MİHBİR
Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Birliği

Teşekkür Belgesi

Doç. Dr. Tolga AKKAYA

Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı ve Türkiye İnşaat Sanayicileri İşveren Sendikası (İNTES)'nın desteğiyle Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Birliği (MİHBİR) tarafından 4-5 Ekim 2019 tarihlerinde ATGV Antalya Eğitim ve Sosyal Tesisinde düzenlenen ***"Özel Mahkemeler ve Özel Mahkemelerdeki Yargılama Usulü"*** *konulu Geleneksel XVII. MİHBİR Toplantısına tebliğ sunmak suretiyle desteğiniz için teşekkür ederiz.*

Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Birliği
Organizasyon Komitesi Adına
Prof. Dr. Selçuk Öztek

Türk Medeni Uṣûl ve İcra İflâs Hukukçuları Birliği

XVII. TOPLANTI
(4-5 Ekim 2019 / ANTALYA)

"Özel Mahkemeler ve Özel Mahkemelerdeki Yargılama Usulü"

Haziran - 2021

Türk Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Birliği

"Özel Mahkemeler ve
Özel Mahkemelerdeki Yargılama Usulü"

Adalet Bakanlığı Yayınları: 8

Yayına Hazırlayan	Adalet Bakanlığı Mevzuat Genel Müdürlüğü
Adres	Vekaletler Cad. No:6 B Blok Kat 3 06659 KIZILAY / ANKARA
Telefon	0 (312) 417 77 70
Elektronik İletişim	mgm@adalet.gov.tr www.mgm.adalet.gov.tr
Baskıya Hazırlık ve Tasarım	Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı
Adres	Emniyet Mahallesi, Mevlana Bulvarı No:36 Kat: 13 - 14 - 15 – 16 Yenimahalle / ANKARA
Telefon	0 (312) 204 11 29
Elektronik İletişim	edb@adalet.gov.tr www.edb.adalet.gov.tr
Baskı ve Cilt:	**EMSAL MATBAA TANITIM** Hiz. San. ve Tic. Ltd. Şti. Bahçekapı Mah. 2477. Cad. No:6 Etimesgut/Ankara Tel: +90 312 278 82 00 - Faks: +90 312 278 82 30 Etimesgut V.D. : 3340992742 Sertifika No: 46753

Yazıların hukuki sorumluluğu yazarlara aittir. Yazılarda öne sürülen görüş ve tezler sadece yazarları için bağlayıcıdır. Kitapta yayımlanan yazılar, kaynak belirtilmek suretiyle alıntılanabilir.

ÖNSÖZ

Bu kitap Türk Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Birliğinin 2019 yılında yapılan "Özel Mahkemeler ve Özel Mahkemelerdeki Yargılama Usulü" konulu 17. Toplantısında tartışılan bilimsel tebliğlerin metinlerini ve toplantı tutanaklarını içermektedir.

Geçtiğimiz yüzyılın ikinci yarısından itibaren özel mahkemelerin sayısı ve önemi diğer Avrupa ülkelerinde olduğu gibi Türkiye'de de artmıştır. 1 Mayıs Adli İnkılabının yapıldığı 1924 yılı itibarıyla hukuk mahkemelerimiz asliye hukuk ve sulh hukuk mahkemelerinden ibaret olup istinaf mercii ile birlikte 1860 yılından beri görev yapan ticaret mahkemeleri de kapatılmıştı. Ancak özel mahkemelerin olmadığı bu dönem uzun sürmemiş; Adalet Bakanlığı iki yıldan kısa bir süre içinde 469 sayılı Kanunun 2. maddesinin verdiği yetkiyi kullanarak büyük yerlerdeki asliye hukuk mahkemelerinde ticaret ve ayrıca ahkâmı şahsiye daireleri kurmuş; bu mahkemelerde sırasıyla 1926 tarihli Ticaret Kanunu'na göre ticari muamele sayılan işlerden doğan davalar ile kişiler hukuku, aile hukuku ve miras hukukuna ilişkin davalara bakılmıştır.

İzleyen senelerde de yeni ihtiyaçlar ortaya çıktıkça yeni mahkemeler kurulmuş olup 1963 yılına gelindiğinde Türk mahkemeler teşkilatı içinde yer alan özel mahkemeler; iş mahkemeleri, icra tetkik mercileri, gezici arazi kadastro mahkemeleri, kadastro mahkemeleri, toprak mahkemeleri ve köy mahkemeleri olarak sayılabilmekteydi. Prof. Dr. Baki Kuru o yıl *"Nizalı Kaza"* başlığı altında yayımladığı teksir edilmiş ders notlarında *"özel mahkeme"* kavramını şu şekilde açıklamaktaydı: *"Muayyen kimseler arasındaki ihtilaflara veya muayyen bir nev'i ihtilaflara bakmak üzere kurulmuş olan mahkemelere özel mahkemeler diyoruz. Bunların iş sahası genel değil özeldir. Şahıs veya konu itibariyle tahdit edilmiştir. Özel mahkemeler sadece kendilerine kanunla verilmiş olan iş sahasına dahil olan davalara bakarlar. Bunun dışındaki davalara bakmak genel mahkemelere aittir. Bundan başka, bir yerde ayrı bir özel mahkeme kurulmamışsa (mesela iş azlığı veya hâkim azlığı sebepleriyle) o özel mahkemenin işlerine de genel mahkemeler (sulh veya asliye) tarafından bakılır. Özel mahkemelerin kuruluşu, işleyişi ve yargılama usulü genel mahkemelere nazaran bazı başkalıklar arzeder."*

Bugün Kuru'nun 1963 yılında yapmış olduğu özel mahkeme tanımı geçerliliğini muhafaza etmekte, fakat özel mahkemeler ihtisas alanları bakımından farklılaşmış bulunmaktadır. Bugün itibariyle adli yargıda ihtisaslaşmış hukuk mahkemeleri; aile mahkemeleri, fikri ve sınai haklar hukuk mahkemeleri, kadastro mahkemeleri, icra mahkemeleri, iş mahkemeleri ve tüketici mahkemeleridir. TTK m.5, fıkra 2 hükmüne göre münhasıran deniz ticareti ve deniz sigortası hukuk uyuşmazlıklarından doğan davalara bakan asliye ticaret mahkemesi daireleri de birer özel mahkeme sayılabilir. Asliye hukuk ve asliye ticaret mahkemeleri arasındaki ilişkinin görev ilişkisi haline gelmesinden ve sulh hukuk mahkemelerinin görevinin parasal sınıra dayalı olarak belirlenmesi usulünden vazgeçilmesinden sonra asliye ticaret mahkemeleri ve sulh hukuk mahkemelerinin de özel mahkeme sayılıp sayılmayacağı konusunda ise görüş farklılıkları bulunmaktadır.

ve delillerin araştırılması bakımından takibi talebe bağlı çekişmesiz y
işlerinde farklılık göstermektedir. Çekişmesiz yargı işlerinde yargıl
malzemesinin temininin tamamen mahkemeye ait olması, ka
düzeninden sayılan çekişmesiz yargı işleri için uygulanmalı; talebe b
işlerde ise talepte bulunan ilgilinin de yargılama malzemesini mahkem
sunma yükümlülüğü kabul edilmelidir. Talepte bulunan ilgili, vakıaların
delillerini mahkemeye iletmeli, ancak ilgilinin daha sonra yeni vakıaları
delillerini yargılamaya getirmesine re'sen araştırma ilkesine göre
verilmelidir.

Ayrı bir çekişmesiz yargı kanunu yapılmalı, bu kanunda çekişme
yargıda yargılama usûlüne ilişkin genel hükümler ve özel hüküm
bulunmalıdır. Çekişmesiz yargı işleri nitelikleri göre ayrılmalı, nitelikler
göre ayrım yapılırken öncelikle alanlarına göre ayrılmalı, aile hukuku, tica
hukuku gibi...Aynı alanda farklı nitellikteki çekişmesiz yargı işlerine fa
usûl hükümleri öngörülebilir. Örneğin, aile hukukuna ilişkin çekişme
yargı işlerinden olan terk eden eşin ortak konuta davet edilmesi, do
üzerinden görülebilecek bir iş iken, hukuki durumu önemli bir şekil
etkileyen evlilik birliğinin korunması önlemlerine karar verilmesi, duruşm
yapılarak ilgililerin dinlenilmesini gerektiren bir iştir.

AİLE MAHKEMELERİNDE BOŞANMA YARGILAMASINA İLİŞKİN TESPİT VE ÖNERİLER

Doç. Dr. Tolga Akkaya*
(Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

I- BOŞANMA YARGILAMASINDA BAŞLICA USUL HÜKÜMLERİ

4787 sayılı Kanun'da aile yargılamasına ilişkin düzenlemeler az sayıda olup bunlar aile mahkemelerinin görevini (A. Mah. K. m. 4), aile mahkemelerindeki uzmanları (A. Mah. K. m. 5) ve aile mahkemelerinde sulhe teşviki düzenlemektedir (A. Mah. K. m. 7/I).

Türk Medeni Kanunu'nda ise aile boşanma yargılamasına ilişkin başlıca hükümler anlaşmalı boşanmayı (TMK m. 166/III), davanın konusunu (TMK m. 167), boşanma davasında yetkili mahkemeyi (TMK m. 168), boşanma yargılamasında geçici önlemleri (TMK m. 169), boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölmesi halinde yargılamaya devam edilmesini (TMK m. 181), boşanma yargılamasında verilecek kararları (TMK m. 170), boşanma yargılama usulünü (TMK m. 184) düzenlemektedir.

Türk Hukuku boşanma yargılamasına ilişkin düzenlemeler bakımından İsviçre Hukukundan etkilenmiş ve tıpkı 2011 yılında İsviçre Federal Usul Kanunu yürürlüğe girmeden önce orada olduğu gibi boşanma davasına ilişkin usul hükümlerini TMK'da düzenlemiştir. Bu arada geçen dönemde 2001 yılında TMK, 2003 yılında Aile Mah. K., 2011 yılında HMK yeni önemli ve yeni düzenlemeler olarak yürürlüğe girmiş olmasına rağmen başta boşanma yargılaması olmak üzere aile hukukuna ilişkin hususlardaki usul düzenlemeleri konusunda pek değişiklik yapılmamıştır. Bu bağlamda örneğin, görev ve sulhe teşviki koruyucu ve önleyici önlemler Aile Mah. K.'da, yetki, geçici önlemler, uygulanacak özel usul hükümleri vb. konular TMK'da, diğer birçok usul hükmü ise HMK'da düzenlenmiştir.

Boşanma yargılamasına ilişkin usul hükümlerinin hangi kanunda düzenlenmesi gerektiği bir tercih sorunu olup bu konuda yapılacak yeni bir düzenlemede karar verilebilir. Ancak dikkate edilmesi gereken önemli husus bu düzenlemelerin mümkün olduğunca aynı kanun içerisinde yer almasına özen gösterilmesidir. Zira farklı zaman dilimlerinde ve farklı mevzuatlarda aynı konuya ilişkin yapılan düzenlemeler konunun bütüncül ve kapsamlı şekilde ele alınmasına engel olmuştur. Bu nedenle boşanma yargılamasına ilişkin usul hükümleri hakkında yeni bir düzenleme yapılmalı ve usul

* Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku ABD, Bu çalışma MİHBİR'in 5-6 Ekim 2019 tarihleri arasında yapılan toplantısında sunulan sözlü tebliğ metnidir.

hükümlerinin aynı kanun içerisinde yer almasına özen gösterilmelidir. Boşanma yargılamasına ilişkin özel düzenlemelerin tümü Aile Mahkemeleri Kanunu gibi özel bir kanunda toplanabilir.

