medeni Yargılamada Hâkimin Rolü**, Çev: Nevhis Deren-Yıldırım, İstanbul, İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku, 5. Bası, 2006, s.39 (**Hâkimin Rolü**).

²³¹ Schilken, **a.g.e.** , s. 183.

tasarruf ilkesi gibi, kişilerin maddi hukuktan kaynaklanan haklarına ilişkin tasarruf yetkilerinin bir sonucudur²³². Bu yüzden de tasarruf ilkesinin de doğal tamamlayıcı sayılabilecektir, çünkü dava açma talebinin kendisi gibi, talebin haklılığının ispatı ya da iddianın yalanlanması gibi hususların ne şekilde yürütüleceğine ve yargılamanın gidişatına da gene taraflar karar verecektir²³³.

Bu prensibe göre, yargılama sırasında dava konusunun büyük bir bölümünü getirmek ve hâkime sunmak, tarafların görevidir²³⁴. Taraflarca getirilme ilkesine göre, taraflar, dava malzemesinin mahkemeye getirilmesi ile sorumludur ve bu sorumluluk sadece kendilerine aittir.

Dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi, karara etkili vakıaları kimin araştıracağı, toplayacağı, davaya getireceği ve delillerin ikamesinden kimin sorumlu olacağı ile ilgilidir. Medeni usul yargılamasında, bu ödev, kural olarak sadece taraflara aittir ve taraflar hükme esas teşkil edecek vakıaların toplanması ile sorumludur²³⁵. Davacı olan taraf, dilekçesinin neticei talep bölümünde yer alan talebin haklılığını ispat edecek vakıaları mahkemeye sunmak; davalı taraf ise, savunmasında dayanmış olduğu itiraz ve def'ilerin haklılığını ispat edecek vakıaları mahkemeye karşı ileri sürmekle sorumludur²³⁶.

Mahkeme karar verirken sadece tarafların getirmiş olduğu vakıaları dikkate alabilir. Böylece, hâkimin sadece re'sen tahkikat yapması engellenmiş olmamakta fakat ayrıca taraf dilekçelerinde yer almayan ancak kendisinin bağımsız olarak öğrenmiş olduğu vakıaları da davaya ve hükme esas almaya yetkili olmaması sağlanmış olmaktadır²³⁷. Bu sınırlama, tarafların dilekçesinde yer almaksızın mahkemenin bilgisi dâhiline giren vakıaların yargılama konusu yapılamaması bakımından geçerli olacaktır²³⁸.

²³² Schilken, **a.g.e.**, s. 183.

²³³ Bohner, **a.g.e.**, s. 208.

²³⁴ Hans Prütting, Die Grundlagen des Zivilprozesses im Wandel der Gesetzgebung, **NJW**, 1980, Heft 8, s. 362

²³⁵ Becker-Eberhard, **a.g.m.**, s.18–19.

²³⁶ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **a.g.e.**, s.219.

²³⁷ Becker-Eberhard, **a.g.m.**, s. 18.

²³⁸ Becker-Eberhard, **a.g.m.**, s. 23.

Maddi hukuku göre, bir hukuki sonucun doğumuna bağlanan sebeplerin eksiksiz olarak getirilmesi yükümlülüğü de gene taraflara aittir ve hâkim, taraflara eksik olarak getirilmiş vakıaların ileri sürülmesi gerektiğini hatırlatamaz²³⁹.

Mahkemenin delilleri ikame etmesi, taraflarca getirilen bir vakıayı gerçek olup olmadığı yönünden incelemesi, ancak bu hususun taraflar nezdinde ihtilaflı olması halinde mümkün olacaktır²⁴⁰.

b) Taraflarca Getirilme İlkesinin Sonuçları

Tarafların dava malzemesinin getirilmesine ilişkin sorumluluğun tamamını yüklenmelerinin çeşitli sonuçları vardır.

Taraflar, dava dilekçelerinde yer alan taleplerine ulaşabilmek için gerekli olan dava malzemesinin getirilmesine ilişkin olarak tek başlarına sorumludur²⁴¹. Dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi, taraflara sadece vakıaları getirme tekeli vermemekte, ayrıca mahkemenin vakıaları, taraflar, nasıl takdir etmişlerse, o şekli ile hükme esas alacağını öngörmektedir²⁴².

Dava malzemesinin taraflarca mahkemeye getirilmesi söz konusu olduğunda, hükme esas alınacak malzemeyi hangi tarafın ileri sürmüş olduğunun önemi yoktur, öyle ki davacı, davalının lehine bir dava malzemesi getirmiş olabileceği gibi, davalı da davacının iddiasını kanıtlar nitelikte bir vakıayı mahkemeye sunmuş olabilir²⁴³. Bu durumda hâkim, bu vakıayı hükme esas almakla yetkilidir.

Yargılamanın taraflarından birinin ileri sürdüğü ve diğer tarafın aksini iddia etmediği veya itiraz etmediği vakıalar mahkemece doğruluğu ayrıca araştırılmaksızın hükme esas alınır²⁴⁴. Mahkeme dava dilekçesinde iddia edilen hususun gerçekleşip gerçekleşmediğini ancak ileri sürülen vakıalar tartışmalı ise tespit etmekle yükümlüdür.

²³⁹ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **a.g.e.** , s. 220.

²⁴⁰ Becker-Eberhard, **a.g.m.** , s. 18.

²⁴¹ Jauernig, **a.g.e.** , s. 88.

²⁴² Becker-Eberhard, **a.g.m.** , s.25.

²⁴³ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **a.g.e.** , s.221.

²⁴⁴ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **a.g.e.** , s. 220.

Mahkeme ancak taraflarca ileri sürülen vakıa ve delilleri inceleyebilir, bunların dışındaki deliller mahkemenin yetkisi dışındadır.

c) Medeni Usul Kanununda Taraflarca Getirilme İlkesinin Sınırlandırılması

Taraflarca getirilme ilkesi, her ne kadar yargılamaya getirilecek olan dava malzemesine ilişkin tasarruf hakkını taraflara vermiş ise de, verilmiş olan bu tasarruf hakkı elbette sınırsız olmayacaktır. Sınırsız bir şekilde kullanılacak olan bu hak sonucunda mahkemenin, yanlış dava malzemesine göre karar vermek zorunda kalacağı durumlar ortaya çıkabilecektir²⁴⁵. İşte bu gibi durumların ortaya çıkmaması için dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesine çeşitli sınırlamalar getirilmiştir ve deyim yerindeyse, taraflarca getirilme ilkesi bir ölçüde yumuşatılmıştır.

(1) Dava Malzemesinin Getirilmesinde Tarafların Doğruluk Ödevi (Wahrheitspflicht)

Medeni Usul hukukunda tarafların bazı yükümlülükleri söz konusudur²⁴⁶.Yükümlülük, bir davranışta bulunma zorunluluğunu ifade eden bir kavramdır²⁴⁷. Ancak medeni usul hukukunda bu yükümlülükler istisnai düzenlemelerdir²⁴⁸⁻²⁴⁹.

Tarafların yükümlülüğüne ilişkin olarak ilk akla gelen husus²⁵⁰, MK m.2’de düzenlenmiş bulunan dürüstlük kuralıdır. Buna göre, herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uymak zorundadır. Dürüstlük kuralı,

²⁴⁵ Becker-Eberhard, **a.g.m.**, s.25.

²⁴⁶ Alangoya, **a.g.e.**, s. 116.

²⁴⁷ Yükümlülük kavramına ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz: Nejat Aday, **Özel Hukukta Yükümlülük Kavramı ve Sonuçları**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2000.

²⁴⁸ Jauernig, **a.g.e.**, s. 100; Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 310.

²⁴⁹ HUMK m.9, 76, 90, 418, 421, 422 hükümleri bu yükümlülüklerle örnek olarak sayılabilecektir.

²⁵⁰ Alangoya, **a.g.e.**, s. 117.

kanunla gönderme yapılmış bir genel ilke, bir genel kuraldır²⁵¹. Dürüstlük kuralı, kanundan doğan hakların kullanılmasında ve bunların ifasında da dikkate alınır²⁵².

HUMK da dürüstlük kuralına paralel bir hüküm sevk edilmiş olmamakla beraber, taraflar, dürüstlük kuralına uygun davranışta bulunmak zorundadırlar²⁵³. Devletin, mahkemelerin faaliyetinin ve hasım aleyhine işlemlerin kötüye kullanılmasına cevaz veremeyeceği belirtilerek maddi hukukta yer alan bu kuralın, medeni usul hukukunda da yazılı olmayan bir hukuk kuralı olarak yürüyeceği kabul edilmektedir²⁵⁴.

Dürüstlük kuralının bir alt uygulama şekli doğruluk ödevidir²⁵⁵.

Liberal dünya görüşünü yansıtan 1879 tarihli Alman Medeni Usul Kanunu'na bu ödev, 1933 tarihli değişiklikler ile girmiştir²⁵⁶. Yapılan değişikliklerle “Vakıaları Açıklama Ödevi ve Doğruluk Ödevi” başlıklı (d)ZPO § 138/ I ile taraflara eksiksiz sunma ve doğruluk ödevi getirilmiştir²⁵⁷. Hükme göre, taraflar vakıalar hakkındaki açıklamalarını tam ve gerçeğe uygun olarak yapmalıdırlar²⁵⁸.

Tarafların doğruluk ödevi HUMK'da açıkça düzenlenmiş değildir. Ancak kanunda yer alan bazı hükümler²⁵⁹, tarafların iddia ve savunmalarının temellerini teşkil eden vakıaları eksiksiz ve doğru olarak getirme ile yükümlü olduklarını göstermektedir²⁶⁰.

²⁵¹ Şener Akyol, **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2. Bası, 2006, s. 6

²⁵² Akyol, **a.g.e.**, s. 6

²⁵³ Sabri Şakir Ansay, **Hukuk Yargılama Usulleri**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 7. Bası, 1960, s. 152–154; İlhan E. Postacioğlu, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 6. Bası, 1975, s. 179 vd. ; Ramazan Aslan, **Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı**, Ankara, S Yayınları, 1989, s. 48.

²⁵⁴ Alangoya, **a.g.e.**, s. 117; Aslan, **a.g.e.**, s. 58.

²⁵⁵ Alangoya, **a.g.e.**, s. 118.

²⁵⁶ Becker-Eberhard, **a.g.m.**, s.25.

²⁵⁷ Becker-Eberhard, **a.g.m.**, s.25.

²⁵⁸ Becker-Eberhard, **a.g.m.**, s.25.

²⁵⁹ HUMK m.230/I c.2 Bu hükme göre, hâkim sorguya çekeceği tarafa öncelikle gerçeği olduğu gibi söylemesi hakkında telkinde bulunur. HUMK m.445/I b. 7'de ise, lehine karar verilen kimse tarafından, karara etkili hile veya aldatmacanın kullanılmış olması halinde yargılamanın yenilenmesi sebebi oluşacağı düzenlenmiştir.

²⁶⁰ Alangoya, **a.g.e.**, s. 120; Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 311; Pekcanitez/ Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 251.

Tarafların doğruluk ödevinin konusunu, hükme esas teşkil edecek dava malzemesi oluşturmaktadır.

Tarafların uydurma vakıaları iddia etmemeleri, hasmın vakıa iddiasına uydurma iddialarla karşı çıkmaması doğruluk ödevinin konusunu teşkil etmektedir²⁶¹. Taraflardan objektif hakikati sunmaları beklenmemektedir²⁶². Doğruluk ödevi uyarınca taraflardan beklenen; eğer bir vakıa hakkındaki kendi iddiasının yanlış, hasmın iddiasının doğru olduğunu biliyorsa, artık iddiada bulunmaması ve vakıaya itiraz etmemesidir²⁶³. Doğruluk ödevi subjektif nitelikte kabul edilmeli ve tarafın doğru olmadığını bildiği vakıaları ve delilleri dermeyan etmemesi olarak kabul edilmelidir²⁶⁴. Ancak, doğruluğu hakkında tam bir belirsizliğin söz konusu olduğu, yani doğru olduğu kesin olarak bilinmeyen vakıalar bakımından bile doğruluk ödevi söz konusu olmayacak ve taraflar iddiada veya itirazda bulunabileceklerdir²⁶⁵.

Taraflarca getirilme ilkesine, doğruluk ödeviyle getirilmiş olan sınır, bilinçli olarak yalan beyanda bulunmanın, yani usuli yalanın yasaklanmış olmasıdır²⁶⁶.

Doğruluk ödevi, taraflarca getirilme ilkesini mümkün olduğunca az sınırlamıştır. Bunun nedeni ise, gene taraflarca getirilme ilkesinin kendisinde saklıdır, çünkü bu ilke uyarınca taraflar iddialarını kanıtlayacak vakıaları yargılamaya getirmekle yükümlüdürler. Taraflar, mahkemeye hükmün tesisine elverişli, davayı gerekçelendirecek vakıaları sunmak zorundadır. Bu ise ancak, taraflara, gerçekliğinden emin olmadıkları vakıaları dahi iddiayı temellendirebilmek amacıyla ileri sürmelerine izin verildiği takdirde mümkün olabilecektir. Ve bu durum ise doğruluk ödevine aykırılık olarak değerlendirilemeyecektir²⁶⁷.

Taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalar bakımından hâkimin doğruluk ödevine aykırı hareket edildiğini tespit etmesi çok güçtür, lakin

²⁶¹ Becker-Eberhard, **a.g.m.**, s.24.

²⁶² Becker-Eberhard, **a.g.m.**, s.24.

²⁶³ Becker-Eberhard, **a.g.m.**, s.24.

²⁶⁴ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 180.

²⁶⁵ Becker-Eberhard, **a.g.m.**, s.25

²⁶⁶ Becker-Eberhard, **a.g.m.**, s.26.

²⁶⁷ Becker-Eberhard, **a.g.m.**, s.25.

mahkemenin kendisinin bilgi toplama yetkisi yoktur²⁶⁸. Hâkim, özel bilgisini kullanma yetkisine sahip değildir ve bir tarafın yalan söylediğini kendi özel bilgisi ile bilse bile bunu nazara alamayacaktır²⁶⁹.

Hâkim, tarafların doğruluk ödevine aykırı olarak hareket ettiklerini tespit etmiş olsa dahi, bu ödevde aykırı hareket etmenin yaptırımını doğruluk ödevini düzenlemiş olan (d)ZPO’da düzenlenmiş değildir. Bu durum ise, doğruluk ödevinin, dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesini sınırlayıcı etkisini azaltmaktadır²⁷⁰.

(2) Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi (Hinweis- und Aufklärungspflicht)

i) Genel Olarak

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi, HUMK m. 75/II’ de düzenlenmiştir. Buna göre, hâkim, şüpheli ve zıt gördüğü nedenler hakkında açıklama isteyebilir. Kanun metninde “isteyebilir” şeklinde düzenlenmiş olmakla beraber, bu hükmü imkân veren bir hüküm olarak değil, ödev veren bir düzenleme olarak kabul etmek gerekir²⁷¹⁻²⁷². Yargıtay’ın da bu hükmün bir ödev hükmü olduğuna ilişkin kararları mevcuttur²⁷³.

Medeni usul hukukunun “Magna Carta”sı olarak da adlandırılan²⁷⁴ hâkimin davayı aydınlatma ödevi, hâkimin doğru bir hükme varması olasılığını güçlendirmektedir²⁷⁵⁻²⁷⁶.

²⁶⁸ Becker-Eberhard, **a.g.m.**, s.27.

²⁶⁹ Becker-Eberhard, **a.g.m.**, s.27.

²⁷⁰ Becker-Eberhard, **a.g.m.**, s.28.

²⁷¹ Schilken, **Hâkimin Rolü**, s.54; Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 313; Pekcanitez/ Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 227.

²⁷² 1918 tarihli Bern Medeni Usul Kanunu Art. 89’da düzenlenen hâkimin aydınlatma ödevine ilişkin hüküm “Hâkimin Ödevi” başlığını taşımaktadır.

²⁷³ “Dava dilekçesinin neleri içereceği HUMK m.179’da gösterilmiştir. Bu madde hükmüne göre davadaki istem dava dilekçesinde açıkça gösterilmelidir. Dava konusu olayda dava dilekçesi yeteri kadar açık değildir. Bu durumda mahkemece HUMK. 75/II. maddesi gereğince talebin ne olduğunun saptanabilmesi için davacı açıklamaya davet edilmelidir. İsteğin hangi dükkana ait olduğu açıkça tespit edildikten sonra davanın kabulüne karar vermek gerekirken böyle bir çaba gösterilmeden sonuca gidilmesi usul ve yasaya aykırı görülmüştür.” Yarg. 3. HD. 20.9.1999, E. 1999/9510, K. 1999/9340.

²⁷⁴ Adolf Baumbach/ Wolfgang Lauterbach/ Peter Hartmann, Zivilprozessordnung, 32. Auflage, 1974, s. 351–352 (Alangoya, **a.g.e.**, s. 127, dipnot 100’den naklen); Alangoya, **a.g.e.**, s. 127 ve 135.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevine ilişkin en önemli araç, tarafların dinlenmesidir. Tarafların dinlenmesi, uyuşmazlığın taraflarının dava konusuna ilişkin olarak ileri sürmüş oldukları vakıalara ilişkin belirsizliğin ve çelişkinin ortadan kaldırılması amacı ile başvurulmuş bir kurumdur²⁷⁷. HUMK m.213’de düzenlendiği üzere, hâkim, yargılamanın her aşamasında, iki tarafı veya vekillerini çağırarak, davanın maddi olguları hakkında açıklamalarını dinleyebilir. Bu açıklamalar isticvapta olduğu gibi ispat amacına değil, çelişkili vakıanın belirlenmesi amacına yöneliktir²⁷⁸.

Hükme esas alınacak olan vakıalar ve bu vakıalara dayanarak talep edilen netice açık olursa hâkim, doğru bir karar verebilecektir. Vakıalar açık değilse ve çelişkili ise, tarafın beyan ve açıklamaları açık, net ve anlaşılır değilse, hâkim bu hususları tarafa sorarak açıklattırmalıdır²⁷⁹. Ancak bu açıklattırma sırasında, iddia ve müdafaanın genişletilmesi yasağı sebebiyledir ki, yeni vakıalar ileri sürülemez. Davaya yeni taraflar dâhil edilemez ve taraf değiştirilemez²⁸⁰.

Alman Medeni Usul Kanunu’nda hâkimin aydınlatma ödevi, 1879 tarihli Alman Usul Kanununda § 127 ve § 130/ I hükümleri ile düzenlenmiş olmakla beraber, bugünkü halini 1924 ve 2002 tarihli değişiklikler ile almıştır.

(d)ZPO’nun 2002 değişikliğinden önce “Hâkimin İşaret Etme, Müzakere Etme ve Soru Sorma Hakkı (Richterliche Hinweis- und Fragerecht)” başlığıyla düzenlenen 139. maddesi şu şekildedir:

“Mahkeme başkanı, tarafların uyuşmazlık için önem taşıyan bütün vakıalar hakkında eksiksiz açıklama yapmaları; uygun talepler dermeyan etmeleri, özellikle dermeyan edilen vakıaların yeterli olmayan bildirimlerinin tamamlanması ve delillerin belirtilmesi hususunda etkin olmalıdır. Bu amaçla gerekli gördüğü ölçüde

²⁷⁵ Alangoya, **a.g.e.**, s. 135; Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 312.

²⁷⁶ Hâkimin aydınlatma ödevinin çok ileri götürülmesi bir yargılama açısından ne kadar sakıncalı ise, bu ödev karşısında çok hasis bir tutumun da, medeni usulün amacı bakımından o derece tehlikeli olacağına ilişkin olarak Bkz: Alangoya, **a.g.e.**, s. 136 ve dipnot 124.

²⁷⁷ Alangoya, **a.g.e.**, s. 141 vd. ; Pekcanitez/ Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 227.

²⁷⁸ Pekcanitez/ Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 228.

²⁷⁹ Pekcanitez/ Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 227.

²⁸⁰ Pekcanitez/ Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 227.

ihtilafı fiili ve hukuki yönden taraflarla müzakere etmeli ve onlara sorular sormalıdır. Mahkeme üyelerinden birinin talebi üzerine ona soru sorma hakkı tanınmalıdır.²⁸¹”

Bu hüküm uyarınca hâkim, tarafların dava malzemesinin tamamını getirmelerini sağlamakla yükümlüdür. Bu hususta tarafları teşvik etmek ve eksik dava malzemesini tamamlattırmak yoluyla bir anlamda dava malzemesinin toplanmasına katkıda bulunmaktadır²⁸². Hüküm açısından önem taşıyan eksik vakıaların getirilmesi tamamen taraflara aittir ve hâkim, bizzat vakıa ileri süremez ve bunları yargılamaya dâhil edemez. Hâkimin görevi sadece malzemenin getirilmesini teşvikten ibarettir²⁸³. Hükme esas teşkil edecek dava malzemesini getirmek tarafların sorumluluğunda olmakla beraber, hâkim bazı noktaları taraflara işaret edebilecek ve tarafları ek dilekçe vermeye teşvik edebilecektir²⁸⁴. Ancak taraflar hâkimin işaret etmesine rağmen pasif kalırlar ve açıklamada bulunmazlarsa, o takdirde mahkeme, açıkta kalan ilgili noktalardan dolayı oluşacak olan vakıa boşluğunu hükme esas alacak²⁸⁵ ve sadece dermeyan edilmiş olan vakıalar çerçevesinde karar verecektir²⁸⁶. Hâkim, dava malzemesini tamamlatmak için açıklama isteme ve soru sorma imkânlarından yararlanabilecektir, zaten bu imkân dolayısıyladır ki, hâkimin işaret etme ve soru sorma yükümlülüğünden bahsedilir²⁸⁷.

Hâkimin söz konusu bu yükümlülükleri 2002 yılında yapılan değişiklikler ile arttırılmıştır. Hâkimin aydınlatma ödevini düzenleyen 139. maddenin başlığı değiştirilmiş ve “Maddi Bakımdan Yargılamanın Yürütülmesi” olmuştur. § 139 ise şu şekilde değiştirilmiştir:

“Mahkeme olayın ve hukuki uyuşmazlığın olgusal ve hukuksal boyutlarını gerekli olduğu ölçüde taraflarla birlikte ele almak ve sorular sormak zorundadır. Mahkeme tarafların zamanında ve uyuşmazlığın çözümü için önemli vakıaların tamamı

²⁸¹ 2002 değişikliğinden önceki (d)ZPO § 139’un türkçe metni için Bkz: Becker-Eberhard, **a.g.m.**, s.30.

²⁸² Ekkehard Becker- Eberhard, **Alman Medeni Usul Hukuku Reformu Hakkında**, Çev. Nevhis Deren-Yıldırım, 21. Yüzyılın Usul Hukuku Sorunları, İstanbul, Alkim Yayınevi, 2003, s. 68 (**Reform**).

²⁸³ Becker- Eberhard, **Reform**, s. 68.

²⁸⁴ Becker-Eberhard, **a.g.m.**, s.31.

²⁸⁵ Becker-Eberhard, **a.g.m.**, s.31.

²⁸⁶ Becker- Eberhard, **Reform**, s. 68.

²⁸⁷ Becker- Eberhard, **Reform**, s. 68.

hakkında açıklama yapmalarını sağlamalı ve özellikle ileri sürülen vakılardaki eksiklikleri tamamlamak, delileri ikame ettirmek ve gerekli talepleri ileri sürmelerine yol açmalıdır.²⁸⁸»

Yapılan değişikliğin ardından, dava malzemesini tamamlamaya ve uygun talebi yöneltmeye sevk yükümlülüğü, müzakere ve soru sorma yükümlülüğüne çevrilerek, hâkimin yargılamaya katılımına ilişkin yükümlülükleri ağırlaştırılmış ve söz konusu bu yükümlülük, genel bir müzakere ve soru sorma yükümlülüğüne dönüştürülmüştür²⁸⁹. Bu ise hâkimin, yargılamayı maddi bakımdan yürütme yükümlülüğünü sonuçlamıştır²⁹⁰. Ancak gene de, taraflar hâkimin müdahalesine rağmen, vakıalar hakkında açıklama yapmazlarsa, mahkemenin kendiliğinden araştırma yapma yetkisi olmayacaktır²⁹¹.

ii) Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Fonksiyonları

aa) Açıklama Fonksiyonu

HUMK m. 75/II hükmüne göre, hâkim şüpheli ve zıt gördüğü hususlar hakkında açıklama isteyebilecektir. Buna göre, hâkim, dava temeli ve buna dayanan talep açık ve anlaşılabilir olmadığı takdirde, bu hususları açıklığa kavuşturmakla yükümlüdür, lakin olay ve talebin getirilmesinde farklı manalar çıkıyorsa ve bunlar yeteri kadar açıklıkla anlaşılamıyorsa²⁹², bu durum hâkimin doğru karar vermesini güçleştirecek ve maddi gerçeğe ilişkin karar verilmesi zorlaşacaktır²⁹³.

Hâkimin, davayı aydınlatma ödevini yerine getirmesi ile gereksiz ispat işlemlerine girilmesi, mahkemeye yapılacak beyanların abartılı ifadelerden kurtarılacak gerçeği yansıtmaması mümkün olabilecektir²⁹⁴.

bb) Tamamlama Fonksiyonu

²⁸⁸ (d)ZPO § 139'un Türkçe metni için Bkz: Becker-Eberhard, **Reform**, s. 69.

²⁸⁹ Becker-Eberhard, **Reform**, s. 69.

²⁹⁰ Becker-Eberhard, **Reform**, s. 69.

²⁹¹ Becker-Eberhard, **Reform**, s. 70.

²⁹² Müphemiyetin ve çelişkili bildirimlerin hangi durumlarda olabileceğine ilişkin çeşitli örnekler için Bkz: Alangoya, **a.g.e.**, s. 142 vd. ; Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 313–314.

²⁹³ Alangoya, **a.g.e.**, s. 142.

²⁹⁴ Alangoya, **a.g.e.**, s. 146.

Hâkimin aydınlatma ödevinin açıklama fonksiyonundan başka tamamlama fonksiyonu vardır.

Boşluklar gösteren dava malzemesinin tamamlanması söz konusu olabilecektir, ancak bu tamamlama sırasında temel sınır davacı ile davalının iddia ve savunmalarıdır²⁹⁵, çünkü medeni usul hukukunda iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağı mevcuttur.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevinde, tamamlama fonksiyonu kural olarak iki şekilde ortaya çıkabilir:

1) Taraflar iddia ve savunmalarında maddi vakıalara ilişkin değil, ancak dayandıkları teknik hukuk kavramlarını veya kanunda yer alan diğer kavramları eksik zikretmiş olabilirler. Bu gibi durumlarda, hâkim tarafların yapmış olduğu altlama ile bağlı değildir²⁹⁶ ve hâkim getirilen vakıalara uygun hukuk normunu uygulayacaktır.

2) Tarafların ileri sürdükleri olaya ait bütün vakıaları getirmemeleri durumunda da hâkimin aydınlatma ödevinin tamamlama fonksiyonu öne çıkabilir, öyle ki yargılamaya getirilen vakıalarla hukuk normunun uygulanması mümkün olmamaktadır²⁹⁷. Taraflarca getirilen olayda bütün maddi vakıalar getirilmemiş ve böylece uygulanacak hukuk normunun soyut vakıasına bağlı bazı unsurlar somut olayın vakıaları ile karşılaştırıldığında açıkta kalmış olabilir²⁹⁸. Bu vakıaların eksikliği dava dilekçesinin zaruri unsurlarından sayılamayacak²⁹⁹ ve bu vakıaların sonradan dermeyanı da iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağı ile engellenemeyecektir³⁰⁰. Bu gibi durumlarda hâkim, taraflara soru sormak ve somut olayın hukuk normuyla bağlantısını kurmakla yükümlüdür.

cc) Değiştirme Fonksiyonu

²⁹⁵ Alangoya, **a.g.e.**, s. 146; Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 314.

²⁹⁶ Alangoya, **a.g.e.**, s. 146.

²⁹⁷ Alangoya, **a.g.e.**, s. 149.

²⁹⁸ Alangoya, **a.g.e.**, s. 148–149.

²⁹⁹ Dava dilekçesinde bulunması gereken zaruri unsurlara ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz: Saim Üstündağ, **Medeni Yargılama Hukuku**, İstanbul, Gözden geçirilmiş ve yenilenmiş 7. Baskı, 2000, s. 457; Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 243 vd.

³⁰⁰ Alangoya, **a.g.e.**, s. 148–149

Hâkimin aydınlatma ödevinin değiştirme fonksiyonu, neticei talebin uygun bir başka taleple değiştirilmesi şeklinde tezahür edebilir. Ancak HUMK’ da düzenlenmiş hükümler çerçevesinde hâkimin aydınlatma ödevinin böyle bir fonksiyonunun olması mümkün görünmemektedir, çünkü hâkim tarafların neticei talepleri ile bağlıdır ve talep edilenden başkaca bir şeye hükmedemez³⁰¹. Ancak dava dilekçesinde yer alan neticei talebin kapalılığını gidermek ödeviyle yükümlüdür³⁰².

iii) Hâkimin Aydınlatma Ödevinin Sınırları

HUMK m. 75/I’ de hâkimin, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya iddia nedenlerini kendiliğinden dikkate alamayacağı ve bunları hatırlatabilecek tutum ve davranışlarda bulunamayacağı düzenlenmiştir.

Hâkimin, aydınlatma ödevi çerçevesinde dava malzemesini re’sen dikkate alması mümkün değildir. Kendiliğinden dikkate alamadığı gibi, onları hatırlatabilecek tutum ve davranışlarda bile bulunamayacak olması, HUMK’un 75. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında düzenlenen aydınlatma ödevinin de sınırlarını oluşturmaktadır.

Aydınlatma ödevinin sınırı derdest davanın mevcut durumu değerlendirilerek tespit edilebilir³⁰³. Eğer iki tarafın iddiaları dâhilinde sorulacak hususun hiçbir dayanak noktası bulunmuyorsa, o takdirde o hususa ilişkin olarak soru sorulmaması gerekir, çünkü soru sorulduğu takdirde, bu, bir vakıanın hâkim tarafından davaya sokulması anlamına gelir ki, HUMK’da buna izin veren bir düzenleme bulunmamaktadır. Hâkimin tarafa hiçbir dayanak noktası olmaksızın dava temelini iyileştirecek somut maddi vakıaları işaret etmesi HUMK m.75’in sınırlarını aşar³⁰⁴.

iv) Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında Hâkimin Aydınlatma Ödevi

³⁰¹ HUMK m.74

³⁰² Alangoya, **a.g.e.** , s. 155.

³⁰³ Alangoya, **a.g.e.** , s. 157.

³⁰⁴ Alangoya, **a.g.e.** , s. 158.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı m. 37’de düzenlenmiştir. “Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi” başlığıyla düzenlenen madde şu şekildedir:

“Hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir.”

HUMK’un 75. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrasını karşılayan bu madde ile “iki tarafın iddiaları hududu dâhilinde olmak üzere” ifadesi değiştirilerek, “uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda” şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre, hâkim ancak bu hallerde, yani uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, taraflardan açıklama isteme, soru sorma ve delil göstermelerini isteme yetkisini kullanabilecektir.

(3) Tarafların İsticvabı

Tarafların isticvabı, vakıaların toplanmasında mahkemeye etkileyici tedbir alma imkânı sunmaktadır, şöyle ki, yargılamanın taraflarına hayat olayının açıklanmasına ilişkin sorular sorulabilecektir³⁰⁵. Hâkim tarafları veya vekillerini davanın her aşamasında çağırarak dinleyebilir. İsticvap, Türk yargılama hukukunda, hâkimin tarafı bilgi kaynağı olarak dinleyebilmesi için düzenlenmiş kurumlardan biridir³⁰⁶.

İsticvap, bir tarafın kendi aleyhine olan bir vakıa hakkında sorguya çekilmesidir³⁰⁷. HUMK m.234’de sorguya çekilmek için çağırılmasına karar veren tarafa, geçerli bir özürlü olmaksızın gelmediği veya düzenlenen soruları cevaplamadığı durumda, sorulan olayları kabul etmiş sayılacağı hususunun, çıkarılacak çağrı kâğıdına yazılacağı ve çağrılan tarafın özürsüz olarak gelmediği veya gelip de

³⁰⁵ Becker-Eberhard, **a.g.m.**, s.32.

³⁰⁶ Diğer bir kurum ise, tarafın bir şekle tabii olmadan dinlenmesidir. Tarafın dinlenmesi ve isticvap birbirinden farklıdır. Tarafın dinlenmesinde hâkim, değişik sebeplerle tarafların bilgisine başvurur. Hâkim aydınlatma görevini yerine getirebilmek için tarafları yargılamanın her aşamasında dinleyebilecektir (HUMK m. 75/II ve m.213). Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz: Erdal Tercan, **Medeni Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı (Tarafların Bilgisine Delil Olarak Başvurulması)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2001.

