

II. GÜN

BOŞANMA DAVALARINDA GEÇERLİ OLAN YARGILAMA İLKELERİ*

Prof. Dr. İbrahim ERCAN**

A. GENEL OLARAK

Aile devletin ve toplumun temeli olduğu için devlet, ailenin sağlıklı işleyebilmesi için gerekli ekonomik, sosyal ve hukuki önlemleri almak zorundadır. Nitekim Anayasamızın “Ailenin Korunması” kenar başlıklı 41 inci 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.

Aynı şekilde Alman, Avusturya ve İsviçre hukuk sistemlerinde de ailenin toplumun temeli olduğu gerçeği¹ ve bu nedenle, aile hukukundan doğan uyuşmazlıkların diğer hukuki ilişkilerden doğan uyuşmazlıklara göre farklı usul ilkelerine bağlanması gerekliliği kabul edilmiştir. İşte ailenin toplum hayatındaki öneminden dolayı kanun koyucuları aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıkları diğer hukuki ilişkilerden doğan uyuşmazlıklardan farklı hükümlere tabi kılmıştır. Bu davalarda, ailenin korunması adına hâkime daha fazla yetki ve yükümlülük yüklendiği görülmektedir. Hâkim bu davalarda diğer hukuk davalarına oranla çok daha aktif olmak durumundadır.

B. HUKUKUKİ DÜZENLEMELER

I. İSVİÇRE HUKUKU

İsviçre hukukunda Federal Medeni Usul Kanunu (Schweizerische Zivilprozessordnung-İsvZPO-) yürürlüğe girmeden önce boşanma davalarına ilişkin usul hükümleri temelde kanton usul kanunlarında düzenlenmekle birlikte, özellikle hakimin rolü konusunda İsviçre Medeni Kanununda (Schweizerisches

* Bu çalışma esas itibarıyla 17-18 tarihleri arasında Isparta’da düzenlenen on ikinci Medeni Usul ve İcra ve İflâs Hukukçuları toplantısında tebliğ olarak sunulmuş, daha sonra üzerinde çalışılarak Prof. Dr. Ramazan Arslan Armağan’ında yayınlanmıştır. Buradaki metin ise, Armağan’da yayınlanan metnin belirli ölçüde özeti niteliğindedir.

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni usul ve İcra – İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Anayasamızda olduğu gibi, Alman (Art. 6, I GG) ve İsviçre Anayasalarında (Art. 14 BV) da aile anayasal koruma altına alınmıştır.

Zivilgesetzbuch –ZGB-) da çok önemli hükümler öngörülmüştü. Türk Medeni Kanununun 184 üncü maddesine (eski 150 nci madde) mehzaz teşkil eden ZGB m. 158’de bu konuda önemli hükümler öngörülmüştü. Daha sonra İsviçre’de 01.01.2000 yılında yürürlüğe giren yeni boşanma hukuku ile² bu hükümlerde değişiklikler yapıldı. Böylece boşanma davalarında hakim ve tarafların rollerine ilişkin bu hüküm kısmen değiştirilmek suretiyle ZGB m. 139’a alındı.

Öte yandan 19 Aralık 2008 Tarihli ve 1 Ocak 2011 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Federal Medeni Usul Kanununda da kanton usul kanunlarında olduğu gibi aile hukukuna ve bu arada boşanma davalarına ilişkin oldukça ayrıntılı düzenlemeler öngörülmüştür. Daha önemlisi söz konusu Kanununla İsviçre Medeni Kanununda yar alan boşanma davalarına ilişkin usul hükümleri de (135-149 maddeleri) yürürlükten kaldırılmıştır³. Esasen boşanma davalarına ilişkin usul hükümlerinin Medeni Kanununda düzenlenmesinin nedeni, İsviçre’nin yönetim yapısından kaynaklanmaktaydı. İsviçre’de usul kanunları kantonal oldukları için, İsviçre Kanun Koyucusu boşanma davalarına ilişkin hükümlerin bütün ülkede mümkün olduğu kadar yeknesak uygulanmasını sağlamak için, bu davalara ilişkin hükümlerini Federal Kanun olan Medeni Kanunda düzenlemiştir. Federal Medeni Usul Kanunu yürürlüğe girdikten sonra bu gereklilik ortadan kalktığından, söz konusu hükümler usul kanununda düzenlenmiş ve Medeni Kanundaki hükümler de yürürlükten kaldırılmıştır.

Sonuç olarak İsviçre Kanun Koyucusu aile hukukuna ilişkin davalardaki usul hükümlerini prensip olarak Federal Medeni Usul Kanununda düzenlemeyi tercih etmiştir.

II. ALMAN HUKUKU

Alman hukukunda aile hukukundan doğan davalara ilişkin usul hükümleri Alman Medeni Usul Kanununun (ZPO) altıncı kitabında, aile işlerine ilişkin usul (Verfahren in Familiensachen) başlığı altında düzenlenmiştir.

Alman hukukunda aile hukukunda doğan davalar için özel hükümler öngörülmesinin nedenleri olarak, evliliğin korunması, ekonomik yönden zayıf olan eşin korunması ve çocukların korunması olarak gösterilmektedir.

Alman Medeni Usul Kanununun aile hukukuna ilişkin davaları düzenleyen hükümler, çok dağınık olması ve uzmanların bile zor anladığı bir sistem olmasından dolayı eleştiriliyordu. Bu eleştirilen etkisiyle Almanya’da 1 Haziran 2008 tarihli Aile Hukukuna Ait Davalar ile Çekişmesiz Yargıya İlişkin

² Bu konuda Bkz., **Meier, I./Schneller, M.**, Scheidungsverfahren nach revidiertem Recht – unter besonderer Berücksichtigung des Zürher Zivilprozessrechts, Zürich 1999; **Spühler, K.**, Neues Scheidungsverfahren, Zürich 1999.

³ Bkz., İsvZPO m. 402 gereğince Kanuna eklenen Ek 1 Nr. 3.

Reform Kanunu ile Aile Hukukuna İlişkin Davalar İle Çekişmesiz Yargıya İlişkin İşler Kanunu (**Das Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit -FamFG-**), kabul edildi ve 1 Eylül 2009 tarihinde yürürlüğe girdi.

Söz konusu Kanun ile birlikte Alman Medeni usul Kanunundaki aile hukukuna ilişkin davalara ilişkin hükümler de yürürlükten kaldırıldı⁴. Böylece aile hukukuna ilişkin bütün hususlar bu özel kanunda düzenlenmiş oldu. Bu kanunda aile hukukundan doğan bütün işler bir arada toplanmıştır.

Bu Kanunun aile hukukundan doğan uyuşmazlıklar açısından temel amacı, aile hukuku konusunda geçerli olan hüküm dağınıklığını ortadan kaldırıp, aile hukukundan doğan bütün uyuşmazlıkları toplu halde düzenlemek ve çok zor anlaşılan Medeni Usul Kanununun hükümleri yerine uzman olmayanlar tarafından bile rahat anlaşılabilir bir düzenleme getirmektir⁵.

III. AVUSTURYA HUKUKU

Avusturya hukukunda aile hukukuna ilişkin usul hükümleri Evlilik Kanunu (**Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet. Vom 6. Juli 1938**) ile Avusturya Medeni Usul Kanununun (AvZPO) 460, 483a maddelerinde düzenlenmiştir. Özellikle AvZPO m. 460'ta boşanma davalarında geçerli olan usul hükümleri konusunda önemli düzenlemeler bulunmaktadır.

IV. TÜRK HUKUKU

Türk hukukunda boşanma davalarına ilişkin usul hükümleri değişik kanunlarda dağınık olarak düzenlenmiştir. Yukarıda belirttiğimiz Anayasanın 41 inci maddesinden başka, 14.01.1998 tarihli ve 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun, 22.11.2001 tarihli ve 4721 Türk Medeni Kanunu'nun aile hukukuna ilişkin hükümleri ve son olarak 09.01.2003 tarihli ve 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'u bu kapsamda örnek olarak göstermek mümkündür.