Aşağıda boşanma yargılamasına ilişkin önemli gördüğümüz başlıca konularda mevcut duruma ve karşılaştırmalı hukuktaki uygulama örneklerine ilişkin tespitlerimiz ile olması gereken hukuk bakımından önerilerimiz ortaya konulmuştur.

II- ANLAŞMALI BOŞANMA

Boşanma yargılaması bakımından TMK'da da değişiklik yapılmak suretiyle anlaşmalı boşanma aslî boşanma yargılaması olarak düzenlenmelidir. İstatistiklere göre açılan boşanma yargılamalarının %44,5'i anlaşmalı boşanma talebiyle başlamaktadır. Bu taleplerin hangi oranda anlaşmalı boşanma ile sonuçlandığı istatistiklerden tam olarak anlaşılamamaktaysa da başvurunun anlaşmalı boşanma yoluyla yapılmış olması dahi önemli bir veridir. Kusura dayalı ve boşanma davasını esas alan bir sistemde dahi taraflar anlaşmalı boşanmayı büyük oranda tercih etmekteyse bu konuya ilişkin usul hükümlerinin de daha detaylı ve öncelikli olarak düzenlenmesi gerekir.

Türk hukukunda anlaşmalı boşanma TMK'da tek bir madde içinde bir paragraf olarak düzenlenmiştir. Kanımızca yetersiz olan bu düzenleme geliştirilerek, anlaşmalı boşanmanın hukuki niteliği, anlaşmalı boşanmaya başvuru, anlaşmalı boşanma uyulması gereken usul kuralları daha ayrıntılı olarak düzenlenmelidir.

Hukukî niteliği tartışmalı olmakla birlikte, anlaşmalı boşanma yargılaması kanımızca bir çekişmesiz yargı işidir. Yeni bir düzenleme yapılması halinde kanunda bu husus açıkça düzenlenmelidir. Anlaşmalı boşanmada taraflar arasında yapılacak anlaşmanın içeriği (unsurları); anlaşmalı boşanmanın, boşanmanın feri sonuçları bakımından tam veya kısmi anlaşma şeklinde mümkün olup olmadığı; başvurunun hangi şekilde yapılacağı ve dilekçenin içeriği, tarafların nasıl dinleneceği (birlikte veya ayrı ayrı ya da bir kez veya birden fazla); tarafların boşanmanın sonuçları konusunda anlaşamaması durumunda yargılamaya devam edilip edilmeyeceği, edilecekse nasıl bir yol izleneceği, dava açılması için taraflara süre verilip verilmeyeceği; anlaşmalı boşanmada mahkeme kararına karşı kanun yoluna hangi sebeplerle başvurulabileceği (boşanma ve boşanmanın sonuçları bakımından farklı düzenleme yapılması gerekip gerekmediği); kanun yolları (istinaf, temyiz) konusunda bir sınırlama olup olmayacağının tartışılması ve kanunda bu konularda düzenleme yapılması fayda sağlayacaktır.

III- BOŞANMA YARGILAMASINA HAKİM İLKELER

A- Boşanma Yargılamasında Dava Malzemesinin Toplanması Bakımından Geçerli İlke

Medenî Kanunun boşanma yargılamasını düzenleyen usûl hükümleri, hükmün oluşumunu etkileyen tarihsel nedenler, hükmün düzenlenme yeri ve şekli ile kamu yararı düşüncesiyle birlikte ortaya çıkan ihtiyaç dikkate alınarak değerlendirildiğinde, boşanma davasında sınırlı re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu kanısındayız[1].

Medenî Kanundaki usûl hükümlerine yakından bakıldığında, taraflarca getirilme ilkesine gerçek anlamda istisna teşkil eden üç durum söz konusudur. Bunlardan biri, hâkimin boşanma davasının dayandığı olguların varlığına vicdanen kanaat getirmedikçe bu vakıaları ispatlanmış sayamaması (TMK m. 184, I, b. 1), ikrarın hâkimi bağlamaması (TMK m. 184, I, b. 3) ve yemin teklif etme imkânının bulunmamasıdır (TMK m. 184, I, b. 2).

Hâkimin vicdani kanaatine göre karar vermesi, boşanma yargılamasında kesin deliller ile bağlı olmadığını vurgulamak için ayrıca ve özel olarak düzenlenmiştir. Hüküm usûl hukukundaki genel kuralın tekrarı gibi gözükmekteyse de kanımızca bu düzenleme ile boşanma ve ayrılık davasında hiçbir delile kesin delil vasfı tanınmamış ve vicdani delil sistemi kabul edilmiş, başka bir deyişle kesin delil sisteminin geçerli olmayacağı öngörülmüştür.

Boşanma yargılamasında yemin önerilememesinin sebebi hâkimin takdir yetkisinin taraflarca kısıtlanmasını engellemektedir. Kanun koyucu, boşanma veya ayrılığın dayanağı olan, boşanma sebebi olabilecek vakıalar bakımından yemine konu olan vakıaların dahi hâkim açısından bağlayıcı olmadığını öngörmüştür. Dolayısıyla tarafların bu yolla dava malzemesini oluşturma, dava malzemesi üzerinde tasarrufta bulunma ve istenen hukukî sonuca ulaşma (tasarruf) yetkileri sınırlandırmıştır. Diğer yandan boşanmaya engel vakıalar bakımından ise bu tür bir sınırlama bulunmadığından, bunların yemine konu olabileceği ve yemin teklifinin sonucunun hâkim bakımından bağlayıcı olacağı kanısındayız.

İkrarın vakıaları çekişmeli olmaktan çıkaracağı (HMK m. 187, II) ve ispata gerek kalmayacağı (HMK m. 188, I) yönündeki usûl kuralları boşanma sebebi olan vakıalar bakımından uygulanmamaktadır. Bununla beraber, ikrarın bağlayıcı olmaması, tarafların birbirlerini doğrulayan ve destekleyen beyanlarının dikkate alınmayacağı veya alınmaması gerektiği anlamına gelmemektedir. Karara esas alınacak vakıaların tespitinde diğer delillerle

---

[1] Bu konudaki görüşler hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Akkaya, T., Medeni Usul Hukuku Bakımından Boşanma Davası, Ankara 2017, s. 84 vd. Ercan, İ., Richter und Parteien im Scheidungsverfahren, Eine rechtvergleichende Studie zum deutschen, schweizerischenund türkischen Recht, München 2000; Taraflarca getirilme ilkesi bakımından bkz. Ercan, İ., "Boşanma Davalarında Geçerli Olan Yargılama İlkeleri", Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı-XII, HMK Çerçevesinde Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler, SDÜHFD, MİHBİR Özel Sayısı, C. 4, S. 2, Y. 2014, (s. 249-269), s. 260 vd. (Ercan, Boşanma).

birlikte kuşkusuz taraf beyanları da dikkate alınmalıdır. Tarafların beyanları geçinemedikleri konusunda bir fiili karine olarak kabul edilebilir.

Sınırlı re'sen araştırma ilkesine göre hâkim, boşanmanın dayanağı olan vakıaları, ancak taraflarca ileri sürülmesi hâlinde 184 üncü maddenin çizdiği sınırlar içinde dikkate alabilir. Buna karşılık, evlilik birliğinin korunması ve sürdürülmesine yarayan vakıalar, başka bir deyişle boşanmaya engel sebepler ise taraflarca ileri sürülmese dahi re'sen dikkate alabilir. Ancak burada hâkim kendiliğinden vakıaların araştırılmasına girişmez. Hâkimin boşanmaya engel vakıaları kendiliğinden hükmüne esas alabilmesi için, bunların taraflarca ileri sürülen vakıalardan, mahkemeye ibraz edilen delillerden ve aydınlatma ödevi kapsamında taraflara sorulan sorulara alınan cevaplardan anlaşılabilmesi gerekir.

B- Boşanma Davasında Tarafların Duruşmaya Bizzat Katılma Yükümlülüğü

Türk hukukunda anlaşmalı boşanmada tarafların duruşmaya bizzat katılması zorunludur. Buna karşılık çekişmeli boşanmada tarafların duruşmaya bizzat katılması kanunda bir şart olarak öngörülmemiştir.

Boşanma davasına sebep olan vakıaları bizzat yaşayan kişiler aynı zamanda davanın da tarafı olduklarından, hâkim tarafları dinlemeden boşanma sebepleri konusunda sağlıklı bir tahkikat ve değerlendirme yapamayacaktır.

Tarafların bizzat yargılamaya ve duruşmalara katılması, hâkimin evlilik birliğinin gerçekten sürdürülebilir olup olmadığı veya eşlerin tekrar bir araya gelme imkânının bulunup bulunmadığı konusunda doğrudan kanaat sahibi olmasını sağlamaktadır.

Olması gereken hukuk bakımından hâkimin tarafları duruşmaya (toplantıya) bizzat davet edebileceği ve tarafların bizzat katılmasının zorunlu olduğu bir düzenleme yapılmalıdır. Hatta buna ilaveten ikrar sonucunu doğurmaması şartıyla tarafların isticvap edilebileceğine yönelik bir düzenleme de yapılmalıdır. İsticvap sadece bir ikrar elde etme aracı değil aynı zamanda boşanma gibi yargılamalarda tarafları bizzat bilgi kaynağı olarak kullanmasına ve davayı aydınlatmasına yarayan bir araç olarak kabul edilmelidir. Vekille temsil edilen taraflar bakımından da bizzat hazır bulunma yükümlülüğü getirilmelidir[2].

Tarafların duruşmaya bizzat katılma yükümlülüğünün gerekçeleri konusunda İsviçre, Alman ve Avusturya hukuklarındaki gerekçeleri aşağıdaki şekilde özetlemek mümkündür.

