



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Melike TANIŞMAN

BOŞANMA DAVALARINDA İSPAT SORUNLARI VE HAK İHLALLERİ

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı
Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2023



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Melike TANIŞMAN

BOŞANMA DAVALARINDA HUKUKA AYKIRI YOLDAN ELDE EDİLMİŞ DELİLER

Danışman

Doç. Dr. Selin SERT SÜTÇÜ

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2023

Akdeniz Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne,

Melike TANIŞMAN'ın bu çalışması, jürimiz tarafından Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Programı tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan :Prof. Dr. Nedim Meriç (İmza)

Üye (Danışmanı) : Doç. Dr. Selin SERT SÜTÇÜ (İmza)

Üye :Dr. Öğretim Üyesi Numan Tekelioğlu (İmza)

Tez Başlığı: Boşanma Davalarında İspat Sorunları ve Hak İhlalleri

Onay : Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

Tez Savunma Tarihi :11/10/2023

Mezuniyet Tarihi : 02/11/2023

(İmza)
Prof. Dr. Engin KARADAĞ
Müdür

AKADEMİK BEYAN

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Boşanma Davalarında İspat Sorunları ve Hak İhlalleri” adlı bu çalışmanın, akademik kural ve etik değerlere uygun bir biçimde tarafımdan yazıldığını, yararlandığım bütün eserlerin kaynakçada gösterildiğini ve çalışma içerisinde bu eserlere atıf yapıldığını belirtir; bunu şerefimle doğrularım.

İmza

Melike TANIŞMAN





T.C.
AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



27/10 /2023

TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU BEYAN BELGESİ

Öğrenci Bilgileri	
Adı-Soyadı	Melike TANIŞMAN
Öğrenci Numarası	202052025603
Anabilim Dalı	Özel Hukuk
Programı	Tezli Yüksek Lisans
Danışman Öğretim Üyesi Bilgileri	
Unvanı, Adı-Soyadı	Doç. Dr. Selin SERT SÜTÇÜ
Yüksek Lisans Tez Başlığı	Boşanma Davalarında İspat Sorunları ve Hak İhlalleri
Turnitin Bilgileri	
Ödev Numarası	2208355734
Rapor Tarihi	27.10.2023
Benzerlik Oranı	Alıntılar hariç: %14 Alıntılar dahil: %25
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE, Yukarıda bilgileri bulunan öğrenciye ait tez çalışmasının a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana Bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 121 sayfalık kısmına ilişkin olarak Turnitin adlı intihal tespit programından Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esaslarında belirlenen filtrelemeler uygulanarak yukarıdaki detayları verilen ve ekte sunulan rapor alınmıştır. Danışman tarafından uygun olan seçenek işaretlenmelidir: (X) Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşmıyor ise: Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporunun doğruluğunu onaylarım. () Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşıyor, ancak tez/dönem projesi danışmanı intihal yapılmadığı kanısında ise: Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporunun doğruluğunu onaylar ve Uygulama Esaslarında öngörülen yüzdelik sınırlarının aşılmasına karşın, aşağıda belirtilen gerekçe ile intihal yapılmadığı kanısında olduğumu beyan ederim.	
Gerekçe:	
Benzerlik taraması yukarıda verilen ölçütlere uygun olarak tarafımca yapılmıştır. İlgili tezin orijinallik raporunun uygun olduğunu beyan ederim.	
Danışman Öğretim Üyesi Unvanı, Adı-Soyadı Doç. Dr. Selin SERT SÜTÇÜ İmza	

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR LİSTESİ	vi
ÖZET	viii
SUMMARY	ix
TEŞEKKÜR.....	x
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

EVLİLİK, EVLİLİĞİN SONA ERMESİ VE ÖZEL OLARAK BOŞANMA

1.1. Evlilik.....	3
1.2. Evliliğin Sona Ermesi Ve Özellikle Boşanma	3
1.2.1. Genel Olarak.....	3
1.2.2. Boşanma	4
1.2.3. Boşanma Sistemleri	5
1.2.3.1. Boşanma Yasağı (Evliliğin Sonsuzluğu).....	5
1.2.3.2. Boşanma Serbestisi	6
1.2.3.3. Boşanmayı Hakimin Hükmüne ve Belli Sebeplere Dayandıran Sistem	7
1.2.4. Boşanmanın Dayandığı Temel İlkeler	7
1.2.4.1. Kusur İlkesi	7
1.2.4.2. Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması.....	10
1.2.4.3. Elverişsizlik.....	10
1.2.4.4. İrade İlkesi.....	10
1.2.4.5. Boşanmanın Dayandığı Temel İlkeler Bakımından Karşılaştırmalı Hukukta Yaşanan Gelişmeler	11
1.3. Türk Hukukunda Boşanmanın Tarihsel Gelişimine Kısa Bir Bakış	14
1.3.1. Türk Kanun-u Medenisinden Önceki Dönem	14
1.3.2. Türk Kanun-u Medenisi'nden 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğe Girmesine Kadar Geçen Dönem	15
1.3.3. 4271 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nda Boşanma Sebepleri	15
1.3.3.1. Boşanma Sebepleri	16
1.3.3.2. Boşanma Sebeplerinin Gerçekleşme Şartı ve İspatı.....	16
1.3.3.2.1. Genel Olarak İspatın Amacı Ve Konusu.....	16
1.3.3.2.2. Boşanma Davalarında Hâkimin Rolüne Bağlı Olarak İspat Hakkının Boşanma Davasındaki Yeri ve Özellikleri.....	19
1.3.3.2.3. Zina (TMK m.161).....	21

1.3.3.2.3.1. Genel Olarak	21
1.3.3.2.3.2. Zina Sebebiyle Açılan Boşanma Davalarında İspatın Konusu	23
1.3.3.2.4. Hayata Kast, Pek Kötü veya Onur Kırıcı Davranış (TMK m.162)	23
1.3.3.2.4.1. Genel Olarak	23
1.3.3.2.4.2. Hayata Kast veya Pek Kötü ya da Onur Kırıcı Davranış Sebebiyle Açılan Boşanma Davalarında İspatın Konusu	24
1.3.3.2.5. Küçük Düşürücü Suç İşleme ve Haysiyetsiz Hayat Sürme	25
1.3.3.2.5.1. Genel Olarak	25
1.3.3.2.5.2. Küçük Düşürücü Suç İşleme veya Haysiyetsiz Hayat Sürme Sebebiyle Açılan Boşanma Davalarında İspatın Konusu	26
1.3.3.2.6. Terk	26
1.3.3.2.6.1. Genel Olarak	26
1.3.3.2.6.2. Terk Sebebiyle Açılan Boşanma Davalarında İspatın Konusu	27
1.3.3.2.7. Akıl Hastalığı	28
1.3.3.2.7.1. Genel Olarak	28
1.3.3.2.7.2. Akıl Hastalığı Sebebiyle Açılan Boşanma Davalarında İspatın Konusu	28
1.4. Genel Boşanma Sebepleri	29
1.4.1. Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması	29
1.4.1.1. Genel Olarak	29
1.4.1.2. Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Sebebiyle Açılan Boşanma Davalarında İspatın Konusu	30
1.4.2. Anlaşmalı Boşanma	30
1.4.2.1. Genel Olarak	30
1.4.2.2. Anlaşmalı Boşanma Davalarında İspatın Konusu	33
1.4.3. Eylemli Ayrılık Nedeniyle Boşanma Davası	33
1.4.3.1. Genel Olarak	33
1.4.3.2. Ortak Hayatın Kurulamaması Sebebiyle Açılan Boşanma Davalarında İspatın Konusu	34

İKİNCİ BÖLÜM

DELİLLERİN HUKUKA AYKIRILIĞI SORUNU VE BOŞANMA DAVASINDA İLERİ SÜRÜLEBİLECEK DELİLLER

2.1. Genel Olarak Delil Kavramı	35
2.2. Hukuka Aykırı Deliller	35
2.3. Yasal Düzenlemelerde Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Delili Kullanma.....	36
2.3.1. Anayasa	36
2.3.2. HMK m. 189’da Öngörülen Delil Yasağı ve Sonuçları	38
2.3.3. Doktrindeki Görüşler	41
2.3.3.1. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Yürürlüğe Girmesinden Önce İleri Sürülen Görüşler.....	41
2.3.3.1.1. Berkin’in Görüşü.....	41
2.3.3.1.2. Tosun’un Görüşü.....	41
2.3.3.1.3. Yıldırım’ın Görüşü.....	42
2.3.3.1.4. Tanrıver’in Görüşü.....	42
2.3.3.1.5. Pekcanitez’in Görüşü	43
2.3.3.1.6. Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım’ın görüşü	44
2.3.3.2. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Yürürlüğe Girmesinden Sonra İleri Sürülen Görüşler.....	45
2.3.3.2.1. Pekcanitez / Atalay / Özkes’in Görüşü.....	45
2.3.3.2.2. Arslan / Yılmaz / Ayvaz/ Hanağası’nın Görüşü.....	46
2.3.3.3. Hukuk Davalarında Soruna İlişkin Yüksek Mahkeme Uygulamaları.....	46
2.4. Boşanma Davalarında İleri Sürülebilecek Deliller	51
2.4.1. Yazılı Deliller	52
2.4.1.1. Kesin Hüküm.....	52
2.4.1.2. Ceza Dosyası ve Hazırlık Evrakları	53
2.4.1.3. Uzman Görüşü.....	54
2.4.1.4. Hukuk Davaları ve Vesayet İşlerine İlişkin Dosyalar	55
2.4.1.5. İhtar Dosyası	55
2.4.1.6. Yabancı Mahkeme İlamları.....	56
2.4.1.7. Nüfus Aile Kayıt Tablosu	57
2.4.1.8. Mektuplar	57
2.4.1.9. Günlük (Hatıra- Not Defteri).....	58

2.4.1.10. Cep Telefonuna Gönderilen Mesajlar ile Elektronik Posta Adresine Gönderilen İletiler.....	59
2.4.1.11. Telefon Faturaları ve Kredi Kartı Hesap Ekstreleri	59
2.4.2. Yazılı Olmayan Deliller.....	60
2.4.2.1. Tanık.....	60
2.4.2.2. Boşanma Davalarında Bilirkişiye Başvurulması.....	62
2.4.2.2.1. Genel Olarak	62
2.4.2.3. Aile Mahkemesindeki Uzmanların Hukuki Durumu	63
2.4.2.4. Keşif	64
2.4.2.5. Ses ve Görüntü Kaydı ile Fotoğraf.....	65
2.4.2.6. Telefon Kayıtları	66
2.5. Boşanma Davasında Kullanılması Caiz Olmayan Deliller	67
2.5.1. Yemin	67
2.5.2. İkrar	68

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BOŞANMA DAVALARINDA HUKUKA AYKIRI DELİLLER

3.1. Genel Olarak	70
3.1.1. Velayet Davalarının Özel Durumu	72
3.2. Hukuka Aykırılık	73
3.3. Hukuka Uygunluk Halleri.....	75
3.3.1. Genel Olarak.....	75
3.3.2. Menfaatlerin Tartılması	76
3.4. Boşanma Davalarında İleri Sürülen Delillerin Hukuka Aykırılık Sorunun Örneklerle Ele Alınması	77
3.4.1. Ses Kaydı, Görüntü ve Fotoğraf.....	77
3.4.2. Telefon Kayıtları.....	81
3.4.2.1. Genel Olarak	81
3.4.2.2. Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Hükümlerin Etkisi	83
3.4.3. Hukuka Aykırı Yollardan Bilgi Edinen Tanık	84
3.4.4. Günlük ve Gizli Notlar	85
3.4.5. Mektup ve Elektronik Posta	87
3.4.6. Sosyal Medya Kayıtları ve Şifreli Hesaba Girilmesi.....	89
3.4.7. Biyolojik Örnekler ve Tıbbi Analiz.....	90

3.5. Boşanma Davalarında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi ve HMK M. 189'daki Delil Yasağının Etkisi.....	91
SONUÇ	95
KAYNAKÇA.....	99
ÖZGEÇMİŞ	106



KISALTMALAR LİSTESİ

AMKGYUHK	: Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
Bknz	: Bakınız
Bs	: Basım
C	: Cilt
Çev	: Çeviren
dn	: dipnot
DÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
E.T	: Erişim Tarihi
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İKÜHFD	: İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	: Karar
kıs	: Kısaca
KKVK	: Kişisel Verilerin Korunması Kanunu
m.	: madde
Mihder	: Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Dergisi
MK	: 743 sayılı Türk Kanun-u Medenisi
R.G.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SDÜ	: Süleyman Demirel Üniversitesi
SGK	: Sosyal Güvenlik Kurumu
T.	: Tarih
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu

TMK	: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
TNBHD	: Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi
vd.	: ve devamı
Yarg.	: Yargıtay
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
YÜHFD	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi



ÖZET

Tezimizin konusunu “Boşanma davalarında ispat sorunları ve hak ihlalleri” oluşturmaktadır. Çalışmamız üç bölümden oluşmakta olup; ilk bölümünde evliliğin sona ermesi ve özellikle boşanma kavramı, boşanmanın dayandığı ilkeler, Türk Medeni Kanunu’nda boşanma sebepleri, boşanma yargılamasında ispat incelenmiştir. İkinci bölümde hukuka aykırı deliller, bu konuda doktrindeki ve uygulamadaki görüşlere yer verilmiş, boşanma davalarında kullanılması mümkün olan deliller ele alınmıştır. Üçüncü bölümde hukuka aykırı delillerin boşanma davalarına yansımaları örneklerle açıklanmaya çalışılmış, son olarak bu konudaki kanaatimiz belirtilerek çalışmamız tamamlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Boşanma sebepleri, ispat hakkı, hukuka aykırı delil, kusur ilkesi

SUMMARY

EVIDENCE OBTAINED ILLEGALLY IN DIVORCE CASES

The subject of our thesis is "Proof problems and violations of rights in divorce cases". Our study consists of three parts; In the first part, the termination of marriage and especially the concept of divorce, the principles on which divorce is based, the reasons for divorce in the Turkish Civil Code, the proof in divorce proceedings are examined. In the second part, illegal evidence, opinions in doctrine and practice on this subject are given, and the evidences that can be used in divorce cases are discussed. In the third chapter, the reflections of illegal evidence on divorce cases were tried to be explained with examples, and finally, our study was completed by stating our opinion on this issue.

Keywords : Divorce reasons, right of proof, unlawful evidence, principle of fault

TEŞEKKÜR

Çalışmamda bana yol gösteren, her türlü destek ve emeklerini esirgemeyen, yüksek lisans tez sürecim boyunca bilgileriyle ışık tutan, danışmanlığımı üstlenen öğrencisi olmaktan gurur duyduğum sayın Doç. Dr. Selin Sert Sütçü'ye sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

Her zaman yanımda olan, çalışmalarımda beni gayretlendiren kıymetli annem Aynur Erturan'a ve babam Ramazan Erturan'a minnetimi sunarım. Tanıştığımız günden beri hayatımın her alanında olduğu gibi tez çalışma sürecimde de beni destekleyen, her düşüğümde elimden tutan sevgili eşim Yunus Tanışman'a ve doğduğu günden beri hayatıma ışıklar saçan canım kızım Bahar Tanışman'a teşekkür ederim.

Melike TANIŞMAN
Antalya, 2023

GİRİŞ

Aile, Anayasa m.41'e göre Türk toplumunun temelidir. Toplumun temelini korumak noktasında bireylerin yanında devlete de önemli görevler düşmektedir. Türk Medeni Kanunu'nda aile bireylerinin hak ve yükümlülükleri ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Ailede mutluluğun, düzenin sağlanması için eşlere sadakat yükümlülüğü, bakım ve destek yükümlülüğü gibi sorumluluklar yüklenilmiştir. Bu yükümlülüklere aykırı davranılması halinde ihlal eden kişiye karşı boşanma davası açılabilecektir. Boşanma davasının konusunun aile olması nedeniyle kamu yararı bulunmaktadır. Bu nedenle TMK'da diğer hukuk davalarından farklı olarak boşanma yargılamasına özgü kurallar öngörülmüştür. Medeni usul hukukunda kural olarak taraflarca getirilme ilkesi geçerli olsa da, boşanma davasında velayet gibi bazı konularda resen araştırma ilkesi getirilmiştir. Boşanma davasında dava sebebinin ispatı eşlere düşmektedir. Eşlerin boşanma taleplerinin kabul edilebilmesi için, hukuka uygun elde ettikleri delilleri, usul kurallarına uygun olarak ileri sürmelidirler.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.189/2 hükmü gereğince hukuka aykırı delil hükme esas alınmayacaktır. Hukuka aykırı delil ileri süren kişi açmış olduğu hukuk davasını kaybetmesinin yanında özel hukuk anlamında manevi tazminat yaptırımına ve eyleminin suç teşkil etmesi halinde cezai yaptırımlara maruz kalabilecektir. Bu hususun boşanma yargılamasına yansısı ele alındığında, boşanma davalarının konusu gereği kişilerin en mahrem alanını ilgilendirdiğinden ileri sürülen deliller de kişilerin mahrem alanını ilgilendirecektir. Delil yasağının mutlak olarak uygulanması halinde tarafların boşanma davalarını ispatlayamama durumları söz konusu olacaktır. Çalışmamızın ilk kısmında evliliğin sona erme hallerinden boşanma, boşanmanın temel aldığı ilkeler ve boşanma sebepleri incelenmiştir. Boşanmanın temel aldığı kusur ilkesinin çağdaş hukuk sistemlerinde olduğu gibi terk edilmesi, kusur ilkesi yerine elverişsizlik ilkesinin benimsenmesi boşanma davalarındaki hukuka aykırı deliller sorununa önemli ölçüde çözüm getireceğinden bahsedilmiştir.