4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun "Usul Hükümleri" başlığını taşıyan 7 nci maddesinde,

⁴ Söz konusu hükümler, Aile Hukukuna ve Çekişmesiz Yargı İşlerine İlişkin Reform Kanununun (Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit -FGG Reformgesetz- FGG-RG) 29/1 maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

⁵ Bknz., **Musielak, Hans-Joachim/Borth, Helmut/Grandel, Mahhias**, Familiengerichtliches Verfahren, 1. Und 2. Buch, 4. Neubearbeitete Auflage, München 2013, (FamFG Einleitung) Nr. 1 ve Nr. 4; **Ptütting, Hanns/Helms, Tobias (Herausgeber)**, Familiengerichtliches Verfahren, 3. Auflage Köln 2014, Einleitung Nr. 9; **Schulte-Bunert, Kai/Weinreich, Gerd**, Familiengerichtliches Verfahren, Kommentar, Luterhand 2009, Einleitung Nr. 7 vd.

aile mahkemelerinin görevli olduğu dava ve işlerde uygulanan usul kuralları hakkında özel bir düzenleme getirilmiştir. Bu maddeye göre, “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”.

Aile Mahkemelerindeki uyuşmazlıklarda uygulanabilecek olan TMK'daki bazı usul hükümleri ise şunlardır: m. 138, 146, 160, 168, 177, 182, 184, 201, 207, 214, 222, 241, 243, 245, 261, 283 – 291, 294, 297 – 299, 301, 302, 326, 329, 365, 388.

Bu hükümlerden şüphesiz en önemlisi, boşanma davalarında uygulanacak yargılama kurallarını düzenleyen TMK'nın 184. maddesidir. Bu maddeye göre, “Boşanmada yargılama, aşağıdaki kurallar saklı kalmak üzere Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa tabidir:

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 ikrarları hâkimi bağlamaz.

4. Hâkim kanıtları serbestçe takdir eder⁶.

5. Boşanma ve ayrılığın fer'i sonuçlarına ilişkin anlaşmalar, hâkim tarafından onaylanmadıkça geçerli olmaz.

6. Hâkim, taraflardan birinin istemi üzerine duruşmanın gizli yapılmasına karar verebilir”.

⁶ Bu hükmün dışında HMK m. 198 (HUMK m. 240)'da hâkimin delilleri serbestçe takdir etme yetkisi genel olarak bütün hukuk davaları için öngörülmüştür (Bu konuda bkz. **Yıldırım, M. Kâmil**, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990). Söz konusu maddeye, göre, kanunun tayin ettiği haller dışında hâkim, delilleri serbestçe takdir eder. Gürdoğan (**Gürdoğan, Burhan**, Boşanma Davalarına İlişkin Usul Hükümleri, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, 1925-1975, C. II, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara 1977, s. 205), bu hükümden hareketle, boşanma davaları bu konuda istisna getirmediğinden, HUMK m. 240'ın (HMK m. 198) boşanma davalarında da geçerli olduğunu, dolayısıyla, TMK m. 184/4 (eski 150/4)'ün gereksiz bir hüküm haklı olduğunu belirtmektedir. Aynı düşüncede **Sungurtekin-Özkan, Meral**, Medenî Kanun'un Aile Hukuku Alanında Getirdiği Değişikliklerin Medenî Usul Hukuku Bakımından Düşündürdükleri, Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı – I, Eskişehir 2003, s. 82. Ancak, bazı durumlarda hâkimin delilleri serbestçe takdir etme yetkisi sınırlanabilir. Gerçekten, TMK m. 165'deki akıl hastalığı sebebiyle boşanma davasında, hâkimin resmi sağlık kurulundan hastalığın geçmesinin mümkün olup olmadığı konusunda resmi sağlık kurulu raporu alması gerekir. Raporda davalı eşin iyileşme ihtimalinin bulunmadığı tespit edilmişse, hâkim, boşanma kararı vermek durumundadır.

TMK m. 160'da evlenmenin butlanı davasındaki yargılama usulü için boşanmaya ilişkin hükümlere atıf yapılmıştır. Böylece, yukarıda belirtilen TMK m. 184'teki usul ilkeleri, boşanma ve ayrılık davaları dışında evlenmenin butlanına ilişkin davalarda da uygulama alanı bulacaktır.

C. MEDENİ USUL HUKUKUNDA GEÇERLİ OLAN İLKELERİN BOŞANMA DAVALARI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

I. TASARRUF İLKESİ

1. Türk ve İsviçre Hukuku

Yukarıda belirtilen hükümler incelendiğinde Türk ve İsviçre hukuklarında aile hukukundan doğan davaların yargılamada geçerli olan ilkeler açısından diğer hukuk davalarına göre farklılık gösterdiği görülmektedir⁷.

Medenî usul hukukunda geçerli olan ilkeler içerisinde en önemli olanlardan birisi hiç kuşkusuz tasarruf ilkesidir. Tasarruf ilkesine göre, dava üzerinde tasarruf etme yetkisi taraflara tanınmıştır. Tarafların bu yetkisi, davayı açıp açmama, açılacak davanın konusunu belirleme, istedikleri zaman açtıkları davayı sona erdirmeye ve son olarak hükme karşı kanun yollarına başvurma şeklinde kendini göstermektedir⁸.

Tasarruf ilkesi HMK m. 24'te düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre, hâkim, iki taraftan birinin talebi olmaksızın, kendiliğinden bir davayı inceleyemez ve karara bağlayamaz. Kanunda açıkça belirtilmedikçe, hiç kimse kendi lehine olan davayı açmaya veya hakkını talep etmeye zorlanamaz. Ayrıca tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri dava konusu hakkında, dava açıldıktan sonra da tasarruf yetkisi devam eder.

İsviçre hukukunda yargılamaya ilişkin temel ilkeler İsvZPO m. 52-58 arasında düzenlenmiştir. İsviçre Federal Medeni Usul Kanununun 58 inci maddesinin birinci fıkrasında tasarruf ilkesi düzenlenirken, ikinci fıkrasında da mahkemenin tarafların talepleriyle bağlı olmadığını düzenleyen kanuni düzenlemeler istisna tutulmuştur.

⁷ Belirli bir hukuk sisteminde, salt bu ilkelere dayanarak, dava malzemesinin toplanması yetkisinin kime ait olacağı sorununun çözümlenemeyeceği konusunda bkz. **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 201.

⁸ Bu konuda bkz., **Meriç, Nedim**, Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Ankara 2011.

Ancak resen harekete geçme ilkesi, sadece ikinci ve üçüncü aşamalar için tasarruf ilkesinin istisnasını oluşturabilmektedir. Birinci aşama yani davanın taraflarca açılması ilkesi açısından bir istisna söz konusu değildir⁹.

Tasarruf ilkesi, aile hukukundan doğan davalarda da önemli ölçüde uygulanmaktadır. Gerçekten tasarruf ilkesinin **birinci görünümü** olan kendiliğinden dava açılmayacağı kuralının istisnası yoktur¹⁰. Başka bir ifade ile dava açıp açmamak, karşılık dava açmak ve uyuşmazlığı bir üst dereceye taşımak, boşanma davalarda da tarafların tasarrufundadır (HMK m. 24/1,2).

Ancak TMK m. 169'a göre, boşanma veya ayrılık davası açılınca hakim, davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri resen alır.

Tasarruf ilkesinin ikinci görünümü, dava konusunun belirlenmesinde kendini göstermektedir. Bu konuda da Türk hukukunda prensip olarak tasarruf ilkesi geçerlidir. Dolayısıyla dava konusunu belirleme tarafların tasarrufundadır¹¹. Ancak TMK m. 170/3'e göre hakim, boşanma davası açılmasına rağmen, ortak hayatın yeniden kurulma ihtimali bulunması halinde ayrılığa karar verebilir¹². Buna karşılık dava yalnız ayrılığa ilişkinse boşanmaya karar veremez.

Buna karşılık mehaz Kanunda 2000 yılında yapılan değişiklikten sonra artık boşanma davasında kendiliğinden ayrılığa karar vermesi mümkün değildir¹³.

İsviçre hukukunda boşanma davasının her zaman ayrılık davasına dönüştürebileceği açıkça düzenlenmişti (ZGB 138/2). Buna karşılık Federal Medeni Usul Kanunu m. 293'te ise, boşanma davasının davanın başından

⁹ **Hurni, Christoph in: Heinz Hausheer, Hans Peter Walter (Hrsg)**, Berner Kommentar, ZPO, Band I: Art. 1-149 ZPO, Bern 2012, Art. 58 Nr. 62.

¹⁰ Türk Medeni Kanunu, kamu düzenini ilgilendiren bazı durumlarda (m. 89, 138,146, 291, 293, 294, 298) istisnai olarak Cumhuriyet Savcısına dava açma yetkisi vermektedir. Esasen, burada gerçek anlamda bir istisna söz konusu değildir. Çünkü hâkim burada da kendiliğinden değil, savcının talebi üzerine davaya bakmaktadır (**Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 400; **Pekantez/Atalay/Özekes**, s. 352; **Kuru, Usul**, C. II, s. 1918; **Ercan**, s. 34, dn. 138), **Ulukapı** s. 113..