İsviçre hukukunda, boşanmanın medenî duruma ilişkin statü davaları arasında yer alması, büyük ölçüde kişilik haklarına ilişkin bir yargılama faaliyeti olması, boşanma yargılamasında sınırlı re'sen araştırma ilkesinin geçerli olması, mahkemenin tarafları sulhe teşvik etme ödevinin bulunması, tarafların anlaşmalı olarak boşanmalarına ilişkin özel düzenlemeler nedeniyle boşanma yargılaması boyunca yapılacak tüm mahkeme

---

[2] Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Akkaya, Boşanma, s. 192 vd.; Ayrıca bkz. Ercan, Boşanma, s. 266 vd.

işlemlerinde tarafların bizzat hazır bulunmaları gerekmektedir. Tarafların duruşmaya bizzat katılma zorunluluğunun bulunması avukatla temsil edilemeyecekleri anlamına gelmemektedir. Duruşmada hazır bulunan tarafların dinlenmesi, eşler arasındaki evlilik hakkında açık ve net bir fikir sahibi olabilmesi ve boşanma sebepleri konusunda olabildiğince doğru bir sonuca varılabilmesi bakımından hâkimin elindeki en önemli araç olarak kabul edilmektedir. Tarafların bu bağlamda mahkemede bizzat hazır bulunmaları, velayetin düzenlenmesi konusundaki re'sen araştırma ilkesinin de bir gereğidir. Ancak burada da tarafları bizzat duruşmaya katılmaya zorlamak mümkün değildir. Mahkeme tarafın haklı bir mazeret göstermeksizin duruşmaya bizzat katılmamasını delillerin değerlendirilmesi aşamasında dikkate almalıdır. İsviçre hukukunda anlaşmalı boşanmada tarafların bizzat duruşmada hazır bulunması, anlaşmalı boşanmanın maddi hukuk bakımından aranan geçerlilik şartlarından biridir. Bu kuralın istisnası tarafın bu kuralı uygulamayacak kadar hasta veya yaşlı olması ya da tarafın duruşmaya katılmasını imkânsız veya anlamsız kılan diğer önemli bir sebebin bulunmasıdır. Örneğin, tarafın psikiyatri kliniğinden tedavi görmesi veya ceza evinde bulunması. Tarafın dinlenmesi mümkün ancak mahkemeden uzaktaysa istinabe yoluyla veya teknolojik araçlarla da dinlenebilir.

Alman hukukunda da tarafların duruşmaya bizzat katılması şartı bulunmaktadır (FamFG m. 12). Aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda bizzat tarafların kendilerinin uyuşmazlık konusu hakkında en önemli bilgi kaynağı olması, doğası gereği boşanma yargılamasının büyük ölçüde kişilik haklarını ilgilendirmesi nedeniyle, tarafların kişisel bakış açılarının öğrenilmesi önem arz etmesi; hakimin boşanmanın dayanağı olan vakıalar hakkında doğrudan bilgi ve kanaat sahibi olması; re'sen araştırma ilkesinin etkin şekilde uygulanması ve dava konusu olayların tam ve ayrıntılı olarak açıklığa kavuşması; tarafları aydınlatmasına, tarafların barışmaya teşvik edilmesine, çocuğun menfaatlerinin korunması konusunda tarafların bilgilendirilmesine ve tarafların alternatif uyuşmazlık çözüm yolları kapsamında uzlaştırmaya, arabuluculuğa veya aile danışmanlığına yönlendirilmesine hizmet edilmesi ilkenin kabul edilmesi gerekçeleri arasında sayılmaktadır.

Alman hukukunda, tarafın dinlenmesi mahkemenin takdirinde değildir. Sınırlı sayıdaki istisnai hâller dışında, hâkim her halükârda tarafları dinlemelidir. Tarafın dinlenmesi (*Anhörung*) bir duruşma değildir. Bu nedenle tarafların dinlenmesi sırasındaki açıklamaları usûl hukuku bakımından ne bir talep ne de delil olarak değerlendirilebilir. Tarafların dinlenmesi bir delil ikame faaliyeti de değildir. Boşanma yargılamasında kural olarak avukatla temsil zorunluluğu bulunmasına rağmen, mahkemenin tarafları dinlemek için davet etmesi hâlinde avukatla temsil gerekli olmadığı gibi caiz de değildir. İlk derece mahkemesinde tarafların bizzat davet edilmesi ve dinlenmesi kuralına aykırı işlem yapılması, önemli bir usûl hatası olarak kabul edilmektedir ve bu nedenle kanun yolu mahkemesinin dosyayı ilk derece mahkemesine göndereceği öngörülmüştür (§ 117 Abs. 2; FamFG; § 538 Abs. 2 Nr. 1 dZPO). Duruşmada hazır bulunmayan taraf bakımından, sorgulanmak için davet edilen tanığın duruşmaya gelmemesi hâlinde uygulanan kurallar geçerlidir (§ 128 Abs. 4 FamFG). Davet edildiği halde duruşmada hazır bulunmayan taraf sebep olduğu yargılama

giderlerini ve 5 ilâ 1000 Euro arasında bir para cezasını ödemeye mahkûm edilir. Tekrarı halinde cebren duruşmaya getirilmesi de emredilebilir.

Avusturya hukukunda, evlilik birliğinin korunması (*favour matrimonii*) ilkesinin de bir sonucu olarak tarafların uzlaştırılabilmesi için girişimde bulunmakla yükümlüdür. Bu kapsamda hâkimin taraflara duruşmada bizzat hazır bulunmayı emretme ve tarafların da duruşmaya bizzat katılma yükümlülüğü bulunmaktadır (§ 460 Abs. 1 öZPO). Eğer boşanma talep eden taraf bizzat duruşmaya katılmazsa, karşı tarafın (davalının) talep etmesi hâlinde, davanın geri alınması sebebiyle boşanma davası açılmamış sayılır (§ 460 Abs. 5 öZPO). Her iki taraf da duruşmaya katılmazsa yargılama en az üç ay süreyle ertelenir ve ancak bu süre sona erdikten sonra taraflardan birinin talebi üzerine yargılamaya devam edilebilir.

C- Aleniyet/Gizlilik İlkesi

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki genel düzenlemeye göre, aleniyetin kaldırılacağı hâller genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin gerektirdiği hâllerle sınırlanmış ve bu konuda hâkime takdir yetkisi tanınmıştır. Örneğin, boşanma davasında eşlerin aile mahremiyetinin, cinsel yaşamının açıklanması tehlikesi varsa, taraflar talepte bulunmasa dahi hâkim re'sen duruşmaların gizli yapılmasına karar verebilir.

Aleniyet ilkesine ilişkin bu genel sınırlandırmanın yanı sıra, TMK'ya göre, boşanma davasında taraflardan birinin talep etmesi hâlinde, hâkim duruşmanın gizli yapılmasına karar verebilir (TMK m. 184, I, 6). Boşanma eşlerin özel yaşamlarıyla ilgili olduğundan, Anayasa gereğince özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağından (AY m. 20), kanun koyucu boşanma davalarında bir tarafın talepte bulunmasını gizlilik kararı verilebilmesi bakımından yeterli görmüştür.

Ancak Aile Mah. K.'da sulh görüşmelerinde aleniyetin geçerli olup olmayacağına ilişkin bir düzenleme öngörülmemiş, bu konuda TMK'nın aile hukukuna ilişkin usûl hükümlerine ve HMK'ya atıfta bulunmakla yetinilmiştir. Mülga HUMK'un 1963 yılında yürürlükten kaldırılan sulh teşebbüsü ve evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümlerinin uygulanmasında dahi gizlilik ilkesi esas alınmış[3] ve açık düzenleme yapılmış iken uzmanlık mahkemesi olarak kurulan ve uzun süredir görev yapan aile mahkemelerinde uygulanan yargılama kuralları içinde bu ilkeye yer verilmemiştir. Bu durum toplumsal gelişmeye ve bugünün değerlerine uygun değildir.

Sonuç olarak, boşanma yargılamasında hâkim taraflardan birinin talebi üzerine gizlilik kararı verebilir, ancak hâkimin re'sen gizlilik kararı

---

3 Yürürlükten kaldırılan 1086 sayılı HUMK'un sulh teşebbüsüne ilişkin 1963 yılında yürürlükten kaldırılan 497'nci maddesinin ikinci fıkrasına göre, "Sulh teşebbüsü sulh hâkiminin odasında karı ve koca yalnız olarak hafiyen icra olunur". Bkz. https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc005/kanuntbmmc005/kanuntbmmc00501086.pdf, E.T. 1.6.2020.

verebilmesi için HMK'nın aleniyetin kaldırılmasına ilişkin olarak aradığı genel sebeplerden birinin somut olayda var olması gerekir.

Boşanma yargılamasında gizlilik kararı ile korunan, tarafların kişisel veya ailevi sırlarıdır ve korunan menfaatler daha ziyade bireyseldir veya aile hayatına ilişkindir. Oysa HMK'nın aleniyetin kaldırılmasına ilişkin genel hükmü, kişilerin özel yaşamından ve kişilik haklarından ziyade genel ahlâk ve kamu güvenliği gibi kamu yararını ilgilendiren menfaatleri korumaya yöneliktir.

Boşanmada, tarafların özel hayatlarının ve sırlarının yargılama yoluyla topluma açık hale getirilmesi, kişilik hakkı veya özel hayatın gizliliği gibi, uluslararası sözleşmelerde ve Anayasada güvence altına alınan temel hakları ihlal etmektedir.

Temel hak ve hürriyetlere ilişkin olması nedeniyle doğrudan uygulanma imkânı bulunan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine göre (m. 6/I), boşanma yargılamasını yürüten mahkeme, yargılamanın aleni olmasının tarafların özel hayatının gizliliğine veya küçüğün üstün yararına zarar vereceği kanaatindeyse, taraflardan birinin veya küçüğün talebi üzerine ya da re'sen yargılamanın bir bölümün veya tamamını gizli yürütülmesine karar verebilir. Özellikle çocukları ilgilendiren veya çocukların dinlenmesini gerektiren durumlarda, çocuk davanın tarafı olmamakla birlikte, çocuğun zarar görmemesi ve menfaatlerinin korunması bakımından çocuğun da gizlilik talebinde bulunabileceği kanısındayız.

Olması gereken hukuk bakımından, sadece boşanma yargılamasında değil, ailenin korunmasına ve çocuğun üstün yararının korunmasına yönelik tüm yargılama faaliyetlerinin kural olarak gizli olması kabul edilmeli ve bu konuda kanunda açık düzenleme yapılmalıdır[4]. Özellikle boşanmada, tarafların özel hayatlarının ve sırlarının yargılama yoluyla topluma açık hale getirilmesi, kişilik hakkı veya özel hayatın gizliliği gibi, uluslararası sözleşmelerde ve Anayasada güvence altına alınan temel hakları ihlal etmektedir.

Aile mahkemesinin tarafları sulhe teşvik etmesi öngörülmüş olup sulh müzakereleri bakımından da yapılacak düzenlemeyle mutlak gizlilik ilkesi kabul edilmelidir. Duruşmaların gizli yapılması evlilik birliğini korumaya da hizmet edebilecektir.

Boşanma yargılaması sonunda boşanma kararı verilmemesi veya eşlerden birinin davasından feragat etmesi hâlinde, tarafların sırlarının ve özel hayatlarının duruşmalarda ilgisiz üçüncü kişilerce öğrenilmesi aileye daha fazla zarar vermektedir. Bu durumda tarafların sulh olması veya davacının davasından feragat etmesi olasılığı daha da azalmaktadır.

Boşanma yargılamasında gizlilik ilkesinin kabul edilmesinin amaçları kişinin özel hayatının gizliliğini, çocukları korumak ve üçüncü kişilerin yargılamayı izlemesi hâlinde tarafların yaşayacakları çekinceler nedeniyle gerçeklerin gizlenmesini önlemektir.

---

[4] Ayrıntılı açıklamalar ve görüşler için bkz. Akkaya, Boşanma, s. 166 vd.; Kurt Konca, N., Medenî Usûl Hukukunda Aleniyet İlkesi, Ankara 2009, s. 251 vd., s. 305 vd.