Mevcut durumda boşanmanın temel aldığı kusur ilkesinin terk edileceğine dair bir reform çalışması bulunmamaktadır. Boşanmanın sebebi ve sonuçları bakımından kusur ilkesi önemini koruduğu için hukuka aykırı delil sorunu da güncelliğini kaybetmeyecektir. Çalışmamızın ikinci bölümünde boşanma davasında hükme esas alınamayacak hukuka aykırı delil ile ilgili doktrindeki görüşlere etraflıca yer verilmiş, boşanma davasında kullanılabilecek deliller açıklanmıştır. Üçüncü bölümde ise hukuka aykırı delillerin boşanma davalarındaki

yansıması ele alındıktan sonra, hukuka uygunluk nedenlerine yer verilmiştir. Hukuka aykırılık oluşturabilecek durumlar örneklerle açıklanmaya çalışılmış, konuya ilişkin yargı kararlarına yer verilmiştir. Tartışmalı hususlarda doktrindeki görüşlere değinerek kanaatimiz ifade edilmiştir. Temennimiz yüksek lisans tez çalışmamızın hukuk literatürüne katkı sağlayabilmesidir.



BİRİNCİ BÖLÜM

EVLİLİK, EVLİLİĞİN SONA ERMESİ VE ÖZEL OLARAK BOŞANMA

1.1. Evlilik

Evlilik, kanunda belirtilen şekillere uyularak yapılan bir hukuki işlem ile karşı cinsten iki kişinin oluşturduğu birliği ifade etmektedir.¹ Bu birliğin tüzel kişiliği bulunmamaktadır. Birliğin kurulmuş sayılması için pozitif hukuk sistemlerine göre belirlenen alenileşme unsurunun gerçekleşmesi, evliliğin iki farklı cins² arasında yapılmış olması, nikah akdinin olumlu irade beyanıyla kabul edilmiş olması ve nikah akdinin yetkili memur tarafından yapılmış olması gerekmektedir³. Karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile gerçekleşen bu hukuki işlem sözleşme niteliği taşımaktadır. Aile hukukuna özgü bu sözleşmenin, borçlar hukuku sözleşmelerinden en önemli farkı sözleşme özgürlüğünün bulunmamasıdır. Evlilik sözleşmesinin tarafları olan karı koca, kanunda düzenlenenden şekilden farklı olarak sözleşmeye düzenleyememektedir⁴. Kanunda belirtilen şekilde kurulmayan birlikler, evlilik birliği oluşturmayacak dolayısıyla aile hukukuna tabi olmayacaktır.

1.2. Evliliğin Sona Ermesi Ve Özellikle Boşanma

1.2.1. Genel Olarak

Evlenmeyle kurulan birlik doğal olarak ölüm ve patolojik olarak da iptal ya da boşanmayla sona ermektedir⁵.

Eşlerden birinin ölümü ile hak ehliyeti ve bunun doğal sonucu olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kendiliğinden sona ereceğinden, evliliği de sona erecektir. Bu sebeple ölüm ile evliliğin sona ereceğine TMK’da yer verilmesine gerek duyulmamıştır.

Eşlerden birinin gaipliğine karar verilmesi halinde ise evlilik bu karar ile kendiliğinden sona ermeyecektir. Zira TMK m.131 hükmüne göre gaiplik kararı verilen

¹Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper: **Türk Özel Hukuku Aile Hukuku**, 18. Baskı, C.3, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023, s.11.

² Hukuk sistemlerinin gökkuşağı ailelere yaklaşımı, Belçika, Brezilya, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Güney Afrika, Hollanda, İngiltere, İrlanda, İskoçya, İspanya, İsveç, İzlanda Kanada, Lüksemburg, Meksika, Norveç, Portekiz, Uruguay ve Yeni Zelanda’da aynı cinsiyetten kişilerin evlenmelerine izin verildiğine dair ayrıntılı açıklamalar için bkz. Sirmen, Sedat: “Eş Cinsel Birliktelikler ve Bunların Kanunlar İhtilâfi Hukukunda Düzenlenişi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.58 No 4, 2009, s.825-879.

³Hatemi, Hüseyin: **Aile Hukuku**, 9.Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s.1.

⁴ Serozan, Rona/Başoğlu, Başak/Kapancı, Berk: Aile Hukukunun Özellikleri, İlkeleri ve Gelişimi, **İKÜHFD**, 2016/2, s.534; Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya: **Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku**, 2. Cilt, 23. Bası, Beta Basım Yayın, Ankara, 2021, s.60-61; Öztan, Bilge: **Aile Hukuku**, 5.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s.121.

⁵Dural/Öğüz/Gümüş s.11.

kişinin eşi, evliliğinin sona ermesini istemesi halinde gaiplik kararı ile beraber veya ayrıca açacağı dava ile evliliğin feshini talep edecektir.

Eşlerden birinin evlendikten sonra cinsiyetini değiştirmesi halinde evlilik birliğinin devamının ne şekilde olacağına dair TMK’da hüküm bulunmamaktadır. Cinsiyet değiştirmek için TMK m. 40 hükmüne göre evli olmama şartı var ise de eşlerden birisi evli iken yasa dışı yollardan cinsiyetini değiştirdiğinde doktrindeki bir görüşe göre, evlilik kendiliğinden geçersiz olmaktadır. Çünkü evliliğin kurucu unsuru olan karşı cinsler arasında olma koşulu ortadan kalkmıştır. Bu durumda evlilik yok hükmünde olmalı ve kendiliğinden hükümsüz sayılmalıdır⁶. Ancak Kanunda hangi durumlarda evliliğin kendiliğinden veyahut mahkeme kararıyla sona ereceği düzenlenmiş olup eşlerden birinin cinsiyet değiştirmesi halinde evliliğin kendiliğinden hükümsüz sayılacağı düzenlenmemiştir. Bu nedenle eşlerden birinin cinsiyet değiştirmesi mutlak butlan sebebi sayılamayacağından yokluğu kabul etmek tek çözüm olacaktır⁷. Bu konuda ileri sürülen diğer görüşe göre ise kanunda evliliğin yalnızca ölüm halinde kendiliğinden sona ereceği düzenlenmiştir. Ölüm dışında boşanma, gaiplik, evlenmenin butlanı gibi sebeplerle mahkeme kararı son bulmaktadır. Kanunda belirtilen sınırlı durumlar dışında yeni bir durum yaratılamayacağından cinsiyet değiştirilmesi halinde geçerliliğini koruyup korumayacağı hususunda boşluk bulunduğundan kanunda düzenleme yapılması gerekmektedir⁸.

1.2.2. Boşanma

Boşanma evliliği sona erdiren sebeplerden biridir. Toplumun temelini oluşturan ailenin kuruluşu gibi sona ermesi de hem devleti hem toplumu yakından ilgilendirir. Modern hukuk sistemlerinde boşanma, eşler hayattayken en az birinin istemi üzerine, kanunda düzenlenmiş sebeplere dayanılarak mahkemece verilecek bir karar ile elde edilir⁹. Boşanmanın nasıl bir prosedür izlenerek gerçekleşeceği ise o toplumda kabul edilen hukuk politikasına bağlıdır¹⁰. İki kişi arasındaki özel ilişki gibi görünen evliliğin, boşanma ile sona ermesine hakim karar vermesi ve boşanma şartlarının kanun ile düzenlenmesinin sebebi ailenin devamında görülen toplum menfaati ile açıklanabilmektedir. Boşanma sadece eşleri değil, tarafların çocuklarını, ailelerini ve bunun sonucu olarak da tüm toplumu ilgilendirmektedir. Eşlerin istediği zaman

⁶Dural/Öğüz/Gümüş, s.77.

⁷Sert, Selin: “Türk Medeni Hukukunda Cinsiyet Değiştirme”, TBB Dergisi, S.265, Ankara 2015, s.118.

⁸Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona: *Aile Hukuku*, İstanbul 1993, s.103.

⁹Cin, Halil; *Eski Hukukumuzda Boşanma*, 2. Baskı Konya, 1988, s.1.

¹⁰Öztañ, s.366.

ve herhangi bir kurala bağlı olmadan evliliklerine son vermeleri durumunda mutsuz, psikolojik bakımdan sağlıklı olmayan insanlar toplum için büyük bir sorun teşkil edecektir¹¹.

Tarih boyunca devletlerin boşanma hukuku ile ilgileri farklılık göstermiştir. Eski Roma Hukukunda olduğu gibi bazı toplumlarda boşanmanın yalnızca eşleri ilgilendiren bir sorun olduğu kabul edilmiş, boşanma sebepleri kanunda düzenlenmediği gibi herhangi bir resmi makamın eşlerin boşanmasına katılması da düzenlenmemiştir¹². İslam Hukukunda boşanma kural olarak erkek eşi tanınmış bir hak olup, erkek eşi bu hakkını serbestçe kullanabilir. Erkek eşi sözünü “boş ol” demesi boşanma için yeterlidir¹³. Katolik kilise hukukunda ise evlilik kurumu mukaddes bir kurum olarak kabul edilip boşanmayı yasaklamıştır¹⁴. Bu kısa açıklamalardan sonra çeşitli hukuk sistemlerinde kabul edilmiş boşanma sistemlerine yer verilecektir.

1.2.3. Boşanma Sistemleri

Boşanma sistemlerini boşanma yasağı sistemi, boşanma serbestisi sistemi ve boşanmayı belli sebeplere ve hakimın hükmüne dayandıran sistem olmak üzere üç grupta toplayabiliriz

1.2.3.1. Boşanma Yasağı (Evliliğin Sonsuzluğu)

Boşanma yasağı, dokuzuncu asırdan itibaren Katolik Kilisesi hukuku tarafından benimsenen ve etkilerini günümüze kadar¹⁵ sürdüren bir görüştür. Güçlenen kilise, aileyi denetim altına almış ve boşanmayı yasaklamıştır. Kilise bunu yaparken İsa'nın “Allah'ın birleştirdiğini insan ayıramaz, her kim bir başka kadınla evlenmek için karısını boşarsa, ona karşı zina işlemiş sayılır ve bir kadın bir başka erkekle evlenmek için kocasını terk ederse zina işlemiş olur” yolundaki sözlerine dayanmıştır. Ancak bu sözlerin İsa'ya ait olup olmadığı ve içeriği konusunda görüş birliği yoktur¹⁶.

Boşanma yasağının yol açacağı zararları hafifletmek için Katolik kilisesi ayrılık kurumunu benimsemiştir. Buna göre evliliğin eşler için çekilmez hale gelmesi halinde hakim

¹¹ Cin, s.1.

¹² Akipek, İlhan: **Mukayeseli Hukuk Bakımından Boşanma Sebepleri**, Ankara 1952, s.3.

¹³ İslam hukukunda kadınların boşanma hakkını kullanabileceği durumlar hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz, I. Bölüm s.14.

¹⁴ Cin, s.2.

¹⁵ “1981 yılına kadar İspanya’da, 1987 yılına kadar Arjantin’de 1978 yılına kadar Portekiz’de, 1970 yılına kadar İtalya’da bu sistem uygulanmaktadır. İrlanda ise halen bu sistem uygulanmaktadır”. Aras, Bahattin: **Boşanma Davalarında Yargılama Usulü ve Aile Mahkemeleri**, Adalet Yayınevi 2. Baskı, Ankara 2011, s.10 dn. 31.

¹⁶ Hatemi/Serozan, s.206; Gürsoy, Kemal T: “Boşanma Hukukunun Tarihi Gelişimine Bir Bakış ve Boşanma Sebeplerinde En Yeni Gelişmeler”, **Boşanma Hukuku Haftası, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı**, Cilt II, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1977, s.2; Cin, s.2.

kararı ile ayrılığa karar verilebilir. Ayrılığa karar verilmesi halinde evlilik birliği devam etmekte olup, eşler sadece birlikte yaşama külfetinden kurtulmuş olur. Kadına ağır hakaret, eşinin sağlığını tehlikeye düşürme, çocuklara Katolikliğin esaslarına ters düşecek şekilde terbiye verme, haysiyetsiz yaşam sürme, Hristiyanlık dinini terk etme halinde ayrılık isteme hakkı tanınmıştır. Buna karşılık koca ise sadece zina sebebine dayanarak ayrılık isteyebilmektedir¹⁷. Zina halinde hakim devamlı olarak ayrılığa karar vermektedir. Diğer boşanma sebeplerinin gerçekleşmesi halinde ise geçici olarak ayrılığa hükmetmektedir.

Katolik kilisesi hukukunda boşanma yasakları evlenmenin iptali sebeplerinin çokluğuyla bazı noktalarda hafifletilmiştir. Evlenmenin iptali, cinsel birleşmenin gerçekleşmemesi halinde evlenmeden önce veya evlenme sırasındaki sebeplere dayanılarak da istenilebilmekteydi.

Kilise gevşemiş ahlak anlayışı ve özellikle evliliği sıkı bir disipline almak amacıyla boşanmayı yasaklamıştır. Bunda bir ölçüde de başarı kazandığı ifade edilmektedir. Ancak birbirleriyle anlaşamayan çiftlerin boşanmalarına izin vermemek kişi hürriyetine aykırı olduğu gibi toplum için de fayda sağlamamıştır. Nitekim 16. yüzyılda Reform hareketleriyle evliliğin kutsal bir bağ olduğu reddedilmiş, evliliğin mahkeme kararı ile sona erebileceği Protestanlıkta kabul edilmiştir¹⁸.

1.2.3.2. Boşanma Serbestisi

Eşlerin isteklerine, menfaatlerine ve iradelerine dayanan bir evlilik bağı, onların bu menfaatlerine ve iradelerine uymaz hale gelince çözülebilmelidir. Karı koca nasıl kendi istekleriyle evleniyorsa yine kendi istekleriyle bu evliliği sonlandırabilir görüşü serbest boşanma sisteminin doğmasına neden olmuştur. Bu görüş doğrultusunda eşlerin karşılıklı anlaşmasına gerek kalmadan eşlerden birinin tek taraflı irade beyanıyla evliliğe son verme imkanı tanınmıştır¹⁹.

Serbest boşanma sistemi eski hukuk sistemlerinde genellikle yalnızca kocaya tanınmış bir haktır. Babil, Roma, Cermen ve İslam hukuklarında tek taraflı veya bazı durumlarda karı kocanın anlaşması halinde boşanma imkanı tanınmıştır²⁰.

1789 İhtilali'nden sonra Fransız Anayasasında evlenmenin laik bir muamele olduğu düzenlenmiş, 20 Aralık 1972 tarihli Kanun ile boşanma yetkisinin bireysel hürriyetin sonucu

¹⁷Velidedeoğlu, Hıfısı Velvet: **Boşanma Sebeplerinin Hukuki Tarihi, Kilise Hukuku ve Hukuk Politikası Bakımından Umumi Surette Tetkiki**, Cemil Bilsel'e Armağan s.686, Cin, s.3.

¹⁸Cin, s.4.

¹⁹Köprülü/Bülent/Kaneti, Selim: **Aile Hukuku**, 2.Baskı, İstanbul 1989, s.143; Aras s.9.

²⁰Özdemir, Nevzat: **Türk İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma**, İstanbul 2003, s.5.

olduğu gerekçesi ile boşanma kabul edilmiştir. Bahsi geçen Kanun ile tarafların nüfus memuruna yapacakları basit bir irade beyanıyla boşanma mümkün hale gelmiştir. Aynı şekilde devrim sonrası Sovyet Rusya’da boşanma kilisenin yetkisinden alınıp, mahkemelerin ve nüfus memurlarının yetkisine geçirilmiş, karı kocanın nüfus memuruna yapacakları beyanla boşanma imkanı tanınmıştır²¹.

1.2.3.3. Boşanmayı Hakimin Hükmüne ve Belli Sebeplere Dayandıran Sistem

Boşanma yasağı ve serbestisi çerçevesinde boşanma kararı ele alındığında; boşanma serbestisi sisteminde eşlerin isteklerine önem verip, iradeleri doğrultusunda evlilik birliğini istedikleri zaman sona erdirmeye olanak verse de, toplumun temelini oluşturan ailenin her an için boşanma tehdidi altında yer almasına neden olacaktır. Boşanmanın bu kadar kolay olması, tarafların evlilik kararını sağlıklı bir şekilde alamamasına, bunun sonucu olarak da “deneme evliliklerine” yol açarak aileyi geçici bir kurum haline getirecektir. Bunun yanında haklı haksız ayrımı gözetmeden boşanmayı yasaklayan sistem ise, evlilik birliğini tarafların istedikleri bir birlikten ziyade mecburi birlik haline getirmektedir. Bu noktada olması gereken, tarafların istekleri ile toplum yararının kesiştiği yerde, belirli şartların gerçekleştiği durumlarda boşanmanın mümkün olmasıdır²².

Boşanma yasağı ile boşanma serbestisi arasında yer alan bu görüş, Protestan hukukunun, Katolik kilise hukukuna tepkisi sonucu doğmuştur. İsviçre ve Türk Medeni Kanunlarında olduğu gibi dünyanın uygar ülkelerinin çoğunda bu sistemi kabul edilmiştir.

1.2.4. Boşanmanın Dayandığı Temel İlkeler

Belli sebeplerle hakim kararına dayanan boşanma sisteminde, boşanma nedenleri çeşitli esaslara dayandırılmaktadır. Bu esaslar kusur, irade, evlilik birliğinin temelinden sarsılması ve elverişsizliktir. Bu ilkeler aşağıda sırası ile ele alınacak Türk Medeni Kanun’un söz konusu ilkelerden ne şekilde etkilendiğinden bahsedilecektir.

1.2.4.1. Kusur İlkesi

Boşanma eşlerden birinin diğerine karşı, evlilik birliğini zedeleyecek ölçüde bir kusur işlemesi durumunda oluyorsa, bu ilkenin varlığı kabul edilmektedir²³. Kusur ilkesi, kusurlu eşin dava açmamasını öngörür. Bu ilke kimse kendi kusuruna dayanarak hukuken korunan bir

²¹Cin, s.6.

²²Aras, s.11.

