

Aile Mahkemelerinde Yargılama Usulü

Bahattin Aras*

A. GENEL OLARAK

Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usulüne İlişkin Kanun'a göre; aile hukukundan kaynaklanan dava ve işleri görmek üzere yalnızca bu tür uyuşmazlıklarla incelenecek görevli özel ihtisas mahkemeleri niteliğinde aile mahkemeleri kurulacağı hüküm altına alınmıştır.

Günümüzde, Aile Hukuku uyuşmazlıklarının git-tikçe karmaşık bir yapı halini almaya başlaması bu tür uyuşmazlıkların çözümü için, özel bir uzmanlık gerektirmektedir.¹ Ayrıca aile hukuku sorunları toplumu yakından ilgilendirmekte ve bu nedenle devletin temeli olan ailenin korunması için bu tür uyuşmazlıkların diğer uyuşmazlıklardan ayrı olarak değerlendirilip çözüme kavuşturulması gerekmektedir.²

Ülkemizde, yargının çok yavaş işlediği, mahkemelerin çok ağır iş yükü altında oldukları ve hakimlerin, özel ve titiz bir inceleme yapmaları gereken aile hukuku uyuşmazlıklarına gereken önemi vermedikleri bilinen bir gerçektir. Bu nedenle, Aile Mahkemelerinin ülkemiz açısından

bir gereksinim haline geldiği uzun yıllardan beri ifade ediliyordu.³ Özellikle, evlilik birliğinin korunması amacıyla, hakimin aile işlerine daha fazla müdahale eder duruma gelmesi ve Türk Medeni Kanunu'nun 195. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen uzman kişilerin yardımının sağlanması açısından Aile Mahkemelerinin kurulması bir zorunluluk haline gelmiştir. Bu amaçlarla hazırlanan 4787 sayılı Kanun'da Aile Mahkemeleri bir ihtisas mahkemesi olarak tasarlanmıştır.

Aile Mahkemeleri, aile hukukunda devrim niteliğindeki yeni düzenlemelerin uygulanmasında önemli bir göreve sahip olacaktır. Aile hukukundan doğan bütün uyuşmazlıklar, nişanlanmadan başlayarak, evliliğin bitimine, iptaline, boşanmaya, evliliğini hükümlerine, velayete, soy bağına ve vesayete ilişkin çeşitli konular Aile Mahkemelerince ele alınacaktır. Ancak, Aile Mahkemesi hakimi, yalnız hukuk kurallarını uygulayan bir hakim olarak kalmayacak, bu uyuşmazlıkları çözerken aynı zamanda davanın taraflarına, örneğin eşlere, öğütleriyle yardım olacaktır. Bunun için mahkemelerde görevlendirilen psikolog, pedagog, sosyal çalışmacı gibi uzmanlardan yararlanılacaktır. Böylece, Aile Mahkemeleri, yargılama görevinin yanında toplum temel taşı olan ailenin korunmasına yönelik koruyucu, eğitici ve sosyal önlemler almasını da sağlayacaktır.⁴

* Lüleburgaz Hakimi.

¹ Ayan, Serkan: Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara 2004, s. 130; Inal, Nihat: Aile Mahkemeleri Davaları, (AILE), Ankara 2004, s.321

² Sirmen, Lale / Kaçhisarlıoğlu, Cengiz/Tanrıver, Suha/Sural, N/Tercan, Erdal : "Karşılaştırmalı Hukukta Aile Mahkemeleri ve Türkiye Aile Mahkemeleri Kurulmasında Yararlanılabilecek Bir Model", Kamu İş Hukuku Ve İktisat Dergisi, Cilt 5; Sayı 3; Ankara Nisan 2000, s. 1; Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rana : Aile Hukuku, İstanbul 1993 s. 65; Petek, Hasan : "Medeni Usul Hukukuna Hakim Olan İlkeler Işığında Boşanma Davaları", İzmir Barosu Dergisi, Yıl: 65, Temmuz 2000, s. 22

³ Ayan, s. 131

⁴ Karagülmez, Ali/Ural, Sezai: Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usulleri, Ankara 2003, s. 207; Ayan, s. 132; Özüğür, Ali İhsan: "Boşanma, Evlenme İptali, Ayrılık Davası, Ailenin Korunması İle İlgili Tedbirler, Tanıma, Tenfiz, Aile Mahkemesi İlişkisi" (IBD), İzmir Barosu Dergisi, Yıl 69, Ocak 2004, S. 1, s. 35; Bak-

4787 sayılı AMK'nın 7. maddesinde Aile Mahkemelerinin önüne gelecek dava ve işlerin çözümünde geçerli olacak usul kuralları belirlenmektedir. Maddede öncelikle Aile Mahkemelerine özgü usul kuralları açıklanmış daha sonra ise özel konulardaki hükümler saklı kalmak kaydıyla 4787 sayılı AMK'da hüküm bulunmayan konularda 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndaki hükümlerin uygulanacağı vurgulanmıştır. Aile Mahkemesi hakimi önüne gelen dava veya işte öncelikle 4787 sayılı AMK'nın başta 7. maddesi olmak üzere diğer maddelerinde herhangi bir usul kuralı olup olmadığına bakacaktır. Eğer bir kuralı var ise, bunu uygulayacaktır. 4787 sayılı Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde ise 4721 sayılı TMK'nın ilgili usul kuralları daha sonra ise Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndaki usul kuralları uygulanacaktır. Ancak, özel kanunlarda bir usul hükmü varsa TMK ve HUMK hükümleri daha sonra ele alınacaktır.⁵

B. 4787 SAYILI AMK'DA DÜZENLENMİŞ USUL KURALLARI

a. Tarafların Sulh Yoluyla Çözümüne Teşviki

aa. Genel Olarak Sulh

4787 sayılı Kanun'un, Aile Mahkemelerinin yargılama usulüne ilişkin 7. maddesinin birinci fıkrasına göre, Aile Mahkemeleri, önlerine gelen dava ve işlerin özelliklerine göre, esasa girmeden önce aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması bakımından, eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek, bunların sulh yoluyla çözümünü gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik eder. Sulh sağlanmadığı takdirde yargılamaya devam olunarak esasa hakkında karar verilir.⁶

Bu fıkra göre, Aile Mahkemesine, ilk olarak eşleri sulha teşvik etme görevi verilmiş, bu yolda

başarı sağlanamazsa, esasa hakkında hüküm verilebileceği düzenlenmiştir. Bu maddede geçen sulha teşvik, teknik anlamda sulh değildir. Buradaki durum, 1963 tarihinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndan çıkarılan sulh teşebbüsüne benzerdir. Çünkü Aile Hukuku uyumsuzluklarında tarafların dava konusu üzerinde tasarruf yetkileri bulunmadığı için teknik anlamda sulh mümkün değildir. Burada kastedilen tarafların barıştırılmaya ve uzlaştırılmaya çalışılmasıdır. Bu nedenle, aile hakimi ilk olarak tarafların arasındaki sorunu, onların uzlaştırarak çözümlenmeye çalışmak zorundadır. Bu yönde olumlu bir sonuç alınmazsa esasa girişilebilecektir.⁷

Bu hüküm, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 213. maddesindeki, "Davanın her aşamasında tahkikat hakimi... sonuç vereceği umulan hallerde bunları sulhe de teşvik edilebilir", hükmünden farklı bir anlam taşır. Çünkü 213. maddede geçen "teşvik edilebilir" hükmü bir kesinlik taşımamaktadır. Sadece hakime bir yol gösterilmesi ve yetki verilmesi söz konusudur. 4787 sayılı Kanun'un 7. maddesindeki "... teşvik eder... sulh sağlanmadığı akdinde yargılamaya devam olunarak esasa hakkında karar verilir" hükmü ise emredici bir kural içermektedir. Bu maddeye göre Aile Mahkemesi ilk olarak eşleri sulha teşvik etmek zorundadır.⁸

tır, Selma : Aile Mahkemeleri, Ankara 2003, s. 76; Inal, Nihat : Aile Mahkemeleri Davaları, (AILE), Ankara 2004, s.345

⁵ Gümüş, Mustafa Alper:Türk Medeni Kanununun Getirdiği Şerhler, Ankara 2003, s.68; Baktır, s. 76; Karagülmez/Ural, s. 207; Ayan, s. 132; Ozuğur,(IBD), s. 34

⁶ Akıntürk, Turgut: Medeni Hukuk,9.Bası, İstanbul 2003, s. 233 s. 272; Ayan, s. 132, Baktır s. 77, Petek s. 35

⁷ Önen, Ergun : Medeni Yargılama Hukukunda Sulh Ankara, 1972, s. 104, Ayan, s. 132; Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2003,s. 499 vd.; Aktürk s. 272

⁸ Ayan, s. 132; Petek, s. 35; 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usulüne İlişkin Kanun'un 7. maddesinde geçen sulha teşvik, 1963 yılına kadar uygulanan sulh teşebbüsüne içerik itibarıyla benzerlikle birlikte, bazı farklılıklar göstermektedir. Çünkü yukarıda da açıklandığı gibi sulh teşebbüsü, sadece boşanma davaları için kabul edildiği halde; sulha teşvik, aile hukukunda kaynaklanan her türlü uyumsuzluk için mümkündür. Ayrıca "Sulh Teşebbüsü", uygulandığı dönemde, asıl davaya bakacak olan aile mahkemesi dışında bir mahkeme olan sulh hukuk mahkemesi tarafından görülmekteydi. Bu durum, sulh teşebbüsünü gereksiz bir formalite haline getirmişti. Bu nedenle eleştirilen hükümler, (HUMK, md. 494-499) 1963 tarihinde yasadın çıkarılmıştır. 4787 sayılı Kanun'da düzenlenen "Sulha Teşvik" ise asıl davayla birlikte, aynı mahkemede görülecektir. Şüphesiz ki bu durum hem Anayasa'nın 41. maddesindeki ailenin korunması ilkesine hem de yargı-

Fıkıradaki geçen sulha teşvik, 1963 yılına kadar uygulanan sulh teşebbüsüne içerik itibarıyla benzetmekle birlikte, bazı farklılıklar göstermektedir. Çünkü yukarıda da açıklandığı gibi sulh teşebbüsü sadece boşanma davaları için kabul edildiği halde; sulha teşvik, aile hukukunda kaynaklanan her tür uyuşmazlık için mümkündür. Ayrıca "Sulh Teşebbüsü", uygulandığı dönemde, asil davaya bakacak olan Aile Mahkemesi dışında bir mahkeme olan sulh hukuk mahkemesi tarafından görülmekteydi. Bu durum, sulh teşebbüsünü gereksiz bir formalite haline getirmiştir. Bu nedenle eleştirilen hükümler, (HUMK, md.494-499) 1963 tarihinde yasadaki çıkarılmıştır. 4787 sayılı kanunda düzenlenen "Sulha Teşvik" ise asil davayla birlikte, aynı mahkemede görülecektir. Şüphesiz ki bu durum hem Anayasa'nın 41. maddesindeki ailenin korunması ilkesine, hem de yargılamanın hızlı bir şekilde yürütülmesi gereğine uygun bir düzenleme oluşturmaktadır.⁹

4787 sayılı Kanun'un getirmiş olduğu bu usul kuralı, bu mahkemenin kuruluş amacında uygun olarak aile birliğinin öncelikle devamını sağlamaya yönelik yöntemlerin gerektiğinde uzmanlardan da yararlanılmak suretiyle kullanılması ve bunların başında sulh yolunun aranması zorunluluğu getirilmiştir. Her ne kadar maddenin birinci fıkrasında ihtiyaç olduğunda uzmanlardan yararlanılacağı belirtilmiş ise de ihtisas mahkemesi niteliğinde olan Aile Mahkemelerinin ağırlıklı olarak sulhun sağlanması konusunda uzmanlara başvurmaları isabetli olacaktır.¹⁰ Ancak bir görüşe göre bu uzlaştırmacı hukukçu olmalıdır.¹¹

bb. Sulh Yoluyla Çözüm Teşvik Zamanı

Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 7. maddesinde mahkemelerin önlerine gelen dava ve işlerin özelliklerine göre esasa girmeden önce uyuşmazlıkların çözümü için tarafları sulha teşvik edeceği belirtilmiştir. Ancak mahkeme esasa girmeden yanı kanıtları değerlendirmeden eşlerin ve çocukların

lamanın hızlı bir şekilde yürütülmesi gereğine uygun bir düzenleme oluşturmaktadır. (Karagülmez/Ural, s. 207; Bakır, s. 78)

⁹ Karagülmez/Ural, s. 207; Bakır, s. 78

¹⁰ Sirmen/Koçhisarlıoğlu/Tanrıver/Sural/Tercan s. 29

¹¹ Bakır, s. 77

karşı karşıya oldukları sorunlar, tarafların beyanlarıyla tespit edilecektir. Bu tespit ise yetersiz ve yanıltıcı olabilir. Bu nedenle mahkemenin sulh teşebbüsü esasa girilip sorunlar tespit edildikten sonra ancak karardan önce gerekirse hakim bir defa daha tarafları sulha teşvik edebileceği şekilde yeniden düzenlenmelidir.¹² Bu tarafların uyuşmadıkları noktaların daha iyi tespit edilmesini ve taraflar sulha teşvik edilerek geleceğe yönelik kalıcı çözümler önerilebilecektir. Aksi takdirde esasa girmeden önce taraflar tam tanımadan taraflar sulha teşviki ve bunu tarafların kabulü, kalıcı çözümler getirmeyebilir. Taraflar arasındaki uyuşmazlık noktaları iyice tetkik edilmeden bu şekilde bir çözüm, taraflar arasında ileriye dönük daha büyük sıkıntıların ortaya çıkmasına sebep olabilir.

cc. Sulh Yoluna Gidilmesi Zorunluluğu

Bu konuda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre; sulh yoluyla çözüme teşvikle ilgili usul kuralı (AMK, m.7/1) Aile Mahkemelerinin görevine giren tüm dava ve işler de geçerli olduğundan bu usul kuralına uyulmadan karar verilmiş olması yasaya aykırıdır ve bu nedenle "Yasa yoluna denetiminde bozma nedenidir." denilmektedir.¹³

Başka bir görüşe göre ise, kanun burada bir zorunluluk getirmemiş olup, mahkemeye gelen dava işlerin niteliğine göre hakime tanınmış bir takdir yetkisi söz konusudur. Aile Mahkemesi hakimi, bu kanundaki takdir yetkisini kullanırken önce araştırma ve incelemede bulunarak, tarafların sulh olma konusunda istekleri yoksa davayı sürüncemede bırakmamak için bu yola başvurmayabilecektir.¹⁴ Taraflar arasında ağır sorunların yaşandığı sulha teşvikin zaman kaybı ve davayı sürüncemede bırakmaktan başka bir sonuç doğurmayacağı durumlarda, hakimin duruma uygun olarak takdirine göre sulha başvurmayarak doğrudan mahkemeye gelen dava veya işin esasına girip hüküm kurması daha isabetli olacaktır.

dd. Hakim Tarafından Sulha Teşviki ve Bunun Taraflarca Kabulü

Hakim, tarafların sulh olduğu konuları belirleye-

¹² Karagülmez/Ural, s. 207

¹³ Özüğür, (IBD), s. 34; Bakır, s. 77

¹⁴ Özüğür, (IBD), s. 34

rek zapta geçecek bu konuların neler olduğu hakkında zabıt tanzim ettikten sonra tarafların, varsa yetkili yasal temsilcilerinin imzalarını alacak daha sonra da infazda tereddüde yer verecek şekilde hüküm oluşturacaktır.