Tarafların evlilikleri konusundaki düşünce ve görüşlerini serbestçe açıklayabilmelerine fırsat tanınması gerekli görüldüğünden duruşmalar gizlidir. Böylece tarafların özel hayatlarına ait sırların öğrenilmesinden endişe duymadan gerçeğe uygun olarak görüş ve düşüncelerini açıklamaları mümkün olmaktadır.

	GİZLİLİK	ALENİYET
İSVİÇRE	• Mutlak gizlilik ilkesi geçerlidir. • Ailenin korunması, boşanma, çocuğun korunması • Gizlilik duruşmalar ve hükmün tefhimi bakımından geçerlidir.	• Yakın akrabalar arasında aile hukukundan doğmayan dava ve işler • Eşler arasında aile hukuku dışında açılan sorumluluk davalarında
ALMANYA	• Aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar, mal rejimine ilişkin uyuşmazlıklar, çocukların korunması, nafaka • Duruşmada aleniyet kaldırılmış olmasına rağmen, hükmün açıklanması alenidir. • Aleniyet ilkesinin ihlal edilmesini mutlak bir kanun yolu sebebi olup, ilk derece kararı kaldırılır ve dosya ilk dereceye geri gönderilir.	• Özel hayatın korunması gerekçesiyle gizlilik ilkesi kabul edilmiş ise de hâkim tarafların rızalarını alarak aleni yargılama yapılmasına karar verebilir. • Aleni yargılama yapılabilmesi için hâkimin her iki tarafın da muvafakatini alması gerekir.

D- Boşanma Kararının Bütünlüğü İlkesi

1- Genel Olarak

Boşanma kararının bütünlüğü ilkesi uyarınca, kural olarak, mahkeme boşanma ve boşanmanın sonuçları konusunda, yasada açık bir istisna bulunmadıkça birlikte yargılama yapmalı ve aynı kararla hüküm kurmalıdır. Boşanmanın sonuçları bakımından önemli olan, kişisel veya ekonomik vakıaların iki ayrı yargılamada farklı şekilde değerlendirilmesini engellemektir[5].

Bu ilke sayesinde uyuşmazlıklar hakkında gereksiz yere ayrı ayrı yargılama yapılması, yargılamanın uzatılması ve çelişkili kararlar verilmesi önlenmiş olmaktadır. İlkeyle hem boşanma kararı hem de boşanmanın fer'i sonuçları bakımından önemli olan "kusur" olgusunun, aynı yargılama içinde incelenmesi, tespiti ve değerlendirilmesi amaçlanmıştır.

---

5 Ayrıntılı açıklama için bkz. **Akkaya**, Boşanma, s. 210 vd.; **Gümüş, M., A.**, "Türk Hukukunda Yasal Mal Rejimi Olan Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Çerçevesinde Boşanma Davası; İştirak Nafakası; "Maddî Tazminat ve/veya Yoksulluk Nafakası" ve/veya Manevi Tazminat Talepleri ile Mal Rejiminin Tasfiyesi Talebi Arasındaki İlişki", AÜEHFD, C. IX, S. 3-4, 2005, (s. 383-401), s. 385 vd.; Ayrıca bkz. **Budak, A. C.**, Aile Mahkemelerinde 6100 sayılı Yasa Uygulamaları Semineri Oturum Başkanı Konuşması, İstanbul Barosu Cumartesi Forumları, İstanbul 2013, (s. 13-15), s. 15.

Ayrıca eşler boşanmanın kendileri açısından doğuracağı sonuçları yargılamada görmekte ve buna göre hareket edebilmektedir. Yargılamanın ve kararın bütünlüğü ilkesi aynı zamanda boşanmanın sonuçları konusunda kolaylıkla karar verilebilmesine, boşanmaya karşı koymak konusunda yetersiz kalan tarafın korunmasına hizmet etmektedir. Zira zayıf olan taraf, bu ilke sayesinde, en azından boşanmanın kendisi açısından önemli olan fer'i sonuçları konusunda karar verilmeden boşanmanın gerçekleşmeyeceğinden emin olmaktadır.

Aynı zamanda duygusal bir süreç olan boşanma yargılamasında, sadece hukukî açıdan değil aynı zamanda duygusal açıdan da pratik faydalar sağlamaktadır. Boşanma kararı ile boşanmanın sonuçlarının ayrı yargılamalarda karara bağlanması, pratik olmadığı gibi, insani beklentilere ve hislere de aykırıdır. Örneğin, eşlerden birinin boşanmalarından beş yıl sonra (örneğin evlilik sırasında alınan otomobilin yarısının kendisine ait olduğu gerekçesiyle) katkı payı alacağı davasının açılabilmesi ve bu davanın ayrıca görülmesi hukuki, insani ve ailenin korunması bakımından doğru değildir. Özellikle boşanan eşlerin yeni bir evlilik yaptığı durumlarda daha vahim sonuçlar da ortaya çıkabilecektir.

Boşanma kararının bütünlüğü ilkesi ilk derece mahkemesinde olduğu kadar istinafta da geçerlidir. İlk derece kararında boşanmaya ilişkin kısmın kesinleşmesi boşanmanın sonuçlarına ilişkin kısmın kanun yolu derecesinde incelenmesine engel değildir ve kararın bütünlüğü ilkesi ihlal edilmiş olmaz.

2- İsviçre Hukuku

İsviçre Hukukunda boşanma yargılamasında kural olarak boşanma kararının bütünlüğü ilkesi benimsenmiştir. Boşanma kararının bütünlüğü ilkesi (*Einheit des Entscheids*), İsviçre hukukunda öncelikle Federal Mahkemenin içtihatları ile kabul edilen ve daha sonra kanunla da (Art. 283 sZPO) düzenlenen ilkelerden biridir[6].

Bu ilke uyarınca kanunda öngörülen istisnai hal dışında, mal rejiminin tasfiyesi konusunda da kural olarak boşanma kararıyla birlikte hüküm kurulması gerekmektedir. Boşanma davasına bakan mahkeme, boşanma kararıyla birlikte re'sen boşanmanın çocuğa ilişkin sonuçlarını düzenlemekte, daha sonra eşlerin katılma alacağının tespitine yönelik olarak mal rejimin tasfiyesi hakkında karar vermekte, son olarak boşanmanın eşlere ilişkin mali sonuçları arasında yer alan maddî-manevi tazminat ve yoksulluk nafakası talepleri hakkında karar vermektedir. Boşanma davasında öncelikli olarak eşlerin mal rejiminin tasfiyesi ve katılma alacağının tespit edilmesi, boşanma davasında eşler için ödenecek nafakanın ve tazminatın belirlenebilmesi için gereklidir.

Mal rejimine ilişkin uyuşmazlığın ayrı bir yargılamada çözülebilmesi için önemli nedenlerin bulunması şartı aranmaktadır. Mal rejimine ilişkin uyuşmazlık karmaşıksa ve bu nedenle boşanma talebinin esası hakkında karar verilmesi aşırı şekilde gecikecekse; mal rejimine ilişkin uyuşmazlık hakkında ayrıntılı bir araştırma yapılması gerekliyse ve bu uzun zaman

---

[6] Ayrıntılı bilgi için bkz. Akkaya Boşanma, s. 212-217.

alacaksa, mal rejimine ilişkin uyuşmazlık hakkında ayrı bir yargılama yapılabilmesi için önemli bir neden bulunması şartının gerçekleştiği kabul edilmektedir. Örneğin, eşlerin pek çok malvarlığı unsuru bulunmaktaysa, malvarlıklarının bir bölümü yabancı ülkedeyse veya malvarlıklarının bir bölümü gizlenmişse, eşler malvarlığı hakkında bilgi vermekten kaçınmaktaysa yahut eşlerden biri yargılamayı geciktirecek ve sürüncemede bırakacak davranışlarda bulunmaktaysa (örneğin, malvarlığının tespiti konusunda yeterince işbirliği yapmamaktaysa) mal rejimi ilişkisinin karmaşık olduğu kabul edilmektedir. Mal rejimine ilişkin uyuşmazlığın ayrı bir yargılamada çözülebilmesi için aranan bir başka koşul ise (olumsuz koşul), mal rejimine ilişkin uyuşmazlık hakkında verilen kararın henüz taraflar arasında çekişmeli olan boşanmanın diğer fer'i sonuçları bakımından bir etkisinin bulunmamasıdır.

İlkenin kabul edilme amacı, boşanmanın sonuçları bakımından önemli olan kişisel veya ekonomik vakıaların iki ayrı yargılamada farklı şekilde değerlendirilmesini engellemektir. Uyuşmazlıklar hakkında gereksiz yere ayrı ayrı yargılama yapılması, yargılamanın uzatılması ve çelişkili kararlar verilmesi önlenmiş olmaktadır. Hem boşanma kararı hem de boşanmanın fer'i sonuçları bakımından önemli olan "kusur" olgusunun, aynı yargılama içinde incelenmesi, tespiti ve değerlendirilmesi amaçlanmıştır. Kararın bütünlüğü ilkesi, duygusal bir süreç olan boşanma yargılamasında, sadece hukukî açıdan değil aynı zamanda duygusal açıdan da pratik faydalar sağlamaktadır. Boşanma kararı ile boşanmanın sonuçlarının ayrı yargılamalarda karara bağlanması, pratik olmadığı gibi, insani beklentilere ve hislere de aykırıdır. Örneğin, eşlerden birinin boşanmalarından beş yıl sonra (örneğin evlilik sırasında alınan otomobilin yarısının kendisine ait olduğu gerekçesiyle) katkı payı alacağı davasının açılabilmesi ve bu davanın ayrıca görülmesi hukuki, insani ve ailenin korunması bakımından doğru değildir. Özellikle boşanan eşlerin yeni bir evlilik yaptığı durumlarda daha vahim sonuçlar da ortaya çıkabilecektir.

Boşanma kararının bütünlüğü ilkesi ilk derece mahkemesinde olduğu kadar istinafta da geçerlidir. İlk derece kararında boşanmaya ilişkin kısmın kesinleşmesi boşanmanın sonuçlarına ilişkin kısmın kanun yolu derecesinde incelenmesine engel değildir ve kararın bütünlüğü ilkesi ihlal edilmiş olmaz.

3- Alman Hukuku

Alman hukukunda, boşanma ve boşanmanın sonuçları konusunda birlikte yargılama yapılmalı ve karar verilmelidir (§ 137, Abs. 1 FamFG). Bu ilke uyarınca, kural olarak boşanmayla bağlantılı konular hakkında karar verilmeden önce eşlerin boşanması mümkün değildir[7].

Boşanmaya bağlı sonuçlar kanunda sayılmıştır. Buna göre, emeklilik haklarının denkleştirilmesi, müşterek çocuğun veya kanunen nafaka ödenmesi gereken tarafın nafakası, aile konutu ve aile bütçesi, mal rejimine ilişkin talepler, çocukların velayeti, çocuklarla kişisel ilişki kurulması, çocuğun teslimi (§ 137, Abs. 2-3 FamFG) boşanmaya bağlı sonuçlardır.

---

[7] Ayrıntılı bilgi için bkz. Akkaya, Boşanma, s. 217-219.