²³Özdemir, s.6.

menfaat elde edememelidir esasına dayanmaktadır²⁴. Eşlerden birinin diğerine karşı zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış gibi ağır kusur sayılan hareketlerde bulunması durumunda, kusursuz eş korunarak, diğer eşe boşanma hakkı tanınmıştır. Hiç kimse kendi lehine de olsa dava açmaya zorlanamayacağından, kusursuz eşin boşanma davası açmaması durumunda hakkın kötüye kullanılmasından bahsedilemeyecektir²⁵. Türk Medeni Kanunumuzda kusur ilkesi hem boşanma nedenleri hem de boşanmaya bağlanan sonuçlar bakımından varlığını sürdürmektedir.

Boşanma kurumunda kusur ilkesine mutlak şekilde bağlı kalmak, eşlerin karakterlerinin uyuşmaması örneğinde olduğu gibi her iki tarafa kusur yüklenilemeyecek durumlarda evliliği sona erdirmek mümkün olmayacaktır²⁶. Kusur çoğu durumda eşlerin sosyal, kültürel yapılarına, değer yargılarına göre değişkenlik gösterdiğinden soyut göreceli bir kavramdır. Önceden hangi eylem ya da davranışın kusur olarak kabul edileceğini belirlemek için nesnel bir ölçü koymak mümkün değildir. Bu nedenle TMK m. 166 hükmüne dayanılarak açılan boşanma davalarında kusurun hangi tarafta olduğunu saptamak hakimnin takdirindedir. Bu konuda önceden somut bir kural koymak, ölçü getirmek, hakimnin takdir yetkisini bağlayıcı ve önleyici olacağından mümkün değildir²⁷.

Boşanma hukukunda kusur ilkesine ya da eşlerden birinin evliliği yürütmesine engel olacak yönlerine ağırlık verilmesinin en sakıncalı sonuçlarından birisi de, boşanmak isteyen eşin her türlü araca başvurarak karşı tarafı ithâm yoluna gidebilecek olmasıdır²⁸. Hukuk düzeninin sadece boşanma hakkını kullanmak isteyen kişiyi, böyle bir boşanma sürecine ve ispat faaliyetine sürüklemesi insan onuru ile de bağdaşmayacağı ifade edilmiştir²⁹.

Bu anlamda kusura dayalı boşanma sistemlerinin, hem yargılamada kişileri âdeta objeleştirdiği, hem de eşini veya kendilerini küçük düşürücü birtakım ispat faaliyetleri içerisine dâhil etmeye zorlamaktadır. Toplum yapımız kusura dayalı bir boşanma sisteminden gelmemiş ve hatta bu noktada en geniş serbestiye dayanan serbest boşanma modelinden gelmesine rağmen, bugün hukukumuzda kusur boşanma davalarında geniş bir uygulama alanına sahip olmuştur ki, bu uygulamaya Katolik inanç yapısının hâkim olduğu tarihî süreçlerde bile rastlanmamış olması mümkündür. Hatta bu fiilî durum doktrinde bazı yazarlar

²⁴ Köprülü/Kaneti, s.143.

²⁵ Velidedeoğlu, s.184.

²⁶ Öztan, s.369.

²⁷ Aras, s.15.

²⁸ Aras, s.13.

²⁹ Çiftçi, Pınar: “Boşanma Sisteminin Yargılamada Doğurduğu Temel Hak İhlalleri ve İspat sorunları”, Prof.Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.16, Özel Sayı, 2014 s.1784.

tarafından, serbest boşanma sisteminden, neredeyse boşanma yasağını çağrıştıran bir uç sisteme geçildiği şeklinde yorumlanmaktadır³⁰.

Kusura dayalı boşanma sebepleri yalnızca yargılama usulünde yarattığı ispat güçlükleri noktalarında eleştirilmemekte aynı zamanda hukukun diğer kuralları ve hukukun bütününde yaşanan gelişmeler ile de örtüşmediği ifade edilmektedir. Örneğin son yarım yüzyıldır hukuk sistemleri, anlaşmazlıkların alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle çözümlenmesine yönelmiştir. Hukukumuzda da bu kapsamda boşanma davasına bakan hâkime, tahkikat aşamasına geçmeden önce tarafları uzlaştırma görevi yüklenmiştir. Ancak ilginç bir sonuç ve tutarsızlık olarak tarafların uzlaşamaması hâlinde görülecek davanın tahkikat aşamasında, taraflara acımasızca karşı tarafın kusurunu ispat etme yükümlülüğü de varlığını korumaktadır. Dolayısıyla kusura dayalı boşanma sistemi, anlaşmazlıkların dava dışında alternatif yöntemlerle çözümlenmesi yönündeki gelişmelerle de ters düşmektedir. 4787 sayılı ve 9 Ocak hükmüne göre 2003 tarihli Aile Mahkemelerinin Kurulu, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunu m.7 maddesi'ne göre aile mahkemeleri, önlerine gelen dava ve işlerin özelliklerine göre, esasa girmeden önce, aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması bakımından eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek bunların sulh yoluyla çözümünü, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik eder (AMKGYUHK m. 7/1). Bu arabuluculuk faaliyeti sadece son yarım yüzyıldır alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin giderek önem kazanması sebebi ile hukuk sistemimize alınmamıştır; aile uyuşmazlıklarında arabuluculuğun önemi, aynı zamanda boşanma davalarındaki artış ve eşlerin sağlıklı bir şekilde ayrılabilmesi için tüm hukuk sistemlerinde benzer bir gelişme içerisinde. Avrupa Konseyi'nde, Bakanlar Komitesi tarafından düzenlenen Aile Arabuluculuğu Hakkında R (98) 1 Sayılı Tavsiye Kararı da bilhassa boşanma ve ayrılık süreçlerindeki aile uyuşmazlıklarının barışçıl yöntemlerle çözümlenmeyi hedef alan sistemleri düzenlemiştir³¹. Bir yandan aile arabuluculuğu konusunda dünyada ve ülkemizde bu tarz gelişmeler yaşanırken diğer yandan arabuluculukta uzlaşamayan çiftleri boşanma sürecinde birbirlerinin kusurlarını acımasız bir şekilde ispat etme yükü altında bırakmak, tutarlı değildir³².

³⁰Özdemir, s. 23.

³¹ Tavsiye Kararının amacının, aile sorunlarında anlaşmaya dayalı bir yaklaşım geliştirmek, çocukların velayeti ve kişisel ilişki kurulması konusunda uygun anlaşmaların yapılarak çocukların menfaatini en iyi şekilde korumak, evliliğin sona ermesindeki zararlı sonuçları en aza indirmek, boşanmanın hem devlet hem aile için yol açtığı sosyal ve ekonomik maliyeti en aza indirmek olduğuna dair bkz. Özbek, Mustafa Serdar; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Aile Arabuluculuğu Konulu Tavsiye Kararı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 2, s. 71-102.

³²Çiftçi, s. 1787, Kusura dayalı boşanma sisteminin eşler arasındaki nefreti ve kini artırdığı aynı zamanda kusurun ispatında yaşanan güçlüklerin eleştirisi konusundaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. Cin, s. 22-23.

1.2.4.2. Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması

Boşanmanın kusur ilkesine dayanması halinde yaratacağı sakıncalar karşısında, modern hukuk sistemlerinde boşanma, evlilik birliğinin devamının mümkün olmamasına dayandırılmıştır. Evlilikte meydana gelen düzen bozukluğu, evliliğin amaç ve işlevini yok etmekte, devamını eşler ve toplum açısından faydasız kılmaktadır. Eşler arasında sevgi, saygı, ilgi kalmadığında, evliliğin sonlanmasını kabul etmek gerekmektedir³³. Bu sistemde eşler kusurlu olmasına rağmen evlilik birliğini devam ettirmek mümkün ise boşanma yoluna gidilmemektedir. Ancak taraflar kusurlu olmamasına rağmen evlilik birliği temelinden sarsılmış ise boşanmak mümkün olmaktadır³⁴.

Günümüzde, hemen tüm çağdaş hukuklardaki boşanma nedeni evlilik birliğinin temelinden sarsılmasıdır. TMK m.166 hükmünde bu ilke farklı ölçüde kabul edilmiştir. Eşlerden birinin evliliği devam ettirmesi artık beklenemeyecek ve diğer tarafın da boşanmayı istemesi kendisinden beklenebilecek ise artık boşanma nedeni vardır. Burada boşanmayı haklı kılan, “evlilik birliğini devam ettirmeme arzusunun” taraflardan beklenebilir olmasıdır³⁵.

1.2.4.3. Elverişsizlik

Elverişsizlik ilkesi diğer prensiplere göre daha geç ortaya çıkmıştır. Eşlerden birinin ruhsal ya da bedensel bozukluklarından dolayı evlilik görevlerini yerine getiremeyecek hale gelmişse boşanmaya hükmedilmektedir. Örneğin akıl hastalığı, kısırlık, iktidarsızlık, alkoliklik, eş veya alt soy için tehlike arz eden hallerde elverişsizlik durumu mevcuttur³⁶.

Boşanma hukukunun gelişimine paralel olarak benimsenen elverişsizlik ilkesi, evliliği ilk planda bireylerden ziyade toplumun ve devletin amaçlarına fayda sağlayan bir kurum olarak değerlendiren hukuk düzeninin temel bir dayanağıdır. Elverişsizlik ilkesi çerçevesinde ele alınan örneklerin mevcut olması halinde bazı hukuk sistemlerinde ayrıca evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olup olmadığına bakılmaksızın mutlak bir boşanma nedeni olarak kabul edilmiştir³⁷.

1.2.4.4. İrade İlkesi

İrade ilkesine göre, boşanma eşlerin iradesine bağlıdır. Evlenme nasıl eşlerin iradesi ile kuruluyor ise, boşanma da aynı şekilde eşlerin iradesiyle gerçekleşebilmelidir. Tek taraflı

³³Köprülü/Kaneti, s.143.

³⁴Aras, s.14.

³⁵Aras, s.16.

³⁶Velidedeoğlu, s.184.

³⁷Aras, s.18.

irade beyanıyla boşanma kabul edilirse, serbest boşanma sistemine geçilmiş olur. Aile sürekli ve istikrarlı bir kurum olması gerektiğinden böyle bir ilkenin kabulü eleştirilmektedir³⁸.

İskandinav ülkelerinde, karşılıklı anlaşma ile boşanma, evlilik birliğinin temelinden sarsılması durumunda kabul edilmiştir. Türk hukukunda karşılıklı anlaşma ile boşanmanın kabulü şiddetli muhalefete rağmen, Eski Medeni Kanun'un (M.K) m.134 hükmünün 3444 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile kabul edilmiştir³⁹. Yapılan bu düzenleme yeni Kanun'a da aynen alınmıştır. TMK m.166/4 hükmüne göre anlaşmalı boşanmak için gerekli olan şartlar şöyledir; evliliğin en az bir yıl sürmüş olması, eşlerin birlikte başvurusu ya da eşlerden birinin diğerinin davasını kabul etmesi, boşanmanın mali sonuçları ile çocukların velayeti hakkındaki düzenlemenin hakim tarafından uygun bulunmasıdır.

1.2.4.5. Boşanmanın Dayandığı Temel İlkeler Bakımından Karşılaştırmalı Hukukta Yaşanan Gelişmeler

Boşanmaya ilişkin çağdaş hukuk sistemleri incelendiğinde, kusur ilkesinin boşanmanın dayandığı esaslar arasından çıkarılmakta olduğu; gerek boşanma nedenleri, gerekse boşanmanın sonuçları açısından kusur kavramından uzaklaşıldığını gözlemlemek mümkündür⁴⁰. TMK'da ise kusur ilkesi, hâlen gerek boşanma sebepleri gerekse boşanmanın sonuçları bakımından varlığını güçlü bir şekilde sürdürmektedir⁴¹. Günümüzde neredeyse tüm çağdaş hukuklardaki temel boşanma nedeni evlilik birliğinin temelinden sarsılmasıdır⁴². Çağdaş boşanma hukuku sistemlerinde, eşlerin evlilik birliğini sürdürmeme iradesi ile ayrı yaşamaları (fili ayrılık) hâlinde, belirli bir sürenin dolmasıyla boşanma olanağı tanınmaktadır⁴³. TMK m.166/4 hükmü ile belli koşulların sağlanması halinde üç yıllık fiili ayrılık halinde boşanma imkanı tanınmıştır. Bu yöndeki reformlar, kendiliğinden boşanma davalarındaki ispat hakkı güçlüklerini ve temel hak ihlali sorunlarını önemli ölçüde bertaraf etmektedir⁴⁴.

³⁸Velidedeoğlu, s.184.

³⁹Anlaşmalı boşanmanın Türk hukukunda şiddetli muhalefetle karşılandığına dair bkz. Cin, Halil: **İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme**, Ankara, 1974, s.337-339.

⁴⁰Hatemi, s. 117; Özdemir, s. 7.

⁴¹19. Yüzyıl'da kabul edilen medenî kanunlar evlenmenin dinî olmaktan ziyâde, bir dünya işi olduğu görüşünü benimseyip boşanmayı daha kolaylaştırdılar; hatta, kusur olmadan tarafların anlaşmalarıyla boşanmayı da kabul ettiler. Bu gelişmelerin yaşanmasında evliliği sadece özel bir sözleşme olarak gören Fransız İhtilâli'nin de etkisi büyük olmuştur (bu konuda bkz. Gürsoy, s. 4).

⁴²Özdemir, s.7.

⁴³Özdemir, s.7.

⁴⁴Kusura dayalı boşanma sisteminde, eşlerin birbirlerinin kusurunu ispatlaması ve boşanma davasında ispat aracı olarak kullanmak üzere evliliklerinin, evliliğe dahil cinsel hayat özel alanlarını ifşa etmek zorunda olması, temel haklara dayalı hukuk sistemlerine aykırı olduğu görüşü için bkz Çiftçi, s.1789.

Türk Medenî Kanunumuzun mehâzı olan İsviçre hukukunda boşanma konusunda dikkat çekici gelişmeler yaşanmıştır. İsviçre Aile Hukukunda, 1 Ocak 2000 tarihinde yürürlüğe giren ve boşanma hukukunu tamamen değiştiren kanun değişikliği ile boşanmada kusur ilkesi terk edilmiştir. TMK'nın da temel aldığı 1907 tarihli İsviçre Medenî Kanununda, bu reforma kadar boşanma sebeplerinde kusur ilkesini benimsemiş ve ayrıca kusur aynı zamanda boşanmanın sonuçlarında da etkili bir unsur olmuştur⁴⁵. Bunun yanında boşanma sebepleri yerine boşanma şartları düzenlenmiş, boşanma davasında eşin kusursuz veya az kusurlu olması halinde sağladığı avantajlar Kanun'dan çıkarılmıştır. Aynı şekilde maddi manevi tazminat gibi boşanmanın malî sonuçları bakımından da kusur ilkesi tamamen terk edilmiştir⁴⁶.

İsviçre hukukunda kusur ilkesinin terk edilmesinin en genel sebebi evliliğin çözülmesinde çoğu zaman hangi eşin kusurlu olduğunun veya eşlerin ne oranda kusurlu olduklarının saptanmasının mümkün olmaması gösterilmektedir. Zira eşler arasında yaşanan çoğu olaya üçüncü kişiler şahit olmamaktadır. Değişikliğin bir diğer gerekçesi ise, boşanmanın mali sonuçlarının kusura göre belirleniminin boşanma aşamasındaki eşlere bir yarar sağlamaması, özellikle çocuklar yönünden olumsuz sonuçlar doğurması, boşanma kavgasının şiddetlenmesine neden olan bir olgu olmasıdır. Bugün kusur ilkesinin boşanma hukukundan çıkarılması ile İsviçre hukukunda hâkim olan görüş, boşanmanın toplumu değil yalnızca karı kocayı ilgilendirdiği, boşanmanın sonuçları açısından ise, evliliğin sona ermesinde esas sorumluyu aramaktan ziyade, boşananların sosyal açıdan ayakta tutulmaları gerektiği yönündedir⁴⁷.

2000 yılında yapılan değişiklik ile birlikte İsviçre Medenî Kanunu'nda boşanma hukukunun temeli, evliliğin sarsılması nedeni üzerine inşa edilmiş ve evliliğin temelden sarsılması olgusunun ispatı için de delil getirme şartı aranmamıştır⁴⁸. Aynı zamanda eşlere, ortak dava dilekçesi vererek ya da tek taraflı talep ile boşanabilme imkânı sağlanmıştır⁴⁹. İsviçre'de yaşanan gelişmeler ve özellikle boşanmada kusurun reddedilmesi diğer Avrupa ülkelerinde de yaşanan değişim sürecinin bir parçasıdır. Mesela, Almanya'da 1976 yılında kabul edilen ve 1 Temmuz 1977 tarihinde yürürlüğe giren Evlilik ve Aile Hukuku Reformu Hakkında Birinci Kanun ile Alman Medenî Kanunu (BGB) § 1564-1587 arasındaki boşanma düzenlemeleri ile birlikte önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerden birisi de 1977

⁴⁵Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkzn. **Özdemir**, s. 3-35.

⁴⁶Helvacı, Serap: **İsviçre ve Türk Hukukunda Boşanma Sebepleri**, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, 2. Cilt, İstanbul 2002, s. 1151.

⁴⁷**Özdemir**, s.37-38.

⁴⁸**Özdemir**, s38.

⁴⁹**Aras**, s. 12 dn 34.

yılı itibariyle Almanya’da boşanma modelinde kusur ilkesi neredeyse tamamen kaldırılmış, onun yerini evlilik birliğinin temelinden sarsılması ilkesi (başarısızlık ilkesi) almıştır⁵⁰. Ayrıca boşanma sebepleri içerisinde birden fazla sebep kaldırılmış; bunun yerine evliliğin (başarısızlığı) yürütülememesi şeklinde tek ve genel bir boşanma sebebi kabul edilmiştir.