¹¹ Mahkeme iştirak nafakasına resen karar verebilir ise de, talep olduğu takdirde talepten fazlasına karar veremez 2. HD., 30.04.2012, E. 2012/7103, K. 2012/11219; Tedbir nafakası talep eden ve yoksulluk nafakası talep etmeyen eşe lehine resen yoksulluk nafakasına karar verilmesi usule aykırıdır., 2. HD., 04.07.2012. E. 2912/331; K. 2012/18546 NO. 6; Davacının talebinden daha fazla tedbir ve yoksulluk nafakasına hükmedilemeyeceği konusunda 2. HD., 17.12.2012, E.2012/13272, K. 2012/3050 (Kararlar için bkz. **Ateş, Mustafa**, HMK Yargıtay İlke Kararları, 1. Cilt, Ankara 2014, s. 271 vd.).

¹² **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 199 – 200; **Ercan**, s. 50–51; Bu konuda başka bir örnek de Kadastro Kanunu m. 28'de düzenlenmiştir (Bkz., **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 200 dn. 2).

¹³ **Ercan** s. 51. dp. 250.

hüküm hakkındaki müzakere zamanına kadar ayrılık davasına dönüştürülebileceği düzenlenmiştir.

Ayrılık davasının boşanma davasına dönüştürülüp dönüştürülemeyeceği konusunda ise, ZGB’de açık bir düzenleme bulunmamakta idi. İsviçre hukukunda bu hususun kanton usul kanunlarına bırakıldığı kabul edilmekteydi. Federal Medeni Usul Kanunu bu konuda da açık bir düzenleme öngörmüştür. Gerçekten İsvZPO m. 294/2’de boşanma davaları gibi, ayrılık davalarının da hüküm hakkında müzakere yapılmaya kadar boşanma davası şeklinde değiştirilebileceği açıkça düzenlenmiştir.

Türk hukukunda ise, boşanma davasının ayrılık davasına dönüştürülmesi ıslaha bile gerek olmadan kabul edilmektedir¹⁴. Buna karşılık ayrılık davasının boşanma davasına dönüştürülüp dönüştürülememesi konusu tartışmalıdır. Yılmaz kendiliğinden araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda ıslaha gerek olmadığını belirtip boşanma davalarını bu kapsamda görmektedir¹⁵ Kanaatimce hakim boşanma yerine ayrılığa kendiliğinden karar verebilirken, ayrılık davasında kendiliğinden boşanma karar veremediği için, ayrılık davasının ıslaha gerek olmadan boşanma davasına dönüştürülmesi mümkün olmalı, buna karşılık ayrılık davasının boşanma davasına dönüştürülmesi ancak genel hükümler (karşı tarafın muvafakati veya ıslah) çerçevesinde mümkün olmalıdır.

Buna karşılık, dava açıldıktan sonra tasarruf ilkesine bazı istisnalar getirilmiştir. TMK m. 184/3’e göre, tarafların boşanma veya ayrılık davasının dayandığı olguların varlığı konusundaki her türlü ikrarları hakimi bağlamaz. Bu hükümle bağlantılı olarak, boşanma davasının dayandığı olgular hakkında taraflara yemin de önerilemez. İkrar geçerli olmadığına göre, yeminden kaçınma ikrar sayılacağına göre ikrarın da geçerli olmaması doğaldır.

Ayrıca TMK m. 184/2’ye göre, hakim, boşanma ve ayrılık davasının dayandığı olgular hakkında gerek resen, gerek istem üzerine taraflara yemin öneremez. Öncelikle HUMK’un resen teklif olunan yemine ilişkin düzenlemeleri HMK’ya alınmadığı için hükümdeki “...gerek resen..” lafzının bir anlamı kalmamıştır. Diğer taraftan bu düzenlemeyi teyit bağlamında HMK m. 226/1a’ya göre de tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri konularda yemin teklif edilemeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Bu nedenle,

¹⁴ Bkz., **Ercan** s. 52 ve orada atıf yapılan yazarlar.

¹⁵ **Yılmaz, Ejder**, Medeni Yargılama Hukukunda Islah, 6100 HMK’na göre değiştirilmiş 3. Bası, Ankara 2011 s. 95.

boşanma davalarında yemin teklif edilmeyeceği hususu gerek öğreti¹⁶ ve gerekse uygulama¹⁷ tarafından kabul edilmektedir.

TMK m. 184/3'e göre ise, tarafların boşanma ve ayrılık davasının dayandığı olgular hakkındaki her türlü ikrarları hakimi bağlamaz¹⁸. Söz konusu hükme göre, taraflar boşanma sebebi olarak gösterdikleri vakıaları ikrar etmiş olsalar bile hakim bu vakıaların doğruluğunu araştırmak zorundadır¹⁹.

Bu hükümler çerçevesinde tarafların davayı sona erdirmeye imkanları olan feragat, kabul ve sulhun boşanma davalarında geçerli olup olmayacağı hususunun değerlendirilmesi gerekir.

Davadan feragat, evlilik birliğinin devamını sağladığı için her zaman mümkündür²⁰.

Buna karşılık kabul ve sulh konusunda sınırlamalar vardır.

Kabul prensip olarak geçerli olmamakla birlikte²¹, TMK 166, III son cümlede önemli bir istisna öngörülmüştür. Söz konusu hükümde anlaşmalı boşanma halinde tarafların ikrarlarının hakimi bağlamayacağına ilişkin hükmün uygulanmayacağı açıkça düzenlenmiştir²². Ancak, bu durumda dahi hâkimin önemli yetkileri vardır. Gerçekten, hâkimin boşanma kararı verebilmesi için, tarafların gerçek iradelerinden emin olması; bunun için hâkimin tarafları

¹⁶ Bkz., **Yılmaz, Ejder**, Medeni Yargılama Hukukunda Yemin, Ankara 1989, s. 93.

¹⁷ **Yılmaz-Yemin**, s. 93'teki Yargıtay Kararı.

¹⁸ Yukarıda da ifade edildiği gibi, İsviçre'de 2000 yılında yapılan değişiklikten sonra söz konusu hüküm ZGB m. 139'a alınmamıştır.

¹⁹ "Tarafların boşanma konusundaki her türlü ikrarları hakimi bağlamaz. Tarafların duyuma dayalı beyanları hükme esas alınmaz" 2. HD., 24.02.2004, 1259/2260 (**Gençcan, Ömer.Uğur**, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu, Madde 1-184, 2. Baskı, Ankara 2007, s. 1607). "Boşanma davalarında, tarafların bu konudaki her türlü ikrarları hakimi bağlamaz. (TMK md. 184/3) Taraflara delilleri sorulup, toplanarak sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken taraf beyanları ile yetinilerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir" 2. HD., 01.06.2009, 8577-10443 (**Gençcan, Ömer Uğur**, 6100 Sayılı HMK Hükümlerine Göre Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku, 1. Baskı, Ankara 2013, s. 1437; Aynı şekilde Yargıtay'a göre, zina sebebiyle açılan bir davada davalının zina yaptığını ikrar etmesi tek başına hukuki sonuç doğurmaz. Zina fiilinin işlendiğini gösteren delil olması gerekir (2. HD., 10.09.2001, 9914-11437). (**Gençcan**, s. 1447).

²⁰ **Akyol Aslan, Leyla**, Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat, Ankara 2011, s. 294.

²¹ „Diğer taraftan, terk sebebine dayanan boşanma davasında, davalının "davayı kabul" beyanının sonuca etkili olmadığı (TMK.md.184/1-3) unutulmamalıdır." (HGK 13.02.2008 Tarih, 2008/2-136 Esas, 2008/117 K.); **Ermeneç, İbrahim**, Medeni Usul Hukukunda Davayı Kabul, Ankara 2009, s. 20.

²² Söz konusu hükmün Anayasa aykırı olmadığına (özellikle ailenin korunmasına ilişkin 41. Maddeye) ilişkin olarak bkz., Anayasa Mahkemesinin 15.05.2008 Tarih, 2005/26 E. 2008/105 K. Sayılı Kararı.

duruşmada dinlemesi gerekir. Ayrıca, hâkimin, tarafların boşanmanın mali sonuçları ve çocukların durumu hakkında anlaşmalarını onaylaması gerekir²³.