³⁰⁷ HGK. 26.6.1996 E. 1996/11–385 K. 1996/508

soruları cevapsız bıraktığı durumda mahkeme tarafından çağrılan tarafın sorulan olayları kabul etmiş sayılacağı düzenlenmiştir. Buna göre, taraf kendisine gönderilen davete icabet etmediği takdirde veya gelip de kendisine yöneltilen soruları cevapsız bıraktığı takdirde, soruları ve vakıaları ikrar etmiş sayılacaktır. İkrar, bir tarafın kendi aleyhine olan bir vakıanın doğru olduğunu mahkeme önünde beyan etmesidir ve mahkeme önünde, dava evrakında veya hâkim huzurunda yapılan ikrar kesin delil niteliği taşımaktadır³⁰⁸.

İsticvap, ispat amacına yöneliktir ve bu ise dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinin uygulama alanı bulduğu davalarda, dava malzemesinin toplanması açısından hâkimin taraflara müdahalesi olarak değerlendirilebilecektir, çünkü vakıa malzemesinin toplanmasında hâkime etkileyici tedbir alma imkânı tanınmaktadır³⁰⁹.

(4) Geciken Dava Malzemesinin Reddi

Taraflarca getirilme ilkesi uyarınca, yargılamanın tarafları, hangi vakıaları, yargılamanın hangi aşamasında davaya dâhil edeceklerini belirleme hakkına sahiptirler ve dava malzemesini davanın başında veya sonra yargılama boyunca kendilerine uygun gördükleri bir safhada ileri sürebilirler³¹⁰.

Ancak taraflara tanınmış olan bu hak (d)ZPO § 239 maddesiyle sınırlandırılmıştır³¹¹. Alman Medeni Usul Kanunu’nun “Geciken İddiaların Reddi” başlıklı maddesinde, süresi içinde mahkemeye sunulmamış olan iddia ve savunma malzemelerinin, ancak hâkimin, bu malzemelerin yargılamaya dâhil edilmesinin yargılamayı geciktirmeyeceğine kanaat getirmesi halinde mümkün olduğu düzenlenmiştir. Buna göre, hâkim, bir dilekçeyi gecikmiş olduğu gerekçesiyle reddetme hakkına sahiptir³¹². Hâkime tanınmış olan bu reddetme hakkı ise, taraflarca getirilme ilkesine getirilmiş olan bir sınırlamadır.

³⁰⁸ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 311

³⁰⁹ Becker-Eberhard, **a.g.m.**, s.32.

³¹⁰ Becker-Eberhard, **a.g.m.**, s.32.

³¹¹ 1879 tarihli Alman Medeni Usul Kanunu’nda da düzenlenmiş olan bu reddetme hakkının sınırları yürürlükte bulunan (d)ZPO ile genişletilmiştir.

³¹² Becker-Eberhard, **a.g.m.**, s.32

HUMK’da hâkime tanınmış olan böyle bir reddetme hakkı düzenlenmiş değildir. Ancak Türk yargılama hukukunda geçerli olan teksif ilkesi³¹³ dolayısıyla taraflar ancak belirli bir usul kesitine kadar bütün iddia ve savunma sebeplerini dermeyeran etmek zorundadırlar³¹⁴. Bu kesitten sonra ise bunların ileri sürülmesi mümkün değildir³¹⁵.

3) Araştırma İlkesi (Untersuchungsmaxime)

a) Genel Olarak

Dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinin karşıt ilkesi olarak medeni usul hukuku doktrinde inceleme konusu olan araştırma ilkesi, ihtilafın çözümüne ilişkin dava malzemesinin hâkim tarafından getirileceğini ifade eder. Buna göre, mahkeme, tarafların yargılamaya getirmedeği dava malzemesini dikkate almak ve bunları hükme esas almakla görevlidir³¹⁶. Dava malzemesinin belirlenmesi ve yargılamaya getirilmesi taraflardan bağımsızdır³¹⁷, diğer bir deyişle dava malzemesinin yargılamaya getirilmesi sadece tarafların tasarrufunda olmaktan çıkartılmıştır.

Araştırma ilkesine göre, dava malzemesinin yargılamaya getirilmesi ve savunulması görevi davanın taraflarının yanında asıl olarak mahkemeye, yani hâkime aittir³¹⁸. Hâkim, hükme esas teşkil edecek vakıalara dair bilgi edinebilmek amacıyla, dava malzemesinin getirilmesine ilişkin karar vermek hak ve yetkisine görevinden ötürü sahiptir. Hâkim, re’sen, görevinden ötürü (ex officio) ve yargılamanın taraflarından bağımsız olarak, meselenin aslını inceleyecek ve gözden geçirecektir³¹⁹. Hâkim bu resmi inceleme görevi dolayısıyla ki, yargılamaya getirilen dava malzemelerinin doğruluğuna karar verme sorumluluğunu ve neticede

³¹³ Teksif ilkesine ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz: İkinci Bölüm, I, D.

³¹⁴ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 204.

³¹⁵ Örneğin, ilk itirazlar, HUMK m. 187’ye göre, davanın başlangıcında ve hepsi birlikte ileri sürülmek zorundadırlar. İlk itirazlar davanın başlangıcında esasa girilmeden evvel hep birlikte ileri sürülmezse, bir daha dinlenemez.

³¹⁶ Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, **a.g.e.**, s. 493.

³¹⁷ Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, **a.g.e.**, s. 493.

³¹⁸ Renggli, **a.g.e.**, s. 32.

³¹⁹ Renggli, **a.g.e.**, s. 32.

de yargılama sonucunda verilecek olan hükmün maddi gerçeğe ulaşmış olması sorumluluğunu taşımaktadır³²⁰. Dolayısıyla hâkim, daha dava malzemesinin toplanması sırasında yargılama üzerindeki etkisini hissettirmeli ve taraflarca getirilme ilkesinde olduğunun aksine taraf hâkimiyetine karşılık mahkemenin hâkimiyetini göstermelidir³²¹.

Kural olarak hâkim, taraflar arasında çekişmeli olmayan hususları, doğruluğunu ve güvenilirliğini ayrıca araştırmaksızın hükme esas alabilecektir, ancak araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda, hâkim çekişmeli olmayan hususları da inceleme konusu yapabilecektir. Ayrıca hâkim, tarafların ileri sürmediği olayları da inceleyip, vereceği hükmü bu olaylara dayandırabilecektir³²².

Dava malzemesinin hâkim tarafından getirileceği hallerde bile, hâkimin ispata gerek olmadan özel bilgisini değerlendirmesi söz konusu olamaz³²³. Bunun sebebi ise, hâkim de bir şahıstır ve onun yanılma payı da herhangi bir şahidinkinden daha az değildir³²⁴.

b) Araştırma İlkesinin Uygulama Alanları

Araştırma ilkesi genel olarak kamu yararının öne çıktığı durumlarda uygulama alanı bulmaktadır³²⁵. Kamu düzenini ilgilendiren davalarda araştırma ilkesi geçerli olacaktır. Devlet, yargı ödevini yerine getirirken kamusal genel bir hukuki yardımda bulunmaktadır³²⁶. Hâkim, hukuki düzenin korunabilmesi için doğru

³²⁰ Renggli, **a.g.e.**, s. 32.

³²¹ Renggli, **a.g.e.**, s. 32. Ancak medeni usul yargılaması sırasında, ceza usul yargılamasında olduğu üzere hâkime yardımcı kuvvetler olmadığından, hâkim bu görevini ancak tarafların da yardımıyla yerine getirebilecektir. Dolayısıyla araştırma ilkesinde dava malzemesinin getirilmesine ilişkin olarak bir anlamda taraflar da hâkimle beraber sorumluluğu paylaşmaktadırlar.

³²² Bahattin Aras, **Boşanma Davalarında Yargılama Usulü ve Aile Mahkemeleri**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2007, s. 22.

³²³ Alangoya, **a.g.e.**, s. 130.

³²⁴ Alangoya, **a.g.e.**, s. 130.

³²⁵ Renggli, **a.g.e.**, s. 33; Kuru/ Aslan/ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 407; Pekcanitez/ Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 222.

³²⁶ Kamil Yıldırım, **Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**, İstanbul, Kazancı Yayınları, 1990, s. 106.

ve gerçeğe dayanan bir hüküm vermek zorundadır³²⁷ ve bu ise ancak hâkime dava malzemesinin toplanmasına ilişkin yetki tanınması ile mümkün olabilecektir.

Hangi hususların kamu yararına ilişkin olduğu ve buna bağlı olarak hangi davalara ilişkin olarak yargılamada araştırma ilkesinin düzenleneceği ise hukuk politikasına ilişkin bir sorudur.

Araştırma ilkesinin uygulandığı davalar, daha çok tarafların dava konusu üzerinde serbestçe tasarruf etmelerinin mümkün olmadığı davalardır³²⁸. Bu davalara örnek olarak, kişilik haklarını koruyan davalar, boşanma ve ayrılık davaları, babalık davaları, evlenmenin butlanı, nüfus kayıt düzeltme davaları gösterilebilir³²⁹.

c) Araştırma İlkesinin Uygulanmasının Sonuçları

Araştırma ilkesinin uygulandığı ve hâkimin hükme esas teşkil edecek dava malzemesinin toplanmasıyla görevli olduğu davalarda, iddianın ve savunmanın genişletilmesi yasağı uygulanmaz³³⁰.

HUMK m.185/II' de düzenlendiği üzere, davanın açılması ile birlikte, Medeni Kanunda belirtilen durumlar saklı kalmak koşulu ile davacı davalının onayı olmaksızın davasını genişletemez veya niteliğini değiştiremez. HUMK m.202/II' de ise, davalının cevap dilekçesini karşı tarafa yazılı olarak göndertmesinden sonra davacının izni olmaksızın savunma nedenlerini genişletemeyeceği ve değiştiremeyeceği düzenlenmiştir.

Araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda delil sözleşmesi yapılamaz³³¹.

Usuli sözleşme³³² olan delil sözleşmeleri, tarafların belirli hususları belirli delillerle ispat edebileceğine ilişkin anlaşmalarını içeren sözleşmelerdir³³³. HUMK

³²⁷ Renggli, **a.g.e.**, s. 33; Yıldırım, **a.g.e.**, s. 106.

³²⁸ Kuru/ Aslan/ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 407

³²⁹ Renggli, **a.g.e.**, s. 36; Kuru/ Aslan/ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 407–408

³³⁰ Kuru/ Aslan/ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 407

³³¹ Aras, **a.g.e.**, s. 22

³³² Bir sözleşmenin istenen ana ve doğrudan etkisi usul hukuku alanında meydana geliyorsa bu sözleşme usuli bir sözleşmedir. Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz: Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 192.

³³³ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 203

m. 287/II' ye göre, iki tarafça belirli kanıtlar ile ispatı yazılı olarak kabul edilmiş olan veya yargılama sırasında o şekilde aralarında karar verildiği kabul edilen maddeler hakkında başka kanıt kabul edilemeyecektir. Kanunda yer alan tanımdan da anlaşılacağı üzere, delil sözleşmelerinde tarafların dava malzemesine ilişkin tasarruf haklarını kullanmaları ve bu yolla dava malzemelerini belirlemeleri söz konusu olmaktadır. Ancak bu husus araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalar bakımından, hâkimin dava malzemesinin getirilmesine ilişkin yetkisi ile örtüşmemektedir, lakin araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda hâkim gerekli gördüğü dava malzemesinin, delilin, getirilmesini talep edebilecektir.

Araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda isticvap hükümleri uygulama alanı bulmaz³³⁴ ve yapılan ikrar hâkimi bağlamaz³³⁵.

İsticvap, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 230 ile 235. maddeleri arasında düzenlenmiştir. HUMK m.230'a göre hâkim, yargılamanın iki tarafından her birini kendiliğinden veya talep üzerine sorguya çekebilir³³⁶. Sorguya çekmenin, dava konusuna veya onunla bağlantısı olan durumlar, olaylara ilişkin olması gerekmektedir. İsticvabın konusu dava ile ilgili belli vakılardır³³⁷. İsticvap ancak bir tarafın kendi aleyhine olan vakıalar hakkında edilebilir, yoksa taraf kendi lehine olan vakıalar için isticvap edemez³³⁸. İsticvapta belli olan bir vakıanın ispatı amaçlanmış olduğundan, isticvap sonucunda ikrar elde edilir³³⁹.

İkrar ise, bir tarafın, kendi aleyhine olan bir vakıanın doğru olduğunu mahkeme önünde beyan etmesidir³⁴⁰.

Hâkim, araştırma ilkesinin uygulama alanı bulduğu davalarda, kendisine gerçek görünmeyen iddiaların varlığı halinde gerçeğin tespiti amacıyla araştırma yapmakla yükümlüdür. Taraflardan birinin isticvap edilmesi ve bunun ikrarla

³³⁴ Kuru/ Aslan/ Yılmaz, **a.g.e.** , s. 418; Pekcanitez/ Atalay/Özekes, **a.g.e.** , s. 337; Aras, **a.g.e.** , s. 22.

³³⁵ Pekcanitez/ Atalay/Özekes, **a.g.e.** , s. 337; Aras, **a.g.e.** , s. 22.

³³⁶ İsticvap ve tarafların dinlenilmesi birbirinden farklı kurumlardır. Tarafların dinlenilmesi, hâkimin müphem gördüğü hususların aydınlatılması amacıyla HUMK'nun 213. maddesi ile 75. maddesi uyarınca yapılabilir.

³³⁷ Kuru/ Aslan/ Yılmaz, **a.g.e.** , s. 418; Pekcanitez/ Atalay/Özekes, **a.g.e.** , s. 338.

³³⁸ Kuru/ Aslan/ Yılmaz, **a.g.e.** , s. 418; Pekcanitez/ Atalay/Özekes, **a.g.e.** , s. 338.

³³⁹ Kuru/ Aslan/ Yılmaz, **a.g.e.** , s. 418; Pekcanitez/ Atalay/Özekes, **a.g.e.** , s. 338.

³⁴⁰ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** , s. 345.

sonuçlanması halinde bile, hâkim, tarafın beyanı ile bağlı olmayacak ve bu hususa ilişkin araştırma yapabilecektir.

Araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda kural olarak ikinci tanık listesi verilebilecektir³⁴¹.

4) Medeni Usul Kanununda Benimsenen İlke

a) Genel Olarak

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 75. maddesi:

“Kanunun tayin eylediği istisnalardan başka hallerde hâkim iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya iddia sebeplerini re’sen nazarı dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek hallerde dahi bulunamaz.

Ancak müphem ve mütenakız gördüğü iddia veya sebepler hakkında izahat isteyebilir.

*Hâkim davanın her safhasında iki tarafın iddiaları hududu dâhilinde olmak üzere kendilerini istima ve lazım olan delillerin ibraz ve ikamesini emredebilir.”*³⁴²

HUMK'un bu hükmüne göre, hâkimin hükmüne temel yapacağı maddi vakıaların taraflarca getirilmesi gerekmektedir. Vakıanın hangi tarafça ileri sürüldüğünün önemi yoktur. Vakıayı, aleyhine olacak taraf getirmiş olsa dahi bu vakıa hükme esas alınabilecektir³⁴³.

³⁴¹ Kuru/ Aslan/ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 403.

³⁴² Mehaz Neuchatel Usul Kanunu m.57’de buna benzer bir hüküm düzenlenerek hâkime, aydınlatma ödevi yüklenmiştir.

³⁴³ Alangoya, **a.g.e.**, s. 95.

Bu hükme göre hâkim, istisnalar dışında taraflarca dermeyan edilmemiş olan vakıaları tamamlayamaz ve bu vakıaların varlığını taraflara telkin edemez ve hatırlatamaz³⁴⁴.

Bu madde ile kanun koyucu vakıaların toplanması bakımından tarafların yetkisini düzenlemiş ve hâkimin vakıaların toplanması bakımından istisnalar dışında yetkili olamayacağını hükme bağlamıştır³⁴⁵.

HUMK m.75/II' de hâkimin şüpheli ve çelişkili gördüğü iddialar ve nedenler hakkında açıklama isteyebileceği belirtilerek, hâkimin davayı aydınlatma ödevi (hâkimin soru hakkı) düzenlenmiştir³⁴⁶.

HUMK'un 75. maddesinde hâkimin, dava malzemesinin getirilmesine ilişkin yetkisinin sınırları çizilmiş³⁴⁷ ve hâkimin gerektiğinde, duruşmanın her aşamasında iki tarafın iddiaları çerçevesinde kendilerini dinleyebileceği ve gerekli olan kanıtları vermelerini emredebileceği düzenlenmiştir. Buna göre, Türk yargılama hukukunda hâkimin aydınlatma ödevinin tamamlama ve açıklama fonksiyonu olmakla birlikte değiştirme fonksiyonu bulunmamaktadır³⁴⁸ ve bu sebeple de, dava malzemesinin toplanmasına ilişkin olarak hâkimin yetkilerinin arttırıldığı kabul edilse bile, tek yetkili olduğu sonucuna varılamayacaktır.

Yukarıda yapılan tüm bu açıklamalardan sonra, HUMK'da benimsenen genel ilkenin dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi olduğunu söylemek uygun olacaktır, zira bizim sistemimizde bu yetkinin hâkim yerine taraflara daha çok tanınmış olması usul hukukunun gerçeğe ulaşma amacına uygun düşmektedir³⁴⁹. Kanunda benimsenmiş olan bu ilkenin dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi olması tarafların lehlerine olan vakıaları en iyi bilebilecek durumda olmaları ve

³⁴⁴ Alangoya, **a.g.e.** ,s. 126.

³⁴⁵ Alangoya, **a.g.e.** ,s. 127.

³⁴⁶ Hâkimin aydınlatma ödevine ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz. İkinci Bölüm, I, B, 2, c, (2).

³⁴⁷ Alangoya, **a.g.e.** ,s. 127.

³⁴⁸ Yavuz Alangoya, Dava Temeli, Hâkimin Dava Malzemesinin Toplanmasıdaki Rolü ve Bu Konudaki Gelişmeler Hakkında, **Kazancı Hakemli Dergi, Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri**, İstanbul, 2005, S. 9, s.104 (**Dava Temeli**).

³⁴⁹ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** , s. 203.

kendi çıkarlarını en iyi gene kendilerinin koruyabilecek durumda olmaları düşüncesiyle de örtüşmektedir³⁵⁰.

Dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesine ağırlık verilmiş olmakla birlikte araştırma ilkesi de HUMK’da uygulama alanı bulmaktadır.

b) Vakıaların Toplanması Bakımından Hâkimin Yetkili Olduğu Haller

(1) “Maruf ve Meşhur” Vakıalar

HUMK m. 238/II’ de maruf ve meşhur olan veya ikrar olunan hususların münazaalı sayılmayacağı düzenlenmiştir. Buna göre herkes tarafından bilinen veya kabul olunan konular, çekişmeli sayılmayacaktır.

Maruf ve meşhur vakıalara kamunun üzerinde bilgi sahibi olduğu ve mahkemenin bilgisi dâhilinde olan vakıalar dâhil edilmektedir³⁵¹. Maruf vakıalar, yani kamunu bilgisinde olan vakıalar, az veya çok herkesin bildiği vakıalardır ve bu gerektiğinde bu vakıalara ilişkin bilgilere ulaşmak kolay olacaktır³⁵². Bundan başka, hâkimin resmi sıfatından dolayı vakıf olduğu vakıalar da mahkemenin özel bilgisinde olan vakıalardır ve ispatları gerekmemektedir³⁵³.

Dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinin kabul edilmesinin bir sonucu olarak, hükme esas teşkil edebilmesi açısından taraflarca getirilmesi gerekli olduğu halde ileri sürülmemiş hususların hâkim tarafından dikkate alınamayacağını “herkes tarafından bilinen ve kabul olunan konular” bakımından da kabul etmek yargılamanın sonucunda sağlıklı bir hükmün verilebilmesini tehlikeye atacaktır. Çünkü bu durumda gerçeğe uymayan bir hükmün verilmesi yargılamanın başından

³⁵⁰ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** , s. 203.

³⁵¹ Saim Üstündağ, **a.g.e.** , s. 594.

³⁵² Üstündağ, **a.g.e.** , s. 594. Yazara göre, kamunun bilgisinde olan vakıalarda önemli olan, bu vakıalara ilişkin bilginin büyük çoğunluk tarafından biliniyor olması değil, bilgi kaynağına herkes tarafından ve özel bir mesleki bilgi gerektirmeksizin, kolaylıkla ulaşılabilir olmasıdır. Bunlara örnek olarak, bütün gazeteler tarafından aynı şekilde verilmiş günlük olaylar, büyük tarihi olaylar gösterilebilir.

³⁵³ Üstündağ, **a.g.e.** , s. 594–595.

kabul edilmiş olacaktır ve medeni usul hukukunun amacı olan gerçeğe ulaşmak gayesi göz ardı edilmiş olacaktır³⁵⁴.

Hâkimin maruf ve meşhur vakıaları taraflar ileri sürmese bile hükme esas alabileceğinin kabul edilmesi halinde, tarafların bu vakıalar ve bunların maruf ve meşhur olma nitelikleri hususlarını tartışabilecekleri kabul edilmelidir, çünkü bu husus, tarafların iddia ve savunmada bulunabilme haklarının bir sonucudur³⁵⁵.

Alman Medeni Usul Kanunu'nda, herkesin bilmediği fakat mahkemenin resmi faaliyetinden ötürü öğrendiği ve bu şekilde mahkemeye malum olan vakıaların ispatına gerek olmadığı (d)ZPO §291'de düzenlenmiştir.

Ancak maruf ve meşhur vakıaların hâkim tarafından dikkate alınabilecek olmasının da bir sınırlaması vardır ki, o sınır da, söz konusu maruf vakıaların tarafların şahsiyet haklarını ilgilendirmesi durumudur. Bu durumda hâkim bu vakıayı ileri sürülmedikçe değerlendiremeyecektir³⁵⁶.

(2) Kadastro Mahkemelerinde Görülen Davalar

Taşınmaz malların sınırlarını arazi ve harita üzerinde belirterek hukukî durumlarını tespit etmek suretiyle 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun öngördüğü tapu sicilini kurmak, mekânsal bilgi sisteminin alt yapısını oluşturmak amacıyla kabul edilen 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun "Kadastro Davalarında Usul" başlıklı 28. maddesinde kadastro hâkiminin³⁵⁷ ilgililerin başvurusunu beklemezsizin kadastro tutanakları ile uyuşmazlığın çözülmesine etkili olabilecek kayıt ve diğer bilgileri ilgili dairelerden getirteceği düzenlenmiştir.

³⁵⁴ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** , s. 312.

³⁵⁵ Alangoya, **a.g.e.** , s. 130.

³⁵⁶ Alangoya, **a.g.e.** , s. 130.

³⁵⁷ Kadastro Kanunu'nun 24. maddesine göre, her kadastro bölgesinde tek hâkimli ve Asliye Mahkemesi sıfatını haiz yeter sayıda kadastro mahkemesi bulunur. Bu mahkeme hâkimleri 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu hükümlerine tabidir.

Buna göre, kadastro hâkimi tarafların delillerini topladıktan sonra re'sen tahkikatı genişletmek ve gerekli gördüğü diğer delilleri toplamak yetkisini haizdir³⁵⁸.

(3) Dava Şartları

Davada esas hakkında incelemeye geçilebilmesi ve esasa ilişkin hüküm verilebilmesi için varlığı aranan bazı geçerlik şartlarına (bazı durumlarda ise bu şartların bulunmaması gereklidir) dava şartları denir. Bu şartlar davanın geçerliliğinin bağlı olduğu şartlardır³⁵⁹.

Dava şartları bakımından araştırma ilkesi uygulama alanı bulmayacaktır³⁶⁰. Hâkim, maddi vakıaları araştırması, taraflarca getirilmesine gerek olmadan dava şartlarına ilişkin dava malzemesi toplayamayacaktır³⁶¹. Ancak doktrinde bu görüşün aksi savunularak, dava şartlarının mevcut olup olmadığını re'sen (görevinden ötürü) inceleyen hâkimin, bu incelemeyi yaparken taraflarca ileri sürülmüş olan vakıalarla bağlı olmadığını ve bu konuya ilişkin olarak tarafların dermeyan etmediği vakıaları da dikkate alabileceği ileri sürülmüştür³⁶².

Araştırma ilkesi çerçevesinde olmamakla beraber, hâkime gene de birtakım başka yetkiler tanınmıştır³⁶³, öyle ki hâkim dava şartlarının gerçekleşmemiş olduğuna ilişkin bir kuşkuya düşerse, o takdirde yargılamanın herhangi bir aşamasında, iddia ve ispat yükü taşıyan tarafın, bu konudaki vakıaları ve delilleri getirmesini isteyebilecektir³⁶⁴.

(4) Evliliği Sona Erdiren Davalar

Evliliği sona erdiren davalar, Medeni Kanun'da düzenlenmiştir. Bu davalar, gaipliğin tespiti ve evliliğin feshi (MK m.131), evlenmenin mutlak butlanı (MK

³⁵⁸ Kadastroya ilişkin uyuşmazlıkların dava yoluyla çözümlenmesine ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için Bkz: Kemal Oğuzman/ Özer Seliçi/ Saibe Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, Gözden geçirilmiş ve eklemeler yapılmış 11. Bası, 2006, s. 154 vd.

³⁵⁹ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 210.

³⁶⁰ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 217.

³⁶¹ Alangoya, **a.g.e.**, s. 133.

³⁶² Renggli, **a.g.e.**, s. 38; Saim Üstündağ, **a.g.e.**, s. 313; Kuru/ Aslan/ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 408.

³⁶³ Alangoya, **a.g.e.**, s. 133

³⁶⁴ Alangoya, **a.g.e.**, s. 133; Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 217;

m.145 vd.), evlenmenin nisbi butlanı (MK m.148 vd.) ve boşanma (MK m.161vd.) davalardır.

Medeni Kanun bu davalar bakımından bazı özel usul hükümleri getirmiş bulunmaktadır. “Boşanmada Yargılama Usulü” başlıklı Medeni Kanun’un 184. maddesi ile düzenlenen bu usul kuralları uyarınca hâkim boşanma davasının dayandığı olguların varlığına vicdanen kanaat getirmedikçe, bunları ispatlanmış sayamaz. Hâkim bu olgular hakkında yemin öneremez. Tarafların ikrarı hâkimi bağlamaz. Hâkim kanıtları serbestçe takdir eder.

MK m. 184’de yer alan düzenlemede hâkimin dava malzemesini getirmekle yükümlü olduğu düzenlenmemiştir, ancak kamu yararı düşüncesi ile bu davalarda araştırma ilkesinin geçerli olduğunu belirtmek gerekir³⁶⁵.

C- Taraflarca Getirilme İlkesinin Alternatifi: Hâkimle İşbirliği İlkesi (Kooperationsmaxime)

Dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi, ideolojik olarak yapılandırılmış usul anlayışına, yani liberalizme dayanmaktadır³⁶⁶. Devletin taraflar arasından var olan bir ihtilafa ilişkin olarak hiçbir menfaatinin bulunmadığı ve “bırakınız yapsınlar” anlayışının hakim olduğu dönemlerde ortaya çıkan taraflarca getirilme ilkesi, çeşitli eleştirilere de maruz kalmıştır³⁶⁷. Böyle bir sistemde ancak entelektüel ve finansal kabiliyete sahip tarafın davayı kazanabilecek olmasının³⁶⁸, toplumun çeşitli sınıflarına karşı büyük avantaj sağladığı iddia edilmiştir³⁶⁹. Buna çare olarak ise, zayıf olan tarafın da belirli bir ölçüde korunmasını sağlayacak olan aktif hâkim modeli öne sürülmüştür³⁷⁰. Buna göre, yargılama hâkim önünde prensip olarak eşitler arasında gerçekleşen “hukuk için savaş” değil, belirli ölçüde hâkimin

³⁶⁵ Boşanma davalarında araştırma ilkesinin uygulanması ve bu uygulamanın sınırlarına ilişkin olarak Bkz: İkinci Bölüm, II, C.

³⁶⁶ Becker-Eberhard, **a.g.m.**, s.35.

³⁶⁷ Alangoya, **a.g.e.**, s. 74

³⁶⁸ Becker-Eberhard, **a.g.m.**, s.35–36.

³⁶⁹ Anton Menger, **Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen**, Wien, 1. Auflage: 1890/ 4. Auflage 1906, Neudruck 1968, s.31 (Becker-Eberhard, **a.g.m.**, s. 39, dipnot 49’dan naklen)

³⁷⁰ Menger, **a.g.e.**, s. 35 (Becker-Eberhard, **a.g.m.**, s. 39, dipnot 50’dan naklen)

koruması altında gerçekleşen bir süreçtir. Zayıf olan tarafı korumak için hâkimin gücü arttırılmalıdır³⁷¹.

Dava konusu uyuşmalığa ilişkin olarak dava malzemesinin toplanması hususunda uyuşmalığın taraflarının yetkili olduğu, taraflarca getirilme ilkesi, yeni yasal düzenlemeler içinde artık yetersiz kalmaktadır³⁷².

İdeal olan, tarafların davayı daha az yönettiği, tarafların birlikte çalıştıkları ve hâkimin davanın yönetiminde önemli ölçüde kuvvetlendirilmiş olduğu bir usul modelidir³⁷³. Usul, hâkim ve taraflar arasında bir “grup çalışması” olmalıdır ve dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi yerine bir “Kooperationsmaxime”³⁷⁴ ikame edilmiştir³⁷⁵. Modern medeni usul anlayışı “sosyal bir medeni usul” olarak şekillenmelidir ve bu anlayış ise, dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinin kesintisiz olarak uygulandığı bir medeni usul sistemi ile bağdaşmamaktadır³⁷⁶.

Yargılama sadece tarafların kendi ihtiyaçlarına göre yürüttüğü bir sistem olarak düzenlenmemelidir, çünkü yargılama tekil bir olgu değil, kitlesel bir fenomen; tek bir vakıadan oluşan bir kurum değil, aksine vakıaların toplu şekilde tezahür ettiği bir kurumdur³⁷⁷. Kişiler arasındaki eşitsizlikler dikkate alınmalı ve taraflardan hiçbiri sosyal konumu sebebiyle zarar görmemelidir. Bu amaca ise ancak hâkimin yetkilerinin güçlendirilmesi ile ulaşılabilecektir³⁷⁸. Hâkim, hukukla bağlı olmakla birlikte yargılama sürecinde bir tür altlama makinesi olmamalıdır³⁷⁹. Taraflarca getirilme ilkesi sayısız kırılma noktasına ve sınırlandırmalara maruz kalmıştır, dolayısıyla artık bu ilke hâkimin ve tarafların işbirliği ilkesi ile yer değiştirmelidir³⁸⁰. Hâkimin ve tarafların işbirliği uyarınca, tarafların dilekçeleri değil fakat taraflarla

³⁷¹ Becker-Eberhard, **a.g.m.**, s. 36.

³⁷² Alangoya, **Dava Temeli**, s.104.

³⁷³ Becker-Eberhard, **a.g.m.**, s. 36.

³⁷⁴ Hâkimin ve Tarafların İşbirliği Yapma İlkesi

³⁷⁵ Becker-Eberhard, **a.g.m.**, s. 40; Aynı fikirde olan diğer yazarlar: Rudolf Wassermann, **Der soziale Zivilprozess**, 1978, s.97vd. , s.86 vd. ; Bernhard Hahn, **Kooperationsmaxime im Zivilprozess?** , 1982, s. 16 vd. (Becker-Eberhard, **a.g.m.**, s. 40, dipnot 53’den naklen)

³⁷⁶ Wassermann, **a.g.e.**, s. 49vd. (Becker-Eberhard, **a.g.m.**, s. 40, dipnot 54’den naklen)

³⁷⁷ Nevhis Deren-Yıldırım, **Die Kooperationsmaxime und ihre ideologischen Aspekte**, Festschrift für Walter H. Rechtberger zum 60. Geburtstag, Wien, Springer Verlag, 2005, s. 109.

³⁷⁸ Deren-Yıldırım, **a.g.m.**, s. 109.

³⁷⁹ Wassermann, **a.g.e.**, s. 78 (Deren-Yıldırım, **a.g.m.**, s. 109, dipnot 56’dan naklen)

³⁸⁰ Wassermann, **a.g.e.**, s. 108 vd. (Deren-Yıldırım, **a.g.m.**, s. 109, dipnot 58’den naklen).

hâkim arasındaki hakka ve gerçeğe ilişkin görüşmeler medeni usul yargılamasının merkezinde yer almalıdır³⁸¹.

Sosyal medeni hukuk anlayışında, hâkimin soru sorma ve münakaşa etme hakkının uygulanmasının sınırları oldukça genişletilmiştir ve de bu iki unsur verilecek hükümde etkili bir role sahiptir³⁸². Hâkim, tarafları belirli "yeni" beyanlarda bulunmak yönünde harekete geçirmeye izinlidir ancak tarafların, hâkimin önerisini izleyip izlemeyecekleri kendi sorunlarıdır; hâkim taraflara vasılık edemez³⁸³. Hâkimin izlediği işbirliği ilkesi modeli, bu nedenle temel araştırma ilkesi modelinden ayrılmaktadır³⁸⁴.