Evliliğin yürütülemediğinin ispatını kolaylaştırmak ve mahkemenin karı kocanın özel hayatına girmemesi için bazı karineler kabul edilmiştir⁵¹. Özellikle kanun koyucunun getirmiş olduğu bir yıllık ayrı yaşama kanunî karinesine dayanarak genellikle geçimsizliğin ve onu yaratan olayların sebebine gitmekten kaçınmışlar belirli bir süre ayrı yaşadıklarının tespitinden sonra boşanmaları çok kolaylaştırılmıştır⁵².

Doktrinde Almanya’da 1977’de gerçekleştirilen reformun başlıca öneminin kusur ilkesinin kaldırılması olarak ifade edilmekte, kusur ilkesinin kaldırılmasıyla boşanma yargılamasında kişilik haklarının korunması ve ispat faaliyetinin kolaylaştığı dile getirilip, Türk hukukunda da benzer bir reform ile kusur ilkesinin boşanmanın sebepleri ve sonuçları bakımından kaldırılmasının gerekliliğini, kusura dayalı boşanmanın yarattığı boşanma güçlüğünün toplumun kanayan yarası olduğunu yaklaşık 38 yıl öncesinde ifade edilmektedir⁵³.

Kusur konusunda Avrupa’da en geç kalan ülkelerden İsviçre’de reformun üzerinden neredeyse yirmi yıl geçmiş olmasına rağmen Türkiye’de kusura dayalı boşanma sisteminin terk edilmesine hiç değilse yumuşatılmasına dair gelişmenin olmaması hatta boşanma hukukunda “kusur” kavramının, Yargıtay içtihatları ile güçlendirilmesi doktrinde eleştirilmektedir⁵⁴. Ayrıca gerek Almanya gerekse İsviçre boşanma hukukunda boşanma davalarında tazminata hükmedilmesi yerine, boşanmanın malî sonuçları eşlerin evlilik süresince sahip oldukları ekonomik seviyenin boşanmadan sonra da devam etmesine imkân verecek şekilde düzenlenmektedir. Böylece ülkemizde de zaman zaman görülebildiği gibi, kadının boşanma ile haksız kazanç elde etmesi mümkün kılınmamaktadır⁵⁵.

⁵⁰Burcuoğlu, Haluk: Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 1982-1983, C. 48, ss. 1-4, s. 113.

⁵¹Burcuoğlu, s.114.

⁵²Odendahl, Hanswerner; *Boşanma ve Boşanmada Kusur Meselesi Üzerine Düşünceler*, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Ankara, 2008, s. 645.

⁵³Burcuoğlu, s.135. Yazar boşanmak istemeyen davalı eşin karşı tarafın kendisinden daha kusurlu olduğunu ispat etmek için “bütün kirli çamaşırlarını ortaya dökceğini”, karşılıklı ağır suçlamalar dizisi başlayacağını, örneğin, kadın kocasının kendisini dövdüğünü, ihmal ettiğini, kendisine hakaret ettiğini, alkole veya kumara tutkun olduğunu, başka kadınlarla birlikte olduğunu kanıtlayacak ve daha sonra ‘ben boşanmak istemiyorum’ diyecektir... Bu denli ahlaksız bir adamla evliliğin devamına karar verilmesinin hiçbir ekonomik ya da acaba hangi sosyal ya da ekonomik gerekçe ile açıklanamayacağını, burada korunmak istenen kadının aslında mahkum edilmiş olduğunu belirtmektedir.

⁵⁴Çiftçi, s. 1798.

⁵⁵Çiftçi, s. 1798.

1.3. Türk Hukukunda Boşanmanın Tarihsel Gelişimine Kısa Bir Bakış

Türk Hukuku'nda boşanma sebepleri Osmanlı İmparatorluğu'ndan günümüze tarihsel geçmişi olan bir konudur. Osmanlı İmparatorluğu döneminde ülke şer'i kurallara göre yönetildiği için evlilik hukukunda da aynı şekilde şer'i kurallar uygulanmaktaydı. Şer'i kuralların eksik kaldığı durumlarda boşluklar örf ve adet ile doldurulmaktaydı. Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulmasından sonra İsviçre Medeni Kanunu hukukumuzda adapte edilmek suretiyle 04.10.1926 tarihinde yürürlüğe giren 743 sayılı Türk Kanun-u Medenisi hazırlanmıştır. Bu kanun ile evlilik hukuku ve boşanma hukukunda köklü bir reform yapılmıştır. Bu Kanun ile ülkemiz, şer'i kuralların etkisinden ayrılmıştır. Ancak, bu reform çalışması da ilerleyen dönemde değişen ve gelişen toplumun ihtiyaçlarına yeterli gelmemiş olup 01.01.2002 tarihinde 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu yürürlüğe girmiştir. Bu tarihsel gelişim çizgisine uygun olarak konu “Türk Kanun-u Medenisinden Önce”, “Türk Kanun-u Medenisi'nden 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğe Girmesine Kadar Geçen Dönem” ve “4271 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda Boşanma Sebepleri” başlıkları altında incelenecektir.

1.3.1. Türk Kanun-u Medenisinden Önceki Dönem

Türk Kanun-u Medenisi'nin yürürlüğe girmesinden önce boşanma İslam Hukuku'nun kurallarına yani şer'i kurallara göre gerçekleştirilmekteydi. İslam Hukukunda boşanma serbestisi geçerli olmakla birlikte boşanma hakkı kural olarak kocaya aittir. Kadın eş için ise boşanma bazı şartların gerçekleşmesi halinde mümkündür. Koca kadının mehirini ve nafakasını ödediği ve dinen izin verildiği şekilde boşanma iradesini eşine sözlü olarak açıkladığı takdirde, kadının boşanmayı kabul etmesine ya da mahkeme kararına gerek olmaksızın evliliği sona erdirebilmekteydi. Kadın ise evlenmeden önce talak hakkını saklı tutmuş ise ya da evlendikten sonra kocası bu hakkı kendisine bahsetmiş ise boşanabilmekteydi. Eğer kadın evlenirken talak hakkını saklı tutmamış, ancak koca evlendikten sonra akıl hastalığına tutulmuş, gaip olmuş ya da kötü muamelede bulunmuş ise mahkemeden boşanma talep etmekteydi⁵⁶.

İslam hukukunda hul veya muhalaa olarak adlandırılan anlaşma yolu ile boşanma da mümkündür. Erkek eş tek taraflı irade beyanı ile evliliği sonlandırdığında kadına bir bedel ödemesi gerekirken, anlaşma yoluyla evliliğin sonlandırılması durumunda bu ücretten kurtulma imkanı vardır⁵⁷.

⁵⁶Cin, s.36.

⁵⁷Cin, s.71.

1.3.2. Türk Kanun-u Medenisi'nden 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğe Girmesine Kadar Geçen Dönem

Türk Kanunu Medenisi ile boşanma sebepleri ağır şartlara bağlanmıştır. Bu Kanun'da yer verilen boşanma sebepleri zina, pek fena muamele, cana kast, cürüm ve haysiyetsizlik, akıl hastalığı, terk, evlilik birliğinin sarsılması veya evlilik birliğinin yeniden kurulamaması halleridir. Bu kanun ile boşanma serbestisi sisteminden boşanmayı belirli sebeplere ve hâkim kararına bağlayan sisteme geçilmiştir. Ancak, 1988 yılına kadar anlaşmalı boşanma, boşanma sebebi olarak kanunda yer almıştır. 04.05.1988 tarih ve 3444 sayılı yasayla değişik Türk Kanun-u Medenisi m.134 ile 4721 Sayılı Türk Medeni Kanun'un genel boşanmayı düzenleyen m.166 arasında türkçeleştirme dışındaki tek fark madde başlıklarında kendini göstermektedir. MK m.134 hükmünün kenar başlığı ise, “evlilik birliğinin sarsılması ve müşterek hayatın yeniden kurulamaması” şeklinde iken yeni Medeni Kanunun m.166 hükmünün kenar başlığı “evlilik birliğinin sarsılması” şeklinde düzenlenmiştir.

1.3.3. 4271 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nda Boşanma Sebepleri

Türk Kanun-u Medenisi yürürlüğe girdiği dönemde ülkemizde medeni hukuk alanında köklü bir ilerleme getirmiş ise de zaman içerisinde toplumun ihtiyaçları karşısında yetersiz kalınca yeni bir kanun çalışmasına başlanmış ve 01.01.2002 tarihinde 4271 sayılı TMK yürürlüğe girmiştir.

Türk Medeni Kanunu da Türk Kanun-u Medenisi gibi boşanma sistemlerinden boşanmayı belirli sebeplerle ve hâkim kararına bağlayan sistemi benimsemiştir. Buna göre boşanma için kanunda sayılan belirli sebeplerin gerçekleşmesi ve mahkeme kararı şart kılınmıştır. Boşanma sebepleri Kanun'da sınırlı olarak sayılmış olup eşlerin anlaşarak da olsa bu sebeplere yenilerini eklemeleri mümkün değildir. Boşanma nedenleri düzenlenirken genellikle temelden sarsılma ilkesi kabul edilmiş ancak kusur, irade ve elverişsizlik ilkelerine de yer verilmiştir. TMK'da, şiddetli geçimsizlik yönünden temelden sarsılma ilkesini, zina, hayata kast, terk, pek kötü ve onur kırıcı davranışta kusur ilkesini, akıl hastalığında da elverişsizlik ve temelden sarsılma ilkesini benimsenmiştir⁵⁸. 3444 sayılı Kanun ile 1988 yılında hukukumuzda giren irade ilkesine dayanan anlaşmalı boşanma, TMK'da da boşanma sebebi olarak varlığını devam ettirmiştir.

⁵⁸Köprülü/Kaneti, s.146.

1.3.3.1. Boşanma Sebepleri

Boşanma nedenleri TMK m.161-166 hükümleri arasında altı madde halinde düzenlenmiştir. Kanunda bir boşanma sebebi için belirli “olgular” aranıyorsa, özel boşanma sebebi, boşanmanın kanuni şartı olarak ileri sürülen olgular belirtilmeyip de evlilik birliğinin temelden sarsılması yeterli görülüyorsa, genel boşanma sebebi söz konusudur⁵⁹. Kanunda zina (TMK m.161), hayata kast, pek kötü ve onur kırıcı davranış (TMK m.162), suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme (TMK m.163), terk (TMK m.164) ile akıl hastalığı (TMK m.165) özel boşanma nedenidir. TMK m.166 hükmünde öngörülen evlilik birliğinin sarsılması ise genel boşanma nedeni olarak nitelendirilmektedir.

Bir boşanma davasında, boşanma sebebi olarak kabul edilen olayların varlığının ispatlanması yeterli bulunuyor ayrıca evliliğin temelinden sarsılmış olması ve ortak hayatın çekilmez hale gelmesi (beklenilmezlik şartı, çekilmezlik şartı) gerekmiyorsa mutlak boşanma sebebi vardır. Boşanma sebebi kabul edilen olayın kanıtlanmasının yanında çekilmezlik, beklenilmezlik şartının gerçekleşmesi de gerekiyorsa nisbi boşanma sebebi vardır⁶⁰. Nisbi boşanma nedenlerinde hakim evliliğin temelinden sarsılıp sarsılmadığını takdir eder⁶¹. Bizim hukukumuzda zina , hayata kast, pek kötü ve onur kırıcı davranış, terk, boşanma davasının reddinden sonra ortak hayatın kurulamaması “çekilmezlik” şartı aranmadığı için mutlak boşanma sebebi, evlilik birliğinin sarsılması (anlaşmalı boşanmada dahil), akıl hastalığı, suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme nisbi boşanma sebebi oluşturmaktadır.

1.3.3.2. Boşanma Sebeplerinin Gerçekleşme Şartı ve İspatı

1.3.3.2.1. Genel Olarak İspatın Amacı Ve Konusu

İspat, açılan davada ileri sürülen uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek vakıa ya da olgunun gerçekleştiği hususunda delillere dayanılarak hakimde kanaat uyandırmaya yönelik ikna faaliyeti olarak tanımlanmaktadır⁶².

⁵⁹Saymen, Ferit Hakkı/Elbir, Halid Kemal, **Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1960, s.245; Andreas B. Schwarz, **Aile Hukuku**, çev. Bülent Davran, Ülkü Matbaası, İstanbul, 1946, s.140; Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya: **Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku**, 2. Cilt, 23. Bası, Beta Basım Yayın, Ankara, 2021, s.243.

⁶⁰Erdem, Mehmet/Makaracı Başak, Aslı: **Aile Hukuku**, 1. Baskı Ankara Seçkin yayıncılık, 2022, Ankara Seçkin , s.101; **Hatemi**, s.116.

⁶¹**Hatemi**, s.118.

⁶²Kuru, Baki/Burak, Aydın: **İstinaf Sistemine Göre yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, Ankara, Yetkin yayınları, 6. Baskı, 2021, sy.238; Budak, Ali Cem/ Karaarslan Varol, **Medeni Usul Hukuku**, Güncellenmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, sy.221; Karslı, Abdurrahim, **Medeni Muhakeme Hukuku**, 3. Baskı, Alternatif Yayıncılık, İstanbul, 2012, s.546; Postacıoğlu İlhan/Altay Sümer, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, sy.558; Konuralp, Haluk, **Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları**, Tıpkıbasım, Ankara, 2009, sy.8-9. Arslan, Ramazan/Yılmaz Ejder/ Taşpınar Ayvaz Sema/ Hanağası Emel **Medenî Usul Hukuku**, 7. Baskı, 2021

Medeni usul hukukunda ispatın amacının, hakların korunması, tespiti veya gerçekleştirilmesine hizmet etmek olduğu görüşü savunulmaktadır. Medeni usul hukukunda uyuşmazlık konusu ilişki, kural olarak özel hukuk kökenlidir ve tarafların serbest iradelerine dayanmaktadır. Kural olarak nitelendirilmesinin nedeni, boşanma davaları, soybağı gibi davalarda kamunun menfaatinin ön plana çıkmasıdır. Bu tür davalarda usul kurallarının genel ilkelerinden ayrılan düzenlemeler bulunsa da, bu düzenlemeler taraf egemenliğini değiştirecek güç ve ölçüde değildir⁶³.

İspat etme taraflar için bir yük olmasının yanında adil karar verilmesi için bir haktır⁶⁴. Hukuki dinlenilme hakkının bir parçası olarak Anayasa m.36’da temel haklar kısmında düzenlenerek güvence altına alınmıştır. Anayasa’nın m.36 hükmünün HMK’ya yansımaları ise 189/f maddesi olmuştur. Bu madde hükmüne göre “*Taraflar, kanunda belirtilen süre ve usule uygun olarak ispat hakkına sahiptir*” denilerek her iki tarafa tanınan ispat hakkı kanunla sınırlandırılmıştır. Delil gösterme süresi davacı açısından HMK m.119 hükmü, davalı açısından ise HMK m.129 hükmünde belirlenmiş olup; buna göre davacı taraf dava ve davalı taraf cevap dilekçelerinde dayanacakları delilleri göstermek ve dilekçelerine ekleyerek mahkemeye sunmaları gerekmektedir.

Taraflar ispat hakkını kullanarak çekişmeli vakıalar hakkında delillerini ileri sürerek maddi vakıanın gerçekliğine ulaşmakta ve böylece taraflar adil sonuca ulaşmaya hizmet etmektedir. Yargılamada deliller toplanıp vakıalar doğru bir şekilde tespit edildikten sonra o vakıaya bağlanan hukuki sonucun tespiti gerçekleşecektir. İspat hakkının kullanılması ile hakim tarafından vakıanın gerçekliği tespit edilecek ve bu vakıaya maddi hukuk bağlamında sonuç bağlanacaktır⁶⁵. Örneğin evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle boşanma davasında eşin yaralama filini gerçekleştirdiği sabit kabul edilirse boşanma sebebinin gerçekleştiği anlaşılarak boşanmaya ve buna bağlı olarak tazminata hükmedilecektir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.187/f.1 hükmünde, “*İspatın konusunu tarafların üzerinde anlaşamadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluşturur ve bu vakıaların ispatı için delil gösterilir*” denilerek ispatın konusu belirlenmiştir. Madde hükmünden anlaşılacağı üzere, bir vakıanın ispata konu olabilmesi için tarafların üzerinde mutabık kalamadığı, yani çekişmeli bir vakıa olması gerekmektedir. Tarafların üzerinde anlaşabildikleri konular ispat konusu olmadığı için delil gösterilmesine gerek

Ankara.s.404.

⁶³ Taşpınar, Ayvaz: **Medeni Usul Hukukunda Amaç Sorunu**, Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999, s.759-787.

⁶⁴ Karahacıoğlu, Ali Haydar/Parlar, Aynur: **6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda İspat ve Deliller**, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Bs.2014, Ankara, s. 57.

⁶⁵ Tanrıver, Süha: **Medenî Usul Hukuku**, C. I, 4. Baskı, Ankara, 2021,s.240 (**Tanrıver**, Medeni usul) **Kuru/Aydın** s.239.

bulunmamaktadır⁶⁶. Medeni usulde taraflarca getirilme ilkesi geçerli olduğu için, hakim kural olarak taraflarca ileri sürülmeyen konuları araştırmaz ve bunların ispatı gerekmemektedir⁶⁷. Madde hükmünden anlaşılan diğer husus, ispata konu vakıanın uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek bir vakıa olması gerekmektedir. Bu nedenle taraflarca dilekçelerinde dayanılmış delil, uyuşmazlığın çözümünde etkili değil ise inceleme konusu yapılmamalıdır⁶⁸. Örneğin zina sebebine dayalı boşanma davalarında taraflar SGK kayıtlarına delil olarak dayanmış olsa bile, zinanın gerçekleşip gerçekleşmediği SGK kayıtları ile ispat edilemeyeceğinden hakim bu delilin toplanması talebini reddedebilecektir.