Keza TMK m. 166, IV' e göre de, 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.

Yargıtay'a göre fiili ayrılık durumunda mahkeme taraflardan kanunun öngördüğü süre içerisinde bir araya gelmedikleri konusunda delil ibraz etmelerini isteyemez; mahkeme bu durumda tarafların ikrarları ile fiili ayrılık süresinin dolduğunu tespit etmekle yetinmesi gerekir²⁴.

Fiili ayrılık durumunda dahi hakimin en azından TMK m. 166, III çerçevesinde tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığından emin olması gerektiğinin şüphe etmemek gerekir²⁵.

ZGB m. 111' de anlaşmalı boşanma²⁶, 115'te de fiili ayrılıktan dolayı²⁷ boşanma sebepleri öngörüldüğü için yukarıda açıklamalar İsviçre hukuku için de geçerlidir²⁸.

İsviçre hukukunda ayrıca İsvZPO m. 279/1'de de boşanma davalarında uyuşmazlığın sona erdirilme durumunda sınırlamalar getirilmiştir. Gerçekten boşanma davalarında kabul davaya sonlandırmamaktadır. Sadece boşanma davasının anlaşmalı davaya dönüştürülmesi mümkündür²⁹. Aynı şekilde boşanmanın mali sonuçları konusunda anlaşmalar da hakimin denetimine tabidir (Art. 279/1 ZPO).

2. Alman Hukukunda

Tasarruf ilkesinin ilk aşaması için bir sınırlandırma yoktur. Başka bir ifade, aile hukukundan doğan davalarda³⁰ da davanın davacı tarafından açılması gerekir. Hâkimin kendiliğinden uyuşmazlığı çözmesi mümkün değildir³¹.

²³ Bu konuda bkz. **Ercan**, s. 56 vd.; **Akıntürk, Turgut.**, Türk Medenî Hukuku, İkinci Cilt, Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, Yenilenmiş 9. Baskı, İstanbul 2004, s. 273-274).

²⁴ **HGK.**, 28.06.2006 T., 2006/2-488, 2006/480 (Corpus).

²⁵ **Umar, Bilge.** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011, s. 115.

²⁶ Anlaşmalı boşanma ayrıca İsvZPO m. 285'te de açıkça düzenlendiği için, ZGB Art. 112 yürürlükten kaldırılmıştır.

²⁷ 2004 yılında yapılan değişiklikle fiili ayrılık süresi 4 yıldan 2 yıla indirilmiştir.

²⁸ **Ercan** s. 55.

²⁹ **BernerKomm-Hurni**, Art. 58 Nr. 85.

³⁰ Alman hukukunda, boşanma davalarında davacı, davalı, dava dilekçesi kavramları yerine, talepte bulunan, karşı taraf ve talep kavramları kullanılmaktadır (§ III ZPO; Yeni (§ 113/5 FamFG) . Bunun daha çok psikolojik nedenlere dayandığı; bununla, tansiyonu daha düşük bir yargılama amaçlandığı

Alman hukukunda da TMK m. 170/3'e benzer bir düzenleme bulunmaktadır. Gerçekten hakim, evliliğin devamı konusunda somut belirtiler bulunması halinde, evliliğin devamının sağlanması için kendiliğinden boşanma davasının ertelenmesine karar verebilir (FamFG 136'ya (§ 614 aZPO). Ancak eşlerin bir yıldan daha uzun süre ayrı yaşamaları halinde, hakim eşlerin rızalarının hilafına davanın ertelenmesine karar veremez. Boşanma talebinde bulunan eşin talebi halinde de hakim, davanın ertelenmesine karar vermek zorundadır. Erteleme süresinin, kural bir yıldan daha uzun, üç yıllık fiili ayrılıktan sonra açılan boşanma davalarında ise altı aydan daha uzun olmaması ve sadece bir defa daha tekrarlanması gerekir.

Ayrıca özel istisnalar haricinde³² Medeni Usul Kanununun (ZPO) asliye mahkemelerine uygulanan yargılama ilkelerine ilişkin hükümleri boşanma davalarında da geçerli olduğundan (§ 113 I cümle 2) mahkeme, tarafların talep etmesi ve barışma ihtimali bulunması gibi önemli sebeplerin bulunması halinde yargılamayı § 521 ZPO çerçevesinde tatil de edebilir³³.

Diğer davalarda geçerli olan dava değiştirmeye ilişkin genel şartlar boşanmada davalarda uygulanmaz (Art. 113 IV Nr. 2 FamFG). Buna göre sözlü yargılamanın bitmesine kadar talepte bulunan veya karşı talepte bulunan taleplerinde belirttikleri sebepleri ve taleplerini genişletebilir ve değiştirebilirler. Keza boşanma talep eden eş evliliğin iptalini isteyebilir veya tersi söz konusu olabilir³⁴.

FamFG m. 113'te davayı değiştirme şartlarına ilişkin hükümlerin yanında duruşmaya gelmeyen tarafın bağlı olduğu sonuçlara ilişkin hüküm ile sulh, ikrar ve kabule ilişkin hükümlerinin evlilik işlerinde uygulanmayacağı açıkça hükme bağlanmıştır.

Buna göre, evliliğe ilişkin davalarda kabul ve ikrar hâkimi bağlamaz (§ 113/4,5,6 FamFG). Bunlar, hâkim tarafından delilleri serbestçe değerlendirme yetkisi çerçevesinde sadece emare olarak değerlendirilir³⁵. Buna karşılık feragat,

belirtilmektedir (Bkz. **Bergerfurth, B.**, Das Ehescheidungsverfahren und die anderen Eheverfahren, 11. Auflage, Essen 1998, Nr. 86; **Giessen, D.**, Familienrecht, 2. Auflage, Tübingen 1997, 381; **Ercan**, s. 42; Bu kavramların kullanılmasının eleştirisi için bkz., **Schlosser, P.**, in: Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung, § 622, 21. Auflage, Band 5/2, Tübingen 1993, Nr. 2.

³¹ **Ercan**, s. 42 vd.

³² ZPO'nun hangi hükümlerinin aile hukukundan doğan davalarda uygulanmayacağı hususu özellikle FamFG'nin § 113 III ve IV üncü fıkralarında tek tek sayılmıştır.

³³ Rosenberg/Schwab/Gottwald § 166 Nr.45.

³⁴ Rosenberg/Schwab/Gottwald § 166 Nr.45.

³⁵ **Stein/Jonas/Schlosser**, § 617, Nr. 3; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 164, Nr. 60; **Walter**, in: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 2. Auflage München 2000, § 617, Nr. 2; **Stückelbrock, B.**, Die Kollision von Prozessmaximien im Scheidungsverbundverfahren, Köln, Berlin, Bonn, München 1996, s.92.

diğer davalarda olduğu gibi boşanma ve evliliğin iptali davalarında da geçerlidir³⁶. Sulh anlaşması da, evliliğe ilişkin davalarda davayı doğrudan sonra erdirmez; sadece davanın veya karşılık davanın geri alınması ya da kanun yollarına başvurmadan feragat olarak sonuç doğurabilir³⁷.

Alman hukukunda boşanma davası görülmekte iken taraflardan birisi ölürse, § 239 ZPO'da § 246'dan farklı olarak yargılamanın ertelenmesi yoluna gidilmez; aksine dava tarafların herhangi bir talebine bağlı olmadan sonlandırılır (§ 131 FamFG). Mirasçılarla ancak yargılama giderlerinden sorumluluğun tespiti konusunda yargılama yapılabilir³⁸.

3. Avusturya Hukuku

Avusturya hukukunda boşanma davalarında geçerli olan yargılama ilkeleri konusunda anlaşmalı boşanma ile anlaşmalı olmayan boşanma ayrımı yapılmaktadır.

Anlaşmalı boşanma durumunda Evlilik Kanunu m. 55a uygulanır. Anlaşmalı olmayan boşanma davaları için başta Avusturya Medeni Usul Kanunu (AvZPO) m. 460 ve 483a olmak üzere Evlilik Kanunu ile başka kanunlarda düzenlemeler öngörülmüştür. Bu düzenlemelerde, boşanma davalarının genel yargılama ilkelerinden farklı ilkelere bağlanması kabul edilmiştir.

Tasarıf ilkesi aile hukukuna ait bütün davalarda sınırlandırılmıştır.

Feragat, kabul ve sulhun geçersiz olduğu AvZPO m. 460/9'da düzenlenmiştir. Ancak doktrinde bu hükümlerden feragatin m. 395 AvZPO bağlamında geçerli olmadığı, buna karşılık davanın maddi hukuk açısından geçerli bir feragatten dolayı reddedilmeyeceği şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir³⁹.