Sulhun konusunun kamu yararını ilgilendirdiği hallerde hakim bu konuda gerekli olan düzeltmelerin kanuna ve kamu yararına uygun yapılmasını taraflardan isteyebilecektir. Hakim boşanma davalarında özellikle anlaşmalı boşanma davalarında gereken dikkati gösterecek, boşanma iradesini gerekli gördüğü durumlarda kesin, açık hiçbir baskı, korkutma ve aldatma olmadan serbestçe açıklanıp açıklanmadığını tespit edecektir.¹⁵

ee. Sulh Sağlanmadığı Takdirde Yargılamaya Devam Edilmesi

Hakim, Aile Mahkemesinin önüne gelen dava ve işler hakkında sulh sağlanmadığı durumlarda, davanın esasına girip yargılama bittikten sonra hükmünü kuracaktır. Boşanma ile ilgili davalarda, eğer anlaşmalı boşanma koşulları oluşmamışsa, evlilik birliğinin çekilmez hale geldiğine, birliğin devamını mümkün olmadığına kanaat getirmedikçe boşanmaya karar vermeyecektir.¹⁶

4787 sayılı AMK'da sulh yoluyla çözümün şekli ve süresi hakkında bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanun koyucunun bu hususu açık bırakmış olması mahkeme açısından isabetlidir. Zira her somut olayda sulh yoluyla çözümde tarafların niteliği, durumu, kanunun içeriği ve diğer bazı hususlar farklılık taşıyabilecektir. Bu yüzden sulh yoluyla çözüm aranmasında, 4787 sayılı Kanun'da belirtilen şekil ve süre hususunun hakim her olayda kendisi belirleyecektir. Örneğin, boşanma davasındaki sulh yoluyla çözüme teşvik ile nişana ilişkin bir davadaki sulh yoluyla çözüme teşvik içeriği ve gerekli zaman farklı olabilir.¹⁷

b. Karşılaştırmalı Hukukta Sulh Kavramı

Almanya'da Aile Mahkemelerinin görevini düzenleyen kanuna göre evlilik hayatının yeniden teminine veya boşanmaya ilişkin davalarda eğer

hakim kendi kanaatine göre evliliğin devam etme ihtimali mevcutsa, davanın anlaşarak iyilikle çözümlenmesi amaca uygun olucaksa davayı erteleyebilir. Mahkeme erteleme kararıyla birlikte bir evlilik danışma bürosuna başvurularını tavsiye edecektir.¹⁸

Birçok ülkede Aile Mahkemelerinin kendine özgü usul kuralları vardır. Örneğin Fransa'da bazı davalarda avukatın görev alması zorunludur. Aynı şekilde Almanya'da da evliliğe ilişkin davalarda avukatla temsil zorunluluğu vardır ve ayrıca avukatlara bu davalar için özel yetki verilmesi gereklidir. Almanya'da Aile Mahkemelerindeki usul, ceza mahkemelerindeki usule yaklaştırılmıştır. Örneğin, uyuşmazlığın çözümünü geciktirmesi veya geç ileri sürülmesi ilgili tarafın ağır kusuruna dayanmadıkça her aşamada delil gösterilmesine karar verebilir ve eşlerin dinlenmesinden sonra onlar tarafından ileri sürülmeyen vakıaları da dikkate alabilir. Kamu yararı nedeniyle evliliğe ilişkin davalara da tarafların tasarruf yetkisi önemli ölçüde sınırlandırılmıştır. Şöyle ki, kabule ilişkin vakalara veya belgelerin gerçekliğine ilişkin davalarda, tarafların tasarruf yetkisi önemli ölçüde sınırlandırılmıştır. Şöyle ki kabule ilişkin vakıalara veya belgelerin gerçekliğine ilişkin yapılmayan veya kaçınılan açıklamalara bağlanan sonuçlar davadan feragate, karşı tarafın tanıkları veya bilirkişinin yeminine ilişkin hükümler uygulama alanı bulmazlar.¹⁹

C. 4721 SAYILI TMK'NIN 184. MADDESİNDE DÜZENLENEN ÖZEL YARGILAMA USULLERİ

a. Genel Olarak

Aile Mahkemelerinde yargılama usulüne ilişkin kurallar genel olarak TMK'nın 184. maddesinde hüküm altına alınmıştır. TMK'nın 184. maddesinde boşanma davaları için öngörülen özel yargılama hükümleri evlenmenin iptali davalarında

¹⁵ Karagülmez /Ural, s. 208; Özüğür, (IBD), s. 35

¹⁶ Karagülmez/Ural, s. 208

¹⁷ Sirmen/Koçhisarlıoğlu/Tanrıver/Sural/Tercan s.10; Baktır, s. 77

¹⁸ Baktır, s. 79; Sirmen / Koçhisarlıoğlu, s. 9-11

¹⁹ Akıntürk, s. 220; Öztan, Bilge: Aile Hukuku, 4. Bası, Ankara 2004, s. 440; Zevkliler, Aydın / Acabey, Beşir/ Gökyayla, Emre: Medeni Hukuk , Ankara 2000, s. 864; Oğuzman, Kemal/Dural, Mustafa: Aile Hukuku ,3.Bası, İstanbul 2001 s. 107; Hatemi/Serozan,s. 169; Baktır, s. 79; Ayan, s. 135 ; Çakın, Akın : Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma, Ankara 1999, s. 111; Petek, s. 29

da uygulanır. Çünkü TMK'nın 160. maddesinde butlan davasında, yargılama usulü konusunda boşanma davasındaki yargılama usulüne yollama yapılmıştır.²⁰

Türk Medeni Kanunu, boşanma ve ayrılık davalarında hangi şartlar altında hakimin boşanmaya ve ayrılığa karar vereceğini bunun sonuçlarının ne olacağını yani "maddi hukuka ait kuralları" hükme bağlamıştır.²¹ Buna karşılık boşanma ve ayrılık davalarının hangi usule göre yapılması gerektiğinin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlemesi gerekir. Ancak kanun koyucu, boşanma ve ayrılığa ilişkin bazı usul esaslarını ve boşanma davalarında yetkili mahkemeye ve ispat hukukuna ilişkin hükümleri TMK'da düzenlemiştir. Evlilik ve boşanma, toplum düzenini yakından ilgilendirdiği için kanun koyucu bunların geçerliliğini bazı sıkı şartlara bağlamış taraf iradelerine geniş bir yer vermemiştir. Evliliğin keyfi şekilde sona erdirilmesini önlemek için TMK'ya bu usul kuralları koyulmuştur.²² Mesela, taraflar kanunda düzenlenmiş boşanma ve ayrılık nedenleri ile bağlıdır. Ayrıca tarafların boşanmayı veya ayrılığı istemeleri kendiliğinden hüküm meydana getirmez. Tarafların istemlerinin sonuç doğurabilmesi için hakim tarafından verilmiş bir boşanma ve ayrılık kararının olması gerekir. Hakimin kararı yenilik doğuran karar niteliğindedir.²³

Kanun koyucu boşanma ve ayrılık davalarında bazı yargılama kurallarını TMK'da ön görmüş olsa bile, bu kuralların dışında yargılamanın HUMK'a tabi olacağı unutulmamalıdır. Bu TMK'nın 184. maddesinde açıkça hüküm altına alınmıştır.²⁴

²⁰ Öztan, s. 440; Oğuzman/Dural, s. 134; Çakın, s.111

²¹ Akıntürk, s. 272; Öztan, s. 440; Petek, s. 29; Oğuzman / Dural, s. 134; Çakın, s. 111

²² Öztan, s.440; Zevkliler/Acebey/Gökyayla, s.914; Tekinay, Selahattin Sulhi : Türk Aile Hukuku, 7.Baskı, İstanbul 1990, s. 238; Feyzioğlu, F. Necmettin: Aile Hukuku, 3.Baskı, İstanbul 1986, s.365

²³ Gürdoğan, Burhan: Boşanma Davalarına İlişkin Usul Hükümleri, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci yıl Armağanı, 1925- 1975, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara 1977,s. 205; Yalçınkaya, Namık / Kaleli, Şakir: Yeni Boşanma Hukuku, C.II, 2. Baskı, Ankara 1988, s.1573; Bakır, s. 70; Karagülmez / Ural, s. 217

²⁴ Petek, s. 30; Feyzioğlu, s. 365; Öztan, s. 440; Kanun koyucu boşanma ve ayrılık davalarında bazı yargılama kurallarını TMK'da ön görmüş olsa bile, bu kuralların di-

b. TMK'nın 184. maddesindeki özel yargılama Kuralları

aa. Hakimin Vicdanın Kanaat Getirmiş Olması

Türk Medeni Kanun'un 184. maddesinin birinci fıkrasında "Hakim boşanma ve ayrılık davasının dayandığı olguların varlığına vicdanen kanaat getirmediği bunları ispatlanmış sayamaz." denilmektedir. Yani hakim davacı eş tarafından ileri sürülen vakaların gerçekten meydana geldiğine kanaat getirmezse bu vakalar ispat edilmiş olsalar bile davayı reddedebilirler. Ancak bu hüküm, hakime istediği gibi hareket etme serbestisi tanımamakta ona sadece vicdanen kanaat getirmediği kanıtlara bağlı kalma zorunluluğundan kurtarmaktadır. Yani hakim gerçeği ifade etmeyen sah-te olarak hazırlanabilecek yazılı delillerle bağlı tutulmak istenmemiştir.²⁵

TMK'nın 184. maddesinde düzenlemiş bu kural ve yine aynı maddedeki diğer usul kuralları, bir bütün olarak değerlendirildiğinde boşanma davaları için özel bir delil sistemi kabul edildiği ortaya çıkacaktır. Buna göre boşanma davalarında Medeni Usul Hukuku'nda kabul edilen kanuni delil sistemi değil vicdani delil sisteminin geçerli olduğu ortadadır.²⁶ Yani kanuni delil sisteminin şekli gerçeğin varlığını arayan katılığının yerine, hakimin bir ceza davasında olduğu gibi, maddi gerçeği bulması istenmiştir.²⁷

Taraflarca hazırlama ilkesinin²⁸ geçerli olduğu davalarda, uygulanan kanuni delil sistemine göre hakim, bir olgunun varlığı kanunda yazılan kesin delillerle ispat edilirse, bunların doğru olduğunu kabul etmek zorundadır. Fakat boşanma gibi

şında yargılamanın HUMK'a tabi olacağı unutulmamalıdır. Bu TMK'nın 184. maddesinde açıkça hüküm altına alınmıştır

²⁵ Tan, Tahsin Zapota : Medeni Hukuk, Ankara 2004, s.148; Tekinay, s. 243; Birsen, s. 335; Ayan, s. 137;

²⁶ Yalçınkaya/Kaleli, s. 1574; Kaçak, Nazif:Yeni İçtihatlarla Yeni Türk Medeni Kanunu, (TMK), Ankara 2004,s.440

²⁷ Kuru, Baki :Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.II, s. 1919; Pekçanitez/Atalay/Özekes, s. 227; Alangoya, Hakan Yavuz: Medeni Usul Hukukunun Esasları, İstanbul 2003, s.3; Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder : Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2003,s. 328

²⁸ Kuru, C.II, s. 1923; Pekçanitez/Atalay/Özekes, s. 323; Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet: Türk Medeni Hukuku C.II, Aile Hukuku , 5. Bası, İstanbul 1965, s. 244

kendiliğinden araştırma ilkesinin kısmen de olsa uygulandığı boşanma davalarının özelliği gereğince kesin delil reddedilmiş ve hakim taraflara yemin öneremeyeceği, tarafların ikramının hakimi bağlayamayacağı ve hakim delillerin serbestçe takdir ettikten sonra vicdani kanaatine göre karar vereceği belirtilmiştir.²⁹

TMK'daki bu hükümlerle kabul edilen vicdani delil sistemi ile ispat ölçüsü güçlendirilmiş değildir. Yalnızca taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı davaların tersine, kesin delil sistemi (Kanuni Delil Sistemi) reddedilmekte ve kesin delil gösterilmemesi suretiyle hakim delilleri serbestçe takdir etme yetkisi genişletilmiş olmaktadır.³⁰ Bu sayede hakim olayların varlığını kendiliğinden dahi araştırabilir. Ancak bu araştırma sadece dilekçede belirtilen hususlarla sınırlıdır. Yani hakim taraflarca bildirilmeyen delilleri kendiliğinden göz önünde tutması veya gösterilmeyen tanıkların çağırarak dinlemesi mümkün değildir.³¹

Hakimin boşanma konusunda vicdani kanaat getirmesini sağlayan ilkelerden biri de doğrudanlık ilkesidir. Bu ilke taraf işlemlerini ve taraflarca mahkemeye sunulan delilleri araya üçüncü bir kişi girmeden hakim bizzat değerlendirmesi ve tarafların bizzat çağrılarak dinlenmesini ifade eder. Bu da gerçeğin tespitini kolaylaştıracaktır. Hakim kendi yargı çevresi dışındaki işlemler için ilgili hakimden hukuki yardım talep etmesi (istinabe) ve naib hakim tayini, bu ilkenin istisnaları olarak kabul edilir. Boşanma davalarında da doğrudanlık ilkesi maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında önemli rol oynar. Çünkü hakim tarafları ve onların sundukları delillerin kendisi değerlendirecek bu şekilde, vicdani kanaat getirecektir. Dosya üzerinde inceleme yaparak karar vermek hukuki işlemlerin ispat konusu olduğu davalarda uygulanabilir. Fakat maddi olayların ispat konusu olduğu boşanma davalarında hakim, ancak araya üçüncü bir kişi girmeden tanıkları ve tarafları bizzat dinlediği, delilleri bizzat de-