Yukarıda yapılan açıklamalarda da anlaşılmaktadır ki, hâkimin ve tarafların işbirliği ilkesinin hâkim olacağı sosyal nitelikli medeni usul sistemlerinde, hâkim, sosyal mühendis görevi görecektir³⁸⁵. Ancak unutmamak gerekir ki, yargılamada tarafların sorumluluğu, hâkimlerin kanuniliği ve bağımsızlığı esasları, hukuk devleti olmanın vazgeçilemeyecek kazanımlarıdır³⁸⁶.

D- Teksif İlkesi (Konzentrationsmaxime)

Tarafların belli bir usul kesitine kadar bütün iddia ve savunma sebeplerini dermeyeran etmeleri, bu kesitten sonra bunların ileri sürülmelerine imkân olmadığı, bu ilkenin içeriğini teşkil eder³⁸⁷. Buna göre, taraflar, vakıa ve delillerin tamamını belli bir usul kesiti içinde ileri sürmek zorundadırlar ve bu usul kesiti sona erdikten sonra başkaca vakıa ve delil ikame etmeleri yasaklanmıştır³⁸⁸. Davalı ve davacı bütün iddia

³⁸¹ Deren-Yıldırım, **a.g.m.**, s. 109.

³⁸² Deren-Yıldırım, **a.g.m.**, s. 109.

³⁸³ Wassermann, **a.g.e.**, s. 116,119 (Deren-Yıldırım, **a.g.m.**, s. 109, dipnot 59'den naklen)

³⁸⁴ Deren-Yıldırım, **a.g.m.**, s. 109.

³⁸⁵ Deren-Yıldırım, **a.g.m.**, s. 112.

³⁸⁶ Deren-Yıldırım, **a.g.m.**, s. 112.

³⁸⁷ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 204.

³⁸⁸ Üstündağ, **a.g.e.**, s. 253; Walter H. Rechberger, **Avusturya Medeni Yargılamasında Yargılamanın Hızlandırılması**, Çev: Kamil Yıldırım, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul, Alkım Yayınevi, 5. Bası, 2006, s. 12 (**Yargılamanın Hızlandırılması**); Nevhis Deren-Yıldırım, **Teksif İlkesi Açısından İstinaf, İstinaf Mahkemeleri**, Barolar Birliği Yayını Uluslar arası Toplantı, Ankara, 2003, s. 270 (**Teksif**).

ve savunma sebeplerini, çelişkili bile olsa, belirli olan bu usul kesiti sonuna kadar ileri sürmekle yükümlüdürler³⁸⁹.

Bu ilkenin uygulanabilmesi için yargılamanın yazılılık ilkesine dayanması ve de çeşitli usul kesitlerine bölünmüş olması gerekmektedir³⁹⁰.

Türk Medeni Yargılama Hukuku'na yön veren en önemli ilkelerden biri teksif ilkesidir³⁹¹. HUMK m. 179/I b.3' e göre, davacının iddiasını dayanağı olan bütün olayların sıra numarası altında açık özetleri ve kanıtlarının neler olduğu, dava dilekçesinde bulunması gereken hususlardan biridir. HUMK m.202 ise teksif ilkesinin davalı bakımından uygulanmasını düzenlemiştir, öyle ki m.202/I' e göre, davalı, cevap dilekçesinde karşılık dava da dâhil olmak üzere bütün iddia ve savunmaları ile bunların nedenlerini bildirmek zorundadır.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunun hazırlık aşamalarında örnek aldığımız Avusturya Hukuku'nda yargılamayı belli aşamalara kesin şekilde bölmek sakıncalı bulunduğundan teksif ilkesinden vazgeçilmiştir³⁹². Bu ilkeden vazgeçilmesinin önemli bir nedeni de Avusturya hukukunda sözlülük ilkesinin hâkim olmasıdır, çünkü teksif ilkesini sözlü yargılamada uygulanma imkânı yoktur³⁹³.

Teksif ilkesinin uygulanmasının amacı davaların uzamasını önlemek, davanın başında dava malzemesinin toplanmasını sağlamak³⁹⁴ ve belirli bir safhada davanın sonunun görülebilecek duruma getirilmesidir³⁹⁵. Ancak artık bu ilke bazı hukuk sistemlerinde³⁹⁶ yerini yargılamanın hızlandırılması gibi unsurlara bırakmaktadır³⁹⁷.

³⁸⁹ Üstündağ, **a.g.e.**, s. 253

³⁹⁰ Rechberger, **Yargılamanın Hızlandırılması**, s. 12; Nevhis Deren-Yıldırım, **Teksif**, s. 270.

³⁹¹ Deren-Yıldırım, **Teksif**, s. 271.

³⁹² H.W. Fashing, **Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts**, Wien, 2. Auflage, 1990, Rdnr. 710 (Deren-Yıldırım, **Teksif**, dipnot 17'den naklen); Rechberger, **Yargılamanın Hızlandırılması**, s. 12.

³⁹³ J. Schulte, **Die Entwicklung der Eventualmaxime**, Köln/Berlin/Bonn/München 1980, s. 33 (Yazar, sözlülük ilkesi ve yargılamanın bütünlüğü esaslarının geçerli olması ile Müşterek Hukuk kökenli teksif ilkesinin etkinliğini yitirdiğine dikkat çekmektedir.)(Deren-Yıldırım, **Teksif**, dipnot 17'den naklen).

³⁹⁴ Deren-Yıldırım, **Teksif**, s. 273.

³⁹⁵ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 204

³⁹⁶ Sözlülük ilkesinin ana yargılama usulü olarak kabul edildiği ve yargılama sürecinin belli aşamalara bölünmediği Avusturya ve Almanya Yargılama sistemleri bu tür hukuk sistemlerine örnek olarak gösterilebilir.

E- Iura Novit Curia

Iura novit curia ya da hâkimin hukuku görevinden ötürü uygulayacağı ilkesi, hâkimin mahkemeye getirilen ihtilafın çözümüne ilişkin hüküm verebilmek için, getirilen vakıalara, bunlara uyan hukuk normunu uygulayacağını ifade eder³⁹⁸.

HUMK m.179/I b.4’de dava dilekçesinde hukuki sebeplerin özetinin bulunması gerektiği düzenlenmiştir. Hukuki sebep, davacının talebine hükmedilebilmesi için dava sebebine uygulanacak olan soyut hukuk normudur³⁹⁹. HUMK m.76 hükmü uyarınca hâkim, kendiliğinden Türk yasaları gereğince karar verir. Taraflarca getirilen vakıaların teşkil ettiği soyut hukuk normunu hâkim, tarafların bu konudaki dermeyanlarından bağımsız olarak uygulayacaktır⁴⁰⁰. Hâkim uygulanacak olan hukuk normunu tespit ederken, tarafların dava dilekçelerinde yapmış oldukları nitelendirmelerle bağlı olmayacak⁴⁰¹ ve bütün hukuki görüş açılarından inceleyerek hukuk normunu uygulayacaktır⁴⁰². Bunun sonucu olarak da, taraf hukuki sebebi yanlış göstermiş ya da birkaç hukuki sebebi bir arada göstermiş olsa bile ya da hukuki sebebi hiç göstermemiş olsa, bu durum dava dilekçesi bakımından bir eksiklik teşkil etmeyecektir⁴⁰³.

Iura Novit Curia ilkesinin yargılamada uygulanması sonucunda hâkimin aydınlatma ödevine ilişkin bir başka uygulama alanı ortaya çıkar, öyle ki hâkim, doğru olduğunu düşündüğü ve tarafın belirttiği hukuki sebebe uymayan hukuki sebepten tarafları haberdar etmelidir, çünkü taraflar yargılama sırasında beklenmedik bir durum ile karşı karşıya bırakılmamalıdır⁴⁰⁴. Hâkimin tarafları haberdar etmemesi hem HUMK m.75/II’ de düzenlenen kuralın ihlali hem de tarafların iddia ve savunma haklarının ihlali anlamına gelecektir⁴⁰⁵.

³⁹⁷ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 205.

³⁹⁸ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 206.

³⁹⁹ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 250.

⁴⁰⁰ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 250; Kuru/ Aslan/ Yılmaz, **a.g.e.** , s. 409

⁴⁰¹ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 206; Kuru/ Aslan/ Yılmaz, **a.g.e.** , s. 409.

⁴⁰² Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 250.

⁴⁰³ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 250; Kuru/ Aslan/ Yılmaz, **a.g.e.** , s. 409

⁴⁰⁴ Alangoya, **a.g.e.** ,s. 152.

⁴⁰⁵ Alangoya, **a.g.e.** ,s. 153.

F- Yargılamanın Yürütülmesi

Usul Kanunları, dava ile açılmış olan yargılamayı ilerletme hususunda yetkiyi hâkimlere ya da taraflara tanımış olabilir⁴⁰⁶. Davayı yürütme yetkisinin hâkimlere tanınmış olması durumunda hâkimin davayı yürütmesi, yürütme yetkisinin davanın taraflarına tanınmış olması durumunda ise, tarafların davayı yürütmesi söz konusu olmaktadır.

Tasarruf ilkesi ve dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinden bağımsız olarak yargılama mahkeme tarafından re'sen yürütülür⁴⁰⁷. Yargılamanın yürütülmesine ilişkin mahkemenin tasarrufları, davanın ikamesine bağlı ve sözlü muhakemenin dışında kalan kesite ilişkindir⁴⁰⁸. Davanın ikamesi tasarruf ilkesi uyarınca taraflara aittir⁴⁰⁹.

Yargılamanın yürütülmesine ilişkin, yargılamanın şekli yürütülmesi ve yargılamanın maddi yürütülmesi ayrımı yapılmaktadır. Yargılamanın şekli anlamda yürütülmesi mahkemenin çağrılara, sürelerin ve celselerin tayinine ve tebligata ilişkin yetki ve tasarrufları, maddi anlamda yargılamanın yürütülmesi ise, mahkemenin taraf muamelelerinin sınırları içinde ve tarafların sunduğu malzeme ışığında hukuki uyumsuzluğun içeriğine uygun çözümü bulmasıdır⁴¹⁰.

G- Yazıllık- Sözlülük

Yazıllık ve sözlülük usuli işlemlerin yapılma şekilleridir⁴¹¹. Sadece yazılı olarak mahkemeye dermeyan edilen dava malzemesi yargılama sonucunda verilecek olan hükme esas alınıyorsa yazıllık, sadece duruşmalarda sözlü olarak dermeyan edilen dava malzemesi hükme esas teşkil ediyorsa sözlülük esası benimsenmiştir⁴¹².

⁴⁰⁶ Üstündağ, **a.g.e.**, s. 263

⁴⁰⁷ Schilken, **Hâkimin Rolü**, s.45

⁴⁰⁸ Schilken, **Hâkimin Rolü**, s.45

⁴⁰⁹ Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz. İkinci Bölüm, I, A, 1.

⁴¹⁰ Schilken, **Hâkimin Rolü**, s.47.

⁴¹¹ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 206.

⁴¹² Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 206.

Yazılılık ve sözlülük ilkelerinin uygulanması kesin olarak birbirinden ayrılmış olmak zorunda değildir⁴¹³. Bu iki sistem, belirli ölçülerde bir arada yürüyebilir⁴¹⁴.

Yazılılık ve sözlülük ilkelerinin uygulanmasının avantajları ve dezavantajları vardır. Yargılamanın yazılı yürütülmesi dava malzemesinin tespitini ve kontrolünü kolaylaştırır, ancak bununla beraber dava malzemesinin tümünün açıklanmasını zorlaştırmaktadır⁴¹⁵. Buna karşılık, sözlülük ilkesi uyarınca yapılacak olan yargılamalarda dava malzemesinin daha açık ve yanlış anlamalara meydan vermeyecek şekilde getirilmesi söz konusudur⁴¹⁶. Ayrıca bu yolla yargılamanın daha canlı ve hâkimle ilişki içinde olması sağlanır. Bununla beraber, tarafların ihtilafı yetkinlik içinde hâkim karşısında ifade edememeleri ya da bazı hususları unutmaları ve ifadelerinde oluşabilecek kaçamak sözler dava malzemesinin içeriğini etkileyecektir⁴¹⁷.

Türk Hukuku'nda esas itibarıyla yazılılık ilkesi ağırlıklı olarak uygulanmaktadır⁴¹⁸ ve ana yargılama usulü yazılı yargılamadır. Buna göre, layihalar teatisi aşamasında toplanan dava malzemesinin yazılı olarak dermeyanı gereklidir. Usuli beyanın geçerliliği yazılı olarak yapılması şartına bağlıdır⁴¹⁹.

H- Yargılamaya Katılanların Dinlenmesi İlkesi (Rechtliches Gehör)⁴²⁰

HUMK m. 73'e göre, kanunun gösterdiği istisnalar dışında, hâkim, her iki taraf dinlenmedikçe ya da taraflar, iddia ve savunmalarını dile getirmeleri için yasal şekillere göre çağrılmadıkça, kararını veremez.

⁴¹³ Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, **a.g.e.** , s. 501.

⁴¹⁴ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 206. Alman Medeni Usul Kanunu'nda kabul edilen esas, sözlülük ilkesidir ancak, yargılamanın bazı aşamalarında işlemler yazılılık ilkesi uyarınca gerçekleştirilmektedir. Ayrıntılı bilgi için Bkz: Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, **a.g.e.** , s. 501

⁴¹⁵ Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, **a.g.e.** , s. 501

⁴¹⁶ Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, **a.g.e.** , s. 502.

⁴¹⁷ Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, **a.g.e.** , s. 502.

⁴¹⁸ Üstündağ, **a.g.e.** , s. 258; Deren-Yıldırım, **Teksif**, s. 270.

⁴¹⁹ Üstündağ, **a.g.e.** , s. 258

⁴²⁰ Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz: Muhammet Özkes, **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003.

HUMK’da yer alan bu hükme göre, hâkim, yargılamaya katılanların iddia ve savunmalarını tam olarak yerine getirebilmelerine imkân vermeden önüne gelen uyuşmazlığa ilişkin olarak hüküm veremez⁴²¹. Hâkim, iki tarafa eşit olarak hukuki dinlenilme hakkı tanıyarak hüküm vermelidir⁴²².

Hakların korunması ile ilgili hükümler başlığı altında “Hak Arama Hürriyeti” başlığıyla düzenlenen Anayasanın 36/I maddesine göre, herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Anayasanın ilgili maddesi ile teminat altına alınan bu ilke, aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile de m. 6’da adil yargılanma hakkının kapsamı dâhilinde düzenlenmiştir ve medeni usul yargılamasında hukuk devletinin ve eşitlik ilkesinin, hak arama özgürlüğünün ve adil yargılanma hakkının bir gereğidir⁴²³.

Hukuki dinlenilme hakkının amacı, dinlenilmesine karar verilen ilgilinin yargılamaya veya yargılama sonucunda verilecek hükme etki edebilmesini sağlamaktır⁴²⁴. Hukuki dinlenilme hakkı sadece uyuşmazlığın taraflarına tanınmış bir hak değildir, öyle ki görülmekte olan yargılamayla hukuki durumu doğrudan ve madden etkilenecek olan herkesin hukuki dinlenilme hakkı bulunmaktadır⁴²⁵.

Hukuki dinlenilme hakkının, bilgilenme hakkı, açıklama hakkı ve dikkate alma ve değerlendirme yükümlülüğü olmak üzere üç alt unsuru vardır⁴²⁶.

I- Aleniyet İlkesi

Anayasanın “Yargıya İlişkin Genel Hükümler” bölümünde 141. maddede düzenlendiği üzere, mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır ve duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir.

⁴²¹ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** , s. 206.

⁴²² Pekcanitez/ Atalay/Özekes, **a.g.e.** , s. 238.

⁴²³ Pekcanitez/ Atalay/Özekes, **a.g.e.** , s. 239.

⁴²⁴ Özekes, **a.g.e.** , s. 32.

⁴²⁵ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** , s. 207; Özekes, **a.g.e.** , s. 32.

⁴²⁶ Hukuki dinlenilme hakkının unsurları, bu unsurların konusu ve sınırlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz: Özekes, **a.g.e.** , s. 86–195.

HUMK'un 149. maddesinde ise, duruşmaların herkese açık olduğu ve genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde, duruşmanın bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına mahkemece karar verilebileceği düzenlenmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md. 6'da ifadesini bulan alenilik ilkesi ise, herkesin aleni duruşma hakkına sahip olduğu; hükmün aleni olarak açıklanacağı; ancak basın ve kamunun duruşmanın tamamından ya da bir kısmından, bir demokratik toplumda, ahlak, kamu düzeni yahut milli güvenlik yararına, gençlerin çıkarlarının ya da tarafların özel yaşamının korunmasının bunu gerektirmesi hallerinde, ya da aleniyetin, adaletin gereklerine zarar verebileceği özel koşullar bulunması halinde çıkartılabileceği şeklinde düzenlenmiştir⁴²⁷.

Uluslararası belgelerde yer almakla beraber Türk hukuku bakımından da anayasal güvence altına alınan alenilik ilkesi, kamunun yargı erkine olan güvenini kuvvetlendirici rol oynamaktadır⁴²⁸. Bu ilke ile yargının objektifliğinin sağlanması kontrol edilir⁴²⁹.

Alenilik ilkesine göre, yargılamanın herkese açık olarak yapılması gerekmektedir. Herkese açık olarak yapılmaktan maksat, duruşmalara dava konusu uyuşmalığın tarafı olsun veya olmasın herkesin katılabilmesi anlamına gelir⁴³⁰.

Kural, yargılamanın aleni olarak yapılması olmakla birlikte, genel ahlakın ve kamu güvenliğinin gerekli hallerde, hâkim tarafından gerekçesi aleni olarak okunmakla, duruşmalar gizli olarak yapılabilir⁴³¹.

İ- Doğrudanlık İlkesi

Doğrudanlık ilkesi, hâkimin dava malzemesini üçüncü bir kişi araya girmeden incelemesi, değerlendirmesi ve karar vermesidir⁴³². Bu ilkeye göre,

⁴²⁷ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md. 6'nın türkçe tercümesi için Bkz: Mehmet Semih Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri (Bölgesel Sistemler)**, İstanbul, Alkım Yayınları, 1999, s. 41.

⁴²⁸ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 208.

⁴²⁹ Pekcanitez/ Atalay/Özekes, **a.g.e.** , s. 246.

⁴³⁰ Pekcanitez/ Atalay/Özekes, **a.g.e.** , s. 246.

⁴³¹ Pekcanitez/ Atalay/Özekes, **a.g.e.** , s. 246.

yargılama araya başkaca bir makam ya da kişi girmeden mahkeme önünde ve mahkeme tarafından yürütülür⁴³³. Esasa ilişkin hüküm vermeye yetkili olan mahkeme, aynı zamanda dava malzemesini değerlendirecek mahkemedir⁴³⁴.

HUMK m.241'e göre, kanunun belirlediği istisnalar dışında, deliller hâkim önünde incelenir ve dinlenir ve mahkemede veya mahkeme dışında yapılan incelemeler ve işlemler ayrıntılı olarak tutanağa yazılır. Doğrudanlık ilkesinin kanundaki ifadesi olan bu maddeye göre, ikame olunan delilleri bizzat davaya bakan mahkeme veya hâkim inceler⁴³⁵.

Delilleri değerlendirecek olan hâkim, delilleri doğrudan doğruya ve bizzat görüp inceleyecek ve bu yolla daha doğru bir karara varacaktır. Doğrudanlık ilkesinin yargılamada uygulanmasına örnek teşkil eden keşif sayesinde, hâkim, delilleri bizzat görüp inceleme imkânına sahip olacaktır⁴³⁶.

Bu ilke, sadece belirli delil tiplerine izin veren sıkı ispatın bir unsurudur⁴³⁷.

Ancak bazı durumlarda bu ilkeye istisnalar getirilmiştir. Örneğin, HUMK'da düzenlenen istinabe yoluyla bir mahkemenin kendi yargı çevresi dışında yapılması gereken bir işlem için, o yargı çevresinin mahkemesinden yardım talep etmesi, bu istisnaların en önemlilerinden biridir⁴³⁸.

J- Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında Düzenlenen Medeni Usul Hukuku İlkeleri

1) Genel Olarak

2006 tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının I. Bölümünün “Genel Hükümler” başlıklı Birinci Kısımının İkinci Bölümünde “Yargılamaya Hakim Olan

⁴³² Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 208; Pekcanitez/ Atalay/Özekes, **a.g.e.** , s. 229; Özekes, **a.g.e.** , s. 71.

⁴³³ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 208; Pekcanitez/ Atalay/Özekes, **a.g.e.** , s. 229; Özekes, **a.g.e.** , s. 71.

⁴³⁴ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 208; Pekcanitez/ Atalay/Özekes, **a.g.e.** , s. 229.

⁴³⁵ Yıldırım, **a.g.e.** , s. 90.

⁴³⁶ Pekcanitez/ Atalay/Özekes, **a.g.e.** , s. 229.

⁴³⁷ Yıldırım, **a.g.e.** , s. 91.

⁴³⁸ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 209.

İlkeler” başlığıyla m.30-39 arasında medeni usul yargılamasına hakim olan ana ilkeler düzenlenmiştir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nda düzenlenen ilkeler şunlardır:

- Tasarruf İlkesi (HMKT m.30)
- Taraflarca Getirilme İlkesi (HMKT m.31)
- Taleple Bağlılık İlkesi (HMKT m.32)
- Hukuki Dinlenilme Hakkı (HMKT m.33)
- Aleniyet İlkesi (HMKT m.34)
- Dürüst Davranma ve Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü (HMKT m.35)
- Usul Ekonomisi İlkesi (HMKT m.36)
- Hakimin Davayı Aydınlatma Ödevi (HMKT m.37)
- Yargılamanın Sevk ve İdaresi (HMKT m. 38)
- Hukukun Uygulanması (HMKT m.39)

2) Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında Yer Alan Düzenlemelere İlişkin Değerlendirme

Medeni Usul Hukukunun yargılamaya ilişkin ana ilkelerinin bir kısmı 19. yüzyılın başlarından sonra kuvvetlenen üst prensiplere bağlama alışkanlığının sonucu olarak ortaya çıkmış bulunmaktadır⁴³⁹.

Yukarıda anılan Medeni Usul Hukukunun ana ilkeleri HUMK’da ayrı bir bölüm halinde düzenlenmiş değildir. Bu ilkelerin her biri, görünümelerini farklı HUMK hükümlerinde bulmakla beraber, bir kısmı ise hukukun genel prensiplerinden çıkartılmaktadır ve HUMK hükümleri ile düzenlenmiş değildir.

HUMK’da düzenlenmiş olan Medeni Usul Hukuku ilkeleri şunlardır:

- Tasarruf İlkesi (HUMK m. 72)⁴⁴⁰

⁴³⁹ Yavuz Alangoya/ Kamil Yıldırım/ Nevhis Deren-Yıldırım, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, Değerlendirmeler ve Öneriler**, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2006, s. 31 (Tasarı).

⁴⁴⁰ HUMK m.72’de düzenlenmekle birlikte HUMK’da bu ilkenin başka görünüş biçimleri de mevcuttur. Bunlara örnek olarak sulh, feragat ve kabul kurumları gösterilebilir. Ayrıntılı bilgi için Bkz: İkinci Bölüm, I, A, 1, b.

- Taleple Bağıllık İlkesi (HUMK m.74)⁴⁴¹
- Hukuki Dinlenilme Hakkı (HUMK m.73)
- Aleniyet İlkesi (HUMK m. 149)
- Usul Ekonomisi İlkesi (HUMK m.77)
- Hakimin Davayı Aydınlatma Ödevi (HUMK m. 75/II)
- Hukukun Uygulanması (HUMK m. 76)

Ancak taraflarca getirilme ilkesi, dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğüne ilişkin ise HUMK’da herhangi bir düzenleme yer almamakta ve bu ilkeler ve ödevler hukukun genel prensiplerinden çıkartılmaktadır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nda medeni usul hukukunun ana ilkelerinin ayrı bir bölüm altında düzenlenmiş olması olumlu sayılabilecekse de, yapılmış olan bu düzenlemelerin, doktrindeki ve uygulamadaki gelişmelerin takip edilmeden tasarı metnine alınması, uygun olmamıştır⁴⁴². Günümüzde ihtiyaçlar doğrultusunda usul hukukunda ortaya çıkan yeni durumların Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısına alınmamış olması, bu tasarı metninin kanunlaşması halinde, yeni kanunun ilkeler bakımından ihtiyaçların gerisinde düzenlemeler içermiş olarak hüküm doğurmasını sonuçlamış olacaktır, fakat unutulmamalıdır ki, yasalar bakımından önemli olan yeterli düzenlemelerin getirilmiş olmasıdır⁴⁴³.

II. BOŞANMA DAVALARINDA UYGULANACAK OLAN MEDENİ USUL HUKUKU İLKELERİ

A- Genel Olarak

Evliliği sona erdiren davalardan biri olan boşanma davaları kamu düzenini ilgilendiren ve kamu yararının korunmasını gerektiren bir hukuki müessese olduğundan dolayı farklı özelliklere sahip davalardır. Bu özellikler öncelikli olarak medeni usul hukukunun üst prensipleri olan ilkelerin uygulanması bakımından

⁴⁴¹ Taleple bağıllık ilkesi HUMK’da düzenlenmiş olmakla birlikte, aslen tasarruf ilkesinin görünüm biçimlerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

⁴⁴² Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **Tasarı**, s. 32.

⁴⁴³ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **Tasarı**, s. 32.

kendini göstermekte ve usul hukukunun gerçeğe ulaşma amacını gerçekleştirebilmek için bazı özel düzenlemelere gerek olmaktadır.

B- Tasarruf İlkesi- Re'sen Hareket İlkesi

Uyuşmazlığın taraflarının dava konusu üzerinde etki edebilmeleri anlamına gelen tasarruf ilkesi kural olarak boşanma davalarında uygulama alanı bulabilecektir. Bu ilkeye göre, bir dava ancak tarafın talebiyle görülebilecektir. Hiç kimse dava açmaya veya belirli bir davayı açmaya zorlanamayacaktır⁴⁴⁴. Dava ancak tarafın talebiyle görülebileceği gibi, davanın konusunu belirleme yetkisi de ancak uyuşmazlığın taraflarına ait olacaktır⁴⁴⁵.

Boşanma davası ancak kusursuz olan eş tarafından açılabilecektir. Hâkim kendiliğinden eşler adına boşanma davası açamayacak ve davaya bakamayacaktır. Boşanma sebepleri gerçekleşse bile, kusursuz eş boşanma davası açmaya zorlanamayacaktır⁴⁴⁶. Ayrıca eşler, boşanma davasının şartları gerçekleşmiş olsa bile, isterlerse boşanma davası isterlerse ayrılık davası açabileceklerdir, çünkü tasarruf ilkesi uyarınca davanın konusunu belirleme yetkisi kendilerindedir ve boşanmanın şartları gerçekleşmiş olsa bile, ayrılık davası açabilirler⁴⁴⁷.

Tasarruf ilkesinin bir görünümü de HUMK m.74 ile düzenlenmiş olan hâkimlerin taleple bağlılığıdır. Hâkim, dava dilekçesinde belirtilmiş olan netice taleple sıkı sıkıya bağlıdır. Ancak, boşanma davaları bakımından bu hususa ilişkin istisnai bir durum vardır. MK m.170 hükmüne göre, boşanma sebebi ispatlanmış olursa, hâkim boşanmaya veya ayrılığa karar verir. Dava yalnız ayrılığa ilişkinse, boşanmaya karar verilemez. Dava boşanmaya ilişkinse, ancak ortak hayatın yeniden kurulması olasılığı bulunduğu takdirde ayrılığa karar verilebilir. Buna göre, dava açılarak boşanma talep edilmiş olsa bile, hâkim eşler arasında barışma ümidi gördüğü ve evlilik birliğinin devam edebileceğine ilişkin bir kanaate sahip olduysa, o takdirde, hâkim, re'sen hareket ilkesi gereğince, tarafların boşanma taleplerine

⁴⁴⁴ Hasan Petek, Medeni Usul Hukukunda Hakim Olan İlkeler Işığında Boşanma Davaları, **İzmir Barosu Dergisi**, 2000, S.3, s. 12.

⁴⁴⁵ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 201.

⁴⁴⁶ Petek, **a.g.m.**, s. 12.

⁴⁴⁷ Petek, **a.g.m.**, s. 12-13.

rağmen, ayrılığa hükmedebilecektir⁴⁴⁸⁻⁴⁴⁹. Ancak, eğer eşler ayrılık davası açmış ve ayrılık talep etmişlerse, o takdirde hâkim boşanmaya karar veremeyecek ve tarafların ayrılık taleplerine ilişkin bir karar verecektir⁴⁵⁰.

Boşanmanın fer'i sonuçlarından biri olan nafakaya hükmedilmesine ilişkin olarak da boşanma yargılaması yapan hâkime bir takım özel görevler yüklenmiş ve tasarruf ilkesine çeşitli istisnalar getirilmiştir. Hâkim, eşin talep etmiş olduğu tedbir nafakasının miktarı ile bağlıdır ve talep edilenden fazlasına hükmedemez; nafaka talep edilmediği takdirde ise, nafakaya hükmedemez. Ancak, çocuğun bakımına ilişkin nafaka bakımından tasarruf ilkesi uygulama alanı bulmayacak ve taleple bağlılık söz konusu olmayacaktır. Buna göre, iştirak nafakasının dava dilekçesinde çok az talep edildiği veya hiç talep edilmediği takdirde, hâkim, çocuğun menfaatinin kendiliğinden koruyacak ve nafaka talep edilmediği ya da az talep edilmiş olduğu takdirde, uygun miktarda bir nafakaya hükmedebilecektir⁴⁵¹. Burada çocuğun çıkarlarının korunması gereklidir⁴⁵².

Davanın sona ermesi bakımından da tasarruf ilkesine re'sen hareket ilkesi ile çeşitli sınırlamalar getirilmiştir. Buna göre, davanın kabulü hâkimi bağlamaz⁴⁵³. Boşanma davalarında sulh olunarak uzlaşma yoluna gidilemez, ancak boşanmanın fer'i sonuçlarına ilişkin olarak geçerliliği hâkimin onayına bağlı sözleşmeler akdedilebilir⁴⁵⁴. Tarafların ikrarı hâkimi bağlamaz⁴⁵⁵⁻⁴⁵⁶. Kati yemin ve re'sen

⁴⁴⁸ Petek, **a.g.m.**, s. 14.

⁴⁴⁹ Benzer bir hüküm Alman Medeni Usul Kanunu'nda da bulunmaktadır. (d)ZPO § 614'e göre, bazı durumlarda hâkim davanın ertelenmesine karar verebilecektir. Buna göre, eğer hâkimde evlilik birliğinin devam edebileceğine dair bir kanı olursa, o takdirde boşanma davasının ertelenmesine karar verebilir. Aynı maddenin son fıkrasına göre ise, davanın ertelenmesine ilişkin bu kararlar birlikte, mahkeme kural olarak, taraflara bir evlilik uzmanına danışmalarını tavsiye eder.

⁴⁵⁰ Petek, **a.g.m.**, s. 14.

⁴⁵¹ Petek, **a.g.m.**, s. 14.

⁴⁵² Yarg. 2. HD. 9.5.2000, E. 2000/5949, K. 2000/6046, Karşı Oy Yazısı: "Boşanma ve ayrılıktan sonra da çocukların bakımı, yetiştirilmesi, ebeveynleriyle olan kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde kamu yararı görülmüştür. Kamu yararının bulunduğu yerde, olaya ve çocuğa en yakın olan hâkimin müdahalesinin kabulünde zorunluluk vardır."

⁴⁵³ "Evlilik birliğinin temelinden sarsılması talepli boşanma davalarında iddia ve savunmalar tespit edilmeden ve deliller ikame ettirilip değerlendirilmeden salt kabule dayalı olarak hüküm kurulamaz. ... Davalının boşanma davasını kabul etmesi hâkimi bağlamaz. İki tarafa usule uygun delilleri sorulmadan ve Medeni Kanunun ilgili madde koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği tespit edilmeden yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir." Yarg. 2. HD. 26.2.2003, E. 2003/1091, K. 2003/2501.

⁴⁵⁴ Ayrıntılı bilgi için Bkz: Üçüncü Bölüm, IV, A, 6.

yemin boşanma davalarında kesin delil niteliğini haiz değildir⁴⁵⁷. Bunlardan başka, boşanma davalarında tahkim sözleşmesi yapılamaz⁴⁵⁸.

Bu açıklamaların sonucunda boşanma davalarında tasarruf ilkesinin geçerli olduğu ancak bazı konulara ilişkin olarak re'sen hareket ilkesi ile sınırlandırıldığını söylemek uygun olacaktır.

C- Taraflarca Getirilme İlkesi- Araştırma İlkesi

Taraflar arasındaki uyuşmazlığın yargı mercilerine taşınması halinde, mahkemenin ihtilaf konusuna ilişkin karar verebilmesi için dava malzemesinin getirilmesi yetkisinin uyuşmazlığın taraflarına tanınmış olması halinde, yargılama hukukunda taraflarca getirilme ilkesi kabul edilmiştir⁴⁵⁹. Mahkeme karar verirken sadece taraflarca getirilmiş olan vakıaları dikkate alacak ve bu vakıaları hükme esas olarak alacaktır.