Kanunda öngörülen boşanmanın sonuçlarına ilişkin belirli hâllerde, boşanma kararından önce karar verilmesi mümkün değilse, mahkeme boşanmadan bağımsız olarak yargılama yapılmasına karar verebilir. Örneğin emeklilik haklarının denkleştirilmesi ve mal rejimine ilişkin talepler hakkında bu kapsamda ayrı yargılama yapılması mümkündür.

Düzenlemenin amacı, eşlere boşanmanın kendileri açısından doğuracağı sonuçları açıkça göstermektir. Ayrıca boşanma ve sonuçları konusunda birlikte karar verilmesi suretiyle, boşanmaya bağlı sonuçlar hakkında birbiriyle uyumlu düzenleme yapılabilmesi mümkün olmaktadır.

Kanun yolları bakımından, bu ilkeye aykırı hareket edilmesi, önemli bir usûl hatası olarak değerlendirilmektedir ve bu nedenle ilk derece mahkemesinin kararı kaldırılarak dosya aile mahkemesine geri gönderilmektedir.

Eşler boşanmanın kendileri açısından doğuracağı sonuçları yargılamada görmektedir. Yargılamanın ve kararın bütünlüğü ilkesi aynı zamanda boşanmanın sonuçları konusunda kolaylıkla karar verilebilmesine, boşanmaya karşı koymak konusunda yetersiz kalan tarafın korunmasına hizmet etmektedir. Zira zayıf olan taraf, bu ilke sayesinde, en azından boşanmanın kendisi açısından önemli olan fer'i sonuçları konusunda karar verilmeden boşanmanın gerçekleşmeyeceğinden emin olmaktadır.

Boşanma talebinin reddedilmesi hâlinde, boşanmaya bağlı sonuçlara ilişkin yargılamalar da konusuz kalmaktadır. Zira boşanmanın sonuçları hakkında karar verilebilmesi için kural olarak öncelikle boşanma talebinin kabul edilmesi gerekmektedir. Çocuklara ilişkin talepler ise bundan etkilenmemektedir. Örneğin, velayetin kaldırılması talebi, çocukla kişisel ilişki kurulması veya çocuğun teslimi konusunda mahkeme ayrıca karar verebilir. Zira boşanma yargılamasının başlamasıyla çocuklar bakımından ortaya çıkan koşullar boşanma talebi reddedilse dahi halen devam etmektedir. Örneğin, eşler ayrı yaşamaya devam etmekteyse, çocuğun kimin yanında kalacağının veya ana veya babanın çocukla kişisel ilişki kurma hakkını nasıl kullanacağının karara bağlanması gerekir.

4- Türk Hukuku Bakımından Değerlendirme

Türk hukuku, boşanmanın, eşlere ilişkin (eşlerin talebine bağlı) mali sonuçları ve mal rejiminin tasfiyesi bakımından İsviçre ve Alman hukukundan ayrılmaktadır. Boşanmanın mali sonuçlarından olan maddî-manevi tazminat ve yoksulluk nafakası talepleri hakkında görülmekte olan boşanma davasında karar verilmesi zorunlu değildir. Bu talepler boşanma davası sonuçlandıktan sonra ayrı bir davanın konusu da yapılabilir. Ayrıca eşler arasındaki yasal mal rejimin boşanma nedeniyle tasfiyesi de boşanma davasından ve kararından ayrı olarak gerçekleştirilmektedir. Bu nedenle boşanma kararının bütünlüğü ilkesinin Türk hukukunda sınırlı olarak uygulandığını belirtmek gerekir. Boşanma kararının bütünlüğü ilkesi, çocuğun velayeti, velayet kendisine verilmeyen ana veya babanın çocukla kişisel ilişki kurma hakkının düzenlenmesi ve çocuk için iştirak nafakası belirlenmesi bakımından ise mutlak olarak geçerlidir.

Mevcut düzenlemenin, boşanmanın mali sonuçlarına ilişkin kararların isabeti bakımından olumsuz etkileri bulunmaktadır. Zira mal rejiminin tasfiyesi hakkında karar verilmedikçe ve yasal mal rejiminde katılma alacaklısı olan eşin hangi taraf olduğu ve katılma alacağının miktarı belirlenmedikçe, eşlerin gerçek ekonomik durumları tespit edilemeyeceğinden, maddî-manevi tazminat talepleri hakkında doğru bir karar verilmesi veya yoksulluk nafakası talepleri hakkında karar verilirken yoksulluk şartının gerçekleşip gerçekleşmediğinin veya diğer tarafın gerçek ekonomik durumunun belirlenmesi, diğer yandan çocuklar için iştirak nafakasının miktarı belirlenirken eşlerin gerçek mali durumunun tespiti önem arz ettiğinden mal rejimin tasfiyesinde de kural olarak kararın bütünlüğü ilkesi geçerli olmalıdır.

Evlilik birliğinin sona ermesi ile eşler arasındaki mal rejimi kendiliğinden davanın açıldığı tarih itibariyle sona ermekteyse de (TMK m. 225), mal rejiminin tasfiye edilebilmesi için boşanma kararının kesinleşmesi gerekmektedir. Boşanma kararının kesinleşmesiyle birlikte, çoğu zaman maddî-manevi tazminat talepleri ile nafaka talepleri hakkında da karar verilmiş ve kesinleşmiş olduğundan, mali sonuçların belirlenmesinde tarafların gerçek ekonomik durumlarının dikkate alınması mümkün olmamaktadır.

TMK yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma rejimini benimsemiş olmasına ve mal rejiminin tasfiyesi boşanmaya bağlı diğer mali sonuçlar hakkında verilecek kararı etkilediğinden ve olası çözüm önerileri usûl ekonomisi bakımından yeterince etkin olmadığından, olması gereken hukuk bakımından, boşanma yargılamasına ilişkin yapılacak düzenlemede boşanma kararının bütünlüğü ilkesinin kural olarak mal rejimin tasfiyesini de kapsayacak şekilde (istisnai durumlar da dikkate alınarak) yeniden ele alınması uygun olacaktır.

Mal rejiminin tasfiyesi hakkında karar verilmedikçe ve yasal mal rejiminde katılma alacaklısı olan eşin hangi taraf olduğu ve katılma alacağının miktarı belirlenmedikçe, eşlerin gerçek ekonomik durumları tespit edilemeyeceğinden, maddî-manevi tazminat talepleri hakkında doğru bir karar verilmesi veya yoksulluk nafakası talepleri hakkında karar verilirken yoksulluk şartının gerçekleşip gerçekleşmediğinin veya diğer tarafın gerçek ekonomik durumunun belirlenmesi zordur. Bu nedenle, boşanmanın mali sonuçları konusunda isabetli karar verilebilmesi için, uyuşmazlıkların büyük bir bölümünde boşanmayla birlikte mal rejiminin tasfiyesine de karar verilmesi gerekmektedir.

Boşanma kararının bütünlüğü ilkesinin ihlal edilmesi usûl hukukuna ilişkin mutlak istinaf veya temyiz sebebi olarak kabul edilmelidir. Bölge adliye mahkemesi veya Yargıtay bu ilkeye uyulup uyulmadığını re'sen incelemelidir.

E- Yargılama Giderlerinden Sorumluluğun Paylaştırılması

Türk hukukunda boşanma davası veya anlaşmalı boşanmada yargılama giderlerinden sorumluluk konusunda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanununun yargılama

giderlerinden sorumluluğa ilişkin genel hükümleri boşanma yargılamasında da uygulanmaktadır. Yargıtay da boşanmaya sebep olan olaylarda eşlerin eşit kusurunun bulunması nedeniyle yargılama giderlerinin eşler arasında eşit olarak paylaştırılmasını kabul etmemektedir.

Anlaşmalı boşanma yargılamasında, taraflar kanundaki koşulların gerçekleşmesi hâlinde boşanmak için birlikte başvurduklarından veya bir tarafın açtığı boşanma davasını diğeri kabul ettiği için anlaşmalı boşanmaya karar verileceğinden, yargılama giderleri konusunda boşanma davasından farklı bir sonuca varılmalıdır. Uygulamada, kanımızca isabetli olarak eşlerin yargılama giderlerine hangi tarafın katlanacağı konusunda anlaşmaya varmaları hâlinde, mahkemeler bu anlaşmaya (uygulamadaki deyişle protokole) uygun olarak karar vermektedir. Eşlerin yargılama giderlerine hangi tarafın veya tarafların ne oranda katlanacağı konusunda anlaşmamış olmaları hâlinde ise kanımızca boşanmayı her iki taraf birlikte istediğinden taraflar yargılama giderlerine eşit olarak katlanmalıdır.

Yeni bir düzenleme yapılması halinde boşanma davasında yargılama giderlerinden hangi tarafın sorumlu olacağı konusunda hâkime takdir yetkisi verilebilir[8]. Özellikle her iki eşin kusurlu davranışları nedeniyle boşanmaya karar verilmişse, eşlerin yargılama giderlerinden eşit olarak sorumlu tutulması konusunda hâkime takdir yetkisi verilmelidir. Kusura dayalı olmayan (örneğin akıl hastalığı sebebiyle veya eşlerin fiili olarak ayrı yaşaması sebebiyle) boşanmalarda, eşler yargılama giderlerinden eşit olarak sorumlu tutulmalıdır. Anlaşmalı boşanmada ise kural olarak eşler, aksine bir anlaşma öngörmedikçe yargılama giderlerinden eşit olarak sorumlu olmalıdır.

İsviçre hukukunda, aile hukukuna ilişkin iş ve davalarda yargılama giderleri yargılamanın sonucuna göre değil, taraflar arasında hâkimin takdirine göre paylaştırılmaktadır (Art. 107, 1, c sZPO). Aile hukukuna ilişkin yargılamadan kasıt, aile üyeleri arasındaki hukukî sorunlara ilişkin yargılamadır. Buna göre anlaşmalı boşanma, boşanma davası, ayrılık davası, değişiklik davası, evliliğin butlanı, çocukları ilgilendiren yargılamalar, soy bağının reddi davası, babalık davası gibi davalar aile hukukuna ilişkin yargılamalar içinde sayılmakta, yargılama giderlerinden sorumluluk bakımından özel hüküm içeren 107 nci maddenin uygulama alanına girmektedir.

Özellikle anlaşmalı boşanmada leh veya aleyhine karar verilen bir taraf bulunmadığından, başka bir deyişle bir tarafın davayı kazanmasından söz edilemeyeceğinden, yargılama giderlerinin taraflar arasında paylaştırılması gerekmektedir.

Genel hükümlerin uygulanmasının hakkaniyete uygun olmayan sonuçlar doğurabileceği durumlarda, yargılama giderlerinden hangi tarafın ne ölçüde sorumlu olacağına karar verilmesi konusunda hâkime takdir yetkisi tanımıştır.

Alman hukukunda ise boşanma talebinin kabul edilmesi halinde taraflar yapmış oldukları yargılama giderine kendileri katlanır (m.150

---

[8] Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Akkaya, Boşanma, s. 230 vd.; Ercan, İ., "Einige Überlegungen Hinsichtlich der Kostenentscheidung im Scheidungsverfahren", SÜHFD, C. 21, S. 1, Y. 2013, (s. 265-276); Ercan, Boşanma, s. 268.