Aynı şekilde doktrinde sulhun da geçerli olmayacağı ilkesinin de sınırlı yorumlanması gerektiği, sadece evliliğin devamını tehlikeye düşürecek olan sulh anlaşmalarının geçerli olmayacağı şeklinde anlaşılması gerektiği belirtilmektedir⁴⁰.

³⁶ **MünchKommFamFG-Fischer** § 113 Nr. 25; **Musielak, Hans-Joachim/Borth, Helmut/Grandel, Mahhias**, Familiengerichtliches Verfahren, 1. Und 2. Buch, 4. Neubearbeitete Auflage, München 2013, § 113 Nr. 14; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 164, Nr. 61; **Stein/Jonas/Schlosser** § 617 Nr. 4; **Bergerfurth** Nr. 454; **MünchKommZPO-Walter**, § 617, Nr. 5.

³⁷ **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 164, Nr. 62; **MünchKommFamFG-Fischer** § 113 Nr. 27; **MünchKommZPO-Walter**, § 617, Nr. 9; **Bergerfurth** Nr. 374; **Stein/Jonas/Schlosser** § 617 Nr. 6; **Stichelbrock**, s. 92; **Musielak/Borth/Grandel FamFG** § 113 Nr. 14.

³⁸ **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 166, Nr. 2.

³⁹ **Rechberger, Walter, H./Simotta, Daphne-Ariane**, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, Erkenntnisverfahren, 8. Auflage, Wien 2010, Nr. 965.

⁴⁰ **Rechberger/Simotta** Nr. 965.

Keza kabulün geçerli olmadığı durumlarda ikrarın da boşanma davalarında geçerli olmadığı kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁴¹.

Davayı geri alma da AvZPO m. 483a'da kolaylaştırılmıştır. Buna göre davacı, sözlü yargılamanın bitmesinden sonra da hüküm kesinleşinceye kadar davalının muvafakatiyle davasını geri alabilir⁴².

II. TARAFLARCA GETİRİLME İLKESİ

Taraflarca getirilme ilkesinin boşanma davalarında uygulanması konusunda Türk hukukunda farklı görüşler bulunmaktadır. Ayrıca bu konuda karşılaştırmalı hukuk ile Türk hukuku arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Bu nedenle bu konunun Türk hukuku ile yabancı hukuklarda ayrı ayrı ele alınmasında yarar vardır.

1. Alman Hukuku

Alman hukukunda boşanma davalarındaki dava malzemesinin getirilmesi konusunda sınırlı resen araştırma ilkesi kabul edilmiştir. Nitekim bu konudaki düzenlemeyi içeren FamFG m. 127'nin madde başlığı da "Eingeschraenkte Amtsermittlung"dur. Bu hüküm mülga ZPO m. 616'yı karşılamaktadır.

Bu hükme göre mahkeme karar için gerekli olan vakıaların tespitini resen yapmak zorundadır. Dolayısıyla dava malzemesinin mahkemeye getirilmesi sadece taraflara yüklenmemiştir. Mahkeme evliliğin devamına hizmet edecekse, resen delil toplamak ve tarafları dinledikten sonra taraflarca getirilmeyen vakıaları da dikkate almak zorundadır (evlilik dostu olan vakıalar için). Evlilik düşmanı olan vakıaların dikkate alınabilmesi için boşanma talep edenin bunlara karşı çıkmaması gerekir.

Resen araştırma ilkesinin maddi hukuk meselesi olan ispat yüküne bir etkisi yoktur. Davanın yeteri kadar aydınlanmaması halinde boşanma davalarında da ispat yükünün kime düştüğü konusunda karar verilmesi mümkündür. İspat yükü ile ilgili temel ilkeler burada da geçerlidir⁴³.

Boşanma davalarında mahkeme, taraflarca ileri sürülmeyen ancak bir şekilde haberdar olduğu vakıaları dikkate alabilecektir. Hakim tarafların getirmedikleri vakıalar hakkında, dinlenen bir şahidin ifadesinden veya resmi kurumları dinlemesinden bilgi sahibi olabilir⁴⁴.

⁴¹ Rechberger/Simotta Nr. 965.

⁴² Fasching, Hans, W., Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts, Wien 1984, Nr. 2337.

⁴³ MÜncKomm FamFG m. 127 Nr. 9.

⁴⁴ MÜncKomm FamFG m. 127 Nr. 12.

Boşanma davalarında resen araştırma ilkesi ile ilgili § 127 FamFG'nin ikinci ve üçüncü fıkralarında sınırlamalar öngörülmüştür.

İkinci fıkrada resen araştırma ilkesinin sınırlandırılması konusunda evlilik dostu ve evlilik düşmanı olan vakıalar konusunda ayırım yapılmaktadır.

Mahkeme evlilik dostu olan vakıaları resen araştırmak zorundadır. Şu halde evlilik dostu olan yani evliliğin devamını sağlayan vakıaların resen araştırılması gerekir. Burada resen araştırma ilkesi sınırlandırılmış değildir. Evliliğin devamını sağlayan vakıalara örnek olarak, tarafların yeniden birlikte olmak beklentisi, ayrılık süresinin geçmemiş olması, eşlerin aynı çatı altında birlikte yaşadıklarını gösteren hususlar, çocukların menfaatleri gösterilebilir. Mahkeme bu vakıaları sınırlama olmadan araştırmak ve resen dikkate almak durumundadır⁴⁵.

Buna karşılık evlilik düşmanı olan, yani tarafları boşanmaya götürecek olan vakıaların resen araştırılması için, boşanma talep eden eşin buna karşı çıkmamasına bağlıdır. Buna göre boşanma talep eden eş itiraz etmediği sürece evlilik düşmanı olan vakıalar da resen dikkate alınmalıdır. İtiraz bir usul işlemi olarak kabul edilmektedir. İtiraz açıkça veya kapalı olarak yapılabilir. Mesela boşanma talep eden eşin, evlilik düşmanı olan vakıalarla çatışan vakıalar ileri sürmesi itiraz olarak nitelendirilebilecektir. Bu itiraz hakkı ile boşanma talep eden eşe, boşanma sebebini belirleyebilme imkanı sağlanmaktadır. İtiraz için avukat ile temsil zorunluluğu aranmaz⁴⁶.

§ 127 FamFG'nin üçüncü fıkrasındaki sınırlama ise eşlerin mahremiyetlerinin korunması amacıyla matuftur. Buna göre, BGB m. 1568'te öngörülen hususların mahkeme tarafından dikkate alınabilmesi için, bu hususların boşanmayı istemeyen eş tarafından ileri sürülmüş olması gerekir. BGB m. 1568'e göre eğer boşanma, boşanmayı kabul etmeyen eş olağanüstü sebeplerden dolayı katlanamayacak duruma sokarsa mahkeme boşanma kararı veremez. İşte bu olağanüstü sebeplerin mahkeme tarafından dikkate alınabilmesi için bunların, buna dayanacak ve boşanmayı istemeyen eş tarafından ileri sürülmesi gerekir. Bu hükümle olağanüstü güç durumda olan eşin bu özel durumunun ancak onun tarafından ileri sürülmesi ilkesi kabul edilmiştir.

Zamanında ileri sürülmeyen iddia ve savunmaların akıbeti § 115'te düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, kendiliğinden araştırma ilkesinin tam olarak uygulandığı davalarda zamanında ileri sürülmeyen iddia ve savunma imkanlarının zamanından ileri sürülmemesi nedeniyle reddedilmeleri mümkün değildir. Buna karşılık boşanma davalarında sınırlı araştırma ilkesi geçerli

⁴⁵ MÜncKomm FamFG m. 127 Nr. 17.

⁴⁶ MÜncKomm FamFG m. 127 Nr. 19.

olduğundan, bu davalarda zamanında ileri sürülmeyen iddia ve savunma imkanları hakimin kanaatine göre yargılamayı geciktirecekse ve gecikme ilgili tarafın ağır kusuruna dayanıyorsa mahkeme tarafından reddedilebilir. Aynı hüküm eski § 615 ZPO'da da mevcuttu. Alman hukukunda söz konusu hükmün yorumlanmasında evlilik düşmanı ve dostu olan vakıalar ayırımı yapılmakta, söz konusu sınırlamanın evlilik dostu olan vakıalar için geçerli olmadığı kabul edilmekteydi⁴⁷.