Boşanma davalarında da kural olarak, dava malzemesinin getirilmesine ilişkin olarak uyuşmazlığın tarafları sorumludur ve dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi yargılamaya yön vermektedir⁴⁶⁰. Buna göre, hâkim, tarafların bildirmediği vakıaları kendiliğinden inceleyemez ve onları hatırlatacak imalarda dahi bulunamaz⁴⁶¹. Örneğin, terk sebebiyle açılmış bir boşanma davasında, hâkim, terk süresince eşin zina yapıp yapmadığını kendiliğinden araştıramaz, fakat evi terk etmesine, eşi tarafından dövülmesinin etkisinin bulunup bulunmadığını araştırmakla görevli olması gerekir⁴⁶².

Kural olarak, hâkim uyuşmazlığın tarafları arasında çekişmeli olmayan hususları araştırmaz, lakin bu hususlar çekişmeli olmadıklarından dolayı kesinlik kazanmışlardır ve hâkim bu vakıaların doğru olduğu kanısından hareket etmek

⁴⁵⁵ Ayrıntılı bilgi için Bkz: Üçüncü Bölüm, IV, A, 4.

⁴⁵⁶ d(ZPO) § 617

⁴⁵⁷ Ayrıntılı bilgi için Bkz: Üçüncü Bölüm, IV, A, 3.

⁴⁵⁸ Petek, **a.g.m.**, s. 14

⁴⁵⁹ Alangoya, **a.g.e.**, s. 3

⁴⁶⁰ Mehmet Akif Tutumlu, **Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku**, C.I, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2005, s. 67 (Cilt I).

⁴⁶¹ Petek, **a.g.m.**, s. 30.

⁴⁶² Bu örnek için Bkz: Petek, **a.g.m.**, s. 30.

zorundadır⁴⁶³. Ancak boşanma davalarında bu genel kural uygulama alanı bulmaz. Taraflar bir konu üzerinde görüş birliğine varmış olsalar dahi, hâkim söz konusu bu vakıaları araştırmakla yükümlüdür⁴⁶⁴.

Medeni Kanun evlilik davaları bakımından bazı özel usul hükümleri getirmiş bulunmaktadır⁴⁶⁵. Fakat belirtmek gerekir ki, MK’de düzenlenen bu usul hükümlerinin arasında⁴⁶⁶ ya da özel kanun niteliğindeki Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun ile getirilen usul hükümleri arasında ya da HUMK’da yer alan diğer usul hükümleri arasında dava malzemesinin hâkim tarafından toplanacağına ve bu sebeple boşanma yargılamasında araştırma ilkesinin geçerli olacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır⁴⁶⁷. Ancak boşanma davaları nitelikleri itibarıyla kamu yararını ilgilendiren davalardır ve medeni usul hukukunun amacı olan gerçeğe ulaşma gayesinin, şekli gerçeklikten sıyrılarak maddi gerçekliğe ulaşılması ile sağlanması gereken özel nitelikli yargılamalardır. Bu sebepten, bu davalarda dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinin kısmen veya tamamen bertaraf edilerek⁴⁶⁸, araştırma ilkesinin de uygulanmasına imkân tanınmalı ve hatta bu alanda işbirliği ilkesi benimsenerek, yumuşatılmış araştırma ilkesi uygulanmaya başlanmalıdır.

D- Teksif İlkesi

Tarafların belli bir usul kesitine kadar iddia ve savunmalarını ileri sürmeleri ve bu belirlenen kesit sona erdikten sonra ise, iddia ve savunmaların ileri sürülememesini ifade eden teksif ilkesi Türk yargılama hukukunda uygulama alanı

⁴⁶³ Petek, **a.g.m.**, s. 31.

⁴⁶⁴ Petek, **a.g.m.**, s. 31.

⁴⁶⁵ Alangoya, **a.g.e.**, s. 134.

⁴⁶⁶ Alangoya, **a.g.e.**, s. 134.

⁴⁶⁷ Alman Medeni Usul Kanunu’nda “Araştırma İlkesi” başlığıyla düzenlenen § 616’ya göre, hâkim, kendiliğinden (re’sen) de delil toplayabilecek ve taraflarca yargılamaya dahil edilmeyen vakıaları da dikkate alabilecektir. Maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında ise dava tiplerine göre hâkimin bu yetkisinin sınırları çizilmiştir. Buna göre, boşanma, evliliğin iptali ve evlilik birliğinin yeniden kurulmasına ilişkin davalarda, taraflarca davaya getirilmemiş dava malzemesini hâkim, ancak getirilecek olan dava malzemesi evlilik birliğinin devamını sağlamaya yönelik ise sınırsız olarak, tarafların onayı olmaksızın yargılamaya getirilebilecektir.

⁴⁶⁸ Üstündağ, **a.g.e.**, s. 250.

bulmaktadır. Boşanma davalarında da uygulanan bu ilke, aslında maddi gerçeğe ulaşılması önünde engel teşkil etmektedir.

HUMK m.274 hükmü ile tanık gösterecek tarafın tanık listesini mahkemeye sunması gerektiği ve bu listede gösterilmemiş olan kimselerin tanık olarak dinlenemeyeceklerini ve ikinci bir tanık listesi verilemeyeceğini düzenlemiştir. Ancak boşanma davalarında ikinci bir tanık listesinin verilmesi uygun olacaktır⁴⁶⁹, çünkü ancak bu şekilde maddi gerçeğe ulaşılabilir. Aksi durumda yapılacak olan yargılamada şekli gerçeğe ulaşılmasıyla yetinilmek gerekecektir ki kamu yararının da söz konusu olduğu bu davalarda, şekli gerçeğe yetinebilmek, kabul edilebilir bir sonuç olmayacaktır. Ancak Yargıtay'ın ikinci bir tanık listesi verilemeyeceğine ilişkin kararları vardır⁴⁷⁰.

E- Alenilik İlkesi

Duruşmaların aleni olarak yapılacağı ilkesi boşanma davalarında da geçerlidir. Buna göre, davanın tarafı olsun ya da olmasın, üçüncü kişiler boşanma yargılamasını izleyebileceklerdir. Ancak, eğer bir boşanma davası genel ahlaka veya kişilerin şer ve haysiyetlerine dokunması halinde, söz konusu boşanma davasının gizli yapılmasına hâkim karar verebilecektir⁴⁷¹. Bu durumda, boşanma yargılamasının gizli olarak yapılması, aleniyet ilkesine zarar vermeyecektir⁴⁷².

F- Doğrudanlık İlkesi

Hâkimin dava malzemesini üçüncü bir kişi araya girmeden incelemesi, değerlendirmesi ve karar vermesini ifade eden doğrudanlık ilkesi de boşanma davalarında uygulama alanı bulacaktır.

⁴⁶⁹ Kuru/ Aslan/ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 403; Petek, **a.g.m.**, s. 34.

⁴⁷⁰ “Davada ancak bir tanık listesi verilebilir. İkinci listedeki tanıklar dinlenerek hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir.” Yarg. 2. HD. , 10.05.2002, E.2002/5498, K. 2002/6349; “Bir davada birden fazla tanık listesi verilemez. İkinci tanık listesindeki tanık beyanlarına dayanılarak hüküm kurulamaz.” Yarg. 2. HD. , 25.11.2004, E.2004/12683, K. 2004/13868

⁴⁷¹ Petek, **a.g.m.**, s. 35.

⁴⁷² Petek, **a.g.m.**, s. 35.

Hâkimin delilleri serbestçe değerlendirebilmesi ve doğruluğuna vicdanen kanaat getirebilmesi hususunda özel bir önem taşıyan bu ilke, gerçeğin tespiti ve maddi gerçeğe ulaşılması bakımından önem taşımaktadır⁴⁷³.

⁴⁷³ Petek, **a.g.m.** , s. 38.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BOŞANMA DAVALARINDA YARGILAMA USULÜ

I. BOŞANMA DAVALARINDA GÖREV VE YETKİ KURALLARI

A- Görevli Mahkeme

1) Genel Olarak

Taraflar, aralarında çıkan ihtilafın çözümü için yargı yoluna başvurmayı seçtikten sonra, davanın hangi mahkemede açılması gerektiğinin saptanması gereklidir⁴⁷⁴.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 1. maddesine göre, mahkemelerin görevi kanunla belirlenir. Aynı şekilde Anayasa'nın 142. maddesinde de mahkemelerin görevlerinin kanunla düzenleneceği kabul edilmiştir.

Bir ihtilafa hangi ilk derece hukuk mahkemesi tarafından bakılacağı görev kurallarına göre belirlenecektir. Görev kuralları, bir davanın o yerdeki hangi hukuk mahkemesinin yetkisinde olduğunu tespitine yarayan kurallardır, öyle ki bu kurallar konusu, miktarı, değeri ve niteliği açısından bir davaya, hangi mahkemenin bakacağını tayin eden kurallardır⁴⁷⁵.

İlk derece mahkemeleri, özel mahkemeler ve genel mahkemeler olmak üzere ikiye ayrılırlar. Hangi davalara özel mahkemelerde hangi davalara ise genel mahkemelerde⁴⁷⁶ bakılacağını görev kurallarına göre tespit etmek gerekecektir⁴⁷⁷.

⁴⁷⁴ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** , s. 61.

⁴⁷⁵ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** , s. 62.

⁴⁷⁶ Genel mahkemeler sulh ve asliye hukuk olmak üzere ikiye ayrılırlar. Bu mahkemelerin bakacakları davalar belirli kişi ve iş gruplarına göre sınırlandırılmamış olup, aksi yazılı olmadıkça medeni usul hukukuna giren her türlü işe bakan mahkemelerdir. Mahkemeler teşkilatına ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz: Kuru/ Aslan/ Yılmaz, **a.g.e.** , s. 83 vd. ; Ramazan Aslan/ Süha Tanrıver, **Yargı Örgütü Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2. Bası, 2001

Asliye Hukuk Mahkemeleri ile Sulh Hukuk Mahkemeleri arasındaki görev ayrımını düzenleyen kural, 26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı “Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanun”⁴⁷⁸’un “Hukuk Mahkemelerinin Görevleri” başlıklı 6. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, asliye hukuk mahkemeleri, sulh hukuk mahkemelerinin görevleri dışında kalan ve özel hukuk ilişkilerinden doğan her türlü dava ve işler ile kanunların verdiği diğer dava ve işlere bakar.

Asıl olan bir davanın genel mahkemelerde görülmesi ve ihtilafın çözümüne ilişkin hükmün genel mahkemeler tarafından verilmesidir⁴⁷⁹. Özel mahkemeler istisnai niteliktedir ve hangi tür uyuşmazlıklara bakacakları kanunlarla düzenlenir⁴⁸⁰. 5235 sayılı Kanun’un hukuk mahkemelerinin görevlerini düzenleyen 6. maddesinin son fıkrasında özel kanunlarla kurulan hukuk mahkemelerinin görevlerinin saklı olduğu belirtilmiştir.

Türk yargı sistemindeki özel mahkemelerden biri de Aile Mahkemeleridir⁴⁸¹. Bu mahkemeler 9.01.2003 tarih ve 4787 sayılı “Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun” ile kurulmuştur ve bu özel mahkemeler için oldukça geniş bir görev alanı tespit edilmiştir⁴⁸².

2) Aile Mahkemeleri

a) Aile Mahkemelerinin Kuruluşu

Aile Mahkemeleri 9.01.2003 tarih ve 4787 sayılı “Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun” ile kurulmuş⁴⁸³ ve daha sonra bu kanunun bazı maddeleri 14.04.2004 tarih ve 5133 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramış ve son halini almıştır.

⁴⁷⁷ Kuru/ Aslan/ Yılmaz, **a.g.e.** , s. 129.

⁴⁷⁸ RG 7.10. 2004, Sayı: 25606

⁴⁷⁹ Kuru/ Aslan/ Yılmaz, **a.g.e.** , s. 84.

⁴⁸⁰ Kuru/ Aslan/ Yılmaz, **a.g.e.** , s. 84.

⁴⁸¹ Diğer özel mahkemelere ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz: Kuru/ Aslan/ Yılmaz, **a.g.e.** , s. 895 vd.

⁴⁸² Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz: Üçüncü Bölüm, I, A, 3.

⁴⁸³ RG 18.01.2003, Sayı: 24997

AMK md. 2/I hükmü gereği, aile mahkemeleri, Adalet Bakanlığınca Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun olumlu görüşü alınarak her ilde ve merkez nüfusu yüz binin üzerinde olan her ilçede, tek hâkimli olarak ve asliye mahkemesi seviyesinde kurulur. Bu madde ile iller bakımından nüfusunun kaç olduğuna bakılmaksızın ve ilçeler bakımından ise sadece nüfusun yüz binin üzerinde olduğu ilçelerde aile mahkemeleri kurulması hüküm altına alınmıştır. Aile mahkemesi kurulamayan yerlerde ise HSYK tarafından belirlenen bir Asliye Hukuk Mahkemesi, aile mahkemesi görev alanına giren davalara aile mahkemesi sıfatı ile ve AMK’ de öngörülen usul çerçevesinde bakar.

Her ne kadar aile mahkemelerinin yargı çevresi, kuruldukları il veya ilçenin idari sınırları ile belirlenmiş olsa da, yargı çevresi, Adalet Bakanlığının teklifi üzerine HSYK tarafından değiştirilebilir ve genişletilebilir.

İş yükü fazla olan yerlerde, özellikle nüfus yoğunluğunun fazla olduğu büyük şehirlerde, birden fazla aile mahkemesi kurulabilir. Bu mahkemelerin her biri ayrı mahkemeler olmayıp, her biri o yerdeki tek bir aile mahkemesinin dairesi durumundadır. Bu mahkemeler arasındaki ilişki işbölümü ilişkisidir⁴⁸⁴.

b) Aile Mahkemelerinin Amacı

1982 Anayasası’nın “Ailenin Korunması” kenar başlıklı 41. maddesi ailenin Türk toplumunun temeli olduğunu ve bu kurumun eşler arasında eşitliğe dayandığını belirtmiştir. Ardından da devlete, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması için gerekli önlemleri alması ve bu önlemlerin hayata geçirilebilmesi için de lazım olan teşkilatın kurulması görevlerini yüklemiştir⁴⁸⁵.

⁴⁸⁴ Nevhis Deren-Yıldırım, **Aile Mahkemelerinin Görevi ve Uygulamaları**, İstanbul Barosu ile İstanbul Ticaret Üniversitesi Dış Ticaret Enstitüsü Tarafından 10–13 Mart 2005 Tarihlerinde Düzenlenen Uygulamalı Aile Hukuk Sertifika Programında Sunulan Tebliğ, s. 4 (**Aile Mahkemeleri**); Süha Tanrıver, **Aile Mahkemeleri Üzerine Bazı Düşünceler**, Turgut Kalpsüz’e Armağan, 2003, s. 948

⁴⁸⁵ AMK’nin genel gerekçesinde de bu yaklaşımın ağır bastığı gözükmektedir; “Anayasanın Ailenin Korunması, kenar başlıklı 41inci maddesinde, ailenin Türk toplumunun temeli olduğu ve Devletin, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması için gerekli tedbirleri alacağı ve gereken teşkilatı kuracağı belirtilmektedir. Toplumun temelini kuran ailenin korunması için gerekli olan önlemlerin alınması ihtiyacı her geçen gün araktadır. Hiç şüphesiz, bir toplumda sosyal adaletin ve barışın sağlanmasında, demokratik haklara saygılı, sağlıklı, topluma

İşte 1982 Anayasası'nın devlete yüklediği bu önlem alma ve gerekli teşkilatı kurma görevinin bir sonucu olarak özel mahkeme statüsünde aile mahkemeleri kurulmuştur.

3) Aile Mahkemelerinin Görevleri

Aile mahkemelerinin görevleri AMK m.4'de tanımlanmıştır. Burada yer alan tanıma göre;

1- 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Üçüncü Kısım hariç olmak üzere İkinci Kitabı ile 03.12.2001 tarihli ve 4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanuna göre aile hukukundan doğan dava ve işler,

2- 20.5.1982 tarihli ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanuna göre aile hukukuna ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi ile

3- Kanunlarla verilen diğer görevler

aile mahkemesinin görevlerini oluşturmaktadır. Madde metninde geçen "Üçüncü Kısım hariç olmak üzere" ibaresi 14.04.2004 tarihli ve 5113 sayılı Kanun ile yapılan

yararlı bireylerin yetiştirilmesinde ailenin önemi inkâr edilemez bir gerçektir. Ailenin korunması görevi Devlete aittir. Günümüzde birçok sahada olduğu gibi, sosyal yapıdaki baş döndürücü gelişmeler ve karmaşıklık, eşlerin ve çocuklarında sorunlarının artmasına ve olumsuzluklar yaşamalarına sebep olabilmektedir. Bu sorunların çözümünde yargı alanına giren konular bakımından da bir takım yenilikler getirilmesi zorunluluğu bulunmaktadır.

Birçok ülkenin iç hukuklarında aile mahkemelerine ilişkin düzenlemelerin yer aldığı, örneğin Kanada ve Almanya'da aile mahkemeleri bulunduğu bilinmektedir. Ülkemizde ise yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre, aileye ilişkin dava ve işler hala genel mahkemelerde görülmektedir. Bu mahkemeler, aileye ilişkin davaların yanı sıra diğer hukuk davalarına da bakmak durumunda olup, ayrıca aile ile ilgili uyuşmazlıkların çözümünde ihtiyaç duyulan, psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacı mahkeme bünyesinde bulunmamaktadır. Buysa, mevcut mahkemelerin aile hukukundan doğan dava ve işlerin çözülmesinde kendilerinde beklenen işlevi yeterince yerine getirmesine engel olmaktadır. Ayrıca, 8.12.2001 tarihli ve 24607 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak 1 Ocak 2002 tarihinde itibaren yürürlüğe girmiş olan 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun özellikle aile hukukuna ilişkin hükümlerinden beklenen amacın gerçekleşmesi bakımından da aile mahkemelerinin kurulması bir ihtiyaç haline gelmiştir.

Tasarıyla kurulması öngörülen ve bünyesinde psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacı bulunan aile mahkemeleri, aile hukukundan doğan dava ve işleri, taraflar arasındaki karşılıklı saygı, sevgi ve hoşgörünün korunması ilkesini gözeterek, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak, eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunların sulh yoluyla çözümünü sağlamaya çalışacaktır. Böylece, yargılama görevinin yanında toplumun temel taşı olan ailenin korunmasına yönelik koruyucu, eğitici ve sosyal önlemler alma gibi önemli işlevleri de yerine getirecek olan aile mahkemelerinin kurulması amacıyla bu Tasarı hazırlanmıştır."

değişiklik sonucu eklenmiştir. İkinci kısmın söz konusu üçüncü kitabı vesayet kurumunu düzenlemektedir. Maddenin ilk halinde vesayet ile ilgili işlerin aile mahkemesine bırakılmış olması doktrinde farklı görüşler oluşmasına sebep olmuştur⁴⁸⁶. Yürürlükteki şekli ile söz konusu farklı görüşlerin bir hükmü kalmamıştır. MK’ de yer alan vesayet makamı düzenlemesi ile AMK’nin 5113 sayılı Kanun ile değiştirilmiş hali birbirleri ile de uyumlu bir düzen tesis etmiş olmaktadır. Şöyle ki, MK’nin 397. maddesinde vesayet makamı olarak sulh mahkemeleri ve denetim makamı olarak da asliye mahkemeleri belirlenmiştir ve AMK’nin yeni hali bu düzenleme ile uyumlu bir sistem öngörmektedir.

AMK’nin mevcut düzenlemesi ile aile mahkemelerinin görevi MK’nin “Aile Hukuku” başlığını taşıyan İkinci Kitabının “Evlilik Hukuku” başlığını taşıyan 1. Kısmı ve “Hısımlık” başlığını taşıyan 2. Kısımına giren dava ve işlerden oluşmaktadır⁴⁸⁷. Konu başlıklarını genel olarak saymak gerekirse: Bu başlıklar; evlenme, evlenme ehliyeti ve engelleri, evlenme müracaatı ve merasimi, batıl olan evlenmeler, boşanma, evliliğin genel hükümleri, eşler arasındaki mal rejimi ve çocuk malları olarak sıralanabilir⁴⁸⁸.

MK’nin ikinci kitabında düzenlenen diğer durumlar ancak aile hukukundan kaynaklanıyorsa aile mahkemeleri tarafından görülecektir. Aksi takdirde bu tür dava ve işlerde genel mahkemeler yani sulh ve asliye mahkemeleri görevli olacaktır.

Doktrinde tartışılan bir başka husus ise kanunla kabul edilip iç hukukumuz haline gelen uluslararası sözleşmelerden doğan ve aile hukuku içinde yer alan sorunların aile mahkemeleri tarafından bakılıp bakılmayacağıdır⁴⁸⁹.

AMK md. 6 hükmü ile aile mahkemeleri, diğer kanunlardaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, kendi görev alanına giren konularda yetişkinlere ve çocuklara

⁴⁸⁶ Ali Karagülmez/ Sam Sezai Ural, **Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri**, Ankara, Seçkin Kitapevi, 2. Bası, 2003, s. 33 vd; Deren- Yıldırım, **Aile Mahkemeleri**, s.5; Selma Baktır, **Aile Mahkemeleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, s.44 vd.

⁴⁸⁷ Bu konuya ilişkin ayrıntılı bir şema için Bkz: Baktır, **a.g.e.**, s.44.

⁴⁸⁸ Bu başlıklar altında yer alan davalara ilişkin ayrıntılı liste için Bkz: Deren- Yıldırım, **Aile Mahkemeleri**, s.5

⁴⁸⁹ Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz: Lale Sirmen/ Cengiz Koçhisarlı/Süha Tanrıver/Nurhal Süral/ Erdal Tercan, **Karşılaştırmalı Hukukta Aile Mahkemelerinin Kurulmasında Yararlanılabilecek Bir Model**, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, Ankara, 2000, s. 1–32.

ilişkin çeşitli koruyucu ve eğitici ve sosyal önlemler almak hususunda görevlendirilmiştir.

Buna göre aile mahkemeleri yetişkinler hakkında;

- a) Evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri konusunda eşleri uyararak, gerektiğinde uzlaştırmaya,
- b) Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan malî yükümlülüklerin yerine getirilmesine ilişkin gerekli önlemleri almaya,
- c) Onları resmî veya özel sağlık veya sosyal hizmet kurumlarına, huzur evlerine veya benzeri yerlere yerleştirmeye ve
- d) Bir meslek edinme kursuna veya uygun görülecek bir eğitim kurumuna vermeye karar verebilir.

Küçükler hakkında ise,

- a) Bakım ve gözetime yönelik nafaka yükümlülüğü konusunda gerekli önlemleri almaya,
- b) Bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunan veya manen terk edilmiş halde kalan küçüğü, ana ve babadan alarak bir aile yanına veya resmî ya da özel sağlık kurumuna veya eğitimi güç çocuklara mahsus kurumlara yerleştirmeye,
- c) Çocuğun mallarının yönetimi ve korunmasına ilişkin önlemleri almaya,
- d) Genel ve katma bütçeli daireler, mahallî idareler, kamu iktisadî teşebbüsleri ve bankalar tarafından kurulmuş teşekkül, müessese veya işletmelere veya benzeri işyerlerine yahut meslek sahibi birinin yanına yerleştirmeye karar verebilir.

Aile mahkemesine verilen bu tür görevler düzenleme biçiminde ihtiyati tedbirler⁴⁹⁰ olarak nitelendirilmekte ve bu kararların takibi ve yerine getirilmesinde aile mahkemeleri bünyesinde bulunan uzmanlar görevlendirilebilmektedir. Aile mahkemesinin verdiği bu tür ihtiyati tedbir kararlarına uyulmaması durumunda eylem daha ağır bir cezayı gerektirmiyorsa bir aydan altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır hükmünü haiz HMUK md. 113/A maddesi uygulama alanı bulacaktır.

4) Aile Mahkemesi Görevlileri

⁴⁹⁰ Deren- Yıldırım, *Aile Mahkemeleri*, s.7

a) Genel Olarak

AMK m. 2 hükmü gereği aile mahkemeleri tek hâkimli mahkemelerdir. Hâkimin yanında genel mahkemelerde de bulunan bir yazı işleri müdürü ve yeteri kadar personel de bulunur. Fakat aile mahkemelerinin özel nitelikli bir ihtisas mahkemesi olmasından dolayı, genel mahkemelerde bulunmayan başkaca personeli de vardır. Bunlar AMK m. 5’de belirtilen psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacılardır.

b) Hâkimler

AMK’nin 14.04.2004 tarihli ve 5113 sayılı kanun ile değişik 3. maddesi aile mahkemesi hâkimlerinin sahip olması gereken nitelikleri ortaya koymaktadır. Bu nitelikleri zorunlu ve tercih sebebi nitelikler şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutmak mümkündür. Buna göre, zorunlu nitelikler, aile mahkemesi hâkimi olarak atanacakları bölgeye veya bir alt bölgeye hak kazanmış olmak, adli yargıda görev yapıyor olmak, aile hukuku alanında lisansüstü eğitim yapmış olmaktır. Tercih sebebi olacak nitelikler ise evli olmak ve çocuk sahibi olmaktır. Aile mahkemelerine, belirtilen zorunlu nitelikleri haiz hâkimler arasından HSYK tarafından atama yapılacaktır.

Maddenin değişiklikten önceki ilk halinde evli olmak ve çocuk sahibi olmak zorunlu şart olarak düzenlenmiş ve buna karşılık aile hukuku alanında lisansüstü eğitim yapmak ise tercih sebebi bir şart olarak düzenlenmişti. Söz konusu değişiklikten önce, zorunlu şartlardan olan evli ve çocuk sahibi olma sıfatlarının kaybedilmesi durumlarında, örneğin hâkimin boşanması, eşini veya çocuğunu kaybetmesi gibi, aile mahkemesi hâkiminin, görevine devam edip edemeyeceği doktrinde tartışılmıştır⁴⁹¹. Fakat yapılan değişiklik ile bu tartışmalar temelsiz kalmıştır.

Hukuk fakültelerinde özel hukuk ana bilim dalı altında yüksek lisans programları açıldığı göz önünde bulundurulursa, bir tercih nedeni olan aile hukuku

⁴⁹¹ Baktır, **a.g.e.**, s.53.

alanında yüksek lisans yapmış olmayı, bu programı bitiren hâkimler için gerçekleştirilmiş saymak gerekmektedir⁴⁹².

c) Uzmanlar

AMK m.5’de her aile mahkemesine Adalet Bakanlığı tarafından birer psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacı atanacağı hüküm altına alınmıştır. Bu görevlilerin bulunmaması, iş durumlarının müsait olmaması veya görevin bunlar tarafından yapılmasında hukukî veya fiilî herhangi bir engel bulunması ya da başka bir uzmanlık dalına ihtiyaç duyulması hallerinde, diğer kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanlardan veya söz konusu alanlarda mesleklerini serbest olarak icra edenlerden de yararlanılacaktır. Bu noktada eğer hâkim tarafından aile mahkemesi bünyesi dışındaki uzmanlardan yardım alınmasına karar verilirse, bu uzmanların ücretleri taraflarca değil fakat HMUK md. 415 hükmü gereği hazine tarafından karşılanmak gerekir⁴⁹³.

Psikologlar, bireylerin duygu ve düşüncelerini, davranışlarını zekâ ve yeteneklerini anlamaya çalışarak onların davranışlarının düzeltilmesi ve geliştirilmesi için çalışan, insan davranışlarıyla oluşan sosyal olayları, bireyin çevresi ile ilişkilerini, çevreye uyum sürecini, bu ilişkilerdeki uyumsuzlukları inceleyen ve bu inceleme sonucunda sorunları belirleyerek, tespit ettiği sorunlar için çözüm yolları arayan uzmanlardır⁴⁹⁴.

Pedagog, eğitim bilimi uzmanıdır ve ekseriyetle çocuklarla ilgili olarak çalışmalar yapar⁴⁹⁵. Pedagoglar, çocukların sosyal gelişimleri ve problemlerinin çözümü ile ilgilenen uzmanlardır⁴⁹⁶.

Sosyal çalışmacılar, insanların sosyal hayatları ile ilgili çalışmalar yapan, zihinsel hastalıkların ve uyumsuzlukların, kişisel ve sosyal sorunların çözümlenmesi için tedavi uygulanmasını sağlayan, rahatsızlığı meydana getiren faktörleri ortaya

⁴⁹² Deren-Yıldırım, **Aile Mahkemeleri**, s.10

⁴⁹³ Baktır, **a.g.e.** , s.66; Karagülmez/ Ural, **a.g.e.** , s.177

⁴⁹⁴ Karagülmez/ Ural, **a.g.e.** , s.172

⁴⁹⁵ Baktır, **a.g.e.** , s.60

⁴⁹⁶ Karagülmez/Ural, **a.g.e.** , s.171

çıkarmak için kişilerin sosyal durumlarını inceleyen, gerekli sosyal servisler ile ilişki kuran ve kişilerin ve ailenin ihtiyaçlarını tespit ederek, bunlara uygulanacak bakımı tespit eden uzmanlardır⁴⁹⁷.

Aile mahkemesi hâkimi olarak atanabilmek için bir hâkimde olması gereken nitelikler gibi aile mahkemesi uzmanları için de bazı niteliklerin varlığı aranmıştır. Fakat aradaki fark, uzmanlar için aranan niteliklerin zorunlu değil tercih nedeni nitelikler olmasıdır. Bu nitelikler; evli ve çocuk sahibi olmak, 30 yaşını doldurmuş olmak ve aile sorunları üzerinde lisansüstü eğitim yapmış olmaktır.

AMK m.5/III hükmü gereği HMUK m.29'da düzenlenen hâkimin reddi sebepleri⁴⁹⁸, aile mahkemelerinde görevli uzmanlar için de uygulanacaktır. Her ne kadar AMK md. 5/III' de sadece hâkimin reddi sebeplerinin uygulanacağından bahsedilmiş ve HMUK md. 28' de yer alan yasaklılık hallerinden⁴⁹⁹ bahsedilmemiş ise de, yasaklılık hallerinin daha ağır ve daha ciddi bir niteliğe sahip red sebeplerinin içinde yer aldığı kabul edilmelidir⁵⁰⁰. Çekinme ve red talepleri, uzmanların görev yaptığı aile mahkemesi tarafında incelenecektir⁵⁰¹. Doktrinde, bazı red sebeplerinin uzmanlar bakımından uygulanabilir olmadığı ileri sürülmüştür⁵⁰². Bu red sebepleri;

⁴⁹⁷ Karagülmez/Ural, **a.g.e.** s.170

⁴⁹⁸ HUMK m.29'a göre, aşağıdaki hallerde hâkim bizzat kendisini reddedebilir veya iki taraftan biri canibinden reddolunabilir:

- 1- Davada iki taraftan birine nasihat vermiş veya yol göstermiş olması,
- 2- Davada iki taraftan biri veya üçüncü şahıs muvacehesinde kanunen icap etmeden reyini beyan etmiş olması.
- 3- Davada şahit veya ehlihbre veya hakem ve yahut hâkim sıfatıyla dinlenmiş veya hareket etmiş olması,
- 4- Davanın dördüncü dereceye kadar (bu derece dâhil) civar hısımlarına ait bulunması,
- 5- Dava esnasında iki taraftan birisiyle davası veya aralarında bir düşmanlık bulunması,
- 6- Umumiyetle hâkimin bitarafılığından şüpheyi mucip esbabı mühimme bulunması.

⁴⁹⁹ HUMK m.28'e göre, hâkim aşağıdaki hallerde davaya bakmaktan memnurdur. Talep edilmese bile istinkafa mecburdur.

- 1- Kendisine ait olan veya doğrudan doğruya veya dolayısıyla alakadar olduğu davalarda,
- 2- Aralarında evlilik rabatası mürtefi olsa bile karısının davasında ve neseben veya sebeben usul ve furuunun veya üçüncü dereceye kadar (bu derece dâhil) neseben veya kendisiyle sıhriyet hâsıl olan evlilik mürtefi olsa dahi ikinci dereceye kadar (bu derece dâhil) sebeben civar hısımlarının veya aralarında evlatlık rabatası bulunanın davasında,
- 3- İki taraftan birinin vekili veya vasisi veya kayyımı sıfatıyla hareket ettiği davalarda,
- 4- Hini davada heyeti idaresinden bulunduğu cemiyete, belediye veya diğer hükmi bir şahsa ait davalarda

⁵⁰⁰ Tanrıver, **a.g.m.** , s.950; Deren-Yıldırım, **Aile Mahkemeleri**, s.10–11

⁵⁰¹ Deren- Yıldırım, **Aile Mahkemeleri**, s.11

⁵⁰² Baktır, **a.g.e.** , s.65

davada taraflardan birine veya üçüncü bir kişiye karşı yasaca gerekli olmadığı halde, görüşünü bildirmiş olmak ve davada tanık veya bilirkişi ya da hakem veya yargıç (uzman) olarak dinlenmiş veya hareket etmiş olmaktır.