ğerlendirdiği takdirde o konu hakkında kanaat sahibi olabilir.³²

Hakimin vicdani kanaat edinmesini sağlayan medeni usul hukukuna hakim olan bir ilke ise 'Hukuki Dinlenme Hakkı'dır. Bu ilkenin dayandığı esasların başında, taraflara ve ilgililere dava hakkında bilgi verilmesidir. Bu sayede taraf, aleyhine ileri sürülen talep ve bu talebin dayandırıldığı delilleri dosya içerisindeki bilgi ve belgeleri inceleyerek bilgi sahibi olacaktır. Diğer bir esas da ilgili kişinin dava hakkındaki görüşünü açıklayarak karara etkili olabilmesidir. Bu ilkenin diğer bir sonucu da tarafların iddia ve savunmalarının mahkemece tartışılarak değerlendirilmesini ve kararın gerekçesinde bunların gösterilmesi zorunluluğudur. HUMK'un 73. maddesindeki "...mahkemenin tarafları kanuni şekle uygun olarak davet etmeden hüküm veremeyeceği..." şeklindeki düzenleme bu ilkenin bir sonucudur.³³ Anlaşmalı boşanmalarda tarafların boşanma konusunda bir itirazlarının olmayacağı kuvvetli muhtemel olmasına rağmen, bu tip davalarda taraflara tebligatta bulunulmalı, hakim tarafından iradelerin serbestçe açıklanıp açıklanmadığı hususunda duruşma yapılarak, re'sen araştırma yapılmalıdır. Yani taraflar dinlenmeli ve sırf anlaşmalı boşanma olması sebebiyle ve tarafların da anlaşmış olmasından dolayı dosya üzerinden karar verilemez.³⁴

bb. Taraflara Yemin Önerilememesi

Kesin delillerden olan yemin taraflardan birinin bir olayın doğru olup olmadığı konusunda mahkeme önünde ve kanunun belirlediği ölçüler ışığında beyanda bulunmasıdır.³⁵ Bir olayın gerçekliği hakkında yapılan yemin ile artık o olay hakkında başka delil gösterilmesine ihtiyaç olmaya-

²⁹ Ayan, s. 138-139; Kaçak, (TMK); s. 441

³⁰ Köprülü, Bülent / Kaneti, Selim: Aile Hukuku, İstanbul 1986, s. 183; Petek s. 37

³¹ Petek, s. 38; Ansay, Tuğrul; "Boşanma Davasında Kusur İtirazı ve Hakkın Kötüye Kullanılması - Alman Mahkemelerinin Uygulaması", YD, C. 17, S. 3, 1991, s. 156

³² Tekinay, s. 243; Zapota, s. 150; Petek, s. 39; 2. HD, 4.2. 1993, 13468/811, (Şener, Esat : Uygulama Ve Teoride Boşanma, 2. Bası, Ankara 1997, s. 747); 2. HD, 26.2. 1985, 1458/1811 (Yalçınkaya/Kaleli, s. 1687); 2. HD, 12. 3.2003, 8205/11923, (Karagülmez/Ural, s. 218)

³³ Petek 39.

³⁴ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 390; Postacıoğlu, İlhan E. : Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975, s. 637; Üstündağ, Sami: Medeni Yargılama Hukuku, C.I-II, İstanbul 1997, s. 666; Yılmaz, Ejder: Medeni Yargılama Hukukunda Yemin, Ankara 1989, s. 28.

³⁵ Kuru C.II, s. 1711; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 388.

çak ve olay yemin de belirtildiği gibi ispatlanmış olacaktır.³⁶

Kanun bazı durumlarda taraflara yemin teklif edilemeyeceğini düzenlemiştir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 346. maddesi gereğince, münhasıran iki tarafın arzusuna bağlı olmayan davalarda yeminin teklif edilmeyerek belirtilmiştir. Yani kendiliğinden harekete geçme ve kendiliğinden araştırma ilkesinin hakim olduğu davalarda yemin teklif edilemeyecektir. Kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı, tasarruf ilkesinin çok sınırlı uygulandığı boşanma davalarında, Türk Medeni Kanunu, bu davaların kamu düzenini de ilgilendiren özelliğinden dolayı HUMK 346. maddesini tamamlayan bir düzenleme getirmiştir. TMK 184/ 2. hükmüne göre hakim gerek re'sen gerek tarafların istemi üzerine taraflara yemin önermeyecektir. Bu hükümle boşanma gibi önemli bir davada tarafları yemin baskısı altında bırakmamak ve hakim yemin delilinin etkisi ile yanlış karar vermesi engellenmek istenmiştir.³⁷

Boşanma davalarında karşı tarafa yemin teklif edilmemesinin bir sebebi de, yeminden kaçınmanın sonucunun ikrar olması ve ikrarın caiz olmadığı durumlarda yeminin bir delil olarak kabul edilmesinin mümkün olmamasıdır.³⁸

Eski Medeni Kanun'un 150. maddesinin 2. bendinde hakim taraflara yemin teklif edemeyeceği veya yemin yerine geçecek bir beyanda bulunulmasını isteyemeyeceği düzenlenmiştir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda, kanuni delil olarak yemin düzenlemiş ancak yemin yerine geçecek açıklama konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bunun sebebi eski Medeni Kanun'un kaynak olarak alındığı İsviçre'de, bazı kantonların usul hukukları, yemin yerine geçecek açıklamalara da kanuni delil olarak yer vermiş olmasıdır ve bu düzenleme kaynak İsviçre Medeni Kanunu'nun 158. maddesinde bu şekilde düzenlenmiştir. Bu madde, o dönemde aynen alındığı için, söz konusu hüküm usul hukukumuzda bu-

³⁶ Tekinay s. 243, Kuru, C.II, s. 1728; Öztan, s. 442; Akıntürk, s. 272, Çakın, s. 111; Oğuzman/Dural, s. 134; Bakır, s. 79; Petek, s. 39

³⁷ Yılmaz, s. 93, Ansay s. 304; Petek s. 39

³⁸ Yalçınkay/Kaleli s. 1576; Gürdoğan, s. 217; Feyzioglu, s. 266 dn. 281;

lunmayan "yemin yerine geçecek beyanat" göz önünde bulundurmadan değerlendirilmesi gerektiği vurgulanıyordu.³⁹ Nitekim 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 184. maddesinin 2. bendinde "yemin yerine geçecek beyanat" hükmüne yer verilmemiştir.

Boşanma davaları gibi çok defa tarafların ihtirasları ve duygularındaki yoğunluğun hakim olduğu durumlarda yemin deliline başvurulmuş olması, tarafları yalan yere yemine yönlendirmek gibi bir sonuç doğurabilmesi ihtimali düşünüldüğünde, Türk Medeni Kanunu'nun yemin yasağı ile ilgili 184/2 hükmünün isabetli olduğu anlaşılabilecektir. Ayrıca kanun koyucu boşanma davalarında yemin yasağı getirmekle hakim yemin boşanma davasındaki geniş takdir yetkisini belirlemek istemiştir. Çünkü, boşanma davalarında yemin delilinin kabul edilmiş olmasıyla, Türk Medeni Kanunu'nun 184. maddesiyle hakime tanınmış geniş takdir yetkisi ile çelişen bir durum ortaya çıkacaktı.⁴⁰ Boşanma davalarında kabul edilen bu yemin yasağı her iki yemin delili içinde geçerlidir. Yani hem tarafların birbirine teklif edeceği yemin, hem de hakim taraflara teklif edeceği re'sen yemin, boşanma davalarından uyumsuzluk konusu olayların kanıtlanması için delil olarak kullanılamayacaktır.

Fransız Hukukunda, "... bir tarafın karşı tarafa yemin teklif etmekle, karşı tarafın iddia ve savunmalarını yemin altında bildirmesi koşuluyla, kendi iddia ve savunmasından vazgeçtiğini bildirmiş saymakta ve bu şartla sulh olmakta..." denilmek süratiyle, tarafın teklif ettiği yemin bir sulh sözleşmesi veya sulh teşebbüsü olarak kabul edilmesine karşın; Türk Hukukunda yeminin sulh olarak nitelendirilmesi görüşüne karşı çıkmaktadır. Gerekçe olarak da sulhun unsurlarından olan "karşılıklı fedakârlık" unsurunun, yeminde mevcut olmaması gösterilmektedir. Kendisine yemin teklif edilen veya yemini reddedilen taraf da bu yemini yerine getirmek zorundadır. Ancak bir sözleşme niteliği taşıyan sulh de böyle bir yükümlülük bulunmamaktadır.⁴¹ Ancak

³⁹ Öztan, s. 442; Velidedeoğlu, s. 243

⁴⁰ Yılmaz, s. 51-52

⁴¹ Öztan, s. 442; Akıntürk, s. 272; Ayan, s. 136; Çakın, s. 111; Oğuzman/Dural, s. 134; Velidedeoğlu, s. 243; Pe-

yemin ve sulh, farklı niteliklere sahip iki usul müessesesidir. Aile Mahkemelerinin kurulmasıyla Türk hukukunda yeniden düzenlenen sulh kavramı da zaten kanun koyucunun bu düzenlemeyi getirme amacı ve AMK'nın 7. maddesindeki düzenlenmiş şekliyle yemin kavramıyla çok farklı niteliklere sahip olduğu açıktır.

cc. Tarafların İkrarlarının Hakimi Bağlamaması

Yeni Türk Medeni Kanunu'nun 184. maddesinin 3. bendine göre tarafların boşanma davasının dayandırıldığı olayları ikrar etmiş olmaları hakimi bağlamaz. Yani hakim, bazı olaylar taraflarca kabul edilmiş olsa bile bu beyanlarla bağlı olmayıp, kendiliğinden araştırma ilkesi gereğince davanın dayandırıldığı olayları araştıracaktır.⁴²

aaa. Genel Olarak İkrar

İkrar; beyan sahibi taraflardan birinin, hasmının karara bağlanmasını istediği hakkın veya hukuki durumun meydana gelmesine esas teşkil eden ve hasmınca ileri sürülmüş bulunan maddi vakıaların tamamen veya kısmen doğru olduğunu bildirmiş olmasıdır.⁴³ İkrar somut olaylarla ilgili olup, diğer tarafın talep sonucuna ilişkin değildir.⁴⁴ Medeni yargılama hukukunda kesin deliller arasında yer alan ikrarın konusunu oluşturan olgular, taraflar arasında çekişmeli olmaktan çıkar. Bu nedenle Alman ve İsviçre Hukukuna paralel olarak, doktrinde ikrarı deliller dışında inceleme eğilimi vardır.⁴⁵

Yukarıda da belirtildiği gibi ikrar, somut olaylarla ilgili olup talep sonucuna ilişkin değildir. Ancak bir tarafın talep sonucunun diğer taraflarca kabul

edilmesi ise davayı sona erdiren bir taraf işlemi olup, kabul olarak nitelendirilir. Kabul de diğer tarafın ileri sürdüğü somut olgulara değil onlardan çıkarılan talep sonucuna rıza gösterilmektedir. Hakim boşanma davalarında ikrarla bağlı olmadığı gibi kabulde de kural olarak bağlı değildir. Kendiliğinden araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda, tarafların dava konusu üzerinde tasarruf yetkileri olmadığı için davalın kabulü hakimi bağlamaz. Yalnız TMK'nın 66. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan anlaşmalı boşanma davalarında davalının kabulü belli koşullarda hakimi bağlamaktadır.⁴⁶

bbb. Boşanma Davalarında İkrar

Türk Medeni Kanunu'nda yer alan, boşanma davalarında hakimin tarafların ikrarıyla bağlı olmaması kuralı, hakimi ikrarı dikkate almaktan men etmiş değildir. Sadece hakimi bu ikrarla bağlı tutmamıştır. Hakimin ikrarla bağlı olmaması ile onu dikkate alarak hüküm vermesi farklıdır.⁴⁷ İkrarın mahkeme içinde veya mahkeme dışında olması önem taşımadığı gibi, usul kanununun dolaylı olarak ikrar kabul ettiği durumlar da aynı şekilde hakimi bağlamaz. Bu yüzden yargılama yokluğunda gerçekleşen tarafın, karşı tarafça ileri sürülen olayları ikrar etmiş sayılabileceği yolundaki hüküm (HUMK md. 408) ve isticvap için yapılacak ikinci çağrıya rağmen duruşmaya gelmeyen veya gelip de sorulara cevap vermeyen tarafların olayları ikrar etmiş sayılacağı yolundaki hüküm (HUMK md. 234/II) burada uygulanmayacaktır.⁴⁸ Medeni Usul Kanununda kesin delil olarak düzenlenen ikrar boşanma davalarında hakimi bağlaması, tarafların gerçeğe uymayan ikrarlarının etkisiz bırakılması ve tarafların önceden anlaşmak suretiyle boşanmalarının engellenmesi amacıyla getirilmiştir.⁴⁹ Davalı koca davalı karsına pek kötü ya da onur kırıcı davranışta bulunduğunu mesela onu dövdüğünü, hakaret

tek, s. 40; Köprülü / Kaneti, s. 183-184; Tekinay, s. 224; Feyzioğlu s. 367.

⁴² Olgaç, Senai/Çimberci, Mustafa : Hukuk Davalarında İkrar, İstanbul 1964, s. 13 dn. 5.

⁴³ Kuru, C.II, s. 2051; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 361; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 439; Akıntürk, s. 272; Öztan, s. 442; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 914; Hatemi/Serazon, s. 240; Oğuzoğlu, Hüseyin Cahit : Medeni Hukuk, Şahsın Hukuku -Aile Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1963 s. 120; Alangoya, s. 134; Petek, s. 40.

⁴⁴ Yıldırım, Mehmet Kamil: Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s. 230; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 361.

⁴⁵ Kuru, C.IV, s. 3674; Pekcanitez/Atalay /Özekes, s. 458; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 628; Ayan, s. 136; Petek, s. 41; Akıntürk, s. 273; Oğuzman/Dural, s. 135.

⁴⁶ Olgaç/Cemberci, s. 25 dn. 54; Ayan, s. 36 dn. 247.

⁴⁷ Gürdoğan, s. 214; Petek, s. 40.

⁴⁸ İpekçi, Nizam : Yeni Medeni Kanun Ve Değişikliklerin Kapsamı, Ankara 2003, s. 117; Öztan, s. 442; Akıntürk, s. 24; Tekinay, s. 244; Feyzioğlu, s. 367; Yalçınkaya/ Kaleli, s. 1577.