2. İsviçre Hukuku

İsvZPO Art. 55'te prensip olarak taraflarca getirilme ilkesi kabul edilirken, ikinci fıkrada Kanunlardaki istisnai durumlarda vakıaların mahkeme tarafından resen tespit edileceği ve hakimin resen delile başvurabileceği ifade edilmiştir.

Bu ilkeler konusunda istisnalar genelde aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda görülmektedir. Gerçekten İsvZPO m. 296/1 ve 3'e göre, çocuklar ile ilgili konularda mahkeme vakıaları kendiliğinden araştırmak ve tarafların talepleriyle bağlı olmadan karar vermek durumundadır. Buna göre, babalık davası, velayet, çocukla kişisel ilişki kurulması ve çocuğa bağlanacak nafaka konusunda sınırlı olmayan resen araştırma ilkesi geçerlidir⁴⁸.

Buna karşılık ZGB Art. 139'u esas itibariyle karşılayan hüküm İsvZPO Art. 277'dir. Söz konusu hüküm boşanma davalarında özel düzenleme öngörmüştür. Bu hükme göre mal rejimleri ile iştirak nafakası dışındaki (bu davalarda taraflarca getirilme ilkesi geçerlidir) hususlarda sınırlı⁴⁹ resen

⁴⁷ Bu konuda bkz., **Ercan** s. 67.

⁴⁸ Bkz. **Frankhauser** s. 756.

⁴⁹ İsviçre hukukunda resen araştırma ilkesi, sınırlı olmayan ve sınırlı resen araştırma ilkesi şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Sınırlı olmayan resen araştırma ilkesinde, hakim tarafların getirmedikleri vakıaları da araştırmak ve dikkate almak zorundadır. Buna karşılık sınırlı resen araştırma ilkesinde mahkeme, soru sorma (ancak burada normal yargılamaya güçlendirilmiş (verstaerke Fragepflicht) ve talepleriyle dava malzemesinin tamamlanması konusunda rol almak zorunda olmakla birlikte, taraflar da mahkeme ile birlikte dava malzemesinin getirilmesi konusunda sorumludurlar. Ayrıca genel yargılamada mahkemenin soru sorması için iddia-savunma ve delillerin tamlığında ciddi şüphe olması gerekirken, burada ise mahkemenin soru sorması için bunun gerçekleşmesi şart değildir. Kanunda sınırlı olmayan için " zu erforschen" kavramı kullanılırken, sınırlı olanı ise "...das Gericht stellt den Sachverhalt fest" şeklinde formüle etmektedir (**Frankhauser**, s. 757 dp. 19; **Thomas Sutter-Somm, Franz Hasenböhler, Christoph Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Auflage, Zürich 2013**, Art. 55 N. 68 vd.). sınırlı resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda mahkeme, soru sorma ve aydınlatma yükümlülüğünün biraz daha artırmak (ondan biraz daha fazlasını yapmak) zorundadır. Ancak bu farkın uygulama açısından pek önemli olmadığı ifade edilmektedir (**Sutter-Somm** Art. 55 Nr. 71,73). Bununla birlikte resen araştırma ilkesinin her iki çeşidinde de tarafların iddia, somutlaştırma ve ispat yüklerini ortadan kaldırmamaktadır. Bu durumda dahi ceza yargılaması gibi bir araştırma söz konusu olmayacaktır.

araştırma ilkesi geçerlidir. Dolayısıyla boşanma davalarında sınırlı resen araştırma ilkesi geçerlidir⁵⁰.

Çocukla ilgili meselelerde ise sınırlı olmayan resen araştırma ilkesi geçerlidir.

Sınırlı resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda mahkeme resen delillere başvurabilir. İsviçre hukukunda bu düşüncenin daha zayıf olan tarafın korunmasının ön planda olduğu sosyal usul hukuku düşüncesine dayandığı ifade edilmektedir. Keza mahkeme taraflarca ileri sürülmeyen vakıaları da dikkate alabilir ve yine tarafların ileri sürmedikleri delillere dikkate alabilir⁵¹.

İddia ve savunmanın genişletilmesi yasağı İsvZPO m. 229'da düzenlenmiştir. Buna göre dilekçeler teatisi bitinceye kadar veya son inceleme aşamasına (Instruktionsverhandlung'a Art. 226 vd.) kadar taraflar yeni vakıa ve delilleri her zaman ve başka bir şarta bağlı olmadan getirebilirler. Bundan sonra tarafların yeni vakıa ve delilleri getirmeleri belli sınırlamalara⁵² tabidir. Ancak gerek sınırlı gerekse sınırlı olmayan resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda bu yasağın uygulanmayacağı kabul edilmektedir⁵³. Dolayısıyla boşanma davalarında bu yasak geçerli olmayacaktır.

3. Avusturya Hukuku

Evliliğin butlanı ve iptali davalarında resen araştırma ilkesi tam olarak⁵⁴ kabul edilmiştir (m. 460/4 ÖZPO). Buna göre hakim kararı için gerekli olan tüm hususları resen dikkate almak, tarafların karşı çıktıkları deliller de dahil olmak üzere bütün delilleri toplamak durumundadır. Keza teksif ilkesi de bu davalarda geçerli olmayacaktır⁵⁵.

Buna karşılık boşanma davalarında genel yargılama ilkesi olan yumuşatılmış resen araştırma ilkesi geçerlidir⁵⁶.

Ayrıca Avusturya hukukunda, mümkün olduğu ölçünde evliliğin muhafaza edilmesi ilkesi (der Grundsatz des favor matrimonii) geçerlidir.

⁵⁰ Frankhauser s. 753; BernerKomm-Hurni Art. 55 Nr. 71; BernerKomm-Spycher Art. 277 Nr.27 vd.

⁵¹ BernerKomm-Spycher Art. 277 Nr. 30.

⁵² Sonradan yeni vakıaların ileri sürülebilmesi için, ya bunların yasağın başlamasından sonra doğmuş olmaları, ya da yasağın başlamasından önce mevcut olmakla birlikte bunların kabul edilebilir özene rağmen ileri sürülememiş olması gerekir.

⁵³ Frankhauser s. 759 dp. 29; BernerKomm-Spycher Art. 277 Nr.29.

⁵⁴ Rechberger/Simotta Nr. 964.

⁵⁵ Rechberger/Simotta Nr. 965.

⁵⁶ Rechberger/Simotta Nr. 965. Buna karşılık *Fasching* bu davalarda resen araştırma ilkesinin geçerli olmayacağını ifade etmektedir (*Fasching* Nr. 2355).

Son olarak Avusturya hukukunda anlaşmalı boşanma davalarında mevcut eşyaların paylaşılması, velayet ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin hususlar nizasız kaza hükümleri çerçevesinde değerlendirilmektedir.⁵⁷

4. Türk Hukuku

HMK m. 25'e göre taraflarca getirilme ilkesi, kanunda öngörülen istisnalar dışında hakimin iki taftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamamasını ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamamasını ifade eder. Kanunda belirtilen durumlar dışında hakim kendiliğinden delil toplayamaz. Bu ilkenin bir sonucu olarak hakim tarafların ileri sürmediği vakıaları kendiliğinden araştıramaz. Hâkim, tarafların getirmiş oldukları dava malzemesine göre karar vermek durumundadır.⁵⁸

Aile hukukundan doğan davaların hukuk yargılamasındaki diğer davalara olan farkı, dava malzemesinin getirilmesinde kendini daha çok göstermektedir. Gerçekten medenî usul hukukunda kural olarak taraflarca getirilme ilkesi geçerli iken, aile hukukundan doğan bazı davalarda daha çok bu ilkenin istisnası (karşıtı) olan kendiliğinden araştırma ilkesi geçerlidir.⁵⁹ Meselâ babalık davası (TMK m. 284/2) ile nesebin reddi davasında kendiliğinden araştırma ilkesi geçerlidir. Bu davalarda hâkim, tarafların ileri sürdükleri vakıa ve delillerle bağlı olmayıp, kendisi de vakıaları araştırabilir, delilleri inceleyebilir. Bunun dışında, bu davalarda iddianın ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı geçerli değildir.⁶⁰

Boşanma davalarında ise hangi ilkenin geçerli olduğu konusunda fikir birliği bulunmamaktadır. Doktrinde genellikle kendiliğinden araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalara boşanma davaları örnek olarak gösterilmektedir.⁶¹

Buna karşılık doktrinde başka bir görüşe hakimin tarafların talepleri ve ileri sürdükleri delillerle ilgili olarak boşanma davasında karar verebileceğinden, bu davalarda sınırlı resen araştırma ilkesinin geçerlidir.⁶²

Umar, bir Neuchatel Kanton Mahkemesi kararını dayanak göstererek, boşanma isteme hakkını ortadan kaldıran vakıalar bakımından, resen araştırma

⁵⁷ Kodek, Georg E./Mayr, Peter, G., Zivilprozessrecht, Wien 2011, s. 308.