AMK’ de uzmanların görevleri tahdidi olarak belirlenmemiştir. Fakat AMK m.5’ de ve m.6/son’da uzmanların başlıca görevleri tespit edilerek bir çerçeve çizilmiştir. Bu görevler;

- 1- Davanın esasına girilmeden önce veya davanın görülmesi sırasında, aile mahkemesi tarafından istenen konular hakkında taraflar arasındaki uyuşmazlık nedenlerine ilişkin araştırma ve inceleme yapmak ve sonucunu bildirmek,
- 2- Mahkemenin gerekli gördüğü hallerde duruşmada hazır bulunmak, istenilen konularla ilgili çalışmalar yapmak ve görüş bildirmek,
- 3- Mahkemece verilecek diğer görevleri yapmak ve
- 4- AMK md. 6 kapsamında hâkim tarafından verilen önlem kararlarının takip ve yerine getirilmesinde görev yapmaktır.

AMK’de hem davanın görülmesi hem de tahkikat aşamasında eşlerin ve çocukların muhtemel sorunlarını belirleme ve bu konularda hâkime gerekli yardımı ve bilgiyi sağlamanın uzmanların yükümlülüğü olduğu belirlenmiştir. Tarafların duruşma sırasında dinlenmesinde veya isticvabında, hâkim, uzmanların hazır bulunmasını ve görüşlerini bildirmelerini ya da bir rapor hazırlayarak bunu mahkemeye ibraz etmelerini isteyebilir⁵⁰³. Her ne kadar hâkim karar verirken söz konusu görüş ve rapor ile bağlı olmasa da uzmanların sunduğu bu görüş ve raporlar hâkimde bir kanaat oluşmasına yardımcı olacaktır. Bu sebepten dolayı uzmanların da yukarıda belirtildiği şekilde, hâkimler gibi reddedilebilmeleri yerinde bir düzenleme olmuştur⁵⁰⁴.

B- Yetkili Mahkeme

⁵⁰³ Deren- Yıldırım, **Aile Mahkemeleri**, s.11

⁵⁰⁴ Karagülmez/ Ural, **a.g.e.** s.174

1) Genel Olarak

Bir davaya yer itibariyle bakma iktidarına sahip mahkemeye yetkili mahkeme ve bu hususu düzenleyen kurallara da yetki kuralları denir⁵⁰⁵. Yetki bir davaya hangi yerdeki görevli ilk derece mahkemesini tarafından bakılacağını belirler⁵⁰⁶. Yetki, sulh hukuk veya asliye hukuk mahkemelerin iş sahalarının coğrafi bakımdan sınırlandırılmasına ilişkindir⁵⁰⁷.

Yetki kuralları, genel yetki kuralları ve özel yetki kuralları olmak üzere ikiye ayrılırlar. Genel yetki kuralı, bir şahsa karşı açılacak tüm davalar için yetkili mahkemeyi belirlerken, özel yetki kuralları belirli bazı davalar açısından yetkili mahkemeleri tespit etmektedir⁵⁰⁸. Bazı davalar için hem genel yetki kuralları hem de özel yetki kurallarınca yetkili bir mahkeme tayin etmek mümkün olmakla beraber bazı davalar bakımından yetki kuralları münhasıran düzenlemiş ve kesin yetkili mahkemeler tayin edilmiştir. Bu takdirde, bu davaların mutlaka kesin yetkili mahkemede açılması gerekmektedir⁵⁰⁹. Kesin yetkili mahkemenin söz konusu olduğu davalarda, tarafların davayı hangi mahkemede açacaklarına dair herhangi bir seçme hakkı bulunmamakta ve mahkemenin yetkisi meselesi kamu düzenini ilgilendirdiği için, taraflarca yargılamanın her anında mahkemenin yetkisizliği ileri sürülebilecektir. Ayrıca mahkeme tarafından da yetki hususu re'sen incelenebilecektir⁵¹⁰.

2) Boşanma Davalarında Yetkili Mahkeme

Aile mahkemelerinin yetkisi AMK'de özel olarak düzenlenmemiştir. Bu sebeple hangi mahkemenin mevcut ihtilafa ilişkin olarak yetkili olacağı, AMK m. 4, 6, 9 hükmü gereği, aile mahkemesi görevine giren dava ve işlere ilişkin özel yetki kurallarına göre belirlenecektir⁵¹¹. AMK'nin ilgili 4, 6 ve 9. maddeleri aile

⁵⁰⁵ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** , s. 91.

⁵⁰⁶ Kuru/ Aslan/ Yılmaz, **a.g.e.** , s. 165

⁵⁰⁷ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** , s. 91.

⁵⁰⁸ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** , s. 91.

⁵⁰⁹ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** , s. 91.

⁵¹⁰ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** , s. 111.

⁵¹¹ Detaylı bilgi için Bkz: Deren- Yıldırım, **Aile Mahkemeleri**, s.8, dipnot 25

mahkemelerinin görevlerini tayin eden maddelerdir. Bu maddelerde aile mahkemelerinin hangi işlere bakmakla görevli olduğu düzenlenmiştir.

Medeni Kanunun 168. maddesine göre boşanma ve ayrılık davalarında yetkili mahkeme, eşlerden birinin yerleşim yeri veya davadan önce son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesidir. Ancak Medeni Kanunda yer alan bu düzenlemenin kesin yetki kuralı sayılıp sayılmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bir grup yazar tarafından Medeni Kanun'un konuya ilişkin düzenlemelerinin kesin yetki kuralı niteliğinde olduğu savunulmaktadır⁵¹², öyle ki davacı MK. m.168'de belirtilen mahkemelerden birinde dava açmak zorundadır. Doktrinde⁵¹³ ve uygulamada⁵¹⁴ savunulan bir başka görüşe göre ise, boşanma ve ayrılık davalarında kesin yetki kuralı söz konusu değildir ve davacı bu iki yerden birinde boşanma davası açabilecektir. Ancak eğer davacı, belirtilen bu iki yetkili yer mahkemesinden birinde boşanma davasını açarak seçimli hakkını kullanmazsa, o takdirde yetkili mahkeme seçimi hakkı davalıya geçecek ve davalı yetki itirazında bulunarak, yetkili mahkemeyi bildirecektir⁵¹⁵.

MK m.168 ve genel yetki kuralının düzenleyen HUMK m.9 ile davacıya boşanma ve ayrılık davasının hangi yer mahkemesinde açılması hususuna ilişkin olarak bir kesin yetki kuralı sevk ettiğini kabul etmek uygun olacaktır. Buna göre, davacı boşanma davasını madde metninde belirtilen bu üç mahkemeden birinde, yani eşlerden birinin yerleşim yeri ya da son altı aydan beri birlikte oturulan yer mahkemesinde açmakla yükümlüdür, öyle ki bu yerlere ilişkin olarak getirilen yetki kuralı bir kesin yetkiyi ifade etmektedir. İki hatta üç ayrı yer mahkemesinin yetkili mahkeme olarak belirtilmesi ise kesin yetki kuralı getirilmesine engel teşkil

⁵¹² Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** , s. 101; Üstündağ, **a.g.e.** , s. 198

⁵¹³ Kuru/ Aslan/ Yılmaz, **a.g.e.** , s. 164; Pekcanitez/ Atalay/Özekes, **a.g.e.** , s. 106.

⁵¹⁴ “Boşanmada yetki kamu düzeni ile ilgili değildir. Davalı tarafından ilk itiraz olarak ileri sürülmediği takdirde, yetkisiz mahkeme tarafından boşanmaya karar verilmesi imkan dahilindedir.” Yarg. 2. HD. 30.11.1992, E. 1992/11197, K. 1992/12088; Yarg. 2. HD. 20.0.2003, E. 2003/2580, K. 2003/3971 sayılı kararda; “Medeni Kanun boşanmada üç yetkili mahkeme göstermiştir. Boşanma davasının bu yer mahkemelerinden birinde açılması gerekir. Yetki itirazı ilk itirazlardan olmakla öncelikle bu husus hadise şeklinde ele alınıp yetki itirazı sunulacak deliller çerçevesinde karara bağlanmalıdır. Yetki itirazının esasa girilmeden önce incelenmesi zorunludur.” denilerek, yetkisizlik itirazının ilk itiraz olarak düzenlendiğini vurgulayarak, bu davalardaki yetkinin kesin yetki olmadığını belirtmiştir. (Yargıtay kararları için Bkz: Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası, Kazancı Hukuk Otomasyon Programı)

⁵¹⁵ Kuru/ Aslan/ Yılmaz, **a.g.e.** , s. 164; Pekcanitez/ Atalay/Özekes, **a.g.e.** , s. 106.

etmemektedir⁵¹⁶. Bu mahkemeler boşanma davaları açısından münhasır yetkili mahkemelerdir⁵¹⁷ ve boşanma davaları mutlaka bu belirtilen mahkemelerde açılmak gerekir, aksi takdirde, bu husus kamu düzenini ilgilendireceği için, taraflarca yargılamanın her anında yetkisizlik itirazı ileri sürülebilecektir⁵¹⁸. Boşanma davalarının kamu düzenine ilişkin yüzü, tarafların mağduriyetin engellenmesine ilişkin hükümlerin mevzuatta yer almasını zorunlu kılar. Yetki kuralının kesin yetki olarak değerlendirilmesi zorunluluğu da bu husustan dolayı ileri gelmektedir.

II- BOŞANMA DAVASININ HUKUKİ NİTELİĞİ

A- Genel Olarak

Hukuk davaları, çözümledikleri hukuki ilişkilerin ait bulundukları alana, ihtilafın konusunu oluşturan hakkın niteliğine, ihtilafa konu olan objenin cinsine ya da devletten istenen hukuki himayenin türüne göre çeşitli ayrımlara tabi tutulmuştur⁵¹⁹. Ancak Kara Avrupası hukuk sistemini benimseyen ülkelerde talep edilen hukuki himayenin türüne göre yapılan sınıflandırma ön plana çıkmış ve uygulama alanı bulmuştur⁵²⁰⁻⁵²¹. Bu sınıflandırmaya göre, davalar, eda davası, tespit davası ve inşai davalar olarak üç gruba ayrılırlar⁵²².

⁵¹⁶ “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun kabul ettiği sisteme göre kesin yetki kuralı istisnadır. Kanun kesin yetkili mahkemeleri kamu düzenine ilişkin işlerde tek ve açık olarak belirlemiştir. İş sahibine seçim imkanı verilen hallerde kesin yetkiden söz edilemez.” Yarg. 2. HD. 5.6.1997, E.1997/5261, K. 1997/6503; “... Kesin yetki kuralının, diğer bir unsuru da, yetkili mahkemenin kanunda tek olarak gösterilmiş olmasıdır. O nedenle kanunlarda birden çok ve seçimlik yetki kuralı düzenlenmiş böylece, davacıya yetkili mahkemelerden birini seçme hakkı tanınmış ise kesin yetki söz konusu edilemez. ... Kamu düzeninin vazgeçilmez ve kesin bağlayıcı bu özelliğinden hareket edildiğinde, davacının ihtiyarına seçimlik yetki verilmesi bir anlamda yetkinin yasa koyucu tarafından kesin olmadığının kabul edilmiş olduğunu gösterir.” HGK. 22.4.1998, E. 1998/2-276, K. 1998/297 (Yargıtay kararları için Bkz: Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası, Kazancı Hukuk Otomasyon Programı)

⁵¹⁷ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 110.

⁵¹⁸ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 110-111.

⁵¹⁹ Ergun Önen, **İnşai Dava- İnşai Hak- İnşai Hüküm- İnşai Tesir**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1981, s. 33 (**İnşai Dava**).

⁵²⁰ Önen, **İnşai Dava**, s.33

⁵²¹ Hukuk davalarının sınıflandırılmasına ilişkin diğer görüşler ve ayrıntılı bilgi için Bkz: Önen, **İnşai Dava**, s.36 vd.

⁵²² Davaların bu üçlü ayrımı Türk hukukunda olduğu gibi, Alman, İsviçre, Avusturya, Fransız ve İtalyan hukuk sistemlerinde de kabul görmüş ve uygulanmakta olan bir sınıflandırma sistemidir. (Önen, **İnşai Dava**, s.33, dipnot 1.)

Eda davaları, bir maddi hukuk talebinin elde edilmesini amaçlayan davalardır⁵²³, öyle ki davacı bir şeyin verilmesi, bir şeyin yapılması veya bir şeyin yapılmasından kaçınılmasına dair bir maddi hukuk talebinde bulunur⁵²⁴. Eda davalarının konusu bir edimden oluşur⁵²⁵.

Tespit davaları hukuki ilişkinin varlığını veya yokluğunun tespitine ilişkin davalardır. Hukuki ilişkinin varlığına ilişkin olduğunda müspet tespit davası, bir ilişkinin yokluğunun tespiti talebi olduğunda ise menfi tespit davaları söz konusu olmaktadır⁵²⁶.

İnşai davalar ile davacı, davanın sonunda maddi hukuki durumun kendi isteğine uygun düşen bir anlamda değiştirilmesini, ortadan kaldırılmasını veya yeni bir maddi hukuki durumun yaratılmasını elde etmek ister⁵²⁷. İnşai davalar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmiş olmamakla beraber, doktrinde ve içtihatlarda kavram ve kurum olarak kabul edilmiş bulunmaktadır. Fakat inşai haklar ancak kanun tarafından düzenlendikleri takdirde geçerlidirler⁵²⁸.

B- Boşanma Davasının Hukuki Niteliği

Boşanma davası evlilik birliğini sona erdiren davalardan biridir ve bu niteliği sebebiyledir ki doktrinde inşai dava olarak kabul edilmektedir⁵²⁹.

Belirli bir hukuki durumun yaratılmasına hak sahibinin iradesinin yeterli olmayıp, mutlaka bir mahkeme kararına ihtiyaç duyulması halinde, bu dava inşai dava niteliğini haizdir⁵³⁰. Boşanma davasında da, Medeni Kanun'da düzenlenen boşanma sebeplerinden birinin veya birkaçının ortaya çıkması halinde, dava açılarak, yeni bir hukuki durum yaratılmak istenmektedir. Boşanmaya ilişkin inşai haklarda,

⁵²³ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 221

⁵²⁴ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 222.

⁵²⁵ Önen, **İnşai Dava**, s.34.

⁵²⁶ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 222

⁵²⁷ Üstündağ, **a.g.e.** , s. 336

⁵²⁸ Üstündağ, **a.g.e.** , s. 336; Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 222.

⁵²⁹ Postacıoğlu, **a.g.e.** , s. 266; Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 221; Üstündağ, **a.g.e.** , s. 336; Kuru/ Aslan/ Yılmaz, **a.g.e.** , s. 329; Önen, **İnşai Dava**, s.33.

⁵³⁰ Postacıoğlu, **a.g.e.** , s. 264.

hak sahibinin bu hakkını tek taraflı olarak kullanmasıyla hukuki sonuç kendiliğinden doğmayacak, tarafların anlaşması ile de yeni bir hukuki durumun ortaya çıkması mümkün olamayacaktır⁵³¹. İnşai hakkın mevcut maddi hukuki durumda bir değişiklik meydana getirebilmesi için, mutlaka bir mahkeme kararına ihtiyaç vardır⁵³².

Boşanma davalarında hüküm, dava tarihinden itibaren değil, hükmün verilmesi tarihinden itibaren etkilerini doğuracaktır⁵³³. Verilecek hüküm, kesinleşmesinden itibaren geleceğe etkili (ex nunc) olacaktır⁵³⁴.

İnşai davalarda verilen hükümler yeni bir hukuki durum meydana getirdiğinden, boşanma davaları bakımından bu durum, herkese karşı ileri sürülebilir nitelikte bir hüküm olacaktır⁵³⁵.

III-AİLE MAHKEMELERİNDE YARGILAMA USULÜ

A- Genel Olarak

4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun ile kurulmuş olan aile mahkemeleri aile hukukundan kaynaklanan dava ve işleri görmek üzere kurulmuştur.

AMK'nin "Usul Hükümleri" başlıklı 7. maddesi ile aile mahkemelerinde görülecek dava ve işlerin çözümünde geçerli olacak usul kuralları düzenlenmiştir.

Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 7. maddesi:

“Aile mahkemeleri, önlerine gelen dava ve işlerin özelliklerine göre, esasa girmeden önce, aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve

⁵³¹ Kuru/ Aslan/ Yılmaz, **a.g.e.** , s. 330–331.

⁵³² Üstündağ, **a.g.e.** , s. 336.

⁵³³ Postacıoğlu, **a.g.e.** , s. 266.

⁵³⁴ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 229.

⁵³⁵ Postacıoğlu, **a.g.e.** , s. 267.

hoşgörünün korunması bakımından eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek bunların sulh yoluyla çözümünü, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik eder. Sulh sağlanamadığı takdirde yargılamaya devam olunarak esas hakkında karar verilir.

Özel kanunlardaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu Kanunda hüküm bulunmayan konularda Türk Medenî Kanununun aile hukukuna ilişkin usul hükümleri ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır.”

Bu madde ile ilk olarak aile mahkemelerine ilişkin usul kurallarının ne olacağı düzenlenmiş ve ikinci fıkrada ise, özel kanunlardaki hükümler saklı kalmak kaydıyla AMK’de hüküm bulunmayan hususlarda MK ve HUMK’da düzenlenen usul hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

Bu maddeye göre aile mahkemesi hâkimi, önüne gelen dava ve işlere ilişkin olarak, ilk önce eğer özel kanunlarda dava konusuna ilişkin bir düzenleme varsa, en önce özel kanun hükmünü uygulayacaktır. Özel kanunlarda konuya ilişkin herhangi bir düzenleme yer almıyorsa, o takdirde AMK’de düzenlenmiş olan usul hükümleri bulunup bulunmadığını tespit etmekle görevlidir. İhtilaf konusuna ilişkin AMK’de düzenlenmiş bulunan usul hükümleri varsa, bunları uygulayacaktır. Dava konusuna ilişkin olarak AMK’de düzenlenen usul hükümleri olmadığı takdirde MK’nin aile hukukuna ilişkin usul hükümlerini ve son olarak da HUMK’da düzenlenen usul kurallarını uygulamakla görevlidir.

Buna göre, aile mahkemelerinde görülecek anlaşmazlıklarda haklı ve haksızın belirlenmesinde uygulanacak usul hükümleri sıralaması şöyle olmalıdır⁵³⁶:

- 1- Özel kanunlardaki hükümler.
- 2- Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun ile düzenlenmiş olan usul kuralları
- 3- Medeni Kanun’un aile hukukuna ilişkin usul hükümleri

⁵³⁶ Baktır, **a.g.e.** , s.66

(MK m. 138, 146, 160, 168, 177, 182, 184, 201, 207, 214, 222, 241, 243, 245, 261, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 294, 297, 298, 299, 301, 302, 326, 329, 365, 388, 400, 411, 419, 420, 421, 422, 430, 433, 436, 437, 446, 461, 464, 469, 484)

4- Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri

B- Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yargılama Usullerine Dair Kanun İle Düzenlenmiş Olan Usul Kuralları

1) Genel Olarak

AMK m.7'ye göre, aile mahkemesi hâkimi, önlerine gelen dava ve işlerin özelliklerine göre, esasa girişmeden evvel, tarafları, aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması bakımından eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek bunların sulh yoluyla çözümüne, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik edecektir. Sulh sağlanamadığı takdirde yargılamaya devam olunarak esas hakkında karar verecektir.

AMK'de yer alan bu hüküm ile kanun koyucu, aile mahkemesi hâkimine diğer davalardaki hâkimlerden daha fazla yükümlülük yüklemiştir⁵³⁷. Hâkim aile hukukuna ilişkin davalarda, diğer hukuk davalarına göre çok daha aktif olmak zorundadır. 4787 sayılı AMK, hâkime, tarafları, söz konusu uyuşmazlığı, sulh yolu ile çözmeye sevk etme ödevi yüklemiştir⁵³⁸.

2) Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yargılama Usullerine Dair Kanun İle Öngörülen “Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözümlemesi” Kavramı

a) Genel Olarak

AMK. M. 7/I'de yer alan düzenlemeye göre, aile mahkemesi hâkimi, aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların konu olduğu davalarda, tarafları, uyuşmazlığın

⁵³⁷ İbrahim Ercan, **Aile Mahkemesinde Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözümlemesi**, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul, Alkım Yayınevi, 2007, s. 82.

⁵³⁸ Ercan, **a.g.m.**, s. 64.

sulh yoluyla çözümüne teşvik eder. Madde metnine göre, hâkim, var olan uyuşmazlığın sulh yoluyla çözümüne uğraşmakla yükümlüdür.

b) “Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözülmesi” Kavramının Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması

(1) Sulh Teşebbüsü

i) Sulh Teşebbüsü Kavramı

Türk yargılama hukukunda yürürlükte olan mevzuata göre sulh yargılaması bulunmamaktadır⁵³⁹. Ancak 1963 yılına kadar HUMK m.494–499 arasında “Boşanma İşlerinde Sulh Teşebbüsü” kurumu düzenlenmiş bulunmaktaydı, fakat bu düzenleme 26.09.1963 tarih ve 338 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır⁵⁴⁰⁻⁵⁴¹

Boşanma işlerinde sulh teşebbüsüne ilişkin ilgili maddelerde, kanun koyucu boşanma ve ayrılık davalarına ilişkin olarak zorunlu bir sulh teşebbüsü öngörmüştür. Buna göre, davacı, boşanma veya ayrılık davası açmadan önce, öncelikle sulh mahkemesinde sulh teşebbüsü başlatmak zorunda idi⁵⁴². Sulh hâkimi, her iki tarafın katıldığı gizli bir oturumda eşleri barıştırmaya⁵⁴³ ve bu yolla evlilik birliğinin devamını sağlamaya çalışırdı. Sulh teşebbüsü başlatılmadan ve sulh mahkemesinden bu teşebbüsün başarısız olduğuna dair bir karar getirilmeden boşanma veya ayrılık davası açılması mümkün değildir⁵⁴⁴ ancak eğer sulh hâkimi eşleri barıştırma hususunda başarılı olamazsa o takdirde, boşanma davası açılabilirdi⁵⁴⁵. Sulh teşebbüsünün sonuçsuz kalması halinde, üç ay içinde dava açılması gerekiyordu, aksi

⁵³⁹ Ancak İsviçre ve Almanya’da asıl yargılamadan bağımsız olarak bir sulh yargılamasına ilişkin düzenlemeler mevcuttur. (Ercan, **a.g.m.**, s. 83)

⁵⁴⁰ RG 03.10.1963

⁵⁴¹ HUMK m.236/III ve mahcuz mallara istihkak davasına ilişkin olarak düzenlenen m.513-515’de yer alan düzenlemelerde aslen birer sulh teşebbüsü niteliği taşımakla beraber, bu çalışmanın konusu aile hukukundan doğan uyuşmazlıklar ve asıl olarak boşanma davaları oluşturduğundan, bu maddeler inceleme dışında bırakılmıştır.

⁵⁴² Ercan, **a.g.m.**, s. 83.

⁵⁴³ Akıntürk, **a.g.e.**, s. 272; Ercan, **a.g.m.**, s. 83.

⁵⁴⁴ Mustafa Reşit Belgesay, **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, C. II, İstanbul, 2.Bası, 1939, s.456

⁵⁴⁵ Akıntürk, **a.g.e.**, s. 272.

takdirde sulh hâkimi bu sürenin geçmesinden dolayı tarafların barışmış olduklarını varsayarak, boşanma davasının reddine karar vermek zorundaydı.

HUMK mülga m. 496'ya göre, her boşanma davasında sulh teşebbüsünün yapılması şart değildir, şartları oluştuğu takdirde sulh hâkimi boşanma davası açılmasına izin verebilecektir⁵⁴⁶.

Sulh teşebbüsünün yapılmadığı itirazı bir ilk itiraz teşkil etmektedir⁵⁴⁷ ve diğer ilk itirazlarla beraber davanın esasına girilmesinden önce ileri sürülmesi gerekmektedir. Sulh teşebbüsünün yapılmadığı ilk itirazı süresinde ileri sürülmediği takdirde, mahkemede bu hususu re'sen dikkate alamayacak ve boşanma davasının görülmesine sulh teşebbüsüne girilmeden devam edilecektir⁵⁴⁸.

Sulh teşebbüsüne ilişkin düzenlemenin, işleri fazlalaştırdığı ve herhangi bir fayda sağlamadığı ve bu yüzden boşanma davalarının uzamasına sebep olduğu belirtilmiş ve bunun sonucunda da evlilik dışı birlikteliklerin çoğaldığı ve evlilik dışı çocukların sayısının arttığı ve bu durumda da sosyal huzursuzluklara sebebiyet vermesi dolayısıyla eleştirilmiş⁵⁴⁹ ve yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak doktrinde sulh teşebbüsünün kaldırılmaması gerektiğini savunan yazarlar da mevcuttur⁵⁵⁰.

⁵⁴⁶ Bu maddeye göre, davanın iki tarafından birisi yabancı ülkede ikamet ediyorsa veya diğer tarafın adresi bilinmiyorsa ya da sulh teşebbüsünün her halde yarar sağlamayacağı belli ise, o takdirde sulh hâkimi, davacıyı sulh teşebbüsünden istisna edebilecektir. Ancak davacıya ilişkin böyle bir istisnaiyet kararı alınabilmesi için, davacının, sulh hâkimine başvurmuş ve maddede sayılan sebeplerden birine dayanarak sulh teşebbüsünden istisna tutulmayı talep etmiş olması gerekli idi. Sulh hâkimi, davacının gösterdiği sebepten ötürü sulh teşebbüsünden fayda sağlanamayacağına kanaat getirirse, o takdirde, tarafların ikametgâhları uygun olsa bile, doğrudan doğruya boşanmaya izin verebilecektir. Bkz: Belgesay, **a.g.e.**, s. 455

⁵⁴⁷ Mülga HUMK m.187/6, Akil Önder, Sulh Teşebbüsü ve İhtar Davalarını Mevzuatımızdan Çıkarmak Suretiyle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Medeni Kanunda Tadilat İcrasına İhtiyaç Var mıdır? , **AD**, 1942, S. 9, s. 1039; Ercan, **a.g.e.**, s. 84. Ancak doktrinde sulh teşebbüsünün bir dava şartı teşkil ettiği de savunulmaktadır. Bkz: Serkan Ayan, **Evlilik Birliğinin Korunması**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği, 2004, s.128

⁵⁴⁸ Önder, **a.g.e.**, s. 1039

⁵⁴⁹ Önder, **a.g.e.**, s. 1035–1036

⁵⁵⁰ Önder, **a.g.e.**, s. 1036 vd. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu ise, sulh teşebbüsünün tamamen mevzuattan kaldırılmasını değil, ancak sulh teşebbüsüne girilmesine ilişkin görevli mahkemenin sulh mahkemesi değil, fakat boşanma ve ayrılık davasının görüldüğü asliye hukuku mahkemesine verilmesi gerektiği görüşündedir. Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz: Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Evlenme ve Boşanma Hukukumuzda Medeni ve Cezai Bakımdan Ne Gibi Tadilata İhtiyaç Vardır? , **AD**, 1944, S.1–12, s. 98 vd.

ii) Sulh Teşebbüsünün, Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözümünden Farkı

AMK m.7’de düzenlenen uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözülmesi, HUMK mülga 494–499 maddelerinde düzenlenmiş bulunan sulh teşebbüsünden çeşitli yönlerden ayrılmaktadır. İki kurum arasındaki en önemli farklardan birisi, bu kurumların uygulanma alanlarına ilişkidir, öyle ki AMK’de düzenlenmiş olan sulh yoluyla çözüm, aile hukukundan doğan bütün uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulmaktayken, sulh teşebbüsü sadece boşanma ve ayrılık davalarında uygulanmaktadır⁵⁵¹. Diğer bir fark ise, görevli mahkemelere ilişkindir. Buna göre, AMK’de uygulanacak olan uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözümü esas davaya bakmakla da görevli olan aile mahkemesinde görülmekteyken, sulh teşebbüsünün yürütülmesinde asıl mahkemeye bakan mahkeme dışında bir mahkeme ve daima sulh mahkemesi görevlidir⁵⁵².

(2) Sulh

i) Sulh Kavramı

AMK’de uygulanacak olan uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözümü düzenlemesine benzer bir diğer düzenleme ise sulh kurumudur.

Sulh⁵⁵³, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda düzenlenmiş olmamakla beraber, hukuk doktrinde kabul edilmiş bir kavramdır⁵⁵⁴. Ayrıca HUMK’un bazı maddelerinde de sulhtan söz edilmektedir⁵⁵⁵.

Mahkeme önünde yapılan sulhte, mahkeme önünde yapılan bir sözleşme söz konusudur ki bu sözleşme ile taraflar karşılıklı fedakarlıklar yaparak hukuki ilişkiye ilişkin bir uyuşmazlığı sona erdirirler⁵⁵⁶. Yapılan bu sözleşme ile hem maddi hukuka

⁵⁵¹ Ercan, **a.g.e.** , s. 84–85.

⁵⁵² Ayan, **a.g.e.** , s. 133; Ercan, **a.g.e.** , s. 85.

⁵⁵³ Bu terim ile kastedilen mahkeme önünde sulhtur.

⁵⁵⁴ Ergun Önen, **Medeni Yargılama Hukukunda Sulh**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1972, s. 19 (Sulh).

⁵⁵⁵ HUMK m. 63, 151, 213, 513–515

⁵⁵⁶ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 464; Kuru/ Aslan/ Yılmaz, **a.g.e.** , s. 622.

ilişkin bir uyuşmazlık sona erdirilmekte hem de bu uyuşmazlığa ilişkin olarak görülmekte olan davaya kısmen veya tamamen son verilmektedir⁵⁵⁷. Buna göre, usuli sulh, sonuçlarını hem maddi hukuk alanında hem de usul hukuku alanında doğuran çift karakterli bir işlem sayılmalıdır⁵⁵⁸.

ii) Sulhun Şartları ve Unsurları

Tarafların karşılıklı rıza ve fedakarlık göstererek aralarındaki bir hukuki ilişkiye ilişkin bir ihtilafa son vermek amacıyla yapmış oldukları sözleşmeler sulh sözleşmeleridir. Sulh eğer, bir dava sebebiyle ve dava henüz görülmekteyken mahkeme önünde, tarafların aralarındaki ihtilafa son vermek amacıyla yapılır ve yargılama hukukunun koyduğu kurallara göre tamamlanır ise, o takdirde, yargılama hukukuna özgü bir takım hüküm ve sonuçlar doğuracak ve bu sebeple de usuli bir nitelik kazanmış olacaktır⁵⁵⁹.

Sulhun varlığı için gerekli şartları 3 başlık altında toplamak mümkün olacaktır⁵⁶⁰. Bu şartlar, (a) Konusu hukuki bir ilişki olan bir akdin yapılması, (b) Bu sözleşme ile tarafların o hukuki ilişkiyle alakalı uyuşmazlıkların veya şüphelerin giderilmesi, (c) Bunun karşılıklı fedakarlıklarda bulunmak suretiyle olmasıdır.

Sulhun varlığından bahsedebilmek için kendinden önce konusu hukuki ilişki olan bir sözleşmenin yapılmış olması gereklidir⁵⁶¹. Tek taraflı hukuki işlemlere ilişkin sulh sözleşmesi ancak bir taahhüt niteliğinde olabilecektir ve sulh işlemi olarak nitelendirilemeyecektir⁵⁶².

Yapılacak olan sulh ile tarafların o hukuki ilişkiyle alakalı uyuşmazlıklarının veya şüphelerinin giderilmesi gereklidir. Buradaki uyuşmazlık ile kastedilen taraflar arasındaki her türlü çekişmedir⁵⁶³.

⁵⁵⁷ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 464; Kuru/ Aslan/ Yılmaz, **a.g.e.** , s. 622.

⁵⁵⁸ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 464; Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. IV**, İstanbul, Demir Demir, 6. Bası, 2001, s. 3744vd. (**Cilt IV**) ; Sulhun hukuki niteliğine ve doktrindeki görüşlere ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz: Önen, **Sulh**, s. 19 vd.

⁵⁵⁹ Önen, **Sulh**, s. 23.

⁵⁶⁰ Önen, **Sulh**, s. 23.

⁵⁶¹ Önen, **Sulh**, s. 23.

⁵⁶² Önen, **Sulh**, s. 24.

⁵⁶³ Önen, **Sulh**, s. 25.

Sulh karşılıklı fedakarlıklarda bulunmak suretiyle yapılabilir⁵⁶⁴.

iii) Sulhun Yapılış Şekilleri

Mahkeme önünde sulh başlıca iki şekilde yapılabilir. Bunlardan birincisi tarafların teşebbüsüyle yapılan sulh, diğeri ise, mahkemenin teklifiyle yapılan sulhtur.