⁴⁹ Akıntürk, s. 273; Oğuzman/Dural, s. 134-135; Zevkiler/ Acabey /Gökyayla, s. 914.

ettiğini ya da zina sebebiyle boşanma davasında davalı zina ettiğini mahkeme de ikrar etmese bile hakim bu ikrarla bağlı olarak boşanmaya karar vermek zorunda değildir. Hakim ancak boşanma davasının dayandığı olguları araştırdıktan ve bunların gerçekten mevcut olduklarına vicdanen kanaat getirdikten sonra boşanmaya karar vermektedir.⁵⁰

Kanun koyucunun, tarafların ikrarının hakimi bağlamayacağı kuralını, Türk Medeni Kanunu'na koyma sebeplerinden biri olan tarafların önceden anlaşmak süratiyle boşanmalarını önlemektir. Ancak burada kastedilen anlaşmalı boşanma; hakim ve hukukun olaya dahil edilmeyerek, tarafların boşanmaya karar verdikten sonra, hakim sadece imzasına gerek duydukları boşanma şekli olarak anlaşılmalıdır. Zaten bu tür bir boşanma Türk Hukuku'nda mevcut değildir.⁵¹

ccc. Anlaşmalı Boşanmalarda İkrar

Türk Medeni Kanunu'nun 166. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen anlaşmalı boşanmada TMK 184/3. maddesinde yer alan tarafların ikrarlarına hakimi bağlamayacağı kuralına bir istisnasını getirmiştir. Buna göre, evlilik en az bir yıl sürmüşse eşlerin anlaşmalı boşanmayı talep etmesi halinde, eşlerin birlikte başvurması veya birinin diğerinin davasını kabul etmesi halinde evlilik birliği temelden sarsılmış sayılacaktır. Bu durumda boşanmaya karar verilebilmesi için, hakim tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi⁵² ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Burada hakim, tarafları dinleyip irdelemenin serbestçe açıklandığı hususunda kanaat sahibi olacağı,

boşanmanın mali sonuçları ve çocukların durumu konusunda taraflarca yapılan düzenlemeler kabul edeceği ve daha sonra hüküm vereceği için tarafların iradelerinin esas alındığı ve yukarıdaki paragrafta bahsedilen anlaşmalı boşanmadan çok farklıdır. TMK 166. maddesinin 3. fıkrasındaki düzenlemede vurgulandığı üzere tarafların ikrarının hakimi bağladığı ve hakim bu ikrar doğrultusunda boşanmaya karar vereceği ayrıca hakim tarafından TMK 166/3 maddesindeki şartlara uygun boşanma talebi karşısında başkaca delil toplayamayacağı, Yargıtay'ca ifade edilmiştir.⁵³

Hakim boşanma davasının dayandığı olayları araştırdıktan ve bunların mevcudiyetine kanaat getirdikten sonra boşanmaya karar verebilir. Yalnızca ikrarı esas olarak tarafların boşanmalarına veya boşanma talebinin reddine karar veremez.

Doktrinde, TMK'nın 166. maddesinin 3.üncü fıkrasının bir çelişki taşıdığı görüşünde olan yazarlar vardır. Tekinay, bu fıkranın kendi içinde bir çelişki taşıdığı düşüncesindedir. Yazara göre bir taraftan hakim eşleri bizzat dinlemesi ve onların iradelerinin serbestçe açıklayıp açıklamadıklarını araştırması koşulu aranırken diğer taraftan ikrarın hakimi bağlamayacağı anlamına gelen bir kuralın kabulü açık bir çelişkidir.⁵⁴

Anlaşmalı Boşanmayı Türk hukukuna sokan 3444 sayılı eski Medeni Kanun'da Değişiklik Yapılmasına ilişkin Kanun gerekçesinde bir eşin kendi kusuru ile evlilik birliğini sarsmış olmasına rağmen geçimsizliğe dayanarak boşanma davası açmaması ve eşlerin boşanma için anlaşmış olmalarını boşanma kararı verilmesi için yeterli sayılmaması sebebiyle evlilik birliğini temelden sarsan olayların olmasına rağmen, boşanma kararı verilmemesi eşleri müşkül durumda bırakmakta, eşler fiilen ayrı yaşamakta, evlilik sadece huku-

⁵⁰ Petek, s. 41

⁵¹ 2. HD,13.2.1992, 1456/1636, (Şener, s. 2589)

⁵² Petek, s. 41; 2. HD, 16.2.1993, 768/1377, (Şener, s. 685); 2. HD, 11.5.1992, 5157/5357 (Şener, s. 257) İpekçi, s. 117; ;" Türk Medeni Kanunu'nun 166/3. maddesi uyarınca anlaşmalı boşanmaya karar verilebilmesi için, hakim tarafları bizzat dinleyerek iradelerini serbestçe açıkladıklarına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hakim, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir." (2.HD, 04.10.2004, 2004/9760.E; YYK)

⁵³ Tekinay, s. 195;Kaçak,739

⁵⁴ TBMM Tutanak Dergisi, C. 10, Dönem 18, Yasama Yılı, s. 1-2; ⁵⁴ " Taraflar hazır bulunup, bizzat anlaşmalarını açıklamaz veya hakim, tarafların anlaşmalarını uygun bulmaz ise, taraflardan delilleri sorulup toplanması sonucunda evlilik birliğinin temelden sarsılmış olup olmadığının Medeni Kanun'un 184. maddesi çerçevesinde takdiri gerekirken, davacı ve davalı dinlenilmeksizin taraf vekillerinin beyanı ile yetinilerek eksik inceleme ile boşanma hükmü kurulmuş olması usul ve yasaya aykırıdır. (2.H.D,E:2005/10528,K:2005/13106,T:29.09.2005)"

ken devam etmekte denilerek, yeni düzenleme ile belli şartların gerçekleşmesi durumunda daha fazla kusurlu olan eşin de boşanma davası açması hakkının tanındığı ve kendi aralarında anlaşan eşlerin birlikte dava açabilecekleri belirtilmiştir.⁵⁵

Türk Medeni Kanunu'nun 166. maddesinin 3. fıkrasındaki arlaşmalı boşanmayı düzenleyen hüküm bir boşanma sebebi değildir. Yalnızca evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedenine dayanan bir boşanma yoludur. Bu özelliği maddede yer alan "...eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde, evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır." ifadesinden anlaşılmalıdır. Başka bir ifadeyle eşlerin karşılıklı anlaşmış olmaları, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasının karinesi olarak kabul edilmiştir.⁵⁶ Bazı yazarlar bu karinenin aksi ispatlanamayan, çürütülmesi mümkün olmayan bir karine niteliğinde olduğu görüşünü ileri sürmektedirler.⁵⁷ Bazı yazarlar da bu karinenin aksinin dava bitmeden ileri sürülebileceği ve ispat edilebileceği görüşündedir.⁵⁸

İsviçre Medeni Kanunu'nda "anlaşmalı ayrılık kurumu" düzenlenmiştir. Ancak Türk Hukukunda böyle bir düzenleme yoktur. Ancak doktrinde tam bir fikir uyumu mevcut değildir. Bazı yazarlar, tarafların anlaşmalı ayrılığı talep edebileceğini, zira medeni kanunda boşanma ve ayrılık sebeplerinin aynı olduğu, bundan dolayı aynı sebeplere dayanarak tarafların ayrılık talep etmeleri mümkün olmalıdır.⁵⁹ Buna karşılık eşler arasında

anlaşmalı ayrılığın öngörülmeceğini savunan yazarlarda mevcuttur.⁶⁰

Taraflar anlaşmak süratiyle, taraflar ve toplum için çok ağır sonuçlar doğuran boşanmayı talep edebildiklerine göre, boşanmaya göre daha hafif sonuçlar doğuran ve aile ile birlikte toplumu da boşanma kadar olumsuz etkilemeyecek, aynı zamanda ileride tekrar evlilik birliğinin kurulmasının mümkün olduğu ayrılığın da tarafların anlaşması suretiyle mahkemeden istenebilmesi gerekir. Doktrinde, tarafların anlaşmalı boşanma başvurusu üzerine, hakimin artık ayrılık kararı veremeyeceği görüşü hakimdir.⁶¹

Anlaşmalı boşanmada taraflardan birinin ölümü halinde, onun mirasçıları boşanma davasına devam edemez. Çünkü anlaşmalı boşanma, tarafların kusuruna dayanan bir dava değildir.⁶²

Anlaşmalı boşanmanın çekişmesiz yargıya mı yoksa çekişmeli yargıya mı tabi bir faaliyet olduğu doktrinde tartışmalıdır. Yargıtay kararlarında anlaşmalı boşanmanın çekişmesiz yargıya girdiği açıkça belirtilmemişse de, zımnen çekişmesiz yargı faaliyetinin bulunduğu kabul edilmektedir.⁶³

dd. Hakim Delilerin Serbestçe Takdir Etmesi

Türk Medeni Kanunu'nun 184. maddesinin 4. bendinde yer alan "Hakim kanıtları serbestçe takdir eder." hükmü önceki kuralların doğal bir sonucu olarak hakim delileri serbestçe takdir ederek boşanmaya karar verecektir.⁶⁴ Aslında bütün davalar-

⁵⁵ Kılıçoğlu, Ahmet : "Boşanma İle İlgili Olarak Medeni Kanunumuzda Yapılan Son Değişiklikler" ABD, 1988/3, s. 386; Erdoğan, Hasan: "Boşanma Hukuku İle İlgili Medeni Yasa'da Yapılan Değişiklikler" ABD, 1988/3, s. 396; Kocayusufpaşaoğlu, Necip: "Medeni Kanunun 3444 Sayılı Kanunla Değiştirilmiş 134. Maddesinin 3 ve 4. Fıkraları Çerçevesinde Açılan Boşanma Davalarında Hakim Ayrılığa Hükmedebilir mi?" Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğluna Armağan, İstanbul 1990, s. 113; Yalçınkaya/Kaleli, s. 2058; Tekinay, s.195; Zevklilek/Acabey/Gökayla, s. 882; Öztan, s. 416;

⁵⁶ Öztan, s. 416; Yalçınkaya/Kaleli is. 2058, Koçayusufpaşaoğlu, s. 113, Kılıçoğlu s. 386

⁵⁷ Tekinay s. 195

⁵⁸ Öztan, s. 420; Özdemir, Nevzat: Türk İsviçre Hukuku'nda Anlaşmalı Boşanma, İstanbul 2003, s. 195-196

⁵⁹ Hatemi/Serozan, s. 238; Burcuoğlu, Haluk: "Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem İşığında

Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler", İÜHF, 1982-1983/1-4, s. 69

⁶⁰ Hatemi/Serozan, s. 238; Özdemir, s. 194

⁶¹ Öztan, s. 421; Özdemir, s. 191

⁶² Tulumlu, Mehmet Akif : Evliliğin Butlanı, Boşanma Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Ankara 2002, s. 275; Özdemir, s. 117; Öztan, s. 421; 2. HD, 2.4.1998, 3455/4594, (Özğür, s. 405)

⁶³ Öztan, s. 442; Oğuzman/Dural, s.135; Akıntürk, s. 273; Çakın, s.112; Ayan, s. 139; Köprülü/Koneti, s. 184

⁶⁴ Gürdoğan, s. 216; Petek, s. 42; ".....1-Dava, Türk Medeni Kanunu'nun 166/son maddesine dayalı fiili ayrılık sebebiyle boşanma davasıdır. Boşanma davasının reddi kararının kesinleştiği tarihten başlayarak üç yılın geçtiği ve ortak hayatın yeniden kurulamadığını ispat yükü davacı kocaya aittir. ...Hakim, boşanma veya ayrılık davasının dayandığı olguların varlığına vicdanen kanaat getirmedikçe, bunları ispatlanmış sayamaz. Tarafların bu

da hakim delileri serbestçe takdir eder. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 240. maddesinde belirtilen istisnalar dışında hakim in ileri sürülen delilleri serbestçe takdir edeceği belirtilmiştir. Hukuk davaları için kanunun belirlediği istisnai durumlar kesin delillere, yani senet, yemin ve ikrar delilerine ilişkindir. Boşanma davasında ise, kesin hüküm dışındaki delilerin bir bağlayıcılığı olmadığından, hakim in delileri serbestçe takdir etme yetkisi vardır. Dolayısıyla TMK 184/V bendinde yer alan bu hüküm bulunmasaydı bile bütün hukuk davaları için geçerli olan HUMK'un 240. maddesi hakime delilleri serbestçe takdir etme yetkisi vermiştir.⁶⁵

Hakim delilleri takdir ederken, onların ispat gücü konusundaki yasal düzenlemelere bağlı değildir. Ancak hakim in takdir hakkı objektif esaslara dayanmalı ve olayların yapıları ve oluşları dikkate alınarak her olay kendi koşulları içinde değerlendirilerek kullanılmalıdır.⁶⁶ Hakim in delilere ilişkin takdiri ve vereceği hüküm, dosya muhtevasına aykırı olmamalıdır. Hakim hükme yeterli delil varken, kabule şayan gerekçe göstermeden o delilleri kabulden imtina edemez. Hakim in takdiri, ancak delillerin çeşitli istikamette bulunması halinde bunlardan bir kısmının diğerlerine tercihte söz konusu olabilir. Hakim in delilleri takdirindeki isabetsizlik hükmün bozulmasına neden olacaktır.⁶⁷ Delillerin serbestçe takdirinin bir başka anlamı da özellikle evliliğin temelinden sarsılması nedenine ilişkin davalarda delilerin boşanmayı gerektirecek nitelikte bulunup bu-

konudaki her türlü ikrarları hakimi bağlamaz. Hakim, kanıtları serbestçe takdir eder. (TMK. md. 184/1, 3, 4) Davacıya delilleri sorulmadan ve bu deliller toplanmaksızın dava ispatlanmış kabul edilerek yazılı şekilde boşanmaya karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır2.HD,E:2004/5494,K:2004/6508,T:20.05.2004"

⁶⁵ Öztan, s. 443; Köprülü /Kaneti, s. 184; Çakır, s. 112; Ayan, s. 136; 2. HD, 4.3.1987, 250/162,(Özğür, s. 745); 2. HD, 20.4. 1988, 160/343, (Özğür, s. 743)

⁶⁶ Öztan, s. 443; Köprülü/Kaneti, s. 184; Çakın, s. 112; Ayan, s. 136; 2. HD, 4.3.1987, 2-205/162, (Özğür, s. 745); 2. HD, 20. 4. 1988, 2-160/343, (Özğür, s. 743)