FamFG). *(Daha doğrusu mahkeme yargılama giderleri taraflar arasında yarı yarıy paylaştırılır, bunun dışında mahkeme dışında yapılan yargılama giderlerine is taraflar kendileri katlanır.)*

Boşanma talebi geri alınır veya reddedilirse davacı hem boşanma yargılamasında hem de boşanmanın feri sonuçlarına ilişkin hususlard yargılama giderlerine katlanır. *(Boşanma ve boşanmanın feri sonuçlarına ilişki yargılama giderleri konusunda senkronize/paralel düzenleme yapılması, madd 137'de düzenlenen boşanma yargılaması ve kararının birliği ilkesinde kaynaklanmaktadır.)*

Her iki taraf da boşanma talebini geri alır veya birlikte boşanma talepleri reddedilirse taraflar yaptıkları yargılama giderlerine kendiler katlanır.

Tarafların barışması durumunda veya nafaka ve eşya hukukuna ilişkin feri sonuçlarla ilişkin yargılamada yargılama giderine hükmedilmesi adi olmayacaksa, mahkeme takdir hakkını kullanarak yargılama giderlerinin daha adilane paylaştırılmasını talep edebilir.

Mahkeme yargılama giderlerine hükmederken tarafların 135'inc madde kapsamında arabulucudan veya başka bir uzmandan bilgi almaları konusundaki emrine uyup uymadığını da dikkate alabilir.

Taraflar yargılama giderinin nasıl paylaştırılacağı konusunda anlaşmışsa mahkeme kısmen veya tamamen bu anlaşmayı dikkate alarak karar vermelidir.

Boşanmanın feri sonuçları hakkındaki yargılamada da yukarıdaki hükümler geçerlidir. Bununla beraber boşanmanın feri sonuçları konusunda bağımsız bir yargılama yapılmışsa, yargılama giderlerinin paylaştırılmasına ilişkin genel hükümler geçerlidir.

IV- BOŞANMA YARGILAMASINDA YETKİ KURALLARI

Boşanma davasında mahkemenin yetkisini belirleyen kuralların niteliği tartışmalıdır. Kanımızca boşanma yargılamasında yetki kurallarının niteliği kesin yetkidir[9].

Boşanma davası sonuçları itibariyle sadece eşleri değil, eşlerin müşterek çocuklarını da ilgilendirdiğinden, yetki kuralının belirlenmesinde sadece eşler değil, aynı zamanda çocukların yararı da dikkate alınabilir.

Olması gereken hukuk bakımından Fransız hukukunda boşanmaya ilişkin yetki kuralı örnek olarak verilebilir. Fransız Usûl Kanunu'nun 1070 inci maddesine göre, davanın açıldığı tarih esas alınmak suretiyle, eşler ayrı yaşamıyorsa aile konutunun bulunduğu yer mahkemesi, eşler farklı yerlerde yaşamaktaysa çocuklarıyla birlikte yaşayan eşin oturduğu yer mahkemesi, bu haller dışındaki durumlarda ise eşlerden birinin yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir.

Alman hukukunda da benzer bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre, mahkemenin yetkisi kanunda belirli bir sırayla ve kesin olarak belirlenmiştir. Buna göre sırasıyla müşterek küçük çocuklarla birlikte oturan

---

9 Görüşler ve ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Akkaya**, Boşanma, s. 270 vd.

eşin oturma yeri; diğer eşin küçük müşterek çocukla birlikte oturmaması durumunda, müşterek küçük çocukların bir kısmı ile birlikte oturan eşin oturma yeri; yargılamanın derdest olduğu tarih itibariyle diğer eşin de orada bulunması koşuluyla eşlerin birlikte oturdukları yer mahkemesi; karşı tarafın olağan oturma yeri mahkemesi, boşanma talep edenin olağan oturma yeri mahkemesi ve son olarak Berlin Sulh Mahkemesi yetkilidir.

V- YARGILAMADA ÇOCUĞUN ROLÜ VE STATÜSÜ

A- Genel Olarak

Maddî hukuk bakımından aile hukukuna ilişkin yargılamada çocuğun kişiliğinin korunmasına yönelik yaklaşımların ve düzenlemelerinin gelişmesi, aynı yaklaşımın kaçınılmaz olarak usûl hukukunda benimsenmesi sonucunu doğurmaktadır.

Medenî Kanunda çocukların kendilerini ilgilendiren konularda "hâkim tarafından dinlenilmesi hakkını" öngören açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğretide çocuğun boşanma davalarında dinlenmesine ve çocuğun korunmasına yönelik olarak, çocuğa temsilci (kayyım) atanmasına ilişkin hükümlerin bulunmaması haklı olarak eleştirilmektedir[10].

Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşme hükümleri değerlendirildiğinde, "idrak yeteneğine" sahip çocuklar, kendilerini etkileyen herhangi bir davada ve yargısal süreçte (çekişmesiz yargı, geçici hukukî koruma vb.), iç hukukun usûl kurallarına uygun olarak doğrudan doğruya veya bir temsilci aracılığıyla (kanuni temsilci, kayyım) dinlenilme hakkına sahiptir. Çocuğu ilgilendiren dava ve işlerde, çocuk bilgilendirilme, görüşünü ifade etme, görüşünün olası sonuçları ve her tür kararın sonuçları hakkında bilgilendirilme hakkına sahiptir. Aile mahkemeleri uygulamasında ve Yargıtay kararlarında da boşanma davasında çocuğun velayeti ve çocukla kişisel ilişki kurulması konusunda, uluslararası sözleşmeler gereğince, karar verilmeden önce çocuğun görüşünün alınması gerektiği kabul edilmektedir.

Çocuğun boşanma yargılamasında mahkeme tarafından dinlenmesi konusunda bir tereddüt olmamakla birlikte, usûl hukuku bakımından onun davadaki statüsünün belirlenmesi konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Türk hukukundaki mevcut düzenlemeler dikkate alındığında çocuğun mahkeme tarafından dinlenmek zorunda olması ve çocuğun aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda kendisini ilgilendiren konularda dinlenilme hakkına sahip olması, ona taraf statüsü kazandırmak bakımından yeterli değildir.

---

[10] Öztan, B., Aile Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2015, s. 784 vd., s. 1029 vd. Gümüş, M. A., Türk Medeni Hukukunda Kayyımlık, İstanbul 2006, 189 vd.; Ayrıca bkz. Yılmaz, E., Çocuk Hakları Açısından Çocuğun Davada Temsilinin ve İradesinin Önemi, DEÜHFD, C. 11, Özel Sayı, 2009, s. 832 vd.; Akkaya, Boşanma, s. 310 vd.

B- Çocuğun Dinlenmesi

Aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda ve boşanma yargılamasında çocuk Türkiye'nin taraf olduğu çocuklara ilişkin uluslararası sözleşme hükümleri uyarınca davadan menfaatleri doğrudan etkilenebilecek olan "ilgili sıfatıyla" hukukî dinlenilme hakkına sahip olmalıdır[11].

Türkiye'nin tarafı olduğu Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi hükümleri uyarınca, çocuk kendisini ilgilendiren konularda bilgi alma, görüşlerini paylaşma ve görüşlerinin dikkate alınması hakkına sahip olduğundan, bu hakların boşanma yargılamasında gerçekleştirilebilmesi çocuğa bu konuda hukukî dinlenilme hakkının tanınmasıyla mümkün olabilir.

Türk hukukunda çocuğun boşanma davasında kendisini ilgilendiren konularda görüşünü açıklayabilmesi için dinlenmesi bir zorunluluktur. Bu nedenle Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerle de kabul ettiği üzere çocuğun görüşünü bildirme ve dinlenilme hakkının yapılacak bir düzenlemeyle kanunda açıkça yer alması gerekir.

C- Çocuğa Kayyım Atanması

Boşanma şahısvarlığı haklarına ilişkin yargılamalardan olup, boşanma davası veya anlaşmalı boşanma sonucunda mahkeme tarafından verilecek karar sadece eşleri değil, aile birliğinin diğer süjesi olan çocuğun kişiliği üzerindeki haklarını da doğrudan ilgilendirmektedir. Öyleyse çocuğun davadaki sıfatını belirlerken malvarlığına ilişkin davalardaki usûl prensiplerinden hareketle sonuca varılması uygun olmayacaktır. Boşanma yargılaması, sadece eşlerin boşanmalarını konu edinmemekte, boşanmaya bağlı olarak eşlerin ve çocukların kişiliklerine bağlı veya malvarlığını ilgilendiren birçok hukukî sorunun da çözümünü gerektirmektedir. Boşanma yargılamasında iç içe geçmiş birden fazla yargılamanın ilgililerinin bulunduğu söyleyebiliriz. Aile mahkemesi bir yandan eşlerin boşanma talebi hakkında inceleme yapmakta ve karar vermekte aynı zamanda boşanma yargılaması sırasında ve boşanma sonucunda çocukların hukukî durumunu etkileyen kararlar almaktadır. Boşanma yargılamasının çocuğu ilgilendiren kısımlarında, çocuğun maddî anlamda ilgili sıfatının kabul edilmesi ve buna uygun usûlî çözümlerin kanunlarda yer alması gerektiği kanısındayız.

Medenî Kanunun yukarıda açıkladığımız genel yaklaşımının yanı sıra, boşanma ve ayrılık yargılamasında çocuğun dinlenmesine ilişkin özel bir hüküm içermemesi; boşanma ve ayrılık davasında çocuğun korunmasına ilişkin geçici önlemler konusunda hâkime geniş bir takdir yetkisi verilmesi ve çocuğun yargılamada temsil edilmesi sonucunu da doğuracak önemde olmasına rağmen çocuğa kayyım atanması konusunda özel bir hüküm içermemesi (TMK m. 169); keza çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğünde ana ve babanın çözüm üretmek konusunda yetersiz kalmaları halinde mahkemenin çocuğun korunması için gerekli önlemleri

---

11 Yücel, Ö. Çocuğun Kayyım Tarafından Temsili, Ankara 2011, s. 146 vd.; Bu konudaki tartışmalar için bkz. Akkaya, Boşanma, s. 318 vd.

alabileceğine dair hükümde (TMK m. 346) çocuğa kayyım atanmasına ilişkin özel bir düzenleme bulunmaması ve Türk hukukunda velayet hakkının kısmen sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemelerin bulunmayışı nedeniyle, çocuğun boşanma veya ayrılık yargılamasında kayyım tarafından temsil edilip edilemeyeceği belirsizdir.