Tarafların teşebbüsüyle yapılan sulhte, taraflar kendiliklerinden sulh olma arzusunu gösterebilirler⁵⁶⁵. Buna göre, taraflar duruşmada sulh olma isteklerini hâkime bildirirler ve HUMK m.151/II' ye göre sulh olma isteği tutanak kâtibi tarafından tutanağa geçirilir. Tutanağın sulhe ilişkin kısımları tarafların huzurunda okunarak imza ettirilir.

Taraflar kendi teşebbüsleriyle mahkeme önünde sulh olabilecekleri gibi, daha önceden mahkeme dışında anlaşıp bunu mahkemeye de bildirebilir. Dava konusu uyuşmazlığın tarafları, mahkeme dışında yapmış oldukları yazılı sulh sözleşmesini mahkemeye verirler ve bu sulh sözleşmesinin mahkemeye sunulduğu tutanağa yazılır⁵⁶⁶.

Mahkemenin tarafları sulhe teşvik etmesi yoluyla da sulh yapılabilir. HUMK m.213'de yapılan düzenlemeye göre, hâkim, yargılamanın her aşamasında, iki tarafı veya vekillerini çağırarak, davanın maddi olguları hakkında açıklamalarını dinleyebilir ve sonuç vereceği umulan durumlarda tarafları sulhe teşvik edebilir.

iv) Sulhun Yapılış Zamanı

Sulh, davanın açılmasından sonra yapılabilir. Sulh, davanın açılmasından sonra dava hakkında verilen hüküm kesinleşinceye kadar yapılabilir, öyle ki hüküm verilmeden önce yapılabilir gibi, hüküm verildikten sonra, temyiz ve

⁵⁶⁴ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 465; Karşılıklı fedakarlığın mahkeme önünde yapılan sulhler için gerekli bulunup bulunmadığı hususunda doktrindeki farklı görüşler ve bunlara ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz: Önen, **Sulh**, s. 26 vd.

⁵⁶⁵ Kuru, **Cilt IV**, s. 3753; Önen, **Sulh**, s. 102

⁵⁶⁶ Kuru, **Cilt IV**, s. 3754; Önen, **Sulh**, s. 102

karar düzeltme aşamalarında da sulh yapılabilecektir⁵⁶⁷. Davanın açılmasından sonra sulhun bu süre içinde belirli bir yargılama safhası içinde yapılması zorunluluğu bulunmamaktadır⁵⁶⁸.

v) Boşanma Davalarında Sulh

Sulh, ancak tarafların dava konusuna ilişkin olarak serbestçe tasarruf yetkilerinin bulunduğu davalarda uygulanabilir ve sulh yapılması ile de dava sona erdirilir⁵⁶⁹. Ancak bazı istisnai hallerde, tarafların dava konusu üzerinde tasarruf yetkileri yoktur veya kısıtlıdır⁵⁷⁰. Tarafların dava konusu üzerinde serbestçe tasarruf edemedikleri davalara ilişkin olarak sulh sözleşmesi yapılamaz ve bu davalar sulh ile sona erdirilemez⁵⁷¹. Eğer, üzerinde tasarruf edilmesi mümkün olmayan konulara ilişkin olarak sulh yapılmışsa, hâkim sulhu tutanağa geçirmez ve bu sebepten de sulh hükümsüz kalır⁵⁷².

Boşanma davalarının da dâhil olduğu aile hukuku alanı ise, tarafların dava konusu üzerinde tasarruf yetkilerinin ya hiç olmadığı ya da kısıtlı olduğu bir alandır. Bu sebepten dolayı boşanma davaları sulh ile sona erdirilemez⁵⁷³. Boşanma davaları tasarruf ilkesini uygulandığı davalardan değildir ve davanın taraflarının ihtilafın konusuna ilişkin olarak tasarruf yetkileri kısıtlıdır⁵⁷⁴.

Tarafların tasarruf yetkilerinin kısıtlı olduğu bu davalarda ancak kısıtlı konulara ilişkin sulh yapılabilecektir⁵⁷⁵. Evliliğin sona erdirilmesine ilişkin olarak

⁵⁶⁷ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 458; Kuru, **Cilt IV**, s. 3754; Önen, **Sulh**, s. 107vd.

⁵⁶⁸ Önen, **Sulh**, s. 107.

⁵⁶⁹ Ansay, **a.g.e.**, s. 185; Kuru, **Cilt IV**, s. 3794; Önen, **Sulh**, s. 44; Ercan, **a.g.m.**, s. 85.

⁵⁷⁰ Kuru, **Cilt IV**, s. 3794.

⁵⁷¹ Ansay, **a.g.e.**, s. 185; Kuru, **Cilt IV**, s. 3794; Önen, **Sulh**, s. 44; Ercan, **a.g.m.**, s. 85.

⁵⁷² Ansay, **a.g.e.**, s. 185

⁵⁷³ Ansay, **a.g.e.**, s. 185; Kuru, **Cilt IV**, s. 3794; Önen, **Sulh**, s. 44; Ercan, **a.g.m.**, s. 85.

⁵⁷⁴ Medeni Kanunda kabul edilmiş bulunan anlaşmalı boşanmanın davayı sona erdiren bir sulh sözleşmesi olabileceği akla gelse de, anlaşmalı boşanmaya ilişkin olarak tarafların aralarında anlaştıkları protokolün hükümlerinin hâkimin onayına bağlı olması, hatta hâkimin uygun görmediği düzenlemeleri değiştirebilme yetkisine sahip olması ve hâkimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesinin gerekli olması, boşanmaya ilişkin olarak tarafların tasarruflarının kısıtlanmış olduğuna örnek olarak gösterilebilir.

⁵⁷⁵ Ansay, **a.g.e.**, s. 186; Önen, **Sulh**, s. 45

sulh yapılamamakta, ancak buna karşılık boşanmanın fer'i sonuçlarına ilişkin olarak hâkimin onaylamasının zorunlu olduğu bir sözleşme akdedilebilecektir⁵⁷⁶.

vi) Sulhun, Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözümünden Farkı

AMK m.7'de düzenlenen uyuşmalıkların sulh yoluyla çözümü, evlilik birliğinin korunması sağlayan bir araç niteliği taşımaktayken, Medeni Usul yargılamasında uygulanan sulh kurumu ise ihtilafın sonuçlandırılmasına ilişkin bir amaç niteliğindedir⁵⁷⁷. Uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözümü bir prosedürü ifade ederken, sulh ise, bu prosedür sonucunda elde edilen sonucu ifade eder⁵⁷⁸.

Medeni usul yargılamasında uygulanan sulh, hâkimi bağlayıcı bir etkiye sahiptir ve davayı sona erdirir⁵⁷⁹. Aile Mahkemelerindeki yargılama sırasında uygulanacak olan uyuşmalıkların sulh yoluyla çözümü durumunda ise, hâkim kendi yönlendirmesi veya eşlerin kendiliklerinden varmış oldukları anlaşma ile kural olarak bağlı değildir. Hâkim kararını verirken tarafların kendi aralarında varmış oldukları anlaşmayı dikkate alabilecek ve bu anlaşma vereceği hükme temel teşkil edebilecektir⁵⁸⁰, ancak medeni usul yargılamasındaki sulh ile aynı etkilere sahip olmayacaktır.

Aile mahkemelerinde kural, hâkimin tarafları boşanma veya ayrılıktan vazgeçirmesi ve buna araç olarak da uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözümü kurumunu kullanmasıdır. Uyuşmazlığın sulh yoluyla çözümü olumlu bir sonucun ortaya çıkması istenmektedir. Hâkimin, taraflar arasındaki uyuşmazlığı karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması bakımından eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek bunların anlaşılabilir şekilde çözülmesini sağladığı ve tarafların boşanma veya ayrılıktan vazgeçtikleri durumlarda da aslında

⁵⁷⁶ Kuru, **Cilt IV**, s. 3795; Önen, **Sulh**, s. 46.

⁵⁷⁷ Ercan, **a.g.m.**, s. 85.

⁵⁷⁸ Ercan, **a.g.m.**, s. 85.

⁵⁷⁹ Ercan, **a.g.m.**, s. 85.

⁵⁸⁰ Ercan, **a.g.m.**, s. 85.

teknik anlamda bir sulh sözleşmesi değil, hukuki nitelik itibariyle bir feragatin⁵⁸¹ söz konusu olacağını belirtmek gerekmektedir⁵⁸².

HUMK m.213’de düzenlendiği üzere, hâkim, davanın her aşamasında, sonuç vereceği umulan durumlarda tarafları sulhe teşvik edebilir. AMK m.7’de düzenlenen hükme göre ise, hâkim davada esasa girmeden önce, tarafları sulhe teşvik eder. Bu iki düzenleme arasındaki farklardan biri, HUMK’da yer alan sulhe teşvikin hâkimin olumlu sonuç vereceğini düşünmesi halinde, davanın her aşamasında, yapılabileceğidir. Oysa AMK’de yer alan düzenlemeye göre, hâkim tarafları ancak ve ancak davanın esasına girilmeden önce sulhe teşvik edecektir. Ayrıca HUMK’da hâkime sulhe teşvik konusunda bir takdir hakkı tanınmış olmakla birlikte, AMK’de aile mahkemesi hâkimine böyle bir takdir hakkı tanınmamış ve hâkimin tarafları sulhe teşvik etmesi zorunlu tutulmuştur⁵⁸³.

(3) Arabuluculuk

AMK m.7’de düzenlenen, aile mahkemelerinin önlerine gelen dava ve işlerde, davanın esasına girmeden önce uyuşmazlıları, tarafları, sulhe teşvik suretiyle çözüme kavuşturması ödevinin, aile hâkimine “aile arabulucusu” gibi hareket etme gibi bir sıfatla hareket etme yükümü yüklediği doktrinde savunulmuştur⁵⁸⁴.

Arabuluculuk, tarafların aralarındaki uyuşmazlığa çözüm bulmak için tarafsız üçüncü kişiden yardım almaları anlamına gelmektedir⁵⁸⁵. Arabuluculuk kurumunda, taraflar, bir arabulucu yardımıyla kendi aralarında, çözüme ulaşmak için çalışma konusunda anlaşır⁵⁸⁶. Arabulucu, uyuşmazlığın çözümünde karar vermek yetkisini haiz değildir⁵⁸⁷. Arabulucu tarafsız bir üçüncü şahıs olmalıdır⁵⁸⁸. Arabulucunun

⁵⁸¹ Feragate ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz: Üçüncü Bölüm, V,

⁵⁸² Ercan, **a.g.m.**, s. 86

⁵⁸³ Ayan, **a.g.e.**, s. 132–133; Bahattin Aras, Aile Mahkemelerinde Tarafların Sulh Yoluyla Çözüme Teşviki, **Yargıtay Dergisi**, C.31, S. 3, 2005, s. 304; Ercan, **a.g.m.**, s. 86;

⁵⁸⁴ Deren-Yıldırım, **Aile Mahkemeleri**, s.14; Tanrıver, **a.g.m.**, s.952;

⁵⁸⁵ Gülgün Ildır, **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Çözümler)**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2003, s. 88; Mustafa Özbek, **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, Ankara, Yaklaşım Yayınları, 2004, s. 201 vd.

⁵⁸⁶ Ildır, **a.g.e.**, s. 88.

⁵⁸⁷ Ildır, **a.g.e.**, s. 90.

⁵⁸⁸ Ildır, **a.g.e.**, s. 90.

görevi sadece taraflar arasındaki iletişimi sağlamak ve birbirlerini anlamalarını sağlamaktır⁵⁸⁹.

AMK m.7 hükmü ile aile mahkemesi hâkimine yüklenmiş olan görev arabuluculuk olarak değerlendirilemeyecektir, çünkü arabuluculuk kurumunda tarafların kendi istekleri ile tarafsız bir üçüncü kişinin yardımını talep etmeleri söz konusu olmaktadır. Ancak bu üçüncü kişi uyuşmazlığa ilişkin karar verme yetkisine sahip değildir. Oysa taraflar boşanma istemiyle aile mahkemesine başvurdıkları zaman barışmak isteğinde ve amacında değildirler. Ayrıca, taraflar barışmadıkları takdirde aile mahkemesi hâkimi, davanın esasına girilerek hüküm verme yetkisini haizdir.

Aile mahkemesi hâkimine “aile arabulucusu” gibi hareket etme görevinin verilmiş olduğu söylenebilirse de, aile hâkiminin tarafsız bir arabulucudan çok daha fazla yetkilerle donatılmış olduğunu belirtmek gerekir.

Doktrinde bir grup yazar, mahkemenin yükünün azaltılması ve uygun sonucun hızlı bir biçimde alınabilmesi için arabuluculuk yönteminin uygulanması gerektiğinin savunmaktadırlar⁵⁹⁰. Ancak, taraflar arasında varılacak olan uzlaşmaya mahkeme kararı biçiminin verilerek, uzlaşmaya resmiyet ve etkinlik kazandırılması gerekmektedir⁵⁹¹.

3) Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözümlemesi Usulü

a) Genel Olarak

Hâkim, tarafları uyuşmazlığın sulh yoluyla çözümüne teşvik etmeden önce, eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit etmekle yükümlüdür⁵⁹². Bu sorunların tespitinden sonra ise AMK m.7’de de belirtildiği üzere, aile içindeki

⁵⁸⁹ Ildır, **a.g.e.**, s. 90; Özbek, **a.g.e.**, s. 202

⁵⁹⁰ Sirmen/ Koçhisarlı/ Tanrıver/ Süral/ Tercan, **a.g.m.** s. 28.

⁵⁹¹ Sirmen/ Koçhisarlı/ Tanrıver/ Süral/ Tercan, **a.g.m.** s. 28–29.

⁵⁹² Ercan, **a.g.m.**, s. 90.

karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunmasına özen göstererek, eşler arasında var olan uyuşmazlığa bir çözüm getirmeye çalışacaktır⁵⁹³.

AMK m.2’de aile mahkemelerinin asliye hukuk mahkemeleri derecesinde kurulacağı düzenlenmiştir. Buna göre, aile mahkemelerinde de asliye hukuk mahkemelerinde olduğu gibi yazılı yargılama usulü uygulanacaktır⁵⁹⁴.

b) Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözümlemesi Zamanı

AMK m.7’de belirtildiği üzere, hâkim, davanın esasına girişmeden önce, tarafları uyuşmazlığın sulh yoluyla çözümü hususunda teşvik etmelidir. Sulh sağlanamadığı takdirde ise yargılamaya devam olunarak esas hakkında karar verilir.

Hâkimin, tarafları uyuşmazlığın çözümüne ilişkin olarak sulhe teşvik etmesinin mutlaka davanın esasına girilmeden önce mi yapılması gerektiği, yoksa bu sulh girişiminin davanın esasına girildikten sonra da yapılabilmesi hususunda hâkime takdir yetkisinin tanınması mı gerektiği hususu ile ilgili olarak sulhun mutlaka davanın esasına girilmeden yapılmasına ilişkin olarak hâkime bağlayıcı mutlak bir ölçütün getirilmesi doğru bulunmamış ve davanın hangi aşamasında bu yola başvurulacağı hususunun hâkimin takdirine bırakılması gerektiği savunulmuştur⁵⁹⁵. Hâkim davanın özelliklerine göre, bu yola başvurmak için en uygun olan zamanı tespit edecektir. Bu zaman ise, bazen esasa girilmeden evvel olabileceği gibi, bazen de davanın esasına girilmesinden sonra olabilecektir⁵⁹⁶.

AMK m.7 hükmü hâkime, tarafların aralarındaki uyuşmazlığın sulh yoluyla çözümü için teşvik edilmesi ödevini yüklemiştir. Buna göre, söz konusu bu teşvik davanın esasına girilmeden önce yapılmak lazım gelecektir, lakin sulh sağlanamadığı takdirde yargılamaya devam edilecek ve esas hakkında karar verilecektir.

⁵⁹³ Ercan, **a.g.m.** , s. 90.

⁵⁹⁴ Deren-Yıldırım, **Aile Mahkemeleri**, s.12.

⁵⁹⁵ Ercan, **a.g.m.** , s. 91.

⁵⁹⁶ Ercan, **a.g.m.** , s. 91

Kanunda yer alan hükümlerin yorumunda ilk önce lâfzî yoruma başvurulması gerektiği noktasından hareketle⁵⁹⁷, sulhun ne zaman yapılması gerektiği sorusunun cevabını gene AMK m.7 hükmünde aramak uygun olacaktır. Buna göre, davanın esasına girilmeden önce, hâkimin, tarafları uyuşmazlığın sulh yoluyla çözümüne teşvik etmesi ve gerekirse bunun için uzmanlardan yardım alması ihtiyari değil, fakat zorunlu bir düzenlemedir. Bu usul kuralına uyulmadan karar verilmiş olması yasaya aykırıdır⁵⁹⁸. Hâkimin, önüne gelen uyuşmazlığa ilişkin olarak, uyuşmazlığın sulh yoluyla çözümüne teşvikin davanın esasına girilmesinden sonra başvurulması yönünde bir takdir hakkı kullanması, bu hükmün konulmasıyla sağlanmak istenen faydanın yerine gelmesini engelleyici niteliktedir. Davanın esasına girilmesinden evvel, sulhe başvurulması yolunun benimsenmesinin sebebi, evlilik birliğinin korunması, eğer herhangi bir barışma ihtimali varsa, mahkeme önünde taraflar arasındaki ilişki daha fazla yıpranmadan bu imkânın kullanılabilmesini sağlamaktır.

Ayrıca HUMK m.213'e göre, hâkim davanın her aşamasında, sonuç vereceği umulan durumlarda tarafları sulha teşvik edebilecektir. Davanın esasına girilmeden evvel yapılan sulhe teşvikin başarısız olması, davanın esası sırasında yeni sulh girişimlerinin yapılmasının hukuken engellemeyecektir.

c) Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözümlemesi Hususunda Yararlanılabilecek Uzmanlar

AMK m.7, aile mahkemesi hâkimine davanın esasına girilmesinden evvel tarafları uyuşmazlığın sulh yoluyla çözülmesine teşvik ödevi getirirken, bu girişimin başarıya ulaşabilmesi için gerektiğinde uzmanlardan da yararlanılabilmesi imkânını düzenlemiştir.

Kanunda bu uzman kişilerin kimler olması gerektiği hususunda bir açıklık yoktur. Mahkemenin sadece aile mahkemesi bünyesinde çalışan uzmanlardan mı

⁵⁹⁷ Oğuzman/ Barlas, **a.g.e.** , s. 56

⁵⁹⁸ Ali İhsan Özügür, Boşanma, Evlenme İptali, Ayrılık Davası, Ailenin Korunması ile ilgili Tedbirler, Tanıma, Tenfiz, Aile Mahkemesi İlişkisi, **İzmir Barosu Dergisi**, 2004, S.1, s. 34; Karagülmez/ Ural, **a.g.e.** , s.177

yararlanabilecektir; yoksa bu uzmanların yanında başka uzmanlardan da yararlanabilecek midir hususu doktrinde tartışmalıdır.

Bazı yazarlar⁵⁹⁹, bu uzmanların m.5'de düzenlenen uzmanlarla⁶⁰⁰ sınırlı kalması gerektiğini savunurken, diğer bir takım yazarlar mahkeme dışındaki uzmanların da bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadırlar⁶⁰¹. Boşanma davalarının niteliği düşünüldüğü zaman, hâkimin yardım alabileceği uzmanların sadece mahkeme bünyesindeki uzmanlarla sınırlı kalmaması gerektiği sonucun ulaşmak uygun olacaktır, çünkü münferit olarak her olayda başka bir uzman kişinin yardımına ihtiyaç duyulabilecektir.

4) Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözümlemesinin Sonuçları

Aile mahkemesi hâkiminin sulh girişiminin başarılı olması ve tarafların anlaşması halinde iki ihtimal ortaya çıkacaktır.

Taraflar boşanma taleplerinden vazgeçerek evlilik birliğinin devamına karar vermişlerse, o takdirde, boşanma davası sona erecektir. Eğer, taraflar, aralarındaki uyuşmazlığı sulh yolu ile çözmekle boşanmaya karar vermişlerse, o takdirde, hâkim, tarafların yapmış oldukları sulh sözleşmesi ile bağlı olmayacaktır, çünkü boşanma davalarında tarafların dava konusu üzerinde serbestçe tasarrufta bulunma yetkileri bulunmamaktadır. Boşanma davası ancak hâkimin nihai kararıyla son bulacaktır⁶⁰².

Aile mahkemesi hâkiminin, tarafları uyuşmazlığın sulh yoluyla çözümlenmesine ilişkin teşviki sonuçsuz kaldığı takdirde, hâkim davanın esasına girişerek, davaya bakacak ve boşanmanın reddi veya kabulüne karar verecektir⁶⁰³.

IV- TÜRK MEDENİ KANUNU'NA GÖRE UYGULANACAK OLAN YARGILAMA USULÜ

⁵⁹⁹ Baktır, **a.g.e.** , s.78

⁶⁰⁰ Bu uzmanların kimler olduğuna ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz: Üçüncü Bölüm, I, A, 4.

⁶⁰¹ Ercan, **a.g.m.** , s. 91.

⁶⁰² Ercan, **a.g.m.** , s. 93.

⁶⁰³ Ercan, **a.g.m.** , s. 93.

A- Genel Olarak

4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 7. maddesinde aile mahkemelerinde görülecek dava ve işlerin çözümünde geçerli olacak usul kuralları düzenlenmiştir. Bu madde ile AMK'de hüküm bulunmayan hususlarda MK ve HUMK'da yer alan usul kurallarının uygulanacağı düzenlenmiştir. Buna göre, AMK'de dava konusuna ilişkin düzenlenen usul hükümleri yoksa MK'nin aile hukukuna ilişkin usul hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Hâkim, son olarak da HUMK'da düzenlenen usul kurallarını uygulamakla görevlidir.

Boşanma davalarında uygulanacak olan usul hukuku kuralları, HUMK'da değil maddi hukuka ait kuralların düzenlendiği MK'de düzenlenmiş bulunmaktadır. Bunun sebebi, Medeni Kanun hükümlerinin iktibas edildiği mehz İsviçre Medeni Kanunu'nda da aynı şekilde yargılama hukukuna ait bir düzenlemenin yer almasıdır. İsviçre'de yargılama hukukuna ilişkin kanunlar ulusal düzeyde olmayıp, her kantonun kendi özel yargılama kuralları mevcuttur⁶⁰⁴. Ancak boşanma hukukuna ilişkin yargılamalarda ulusal düzeyde yeknesaklık sağlanması istenmiş olduğundan, bu hususa ilişkin düzenlemeler federal kanun olan İsviçre Medeni Kanunu'nda düzenlenmiş bulunmaktadır⁶⁰⁵.

4721 sayılı Medeni Kanun'da aile mahkemelerinde uygulanacak olan yargılama usulüne ilişkin kurallar “Boşanma”ya ilişkin bölümde 184. madde ile düzenlenmiştir.

Medeni Kanun'un “Boşanmada Yargılama Usulü” başlıklı 184. maddesi:

“Boşanmada yargılama, aşağıdaki kurallar saklı kalmak üzere Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa tabidir:

⁶⁰⁴ İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu kanunlaştırma çalışmaları yapılmaktadır. Kanun tasarısı üzerinde incelemeler sürmektedir.

⁶⁰⁵ Petek, **a.g.m.**, s. 29

1. *Hâkim, boşanma veya ayrılık davasının dayandığı olguların varlığına vicdanen kanaat getirmedikçe bunları ispatlanmış sayamaz.*
2. *Hâkim, bu olgular hakkında gerek re'sen gerek istem üzerine taraflara yemin öneremez.*
3. *Tarafların bu konudaki her türlü ikrarı hâkimi bağlamaz.*
4. *Hâkim, kanıtları serbestçe takdir eder.*
5. *Boşanma veya ayrılığın fer'i sonuçlarına ilişkin anlaşmalar, hâkim tarafından onaylanmadıkça geçerli olmaz.*
6. *Hâkim, taraflardan birinin istemi üzerine duruşmanın gizli yapılmasına karar verebilir.*

MK m.184 hükmünde yer alan düzenleme ile kanun koyucu boşanma davalarında hâkime, diğer hukuk davalarına kıyasen, daha fazla takdir yetkisi tanımıştır⁶⁰⁶.

B- Medeni Kanun m. 184'de düzenlenen Özel Yargılama Kuralları

1) Genel Olarak

Kanun koyucu boşanma yargılamasına ilişkin bazı usul kurallarını HUMK'da düzenlemek yerine MK'de düzenlemeyi seçmiştir. Bu usul kuralları:

- Boşanma davalarında vicdani delil sisteminin geçerli olması;
- Hâkimin boşanma davalarında gerek re'sen gerek talep üzerine yemin öneremeyecek olması;
- Tarafların ikrarının hâkimi bağlamayacağı;
- Boşanma davalarında delillerin serbestçe değerlendirileceği;

⁶⁰⁶ Petek, **a.g.m.** , s. 29

- Boşanmanın fer'i sonuçlarına ilişkin anlaşmaların ancak hâkimin onaylamasından sonra geçerli olacağı;
- Taraflardan birisinin istemi üzerine boşanma davasına ilişkin duruşmaların gizli yapılabileceğidir.

Boşanma yargılamasına ilişkin MK'de düzenlenen bu usul kurallarının dışında yapılacak olan yargılama Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na tabiidir.

2) Hâkimin Vicdanen Kanaat Getirmiş Olması

Medeni Kanun m.184/I, b.1'e göre, hâkim, boşanma veya ayrılık davasının dayandığı olguların varlığına vicdanen kanaat getirmediği bunları ispatlanmış sayamaz.

Bu maddeye göre, hâkim, boşanma davasının taraflarınca ileri sürülen vakıaların gerçekten var olduğuna kanaat getirmese, bu vakıalar ispat edilmiş olsa bile, davayı reddedebilecektir⁶⁰⁷.

Vicdanen kanaat getirmiş olma, ispat ölçüsüne ait esaslardan biridir. Hâkimin bir vakıayı ispat edilmiş sayabilmesi için o vakıanın doğruluğu hakkında bir kanaate sahip olması gerekmektedir. Bu kanaate sahip olma derecesini ise ispat ölçüsü belirlemektedir⁶⁰⁸. Hangi anda hâkim bir vakıayı ispatlanmış saymalıdır ya da hangi ispat derecesi sağlandığında hâkimde vakıanın mevcut olduğuna ilişkin bir kanaat oluşmuş sayılmalıdır gibi soruların⁶⁰⁹ cevabını ispat ölçüsünün ne olması gerektiğine ilişkin tartışmaların sonucunda vermek gerekir⁶¹⁰.

İspat ölçüsü hâkimde oluşması gereken kanaatin derecesidir⁶¹¹. Hâkimde oluşması gereken kanaatin derecesine göre ikili bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre, bu hususta objektif ölçü söz konusu olabileceği gibi, sübjektif ölçüde söz konusu olabilecektir.

⁶⁰⁷ Petek, **a.g.m.**, s. 29

⁶⁰⁸ Pekcanitez/ Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 404–405.

⁶⁰⁹ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 328; Yıldırım, **a.g.e.**, s. 39

⁶¹⁰ Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz: Yıldırım, **a.g.e.**, s. 114 vd.

⁶¹¹ Pekcanitez/ Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 405.

Objektif ölçü, pratik hayatta kullanılan makul olan bütün şüpheleri bertaraf edecek derecede bir kesinliğin aranmasını gerektirmektedir⁶¹². Sübjektif ölçü ise, şahsen emin olma, vicdani kanat getirme gibi temellere dayanmaktadır⁶¹³⁻⁶¹⁴.

Anayasanın “Yargı”ya ilişkin 138. madde düzenlemesinde, hâkimlerin, görevlerinde bağımsız oldukları ve Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verecekleri düzenlenmekle beraber HUMK’da ise sadece, hâkimin takdir hakkını serbestçe kullanacağı düzenlenmiş ve vicdani kanaate ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır.

Delillerin değerlendirilmesine ilişkin olarak getirilen sınırlamalar, ispat ölçüsünü sübjektif ölçüden objektif ölçüye doğru kaydırmaktadır, çünkü hâkim sübjektif olduğu ölçüde, delillerin değerlendirilmesine ilişkin belirgin bir rol oynayacaktır⁶¹⁵. HUMK’da kanuni delil sistemi kabul edilmiştir, bu ise, ispat ölçüsünü bir bakıma objektifleştirmiştir. Lakin bu durumda hâkimin delilleri takdir yetkisi kısıtlanmakta ve maddi vakıanın vukuuna ilişkin olarak hâkimde hiçbir tereddüt oluşmasına izin verilmemektedir⁶¹⁶. Bu durumda aranan ispat ölçüsü tam ispattır⁶¹⁷. Tam ispatta hâkim, şahsi eminliğe ulaşmıştır ve bu kanaat tesisi objektif esaslara bağlıdır⁶¹⁸ ve hâkimin maddi vakıanın gerçekleştiğine dair kesinlik sınırında muhtemel kanaate ulaşması söz konusudur⁶¹⁹.

Oysa vicdani kanaat, Türk yargılama hukukunda kanuni ispat kuralının karşısı olarak değerlendirilir⁶²⁰. Buna göre, hâkim olayın vukuu bulduğuna ilişkin ikna olmak ve bu hususu ispatlanmış sayabilmek için, çok yüksek bir ihtimal

⁶¹² Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 328

⁶¹³ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 328

⁶¹⁴ İsviçre-Türk hukukunda kanaatin 4 türü olduğu söylenebilir. Bunlar, tam kanaat, sübjektif kanaat, tam kanaat ve vicdani kanattır. Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz: Yıldırım, **a.g.e.** , s. 39

⁶¹⁵ Yıldırım, **a.g.e.** , s. 72.

⁶¹⁶ Pekcanitez/ Atalay/Özekes, **a.g.e.** , s. 406.

⁶¹⁷ Pekcanitez/ Atalay/Özekes, **a.g.e.** , s. 406.

⁶¹⁸ Yıldırım, **a.g.e.** , s. 48.

⁶¹⁹ Yıldırım, **a.g.e.** , s. 41.

⁶²⁰ Yıldırım, **a.g.e.** , s. 39-40.

aramalıdır⁶²¹. Çok yüksek ihtimal, o vakıanın doğru olma ihtimalinin, doğru olmama ihtimaline göre ağır bastığı zamanlarda ortaya çıkmış sayılmalıdır⁶²².

Türk yargılama hukukunda kabul edilen kesin delillerle ispat kuralı, ispat ölçüsünü bir yönüyle objektifleştirmiştir⁶²³ ve bu ise, tarafın dava sonucunu hesaplayabilmesi yoluyla hukuki güvenliğin sağlanmasına hizmet etmektedir⁶²⁴.

HUMK bir ispat ölçüsü tespit etmemiş ve bunu mahkemelere bırakmış olduğundan, her münferit olaya ilişkin ispat ölçüsünün değişkenlik gösterebileceği ve olayın özelliklerine göre farklılaşabileceği kabul edilebilir⁶²⁵.

Boşanma davalarına ilişkin olarak MK m. 184 ile getirilen özel yargılama usulü kuralı uyarınca, HUMK'daki tam ispatın ölçü olarak alınması kuralına bir istisna getirilerek, vicdani kanaat sistemi kabul edilmiştir⁶²⁶. Buna göre, maddi olaya ilişkin vakıaların getirilmesinde, hâkimin kanaat getirmesine ilişkin ölçü, tam ispat değildir. Bu davalarda hâkimler vicdani kanaatlerine göre karar verecekler⁶²⁷ ve çok yüksek ihtimalle ikna olmuş olmaları yetecektir. Bu hüküm hâkimin, vicdanen kani olmadığı kanıtlara bağlı olma zorunluluğunu ortadan kaldırmaktadır⁶²⁸. Lakin kesin delil niteliğini haiz olsalar bile maddi vakıanın ispatı için ortaya konan vakıalar sayesinde varılan gerçeklik ile gerçekte olan olay birbirinden farklı olabilir ve medeni usul hukukunun amacını teşkil eden gerçeğe ulaşma gayesine gene de

⁶²¹ Yıldırım, **a.g.e.**, s. 48.

⁶²² Pekcanitez/ Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 408.

⁶²³ Pekcanitez/ Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 406.

⁶²⁴ Yıldırım, **a.g.e.**, s. 44.

⁶²⁵ Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, **a.g.e.**, s. 768; Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 329.

⁶²⁶ Karşı Görüş: Burhan Gürdoğan, Boşanma Davalarına İlişkin Usul Hükümleri, **Ankara Üniversitesi Ellinci Yıl Armağanı, Boşanma Hukuku Haftası, C. II**, Ankara, 1977, s. 213. Yazara göre, ispatın konusunu maddi olayların teşkil ettiği tüm davalarda, hâkim vicdanen kanaat getirmediği, maddi olayları sabit sayamayacaktır. Vicdanen kani olmak bütün hukuk davaları için geçerli bir olaydır. Kanuni delil kuralı, konusunu hukuki işlemlerin oluşturduğu davalarda geçerli olan bir kuraldır.