⁶⁷ Öztan, s. 443; Velidedeoğlu, s. 244; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 914; Feyzioğlu, s. 366 HGK, 15.12.1971, 971/16/745, (IKID, 1971-1975, n. 607); HGK ,8.1.1969, 69/2-700/14, (ABD, 1969 /3, s. 501); 2. HD, 19.3.2003, 2-93/164, (Karagülmez/Ural, s. 235)

lunmadıklarının belirlenmesidir.⁶⁸ Aynı türden olaylar değişik yapıdaki ailelerde ve hatta değişik bölgelerde farklı sonuçlar doğurabilir. Bu açıdan bütün olaylar kapsayan bir kural getirilmesi oldukça zordur. Bu nedenle hakim in kendi duygularının ve evlilik anlayışının dışına çıkarak, akılcı bir senteze ulaşabilmesi durumunda, adaletin gerçekleşmesi sağlanabilir.⁶⁹

aaa. Tanık Delilinin Takdiri

Uygulamada özellikle genel boşanma nedeni olan evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedenine dayanılarak açılan davalarda tanık delili en fazla başvuru delildir. Bu boşanma nedeninin yapısı gereği ileri sürülen olayların çoğunda tanıktan başka delillerle ispat zorluğu tanık delilini ön plana çıkarmaktadır. Ancak usul hukukunda tanık delili çürük bir ispat aracıdır.⁷⁰ Tanıklığın değeri akrabalık dostluk düşmanlık gibi ve buna benzer etkiler altında ve davanın sonucunda hukuki bir yararın bulunmasıyla azalır. Bu nedenle tanık delili kural olarak kesin delille ispat edilemeyen hukuki işlemler ve hukuki fiiller için geçerli kılınmıştır.⁷¹

Hakim tanık ifadelerini serbestçe takdir eder. Bu nedenle hakim tanıkların doğru söylemediğini başka delil ve belirtilerle anlarsa tanık anlatımlarının aksine karar verebilir. Ancak hükümde bir tanığın ifadesinin neden kabul edilmediğinin belirtilmesi gerekir.⁷²

bbb. Bilirkişi Delili ve Hakim in Takdir Hakkı

Hakim bilirkişi delilini de serbestçe takdir eder. Bir davada çözüm hakim tarafından bilinmeyen özel ve teknik bilgiyi gerektiren durumlarda oy ve görüşüne başvuru üçüncü kişiye bilirkişi denir. (HUMK 274) Bilirkişi, görüşüne başvuru-

⁶⁸ "Eşlerin birlikte oturmakta olmaları, boşanma davasının reddi için başlı başına bir neden olarak kabul edilemez. Tarafların gösterdikleri delillerin toplanması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir. 2. HD, E:2005/4582, K:2005/6420, T:20.04.2005"

⁶⁹ Yalçınkaya/Kaleli, s. 1578-1579; 2.HD, 7.4.2003, 3845/5047 (Karagülmez/Ural, s. 227-228)

⁷⁰ Velidedeoğlu s. 236, Ansay, s. 266;HGK, 14.4.1999, 2-219/199,(Karagülmez/Ural, s. 242)

⁷¹ Kuru, C.II, 1769-1770; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 400-401

⁷² Kuru ,C.II, 1769-1770; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 407 2. HD, 10.5.2002, 4593/6349, (Karagülmez/Ural, s. 244)

lan olay hakkında özel ve teknik bilgisine dayanarak inceleme yapar ve ulaştığı sonuçları mahkemeye bildirir. Bilirkişiye başvurulmasına gerek olup olmadığına kural olarak hakim karar verir. Ancak bazı durumlarda kanun bilirkişiye başvurulmasını açıkça öngörmüş olabilir. Bu durumlarda hakimin bilirkişiye başvurması zorunludur. TMK'nın 165.maddesinde hastalığın geçmesine olanak bulunmadığının tespiti için bilirkişiye başvurulmasını öngörmüştür. Bu nedenle akıl hastalığı nedenine dayalı boşanma davasında, davalı eşin akıl hastası olup olmadığını ve hastalığının tedavi edilip edilmeyeceğinin bilirkişi raporu ile belirlenmesi zorunludur.⁷³ Hakim bilirkişiye başvurmak zorunda ise de bilirkişi raporu hakimi bağlamaz.(HUMK, md.286) Bilirkişi raporunun hakimi bağlamayacağı ilkesinin anlamı, hakimin bilirkişi raporunu serbestçe takdir etmesidir. Hakim bilirkişi raporunun yeterli görmez ise bilirkişiden ek rapor isteyebilir (HUMK, md. 283) veya aynı konuda yeni bir bilirkişi incelemesini yaptırabilir. Aile mahkemelerinin bünyesinde çalıştırılan uzmanlar, bilirkişi konumunda olup, aile mahkemesi hakimi, bunların rapor ve görüşleri ile bağlı olmadığı gibi, gerektiğinde yeniden rapor hazırlatabilir veya ek rapor isteyebilir.

Boşanma davasında hakim akıl hastalığının iyileşebilir cinsten olup olmadığını, bir veya birkaç akıl hastalıkları uzmanını, bilirkişi seçmek suretiyle incelemeli ve bilirkişi raporunun doğruluk derecesini kontrol etmek için diğer delilleri yardımcı araç olarak kullanmalıdır. Hakim, bilirkişiden aldığı resmi sağlık kurulu raporunda hastalığın geçmesine olanak bulunmadığı tespit edilmişse, aynı konuda başka bir bilirkişiye başvurmadan hastanın yanı davalının iyileşebileceğini kabul edemez. Bu konuda birden fazla bilirkişiden rapor alınmış ve raporlar arasında çelişki varsa hakim Adli Tıp Kurumundan görüş istemelidir.⁷⁴ Yargıtay, akıl hastalığının iyileşebilir cinsten olup olmadığı hususunda, kesin düşünce taşımayan ve tereddüt içeren raporlara dayanılarak boşanma kararı verilmeyeceğinden dosya Adli Tıp Kurumuna gönderilerek bu konuda kuru-

mun kesin düşüncesinin sorulması gerektiğini kararlarında uygulamıştır.⁷⁵

Türk Medeni Kanunu, hakime boşanma davasında delilleri takdir etmede serbestlik tanınması ve geniş takdir yetkisi vermesi, hakime delilsiz hüküm verme yetkisinin tanınması demek değildir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 388. Maddesi'ne göre, hakim taraflar arasında uyumsuzluk olan konular hakkında toplanan delileri, bu delilerin nasıl tartışıldığını, ret ve üstün tutulma nedenlerini kararda göstermek zorundadır. Bu nedenle hakim boşanma nedenlerinin hangi vakıaların ve hangi açıklamaların hangi delillerin aracılığı ile gerçekleşmiş kabul edildiğini veya verilmediğini kararında göstermelidir.⁷⁶

⁷⁵ 2. HD, 27.1.1986, 396/642, (Yalçınkaya/Kaleli, s. 1092) Olayları açıklamak taraflara, hukuki nitelendirme hakime aittir. Davalı kadına vasi tayin edildiği ve davanın da vasi tarafından takip edildiği anlaşılmaktadır. Dava dilekçesindeki açıklamalara göre davanın hukuki dayanağı Türk Medeni Kanunu'nun 165. maddesine dayalı akıl hastalığı nedeniyle boşanma davası olup resmi sağlık kurulu raporu da alındıktan sonra tüm deliller birlikte değerlendirilip sonucu uyarınca karar verilmesi gerekir." (2.HD,30.03.2005,2005/3217.E,YYK)

⁷⁶ Belgesay, Mustafa Reşit: Boşanma Usulü Muhakemesi, Ebul'ula Mardine Armağan, İstanbul 1944, s. 127; ...Davacı kadının ziynetlerle ilgili davasında ziynetlerin koca tarafından bozdurulduğunu kanıtlayamamıştır. ...Kanunda aksi öngörülmedikçe kural olarak herkes iddiasını isbatla yükümlüdür (M.K.6). Ancak iddialar karşılaştığında kimin ispat yükü altında bulunduğu tesbiti her zaman kolay olmamaktadır. Bunun için gerek ilmi gerekse kazai içtihatlarda birtakım ölçülere yer verilmiştir.

a) Hemen bütün ilim adamlarının birleştiği ve Yargıtay uygulamasında kararlılık ifade eden ölçüye göre, ispat yükü hayatın olağan akışına aykırı iddia ve savunmada bulunana düşer (Prof.Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 1968,sh.372; Prof. İlhan Postacıoğlu, Medeni Yargılama Usulü, 1970,sh.464; Prof. Necip Bilge, Hukuk Yargılamaları Usulü,1967, sh.449; Prof. Sabri Şakir Ansay Hukuk Muhakemeleri Usulü, 1957, sh.248-249; Prof. Saim Üstündağ Hukuk Muhakemeleri Usulü, 1973, sh.378; H.G.K.nun 19.7.1967 gün ve 239-340 sayılı, 7.6.1974 gün ve 1972/84 sayılı kararları; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 6.6.1983 gün ve 4936-5076 sayılı kararı).

b) İleri sürdüğü bir vakıadan lehine haklar çıkaran kimse iddia ettiği olayları ispat etmelidir (Prof.Saim Üstündağ, Age.1973 sh.397).

c) İspat yükü daha kolay başarıya düşer(Prof.Saim Üstündağ, Age, Federal Mahkeme Kararı'na atfen).

⁷³ Kuru, C.II, 1801-1802; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 408; Petek, s. 42; Ayan, s. 136 dn. 246

⁷⁴ Tekinay, s. 229;

ee. Boşanmanın Feri Sonuçlarına İlişkin Anlaşmaların Onaylanması

Boşanma ve ayrılığın ferî sonuçları kural olarak boşanma kararı verilirken hakim tarafından belirlenir. Bununla beraber, kanun koyucu bu konuda davanın taraflarının karşılıklı anlaşma ile çözüm yolu bulmalarına imkân tanımıştır. Buna göre taraflar aralarında yapacakları bir sözleşme ile boşanmanın ferî sonuçlarını belirleyip mahkemeye sunabilirler. Sunulan bu sözleşmenin geçerliliği hakim tarafından onaylanmasına bağlıdır. (TMK md.184/V)⁷⁷ Sözleşmenin onaylanıp onaylanmaması konusunda, hakim geniş takdir yetkisi bulunmaktadır. Hakim anlaşmanın tamamını veya bir kısmın reddedebilir.⁷⁸

Davacı ziynet eşyasının davalıda kaldığını ileri sürmüş, davalı ise onun tarafından götürüldüğünü savunmuştur. Hayat deneylerine göre olağan olan bu çeşit eşyanın kadın üzerine de olması ya da evde saklanmış, muhafaza edilmiş bulunmasıdır. Diğer bir deyimle bunların davalı tarafın zilyetlik ve siyanetine terk edilmiş olması olağana ters düşer. Diğer taraftan söz konusu eşya rahatlıkla saklanabilen, taşınabilen, götürülebilen nevidendir. Onun için evden ayrılmayı tasarlayan kadının bunları önceden götürmesi gizlemesi her zaman mümkündür. Davacı dava konusu ziynet eşyasının varlığını, evi terk ederken bunların zorla elinden alındığını ve götürülmesine engel olunduğunu, evde kaldığını, ispat yükü altındadır. ...Olayda kadın, dava konusu ziynet eşyasının, götürülmesine engel olunduğunu ve zorla elinden alındığını, daha öncede götürme fırsatı elde edemediğini ispat edememiştir. Buna rağmen yukarıda yazılı ilkelerde hataya düşülerek hüküm kurulması usul ve kanuna aykırıdır.2.HD,E:2004/5985,K:2004/6650,T:24.05.2004”

⁷⁷ Akıntürk, s.273; Öztan, s.443; Çakın, s.112; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.914; Petek, s. 42; HGK, 10.12.1997, 803/1045, (IKID, Ekim 1998, S.454, s. 13653-136571); 2.HD, 22.10.1990, 10472/9759, (Şener, s. 686-687); 2.HD, 9.6.1987, 4148/5967, (Yalçınkaya/Kaleli, s. 1676-1677) 2. HD. 10.9.1990 8908/8100 (Özğür s. 739 Bortu, Nihat: “Boşanma ve Ayrılığın Ferî Hükümlerine Dair Mukaveleler” (IBD, 1940, s. 593); Hükümde taraflara yüklenen borç açık ve infaza elverişli biçimde belirtilmelidir. Protokole atıf yapılmışsa da protokolde mali sonuçlar açıkça düzenlenmediğinden hakim müdahale etmelidir. (2. H.D, E:2005/9743, K:2005/12151, T:15.09.2005)”

⁷⁸ 2. HD, 14.4.1995, 925/1772, (Öztan, s.443 dn. 668) Eşener, Turhan : “Boşanma Ferî Neticelerine İlişkin Mukaveleler” (Ferî Neticeler) (AÜHFD, 1951/3-4, s. 610-611); “Boşanma veya ayrılığın ferî sonuçlarına ilişkin iki taraf arasında yapılan anlaşmalar hakim tarafından onaylanmadıkça geçerli olmaz.” (2.HD, 05.10.2004, 2004/

Hakimin tarafların iradesiyle ne ölçüde bağlı olacak kanunda belirtilmiştir. Yapılan anlaşmanın geçerli olması için hakimin onayının aranmasının nedeni tarafların menfaatlerinin korunması düşüncesidir. Bu nedenle hakim yapılan anlaşmanın çocuklarla ilgili olan hükümlerinin incelenerek çocuğun menfaatinin göz önünde tutulup tutulmadığını kendiliğinden göz önünde bulundurup incelemek zorundadır. Anlaşmada öngörülen hükümler tarafların parasal sorunlarına ilişkin ise bu durumda hakim mümkün olduğu kadar tarafların belirlediği ölçülere bağlı kalır, bununla birlikte taraflardan birinin önemli düzeyde bir zarara uğratılıp uğratılmadığını da göz önünde bulundurması gerekir.⁷⁹

Hakim tarafından onaylanan ferî sonuçlara ilişkin sözleşmenin hüküm doğurabilmesi için, mutlak biçimde boşanma davasının yargılaması sırasında yapılmış olması ve boşanma kararının hüküm fıkrasında gösterilmek suretiyle, infazını sağlayan mahkeme hükmü haline gelmiş olması zorunludur. Boşanma gerçekleşikten sonra ne boşanma davasından el çekmiş olan mahkemeden ne de başka bir mahkemeden bu sözleşmenin onaylanması mümkün değildir.⁸⁰ Yargıtay tarafların hazırladıkları boşanmanın ferî sonuçlarına ilişkin anlaşmanın karar metninde aynen olmasını fakat hüküm fıkrasına geçirilmemesinin “örtülü onay” niteliğinde kabul etmiş karşı tarafın boşanma hükmünü elde ettikten sonra anlaşmanın hüküm fıkrasında yer almadığı için geçersiz olduğunun ileri sürülmeyeceğini kabul etmiştir.⁸¹

Taraflar aralarında yapacakları anlaşmaya, kanunun emredici hükümlerine aykırı hususları koymazlar. Bu nedenle tarafların boşanmayı kolaylaştırmak için veya zorlaştırmak için yapacakları anlaşmalar geçersiz olacaktır.⁸²

9193.E; YYK)