⁵⁸ Kuru, Usul, C. II, s. 1918; Pekcantez/Atalay/Özekes, s. 363; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 201; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 400; Üstündağ, s. 240. Bu ilkenin eleştirisi için bkz., Umar, s. 108 vd.

⁵⁹ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 403; Pekcantez/Atalay/Özekes, s. 208; Üstündağ, s. 250; Bkz., Tanrıver, s. 95.

⁶⁰ Kuru, Usul, C. II, s. 1924; Pekcantez/Atalay/Özekes, s. 196; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 403.

⁶¹ Karşlı, s. 317; Kuru-Usul C. II, s. 1924; Ulukapı s. 116; Yılmaz s. 94; Üstündağ, s. 250; Bkz., Tanrıver, s. 95. Alangoya ise, E MK 150'deki hükümlerle hakimin dava malzemesini resen temin edeceği yolunda bir düzenleme bulunmadığını ifade etmektedir (Alangoya s. 134).

⁶² Pekcantez/Atalay/Özekes, s. 367; Sungurtekin-Özkan, s. 82.

ve nazara alma yetkisinin olduğunu, buna karşılık boşanma isteme hakkının var olup olmadığı konusunda mahkemenin pasifliği ilkesinin geçerli olduğunu belirtmektedir⁶³. Böylece Umar, boşanma davalarında uygulanacak ilke açısından Alman ve İsviçre hukuklarında geçerli olan evlilik dostu ve düşmanı vakıa ayırımı yapmaktadır.

Karşılaştırma hukukta, hukuk yargılamasında boşanma davaları dışında kalan diğer davalar açısından bile taraflarca getirilme ilkesi tartışılırken⁶⁴, Türk hukukunda boşanma davalarını diğer davalardan ayırmadan taraflarca getirilme ilkesini geçerli olduğunu belirtmek uygun değildir. Diğer taraftan boşanma davalarında resen araştırma ilkesinin tam olarak geçerli olacağına ilişkin hukuki dayanakları da ortaya koymak zordur. Yukarıda da ifade edildiği gibi, karşılaştırma hukukta sınırlı araştırma ilkesi kavramına, evlilik dostu ve evlilik düşmanı olan vakıalara göre bir değer atfedilmektedir. Türk hukukunda ise Umar dışında bu şekilde bir ayırımdan söz edilmemektedir.

Türk Medeni Kanununun 184 üncü maddesinde boşanma davalarına ilişkin bazı usul hükümleri öngörülmüştür. Buna göre hâkim, boşanma veya ayrılık davasının dayandığı olguların varlığına vicdanen kanaat getirmediği, bunları ispatlanmış sayamaz; hakim bu olgular hakkında taraflara yemin teklif edemez; tarafların bu konudaki ikrarları hakimi bağlamaz. Bu nedenle özellikle boşanma davalarında geçerli olan usul kurallarını ortaya koyarken HMK m. 25'in yanında TMK m. 184'deki hükümlerin de göz önünde bulundurulması gerekir.

Buna göre, öncelikle Türk hukukunda da boşanma davası açan davacının davasının dayanağı olan vakıaları mahkemeye getirmesi gerekir. Mahkemenin kendiliğinden vakıaları araştırması ve dikkate alması mümkün değildir. Ancak mahkeme taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu davalardan farklı olarak tarafların getirmiş oldukları vakıaları hükmüne esas almak zorunda değildir. Bu olguların mahkeme tarafından hükme esas alınabilmesi için mahkemenin bunların doğruluğuna vicdanen kanaat getirmesi gerekir. İşte mahkeme bu vicdani kanaate ulaşmak için, tarafların getirmiş oldukları vakıalar çerçevesinde resen delil elde edebilmesi gerekir. Örneğin

⁶³ Bu şekilde Umar, Alman ve İsviçre hukuklarında geçerli olan evlilik düşmanı ve dostu vakıa ayırımı yapmaktadır (**Umar** s. 114).

⁶⁴ Taraflarca hazırlama ilkesi yerine hakim ve tarafların işbirliğine dayalı işbirliği ilkesi (Kooperationsmaxime) geçerli olması gerektiği konusunda Wassermann, *Der Soziale Zivilprozess*, 1978, Hahn, *Kooperationsmaxime im Zivilprozess?* 1982; **Karlı** s. 322 vd.; **Deren-Yıldırım, Nevhis**, Hâkimle Tarafların İşbirliği İlkesi ve Yarattığı İdeolojik Çağrışımlar, 75. Yaş Günü için Baki Kuru'ya Armağan, Ankara 2004, s. 817 vd. Diğer taraftan Avusturya hukukunda ise, yumuşatılmış resen araştırma ilkesi geçerli kabul edilmektedir (Bu konuda bkz., **Rechberger/Simotta** Nr. 404 vd.).

dinlediği bir tanık ifadesinde öğrendiği bir hususun doğruluğu konusunda vicdanen kanaat getirmek için, resen delil toplayabilmelidir.

Ayrıca karşılaştırma hukuklarda olduğu gibi Türk hukukunda da hakimin aktifliği ve pasifliğinin dikkate alınacak vakianın evlilik dostu veya düşmanı vakia olmasına göre belirlenebileceği kanaatindeyim. Buna göre, tarafların boşanmalarına neden olacak vakıaların getirilmesi ve delillerin toplanması açısından taraflarca hazırlama ve taleple bağlılık ilkeleri geçerli olacak iken, buna karşılık evliliği ayakta tutacak vakıalar ve deliller açısından hakimin daha aktif olması gerekir. Boşanma davalarında davalının kabulü hakim için kural olarak bağlayıcı değilken, davacının feragatinin sonuç doğurması bu hususu teyit etmektedir.

Hiç şüphesiz her durumda TMK m. 166/3 ve 166/4'teki hükümler de hakim için bağlayıcı olacaktır.

III. TARAFLARIN DURUŞMADA BİZZAT HAZIR BULUNMALARI

1. Türk Hukuku

Mahkemenin boşanmaya karar verebilmesi için, boşanma sebeplerinin varlığı konusunda tam bir kanaate sahip olması gerekir. Hakimin bu kanaate ulaşabilmesi için tarafları bizzat dinlemesi büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle mahkemenin çok önemli bir mazeret olmadığı sürece tarafları bizzat dinlemesi gerekir.

Kaldı ki TMK m. 166/2'ye göre; “Evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde, evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu halde boşanma kararı verilebilmesi için, hakimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır.” Şu halde anlaşmalı boşanma davalarında hakimin tarafları bizzat dinlemeden boşanma kararı vermemesi gerekir. Bu davalarda istinabeyi kapalı tutmak doğru olmamakla birlikte, hakimin mümkün olduğu kadar istinabeye başvurmaması gerekir. Örneğin taraflar mahkemenin bulunduğu şehirde oturmamakla birlikte, oturdukları yer yakın oturuyorlarsa mahkemenin tarafları bizzat duruşmaya çağırmasında yarar vardır.

2. Alman Hukuku

Boşanma davasının her iki tarafı da duruşmaya gelmezse ZPO 251'ya göre hareket edilmesi gerekir. Boşanma talep eden taraf gelmezse, boşanma talebi geri alınmış olarak kabul edilir⁶⁵.

Karşı taraf gelmezse gıyap hükümleri uygulanmayacaktır. Boşanma talep eden eşin talebinin ispatlaması gerekir. Dava konusu olguların tam olarak açığa çıkması için mahkeme tarafları duruşmaya çağırarak ve onları dinlemek zorundadır. Bu konuda mahkemenin takdir yetkisi yoktur. Ancak buradan mahkemenin karar verebilmesi her halükarda de tarafları dinlemek zorunda olduğu sonucu çıkartılmaması gerekir. Karşı taraftaki eşin dinlenmesi mümkün değilse; mesela yerleşim yeri bilinmediği veya duruşmalara gelmeme konusunda ısrar ettiği için, o zaman mahkeme onun yokluğunda da karar verebilecektir. Ayrıca tarafların istinabe yoluyla da dinlenmesi mümkündür (§ 128, III FamFG). Duruşmaya gelmeyen taraf para cezası ile duruşmaya getirmek için zorlanabilir⁶⁶.