İspatın konusu, davacı ve davalı tarafın iddia ve savunmalarında dayandıkları vakılardır⁶⁹. Maddi hukukta bir hakkın doğması veya sona ermesi için belli vakıaların gerçekleşmesi gerekmektedir. İspatın konusu bu vakılardır, yargılamada davanın kabul ya da reddi bu vakıanın gerçekleşip gerçekleşmediğine göre verilmektedir. Örnek vermek gerekirse, TMK m. 130 hükmüne göre, “Yeniden evlenmek isteyen kimse, önceki evliliğinin sona ermiş olduğunu ispat etmek zorundadır”. Eşlerden birinin evliliği devam ederken yeniden evlenmesi halinde TMK m.145 hükmüne göre evliliği mutlak butlan ile batıl olduğundan, evli bir kimsenin yeniden evlenmesi durumunda evliliğinin son bulduğunu ispatlaması gerekmektedir. Kanun koyucu burada evliliğe mutlak butlan sonucunun bağlanmasını, önceki evliliğinin son bulmadığı şartına bağlamıştır⁷⁰.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 187/f. 2 hükmüne göre, herkes tarafından bilinen vakıalar ile ikrar edilmiş vakıalar çekişmeli olmadığı için bu türden vakıaların ispatına gerek bulunmamaktadır. Hâkim, kural olarak 06 Şubat 2023 Kahramanmaraş depremi gibi herkes tarafından bilinen vakıaların, çekişmesiz sayılması nedeniyle, gerçeğe uygunluğunu denetlemeden doğru olduğu varsayımıyla hükme esas almak zorundadır⁷¹.

⁶⁶ **Kuru/Aydın** s.240: Ulukapı, Ömer **Medeni Usul Hukuku**, Konya 3. Baskı 2015, s.350: **Tanrıver**, Medeni Usul, s.239: **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/ Hanağası**, s. 405.

⁶⁷ Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz /Özekes, Muhammet: **Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı**, 6. Bs., İstanbul, s. 317; **Karahacıoğlu/Parlar**, s.23; bkznz aynı doğrultuda Yarg. 2. HD.T. 29.11.2018, E.2017/3153, K. 2018/13730 ,(erişim tarihi: 15.04.2023), www.uyap.gov.tr, "... vakıaların kadın tarafından dayanılmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle kadın tarafından dayanılmayan bu vakıalar erkeğe kusur olarak yüklenemez. Bu durumda mahkemece kabul edilen ve gerçekleşen diğer kusurlu davranışlarına göre, boşanmaya sebebiyet veren olaylarda tarafların eşit kusurlu olduklarının kabulü gerekir. Hal böyleyken, davalı-davacı erkeğin, davacı-davalı kadına nazaran daha ağır kusurlu olduğunun kabul edilmesi doğru değil ise de; boşanma kararı sonucu itibarıyla doğru olup, kararın kusura ilişkin gerekçesinin düzeltilerek onanmasına karar verilmesi gerekmiştir.”

⁶⁸ **Kuru/Aydın** s.240.

⁶⁹ **Tutumlu**, Mehmet Akif; Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku, 2.bs., Ankara 2005 s.595, **Ulukapı**, s.350.

⁷⁰ **Dural/Ögüz/Gümüş**, s.38.

⁷¹ Maruf ve meşhur vakıaların ispatının gerekmediği ve bir vakıanın maruf ve meşhur vakıa sayılabilmesi için gerekli olan şartlar için bkz. Belgesay, Mustafa Reşit: “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi I Teoriler”, 3:Cilt, **İspat Teorisi Hukuk ve Ceza Usulünde Deliller**, 3. Bs., İstanbul, 1950, s. 16-17. 32, **Ulukapı**, s.351: **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/ Hanağası**, s.405.

Tarafların iddia ettikleri vakıaları hangi tür delil ile ispat edebilecekleri ispatın şekli ile ilgilidir. Boşanma davalarında ileri sürülen vakıaların ispatında şekil serbestliği geçerlidir. Hakimin boşanma davalarında vicdani kanaatinin oluşması için kural olarak serbest delil sistemi benimsenmiştir⁷². Boşanma sebepleri her türlü delil ile ispat edilebileceğinden tanık, fotoğraf, ses kaydı, sosyal medya yazışmaları, biyolojik örnekler, otel kayıtları, doktor raporu gibi her türden delile başvurulabilmektedir.

1.3.3.2.2. Boşanma Davalarında Hâkimin Rolüne Bağlı Olarak İspat Hakkının Boşanma Davasındaki Yeri ve Özellikleri

Boşanma sebepleri TMK’da sınırlı bir şekilde sayılmıştır. Eşler boşanma davasını ancak bu sınırlı sebeplere göre açabilmektedir. Boşanma davasındaki ispatın konusu dayanılan boşanma sebebine göre değişecektir. Örneğin, terk sebebiyle açılan bir boşanma davasında (TMK m.164/f. 1) davacı, davalının haklı bir sebep olmaksızın, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerden kurtulmak amacıyla evi terk ettiğini, ihtarın usulüne uygun olduğunu, terk süresinin dolduğunu, davalı ise evi haklı sebeple terk ettiğini ispatlamakla yükümlüdür⁷³. Zina nedenine dayanılarak açılan bir boşanma davasında, davacı eşinin zina eylemini gerçekleştirdiği konusunda hakimi ikna etmekle yükümlüdür⁷⁴. Karşı tarafın küçük düşürücü suç işlediğini veya haysiyetsiz yaşam sürdüğünü (TMK m.163) ve bunun müşterek hayatı çekilmez hale geldiğini ispat etmek, iddia eden eşe aittir. Davalı da varsa savunmasının dayanağı olan vakıaları ispatlamak zorundadır⁷⁵. Bütün boşanma davalarında benzer durumlar geçerlidir. Davacı eş dayandığı boşanma sebebini, davalı eş ise savunmasının temeli olan vakıaları ispatlamakla yükümlüdür⁷⁶. Bu durum medeni usul hukukunda taraflarca getirilme ilkesinden⁷⁷ kaynaklanmaktadır.

Boşanma davalarında kural olarak taraflarca getirilme ilkesi uygulanmakla birlikte, boşanmanın birey ve toplum için önemi sebebiyle TMK’da bazı özel usul hükümleri düzenlenmiştir. TMK m.184/4 hükmüne göre boşanma davalarında hakim taraflarca dayanılan

⁷² Tutumlu, s.604.

⁷³ Fevzioglu, s.294.

⁷⁴ Zina fiili kişilerin mahrem alanını ilgilendirdiğinden cinsel ilişkinin gerçekleşmesi anının da ispatının mümkün olmayacağı, bu nedenle kesinlik derecesinde bir ispat değil; zina fiilinin varlığına işaret eden olay, olgu, bulgu ve karinelerin ispatının bu dava açısından yeterli olacağına dair bkz, Çırak, s.31. Yarg. 2. HD., T. 17.11.2014, E. 2014/12732, K.2014/22944, (erişim tarihi: 15/04/2023), www.uyap.gov.tr, “..Zina sebebiyle boşanmaya karar verebilmek için diğer eşin bir başkasıyla cinsel ilişkiye girdiğinin kabulünü gerektiren delillerin varlığı gerekir. Somut olayda davacı, dayandığı delillerle davalının zinasını ispatlayabilmiş değildir.” şeklindedir.

⁷⁵ Öztan, s.665.

⁷⁶ Tutumlu, s.603.

⁷⁷ HMK m.25 hükmüne göre: “Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hakim iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz. Kanunla belirtilen durumlar dışında, hakim kendiliğinden delil toplayamaz.”, www.mevzuat.gov.tr

olgulara vicdanen kanaat getirmedikçe hükme esas alamayacaktır. Kanun koyucu boşanma sebepleri bakımından vicdani kanaat ölçüsü getirmiştir. Bu nedenle taraflarca getirme ilkesi gereği toplanan deliller hakimın vicdani kanaati gereği hükme esas alınmayabilecektir. Bu çerçevede hakim tarafların dava ve cevap dilekçesinde dayandığı vakıalarla ilgili hususları kendiliğinden araştırabilecektir⁷⁸. Örneğin zina sebebiyle açılan boşanma davasında, zina eyleminin tarihini tespit edebilmek, diğer eşin zinayı affedip affetmediğini tespit edebilmek için kendiliğinden araştırma yapabilecektir⁷⁹.

Türk boşanma hukukunda ne hakimın resen araştırma ilkesi ne de taraflarca getirilme ilkesi tam olarak uygulanmamaktadır. Boşanma sebeplerinin dayandığı vakıaların gerçekleştiğinin ispatı noktasında tarafların delillere dayanması ve bu delili getirmesi gerektiğinden, delillerin toplanması açısından taraflarca getirilme ilkesi uygulanmaktadır. Boşanma davalarında hakimın vicdani kanaat getirmesi noktasında aktif bir rol üstlenmesi, ailenin korunması ilkesi gereğince diğer hukuk hakimlerinden daha fazla yetki ve yükümlülük verildiği görülmektedir⁸⁰. Mahkemece diğer hukuk davalarından farklı olarak tarafların getirdiği delillerin hükme esas alınabilmesi için aile hakimının bu delilin doğruluğuna vicdanen kanaat getirmesi gerekmektedir. Doktrindeki bir görüşe göre hakimın, bu vicdani kanaate ulaşabilmesi için, tarafların dayanmış olduğu vakıalar çerçevesinde resen delil toplayabilmesi gerekmektedir. Örneğin tanık ifadesinde geçen bir hususun doğruluğu konusunda, hakim resen delil toplayabilmelidir⁸¹.

Boşanma davalarında hakimın aktifliği hususunda, vakıanın evliliği ayakta tutması ve evliliği sona erdirmesine göre ikili bir ayırım yapılmaktadır. Evliliğin sona erdiren vakıaların ispatında taraflarca getirilme ilkesi geçerli iken, evliliğin devamı haklı kılacak sebebin varlığı halinde hakimın resen araştırması hususu geçerlidir⁸². Örneğin zina sebebi ile açılan boşanma davasında zinanın gerçekleştiğini ispatlamak davacı eşe ait iken, zinanın affedilip affedilmediğini tespit etmek hakimın görevidir⁸³. Boşanma davalarında kabul hakim için bağlayıcı değil iken, feragatin sonuç doğurması da bu hususa örnek teşkil etmektedir.

Davada hakimın takdir yetkisi önemli bir role sahip olsa da bu yetki sınırsız ve keyfi değildir. Hakim gerekçeli kararında bir delile neden itibar ettiğini veya delili neden hükme esas almadığını açıklamak zorundadır. Aynı zamanda ilk derece mahkemesi tarafından verilen

⁷⁸Ercan, İbrahim: Boşanma Davalarında Geçerli Olan Yargılama İlkeleri, **S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı**, C. 4 S.2, 2014, sy.265-266.

⁷⁹Çırak, s.34.

⁸⁰Kartal, Ümit: Boşanma Yargılamasında Re'sen Araştırma İlkesi ile İddianın ve Savunmanın Genişletilmesi Yasağı, **Terazi Hukuk Dergisi**, C.9, S.95, 2014, sy.14-15.

⁸¹Ercan, s.266.

⁸²Ercan, s.266.

⁸³Ercan, s.266

karar istinaf ve temyiz denetimine tabi olduğundan takdir yetkisinin sınırsızlığından söz edilemeyecektir⁸⁴.

1.3.3.2.3. Zina (TMK m.161)

1.3.3.2.3.1. Genel Olarak

Zina, evrensel bir boşanma nedenidir. Hemen her devrin hukukunda boşanma sebebi olarak kabul edilmiştir. Boşanmayı yasaklayan Katolik kilise hukukunda ebedi ayrılık sebebi sayılmıştır⁸⁵. Zina evlilik birliği devam ederken, eşlerden birinin eşi dışında başka bir kimseyle cinsel ilişki kurmasıdır⁸⁶. Hukukumuzda evlilik birliğinin kurulması ile eşlerin birbirine karşı sadakat yükümlülüğü doğar. Zina sadakat yükümlülüğünün en ağır ihlali olduğundan doğal olarak bir boşanma nedenidir⁸⁷.

Zina sebebi ile boşanma davası açılması için evliliğin kurulmuş olması gerekir. Bu şart, aslında her sebebe dayalı boşanmanın ön koşulu olması rağmen doktrinde bu şartın varlığı genel olarak kabul edilmiştir⁸⁸. Batıl bir evlilik TMK m.156 hükmünde belirtildiği gibi ancak hâkim kararı ile sona ereceğinden butlanla sakat evlilikler geçerli bir evliliktir ve zina sebebi ile boşanma davası açılabilir⁸⁹.

Zina boşanma sebebinin objektif şartı başkasıyla cinsel ilişki yaşamaktır. Zinadan bahsedebilmek için, kocanın eşi dışında başka bir kadınla ya da kadının eşi dışında başka bir erkekle cinsel birliktelik yaşaması gerekmektedir. Zina, kural olarak tam ve kesin olarak gerçekleşmiş cinsel birlikteliği ifade etmektedir. Ancak, iki kişi arasındaki tam ve kesin cinsel birleşmenin gerçekleştiği hususunun ispatının zor oluşu dikkate alınarak doktrinde bazı hallerin zinanın gerçekleştiğine dair karine oluşturup oluşturmayacağı hususu tartışılmıştır. Bir görüş zina için tam ve kesin birleşmenin gerçekleştiğinin ispatının şart olduğunu, bu konuda karine oluşturulamayacağını, zinanın teşebbüs aşamasında kalsa dahi boşanma davası açılmayacağını ifade etmişlerdir⁹⁰. Diğer görüş ve Yargıtay'a göre eşin bir başkası ile cinsel

⁸⁴ Çırak, s.35.

⁸⁵ Velidedeoğlu, s.193; Gençcan, Ömer Uğur: **Aile Mahkemesi Davaları**, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2019, s.168.

⁸⁶ Kılıçoğlu, Ahmet M, **Aile Hukuku**, Turhan Kitapevi, 5. Bası, Ankara, Ocak 2020, s.92; Akıntürk / Ateş, s.244. Çırak, Fatma :**Zina Sebebiyle Boşanma Davasında Hukuka Aykırı Deliller**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İstanbul,2020, s.3.

⁸⁷ Zina ve haysiyetsiz hayat sürme konusundaki ayrıntılı açıklamalar için bkz, Dede İsmail, Türk Boşanma Hukukuna Farklı bir yaklaşım, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.23. S.3, 2017, s.645 vd.

⁸⁸ Gençcan, s.128; Tutumlu, s.882; Fevzioğlu, Feyzi Necmettin: **Aile Hukuku**, 3. Bası, Filiz Kitapevi, 1986, s. 269, "Tüm boşanma sebepleri için hukukun geçerli bir evliliğin varlığı zorunlu olduğundan, zina sebebinde bu koşulun özellikle belirtilmesine gerek görmemiştir."

⁸⁹ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s.107.

⁹⁰ Akıntürk/Ateş, s.245.

birleşmeye hazırlık hareketleri içerisinde yakalanması gibi, zinaya kuvvetle delalet edecek durumların ispatı halinde zinanın varlığına karine oluşturacağı belirtilmiştir. Bu karine adi bir karine kabul edildiğinden davalı eşin cinsel birleşmenin gerçekleşmediğini ispatlaması halinde karine çürüyecektir⁹¹. Yargıtay eşlerden birinin bir başkasından çocuğunun olması halinde⁹², kadının geceyi başka bir erkeğin evinde geçirmesi durumunda⁹³, zinanın ispatlandığını kabul etmektedir. Ancak, yapay dölleme zina sayılmadığı için, davalı eş çocuğun yapay dölleme ile dünyaya geldiğini ispatlar ise zina sebebiyle boşanma davası reddedilecektir⁹⁴.

Zinanın subjektif unsuru ise kusurdur. Kusur, zina yapan eşin, eşi dışında başka bir kimseyle cinsel ilişkiye girdiği bilmesini ve cinsel ilişkiye kasten yani bilerek ve isteyerek girmesidir⁹⁵. Saldırı veya tecavüz suretiyle cinsel ilişki kurulduğu zaman kusur unsuru gerçekleşmeyeceğinden zinadan bahsedilemez. Psikotrop madde etkisi ile bilincini kaybetmiş olan kişi, bu durumdayken cinsel ilişkiye girdiği zaman, zina yapmış sayılması için, o maddeyi kendi isteği ile kullanıp kullanmadığına bakmak gerekir⁹⁶.

Zinanın her türlü delil ile ispatlanması mümkündür. Örneğin, eşlerden birinin zührevi hastalığa yakalandığına dair doktor raporu, çocuğa yapılacak olan dna testi, güvenlik kamerası kayıtları, fotoğraf, otel kayıtları, eşi dışında biriyle olan çocuğunun nüfusuna geçirildiğini gösteren nüfus kaydı örneği zinanın gerçekleştiğinin ispatı için dolaylı delil olabilecektir⁹⁷. Ancak, bu tür bir delili bulunmayan aldatılan eşin zina yapıldığını bizzat gören tanık dahi olmayacağından iddiasını ispatlayabilmesi oldukça güçtür. Zinanın ispatı için başvurulacak delillerin hukuka uygun olup olmadığını ise aşağıda detaylı olarak bahsedilecektir.

Türk Medeni Kanunu'nun m.161/2 hükmünde zina sebebine dayanarak boşanma davası açılabilmesi için hak düşürücü süreler düzenlenmiştir. Dava, eşin zinasının öğrenilmesinden itibaren altı ay ve zina eyleminin gerçekleşmesinden itibaren beş yıl içinde açılmalıdır. Bu sürelerin geçmesi halinde dava açma hakkı düşecektir. Aksi kanıtlanmamış ise davacının zina eylemini öğrendiğini beyan ettiği tarih esas alınacaktır. Zina eyleminin devam

⁹¹ **Kılıçoğlu**, s. 92-93; Yarg. 2.H.D,T.20.06.2017, E.2016/1282, K.2017/7819, (erişim tarihi: 10.04.2023), www.uyap.gov.tr

⁹² Yarg. 2. HD. T. 09.12.2015, E. 2015/8546 K. 2015/23737; Yarg. 2 HD, T.16.06.2019, E. 2019/2794 K. 2019/7337. (erişim tarihi: 10.04.2023), www.uyap.gov.tr

⁹³ Yarg.2.H.D, T. 05.12.2011, E.2010/5442, K.2010/7658. (erişim tarihi: 10.04.2023), www.uyap.gov.tr

⁹⁴ Gençcan, Ömer Uğur: **Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku**, 7. Baskı, Yetkin Basımevi, Ankara, 2017, s.133.