⁷⁹ Öztan, s. 443 ;Zevkliler/Acabey/Gökyayla ,s. 914; Petek, s.43; Akıntürk, s. 273;Köprülü /Kaneti, s. 185; 2.HD, 16.3.1998, 1890-3112, (YKD, C. 14, S. II, Kasım 1995, s. 1614)

⁸⁰ Akıntürk, s. 273-274; Petek, s. 43; Öztan, s. 444; Tekinay, s. 198; Velidedeoğlu, s. 246; Yalçınkaya /Kaleli, s. 1581

⁸¹ 2. HD, 21. 6.1995, 6497/7237, (Öztan, s. 444, dn. 670)

⁸² Öztan, s. 444; Köprülü /Kaneti, s. 185

TMK'nın 166/III. maddesinde düzenlenmiş olan anlaşmalı boşanma davalarında, hakim ferî sonuçlara ilişkin anlaşmaları uygun bulması gereği vurgulandıktan sonra, tarafların ve çocukların çıkarını göz önünde tutarak bu anlaşmalarda gerekli gördüğü değişiklikleri yapabileceği düzenlenmiştir.⁸³ Hakimin yapılan bu anlaşmalar üzerindeki denetimi, sosyal bakımdan zayıf olan tarafın çıkarlarına aykırı bir anlaşmanın yapılmasını önlemek ve taraflarla birlikte çocukları korumaktır.⁸⁴

ff. Tarafların İstemi İle duruşmanın Gizli Yapılması

Hukuk davalarında hakim olan ilkelerden biri olan aleniyet ilkesine göre, davanın tarafları dışında herkesin yargılamanın yapıldığı yere gidip yargılamayı izleyebilir. Böylelikle kamunun denetimi altında olacak mahkemelerde yapılan yargılamaya, toplumun güveni sağlanmaktadır.⁸⁵ Anayasa'nın 141/I. maddesinde, duruşmaların herkeşe açık olacağı ve ancak genel ahlakın ve kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde, mahkemenin duruşmanın gizli yapılabilmesine karar vereceği anayasal teminat altında alınmıştır. Bu doğrultuda önceki Medeni Kanun'da bulunmayan ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile birlikte taraflardan birinin isteği üzerine boşanma davalarında duruşmaların gizli yapılabilmesi hükmü altına almıştır.⁸⁶

Türk Medeni Kanunu 184/VI. maddesinde yer alan bu hükme göre, taraflardan biri talep ederse Aile Mahkemesi hakimi, duruşmanın gizli yapılmasına karar verebilecektir. Ancak duruşmalar gizli yapılsa dahi, bu gizlilik sadece taraflar dışındaki kişiler için söz konusudur. Duruşmalar

taraflar için her zaman açıktır.⁸⁷ Boşanma davasında taraflardan birinin duruşmanın gizli yapılmasını talep etmesi durumunda hakim, duruşmanın gizli yapılmasına karar vermek zorunda değildir. TMK'nın 184. maddesinin 6. bendi emredici nitelik taşımamaktadır. Yalnızca hakime bu konuda takdir hakkı vermektedir.

Duruşmanın açık yapılmasından dolayı eşlerin ve çocukların menfaati zarar görme tehlikesi taşıyorsa, mesela eşlerin cinsel hayatlarının gündeme gelmesi söz konusu olursa ve taraflardan biri bu yönde bir talepte bulunmuşsa, hakim duruşmanın gizli yapılmasına karar verebilir.⁸⁸ Anayasa'nın 141/1. maddesinde yer alan genel ahlakın ve kamu güvenliğinin gerekli kıldığı durumlarda hakimin resen duruşmaların gizli yapılmasına karar verme yetkisi, tüm davalarda olduğu gibi boşanma davalarında da Aile Mahkemesi hakimine verilmelidir. Çünkü boşanma davasında yargılama yapılırken genel ahlakın ve kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde, taraflardan birinin bu konuda talepte bulunmamış olması duruşmaların gizli yapılmayacağı anlamına gelmez.⁸⁹ Boşanma davalarında Anayasa'nın 141/I maddesine göre resen duruşmanın gizli yapılabilmesine karar verme yetkisi verilmesi, aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, kamu düzeni, milli güvenlik ve ahlak veya küçüğün korunması veya davaya taraf olanların korunmasını ve adaletin selameti için duruşmanın açık olmasından mahkeme kararıyla vazgeçilebileceği yönündeki hükmüne de paralel bir düzenleme olma niteliği taşıyacaktır.

Bu hükmün Türk Medeni Kanunu'na alınmasının sebebi, TBMM Adalet Komisyonu Raporu'nda da belirtildiği gibi, hayata saygı ilkesinin boşanma davalarında da güçlü bir şekilde uygulama alanı bulmasıdır.⁹⁰ Bu hükmün ayrıca evlilik birliğini

⁸³ Zevkililer/Acebey/Gökyayla, s. 914; Çakın, s. 112;2. HD, 06.12.2004 , 12772/14592, Yargı Mevzuatı Bülteni, Sayı 266, s. 67

⁸⁴ Esener, (Fer-i Neticeler),s. 613-614; Belgesay, s. 129-130

⁸⁵ Bilge Necip; Medeni Yargılama Hukuku, 2.Baskı, Ankara 1967,s.257;Bilge, Necip / Önen Ergun:Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1979, s.230; Üstündağ, s.259; Petek, s. 35; Ipekçi, s. 117

⁸⁶ Akıntürk, s. 274; Öztan, s. 444; Ayan, s.139; Baktır, s. 79; Karagülmez/Ural, s. 217; Demir, Sevgi: Aile Hukuku,Ankara 2004, s. 50; "Bu hüküm medeni kanun tasarısında olmamasına rağmen, tasarımın TBMM Adalet Komisyonu'nda görüşülmesi sırasında eklenmiştir." (Ayan, s. 139; Akıntürk, s. 274)

⁸⁷ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.106; Pekçamtez/Atalay/Özekes, s.333; Baygın,Cem:"4721 Sayılı Yeni Medeni Kanunun Evlenme, Boşanma Ve Evliliğin genel Hükümleri Konusunda Getirdiği Değişiklikler" Bilgi Toplumunda Hukuk,Ünal Tekinalp'e Armağan,Cilt.II, İstanbul 2003,s. 448

⁸⁸ Kılıçoğlu, s. 13; Ayan, s. 140 ; Velidedeoglu, s. 236

⁸⁹ Ayan, s. 138

⁹⁰ Ertaş, Şeref/Koç, N: Türk Medeni Kanunu, İzmir 2002, s. 277

koruyucu bir yönü de bulunmaktadır. Buna göre yargılama sonucunda boşanma kararı verilmesi ya da eşlerden birinin davasından feragat etmesi durumunda dava sırasında ileri sürülen iddialar açık duruşma nedeniyle herkes tarafından bilinecektir. Bu da evlilik birliğini bu karara rağmen yeniden kurulmaması riskini ortaya çıkaracaktır.⁹¹ Bundan dolayı TMK'da, yer alan bu düzenleme yerinde olmakla birlikte aynı zamanda hakiminde boşanma davalarında resen duruşmanın gizil yapılmasına karar verebilmesinin sağlanacağı düzenlenmesinin yapılması, Anayasa'nın 41. maddesinde yer alan ailenin korunmasını amaçlayan hükmüne aynı zamanda 4787 sayılı AMK'nın kuruluş amacına da uygun olacaktır.

D. HUKUK USULÜ MUHAKEMLERİ KANUNUNDA AİLE MAHKEMELERİNDE UYGULANACAK USUL KURALLARI

4787 sayılı AMK'nın "Usul Hükümleri" başlığını taşıyan 7. maddesine göre AMK'da hüküm bulunmayan konularda TMK'nın aile hukukuna ilişkin usul hükümleri ile 1086 sayılı HUMK hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

Aile Mahkemesi hakimi önüne gelen dava ve işlerde öncelikli olarak 4787 sayılı AMK'nın 7. maddesi başta olmak üzere, diğer maddelerinde herhangi bir usul kuralı olup olmadığına bakacaktır. Eğer bir usul kuralı var ise bunu öncelikli uygulayacaktır. 4787 sayılı AMK'da hüküm bulunmayan hallerde ise 4721 sayılı TMK'daki aile hukukuna ilişkin usul kuralları uygulanacaktır. 4721 sayılı Kanun'dan sonra ise Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndaki usul kuralları uygulanacaktır. Ancak özel kanunlarda bir usul hükmü var ise 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndaki hükümler daha sonra ele alınacaktır.⁹²

Aile Mahkemelerinde yapılacak yargılamalarda uygulanacak usule ilişkin olarak, 4787 sayılı AMK'daki ve 4721 sayılı TMK'daki usul kuralları yukarıda anlatılıp gerekli açıklamalar yapılmıştır. Aile Mahkemeleri, hukuk mahkemeleri olmalarına rağmen yargılama sırasında tabi oldukları yargılama kuralları diğer hukuk mahkemelerinden

farklılık arz etmektedir. Yani genel usule tam olarak tabi olmamakla birlikte özel yargılama usulüne ilişkin hükümlerin dışında, genel yargılama kurallarını içeren Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na tabidir. Bu doğrultuda HUMUK'ta bulunan bazı önemli usul kurallarının aile mahkemelerinde görülen boşanma davalarında uygulanışına ilişkin açıklamalara yer verilecektir.

a. Boşanma Davasının İşlemden Kaldırılması (HUMK m. 409)

aa. Genel Olarak

Genel olarak dava dosyasının işlemden kaldırılması; usulen uygun olarak çağrıldıkları halde davanın taraflardan hiçbiri duruşmaya gelmezse ya da taraflardan biri duruşmaya gelmiş olmakla birlikte, davayı takip etmeyeceğini bildirirse veya tarafların ikisi de duruşmaya gelmiş olmakla birlikte davayı takip etmeyeceklerini bildirmeleri üzerine mahkemenin dava yenileninceye kadar davanın takipsiz bırakılmasını ifade eder.⁹³ Uygulamada dava dosyasının işlemden kaldırılmasına davanın müracaata bırakılması, dosyanın muameleden kaldırılması, davanın yenilemeye bırakılması, davanın terki veya dosyanın takipten kaldırılması da denilmektedir.

Hukuk yargılamasında yer alan bu kural, HUMK'un 409. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Buna göre oturuma çağrılmış olan tarafların hiçbiri gelmediği veya gelip de davayı takip etmeyeceklerini bildirdikleri takdirde dava yenileninceye kadar dosyanın işlemden kaldırılmasına karar verileceği belirtilmiştir. Genel olarak hukuk mahkemelerinin hepsinde uygulama alanı bulan bu genel usul kuralı, aile mahkemelerinde de uygulanır. Buna göre tarafların açmış olduğu boşanma davası eğer davanın tarafları tarafından takip edilmesi HUMK 409. maddesinde belirtilen kurallar çerçevesinde boşanma davasının dosyası işlemden kaldırılır.

İki tarafta duruşmaya gelmemesine rağmen mahkeme dava dosyasının işlemden kaldırılması yerine taraflardan yokluğunda yargılamaya devam etmesi, davayı karara bağlaması, bir usule aykırı-

⁹¹ Kılıçoğlu, s. 13; Ayan, s. 140

⁹² Baktır, s. 117

⁹³ Karagülmez/Ural, s. 206-207;; Baktır, s. 76; Ayan, s. 134; Özüğür, (IBD,) s. 35

lık teşkil edip aynı zamanda yalnız başına bozma sebebi teşkil eder. Gelmeyen taraf mahkemeye mazeret dilekçesi vermemişse ve aynı zamanda davetiye giderlerini de göndermemişse, mahkeme mazereti yerinde gördüğü takdirde mahkeme yeni bir duruşma günü belirler ve tarafları bu duruşmaya davet eder. Yani dosyayı işlemde kaldıramaz.⁹⁴

bb. Davanın Derdest Olması

Dosyanın işlemde kaldırılması kararı ile dava açılmamış sayılmayacağından dava dosyanın işlemde kaldırılmasından üç ay süre ile derdest kalmakta devam eder. (HUMK md.409/III) Buna göre aile mahkemesinde açılmış olan boşanma davası bu 3 ay içinde yenilenmez ise üç ay geçtikten sonra boşanma davası açılmamış sayılacaktır. Ancak ayrı ayrı mesken edinme, nafaka talebi, gibi haklar aile hukukunun özelliği gereği davanın açılmasından itibaren başlar ve dava dosyasının işlemde kaldırılmasından itibaren üç ay içinde yenilenmeden geçmesi sonucu kanunen açılmamış sayıldığı tarihe kadar devam eder. Bu yüzden aile mahkemesi hakimi davalı lehine uygun bir nafakaya hükmetmesi gerekebilir. Tarafların bu konuda talepleri bulunmasa dahi hakim durumun özelliklerine uygun olarak kendiliğinden bu konuda karar vermesi gerekir.⁹⁵

cc. Derdestlik Süresinde Yeniden Davanın Açılması

İşlemde kaldırılan dosya derdest olmakta devam ettiğinden, davacı aynı davayı yeniden açarsa davalı derdestlik ilk itirazında bulunabilir. İtiraz üzerine ikinci dava açılmamış sayılır.⁹⁶ Ancak zina sebebine dayanarak açılan boşanma davasında, davacı duruşmaya gelmediği gibi davalıda yargılamaya devam edilmesini istemese ve dava dosyasının işlemde kaldırılmasına karar verildikten sonra belirlenen üç aylık derdestlik süresi içinde davacı suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürmeden dolayı davalı aleyhine boşanma davası açarsa bu durumda davalının derdestlik itirazı

reddedilecektir. Zira davacı tarafından suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme nedenine dayanılarak açılan dava yeni ve önceki davadan farklı bir davadır.

dd. Yenileme Talebinde Bulunulması

Taraflardan biri işlemde kaldırılmasına karar verilen dosyayı 3 aylık derdestlik süresi içinde yenileme talebinde bulunarak davanın mahkemece yeniden ele alınarak incelenip karara bağlanmasını isteyebilir. Dosya işlemde kaldırdığı tarihten itibaren 1 ay içinde yenileme talebinde bulunan taraftan hiçbir harç alınmaz. Yenilenen dava, yeni bir dava olmayıp eski davanın devamıdır. Süresinde ilk itirazda bulunmayan davalı, davanın yenilenmesinden sonra da ilk itirazda bulunamaz. Buna göre açılmış olan boşanma davasında yetki itirazında bulunmamış olan davalı, dava yenilendikten sonra yetki itirazında bulunamaz. (HUMK m, 25/1)⁹⁷ HUMK'un 409. Maddesi'nin 3 ve 4. fıkrasına göre işlemde kaldırıldıktan sonra yenilenen dava dosyasının yeniden işlemde kaldırılması mümkündür.

ee. İşlemde Kaldırılan Davanın Açılmamış Sayılması

Aile Mahkemesi, iki halde işlemde kaldırılmış olan davanın açılmamış sayılmasına karar verir.