3. Avusturya Hukuku

Avusturya hukukunda da önemli bir sebep olmadığı sürece, mahkemenin tarafları bizzat dinlemesi gerekir.

IV. ALENİYET İLKESİ

İsviçre hukukunda, İsvZPO Art. 54/4'ta açıkça aile hukukundan doğan davalarda aleniyet ilkesinin geçerli olmayacağı ifade edilmiştir. Söz konusu hüküm, davanın aile hukukundaki davalarda davanın taraflarının yargılamanın aleni yapılmaması konusunda, yargılamanın aleni yapılmasındaki kamu menfaatinden daha önce geldiği varsayımına dayanmaktadır⁶⁷.

Alman aile hukukuna ilişkin davalarda yargılama kural olarak aleni değildir. Ancak tarafların talepleri üzerine mahkeme yargılamanın aleni yapılmasına karar verebilir (§ 170 GVG)⁶⁸

Avusturya hukukunda, AvZPO Art. 460/3'te boşanma davalarında duruşmanın aleni olmadığı açıkça hükme bağlanmıştır.

Türk hukukunda ise boşanma davalarında yargılama kural olarak alenidir⁶⁹. Ancak mahkeme taraflardan birinin istemi üzerine duruşmanın gizli

⁶⁵ Rosenberg/Schwab/Gottwald § 166 Nr.46 vd.

⁶⁶ Rosenber/Schwab/Gottwald § 166 Nr. 59 vd.

⁶⁷ BernerKomm-Hurni, Art. 54 Nr. 33; **Thomas Sutter-Somm, Franz Hasenböhler, Christoph Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Auflage, Zürich 2013 Art. 54 Nr. 20 vd.**

⁶⁸ Rosenberg/Schwab/Gottwald § 166 Nr. 35.

yapılmasına karar verebilir. Olması gereken hukuk açısından boşanma davalarının kural olarak gizli yapılması gerektiği kanaatindeyim⁷⁰.

V. YARGILAMA GİDERLERİNDEN SORUMLULUK

Mukayeseli hukukta boşanma davalarında yargılama giderlerinden sorumluluk konusunda da genel ilkelerden farklı düzenlemeler öngörülmüştür. Bu konuda farklı düzenlemelerin öngörülmesinin nedeni, boşanma davalarında tarafların davacı veya davalı olmalarının tesadüfü olması gösterilmektedir⁷¹.

İsv.ZPO Art.107 Abs. 1 lit. C'ye boşanma davalarında mahkeme yargılama giderlerinden sorumluluk konusunda genel ilkelerden saparak, takdir yetkisi çerçevesinde karar verebilir. İsviçre hukukunda bu hükmün yorumlanması konusunda tartışmalar bulunmaktadır. Bir görüşe bu davalarda öncelikli olarak genel ilke (m. 106) geçerlidir; hakim özel durumlarda takdir yetkisine göre yargılama giderlerine hükmedebilir. Buna karşılık ağırlıklı görüş, mahkemenin ikincil olarak değil, öncelikli olarak takdir yetkisine göre yargılama giderlerine karar vermesi gerektiği yönündedir⁷².

Alman hukukunda da FamFG § 150'da boşanma davalarında yargılama giderlerinden sorumluluk konusunda genel hükümlerden ayrı düzenlemeler öngörülmüştür. Söz konusu düzenlemeye göre, boşanma davasının kabulü halinde, davanın kimin tarafından açıldığına bakılmaksızın kural olarak tarafların yaptıkları giderler onlar üzerinde bırakılır. Mahkeme boşanma davasının reddine karar verirse veya davacı davasının geri alırsa, o zaman giderler davacıya yükletilir. Anlaşmalı boşanma davalarında da tarafların yaptıkları masraflar üzerlerine bırakılır. Ayrıca söz konusu hükmün dördüncü fıkrasında yukarıda belirtilen şekilde yargılama giderlerine hükmedilmesinin hakkaniyete uygun olmayacağı durumlarda mahkemeye yargılama giderlerinden sorumluluk konusunda başka bir şekilde de karar verme konusunda takdir yetkisi tanınmıştır⁷³.

Alman ve İsviçre hukuklarının aksine Türk hukukunda boşanma davalarında yargılama giderlerinden sorumluluk konusunda özel bir düzenleme öngörülmemiştir. Dolayısıyla davayı kaybedenin yargılama giderlerinden sorumlu olacağına ilişkin HMK m. 326'daki temel ilke boşanma davaları için de

⁶⁹ Bu konuda bkz., **Konca, Kurt, Nesibe**, Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi, Ankara 2009.

⁷⁰ **Tanriver**, s. 95; **Konca, Kurt, Nesibe**, Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi, Ankara 2009, s. 241.

⁷¹ Bu konuda bkz., **Ercan, İbrahim** Einige Überlegungen Hinsichtlich Der Kostenentscheidung im Scheidungsverfahren, SÜHFD., C. 21, S. 1 s. 265 vd.

⁷² Bkz. **Frankhauser, Roland**, Das Scheidungsverfahren nach neuer ZPO, FAMPRÄ, 2010, s. 754-755).

⁷³ Ayrıntılı bilgi için bkz., **Ercan-Kosten** s. 271 vd.

uygulama alanı bulmaktadır. Diğer taraftan tarafların davada kısmen haklı çıkması halinde, yargılama giderlerinin haklılık oranında paylaşılmasına ilişkin HMK m. 326/2'deki hükmün de boşanma davalarında kısmen haklı kısmen haksız olunması mümkün olmayacağı gerekçesiyle uygulanmayacağı kabul edilmektedir⁷⁴. Bununla birlikte olması gereken hukuk açısından Alman ve İsviçre hukuklarında olduğu gibi Türk hukukunda boşanma davalarında yargılama giderlerinden sorumluluk konusunda genel kuraldan farklı bir düzenlemenin öngörülmesinin uygun olacağı; söz konusu düzenlemeye kadar, HMK m. 326/2'ye dayanarak anlaşmalı boşanma davalarında yargılama giderlerinin tarafların üzerinde bırakabileceği kanaatindeyim⁷⁵.

D. SONUÇ

Almanya'da aile ve boşanma davalarına ilişkin usul hükümleri başlangıçta Medeni Usul Kanununda (ZPO) düzenlenmişken, daha sonra bu konuya ilişkin özel bir kanuna (FamFG) alınmıştır. İsviçre hukukunda bu hükümler Federal Medeni Usul Kanununda (İsvZPO) düzenlenmiştir. Avusturya hukukunda ise, bu hükümler ağırlıklı olarak Avusturya Medeni Usul Kanununda (AvZPO) düzenlenmekle birlikte bu konuda Aile Kanununda da (EG) önemli hükümler öngörülmüştür.

Türk hukukundaki düzenleme mukayeseli hukukta örnekleri verilen hiçbir sisteme uymamaktadır. Medeni Kanunumuzda İsviçre Federal Medeni Kanunun ilk halinde bulunan hükümler aynen muhafaza edilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu hazırlanırken aile hukukuna ilişkin düzenlemelerin İsviçre Federal Medeni Usul Kanununda olduğu gibi Hukuk Muhakemeleri Kanununda düzenleme fırsatı maalesef değerlendiril(e)memiştir.

Olması gereken hukuk açısından Alman hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da aile hukukundan doğan davalara ilişkin yargılama usulünün toplu olarak özel bir kanunda düzenlenmesinin daha uygun olacağı; bu bağlamda boşanma davalarında en azından evlilik dostu olan vakıalar açısından resen araştırma ilkesi geçerli olmalı, yargılama gizli yapılmalı ve yargılama giderlerinden sorumluluk konusunda özel hükümler sevkedilmelidir⁷⁶.

⁷⁴ HGK 1.4.1972, in: İKİD 1972/141, 1460; 2. HD 29.4.1971, in: RKD 1971/8, 326; **Kuru, Baki**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı, İstanbul 2001, Cilt V, s. 5334.

⁷⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz., **Ercan-Kosten** s. 277.

⁷⁶ Bkz. Ayrıca, **Ercan**, s. 29; **Berkin, N. M.**, Bericht zu den Erläuterungen über den Ehescheidungsprozess im türkischen Zivil- und Zivilprozessrecht, in: Analas de La Faculte de Droit D'Istanbul, İstanbul 1978, s. 139 vd.; **Tanriver** s. 95.