⁹⁵ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s.106; **Erdem**, s.102; **Hatemi/Serozan**, s.220; **Kılıçoğlu**, s.93; **Köprülü/Kaneti**, s.151.

⁹⁶ **Erdem**, s.103. Zina nedeniyle açılan davada kişi kendisinin zorla kaçırılıp alıkonulduğunu savunuyorsa ve bu konuda ceza davası varsa, ceza davasının boşanma davası açısından bekletici mesele yapılması gerektiğine dair bkz Yarg. 2.H.D, T. 05.04.2010, E.2009/4578, K.2010/6472, (erişim tarihi: 10.04.2023), www.uyap.gov.tr

⁹⁷ **Gençcan**, s.144.

ettiğinin kanıtlanması halinde, örneğin tanığın zina yapan eşlerden birinin karşı cinsten üçüncü kişi ile aynı evde dava açıldıktan sonra da yaşamaya devam ettiğini belirtmesi halinde hak düşürücü süre işlemeye başlamayacaktır.

Zina davasının açılmayacağı diğer bir hal ise boşanma hakkı olan eşin diğer eşini affetmesidir. Af, zina yapan eşe varması gereken irade beyanı olup açık veya örtülü şekilde yapılabilir. Doktrinde zina yapan eşle müşterek konutta yaşamak tek başına af sayılmamaktadır. Boşanma davası açma hakkı olan eşin zinayı öğrenmesine rağmen sosyal ve çevresel endişeler, çocukların geleceği gibi etkenler, anne babasının evine dönememek, gidecek başka yeri olmaması gibi etkenlerle ortak konutu terk edemeyebilir. Müşterek yaşamı devam ettirmenin af anlamı taşıyabilmesi için, eşlerin birlikte tatil yapması, cinsel birlikteliklerini devam ettirmeleri gibi davranışlarla desteklenmesi gerekmektedir⁹⁸.

1.3.3.2.3.2. Zina Sebebiyle Açılan Boşanma Davalarında İspatın Konusu

Zina mutlak bir boşanma sebebi olduğu için, davacı olan eşin zina eylemini ispatlaması durumunda hakim, evliliğin temelinden sarsılmış olup olmadığına bakmaksızın tarafların boşanmasına karar vermek zorundadır⁹⁹. Bu nedenle zina sebebine dayanılarak açılan boşanma davasında ispatın konusu, kendine dava açılan eşin zina eylemidir. Zina eylemi ispatlandığında hakim başka bir hususu araştırmadan boşanma davasının kabulüne karar verecektir. Aksi durumda ise zina sebebiyle açılan davanın reddine karar verilecektir.

1.3.3.2.4. Hayata Kast, Pek Kötü veya Onur Kırıcı Davranış (TMK m.162)

1.3.3.2.4.1. Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu m.162/1 hükmünde üç ayrı boşanma sebebi tek maddede düzenlenmiştir. Buna göre, eşlerden her birinin diğerinin hayatına kastetmesi veya kendisine kötü davranılması ya da ağır derecede onur kırıcı bir davranışta bulunulması halinde boşanma davası açabilecektir.

Hayata kast bir eşin diğer eşini kasten bizzat öldürmeye teşebbüs etmesi veya eşin kendisini öldürmesi yönünde kasten teşvik veya telkinlerde bulunulmasıdır¹⁰⁰. Bu maddeye dayanarak boşanma talep edilmesi için öldürmeye neden olan eylemin kasıtlı yapılması

⁹⁸ Köprülü/Kaneti, s.152; Tutumlu, s.887, Zina eyleminin affedilmiş sayılması için kayıtsız şartsız irade beyanının olması ya da zina yapan eşin affedildiğini gösterir fiili tutum ve davranışın gerçekleşmiş olması ve af olgusunu iddia edenin kanıtlanması gerektiğine dair bkz Yarg.2.H.D, T.12.02.2018, E.2016/11205, K.2018/1791, (erişim tarihi: 10.04.2023), www.uyap.gov.tr

⁹⁹ Erden Kuntalp, "Mutlak Boşanma Nedenleri", AÜHF Ellinci Yıl Armağanı 1925-1975 Boşanma Hukuku Haftası, C. II, Ankara 1977, s. 116; Hatemi/ Serozan, s.221.

¹⁰⁰ Kılıçoğlu, s.96, Akıntürk/Ateş, s.250; Dural/Öğüz/Gümüş, s.110.

gerekli olduğundan fiilin taksir suretiyle gerçekleşmesi halinde hayata kast sebebiyle boşanma davası açılmayacaktır¹⁰¹.

Kast eylemi sonucunda ölümün gerçekleşmesi halinde evlilik ölüm nedeniyle son bulmuş olacağından TMK m.162 hükmünün uygulanması söz konusu olmayacaktır¹⁰².

Pek kötü muamele ise, eşin kişilik haklarına, sağlığına, vücut bütünlüğüne ve manevi varlığına yönelik gerçekleştirilen her türlü davranışlardır. Hangi eylemlerin pek kötü muamele sayılacağı her olayın özelliğine göre hakim tarafından değerlendirilecektir. Yargıtay kararlarında; dövmek, aç ve susuz bırakmak, eşin namus ve şerefine yönelik ağır hakaretler, özgürlüğünün kısıtlanması, eziyet edilmesi olayları bu kavramlar içinde kabul edilmiştir¹⁰³. Pek kötü muamelenin boşanma sebebi olarak kabul edilebilmesi için tek hareket yeterli olup fiilin devamlılık şartı yoktur¹⁰⁴.

Onur kırıcı davranışlar, eşlerden birinin diğerinin onurunu kırmak, hakaret ve küçük düşürmek suretiyle yaptığı ağır nitelikteki söz ve davranışlardır. Mülga 743 sayılı Medeni Kanununda yer almayan onur kırıcı davranış, TMK'da özel boşanma sebebi olarak yer almıştır. Ayrılık süresi içinde kocasını bir başka erkekle aldatma¹⁰⁵, eşlerden birinin savcılığa başvurarak kocasına hırsızlık isnadında bulunması ve yapılan soruşturma sonucu bu olayın doğru olmadığını anlaşılması¹⁰⁶, onur kırıcı davranışa örnek olarak gösterilebilir. TMK m.162/2 hükmüne göre, hayata kast, pek fena muamele ve onur kırıcı davranışlar nedeniyle boşanma davasının açılabilmesi için dava hakkı olan eşin bu boşanma sebebini öğrenmesinden başlayarak altı ay, her halde bu sebebin doğumundan itibaren beş yıl içinde dava hakkını kullanması ve affedilmemesi gerekmektedir.

1.3.3.2.4.2. Hayata Kast veya Pek Kötü ya da Onur Kırıcı Davranış Sebebiyle Açılan Boşanma Davalarında İspatın Konusu

Hayata kast veya pek kötü ya da onur kırıcı davranış mutlak boşanma sebebi olduğu için, bu eylemler ispatlandığı takdirde mahkemece başka bir husus araştırılmadan boşanmaya karar verilmesi gerekmektedir. Bu eylemlerin yanında evliliğin çekilmez hale gelip

¹⁰¹Kılıçoğlu, s.95.

¹⁰²Kılıçoğlu, s.96.

¹⁰³Topak, Süleyman: *Boşanma Davalarında Yargılama Usulü*, 1. Baskı, Kayseri, 2021, s.40.

¹⁰⁴Dural/Öğüz/Gümüş, s. 110-111; Aynı yönde bkz. Yarg. 2. HD, T.04.03.1996, E. 1996/1432, K. 1996/2070, (erişim tarihi: 10.04.2023), www.uyap.gov.tr “Davalı, eşi davacıya müessir eylemde bulunmaktan mahkûm olmuştur. Dövmeye eyleminin pek fena muamele olduğu ve boşanma kararının verilebilmesi için bir defa yapılmasının yeterli olduğu düşünülmeyen, boşanma yerine yasal dayanağı bulunmayan gerekçelerle davanın reddi doğru olmamıştır.”

¹⁰⁵Yarg. 2.HD, T.19.01.2012, E.2011/22356, K.2012/752, www.uyap.gov.tr

¹⁰⁶Kılıçoğlu, s.97.

gelmediğinin hakim tarafından araştırılmasına gerek bulunmamaktadır¹⁰⁷. TMK m.162'deki sebeplerden biri ile açılan boşanma ispatın konusu, hayata kast veya pek kötü ya da onur kırıcı davranış sayılabilecek bir eylemin gerçekleşip gerçekleşmediğidir. Bu eylemlerin ispatlanması halinde, yani davacı eşin, davalı eş tarafından hayatına kastedildiğinin, kendisine pek kötü davranıldığının ya da kendisine karşı ağır derecede onur kırıcı davranışta bulunulduğunun ispatı durumunda başka bir husus araştırılmadan boşanmaya karar verilmesi gerekmektedir¹⁰⁸.

1.3.3.2.5. Küçük Düşürücü Suç İşleme ve Haysiyetsiz Hayat Sürme

1.3.3.2.5.1. Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu m.163 hükmünde, “Eşlerden biri küçük düşürücü bir suç işler veya haysiyetsiz bir hayat sürer ve bu sebepten ötürü onunla birlikte yaşaması diğer eşten beklenemezse, bu eş her zaman boşanma davası açabilir” denilerek haysiyetsiz hayat sürme ayrı bir boşanma sebebi olarak düzenlenmiştir. Madde hükmünden anlaşılacağı üzere karı kocadan birinin herhangi bir suçu işlemesi halinde değil ancak küçük düşürücü suç işlemesi halinde diğer eş bu maddeye dayanarak boşanma açabilir. Yani bu suçlar toplum nazarında kınanan, utanç verici, yüz kızartıcı suçlardan olmalıdır. Ayrıca suçun evlendikten sonra işlenmiş olması gerekir¹⁰⁹. Hırsızlık, adam öldürme, evrakta sahtecilik, rüşvet, istismar, taciz, hileli iflas gibi suçlar küçük düşürücü suçlara örnek verilebilir.

Haysiyetsiz hayat sürme koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediği tarafların kişilikleri, yaşadıkları ortam ve sosyal ilişkileri dikkate alınarak her somut olayda TMK m.4 hükmüne göre hakim tarafından değerlendirilecektir¹¹⁰. Haysiyetsiz hayat sürme fiilinin tek seferlik değil devamlılık arz etmesi gerekmektedir¹¹¹. Genelev işletmek, alkoliklik, kumarbazlık, uyuşturucu ticareti, hayat kadınlığı, kadın ticareti gibi haller haysiyetsiz hayat sürmeye örnek olarak gösterilebilmektedir.¹¹²

Gerek küçük düşürücü suç işleme gerek haysiyetsiz hayat sürme nedeniyle açılan boşanma davalarında yaşanan olaylar nedeniyle ortak hayata katlanmanın diğer eşten beklenilemeyecek olması gerekmektedir. TMK m.163 hükmü gereği dava açmak için hak düşürücü süre öngörülmemiştir. Ancak doktrinde bazı yazarlar tarafından, haysiyetsiz hayat

¹⁰⁷ Kuntalp, s. 116; Tutumlu, s. 906.

¹⁰⁸ Çelik, Ferhat **Boşanma Davalarında İspat ve Deliller**, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek lisans Tezi, s.17. Yarg 2. HD. T. 07.03.2016 , E. 2015/13666, K. 2016/4293, www.uyap.gov.tr.

¹⁰⁹ Yarg.2.H.D, T. 20.12.2017, E.2017/2624, K.2017/14983,(erişim tarihi: 10.04.2023), www.uyap.gov.tr

¹¹⁰ Hatemi, s.121.

¹¹¹ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 112.

¹¹² Akıntürk/Ateş, s. 253; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 112; Kılıçoğlu, s.99.

sürme hali bittikten sonra uzunca bir zaman geçmişse ya da kişi eşinin bu davranışlarını affetmişse ya da bu yaşam tarzını kendisi de benimsemiş ise dava hakkının olmadığını ifade edilmektedir¹¹³.

1.3.3.2.5.2. Küçük Düşürücü Suç İşleme veya Haysiyetsiz Hayat Sürme Sebebiyle Açılan Boşanma Davalarında İspatın Konusu

Türk Medeni Kanunu m.163 hükmüne göre boşanma davası açabilmek için, davacı eş bakımından yapılan eylemin ortak hayatı çekilmez hale getirmesi gerekmektedir. Bu sonuca ulaşılmasında, bu boşanma davasının nisbi boşanma sebebi olmasından kaynaklanmaktadır¹¹⁴.

Küçük düşürücü suç işleme veya haysiyetsiz hayat sürme, kusura dayalı, nisbi ve özel boşanma sebebidir. Bu nedenle küçük düşürücü suçun ya da haysiyet hayat sürüldüğünün ispatlanması boşanma davasının kabul edilmesi için yeterli olmayıp, evliliği sürdürmenin diğer eş bakımından çekilmez hale geldiği hususunun da ispatlanması gerekmektedir¹¹⁵.

1.3.3.2.6. Terk

1.3.3.2.6.1. Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu m.164/1 hükmü gereğince karı kocadan birinin ortak hayata devam etmemek üzere müşterek konuttan ayrılması ve diğer eşi bırakıp gitmesi özel boşanma sebebi olarak sayılmıştır.

Türk Medeni Kanunu m.164/1 hükmüne göre boşanma davası açılabilmesi için ayrı yaşamamanın en az altı ay sürmüş olması gerekmektedir. Bu sebeple ortak konutu terk eden eş altı aylık süre henüz bitmeden ortak konuta geri döner ve müşterek yaşamaya devam ederse bu süre kesilmiş olur. Terk nedenine dayanarak boşanma davası açılabilmesinin ön şartı Kanunda belirtilen zaman ve usulde aile konutunu terk eden eşi ihtar gönderilmesidir.

Terk eden eşi hâkim ya da noter tarafından ortak konuta dönmesi ihtarında bulunulması ve eşin buna rağmen haksız¹¹⁶¹¹⁷ olarak ortak konuta dönmemesi gerekmektedir.

¹¹³ Oğuzman/Dural, s. 119.

¹¹⁴ Kılıçoğlu, s. 122.

¹¹⁵ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 253; Öztan, s. 664-665; Köprülü/Kaneti, s. 156-157; Kılıçoğlu, s. 122.

¹¹⁶ Yarg.2.HD, T. 20.01.2011, E.2009/21525, K.2011/572, (erişim tarihi: 10.04.2023), www.uyap.gov.tr “Terk sebebine dayanan boşanma davasının kabul edilebilmesi için, davalı eşin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek maksadıyla diğerini terk etmesi ve usulüne uygun ihtar tebliğine rağmen haklı bir sebep olmadan ortak konuta dönmemiş olması zorunludur. Davalı, dönmemekte haklı ise, terk sebebiyle boşanma kararı verilemez. Davalının, davacı tarafından kayınvalidesi, kayınbabası ve kardeşleriyle birlikte oturduğu konuta davet edildiği toplanan delillerle anlaşıldığına göre, davalı ihtar uymamakta haklıdır. Öyleyse davanın reddi gerekirken, yazılı şekilde boşanma kararı verilmesi isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir”, benzer kararlar için bkz Yarg.2.H.D, T. 27.02.2018, E.2016/12303, K.2018/2568, Yarg.2.H.D,T.26.06.2015, E.2014/28474, K.2015/13676, (erişim tarihi: 10.04.2023), www.uyap.gov.tr

¹¹⁷ Eşi tarafından şiddete uğrayan kadının eve dönmemekte haklı olduğuna dair bkz, Yarg. 2.H.D, T.04.10.2017,

Hâkim veya noter tarafından terk eden eşe gönderilecek ihtar ve ihtara ilişkin kanunda belirtilen süreler özel dava şartıdır (HMK m.114/2). Dava şartı olan ve TMK m.164/2 hükmüne göre gönderilecek ihtar ancak terk tarihinden itibaren dört ay geçtikten sonra yapılabilir. Terk eden eşe gönderilecek ihtar da iki ay içinde ortak konuta dönmesi ve dönmemesi halinde sonuçlarının ne olacağı bildirilir. İhtarın tebliğinden itibaren iki ay geçmedikçe terke dayalı boşanma davası açılmaz. Tüm bu işlemlerin gerçekleştirilmesi terke dayalı açılacak boşanma davasında özel dava şartları olarak belirlendiğinden usulüne uygun gerçekleşip gerçekleştirilmediği aile mahkemesi hâkimi tarafından re'sen gözetilecektir (HMK m.114/2, HMK m.115/1).

Terk eden eşin boşanma davası açabilmesi mümkün değildir. Eşini ortak konutu terk etmeye zorlayan veya haklı bir sebep olmaksızın ortak konuta dönmesini engelleyen eş terk etmiş sayılacağından terk sebebini dayanarak boşanma davası açamayacaktır¹¹⁸. Terkten bahsedebilmek için, eşlerden birinin müşterek konutu ortak hayata son vermek amacıyla diğer eş bırakıp gitmesi gerekmektedir¹¹⁹. Bu nedenle eşlerden birinin diğerini rızası ile veya uzun süreli tedavi sebebiyle ortak konutu terk etmesi gibi durumlarda terk sebebine dayalı olarak boşanma davası açılmaz¹²⁰.

Yargıtay'a göre eşlerden biri tarafından seçilen ya da hakim tarafından belirlenen bağımsız bir eve davet edilmeyen eş ihtara uymadığı zaman haklıdır¹²¹.