⁶²⁷ “ Hâkim boşanma için gösterilen olayların varlığına vicdanen inanmadıkça sabit addedemez. Boşanma davalarında hâkime geniş takdir yetkisi tanınmıştır. Tarafların bu dava üzerinde serbestçe hareket etme imkanı yoktur. ... Hâkim belirtilen ilkeleri irdelemek, bunlar hakkında yeterli bilgi toplamak, evlilik birliğinin gerçekten onarılamaz şekilde temelinden sarsılıp sarsılmadığı hakkında bilgi ve kanaat sahibi olmak zorundadır. Sağlıklı bir sonuca ulaşılması olayların yeri, zamanı, ne şekilde olduğu, kimin davranışının öncelikli olduğu, karşı tarafın söz ve davranışlarının art niyetsiz bir tepki, bir öfke sonucu olup olmadığının bilinmesine bağlıdır.” Yarg. 2. HD. 20.10.2003, E.2003/12310, K.2003/13890 (Yargıtay kararları için Bkz: Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası, Kazancı Hukuk Otomasyon Programı)

⁶²⁸ Petek, **a.g.m.**, s. 36.

ulaşılamamış olunabilir. Ancak boşanma davaları nitelikleri itibariyle kamu düzeninin ve kamu yararının korunmasına hizmet ettiklerinden dolayı, bu davalar bakımından maddi gerçeğe ulaşma amacından vazgeçilmesi düşünülemez. Kesin delillerden olan yemin ve ikrarın ise boşanma davalarında kabul edilmemesi ise, kanun koyucunun bu davalarda kesin delil sistemine bir istisna getirmek istediğinin kanıtı sayılabilecektir.

Boşanma davalarında hâkime tanınan bu geniş takdir yetkisi sonucunda, hâkim delillerin değerlendirilmesinde belirleyici bir rol oynamaktadır.

3) Hâkimin Boşanma Davalarında Gerek Re'sen Gerek Talep Üzerine Yemin Öneremeyecek Olması

a) Genel Olarak

HUMK'da deliller kesin deliller ve takdiri deliller olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Bu ayrım, hâkimin yargılamaya getirilen delil karşısındaki durumunun farklılığına göre yapılan bir ayrımdır⁶²⁹⁻⁶³⁰.

Kesin delillere ilişkin olarak hâkime bir takdir yetkisi tanınmış değildir ve hâkim, kesin delillerle ispat edilen bir vakıayı, ispat edilmiş kabul etmek zorundadır⁶³¹. HUMK'a göre kesin deliller 4 tanedir. Bunlar;

- Senet (HUMK m. 287–336)
- Yemin (HUMK m. 337–362)
- İkrar (HUMK m. 236)
- Kesin Hüküm (HUMK m.237)

Takdiri deliller ise, hâkimin sunulan delilin değerlendirilmesine ilişkin bir takdir hakkına sahip olduğu delillerdir. Buna göre, hâkim mahkemeye sunulan takdiri delillerle bağlı değildir⁶³². HUMK'a göre takdiri deliller şunlardır:

⁶²⁹ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 344.

⁶³⁰ Deliler, hâkimin müracaat usulüne göre de, re'sen müracaat edilebilen ve re'sen müracaat edilemeyen deliller olmak üzere de ikiye ayrılabilirler. Bkz: Üstündağ, **a.g.e.** , s. 623.

⁶³¹ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 344; Kuru/ Aslan/ Yılmaz, **a.g.e.** , s. 429; Pekcanitez/ Atalay/Özekes, **a.g.e.** , s.419.

- Tanık (HUMK m.245–274)
- Bilirkişi (HUMK m.275–286)
- Keşif (HUMK m.363–366)
- Özel Hüküm Sebepleri (HUMK m.367)
- İsticvap (HUMK m.230–235)

Kesin delillerden biri olan yemin, MK m.184/I, b.2’ye göre boşanma davalarında hâkim tarafından kabul edilmeyecektir.

b) Yemin⁶³³

Yemin, davanın taraflarından birinin davanın temeline veya savunmaya ilişkin bir vakıanın doğru olduğu veya olmadığı hususunu Allah ve namus üzerine teyit etmesidir⁶³⁴.

Yemin HUMK’da kati yemin ve re’sen teklif olunan yemin olmak üzere ikiye ayrılmıştır. MK m.184/I, b.2’de hâkimin boşanma davalarında gerek re’sen gerek talep üzerine yemin öneremeyecek olması şeklinde yer alan düzenleme sebebiyledir ki boşanma davalarında her iki yemin türü de kesin delil olarak kabul edilmeyecek ve hâkimi bağlamayacaktır.

(1) Kati Yemin

HUMK m.344–354 hükümleri ile düzenlenen kati yemin, bir tarafın esas davanın çözümüne etkili olan bir eylemin kanıtlanması için, diğerine önerdiği yemindir. Kesin yemin bir kimseye ancak kendisinden kaynaklanan bir eylem için önerilebilir ve bir kimsenin bir şeyi bilmesi kendisinden kaynaklı eylem sayılacaktır.

Yemin, kendisine yemin teklif olunan tarafın bizzat kendi şahsına ilişkin hususlara ilişkin olabilir, çünkü kişi ancak kendisine ait bir vakıa hakkında kesin

⁶³² Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 344; Kuru/ Aslan/ Yılmaz, **a.g.e.** , s. 492; Pekcanitez/ Atalay/Özekes, **a.g.e.** , s.420

⁶³³ Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz: Ejder Yılmaz, **Medeni Yargılama Hukukunda Yemin**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1989

⁶³⁴ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 344

beyanda bulunabilir⁶³⁵. Bir kimsenin başka bir kimseye ait bir olay hakkında kesin bir beyanda bulunabileceği kabul edilemez⁶³⁶, ancak bazı durumlarda kişinin başka birisine ait bir husus hakkında bilgi sahibi olduğu kabul edilebilecektir⁶³⁷.

Yürütölmekte olan davada ispat yükü kendisine düşen tarafın yemin teklif edebileceği kabul edilmektedir⁶³⁸. İspat yükü kendisine düşmeyen tarafın yemin teklif edemeyeceği meselesi doktrinde ve uygulamada tartışmalıdır⁶³⁹.

Yemin ancak vakıalar hakkında verilebilir⁶⁴⁰. Yeminin konusunu oluşturacak vakıa, maddi veya harici olabileceği gibi, kişinin iç dünyasını ilgilendiren, içsel ve ruhsal vakıalar üzerine de yemin verilebilir⁶⁴¹.

Yemin teklif eden taraf, uyuşmazlığa konu olan vakıayı ispat hususunda başka delillere dayanmış ise, o takdirde, ancak diğer delillerle iddianın ispat edilememesi durumunda yemin teklif edilmiş sayılacaktır, çünkü yemin dışındaki deliller vakıayı ispat etmede yeterli görülürse, kesin delil olarak yemine başvurulamaz⁶⁴².

(2) Re'sen Teklif Olunan Yemin

HUMK m.355–362 hükümleri ile düzenlenen re'sen yemin, uyuşmazlık konusunda mahkemeye sunulan takdiri delillerin hâkimde kesin kanaat oluşturmaması halinde, hâkimin hükmüne esas olmak üzere teklif ettiği yemindir⁶⁴³. Mahkeme, esas hakkında vereceği kararı, iki taraftan birinin yemin etmesine kadar erteleyebilecektir.

⁶³⁵ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 89

⁶³⁶ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 89

⁶³⁷ Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz: Yılmaz, **a.g.e.**, s. 90 vd.

⁶³⁸ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 370; Üstündağ, **a.g.e.**, s. 685; Kuru/ Aslan/ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 480; Yılmaz, **a.g.e.**, s. 50; Pekcanitez/ Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.452.

⁶³⁹ Bu konuya ilişkin tartışmalar ve ilgili Yargıtay Kararları için Bkz: Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 371 vd.

⁶⁴⁰ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 86

⁶⁴¹ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 86

⁶⁴² Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 370; Kuru/ Aslan/ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 481

⁶⁴³ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 161.

Mahkeme ancak şu iki koşulun gerçekleşmesi halinde taraflara yemin teklif edebilir:

- 1- İddia edilen husus kesin delillerle ispatlanamamış olmalıdır.
- 2- İddia edilen hususu ispatlamak için sunulan kanıtların, esas hakkında karar verilecek derecede kanaat oluşturmaması gerekir.

Hâkim tarafından re'sen yemin teklif edilebilmesi için gerekli olan bu şartların bir arada mı gerçekleşmesi gerektiği yoksa bu koşullardan birinin gerçekleşmesinin re'sen yemin teklif edilebilmesi için yeterli mi olacaęı⁶⁴⁴ hususu doktrinde tartışmalıdır. Ancak çoğunlukla benimsenen görüş her iki koşulun da birlikte, bir arada gerçekleşmesi gerektięidir⁶⁴⁵.

Re'sen yemin, iddiasını ispat için sunmuş olduğu takdiri delillerle bir ölçüde kanaat yaratmış olmakla birlikte aranan ispat ölçüsüne tam ulaşamamış tarafa, bu tarafın ispat yükünü de taşıyan taraf olması durumunda teklif edilir⁶⁴⁶.

c) Boşanma Davalarında Yeminin Geçerli Olmaması

MK m. 184/I b.2'de hâkimin boşanma davalarında gerek re'sen gerek talep üzerine yemin öneremeyecek olması düzenlenmiştir. Buna göre, bu davalarda kati yemin ve re'sen teklif olunan yemin geçerli olmayacaktır. Bu düzenleme emredici nitelikte bir düzenlemedir.

HUMK m. 346'da bir işlemin geçerliliği ve tamamlılığı için iki tarafın onaylarının yasal olarak yeterli grölmediği durumlarda yemin önerilemez. MK m. 184/I b.2'deki düzenleme ile örtüşen bu düzenlemeye göre, tarafların tasarruf serbestisinin olmadığı konularda, karşı tarafa yemin teklif edilemez⁶⁴⁷. Boşanma davaları da tarafların dava konusu üzerinde tasarruf yetkilerinin kısıtlı olduğu davalar olduğundan dolayı, bu davalarda yemin geçerli olmayacaktır. Bu davalar yemine

⁶⁴⁴ Ansay, **a.g.e.** , s. 311. Yazara göre, hâkimin taraflardan birine re'sen yemin teklifi, kanunun gösterdiği iki halden birinin bulunması halinde mümkün olabilecektir

⁶⁴⁵ Yılmaz, **a.g.e.** , s. 161; Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 374; Kuru/ Aslan/ Yılmaz, **a.g.e.** , s. 488.

⁶⁴⁶ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 375.

⁶⁴⁷ Üstündağ, **a.g.e.** , s. 688; Yılmaz, **a.g.e.** , s. 93.

konu olamayan hallerden birisidir ve yeminin kesin delil teşkil etmesinin istisnasını oluştururlar.

Boşanma davalarında karşı tarafa yemin teklif edilemeyecek olmasının bir diğer sebebi ise, yeminin yerine getirilmesinin hukuki sonucunun ikrar olması ve ikrarın delil olarak kabul edilmediği durumlarda yemine de başvurulamayacak olmasıdır⁶⁴⁸.

Boşanma davalarında yeminin kabul edilmemesinin sebeplerinden bir başkası ise kesin delil olarak yeminin güvenilirliği ile alakalıdır, öyle ki hâkimin yemin delilinin etkisi ile yanlış bir hüküm vermesi engellenmek istenmiştir⁶⁴⁹; lakin yemin şekli gerçeğin elde edilmesine hizmet eden bir delil türüdür ancak boşanma davalarında amaç maddi gerçeğe ulaşmaktır⁶⁵⁰.

4) Tarafların İkrarının Hâkimi Bağlamayacağı

a) Genel Olarak

Kesin delillerden biri olan ikrar, MK m.184/I, b.3'e göre hâkimi bağlamayacaktır. Buna göre, tarafların bu konudaki her türlü ikrarı hâkimi bağlamaz.

b) İkrar⁶⁵¹

HUMK m.236'da düzenlenen ikrar, taraflardan birinin veya vekilinin dava evrakında veya hâkim huzurunda kendi aleyhine olan bir vakıanın doğru olduğunu beyan etmesidir.

Bir tarafın kendi ileri sürdüğü vakıaların doğru olduğunu bildirmesi, ikrar oluşturmaz. İkrarın söz konusu olabilmesi için bir tarafın bir vakıa ileri sürmüş olması ve diğer tarafın da bu vakıanın doğru olduğunu beyan etmesi gerekir⁶⁵².

⁶⁴⁸ Ansay, **a.g.e.**, s. 304; Yılmaz, **a.g.e.**, s. 93; Petek, **a.g.m.**, s. 39.

⁶⁴⁹ Petek, **a.g.m.**, s. 39.

⁶⁵⁰ Petek, **a.g.m.**, s. 39.

⁶⁵¹ Bu Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz: Taylan Özgür Kiraz, **Medeni Yargılama Hukukunda İkrar**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2005

⁶⁵² Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II**, İstanbul, Demir Demir, 6. Bası, 2001, s. 2038 (Cilt II).

Davalı davacının ileri sürdüğü vakıaları ikrar edebileceği gibi, davacı da davalının ileri sürmüş olduğu vakıaları ikrar edebilir⁶⁵³. İkrarda bulunan taraf artık yapmış olduğu ikrar ile bağlıdır⁶⁵⁴. Yapılmış olan ikrardan ancak maddi bir hatanın var olması halinde rücu edilebilir⁶⁵⁵.

İkrarın varlığı için özel bir ikrarda bulunma iradesine sahip olmak gerekmez ve ikrar eden, ikrarda bulunduğunu fark etmese bile, ikrarı geçerli olacaktır⁶⁵⁶

Susma ikrar olarak kabul edilmeyecektir. Ancak bu kuralın istisnaları vardır. Bu istisnalardan birincisi HUMK m. 234’de düzenlenmiştir. Buna göre, isticvap için çağrılan taraf, bu husus davetiyede yazıldığı takdirde, özürsüz olarak gelmemesi veya gelip de, mahkemede sorulan soruları cevapsız bırakması halinde, sorulan soruları ikrar etmiş sayılacaktır. HUMK m.337’de düzenlenen ikinci istisnai durum ise, yemine ilişkindir. Buna göre, yemin için çağrılan kişi, bu husus davetiyede yazıldığı takdirde, geçerli bir özrü olmaksızın yemin için belirlenen günde gelmediği durumda, yeminden kaçmış ve vakıaları ikrar etmiş sayılacaktır. Üçüncü istisnai durum ise HUMK m. 330’da düzenlenen senetlerin ibrazına ilişkindir. Buna göre, bir tarafın dayandığı ve mahkemeye verilmesini istediği senede ilişkin olarak karşı taraf mahkemenin yazılı talebine karşılık suskun kalır ve cevap vermezse, ilgili belgenin kendisinde olduğunu ikrar etmiş kabul edilecektir⁶⁵⁷.

İkrar mahkeme dışında yapılabileceği gibi, mahkeme önünde de yapılabilir, ancak mahkeme dışında yapılan ikrar kesin delil niteliğini haiz değildir. Hâkim bu ikrarı ancak kanaati güçlendirmek için kullanabilir⁶⁵⁸. Mahkeme önünde yapılan ikrar ise, dilekçelerden birinde yer alabileceği gibi, celseler sırasında sözlü olarak da yapılabilir⁶⁵⁹. Fakat bu durumda ikrarın tutanağa geçirilmesi ve ikrar edenin imzasının alınması gereklidir⁶⁶⁰.

⁶⁵³ Kuru, **Cilt II**, s. 2038.

⁶⁵⁴ Üstündağ, **a.g.e.**, s. 628.

⁶⁵⁵ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 346.

⁶⁵⁶ Üstündağ, **a.g.e.**, s. 629; Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 346

⁶⁵⁷ Kuru, **Cilt II**, s. 2039 ve 2191.

⁶⁵⁸ Kuru, **Cilt II**, s. 2040.

⁶⁵⁹ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 347.

⁶⁶⁰ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 347.

c) Boşanma Davalarında İkrarın Hâkimi Bağlamaması

MK m.184/I, b.3'e göre, boşanma davalarında yapılacak olan ikrar hâkimi bağlamaz. Tarafların, boşanma davasının dayandırıldığı vakıaları ikrar etmiş olmaları, mahkeme önünde yapılan ikrarın kesin delil niteliğini haiz olmasına rağmen, hâkimi bağlamayacaktır. Aynı şekilde, HUMK'da bazı hükümlerle düzenlenen⁶⁶¹ ve sonuçlarına ikrar bağlanan hallerde de hâkim bu ikrarlarla bağlı olmayacaktır.

Boşanma davalarında hâkimin ikrarla bağlı olmaması, tarafların dava konusu üzerinde tasarruf yetkisini haiz olmamalarından ileri gelmektedir. Taraflara, ikrarda bulunma haklarını kullanarak, yargılamada etkili olma imkânı sağlanmamıştır⁶⁶².

Boşanma davalarında hâkimin tarafların ikrarıyla bağlı olmaması, tarafların gerçeğe uymayan ikrarlarının etkisiz bırakılması amacıyladır⁶⁶³. Ayrıca tarafların önceden aralarında söz birliği ederek, boşanma yargılamasını sadece bir formalite olarak görmeleri, hakim ve hukukun boşanmaya dahil edilmeden, hakim sadece imzasına gerek duydukları bir prosedür olmaktan çıkartılması amaçlanmıştır⁶⁶⁴.

Boşanma davalarında hâkim, tarafların dayandığı vakıaların doğruluğunu araştırdıktan ve bu vakıaların gerçekliğine vicdanen kanaat getirdikten sonra, tarafların boşanmasına ilişkin karar verebilecektir ve bu ise hâkimin yapılan ikrarla bağlı olmamasını gerektirmektedir.

MK m.166/III hükmü ile eşlerin birlikte başvurmaları veya bir eşin açtığı davanın diğer eş tarafından kabul edilmesi halinde, eşlere anlaşmalı boşanma ile evlilik birliğini sona erdirmeye imkânı tanınmıştır⁶⁶⁵. Anlaşmalı boşanmaya ilişkin maddenin ilgili fıkrasının son cümlesinde, anlaşmalı boşanma ile evlilik birliğine son verilmesi halinde, MK m.184/I b.3'de düzenlenen hâkimin tarafların ikrarıyla bağlı olmayacağı düzenlemesi uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Tarafların anlaşmalı

⁶⁶¹ HUMK m.234, m.337, m.330.

⁶⁶² Petek, **a.g.m.**, s. 42

⁶⁶³ Petek, **a.g.m.**, s. 40–41.

⁶⁶⁴ Petek, **a.g.m.**, s. 41.

⁶⁶⁵ Özdemir, **a.g.e.**, s. 107.

olarak boşanması durumunda hâkim, taraflarca yapılan ikrar ile bağlı olup, kesin delil teşkil eden bu ikrar doğrultusunda karar vermekle görevlidir⁶⁶⁶.

5) Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi

a) Genel Olarak

Delillerin değerlendirilmesi; kanaat oluşturmak, taraflar arasındaki uyuşmazlığa ilişkin olarak belirli bir vakıayı ispatlanmış saymak olarak tanımlanabilir⁶⁶⁷. Diğer bir deyişle delillerin değerlendirilmesi, hâkimin bir iddianın, vakıanın hakikat olup olmadığına karar vermesi demektir⁶⁶⁸.

MK m. 184/I, b4 hükmü, hâkimin delilleri serbestçe takdir edeceğini düzenlemiştir. Aynı şekilde HUMK m.240'da da, kanunun tayin ettiği haller müstesna olmak üzere, hâkimin ikame olunan delilleri serbestçe takdir edeceği hükmüne yer verilmiştir.

Boşanma davalarına özgü olarak MK'de düzenlenen hâkimin delilleri serbestçe değerlendireceği hususu, esasen HUMK'da da düzenlenmiş olan bir hükümdür. Bu husus kanun koyucu tarafından özel olarak MK'de boşanma davalarında uygulanacak olan usul kuralları kapsamında düzenlenmiş olmasaydı da, hâkimin delilleri serbestçe takdir edeceği hükmü, HUMK'da yer alan genel kural sebebiyle boşanma davalarında uygulama alanı bulacaktır⁶⁶⁹. Yargıtay kararlarında da hâkimin delilleri serbestçe takdir edeceği hususuna değinilmiştir⁶⁷⁰.

b) Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi İlkesi

⁶⁶⁶ Petek, **a.g.m.**, s. 41.

⁶⁶⁷ Yıldırım, **a.g.e.**, s. 66.

⁶⁶⁸ Yıldırım, **a.g.e.**, s. 187.

⁶⁶⁹ Petek, **a.g.m.**, s. 42; Aras, **a.g.e.**, s. 108.

⁶⁷⁰ “Boşanma davaları kamu düzenini ilgilendirdiğinden hâkime geniş takdir hakkı tanınmıştır. Hâkim gösterilen delilleri serbestçe takdir eder.” Yarg. 2. HD. , 10.05.2002, E.2002/5498, K. 2002/6349; Benzer bir ifade için Bkz: Yarg. 2. HD. , 9.7.2003, E.2003/2-446, K. 2003/482 (Yargıtay kararları için Bkz: Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası, Kazancı Hukuk Otomasyon Programı)

HUMK m.240'a göre, hâkim ileri sürülen delilleri serbestçe takdir edecek, diğer bir deyişle delillere ilişkin takdir hakkını serbestçe kullanacaktır⁶⁷¹. Bu düzenleme bir çerçeve norm niteliğindedir⁶⁷².

Medeni Usul Hukuku, sübjektif hakların korunmasını ve somut olay adaletini aynı anda sağlamak zorundadır⁶⁷³. Bu ise, ancak medeni usul hukukunun amcanın maddi gerçeğe ulaşmak olduğu kabul edilerek, senetle ispat kuralının yerini delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin alması ile mümkün olabilecektir⁶⁷⁴, çünkü bu ilke uygun gerçeklerin temin edilebilmesi için uygun ortamın yaratılmasını sağlayabilecektir⁶⁷⁵. Uyuşmazlık konusuna ilişkin hususlardan, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ile çıkarılacak sonuçlar, mahkemenin vereceği hükme gerekçe teşkil edecektir⁶⁷⁶.

Delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi Türk hukukunda ancak hukuki işlemler bakımından senetle ispat kuralının uygulanmadığı davalar için geçerli olacaktır⁶⁷⁷.

Delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi, mahkemenin taraflar arasındaki uyuşmazlıkla ilgili olarak iddia olunan hususların doğru olup olmadığını serbestçe takdir etmesidir⁶⁷⁸. Boşanma davalarında hâkim, maddi olguları kendiliğinden araştırır ve delilleri serbestçe takdir eder⁶⁷⁹. Hâkimin delilleri serbestçe takdir yetkisi, objektif ölçütlere dayanmalı⁶⁸⁰ ve her münferit olay için şartlar, olayların yapısı ve meydana gelişi kendi içinde değerlendirilmelidir⁶⁸¹. Hâkimin delillerin takdirindeki serbestisi, Yargıtay'ın bu konudaki denetimini engellemez⁶⁸².

⁶⁷¹ Yıldırım, **a.g.e.**, s. 40.

⁶⁷² Yıldırım, **a.g.e.**, s. 40.

⁶⁷³ Yıldırım, **a.g.e.**, s. 33.

⁶⁷⁴ Bugün Avrupa ispat hukukunun esasları, elverdiğince tüm bilgi kaynaklarından yararlanılması, delillerin değerlendirilmesi bağlamında sıkı ispat kurallarının terk edilmesi ve delil ikamesinin mahkeme dışında ve yargılamadan önce hazırlanabilmesi şeklinde açıklanabilir. Bkz: Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 324.

⁶⁷⁵ Yıldırım, **a.g.e.**, s. 30.

⁶⁷⁶ Yıldırım, **a.g.e.**, s. 30.

⁶⁷⁷ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 324.

⁶⁷⁸ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 324.

⁶⁷⁹ Ercan, **a.g.m.**, s. 75.

⁶⁸⁰ Üstündağ, **a.g.e.**, s. 601.

⁶⁸¹ Aras, **a.g.e.**, s. 108.

⁶⁸² Üstündağ, **a.g.e.**, s. 601.

Delillerin serbestçe takdiri sonucunda hâkimin vereceği hüküm dosyanın içeriğine aykırılık taşımamalıdır⁶⁸³. Hükme yeterli delil varken, hâkim, kabul edilebilir bir gerekçe göstermeden delilleri kabulden kaçınmaz. Hâkimin delilleri takdir yetkisi, ancak mevcut delillerden bir kısmının diğerlerine tercihte söz konusu olabilir⁶⁸⁴.

c) Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi Kuralının Sınırları⁶⁸⁵

(1) Genel Olarak

Hâkim, delilleri değerlendirirken bir serbestîye sahip olmakla birlikte, sahip olduğu bu serbesti sınırsız değildir. Delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi, hâkimin keyfiyetin engellenmesi amacıyla, hakimi çeşitli sınırlandırmalara tabii tutmuştur. Hâkim, delilleri istediği gibi takdir edemeyecek ve bu sınırlandırmalara uymakla yükümlü olacaktır.

(2) Delillerin Değerlendirilmesini Sınırlayan İlkeler⁶⁸⁶

i) Doğrudanlık İlkesi

Hâkimin delilleri değerlendirmesini sınırlayan ilkelerden biri doğrudanlık ilkesidir. Bu ilkeye göre, yargılama araya başkaca bir makam ya da kişi girmeden mahkeme önünde ve mahkeme tarafından yürütülür⁶⁸⁷. Esasa ilişkin hüküm vermeye

⁶⁸³ Aras, **a.g.e.**, s. 108.

⁶⁸⁴ Aras, **a.g.e.**, s. 108.

⁶⁸⁵ Delillerin değerlendirilmesine ilişkin olarak var olan sınırlamalardan biri de delillerin değerlendirilmesinin olgusal sınırlarıdır. Hukukun uygulanmasında kanunda yer alan hükümlerin tek başına yeterli olmadığı ve hâkimin önüne gelen uyumsuzluğa ilişkin olarak maddi gerçeğe ulaşabilmesi ve buna uygun olarak karar verebilmesi için, norm ve olayın birbirine uygunluğunun birden fazla kereler değerlendirilmiş olması gerekmektedir. Hâkimin bu çalışmasında formel bir takım kurallar geçerli olduğu kadar kaynağını psikolojik ve gayri hukuki determinantlarda bulan informal kurallar da geçerli olacaktır. Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz: Yıldırım, **a.g.e.**, s. 177 vd.

⁶⁸⁶ Bu başlık altında incelenecek olan doğrudanlık, alenilik, sözlülük ilkeleri ile yargılamaya katılanların dinlenmesi ilkelerinin yanında, delillerin değerlendirilmesini sınırlayan başka ilkeler de mevcuttur. Bu ilkelere ve bu ilkelerin delillerin değerlendirilmesini ne şekilde sınırladıklarına ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz: Yıldırım, **a.g.e.**, s. 90–114

⁶⁸⁷ Pekcanitez/ Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 229.

yetkili olan mahkeme, aynı zamanda dava malzemesini değerlendirecek mahkemedir⁶⁸⁸.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda da düzenlenmiş olan bu ilke, sadece belirli delil tiplerine izin veren sıkı ispatın bir unsurudur ve mahkemenin işleyişini ağırlaştırmaktadır⁶⁸⁹. Doğrudanlık ilkesi, bir nevi kanuni ispat kuralı oluşturur ve delillerin değerlendirilmesi ilkesine aykırılık teşkil eder⁶⁹⁰.

ii) Alenilik İlkesi

HUMK m.149/I ve II' de, duruşmaların herkese açık olduğu ve genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde, duruşmanın bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına mahkemece karar verilebileceği düzenlenmiştir. Yargılamanın herkese açık olarak yapılması ve aleniyetin sağlanması, kamunun yargı erkine olan güvenini kuvvetlendirecektir⁶⁹¹. Anayasal güvence ile de teminat altına alınan bu ilke, Anayasa m.141'de benzer bir ifade ile düzenlenmiştir. Buna göre, mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır ve duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir.

Bu ilkenin amacı, davanın tarafları dışındaki üçüncü kişilere de davayı izleme hakkı tanınması ile yalan beyanın engellenmesidir. Ancak günümüzde taraflar dışında dava ile ilgilenen insan sayısının pek az olması sebebiyledir ki, bu ilke her zaman yalan beyanı engelleyecek nitelikte değildir⁶⁹². Ayrıca kamuoyu baskısı ile tanıkların gerçeğe uymayan, yanlış ifadeler vermesi de mümkündür⁶⁹³.

iii) Sözlülük İlkesi ve Yargılamaya Katılanların Dinlenmesi İlkesi

⁶⁸⁸ Pekcanitez/ Atalay/Özekes, **a.g.e.** , s. 229.

⁶⁸⁹ Yıldırım, **a.g.e.** , s. 91.

⁶⁹⁰ Yıldırım, **a.g.e.** , s. 94.

⁶⁹¹ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 208.

⁶⁹² Yıldırım, **a.g.e.** , s. 97.

⁶⁹³ Yıldırım, **a.g.e.** , s. 97.

Doğrudanlık ilkesi ile birlikte delillerin değerlendirilmesinde önem taşıyan sözlülük ilkesi, alenilik ilkesinin uygulanmasını da mümkün kılar⁶⁹⁴. Hâkim yargılama sırasında doğrudan doğruya incelediği delillerden etkilenecek ve bu yolla gerçeğe ulaşması daha mümkün olacaktır sözlü olarak dinlediği tanıklardan etkilenir⁶⁹⁵.

Türk yargılama hukukunda kural olarak yazılılık ilkesi uygulama alanı bulmaktadır, öyle ki usuli beyanın geçerliliği yazılı olarak yapılması şartına bağlıdır⁶⁹⁶.

HUMK m.73'e göre, hâkim, kanunun gösterdiği istisnalar dışında, her iki taraf dinlenmedikçe ya da taraflar, iddia ve savunmalarını dile getirmeleri için yasal şekillere göre çağrılmadıkça, kararını veremez. Bu madde, hâkimin sırf bir tarafın delillerine dayanarak hüküm vermesini engellemektedir, öyle ki iddia, tarafların karşılıklı olarak tartışmasına açık olan delillerle ispatlanmalıdır⁶⁹⁷. Mahkeme tarafların bilmediği bir hususu, tarafları haberdar etmeden değerlendiremeyecektir⁶⁹⁸, bu ise tarafların hukuki dinlenilme hakkının bilgilenme unsuruna ilişkin bir husustur⁶⁹⁹.

(3) Delillerin Değerlendirilmesinin Hukuki Sınırları

Kesin delillerle ispatın geçerli olduğu davalarda hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi mümkün olmayacaktır, çünkü kesin deliller hâkimi bağlayıcı niteliktedir⁷⁰⁰ ve bu sebepten serbestçe değerlendirilmeleri mümkün değildir.

⁶⁹⁴ Yıldırım, **a.g.e.** , s. 97.

⁶⁹⁵ “ O halde tanıklardan olaylar hakkında ne şekilde bilgi sahibi olduklarını, taraflarla olan ilişkilerinin derecesini, olayın geçtiği yer ve zamanını, olayların ne şekilde ve nasıl başladığını, bu olaylardan sonra tarafların birbirlerine karşı olan tutum ve davranışlarının ne şekilde geliştiğini, somut olayın karı koca arasında alışkanlık haline gelmiş bir davranışın veya sözün gereği mi, yoksa belirli bir amaca yönelmiş olarak mı söylendiği veya oluştuğu ve benzer konular etraflıca sorulmalıdır.” Yarg. 2. HD. , 10.05.2002, E.2002/5498, K. 2002/6349 (Yargıtay kararları için Bkz: Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası, Kazancı Hukuk Otomasyon Programı)

⁶⁹⁶ Üstündağ, **a.g.e.** , s. 258

⁶⁹⁷ Yıldırım, **a.g.e.** , s. 98.

⁶⁹⁸ Yıldırım, **a.g.e.** , s. 99.

⁶⁹⁹ Özekes, **a.g.e.** , s. 86.

⁷⁰⁰ Kuru/ Aslan/ Yılmaz, **a.g.e.** , s. 492.

Hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesi ancak, takdiri delillerle ispatın söz konusu olduğu durumlarda geçerlidir⁷⁰¹.

Kanuni delil sistemi, delillerin hâkim tarafından değerlendirilmesini sınırlandırmıştır. HUMK'a göre deliller kesin deliller ve takdiri deliller olmak üzere ikiye ayrılmışlardır. HUMK m.240'da düzenlenen hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesinin istisnasını oluşturan kesin deliller şunlardır:

- Senet (HUMK m. 287–336)
- Yemin (HUMK m. 337–362)
- İkrar (HUMK m. 236)
- Kesin Hüküm (HUMK m.237)

Delillerin değerlendirilmesine getirilen bir ikinci sınırlama, delil yasakları ve hukuka aykırı yoldan elde edilmiş delillerdir. Genel bir ilke olarak, hakimler, tarafların yargılamaya getirmiş olduğu her türlü delilden yararlanabilir ve taraflarca veya kendisi tarafından re'sen getirilmiş olan her türlü delili dikkate almalı ve tüketmelidir⁷⁰². Ancak medeni usul hukuku doktrinde ve mukayeseli hukukta⁷⁰³ delil yasağı kabul edilmiş bulunmaktadır. Buna göre, usul hukukuna veya maddi hukuka aykırı bir işlem ya da faaliyetle elde edilmiş bulunan bir delilin yargılama sırasında ikamesine ve kullanılmasına izin verilmemektedir⁷⁰⁴.