⁹⁴ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 532

⁹⁵ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 532

⁹⁶ Feyzioğlu ,s. 373; Petek, s. 43; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 534; Öztan, s. 445;2.HD, 14.5.1996, 269/264, (YKD, 1996, C.XXII, s. 1386);

⁹⁷ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 535; "Derdestlik itirazı, ilk itirazlardan olup (HUMK.m.187/4), öncelikle ve esasa girilmeden önce (HUMK.md.196), hadise şeklinde incelenerek sonuçlandırılır (HUMK.m.190, 222-225). İlk itirazda bulunan tarafın, ilk itirazın inceleneceği duruşmaya gelmek zorunluluğu yoktur. (HUMK. m.224/II) Davalının, ilk itirazı karara bağlanıncaya kadar esasa cevap verme ve davanın esasına ilişkin delillerini gösterme zorunluluğu da yoktur. Olayda; derdestlik itirazı, öncelikle ve esasa girilmeden önce sonuçlandırılmamış, itiraz konusunda herhangi bir karar verilmeden, davanın esasına girilmiş ve mahkeme esas hakkındaki nihai hükmünde, #...davalının derdestlik itirazının kabul edilmediğini...# belirtmiştir. Başka bir ifade ile derdestlik itirazı konusunda bir karar verilmeden, doğrudan davanın esasına girilmiş ve esas hakkında karar oluşturulmuştur. Derdestlik itirazı konusunda bir karar verilip kendisine tebliğ edilmesini bekleyen davalı da, bu beklenti ile duruşmaya gelmemiş, savunma hakkından yoksun bırakılmıştır. Mahkemece, derdestlik itirazı konusunda zamanında (HUMK.196) karar verilmeyerek davalının savunma yapma ve delillerini gösterme olanağından yoksun bırakılması usul ve yasaya aykırıdır... 2.HD,E:2003/2312, K:2003/3455,T:13.03.2003"

Birinde, işlem den kaldırılma tarihinden itibaren üç ay içinde yenilenmezse mahkeme resen davanın açılmamış sayılmasına karar verecektir. İkincisi ise, ikinci defa yenilemeden sonra dava tekrar üçüncü defa takipsiz bırakılması halinde de mahkeme resen davanın açılmamış sayılmasına karar verir. Bu iki halde de mahkeme davanın reddine karar veremez.⁹⁸

Davanın açılmamış sayılması kararı ile dava açılması ile meydana gelen sonuçlar ortadan kalkar. Yani yeniden harç verilerek, açılan yeni davada, eski davanın açılması ile meydana gelmiş olan sonuçlar devam etmez. Mesela önceki davada karar verilen nafaka, devanın açılmamış sayılması sonucu ortadan kalkacaktır. Bu konuda yeniden boşanma davası açılması ile önceki davada karar verilen nafaka hükmü yeni davada devam etmez.⁹⁹

b. Boşanma Davasından Feragat (HUMK md. 91-94)

Davadan feragat, davacının talep sonucundan vazgeçmesidir. Hiç kimse kendi lehine olan bir davayı açmaya zorlanmayacağı gibi, açılmış olan bir davayı da davacının sonuna kadar takip etmesi istenemez. Bu hukuk usulüne hakim olan tasarruf ilkesinin doğal bir sonucudur.¹⁰⁰

Davadan feragat, davacının mahkemeye karşı yapacağı tek taraflı açık bir irade beyanıdır. Feragatin geçerliliği için bunun davalı ve mahkeme tarafından kabul edilmesine gerek yoktur. Dava açıldıktan sonra hüküm kesinleşinceye kadar davadan feragat edilebilir.¹⁰¹ HUMK'un 93. maddesi'ne göre feragat, yazılı veya sözlü şekilde yapılmalıdır. Bu şekil şartı geçerlilik şartıdır. Davada sözlü olarak yapılan feragat, zapta geçirildikten sonra davacıya imzalatılır. Davacı bir dilekçe yazarak bunu duruşmada ya da duruşma dışında mahkemeye vererek davadan feragat edebilir. Davasından feragat eden davacı davada mahkûm

olmuş gibi yargılama giderlerini ödemek zorundadır.¹⁰²

Davadan feragat karşı usul kurallarına göre temyiz yoluna başvurulamaz. Çünkü mahkemenin dava konusu uyumsuzluğun esası hakkında vermiş olduğu bir karar yoktur. Davada feragat bir mahkeme işlemi olmayıp davaya son veren bir taraf işlemidir. Temyiz işlemi ise ancak mahkeme kararlarına karşı başvurulacak bir yoldur. Davadan feragatin içeriği olan maddi hukuk işlemi ancak maddi hukuk kurallarına göre ispat edebilir. Buna karşılık davadan feragatin reddine ilişkin karar bir mahkeme kararı olduğu için temyiz edilebilir.¹⁰³

Feragat nedeniyle reddedilen dava aynı konuda, aynı taraflar arasında ve aynı dava sebebine dayanarak yeniden açılmaz. Çünkü HUMK'un 95. maddesine göre davadan feragat, maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder. Bundan dolayı açılan dava kesin hüküm nedeniyle reddedilir (HUMK md. 695/D)¹⁰⁴ Bu durumda hakim durumu tespit edip, feragat nedeniyle boşanma davasının reddine karar vermelidir. Davadan feragat edilmesi ile birlikte, TMK'nın 169. maddesine göre takdir edilen tedbir nafakası feragat tarihinde sona erer.¹⁰⁵

Feragat nedeniyle reddedilen boşanma davası, aynı dava konusuna dayanarak yeniden açılırsa davadan feragat maddi anlamda kesin hüküm teşkil ettiğinden kesin hükmün varlığından dolayı reddedilecektir. Misal olarak, zina sebebiyle açılan boşanma davasında, davacı davadan feragat ettikten sonra, yeniden zina sebebine dayanırsa, davacının açılan bu davası kesin hükmün varlığından reddedebilecektir. Ancak davacı davadan feragat ederek vazgeçtiği davada ileri sürdüğü zina olaylarını değil de, feragat tarihinden sonra meydana gelmiş yada o davada ileri sürdüğü zina dışında bir zina olayına dayanmışsa, bu

⁹⁸ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 538

⁹⁹ Petek, s. 431; Feyzioglu, s. 373

¹⁰⁰ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 490

¹⁰¹ 2. HD, 11.3.2003, 3147/3280, (Kargülmez/Ural, s. 237); YHGK, 16.6.1967, 3479/3369, (Inal, s. 773); YHGK, 16.11.1966, 2-1438/209 (Inal, s. 773); YHGK, 9.4.2002, 4194/4994 (Kargülmez/Ural, s. 218-219)

¹⁰² Kuru/Arslan/Yılmaz, s.492; Önen, s.280; Tutumlu, s. 117; 2.HD, 11.3.2003,3147/3280 (Karagülmez/Ural, s. 237)

¹⁰³ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 492

¹⁰⁴ Petek, s. 45;Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 493

¹⁰⁵ Petek, s. 45; Tutumlu, Mehmet Akif." Boşanma Davası Süreken Davacının Ölümü Nedeniye Mirasçılarının Davayı Takibi Yönünden Uygulanması Gereken Usul Kuralları" -ABD- (ABD, 2002/2, s. 117); 2. HD, 17.4.1995, 4115/4708 (Şener, s. 573)

durumda dava sebebi değişmiş olacağına ve açılan dava yeni bir dava niteliğinde olacağından zina sebebiyle açılan bu ikinci dava, maddi anlamda kesin hükmün varlığından dolayı reddedilmeyecektir. Davadan feragat davanın tüm sonuçlarıyla birlikte ortadan kalkması sonucunun doğurduğu için, bu tarihten itibaren eşin ayrı yaşama hakkı da (TMK md. 162) ortadan kalkar.¹⁰⁶

c. Boşanma Davalarında Kabul

Usul hukukunda, davaya son veren taraf işlemlerinden olan kabul; davalının davacının dilekçesinde belirtmiş olduğu talep sonucuna muvafakat etmesidir. HUMK'un 95. maddesine göre kabul, kesin hükmün hukuki sonuçlarını doğuracaktır.¹⁰⁷

Boşanma davalarında, kabul konusunda tarafların tasarruf ilkesinden doğan haklarını kullanamamakta, kendiliğinden araştırma ilkesi gereğince tarafların beyanı hakimi bağlamayıp davaya, kabul beyanı dikkate alınmaksızın devam edilir. Çünkü boşanma davasında davalının kabulü kesin hükmün hukuki sonuçlarını doğurmamaktadır.¹⁰⁸ Davalı davayı kabul etse bile davacı boşanma sebeplerinin varlığını ispat etmek zorundadır. Aksi takdirde boşanma davasında hakim davalının kabul beyanına bağlı olsa bu durumda Türk hukukunda bulunmayan ve hakim boşanma davasında etkisiz olduğu ve tarafların isteğini onaylayarak boşanmaya karar vermek zorunda olduğu "Anlaşmalı (Rızai) Boşanma" söz konusu olacaktır. Davalı tarafın kabul beyanı, kesin hükmün sonuçlarını doğurmaz. Hakim de bu kabul beyanı ile bağlı olmayıp gösterilen boşanma sebeplerinin gerçekten var olup olmadığını kendiliğinden araştırarak ve bu olguların varlığına vicdanen kanaat getirmediği bunları ispatlanmış saymayacaktır. (TMK md. 184/I-III)¹⁰⁹

Eşlerin boşanma konusunda değil de, belli bir o-

layın varlığı konusunda anlaşmaları ve kabul beyanının sadece bu olayı kapsamaması durumunda bunu kabul olarak değerlendirmek yerine¹¹⁰ burada teknik anlamda bir kabul bulunmadığını bir vakanın ikrarın söz konusu olduğunu kabul etmek gerekir. Ayrıca boşama davalarında tarafların ikrarda hakimi bağlamayacağına göre, yapılan beyanın davayı sona erdirecek herhangi bir durumu söz konusu değildir. Ancak hakim davalının bu kabul beyanlarını bütün dosya kapsamında vicdani kanaatinin oluşabilmesi için delil olarak kullanabilir.¹¹¹

d. Boşanma Davalarında Karşılık Dava Durumu (HUMK md.203-208)

aa. Karşılık Dava

Açılmış olan bir davada davalının aynı mahkemede asıl davacıya yönelik dava açmasına karşılık dava denir. Mahkeme karşılık davayı asıl davayla birlikte inceleyip karara bağlar. İki davanın ayrı ayrı ele alınmasından sonra karşılık davanın asıl dava ile birlikte incelenmesinde tahkikat ve yargılama, daha çabuk kolay ve yargılama giderleri bakımından da daha az masraflı olacağından usul ekonomisine de uygundur. Asıl dava, geri alınma, feragat veya açılmamış sayılma gibi sebeplerle son bulmuşsa, şeklen derdest olsa bile, böyle bir davaya karşı Yargıtay'ca davanın son bulduğuna ilişkin mahkeme kararı bozulmadıkça, karşılık dava açılmaz. Karşılık dava asıl davanın derdest olduğu mahkemede açılır ve ayrıca asıl davanın esasa cevap süresinde karşılık davanın açılması gerekir.¹¹²

aaa. Boşanma Davalarında Karşılık Dava Durumu

Asıl dava ile karşılık dava arasında yakın ilişki bulunması zorunludur. Buna göre asıl dava ile karşılık davanın aynı sebepten doğması veya asıl dava ile karşılık davadan biri hakkında verilecek kararın diğerine etkileyecek nitelikte bulunması halinde, iki dava arasında bağlantı var sayılır. (HUMK md.54/III) Buna göre açılacak bir boşanma davasında ve bu asıl boşanma davasında

¹⁰⁶ Petek, s. 46;2HD,29.01.2004,133/1146(YYK)

¹⁰⁷ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 497; Petek,s. 44; Tulumlu, (ABD), s. 118; 2. HD, 18.2.1986, 1453/1656, (Yalçınkaya/Kaleli, s. 1680)

¹⁰⁸ Petek, s. 44; 2. HD, 2.7.1985, 5886/6278 (Yalçınkaya/Kaleli, s. 680)

¹⁰⁹ Petek, s.44; Ayan, s.36; Kuru, CIV, s.3674; Pekçantez/Atalay/Özekes, s.458; Kuru/Yılmaz/Arslan, s. 628; Akıntürk, s. 273; Yalçınkaya/Kaleli, s. 1577

¹¹⁰ Feyzioglu, s. 396

¹¹¹ Öztan, s. 442; Akıntürk, s. 272; Petek, s. 44; Ayan, s. 136; Çakın, s. 111; Oğuzman/Dural, s. 134 ; Tekinay, s. 244; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 490

¹¹² Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 514-515

karşı açılacak karşılık davada verilecek bir karar, her iki davayı ve taraflarını yakından ilgilendirecektir. Çünkü davalar arasında sıkı bir bağlantı bulunmaktadır.¹¹³

Davalı esasa cevap süresi içinde Aile Mahkemesinde açılmış olan boşanma davasına mukabil karşılık dava açmaz ise davalı bu durumda yalnızca karşılık dava açma yetkisini kaybetmiştir. Yoksa davalı karşılık dava olarak açmadığı davasını ayrı bir dava olarak açabilir. Bu durumda Aile Mahkemesi, davacının açtığı ilk dava ile davalının açmış olduğu ikinci davanın aralarındaki bağlantıdan dolayı birleştirilmesine karar verir.¹¹⁴

Karşı dava, asıl davanın dosya numarası ile anılır yani karşılık dava için ayrı bir esas numarası verilmez. Davalı aleyhine açılan boşanma davasına karşılık davalı tarafından açılan karşılık davada, harç yatırılması gerekir. Ayrıca karşılık dava müstakil bir dava olduğu için ayrıca vekâlet ücreti takdir edilir.¹¹⁵

¹¹³ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 514-515; Dava dilekçesi ve duruşma günü davalıya 17.9.2002 tarihinde tebliğ edilmiş, davalı, süresi içinde davaya cevap vermemiştir. 9.4.2003 tarihinde verdiği dilekçesiyle eşya ve takıların iadesini istemiş, bununla ilgili karşı dava açtığundan bahsetmemiştir. Usulüne uygun süresinde açılmış bir karşı dava bulunmadığı gözetilerek, (HUMK. 187, 195) eşya ve ziynetlerle ilgili talep konusunda karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir. 2.HD, E:2004/940, K:2004/1755, T:17.02.2004”