1.3.3.2.6.2. Terk Sebebiyle Açılan Boşanma Davalarında İspatın Konusu

Terk, kusura dayanan mutlak bir boşanma sebebi olduğu için, hakimin terk yüzünden ortak hayatın diğer eş bakımından çekilmez hale gelip gelmediğini araştırmasına gerek bulunmamaktadır¹²². Bu halde terk nedenine dayanılarak açılan boşanma davasında ispatın konusu, davalının evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek amacıyla haksız olarak müşterek konutu terk ettiği, terkin en az altı ay sürdüğü, usulüne uygun ihtar çekilmesine rağmen eve dönmemiş olduğu şeklindeki vakıalardır¹²³. Bu üç hususun davacı tarafından ispatlanması halinde hakim, başkaca bir hususu araştırmadan boşanmaya karar vermesi gerekmektedir¹²⁴.

E.2016/4866, K.2017/10565.

¹¹⁸ Gençcan, s.221.

¹¹⁹ Akıntürk/Ateş, s.254.

¹²⁰ Akıntürk/Ateş, s. 255.

¹²¹ Yarg.2 H.D, T. 27.02.2018, E.2016/12303, K.2018/2568, (erişim tarihi: 10.04.2023), www.uyap.gov.tr

¹²² Dural/Öğüz/Gümüş, s. 111; Öztan, s. 667-668.

¹²³ Kuntalp, s. 116.

¹²⁴ Terk sebebine dayanan boşanma davasının reddedilebilmesi için, davalının terkte haklı olmasının yanında, usulüne uygun bir ihtar tebliğ edilmişse ortak konuta ve aile birliğine dönmemenin haklı gerekçelerini

1.3.3.2.7. Akıl Hastalığı

1.3.3.2.7.1. Genel Olarak

Eşlerden birinin akıl hastalığı yüzünden ortak hayat diğer eş için çekilmez hale gelirse, hastalığın geçmesine olanak bulunmadığının resmi sağlık kurulu raporuyla tespit edilmesi halinde diğer eşin boşanma davası açabileceği TMK m.165 hükmünde belirtilmiştir.

Akıl hastalığı nedeniyle boşanma davası açılabilmesi için akıl hastalığının evlilikten sonra ortaya çıkmış olması gerekmektedir. Evlilik öncesi olan akıl hastalığı TMK m.145 hükmüne göre evliliğin butlanı sebebidir. Diğer şart ise akıl hastalığına yakalanan eşin iyileşme ihtimalinin olmaması ve bu durumun resmi sağlık kurumu raporuyla belgelendirilmesidir¹²⁵. Akıl hastalığı iyileşebilir ise hastalık kaç yıl sürmüş olursa olsun başkaca bir delil toplamadan davanın reddine karar verilmelidir¹²⁶. Yine akıl hastalığının diğer eş için ortak hayatı çekilmez hale getirmesi gerekmekte olup, hakim tarafından çekilmezlik şartı gerçekleşmezse davanın reddine karar verilir¹²⁷.

Davalının akıl hastalığının bulunduğu iddia edilmesi sebebiyle, davada kendisini temsil yeteneğinin bulunup bulunmadığının belirlenmesi zorunludur. Davanın esasına girilmesinden önce TMK m.405 ve HMK m. 56. hükümleri uyarınca davalının vesayet altına alınmasının gerekip gerekmediğinin araştırılması için rapor aldırılıp, vesayet altına alınması gerekiyor ise, davalıya yasal temsilci atanması sağlandıktan sonra boşanma davasına devam edilmelidir¹²⁸. Akıl hastalığı nedeniyle açılacak boşanma davası Kanun'un açık hükmü gereğince yalnızca akıl hastası olmayan eş tarafından açılabileceğinden vasinin dava açmasına hukuken olanak bulunmamaktadır¹²⁹.

1.3.3.2.7.2. Akıl Hastalığı Sebebiyle Açılan Boşanma Davalarında İspatın Konusu

Akıl hastalığı, nisbi, özel ve kusura dayanmayan bir boşanma sebebidir¹³⁰. TMK m.165'te açıkça belirtildiği üzere, bu sebebe dayanılarak dava açılabilmesi için davalı eşin

ispatlaması gerektiğine dair bkz Yarg 2.H.D, T. 12.05.2014 tarih, E. 359, K. 10775 www.uyap.gov.tr.

¹²⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, s.118.

¹²⁶ Gençcan, s.237.

¹²⁷ Kılıçoğlu, s. 107.

¹²⁸ Yarg.2 H.D, T. 10.01.2017, E.2016/25238, K.2017/200, (erişim tarihi: 10.04.2023), www.uyap.gov.tr.

¹²⁹ Yarg.2 H.D, T. 22.02.2018, E.2016/11732, K.2018/2366, (erişim tarihi: 16.09.2023), www.uyap.gov.tr.

¹³⁰ Yarg 2. HD. T. 15.03.2013 tarih, E. 2012/6687, K. 2013/7025 no'lu kararında, "Tarafların akıl hastalığı sebebine (TMK.m.165) dayanan bir boşanma davası bulunmamaktadır. Davalı-davacı (kadın)'ın Atipik Psikoz rahatsızlığı olarak teşhis edilen akıl hastalığı nedeniyle 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun 405. maddesi gereğince kısıtlandığı ve annesinin velayeti altında bırakıldığı anlaşılmaktadır. Akıl hastasının davranışları iradi olmadığından fiil ehliyeti ve bu kapsamda kusur sorumluluğu mevcut değildir (TMK.m.14,15). O halde, davalı-davacı kadına kusur yüklenemez. Akıl hastalığına dayalı bir dava olmadığı halde, ancak kusurun saptanması halinde boşanmaya karar verilebilecek olan Türk Medeni Kanununun 166/1-2. maddesinde düzenlenen evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle davacı-davalı (koca)'nın boşanma davasının kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir" şeklindedir, Çelik, s.23.

yalnızca akıl hastası olması yeterli olmayıp, evliliğin hastalık nedeniyle diğer eş için çekilmez hale gelmesi gerekmektedir¹³¹. Bu sebebe dayanılarak açılan boşanma davasında, davalı eşin akıl hastalığı bulunup bulunmadığı ve hasta ise bu hastalığın kalıcı olup olmadığı konusunda sağlık raporu alınmalıdır. Davalı eşin kalıcı olarak akıl hastası olduğunun sağlık raporu ile tespit edilmesi halinde evliliğin çekilmez hale geldiği hususun da ispatlanması gerekmektedir¹³².

1.4. Genel Boşanma Sebepleri

1.4.1. Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması

1.4.1.1. Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu m.166/1 hükmüne göre evlilik birliğinin, ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olması halinde eşlerden her biri boşanma davası açabilecektir. Bu madde hükmünde düzenlenen boşanma sebebi genel ve nisbi bir boşanma sebebidir¹³³.

Evlilik birliği içinde önceden öngörülemez bir çok sebep daha sonra evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olabilir. Bu boşanma sebebinde evliliğin temelinden sarsıldığına kabulü olaya göre değil kişiye göre değişmesinden kaynaklanmaktadır. Boşanma kararı verilebilmesi için evliliğin eşler yönünden çekilmez bir hal almış olması gereklidir. Eşlerin evliliği sürdürmesi imkansız olmalıdır¹³⁴. Boşanma sebebi olayların ispatlanması evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle boşanma kararı verilmesi için yeterli değildir. Bunun yanında bu vakıaların varlığı sebebiyle ortak hayatın sürdürülmesinin imkânsız hale gelmesi gereklidir.

Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olan olayda eşlerden birinin kusurlu olması gerekmediği gibi davayı açan eşin de kusursuz olması gerekmemektedir. Ancak davalı eş, boşanma davasında evliliğin temelinden sarsıldığı olayda davacının daha kusurlu olduğunu ileri sürerek açılan boşanma davasına itiraz edebilmektedir (TMK m.166/2). Bu durumda davacının, davalıya göre ağır kusurlu olduğu ispat edilirse davanın reddine karar verilmelidir¹³⁵. Davalı tarafa tanınan bu hakkın kötüye kullanılmasının engellenmesi için TMK M.166/2, c.2'deki hükme göçre itirazın hakkında kötüye kullanılması niteliğine sahip olması durumunda evlilik birliğinin devamında davalı taraf ve çocukların korunması gereken bir yararı kalmaması halinde boşanmaya karar verilebileceği öngörülmüştür. Bu hükme göre,

¹³¹ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 115.

¹³² Dural/Öğüz/Gümüş, s. 114-115.

¹³³ Kılıçoğlu, s. 108.

¹³⁴ Akıntürk/Ateş, s. 263.

¹³⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, s.121.

davacı ağır kusurlu davalı hafif kusurlu olsa bile davalının kusur itirazı kötünietli ise hâkim, bu itiraza rağmen boşanmaya karar verebilir¹³⁶.

1.4.1.2. Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Sebebiyle Açılan Boşanma Davalarında İspatın Konusu

Evlilik birliğinin temelinden sarsılması, nisbi boşanma sebebidir¹³⁷. Bu nedenle evlilik birliğini temelden sarstığı iddia edilen eylemin ispatlanması halinde başkaca bir husus araştırılmadan derhal boşanmaya karar verilmez. Bu vakıanın eşlerden biri veya ikisi içinde evliliği çekilmez hale getirdiği hususunda hakimin ikna edilmesi gerekmektedir¹³⁸.

Evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle açılan boşanma davasında ispatlanması gereken ilk husus, evlilik birliğini temelden sarstığı iddia edilen vakıalardır. Bu vakıalar ispat edildikten sonra ispatı gereken ikinci husus, bu vakıaların davacı eş için evlilik birliğini sürdürmeyi çekilmez hale getirmiş olmasıdır. İki hususun ispatlandığı durumlarda hakimin boşanmaya karar vermesi gerekmektedir. Ancak davalı eş, yaşanan olaylara rağmen ortak yaşamın sürdürüldüğünü isapt ederse boşanma davası reddedilebilecektir¹³⁹.

1.4.2. Anlaşmalı Boşanma

1.4.2.1. Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu m.166/3 hükmünde tarafların karşılıklı anlaşmaları halinde evliliklerine son verebilecekleri belirtilmiştir. Tarafların bu maddeye dayanarak boşanabilmesi için, evliliğin en az bir yıl sürmüş olması, eşlerin birlikte boşanma için başvurusu veya bir eşin diğer eşin açtığı davayı kabul etmesi, boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda anlaşmaya varmaları, tarafların bizzat dinlenilerek anlaşmanın hakim tarafından

¹³⁶ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 122, Aynı yönde bkz. Yarg. HGK, T. 22.03.2017, E. 2017/2-807, K. 2017/541, (erişim tarihi: 15.04.2023), www.uyap.gov.tr

¹³⁷ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 117; Kılıçoğlu, s. 136.

¹³⁸ Yarg 2. HD.'nin 26.04.2016 T, E. 2015/21112, K. 2016/8400 no'lu kararı, "Türk Medeni Kanununun 166/1-2. maddesi uyarınca; boşanma kararı verilebilmesi için evlilik birliğinin, ortak hayatı sürdürmeleri eşlerden beklenmeyecek derecede temelinden sarsıldığı sabit olması gerekir. Oysa dinlenen davalı- davacı kadın tanıklarının sözlerinin bir kısmı Türk Medeni Kanununun 166/1. maddesinde yer alan temelinden sarsılma durumunu kabule elverişli olmayan beyanlar olup, bir kısmı ise, sebep ve saiki açıklanmayan ve inandırıcı olmaktan uzak izahlardan ibaret olup davalı-davacı kadının birleşen boşanma davasında davacı-davalı erkeğin boşanmayı gerektirir nitelikte bir kusurlu davranışı ispat edilememiştir. Erkeğin boşanma davası yönünden de taraflar arasında geçen bir kısım olaylardan sonra davacı-davalı erkeğin eşine birçok mesaj gönderip onu çok sevdiğini, kendisini affetmesini istediğini beyan ettiği bu durumda davalı-davacı kadının bu tarihten öncesine ait kusurlu davranışlarını affettiği en azından hoşgörü ile karşıladığı kabul edilmelidir. Bu tarihten sonra davalı-davacı kadının boşanmayı gerektirir nitelikte başkaca kusurlu bir davranışı kanıtlanamamıştır. Affedilen ve hoşgörü ile karşılanan davranışlar boşanma davalarında eşlere kusur olarak yüklenemez. Bu itibarla her iki davanın da reddi gerekirken, delillerin takdirinde hataya düşülerek yetersiz gerekçe ile her iki davanın kabulüne karar verilmesi doğru olmamıştır" www.uyap.gov.tr.

¹³⁹ **Çelik**, s.28.

uygun bulunması şarttır. Kanunun aradığı bir yıl evli kalmak şartı davanın açıldığı tarih itibarıyla bir yıldır¹⁴⁰.

Türk Medeni Kanunu m.166/3 hükmünde belirtilen şartların gerçekleşmiş olması halinde evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılmaktadır. Aile hâkimi, tarafların düzenlediği protokol üzerinde tarafların ve çocukların menfaatlerine olmak üzere gerekli gördüğü bir kısım değişiklikleri yapabilir. Ancak bu değişiklikler TMK m. 166/3, c.4 hükmü gereği taraflarca aynen kabul edilmedikçe anlaşmalı boşanmaya karar verilemez.

Hâkimin, tarafların anlaşmalı olarak boşanmalarına karar verebilmesi için Kanun'un açık hükmü gereğince tarafları bizzat dinlemesi gerekir. Bu sebeple taraflar kendini vekil ile temsil etse dahi sadece taraf vekillerinin dinlemesiyle yetinilmeyip bizzat tarafların dinlenmesi gerekmektedir¹⁴¹.

Tarafların anlaşması üzerine boşanma kararı verildikten sonra gerek Bölge Adliye Mahkemeleri¹⁴² tarafından gerekse Yargıtay¹⁴³ tarafından bu karar kesinleşene kadar davacı veya davalının karara karşı kanun yoluna başvurabilecekleri kabul edilmektedir. Yüksek Mahkemelerin bu uygulaması ile aynı doğrultuda olan doktrindeki bir görüşe göre, usul kuralları çerçevesinde kabulden dönülemeyeceği kuralı anlaşmalı boşanma davalarında uygulanamaz. Bu görüşe göre anlaşmalı boşanma davalarının kabul edilebilmesi kanun koyucunun aradığı kabul beyanı, HMK m.307'de düzenlenen dar ve teknik anlamdaki kabulden farklıdır. Anlaşmalı boşanma davalarındaki kabul beyanı, maddi ve şekli anlamda kesin hükmün sonuçlarının doğmasına neden olmaz. Bu davalardaki kabul beyanı ile,

¹⁴⁰Yarg.2.H.D, T.13.11.2014, E.2014/11460, K.2014/22616. (erişim tarihi: 15.04.2023), www.uyap.gov.tr “.. Dava açıldıktan sonra bir yıllık sürenin gerçekleşmesi, açıklanan yasal karinenin oluşması için yeterli değildir. Tarafların evlenme tarihi 03.03.2013 olup, dava ise 13.02.2014 tarihinde bir yıllık süre dolmadan açılmıştır. Bu durumda; anlaşmalı boşanmaya karar verilemeyeceğinden, davacıya Türk Medeni Kanununun 166. maddesinin 1. ve 2. fıkralarındaki çekişmeli olan şekliyle davaya devam edip etmeyeceğinin sorulması, devam etmek istediğini bildirmesi halinde davaya çekişmeli boşanma davalarına yönelik usul hükümlerine göre devam edilerek, gösterdikleri takdirde delillerinin toplanması ve gerçekleştirilecek sonucuna göre boşanma talebi hakkında bir karar verilmesi gerekir. Mahkemece açıklanan yönler gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olmuş; bozmayı gerektirmiştir”.

¹⁴¹ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 124.

¹⁴²İzmir BAM 2.HD, T. 28.03.2017, E. 2017/813, K. 2017/5650, (erişim tarihi: 15.04.2023), www.uyap.gov.tr, “Boşanma Protokolü ile anlaşmalı boşanmak için mahkemeye başvurulduktan ve mahkeme boşanma kararı verdikten sonra, boşanma kararı henüz kesinleşmeden anlaşmalı boşanma iradesinden dönülebilir. Bu halde dava çekişmeli boşanma olarak görülmelidir. Anlaşmalı boşanma iradesinden dönüldüğü gerekçesi ile anlaşmalı boşanmaya ilişkin karar istinaf edildiğinde, HMK m.353/1-a-6 uyarınca ilk derece mahkemesinin kararı kaldırılır ve dosya ilk derece mahkemesine çekişmeli boşanma yönünden en baştan yeniden yargılama yapılması amacıyla gönderilir”.

¹⁴³ Yarg. 2. HD, T. 13.03.2017, E. 2017/1450, K. 2017/2617, (E.T. 15.04.2023), www.uyap.gov.tr , “Taraflar Türk Medeni Kanunu'nun 166/3. maddesi uyarınca boşanmışlar; hüküm davalı tarafından temyiz edilmiştir. Anlaşmalı boşanma yönünde oluşan karar kesinleşinceye kadar eşlerin bu yöndeki diğer bir ifadeyle gerek boşanmanın mali sonuçları, gerekse çocukların durumu hususunda kabul edilen düzenlemeleri kapsayan irade beyanından dönmesini engelleyici yasal bir hüküm bulunmamaktadır. Bu halde anlaşmalı boşanma davasının "çekişmeli boşanma" (TMK m. 166/1-2) olarak görülmesi gerekir”.

çekişmeli usul çekişmesize dönerek TMK m.166/3'teki şartların incelenmesi için gereken bir husustur¹⁴⁴.