Yargıtay velayetin değiştirilmesi talepli yargılamalarda küçük çocuk ile velayet hakkı elinden alınmak istenen ebeveyn arasında menfaat çatışması bulunabileceği ölçütünden hareketle çocuğu temsil kayyımı atanabileceğini kabul etmiştir. HGK kararlarına yansıyan olaylardan birinde velayet kendisine bırakılan ebeveynin daha sonra yeni bir evlilik yapması, başka bir şehre taşınması ve önceki evliliğinden olma çocuğuyla ilgilenmeyerek onu büyükanne ve büyükbabasına bırakması durumunu bir başka kararında ise velayet kendisinde olan ebeveynin daha sonra yeni bir evlilik yapması ve ebeveynin yeni eşinin çocuğa tacizde bulunduğu iddiasıyla menfaat çatışması olduğundan hareketle çocuğa temsil kayyımı atanması gerektiğini kabul etmiştir. Yargıtay ilgili kararında temsil kayyımının duruşmaya davet edileceği ve varsa gösterdiği deliller dikkate alınması gerektiğine karar vermiştir. Başka bir deyişle velayetin değiştirilmesinde çocuk ve çocuğu temsilen kayyımın usul işlemleri yapabileceğini kabul etmiştir.

Ancak velayetin değiştirilmesine ilişkin yargılamada mevcut velayet ilişkisinde çocuk ile velayet kendisine bırakılan ebeveyn (yasal temsilci) arasındaki menfaat çatışması nedeniyle kayyım atanmasına imkân tanıdığı halde, boşanma yargılamasında henüz velayet her iki eşte olup bu konuda bir karar verilmemiş olduğundan ve kural olarak ebeveynin çocuğun üstün yararını gözeteceği kabul edildiğinden çocuğu temsil kayyımı atanmasının yasal dayanağı pek güçlü olmayacaktır. Yukarıda da açıklandığı üzere temsil kayyımı atanabilecekse kayyımın görev ve yetkileri belirlenmeli, usul hukuku bakımından statüsü ve yapabileceği usul işlemleri kanunla belirlenmelidir.

Hukuk Genel Kuruluna göre, "Bununla birlikte velâyet kamu düzenine dair olup, bu hususta anne ile babanın istek ve beyanlarından ziyade çocuğun menfaatlerinin dikkate alınması zorunludur. Görüldüğü üzere, velayetin değiştirilmesine dair davalar çocuğun güvenliğini doğrudan ilgilendiren davalardır. Bu kadar önemli bir davada, velayet hakkına sahip anne ya da babanın, kural olarak temsil olunanın menfaatine hareket ettiği kabul edilse dahi her zaman çocuğun yararına davranmayacağı, herhangi bir sebeple çocuk aleyhine hareket ederek onun zararına bir durum yaratma ihtimali olduğu da tartışmasızdır. Olağandır ki, bu tür davalarda davanın açılış amacı da diğer tarafın çocuğun menfaatine aykırı davrandığı iddiasıdır. O hâlde çocuk ile yasal temsilcisi arasında bir menfaat çatışmasının olduğu kabul edilerek TMK'nın 426. maddesinin ikinci fıkrası gereğince küçüğe bir temsil kayyımı atanması gerekmektedir. Somut olayda davacı ile davalının boşandıkları, boşanma davası sırasında müşterek çocuğun velayetinin davalı babaya verildiği, davacı annenin ise davalının velayet hakkından doğan yükümlülükleri yerine getirmediğini belirterek dava açtığı anlaşılmaktadır. Bu durumda küçük ile davacı anne ve davalı baba arasında menfaat çatışmasının bulunduğu açıktır. Buna göre küçüğü davada temsil etmek üzere kayyım atanması için (TMK m. 426/2) yetkili vesayet makamına ihbarda bulunulması, atanacak kayyımın duruşmaya çağrılması ve göstermesi hâlinde delillerinin

toplanması ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek hasıl olacak sonucuna göre karar verilmesi yerinde olacaktır."[12]

Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme hükmüne göre *"çocuğu etkileyen herhangi bir adlî veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatı"* tanınması gerektiğinden, çocuğun doğrudan doğruya mahkeme tarafından veya zorunluluk olmamakla birlikte bir temsilci ya da uygun bir makam aracılığıyla dinlenmesi mümkün olduğundan, mevcut düzenlemeler kapsamında da boşanma davasına bakan mahkeme çocuğu ilgilendiren konularda çocuğa bir temsilci atanmasına karar verebilir[13].

Kanımızca boşanma yargılamasının çocuğu ilgilendiren kısımlarında, çocuğun maddî anlamda ilgili sıfatı kabul edilmeli ve buna uygun usûlî çözümler üretilmelidir. Temsil kayyımı atanabilecekse kayyımın görev ve yetkileri belirlenmeli, usul hukuku bakımından statüsü ve yapabileceği usul işlemleri kanunla belirlenmelidir. Çocuğun boşanma yargılamasında kayyım tarafından temsili konusunda Alman, Fransız ve İsviçre hukuklarında düzenlemeler bulunmaktadır[14].

VI- SULHE TEŞVİK VE ARABULUCULUK

Aile Mahkemeleri Kanununun aile uyuşmazlıklarında tarafların sulhe teşvik edilmesine ilişkin hükümleri yeterince ayrıntılı olarak düzenlenmemiştir. Uygulamada sulh teşebbüsü genellikle davanın esasına girilmesi için atlanması gereken usûli bir aşama olarak kalmakta, genellikle tarafların sulhe teşvik edildiklerine dair tutanağın düzenlenmesiyle davanın esasına girilmektedir. Oysa aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklara ilişkin yargılamalar salt hukukî ve ekonomik etkileri olmayan, daha ziyade eşlerin ve çocukların psiko-sosyal durumlarını derinden etkileyen bir süreçtir.

Yine mevcut durumda sulhe teşvik dava açıldıktan sonra, başka bir deyişle davacı taraf belirli bir boşanma sebebiyle ve bunun dayanağı olan vakıaları mahkemeye sunduktan ve hatta dilekçeler aşaması tamamlandıktan sonra gündeme gelmektedir. Uygulamada eşlerden biri boşanma davası açınca diğer taraf da karşı dava açmakta ve bu aşamadan sonra eşlerin boşanmanın sonuçları konusunda anlaşması imkânı da oldukça sınırlanmaktadır.

İsviçre Hukukunda kural olarak hukuk davalarında, davanın esasına girmeden önce uzlaştırma (arabuluculuk) aşaması bulunmasına rağmen (Art. 197 ve 198 sZPO), boşanma yargılamasında uzlaştırma (*Schlichtungsverfahren*) aşaması bulunmamakta, onun yerine anlaşma (*Einigungverhandlun*) duruşması yapılmaktadır. Zira diğer yargılamalardaki gibi uzlaştırma duruşması da olsaydı yargılama usulü karmaşıklaşır ve yargılama daha da uzun hale gelirdi. Esasında *Enigungsverhandlung* fonksiyonel olarak *Schlichtungsverfahren* yerine geçmektedir. Taraflar anlaşmalı boşanma

---

12 HGK, 30.05.2018, 2017/2-2486, 2018/1148; Benzer kararlar için bkz. HGK, 6.6.2018, 2017/2-2069, 2018/1179; HGK, 23.5.2018, 2017/2-2949, 2018/1133.

13 Ayrıca bkz. Yücel, s. 161.

14 İsviçre Hukuku konusunda açıklamalar için bkz. **Yücel**, s. 145 vd.; **Akkaya**, Boşanma, s. 321 vd.

talebinde bulunmamışsa, başka bir deyişle eşlerden biri boşanma davası açmışsa, boşanma davası açılırken dava sebeplerinin gösterilmesi zorunlu değildir. Ancak boşanma sebeplerinin gösterilmesi de engellenmiş değildir.

Dava açıldıktan sonra yapılacak "anlaşma duruşmasında" mahkeme taraflar arasında boşanma sebebinin bulunup bulunmadığını araştırmaktadır. Mahkeme anlaşma duruşmasında şekli olmayan bir ortam ve atmosferde tarafların boşanma davasını görüşür ve boşanma sebeplerini anlamaya çalışır. Eğer boşanma sebepleri mevcutsa mahkeme tarafları boşanmanın sonuçları konusunda sulhe teşvik etmektedir. Böylece tarafların anlaşmaya hazır olup olmadığı da açıklığa kavuşturulmakta; taraflar boşanmanın tüm sonuçları konusunda anlaşırsa mahkeme boşanmaya karar vermekte ve anlaşmayı onaylamaktadır. Bu duruşmada boşanma sebeplerinin mevcut olmadığı anlaşılırsa ve buna rağmen eşler karşılıklı boşanma talebinde bulunursa, aynı şekilde boşanmanın sonuçları konusunda anlaşmaya teşvik edilirler. Boşanmanın tüm sonuçları konusunda anlaşırlarsa mahkeme boşanmaya karar verir ve anlaşmayı onaylar.

İsviçre hukukunda boşanma sebepleri bakımından kusur ilkesinden vazgeçildiğinden ve boşanma sebebi olarak sadece eşlerin boşanmayı talep ettikleri tarih itibariyle 2 yıldır ayrı yaşamaları veya evlendikten sonra iki yıl geçmiş ve evliliği sürdürmesi kendisinden beklenemeyecekse boşanma talep edebileceği gibi bu süreler bağlı olmaksızın her iki tarafın boşanmayı talep etmesi de boşanma kararı verilmesi için yeterlidir. Dolayısıyla boşanma sebeplerinin genel ve sınırlı olması, kusur araştırması yapılmaması nedeniyle boşanma davası açılması halinde dahi anlaşma duruşmasında boşanma sebeplerinin varlığı konusunda inceleme ve tespit yapılması kolay olduğundan, boşanma davasında dilekçeler teatisi tamamlanmadan önce tarafları boşanmanın sonuçları konusunda sulhe teşvik etme imkânı bulunmaktadır. Oysa Türk hukukunda anlaşmalı boşanma dışında boşanma davası çoğu zaman kusur esasına dayanmakta, boşanma davasında yazılı yargılama usulü uygulanmakta, dilekçeler aşaması tamamlanmadan tarafların sulhe teşvik edilmesi mümkün olmamakta, dolayısıyla dilekçeler aşaması tamamlandıktan sonra tarafların sulhe teşvik edilmesinin de anlamı ve etkisi oldukça azalmaktadır.

Alman hukukunda boşanma yargılamasının başında mahkeme eşlerin ayrı ayrı veya birlikte, boşanmanın feri sonuçları hakkında arabuluculuk veya diğer mahkeme dışı çözüm yolları konusunda ücretsiz olarak eğitime katılmalarına ve buna ilişkin belge almalarına karar verebilir (135 FamFG).

Yine boşanma ve ayrılık yargılamasında çocuğun velayeti, çocuğun oturma yeri, çocukla kişisel ilişki kurma hakkının kullanımı konusunda yargılamanın her aşamasında çocuğun yararına olacaksa tarafları sulhe (uzlaşmaya) teşvik edebilir. Mahkeme ayrıca tarafları birlikte veya ayrı ayrı arabuluculuk bilgilendirme toplantısına veya diğer mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yolları konusunda bilgilendirme toplantısına katılmalarını ve katıldıklarına dair belge getirmelerini emredebilir (156 FamFG).

Mahkeme her iki durumda da tarafları arabulucu veya diğer ADR yöntemleri konusunda bilgi almaya zorlayamaz. Ayrıca mahkemenin kararı taraflarının arabuluculuk görüşmelerine katılacağı ve anlaşmaya varacağı anlamına da gelmemektedir. Taraflar bilgilendirme toplantısına mazeretsiz

olarak katılmazlarsa boşanma yargılamasının sonunda yargılama giderlerinin paylaştırılmasında bu durum hâkim tarafından dikkate alınabilmektedir (150/IV FamFG).