Medeni usul hukukunun amacının sadece şekli gerçeğe ulaşmak olduğu kabul edildiğinde, hâkimin delillerin değerlendirilmesinde özel bilgisini kullanmasına karşı çıkmaktadır⁷⁰⁵. Ancak hâkimin özel bilgisini kullanması gerçeğe ulaşmada çok önemli bir araç niteliğindedir. Ancak bu bilgilerin, yargılama sırasında keyfiyeti engelleyebilmek amacıyla ancak hâkimin yetkisi dâhilinde, sınırlı olarak kullanılmasına izin vermek daha uygun olacaktır⁷⁰⁶.

⁷⁰¹ Pekcanıtez/ Atalay/Özekes, **a.g.e.** , s. 230.

⁷⁰² Yıldırım, **a.g.e.** , s. 236.

⁷⁰³ İsviçre Kanton Usul Kanunlarında delil yasağı mevcuttur. Aynı şekilde de Alman Medeni Usul Kanununda da delil yasağı normatif olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz: Yıldırım, **a.g.e.** , s. 237 ve özellikle dipnot 523–527.

⁷⁰⁴ Yıldırım, **a.g.e.** , s. 237 ve özellikle dipnot 528'de anılan yazarlar

⁷⁰⁵ Yıldırım, **a.g.e.** , s. 255

⁷⁰⁶ Yıldırım, **a.g.e.** , s. 255.

Tarafların, bazı vakıaların ispatının ancak belirli bazı delillerle mümkün olduğu yönünde yaptıkları⁷⁰⁷ delil sözleşmeleri de hâkimin delilleri değerlendirmesine ilişkin sınırlardan biri olarak kabul edilmektedirler⁷⁰⁸.

(4) Boşanma Davaları Bakımından Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesinin Sınırları

Boşanma davaları, özellikleri itibariyle dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinin karşıt ilkesi olan, re'sen araştırma ilkesinin uygulama alanı bulduğu davalardır.

Doktrindeki çoğunlukla kabul edilen görüşe göre, hâkim kesin delil ile ortaya konan vakıaların doğru olduğunu ve gerçeği yansıttığını kabul etmek zorundadır. Ancak bu kabul sadece dava malzemesinin taraflarca getirilmesinin uygulandığı ve dava malzemesinin getirilmesine ilişkin tüm sorumluluğun taraflara ait olduğu davalar için geçerli olacaktır⁷⁰⁹.

Ancak re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu boşanma davalarında, kanuni delillerin bağlayıcılığı kuralı söz konusu olmayacaktır⁷¹⁰. Re'sen araştırma ilkesinin uygulama alanı bulduğu davalarda kanuni delil kuralları uygulanmayacaktır. Bu davalarda, medeni usul hukukunun gerçeğe ulaşma amacının sağlanabilmesi, hâkimin tarafların getireceği delillerle bağlı kalmaması yolu ile sağlanabilecektir⁷¹¹, çünkü kanuni delil, hâkimin maddi gerçeğe ulaşmasını sınırlar⁷¹² ve kamu yararının korunmasının da söz konusu olduğu boşanma davaları bakımından bu istenen bir sonuç olmayacaktır. Bu sebepten, kanuni delillerin ne ölçüde geçerli olması gerektiğine ilişkin olarak, kamu yararı önemli bir ölçüt olacaktır⁷¹³. Boşanma davalarında kamu yararı gereği, bazı kesin delil türlerinin kabul edilmemesi, bu

⁷⁰⁷ Üstündağ, **a.g.e.**, s. 652

⁷⁰⁸ Delil sözleşmelerine ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz: Yıldırım, **a.g.e.**, s. 255 vd.

⁷⁰⁹ Kuru/ Aslan/ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 429; Yıldırım, **a.g.e.**, s. 207

⁷¹⁰ Kuru/ Aslan/ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 429; Yıldırım, **a.g.e.**, s. 207

⁷¹¹ Yıldırım, **a.g.e.**, s. 207.

⁷¹² Yıldırım, **a.g.e.**, s. 207.

⁷¹³ Yıldırım, **a.g.e.**, s. 207.

davalarda kanuni delil sisteminin kabul edilmemesi gerektiğinin göstergesi olarak kabul edilebilir.

6) Boşanmanın Fer'i Sonuçlarına İlişkin Anlaşmaların Ancak Hâkimin Onaylamasından Sonra Geçerli Olacağı

a) Genel Olarak

Boşanmanın asli sonucu, evliliğin sona ermesidir⁷¹⁴. Boşanmanın fer'i sonuçları ise, çok çeşitli hususlara dair olabilir. Bunlara örnek olarak, mal rejiminin ne şekilde tasfiye edileceği, çocukların velayetinin kime bırakılacağı, kendisine velayet verilmemiş olan tarafın çocukla ne şekilde kişisel ilişki kuracağının düzenlenmesi, çocuğa ve eşe bağlanacak olan nafaka miktarı, maddi ve manevi tazminatın tespiti gösterilebilir. Bu gibi hususlara ilişkin sonuçlar boşanmanın fer'i sonuçlarını oluşturur.

b) Boşanmanın Fer'i Sonuçlarına İlişkin Anlaşmaların Ancak Hâkimin Onaylamasından Sonra Geçerli Olacağı

Boşanmanın fer'i sonuçlarına ilişkin anlaşmalar MK m.184/I b.5'de düzenlendiği üzere ancak hâkimin onaylamasından sonra geçerlilik kazanacaktır.

Boşanmanın fer'i sonuçlarına kural olarak boşanma kararı ile birlikte hâkim tarafından hükmedilir⁷¹⁵. Kanun koyucu, boşanmanın fer'i sonuçlarına ilişkin olarak tarafların aralarında anlaşmalarını yasaklamamış ancak bu sözleşmelerin geçerliliğini hâkimin onaylaması şartına bağlamıştır⁷¹⁶. Bu sözleşmelerin onaylanıp, onaylanmaması hâkimin takdirine bağlıdır ve bu hususta hâkime geniş takdir yetkisi tanınmıştır⁷¹⁷. Hâkim, önüne gelen bu sözleşmelerde hakkaniyete ve tarafların menfaatlerine aykırı bir durum tespit ederse, sözleşmeyi onaylamak zorunda değildir. Bu şekilde evlilik birliğinin taraflar kabul etse bile taraflardan birinin menfaatinin diğerinin menfaatine üstün tutulması engellenmeye çalışılmış ve bu sözleşmelerin

⁷¹⁴ Öztan, **a.g.e.** , s. 458.

⁷¹⁵ Petek, **a.g.m.** , s. 42.

⁷¹⁶ Petek, **a.g.m.** , s. 42.

⁷¹⁷ Petek, **a.g.m.** , s. 42

borçlar hukuku alanında akdedilen sözleşmelerden farkı ortaya çıkarılmıştır. Evlilik birliğinin toplumdaki saygınlığının ve öneminin korunması amaçlanmıştır.

Yargıtay'ın uygulamada verdiği kararlara göre, hâkimin onayladığı sözleşmelerin hukuken geçerli olabilmesi için mutlaka boşanma yargılaması sırasında akdedilmiş olması ve akdedilen bu sözleşmenin mahkemenin vereceği hükümde gösterilmek suretiyle icra kabiliyeti kazanması gerekir.

7) Taraflardan Birisinin İstemi Üzerine Boşanma Davasına İlişkin Duruşmaların Gizli Yapılabileceği

a) Genel Olarak

Aleniyet ilkesi uyarınca, mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır ve yargı konusu uyuşmazlığın tarafı olmayan üçüncü kişiler de yargılamayı izleyebilirler. Bu hak hem anayasa ile hem de ulusal üstü belgelerle güvence altına alınmıştır⁷¹⁸.

b) Boşanma Davasına İlişkin Duruşmaların Gizli Yapılabileceği

MK m.184/I b.6'da, hâkimin, taraflardan birinin istemi üzerine duruşmanın gizli yapılmasına karar verebileceği düzenlenmiştir. 743 sayılı Eski Medeni Kanun'da bulunmayan bu hüküm, Yeni Türk Medeni Kanunu ile yürürlüğe girmiştir.

Bu maddeye göre, taraflardan biri talep ettiği takdirde, hâkim, duruşmanın gizli yapılmasına karar verebilecektir. Ancak bu gizlilik sadece, davanın tarafı olmayan üçüncü kişiler bakımından getirilen bir sınırlamadır, yoksa duruşmanın davanın taraflarından gizli olarak cereyan etmesi mümkün değildir. Duruşma taraflara her zaman açık olarak yapılır.

Bu madde ile getirilen düzenleme, emredici bir düzenleme değildir⁷¹⁹, çünkü hâkimin mutlaka duruşmanın gizli yapılacağına karar vereceği düzenlenmemiş, tarafların talebi üzerine hâkimin duruşmanın gizli yapılmasına karar verebileceği

⁷¹⁸ Aleniyet ilkesine ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz: İkinci Bölüm, I, I

⁷¹⁹ Aras, **a.g.e.**, s. 113.

düzenlenmiştir. Madde metninde hâkime duruşmanın gizli yapılmasına karar vermesi yönünde bir zorunluluk getirilmiş değildir.

Duruşmanın üçüncü kişilere açık olarak yapılmasından dolayı eşlerin veya çocukların menfaatinin zarar görme ihtimali varsa, tarafların bu yöndeki talebiyle hâkim duruşmanın gizli olarak yapılmasına karar verebilecektir⁷²⁰.

V- BOŞANMA DAVALARINDA UYGULANACAK HUMK KURALLARI

A- Genel Olarak

4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanununun “Usul Hükümleri” başlıklı 7. maddesine göre, boşanma davalarında uygulanacak olan usul hükümlerinin son adımı HUMK’da yer alan yargılamaya ilişkin kurallardır. Hâkim, dava konusuna ilişkin özel kanunlarda, AMK’de ve MK’da aile hukukuna ilişkin usul kurallarını uygulamakla ve son olarak da HUMK’da düzenlenen usul kurallarını uygulamakla görevlidir⁷²¹.

Hukuk mahkemeleri olmakla birlikte aile mahkemelerinde yapılacak olan yargılama ve uygulanacak olan usul kuralları, diğer hukuk mahkemelerine kıyasla bazı farklılıklar göstermektedir⁷²².

B- Boşanma Davalarında Dosyanın İşlemden Kaldırılması

1) Genel Olarak

HUMK m.409’a göre, oturuma çağırılmış olan tarafların hiçbiri gelmediği veya gelip de davayı takip etmeyeceklerini bildirdikleri takdirde, dava yenileninceye kadar dosyanın işlemden kaldırılmasına karar verilir⁷²³. Buna göre, tarafların

⁷²⁰ Ayan, **a.g.e.**, s. 140; Aras, **a.g.e.**, s. 113.

⁷²¹ Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz: Üçüncü Bölüm, III, A.

⁷²² Aras, **a.g.e.**, s. 115.

⁷²³ HUMK m.409’un kabulünden günümüze kadar geçirdiği değişikliklere ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için Bkz: Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 427; HUMK m.409’un geçirdiği değişikliklere ilişkin olarak taraf iradelerinin yargılamanın sevk edilmesine ilişkin olarak kısıtlandığına dair Bkz:

yargılamanın devamına ilgisiz kalması halinde yargılamaya son verilecektir. Fakat bir tarafın duruşmaya gelerek yargılamaya devam etme iradesini açıklaması halinde, karşı tarafın gelmemiş olması halinde bile yargılamaya devam edilebilecektir⁷²⁴.

Dosyası işleminden kaldırılmış olan dava, kaldırılma tarihinden itibaren üç ay içinde yenilenebilir⁷²⁵. Yenileme işlemi, bu üç aylık süre içerisinde usulüne uygun olarak yapıldığı takdirde, HUMK m.409/IV, son cümle uyarınca; yeni bir dava açılmış sayılmamaktadır. Eski dava ve davanın ilk açıldığı tarihteki sonuçları devam etmektedir⁷²⁶. Ancak yenilenmiş olan dava, yenilemeden sonra bir defadan fazla takipsiz bırakılamaz. Aksi takdirde dava açılmamış sayılacaktır.

İşlemden kaldırıldığı tarihten başlayarak üç ay içinde yenilenmeyen davalar, açılmamış sayılır.

2) Boşanma Davalarında Dosyanın İşlemden Kaldırılması

HUMK m. 409 hükmü, boşanma yargılamasında da uygulama alanı bulacak ve buna göre, davanın tarafları olan eşler, davayı takipsiz bırakırlar ve duruşmalara gitmezler ise, o takdirde boşanma davasının dosyası işleminden kaldırılacaktır.

Dosyanın işleminden kaldırılmasından sonra, davanın yenilenmesine imkan tanınan üç aylık süre içerisinde, dava derdest kalmaya devam edecektir⁷²⁷. Bu sebeple işleminden kaldırılmış olan davanın yeniden açılması yerine, ikinci bir davanın açılması halinde yeni açılan davaya ilişkin olarak derdestlik itirazında bulunulabilecektir⁷²⁸, çünkü açılmış ve görülmekte olan bir dava yeniden açılmak istenmektedir. Yapılan derdestlik itirazı neticesinde açılmış olan ikinci dava açılmamış sayılacaktır⁷²⁹. Ancak derdestlik ilk itirazının ileri sürülebilmesi için,

Yavuz Alangoya, Yargılamanın Sevkindeki Prensipler ve Bu Açıdan 1711 Sayılı Kanun ile değiştirilen 409. madde Açısından Düşünceler, **HUMK’nu Değiştiren 1711 Sayılı Kanun ve Noterlik Kanunu Hakkında Sempozyum, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını**, 1976, s. 85–11.

⁷²⁴ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 427.

⁷²⁵ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 428.

⁷²⁶ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 429.

⁷²⁷ Aras, **a.g.e.** , s. 116.

⁷²⁸ Aras, **a.g.e.** , s. 116.

⁷²⁹ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 270; Kuru/ Aslan/ Yılmaz, **a.g.e.** , s. 684.

açılacak olan ikinci davanın, dosyası işlemiden kaldırılmış olan ilk dava ile arasında ayniyet olması gerekmektedir. Buna göre, davalarından ayniyetinden ancak iki davanın tarafı, dava temeli ve netice talepleri aynı olduğu takdirde bahsetmek mümkün olabilecektir⁷³⁰. O takdirde boşanma sebeplerinden zinaya dayanılarak açılan bir boşanma davasının dosyasının işlemiden kaldırıldığı ve üç aylık yenileme süresi sona ermeden açılan yeni bir boşanma davası, eğer zinadan başkaca bir sebebe dayanıyorsa, o takdirde, derdestlik itirazı söz konusu olmayacaktır⁷³¹.

C- Boşanma Davasından Feragat

1) Genel Olarak

Davaya son veren taraf işlemlerinden biri olan feragat HUMK m.91–95 hükümleri arasında düzenlenmiştir. Buna göre, feragat, davacının netice talebinden vazgeçmesidir. Davacı netice taleplerinden kısmen (kısmen feragat edildiği takdirde feragat dışında kalan kısım için yargılama devam edecektir⁷³²) veya tamamen vazgeçmek suretiyle davadan feragat edebilir (HUMK m.91).

Feragat, tasarruf ilkesinin HUMK'daki görünümünden biridir ve davanın taraflarının dava konusu üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabildiklerinin bir göstergesidir.

Feragat, mahkemeye yapılacak olan tek taraflı irade açıklamasıyla yapılır. Feragatin hüküm doğurabilmesi için, mahkemenin kabulüne ihtiyaç yoktur⁷³³. Feragat edilen dava tekrar açılmaz⁷³⁴.

2) Boşanma Davalarında Feragat

Kural olarak, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemedikleri ve kamu düzeni ile ilgili hususlara ilişkin olarak yaptıkları feragat hüküm doğurmaz⁷³⁵, ancak boşanma davaları bu kuralın istisnasını teşkil eder.

⁷³⁰ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 269.

⁷³¹ Aras, **a.g.e.**, s. 117.

⁷³² Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 456.

⁷³³ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 457.

⁷³⁴ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 457.

Boşanma davasında davacı eşin, davadan feragati diğer eşin kabulüne bağlı olmaksızın kesin hükmün hukuki sonuçlarını doğuracaktır⁷³⁶. Buna göre, örneğin zina sebebine dayanılarak açılan bir boşanma davasından feragat edilmesi halinde, aynı zina sebebine dayanılarak tekrar boşanma davası açılmayacaktır. Ancak zina teşkil eden başka bir olay daha meydana gelmiş ise, o takdirde, eş, o olaya dayanarak boşanma davası açabilecektir. Davacı yapılan feragat ile zina sebebine dayanarak boşanma davası açma hakkından değil, sadece belirli olan o olaya ilişkin olarak zina sebebiyle dava açma hakkından feragat etmiş bulunmaktadır.

D- Boşanma Davalarında Kabul

1) Genel Olarak

Hâkim kararı olmadan yargılamanın sonlandırılmasına ilişkin tarafların tasarrufunda olan bir diğer husus ise, kabuldür. HUMK m.92’de düzenlenen kabul, davalının, neticei talebin kısmen veya tamamen mevcut olduğu hususunda mahkemeye sözlü olarak veya dilekçe ile yaptığı tek taraflı bir beyandır⁷³⁷.

2) Boşanma Davalarında Kabul

Boşanma davalarında, taraflar, kabul konusunda, dava konusu uyuşmazlık üzerinde tasarruf yetkilerini kullanamamaktadırlar ve araştırma ilkesi gereğince tarafların beyanı hâkimi bağlamayıp, kabul beyanı dikkate alınmaksızın yargılamaya devam edilir⁷³⁸.

⁷³⁵ Petek, **a.g.m.** , s. 45.

⁷³⁶ Petek, **a.g.m.** , s. 45.

⁷³⁷ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, **a.g.e.** s. 462.

⁷³⁸ Petek, **a.g.m.** , s. 44; Aras, **a.g.e.** , s. 117.

SONUÇ

Evliliği sona erdiren davalardan biri olan boşanma davaları kamu düzenini ilgilendiren ve kamu yararının korunmasını gerektiren bir hukuki müessese olduğundan dolayı farklı özelliklere sahip davalardır. Bu özellikler öncelikli olarak medeni usul hukukunun üst prensipleri olan ilkelerin uygulanması bakımından kendini göstermekte ve usul hukukunun gerçeğe ulaşma amacını gerçekleştirebilmek için bazı özel düzenlemelere gerek olmaktadır.

Medeni Kanun evlilik davaları bakımından bazı özel usul hükümleri getirmiş bulunmaktadır. Fakat belirtmek gerekir ki, MK’de düzenlenen bu usul hükümlerinin arasında ya da özel kanun niteliğindeki Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun ile getirilen usul hükümleri arasında ya da HUMK’da yer alan diğer usul hükümleri arasında dava malzemesinin hâkim tarafından toplanacağına ve bu sebeple boşanma yargılamasında araştırma ilkesinin geçerli olacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak boşanma davaları nitelikleri itibarıyla kamu yararını ilgilendiren davalardır ve medeni usul hukukunun amacı olan gerçeğe ulaşma gayesinin, şekli gerçeklikten sıyrılarak maddi gerçekliğe ulaşılması ile sağlanması gereken özel nitelikli yargılamalardır. Bu sebepten, bu davalarda dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinin kısmen veya tamamen bertaraf edilerek, araştırma ilkesinin de uygulanmasına imkân tanınmalı ve hatta bu alanda işbirliği ilkesi benimsenerek, yumuşatılmış araştırma ilkesi uygulanmaya başlanmalıdır.

BİBLİYOGRAFYA/ KAYNAKÇA

ADAY, Nejat

Özel Hukukta Yüklenti Kavramı ve Sonuçları,
İstanbul, Beta Yayınevi, 2000

AKINTÜRK, Turgut

Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, Cilt II
Ankara, Beta, 6. Bası, 2002

AKYOL, Şener

Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı,
İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2. Bası, 2006

ALANGOYA, Yavuz

Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler,
İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1979

ALANGOYA, Yavuz

Dava Temeli, Hâkimin Dava Malzemesinin Toplanmasıdaki Rolü ve Bu Konudaki Gelişmeler Hakkında,
Kazancı Hakemli Dergi, Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri, İstanbul, 2005, S. 9
(Dava Temeli)

ALANGOYA, Yavuz /
YILDIRIM, Kamil /
DEREN-YILDIRIM, Nevhis

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, Değerlendirmeler ve Öneriler,
İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2006 (Tasarı).

ALANGOYA, Yavuz/
YILDIRIM, Kâmil/
DEREN-YILDIRIM, Nevhis

Medeni Usul Hukuku Esasları,
İstanbul, Alkım Yayınevi, 6. Bası, 2006

ARAS, Bahattin

**Aile Mahkemelerinde Tarafların Sulh
Yoluyla Çözümüne Teşviki,**
Yargıtay Dergisi, C.31, S. 3, 2005, s. 304

ARAS, Bahattin

**Boşanma Davalarında Yargılama
Usulü ve Aile Mahkemeleri,**
Ankara, Adalet Yayınevi, 2007

ASLAN, Ramazan

**Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük
Kuralı,**
Ankara, S Yayınları, 1989

ASLAN, Ramazan/
TANRIVER, Süha

Yargı Örgütü Hukuku,
Ankara, Yetkin Yayınları, 2. Bası, 2001

AYAN, Serkan

Evlilik Birliğinin Korunması,
Ankara, Türkiye Barolar Birliği, 2004

BAKTIR, Selma

Aile Mahkemeleri,
Ankara, Yetkin Yayınları, 2003

BECKER- EBERHARD, Ekkehard

**Alman Medeni Usul Hukuku Reformu
Hakkında,**
Çev. Nevhis Deren-Yıldırım, 21.
Yüzyılın Usul Hukuku Sorunları,
İstanbul, Alkım Yayınevi, 2003, s. 68
(Reform)

BECKER-EBERHARD, Ekkehard

**Dava Malzemesinin Taraflarca
Getirilmesi İlkesinin Esasları ve
Sınırları,**
Çev: Kamil Yıldırım, İstanbul, İlkeler
Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku,
5. Bası, 2006

BELGESAY, Mustafa Reşit

**Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
Şerhi, C. II,**
İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları,
2.Bası, 1939

BİRSEN, Kemaleddin

Medeni Hukuk Dersleri, Umumi Esaslar, Şahsın Hukuku, Aile Hukuku,
İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 4. Bası, 1958

DEREN-YILDIRIM, Nevhis

Teksif İlkesi Açısından İstinaf, İstinaf Mahkemeleri,
Barolar Birliği Yayını Uluslar arası Toplantı, Ankara, 2003 (Teksif)

DEREN-YILDIRIM, Nevhis

Die Kooperationsmaxime und ihre ideologischen Aspekte,
Festschrift für Walter H. Rechtberger zum 60. Geburtstag, Wien, Springer Verlag, 2005

DEREN-YILDIRIM, Nevhis

Aile Mahkemelerinin Görevi ve Uygulamaları,
İstanbul Barosu ile İstanbul Ticaret Üniversitesi Dış Ticaret Enstitüsü Tarafından 10–13 Mart 2005 Tarihlerinde Düzenlenen Uygulamalı Aile Hukuk Sertifika Programında Sunulan Tebliğ (Aile Mahkemeleri)

DURAL, Mustafa/
ÖĞÜZ, Tufan /
GÜMÜŞ, Alper

Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku,
İstanbul, Filiz Kitapevi, 2005

ERCAN, İbrahim

Aile Mahkemesinde Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözümlemesi,
Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin
Armağan, İstanbul, Alkım Yayınevi, 2007, s. 63-103

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin/
ÖZAKMAN, Cumhur/
SARIAL, Enis

Aile Hukuku
İstanbul, Filiz Kitabevi, 3. Bası, 1986

GEMALMAZ, Mehmet Semih

İnsan Hakları Belgeleri (Bölgesel Sistemler),
İstanbul, Alkım Yayınları, 1999, s. 41.

GULDENER, Max

Schweizerisches Zivilprozeßrecht,
Zürich, Schulthess Verlag, 3. verbesserte und vermehrte Auflage, 1979

GÜRDOĞAN, Burhan

Boşanma Davalarına İlişkin Usul Hükümleri,
Ankara Üniversitesi Ellinci Yıl Armağanı, Boşanma Hukuku Haftası, C. II, Ankara, 1977

HABSCHEID, Walter J.

Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, Ein Lehrbuch seiner Grundlagen,
Basel/ Frankfurt am Main, Verlag Helbing&Lichtenhahn, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, 1990

ILDIR, Gülgün

Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Çözümler),
Ankara, Seçkin Yayınevi, 2003

JAUERNIG, Othmar

Zivilprozessrecht (Ein Studienbuch),
München, Verlag C.H. Beck, 28. völlig neubearbeitete Auflage, 2003

KARAGÜLMEZ, Ali/
URAL, Sam Sezai

Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri
Ankara, Seçkin Kitapevi, 2. Bası, 2003

KİRAZ, Taylan Özgür

Medeni Yargılama Hukukunda İkrar,
Ankara, Bilge Yayınevi, 2005

KÖPRÜLÜ, Bülent/

Aile Hukuku,

KANETİ, Selim

İstanbul, Filiz Kitabevi, 2. Bası, 1989

KUNTER, Nurullah /
YENİSEY, Feridun/
NUHOĞLU, Ayşe

**Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza
Muhakemesi Hukuku,**
İstanbul, Beta Yayınevi, 15. Bası, 2007,

KURU, Baki

Nizasız Kaza,
Ankara, Ajans Türk Matbaası, 1961

KURU, Baki

Hukuk Usulünde Dava Sebebi,
Adalet Dergisi, S. 4, 1967

KURU, Baki

Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II,
İstanbul, Demir Demir, 6. Bası, 2001,
(Cilt II).

KURU, Baki

Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. IV,
İstanbul, Demir Demir, 6. Bası, 2001,
(Cilt IV).

KURU, Baki/
ASLAN, Ramazan/
YILMAZ, Ejder

Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı),
Ankara, Yetkin Yayınları, 17. Bası, 2006

OĞUZMAN, Kemal/
DURAL, Mustafa

Aile Hukuku,
İstanbul, Filiz Kitabevi, 2. Bası, 1998

OĞUZMAN, Kemal /
SELİÇİ, Özer/
OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe

Eşya Hukuku,
İstanbul, Filiz Kitabevi, Gözden
geçirilmiş ve eklemeler yapılmış 11.
Bası, 2006

OĞUZMAN, Kemal /
BARLAS, Nami

**Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar,
Temel Kavramlar,**
İstanbul, Beta Yayınevi,

ÖNDER, Akil

**Sulh Teşebbüsü ve İhtar Davalarını
Mevzuatımızdan Çıkarmak Suretiyle
Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
ile Medeni Kanunda Tadilat İcrasına
İhtiyaç Var mıdır? ,**
AD, 1942, S. 9

ÖNEN, Ergun

Medeni Yargılama Hukukunda Sulh,
Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Yayınları, 1972 (**Sulh**).

ÖNEN, Ergun

**İnşai Dava- İnşai Hak- İnşai Hüküm-
İnşai Tesir,**
Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Yayınları, 1981 (**İnşai Dava**)

ÖZBEK, Mustafa

Alternatif Uyuşmazlık Çözümü,
Ankara, Yaklaşım Yayınları, 2004

ÖZDEMİR, Nevzat

**Türk- İsviçre Hukukunda Anlaşmalı
Boşanma,**
İstanbul, Beta, 2003

ÖZEKES, Muhammet

**Medeni Usul Hukukunda Hukuki
Dinlenilme Hakkı,**
Ankara, Yetkin Yayınları, 2003,

ÖZTAN, Bilge,

Aile Hukuku,
Ankara, Turhan Kitabevi, 5. Bası, 2004

ÖZUĞUR, Ali İhsan

**Boşanma, Evlenme İptali, Ayrılık
Davası, Ailenin Korunması ile ilgili
Tedbirler, Tanıma, Tenfiz, Aile
Mahkemesi İlişkisi,**
İzmir Barosu Dergisi, Ocak 2004, S.1

PEKCANITEZ, Hakan /
ATALAY, Oğuz /
ÖZEKES, Muhammet

Medeni Usul Hukuku
Ankara, Yetkin Yayınları, 5. Bası, 2006

PETEK, Hasan

Medeni Usul Hukukunda Hakim Olan İlkeler Işığında Boşanma Davaları,
İzmir Barosu Dergisi, 2000, S.3

POSTACIOĞLU, İlhan E.

Medeni Usul Hukuku Dersleri,
İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 6. Bası, 1975

PRÜTTING, Hans

Die Grundlagen des Zivilprozesses im Wandel der Gesetzgebung,
NJW, 1980, Heft 8, s. 361–416

RECHBERGER, Walter H.

Avusturya Medeni Yargılamasında Yargılamanın Hızlandırılması,
Çev: Kamil Yıldırım, İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul, Alkım Yayınevi, 5. Bası, 2006, s. 12 (**Yargılamanın Hızlandırılması**)

RENGGLİ, Andreas

Das Untersuchungsverfahren in der zugerischen Zivilprozessordnung (§ 102 ff. ZPO),
Zürich, Juris Druck und Verlag, 1970

ROSENBERG, Leo /
SCHWAB, Karl Heinz /
GOTTWALD, Peter

Zivilprozessrecht,
München, Verlag C. H. Beck, 16. neu bearbeitete Auflage, 2004

SAYMEN, Ferit H./
ELBİR Halid K

Türk Medeni Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku
İstanbul, Hak Kitabevi, 2. Bası, 1960

SCHILKEN, Eberhard

Zivilprozessrecht,
Köln/ Berlin/ Bonn/ München, Carl Heymanns Verlag KG, 4. neubearbeitete Auflage, 2002

SCHİLKEN, Eberhard

Medeni Yargılamada Hâkimin Rolü,
Çev: Nevhis Deren-Yıldırım, İstanbul,
İlkeler Işığında Medeni Yargılama
Hukuku, 5. Bası, 2006, s.39 (**Hâkimin
Rolü**)

SCHWARZ, Andreas B.

Aile Hukuku I,
Çev. Bülent Davran, İstanbul, İsmail
Akgün Matbaası, 2. Bası, 1946

SİRMEN, Lale/
KOÇHİSARLI, Cengiz/
TANRIVER, Süha/
SÜRAL, Nurhal/
TERCAN, Erdal

**Karşılaştırmalı Hukukta Aile
Mahkemelerinin Kurulmasında
Yararlanılabilecek Bir Model,**
Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan,
Ankara, 2000, s. 1-32.

TANRIVER, Süha

**Aile Mahkemeleri Üzerine Bazı
Düşünceler,**
Turgut Kalpsüz'e Armağan, 2003

TEKİNAY, Selâhattin Sulhi

Türk Aile Hukuku,
İstanbul, Filiz Kitabevi, 7. Bası, 1990

TERCAN, Erdal

**Medeni Usul Hukukunda Tarafların
İsticvabı (Tarafların Bilgisine Delil
Olarak Başvurulması),**
Ankara, Yetkin Yayınları, 2001

TUTUMLU, Mehmet Akif

**Teorik ve Pratik Boşanma
Yargılaması Hukuku, C.I,**
Ankara, Seçkin Yayınevi, 2005 (**Cilt I**)

ÜSTÜNDAĞ, Saim

Medeni Yargılama Hukuku,
İstanbul, Gözden geçirilmiş ve
yenilenmiş 7. Baskı, 2000

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet

**Evlenme ve Boşanma Hukukumuzda
Medeni ve Cezai Bakımdan Ne Gibi
Tadilata İhtiyaç Vardır? ,**

AD, 1944, S.1–12, s. 98 vd.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet

Türk Medeni Hukuku, Cilt II, Aile Hukuku,
İstanbul, Sermet Matbaası, 4. Bası, 1960

WALDER- BOHNER, Hans Ulrich

Zivilprozessrecht nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung anderer Zivilprozessordnungen,
Zürich, Schultess Polygraphischer Verlag, 3. überarbeitete Auflage, 1983

YALÇINKAYA, Namık/
KALELİ, Şakir

Boşanma Hukuku,
Ankara, Türk Hava Kurumu Basımevi, 1. Bası, 1987

YILDIRIM, Kamil

Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi,
İstanbul, Kazancı Yayınları, 1990

YILMAZ, Ejder

Medeni Yargılama Hukukunda Yemin,
Ankara, Yetkin Yayınları, 1989

ZEVKLİLER, Aydın /
ACABEY, Beşir/
GÖKYAYLA, Emre

Medeni Hukuk (Giriş- Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku- Aile Hukuku) ,
Ankara, Savaş Yayınları, 5. Bası, 1997