¹¹⁴ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 518; Tulumlu, (ABD), s. 117; Kuru, C.I, s. 642; 2. HD, 15.6.1963, 3760/5416, (Inal, s. 767); Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 321; “.....Cevap ve karşı dava dilekçesi 30.1.2003 günü tebliğ edilmiş; davacı-karşılık davalı kadın 21.2.2003 tarihli dilekçesiyle karşı davanın süresinde açılmadığını ileri sürmüştür. Karşılık davanın süresinde olmadığı itirazı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 187/8. maddesi gereği ilk itirazlardandır. O halde itirazın 10 günlük cevap süresi içinde kullanılması gerekir. Esasa cevap oluşturacak şekilde ve süre geçiminden sonra yapılan ilk itirazlar dikkate alınmaz. Davacı-davalı kadın süresinde ilk itirazını bildirmediğine göre kocanın boşanma davası hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde (...karşı davanın 10 günlük esas cevap süresinde açılmaması nedeniyle açılmamış sayılmasına) hüküm kurulması isabetsizdir..... 2.HD, E:2004/5681, K:2004/6893, T:27.05.2004”

¹¹⁵ Soner, Lütfi :”Karşılık Davada İlk İtiraz ve Bu Davanın Dinlenme Olanığı” (TNBD, 1976, Sayı 10, s. 48-55);Kuru/Yılmaz/Arslan, s. 519; “.....Karşılık dava asıl

Asıl dava her hangi bir nedenle son bulursa, karşılık dava görülmeğe devam eder. Bunun gibi karşılık dava herhangi bir şekilde son bulursa asıl davanın görülmesine engel olmaz. Davacı tarafından Aile Mahkemesinde zina sebebiyle açılan boşanma davasından davacının feragat etmesinden dolayı bu dava son bulsa bile, bu davaya karşılık dava olarak davalı tarafından akıl hastalığından dolayı açılan karşılık dava görülmeğe devam eder.¹¹⁶Aile Mahkemesinde açılan asıl davada, davacı genel boşanma sebeplerinden birine dayanabileceği gibi, davalı, açacağı karşılık davada, özel boşanma sebeplerinden birine dayanabilir. Asıl davada ve karşılık davada taraflardan biri hem özel hem de genel boşanma sebeplerinden birine dayanmışsa, bu durumda önce özel sebep araştırılacaktır.¹¹⁷

Aile Mahkemesi yaptığı yargılama sonucunda asıl dava ve karşılık dava hakkında tek hüküm kuracaktır. Yalnızca hükümde asıl dava ve karşılık dava hakkında verilen kararlar ayrı ayrı gösterilir. Burada asıl dava ile karşılık dava müstakil birer dava olduklarından, açılan davalarda delil durumu ve yapılan yargılama sonucunda her iki dava için farklı sonuçlar çıkabilir. Asıl davada boşanmanın reddine karar verilebilirken; akıl hastalığına dayanılarak açılan karşılık davada hakim boşanmaya karar verebilir.¹¹⁸

e. Boşanma Davası Açıldıktan Sonra Evlenmenin İptali Davasının Açılmış Olması

Boşanma davası, geçerli olarak meydana gelen bir evlenmenin TMK'da belirlenen sebeplerden birine dayanılarak sona erdirilmesini sağlayan bir davadır. İptal davası ise, taraflar arasında meydana gelen evliliğin meydana gelmesi sırasında, evlenme sözleşmesi ile ilgili veya taraflardan kay-

davanın şartlarına tabidir. (HUMK. md. 203 - 208) Davalının 31.03.2003 günlü dilekçesi üzerinden herhangi bir harç alınmadığından boşanma isteği karşılık dava olarak kabul edilemez.Usulüne uygun açılmış bir dava olmadığına göre mahkemece bu konuda karar verilmesine yer olmadığı şeklinde hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır...2.HD,E:2003/14807, K:2003/15742,T:17.11.2003”

¹¹⁶ Kuru/Yılmaz/Arslan, s. 519

¹¹⁷ Öztan, s. 427-428

¹¹⁸ Yılmaz, s. 519

2. HD, 10.03.2003, 327/3143.(Karagülmez/Ural, s.227)

naklanan bir sakatlıktan veya iptal sebebinden dolayı sakat evliliğin ortadan kaldırılmasını sağlayan bir davadır.

Hukuki unsurlarından yoksun olan bir evliliğin iptali için açılan bir iptal davası varsa, bu durumda boşanma davası açmaya gerek yoktur. Zira ortada hukuken tam olarak meydana gelmiş bir evlenme akdi yokken, taraflardan birinin açacağı bir boşanma davası bu sakat evliğe geçerlilik kazandırmaz. Çünkü, hukuken bütün unsurlarını ihtiva eden geçerli evlilikler boşanma davasına konu olabilir. Bu nedenle kural olarak eğer evlenmenin iptali davası açılmışsa bu dava sonuçlanmadan boşanma davası açılmaz. Ancak iptal davasından önce boşanma davası açılmışsa bu durumda Aile Mahkemesi hakimi bu iki davayı öncelikli olarak birleştirecektir. Daha sonra iptal davasının delillerini toplayarak bir sonuca varmalıdır. Eğer elde edilen deliller ışığında yeterli sebep bulunuyorsa evlenme akdini iptal edecek ve bu durumda konusu kalmayan boşanma davasının da reddine karar vermelidir. Ancak evliliğin iptali için yeterli sebep bulunamıyorsa bu durumda iptal davasının reddine karar verecek ve boşanma davasını değerlendirecektir.¹¹⁹ Evlenme akdi yapılırken ortaya çıkan nisbi ve mutlak bütan sebeplerine dayanılarak açılacak iptal davalarında, TMK'nın 160. maddesine göre yetki ve yargılama usulüne bakımından boşanmaya ilişkin hükümlerin geçerli olduğu belirtilmiştir. Ayrıca iptal davalarında 4787 sayılı AMK'nın 4. maddesine göre Aile Mahkemesi görevlidir.¹²⁰ İptal davası sonuçlanıncaya kadar evlenme akdi geçerli bir evliliğin bütün hüküm ve sonuçlarını meydana getirir.¹²¹

SONUÇ

Bir hukuk davası olan boşanma davasında, maddi hukuka ilişkin sorun çözülürken yani boşanma konusu çözümlenirken yargılamanın dayanacağı usul kurallarının dayanağı genel usul ilkeleri olacaktır. Bunlar temel ilkeler olup bütün hukuk davalarında uygulanır. Türk Medeni Kanunu'nda,

maddi hukuka ilişkin kuralları belirlerken, yer yer Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yanı sıra, nitelikleri itibarıyla usul hukuku hükümlerini içeren düzenlemeler getirilmiştir. Bu çerçevede Türk Hukukunda boşanma davalarında uygulanacak yargılama usulü, genel hukuk yargılama usulünden farklı olarak, bu hususta önceki medeni kanunda olduğu gibi yeni Türk Medeni Kanunu'nda özel hükümler getirilmiştir. Ayrıca boşanma davalarının özelliği göz önüne alınarak kurulan Aile Mahkemeleri ile bu mahkemelerde uygulanacak usule ilişkin kanun boşanma davalarındaki usule yeni kurallar getirmiştir. Bunun yanı sıra yeni Türk Medeni Kanunu'nda da bu çerçevede yeni düzenlemeler getirilmiştir. Yapılan bu düzenlemeler boşanma davalarında istenen adil sonuçların alınması adına isabetli görünmektedir.

Kaynakça

- Akıntürk, Turgut: *Medeni Hukuk*, 9.Bası, İstanbul 2003.
- Alangoya, Hakan Yavuz: *Medeni Usul Hukukunun Esasları*, İstanbul 2003.
- Ansay, Tuğrul: "Boşanma Davasında Kusur İtirazı ve Hakkın Kötüye Kullanılması - Alman Mahkemelerinin Uygulaması" (YD, C. 17, S. 3, 1991, s. 156).
- Ayan, Serkan: *Evlilik Birliğinin Korunması*, Ankara 2004.
- Baktır, Selma: *Aile Mahkemeleri*, Ankara 2003.
- Baygın, Cem: "4721 Sayılı Yeni Medeni Kanununun Evlenme, Boşanma ve Evliliğin Genel Hükümleri Konusunda Getirdiği Değişiklikler" *Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan*, Cilt.II, İstanbul 2003.
- Belgesay, Mustafa Reşit: "Boşanma Usulü Muhakemesi", *Ebul'ula Mardine Armağan*, İstanbul 1944.
- Bilge Necip; *Medeni Yargılama Hukuku*, 2.Baskı, Ankara 1967.
- Bilge, Necip / Önen Ergun: *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, Ankara 1979.
- Bortu, Nihat: "Boşanma ve Ayrılığın Feri Hükümlerine Dair Mukaveleler" (IBD , 1940, s. 593).
- Burcuoğlu, Haluk: "Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler", (IÜHF, 1982-1983/1-4).
- Çakın, Akın: *Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma*, Ankara 1999.

¹¹⁹ Feyzioğlu s. 372, ztan s. 372

¹²⁰ Öztan, s. 359; Zevkliler Acabey/Gökyayla s. 1582; Velidedeoğlu s. 306; Feyzioğlu, s. 121

¹²¹ 2. HD 20.12.1968 6116/7216 (TIK 1970, C. 1 n. 7) Öztan, s. 361, Tulumlu s. 105, tekinay s. 157

- Demir, Sevgi: *Aile Hukuku*, Ankara 2004.
- Erdoğan, Hasan: “Boşanma Hukuku İle İlgili Medeni Yasada Yapılan Değişiklikler” (ABD, 1988/3, s. 396).
- Ertaş, Şeref/Koç, N: *Türk Medeni Kanunu*, İzmir 2002.
- Esener, Turhan : “Boşanma Feri Neticelerine İlişkin Mukaveleler” (AÜHFD, 1951/3-4, s.610-611).
- Feyzioğlu, F. Necmettin: *Aile Hukuku*, 3.Baskı, İstanbul 1986.
- Gürdoğan, Burhan: “Boşanma Davalarına İlişkin Usul Hükümleri” (*Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı*, 1925- 1975, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara 1977).
- Gümüş, Mustafa Alper: *Türk Medeni Kanununun Getirdiği Şerhler*, Ankara 2003.
- Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rana : *Aile Hukuku*, İstanbul 1993.
- İnal, Nihat : *Aile Mahkemeleri Davaları*, (AILE), Ankara 2004.
- İpekçi, Nizam : *Yeni Medeni Kanun ve Değişikliklerin Kapsamı*, Ankara 2003.
- Kaçak, Nazif: *Yeni İçtihatlarla Yeni Türk Medeni Kanunu*, (TMK), Ankara 2004.
- Karagülmez, Ali/ Ural, Sezai: *Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usulleri*, Ankara 2003.
- Köprülü, Bülent/ Kaneti, Selim: *Aile Hukuku*, İstanbul 1986.
- Kılıçoğlu, Ahmet: “Boşanma İle İlgili Olarak Medeni Kanunumuzda Yapılan Son Değişiklikler (ABD, 1988/3).
- Kocayusufoğlu, Necip: “Medeni Kanununun 3444 Sayılı Kanunla Değiştirilmiş 134. Maddesinin 3 ve 4. Fıkraları Çerçevesinde Açılan Boşanma Davalarında Hakim Ayrılığa Hükmedebilir mi?” *Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğluna Armağan*, İstanbul 1990.
- Kuru, Baki: *Hukuk Muhakemeleri Usulü C.II*.
- Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder : *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Ankara 2003.
- Oğuzoğlu, Hüseyin Cahit: *Medeni Hukuk, Şahsın Hukuku-Aile Hukuku* , 2. Baskı, Ankara 1963.
- Oğuzman, Kemal/ Dural, Mustafa: *Aile Hukuku*, 3.Bası, İstanbul 2001.
- Olgaç, Senai/Çimberci, Mustafa: *Hukuk Davalarında İkrar*, İstanbul 1964.
- Önen, Ergun: *Medeni Yargılama Hukukunda Sulh*, Ankara, 1972.
- Özdemir, Nevzat: *Türk İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma*, İstanbul 2003.
- Öztan, Bilge: *Aile Hukuku*, 4. Bası, Ankara 2004.
- Özüğür, Ali İhsan: “Boşanma, Evlenme İptali, Ayrılık Davası, Ailenin Korunması İle İlgili Tedbirler, Tanıma, Tenfiz, Aile Mahkemesi İlişkisi”, (İzmir Barosu Dergisi -IBD-, Yıl 69, Ocak 2004, S. 1.).
- Petek, Hasan: “Medeni Usul Hukukuna Hakim Olan İlkeler Işığında Boşanma Davaları” , (IBD, Yıl: 65 , Temmuz 2000).
- Postacıoğlu, İlhan E. : *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, İstanbul 1975.
- Sirmen, Lale/ Kaçışarlıoğlu, Cengiz/ Tanrıver, Suha/ Sural, N/ Tercan, Erdal: “Karşılaştırmalı Hukukta Aile Mahkemeleri ve Türkiye Aile Mahkemeleri Kurulmasında Yararlanılabilecek Bir Model”, (Kamu İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt 5; Sayı 3 , Ankara Nisan 2000).
- Soner, Lütfi: “Karşılık Davada İlk İtiraz ve Bu Davanın Dinlenme Olanığı” (TNBD, 1976, Sayı 10, s. 48-55).
- Şener, Esat: *Uygulama ve Teoride Boşanma*, 2. Bası, Ankara 1997.
- Tan, Tahsin Zapota: *Medeni Hukuk*, Ankara 2004.
- TBMM Tutanak Dergisi, C. 10, Dönem 18, Yasama Yılı , s. 1-2.
- Tekinay , Selahattin Sulhi: *Türk Aile Hukuku*, 7.Baskı, İstanbul 1990.
- Tulumlu, Mehmet Akif: *Evliliğin Butlanı, Boşanma ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları*, Ankara 2002.
- Tulumlu, Mehmet Akif: “Boşanma Davası Sürerken Davacının Ölümü Nedeniye Mirasçılarının Davayı Takibi Yönünden Uygulanması Gereken Usul Kuralları” (ABD, 2002/2, s. 117).
- Üstündağ, Sami: *Medeni Yargılama Hukuku C.I-II*, İstanbul 1997.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet: *Türk Medeni Hukuku C.II*, Aile Hukuku , 5. Bası, İstanbul 1965.
- Yalçınkaya, Namık / Kaleli, Şakir: *Yeni Boşanma Hukuku C.II*, 2. Baskı, Ankara 1988.
- Yıldırım, Mehmet Kamil: *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul 1990.
- Yılmaz, Ejder: *Medeni Yargılama Hukukunda Yemin*, Ankara 1989.
- Zevkliler, Aydın/ Acabey, Beşir/ Gökyayla, Emre: *Medeni Hukuk*, Ankara 2000.