Tarafların arabuluculuk sürecinden yararlanmaları ihtimalini artırmak için aralarındaki uyuşmazlık derecesinin tespit edilmesi ve tarafların arabuluculuk konusundaki görüşlerinin alınması önemlidir. Bilgilendirme toplantısında arabuluculuğun temel ilkeleri, sürecin nasıl işlediği, destek sunan kişi ve kurumlar, giderler ile arabuluculuğun faydaları konusunda açıklama yapılır.

Türk hukukunda sulhe teşvikin hukuki niteliği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Çoğunluk bunun sulh teşebbüsü mahiyetinde olduğunu kabul etmektedir. Ancak sulh teşebbüsünün nasıl icra edileceği, nelerin bu kapsamda yer aldığı, sulh teşebbüsünün sonucu konusunda farklı görüşler bulunmaktadır[15]. Örneğin, sulh teşebbüsünün anlamı tarafların boşanmadan vazgeçmelerini ve evliliğin devamını mı sağlamaktır yoksa bunun mümkün olmadığı hallerde boşanmanın fer'i sonuçları konusunda tarafların anlaşmasını sağlamak da mümkün müdür? Kanunda bu konuda açık düzenleme bulunmamaktadır.

Kanımızca sulh teşebbüsünün anlamı ve kapsamı açıkça kanunda düzenlenmelidir. Eğer boşanmanın şartları gerçekleşmişse, boşanmanın sonuçları konusunda taraflar sulhe teşvik edilmelidir. Burada sulh HMK anlamında davayı sona erdiren sulh niteliğinde olmayacak, taraflar arasındaki anlaşmanın hâkim tarafından uygun görülmesi halinde sonuç doğuracaktır. Nitekim İsviçre hukukunda da sulhe teşvik boşanmanın sonuçları bakımından düzenlenmiştir (291/II sZPO). Hatta çocuklarla ilgili olarak ebeveynlerin arabuluculuğa teşvik edilebileceği da ayrıca düzenlenmiştir (297/II sZPO).

Taraflarca varılacak anlaşmanın geçerliliği de hâkimin onayına bağlanarak bunun HMK'daki genel sulhten farklılığı açık olarak kanunda düzenlenmelidir.

Sulhe teşvik dava açıldıktan sonra, başka bir deyişle davacı taraf belirli bir boşanma sebebiyle ve bunun dayanağı olan vakıaları mahkemeye sunduktan ve hatta dilekçeler aşaması tamamlandıktan sonra ön incelemede gündeme gelmektedir. Yapılacak düzenlemeyle sulhe teşvikin dava açıldıktan sonra fakat dava dilekçesi davalıya tebliğ edilmeden önceki bir toplantıda yapılması uygun olabilir.

Mahkeme içi sulh teşebbüsü yanında boşanmada arabuluculuktan da yararlanılmalıdır. Mevzuatımıza göre tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir. Bu nedenle mevzuatta yapılacak değişiklikle aile hukukundan doğan ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri uyuşmazlıklarda aile arabuluculuğuna başvurulabileceğine dair düzenleme yapılmalıdır. Boşanmanın sonuçları konusunda özellikle de çocuğun velayeti ve kişisel ilişki kurulması konusunda eşlerin arabulucuya yönlendirilebileceği de kanunda düzenlenmelidir.

---

[15] Görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Akkaya**, Boşanma, s. 379 vd.

Boşanma davasında taraflar arasındaki uyuşmazlığın ve duygusal veya hukukî çatışmanın aşırı derecede olması durumunda, bu süreçten eşlerin ve varsa çocukların zarar görmemesi amacıyla, taraflar, boşanmanın fer'i sonuçları konusunda, özellikle velayetin ve çocukla kişisel ilişkinin düzenlenmesinde aile arabuluculuğu konusunda uzmanlığı olan arabulucudan, ihtiyarî olarak yardım alabilirler. Kanımızca velayet ve çocukla kişisel ilişkinin düzenlenmesi ve sürdürülmesi bakımından aile mahkemesi tarafları arabulucuya başvurma konusunda teşvik edebilir, hatta tarafların bu konuda pek istekli olmaması halinde çocuğun üstün yararının korunması bakımından gerekliyse, geçici bir önlem olarak eşlerin arabulucudan yardım almalarını emredebilmelidir[16].

Aile arabuluculuğu mahkeme temelli veya mahkeme bağlantılı olmalıdır. Zira boşanma ve sonuçları konusunda arabuluculuk süreci sonunda varılacak bir anlaşmanın geçerliliği aile mahkemesi tarafından onaylanmasına bağlıdır. Boşanma, velayet, kişisel ilişki kurulması konularında nihai kararı verme yetkisi mahkemededir.

Arabulucuya başvuru kural olarak ihtiyari olmalıdır. Dolayısıyla ticari davalar ve belirli iş davalarındaki dava şartı arabuluculuk yaklaşımı burada benimsenmemelidir.

Boşanma davasının açılmasıyla birlikte ön inceleme duruşmasından önce taraflar mahkemeye davet edilerek boşanmanın anlaşmalı mı yoksa çekişmeli mi olduğunun tespit edilmeli; anlaşmalı boşanma ise anlaşmalı boşanmaya ilişkin hükümler uygulanmalıdır; çekişmeli boşanma ise tarafların arabuluculuk bilgilendirme toplantısına katılmalarına karar verilmesi şeklinde düzenleme yapılabilir.

Uyuşmazlığın aile arabuluculuğuna elverişli olup olmadığı (aile içi şiddet, çocuk istismarı, aşırı güç dengesizlikleri vb.) konusunda hem mahkemede gerçekleşen ilk toplantıda hem de arabuluculuk bilgilendirme toplantılarında değerlendirme yapılmalıdır.

Aile arabuluculuğunu uzmanlık eğitimi almış arabulucular yapabilmelidir.

Taraflar arabuluculuk bilgilendirme toplantısından sonra arabulucuya başvurmaya karar verirlerse yargılama mahkemenin ara kararıyla belirli bir süre ertelenmelidir. Yargılamanın hangi süreyle erteleneceği kanunla belirlenmelidir.

Aile uyuşmazlıklarında ve bu bağlamda boşanmada dava yoluyla çözüm yaklaşımından tarafların anlaşması yoluyla çözüm yaklaşımına geçilmelidir. Boşanma bir dava olarak değil, evliliğin sona ermesi bakımından yargı denetiminde gerçekleşen ve uzmanların destek verdiği bir süreç olarak yapılandırılmalıdır.

Anlaşmalı boşanmada eşler zaten anlaştıklarından (tamamen) arabulucuya gerek yoktur. Bununla beraber anlaşma kısmen gerçekleşmişse, anlaşamadıkları kısımlar için veya dava açılmışsa boşanmanın sonuçlarının belirlenmesi için mahkemede uzlaştırma (sulhe teşvik) veya eşlerin arabulucuya yönlendirilmesi mümkün olmalıdır.

---

[16] Akkaya, Boşanma, s. 388 vd.

Tarafların boşanmanın sonuçları bakımından sulhe veya arabuluculuğa teşviki dilekçeler aşaması tamamlanmadan gerçekleşmelidir. Ön inceleme beklenmemelidir. Hatta yapılacak düzenlemeyle boşanma davasının açılması sırasında boşanma sebeplerini gösterme zorunluluğunun kaldırılması fayda sağlayabilir. Zira boşanma sebepleri açıklandıktan sonra eşlerin iletişim kanallarının kapanması riski daha da artmaktadır. Eşler boşanmanın sonuçları konusunda anlaşamadıkları takdirde yani uyuşmazlık davaya dönüşecekse davacı eşe boşanma sebeplerini bildirmesi için süre verilmelidir. Bu konuda aile mahkemeleri kanununda düzenleme yapılmalıdır.

TARTIŞMALAR

Prof. Dr. Nevhis DEREN YILDIRIM
(Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Biz teşekkür ediyoruz Sn. AKKAYA. Ben de bir Japon Hukukçusu intibahı bıraktınız. Çünkü Japonlar çok fazla istatistik severler. Siz de 44,5 diyerek anlaşmalı boşanma oranı hakkında bize çok önemli bir bilgi verdiniz. Yıllar önce Japonya'ya konferansa gittiğimizde bizden istatistikler istenmişti. Bence Sn. AKKAYA'nın tebliğ sunma tekniği genç arkadaşlarımıza da örnek olmalı. İstatistiklere, ilgili istatistiklere de Adalet Bakanlığı'nın erişme imkânı vermesi kaydıyla, bol bol istatistik yapılması lazım; çünkü mesela %44,5 dediniz bize çok şey söylüyor. Onun dışında bir gizlilikten bahsettiniz, "bazı ülkelerde gizlilik esastır" dediniz; sırf bu nedenle Japon Hukuku'nda zorunlu arabuluculuğa başvurma var, çünkü mümkün olduğu kadar aile sırlarının mahrem kalması isteniyor. Sizin o söylediğiniz çözüm bulmaya çalıştığınız noktada biraz ufuk açıcı olmak istiyorum. Bir Japon profesör arkadaşımız da bizzat bu işi yapıyordu, bize deneyimlerini aktarmıştı. Gerçekten olur olmaz yerde zorunlu arabulucu diyoruz ya ama aile mahremiyetini korumak için aile çok kutsal olduğundan özellikle zorunlu arabulucunun aile hukukuna getirilmesi gerektiğini düşünüyorum. Her şeyi -nispi ticari dava sayıp zorunlu arabuluculuk kurumunu ihdas edip "bütün alana, özel hukuk alanına zorunlu arabuluculuk geçerlidir" demekten ziyade bizatihi bu alanda çok yol gösterici olacağını düşünmekteyim. Teşekkür ediyoruz. Şimdi sorular kısmına geçelim, buyurun Sn. KAYA.

Hasan KAYA
(Yargıtay 1. Hukuk Dairesi Başkanı)

Öncelikle Sn. ARAS'a bir sorum var. Dedi ki: "Çekişmesiz yargı işlerinde taraflar duruşmaya gelmezse dosyayı işlemden kaldıramayız." Şimdi sorum şu: HMK madde 382/ç-1 uyarınca, taşınmaz üzerinde taraf oluşturulmasına ve hak ihlaline sebebiyet vermeyecek düzeltmelerin yapılması çekişmesiz yargı işi sayılmıştır. Yani aklımıza gelen ilk dava; tapuda isim tashihi davası. Davacı gelmezse hâkim bu dosyayı ne yapacak? Kamu düzenini nasıl ilgilendirir ki işlemden kaldırılmasını veya devam ettirirse masrafları kimden alacak? Birinci sorum budur.

Sn. AKKAYA'ya sorum ise şu: Anlaşmalı boşanmalarda taraflar özgür iradeleriyle anlaştılar mahkeme huzurunda, mahkeme kararı verdi, daha sonra birisinin kafası bozuldu dedi ki; "Ben vazgeçtim, temyiz ediyorum bunu." İrade fesadı hallerinden hiçbirisine dayanmadı. Mahkeme huzurunda verilen bu beyanların niteliği ne olacak? Teşekkür ediyorum.