Doktrinde¹⁴⁵ tarafların tamamen hür irade ve beyanları doğrultusunda boşanma kararı verildikten sonra eşlerden birinin haklı bir sebep olmadan kararı kanun yoluna taşıması tarafın kendi iradesi hilafına yaptığı işlem sayılıp bu tutumun TMK m.2 manasında hakkın açıkça kötüye kullanılması mahiyetinde olacağı, bu haksız tavrın, diğer tarafın mağduriyetine sebebiyet vererek gereksiz bir şekilde evlilik birliğini sürüncemede bırakacağını, bu şekilde haksız olarak kanun yoluna başvurulması halinde başvuran tarafın kanunda öngörülen yaptırımlara (HMK m.351, HMK m.329) tabi tutulması durumu da söz konusu olabileceği ifade edilmektedir. Kanaatimizce anlaşmalı boşanma davasındaki “kabul beyanı” doğurduğu sonuçlar itibarıyla usul hukuku prensiplerince söz konusu olan teknik ve dar anlamdaki kabule karşılık gelmemektedir. Çünkü kabul beyanı o anda hüküm ve sonuçlarını doğurmamaktadır. Kabul beyanı ile yalnızca evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı olgusu ispatlanmış olmaktadır¹⁴⁶.

Tarafların anlaşmalı boşanma davası açtıktan sonra anlaşmadan vazgeçmesi ancak boşanma kararlarını devam ettirmesi veya davayı açan eşin boşanmak istemesine rağmen davalı eşin boşanma kararından vazgeçmesi durumunda dava reddedilmez. Bu durumda davacı eşe, çekişmeli boşanma dava dilekçesini hazırlamak için kesin süre verilir. Süresi içinde çekişmeli boşanma dava dilekçesi sunulursa davalıya tebliğ edilir, dilekçeler aşaması tamamlanır. Davaya çekişmeli boşanma davası olarak devam olunur. Anlaşmalı boşanma davasının çekişmeli boşanma davasına dönüştürmek veya çekişmeli boşanma davasını anlaşmalı boşanmaya dönüştürmek için Yargıtay'a¹⁴⁷ göre ıslah yapılmasına gerek bulunmamaktadır. Bu davalar Kanun'un aynı maddesinde düzenlendiği için anlaşma kararından vazgeçilmesi halinde dava hakim tarafından reddedilmez, tarafların iradesi doğrultusunda çekişmeli boşanma davası olarak devam olunur¹⁴⁸. Bu durumda taraflar yeni dilekçelerinde dayanmak kaydıyla her türlü delile dayanabilmektedirler. Aynı şekilde taraflar TMK m.166/1 hükmü gereğince çekişmeli boşanma davası açtıktan sonra boşanma ve ferileri

¹⁴⁴ Özdemir, s.175.

¹⁴⁵ Topak, s.55.

¹⁴⁶ Yarg. H.G.K, T. 18.04.2019, E.2017/2-1941, K. 2019/475. www.uyap.gov.tr.

¹⁴⁷ Yarg. 2.H.D., T. 02.03.2015, E. 2014/16819, K.2015/3251. www.uyap.gov.tr.

¹⁴⁸ Türk Medeni Kanununun m.166/3 hükmü uyarınca açılan boşanma davasında, davacı tanıklarının dinlenmediğini iddia ederek hükmü temyiz etmesi durumunda, temyiz dilekçesinin anlaşmalı boşanma isteğinden vazgeçme olarak kabul edilip, yargılamaya TMK 166/1 maddesi uyarınca devam edilmek üzere hükmün bozulmasına dair bknz, Y..2.H.D, T. 21.12.2011, E.2011/1498, K.2011/23070, (erişim tarihi: 15.04.2023), www.uyap.gov.tr

konusundan anlaşmalarında ıslaha gerek olmaksızın TMK m.166/3 hükmüne göre protokolün hakim tarafından onaylanması halinde davanın kabulü ile boşanmaya karar verilmektedir.

1.4.2.2. Anlaşmalı Boşanma Davalarında İspatın Konusu

Türk Medeni Kanunu m.166/3'te düzenlenen anlaşmalı boşanma, genel ve mutlak bir boşanma sebebidir. Eşlerin boşanma ve ferileri konusunda anlaşmaları, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına ve evliliğin her iki taraf için de çekilmez hale geldiğine karine sayıldığından, kanunda belirtilen şartların sağlanması halinde hakimin boşanmaya karar vermesi gerekmektedir¹⁴⁹. Anlaşmalı boşanmada taraflar arasında çekişme bulunmadığından ispatlanması gereken bir husus olmadığı söylenilebilecektir¹⁵⁰. Bu davalarda hakimin ikna edilmesini gerektiren husus, anlaşma şartlarının makul olduğu ve tarafların şartları kendi serbest iradeleriyle belirledikleridir. Evliliğin davanın açıldığı tarih itibarıyla bir yıl sürmüş olması ve kanunda belirtilen diğer şartların sağlanması halinde boşanmaya karar verilmesi gerekmektedir. Bu şartların sağlanması halinde kusur araştırması, evlilik birliğinin temelinden sarsılması ve çekilmezlik koşullarının oluşup oluşmadığının araştırılmasına gerek bulunmamaktadır¹⁵¹.

1.4.3. Eylemli Ayrılık Nedeniyle Boşanma Davası

1.4.3.1. Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu m.166/4 hükmünde düzenlenen boşanma sebebine dayanabilmek için daha önce boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış bulunan davanın reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleştiği tarihten başlayarak üç yıl geçmesi, her ne sebeple olursa olsun bu süre zarfında ortak hayat yeniden kurulamamış olması gerekmektedir. Kanunkoyucu bu boşanma nedeni ile fiilen sona ermiş evliliklerin hukuksal yönden de sona ermesine olanak tanımıştır¹⁵².

Eylemli ayrılık nedeniyle boşanma kararı verilebilmesi için ilk şart, kanunda öngörülen nedenlerden herhangi birine dayalı olarak bir boşanma davası açılmış olması ve bu dava reddedilmiş olmalıdır. Yargıtay'a göre boşanma davasının feragatle sonuçlanması halinde dahi bu şartın gerçekleşmiş sayılacağı kabul edilmektedir¹⁵³.

Boşanmanın reddine ilişkin kararın kesinleştiği tarihten itibaren ayrı yaşam üç yıl

¹⁴⁹ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 121-122.

¹⁵⁰ Tutumlu, s. 1050-1051. Hukukumuzda anlaşmalı boşanmanın çekişmesiz yargı işi olup olmadığına ilişkin olarak doktrinde tartışmalar için bkz. Akkaya, s. 48-61.

¹⁵¹ Tutumlu, s. 1051.

¹⁵² Akıntürk/Ateş, s. 272; Dural/Öğüz/Gümüş, s.125.

¹⁵³ Yarg.2.HD, T. 04.07.2011, E.2010/10947, K.2011/11385, www.uyap.gov.tr

sürmüş olmalı ve bu süre içerisinde ortak hayat yeniden kurulmamış olmalıdır. Kanunda belirlenen üç yıllık ayrı yaşam süresi özel dava şartı (HMK m.114/2) olduğundan hâkim tarafından re'sen göz önünde bulundurulmalıdır¹⁵⁴.

Boşanma davasının reddi kararının kesinleşmesinden ve fiili ayrılığın üç yıl sürmüş olmasından sonra her iki eşten biri dava açabilir. Reddedilen boşanma davasında tam kusurlu bulunan ve bu nedenle davası reddedilen eş dahi TMK m.166/4 hükmüne göre boşanma davası açabilmektedir¹⁵⁵.

1.4.3.2. Ortak Hayatın Kurulamaması Sebebiyle Açılan Boşanma Davalarında İspatın Konusu

Fiili ayrılık veya ortak hayatın kurulamaması, mutlak bir boşanma sebebidir. Bu sebebe dayalı olarak dava açılabilmesi için, daha önce açılan boşanma davasının herhangi bir nedenle reddedilmesi ve bu kararın kesinleşmesinden itibaren üç yıllık sürede ortak hayatın kurulamaması gerekmektedir¹⁵⁶. Bu davayı açan eşin önceki davada davalı ya da davacı olması, ortak hayatın kurulamamasında kusurlu olup olmadığının¹⁵⁷ bir önemi bulunmamaktadır. Bu davanın ispat konusu reddedilen boşanma davasının kesinleşmesinden itibaren üç yıl boyunca ortak hayatının kurulamamasıdır. Davalı eş üç yıllık süre içerisinde ortak hayatın kısa süreliğine de olsa kurulabildiğini ispat ederse davanın reddine karar verilmesi gerekmektedir¹⁵⁸.

¹⁵⁴ Dural/Oğuz/Gümüş, s. 126.

¹⁵⁵ Akıntürk/Ateş, s.274.

¹⁵⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 124;

¹⁵⁷ Yarg 2. HD. 10.02.2015 T, E. 2014/9854, K. 2015/1313, www.uyap.gov.tr.

¹⁵⁸ Bknz. Yarg 2. HD. 11.05.2016 T, E. 2015/17786, K. 2016/9720 www.uyap.gov.tr.

İKİNCİ BÖLÜM

DELİLLERİN HUKUKA AYKIRILIĞI SORUNU VE BOŞANMA DAVASINDA İLERİ SÜRÜLEBİLECEK DELİLLER

2.1. Genel Olarak Delil Kavramı

Tarafların davanın çözümünde uyuşmazlık konusu vakıaların doğruluğu hakkında hakimde kanaat oluşturmaya yarayan araçlara delil denilmektedir¹⁵⁹. TMK m.6 hükmüne göre yasada ayrıca öngörülmemesi durumunda tarafların hakkının temelini oluşturan olguları ispat etmesi gerekmektedir. Taraflarca delil ile çekişme konusu vakıayı aydınlatmaya çalışılmakta, iddia ettikleri hususun gerçekliği konusunda hakimi ikna etmeye ve lehine kanaat oluşturmaya çalışılmaktadır. Mahkeme dışında ve geçmişte yaşanmış olaylara deliller vasıtası ile ayna tutulmaktadır¹⁶⁰.

Tarafların aydınlatmaya ve gerçekleştiğini ispatlamaya çalıştıkları konu o davanın çekişmeli vakıasıdır. HMK m.187/1 hükmünde belirtildiği üzere çekişmeli vakıalar hakkında delil gösterilmektedir. Delil ispat aracı olduğu için, ispatın konusu hakkında yapılan açıklamalar delil konusunda da geçerliliğini korumaktadır¹⁶¹. Boşanma davalarında kanunda belirli bir delil ile ispat zorunluluğu öngörülmediği için HMK m.192 hükmü gereği çekişmeli vakıa kural olarak her türlü delil ile ispat edilebilecektir. Kanunda sayılan deliller haricinde başka deliller de gösterilebilecektir. Taraflar kanunda sayılan deliller dışında başka bir delile dayanmak istiyorsa, bu delilin hukuka aykırı olmaması, akla ve mantığa uygun olması gerekmektedir

2.2. Hukuka Aykırı Deliller

Hukuka aykırı delil, bireyin Anayasa’da düzenlenen temel hak ve özgürlüklerine, kanunlara, ve hukuk kurallarına uygun olmayan bir şekilde, bunları ihlal ederek elde edilmiş, her türlü veri olarak tanımlanmaktadır.

Hukuka uygun olmayan yollardan elde edilen delillerin medeni usul hukukunda kullanılması sorunu Alman doktrinde ve yargı kararlarında 1950’li yıllardan itibaren

¹⁵⁹ **Tanrıver**, Medeni Usul s.882; Atalay,Oğuz: **Delil Kavramı Üzerine**, Halûk Konuralp Anısına Armağan, C.I, Ankara 2009, s. 130-131; Gökem, Zeynep Ezgi, “6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Delil İbraz ve İkamesi”, **TAAD**, Y. 6, S. 21, 2015, s.661; **Konuralp**, s.8; Özrahit Ticen, **Türk, İngiliz ve K.K.T.C. Medeni Usul Hukuklarında Deliller ve Delillerin Toplanması İlişkin Temel Kavramlar ile Güncel Sorunlar**, 1. Baskı, Onikilevha yayıncılık, İstanbul, 2017, sy.32.

¹⁶⁰ Ateş, Mustafa: “Hukuk Yargılamasında Ve Özellikle Boşanma Davalarında Hukuka Aykırı Deliller”, **Terazi Hukuk Dergisi**, 2008, S.18, s.90.

¹⁶¹ Bknz, I. Bölüm s.26.

tartışılmaya başlanmıştır¹⁶². Konunun bahsedilen yıllarla beraber gelişme göstermesi, teknik alanda yaşanan gelişmeler ve ikinci dünya savaşı sonrasında insan haklarına bilhassa kişilik hakkına verilen önem ve temel haklar konusunda toplumsal farkındalık ile ilgilidir.

Totaliter rejimin getirdiği tecrübeler, bireylerin özel hayatını tehdit eden teknolojik gelişmeler, dikkatleri insan onuruna ve kişilik haklarına yöneltmiştir. Bu gelişmelerin yanı sıra ceza muhakemesi hukuku alanındaki tartışmalar medeni usul hukuku alanındaki tartışmayı harekete geçirmiştir. Alman medeni usul hukukunda 1950 yılına kadar, hakimin gerçeğe ulaşmak adına hukuka aykırı yoldan elde edilmiş olan delilleri de hükme esas alabileceği doktrindeki yazarların hemen hemen tamamı tarafından kabul edilmiştir. 1950’lili yıllardan sonra ise hukuka aykırı yollardan elde edilmiş olan delilin tamamen kullanılabilmesi yerine sınırlı bir şekilde kullanılabileceği kabul edilmiştir¹⁶³. Hukukumuzda da soruna ilişkin tartışmalar ve yargı içtihatları aynı paralelde gelişme göstermiştir. 2000’li yıllar öncesinde hukuka aykırı deliller sorunun varlığına değinilmiş ve karşılaştırmalı hukuktaki görüşler dile getirilmiştir. Ancak konunun özellikle 2000’li yıllardan sonra Yargıtay’ın bazı kararlarına paralel olarak güncel hale geldiği ve doktrinde daha sık inceleme konusu yapıldığı görülmektedir¹⁶⁴.

2.3. Yasal Düzenlemelerde Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Delili Kullanma

2.3.1. Anayasa

Hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin yargılama sürecinde kullanılamamasının pek çok hukukî dayanağı bulunmaktadır. Bu düzenlemelerin içerisinde başlıca Anayasa’nın hak arama hürriyetine ilişkin m.36 hükmü, suç ve cezalara ilişkin 38. maddesi, mahkemelerin bağımsızlığına ilişkin 138. maddesi hukuka aykırı yollardan elde edilen bulguların yargılamada kullanılmamasını garanti altına alan hükümler olarak kabul edilmektedir.

İspat hakkı Anayasa’nın m.36 hükmünde herkesin yargı makamlarında davacı veya davalı sıfatıyla hakkını arayıp adil şekilde yargılanma hakkının olduğu belirtilmiştir. Anayasal bir dayanağa sahip olan ispat hakkı ancak, özel meşru bir nedene dayanılarak sınırlandırılabilir. Anayasa Mahkemesi sınırlayıcı kavram olan “ meşru vasıta ve yollardan” içeriğini hukuk düzenine uygun vasıta ve yollar olarak yorumlamıştır¹⁶⁵. Doktrinde bazı

¹⁶² Evren Kılıçoğlu, Medeni Yargılamada Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Delillerin Kullanılması, 1.B, İSTANBUL 2021, s.4

¹⁶³ Kılıçoğlu E, s.49 dn:183’teki yazarlar.

¹⁶⁴ Kılıçoğlu E, s.147.

¹⁶⁵ AYM, T. 20.1.1986, E.1985/23, K.1986/2, (erişim tarihi:19.04.2023), www.uyap.gov.tr.

yazarlar¹⁶⁶ tarafından Anayasa m.36 hükmünde meşru vasıtalardan faydalanılması ifadesinin ispat hakkına getirilmiş bir sınırlandırma olmadığını, bu temel hak ve özgürlüğe doğrudan Anayasa ile getirilmiş sınırlılık olduğundan mutlak bir delil yasağının pozitif anayasal dayanağı olmadığı ifade edilmektedir. Buna göre madde doğrudan ispat yasağını hedef almamıştır. Ancak hak arama özgürlüğünün “meşru” vasıtalardan yararlanmak suretiyle kullanılabileceğini açıkça işaret etmiştir. Burada bahsi geçen meşru vasıtanın anlam ve içeriğini belirleyecek olan hukukun kendisi olduğundan ispat araçlarının hukukun izin verdiği yollardan elde edilmiş olmasının şart olduğu ifade edilmektedir¹⁶⁷.

Anayasa’nın “Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar” başlığı altında m.38/6 hükmünde yasaya aykırı olarak elde edilen verilerin delil kabul edilemeyeceği yer almaktadır. Kanun hükmünün sistematik olarak incelenmesinde “XIII. Hakların korunması ile ilgili hükümler” başlığı altındaki üçüncü ve son madde olan “ Suç ve cezalara ilişkin esaslar” başlıklı 38. maddede düzenlendiği, delil yasağına ilişkin 6. fıkra dışındaki diğer on fıkranın da, suç ve cezalara ilişkin olması nedeniyle Anayasa m. 38/6 hükmünün doğrudan ceza yargılamasına ilişkin olduğu, medeni usul hukukunda uygulanmasının mümkün olmadığı savunulmaktadır¹⁶⁸. Ancak Anayasa’nın m.176 hükmünde başlıkların anayasal metinden sayılmadığı belirtilmiştir. Buna göre madde başlığının “suç ve cezalara ilişkin esaslar” olması maddenin ceza hukuku ile sınırlı olduğu anlamına gelmemektedir. Diğer taraftan Anayasa m.177/e hükmünde, Anayasa’nın halk oylaması ile kabulü ile yürürlüğe girecek hükümler mevcut kurulacak kurum, kuruluş ve kurullar için tekrar yasa öngörülmesi veya yasalarda değişiklik yapılmasını zorunlu kılıyorsa bunlara ilişkin değişiklikler için mevcut yasaların Anayasaya aykırı olmayan hükümleri yada direkt Anayasa hükümleri, Anayasa m.11 hükmü uyarınca uygulanacağı belirtilmiştir. Buna göre Anayasa’nın getirdiği yeni hükümlerin işlerlik kazanması için yeni kanunların yapılması veya değiştirilmesi gerekiyorsa, ilgili Anayasa hükmünün doğrudan uygulanabilirliği kabul edilmiştir. Medeni usulde hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin ispat hukuku bağlamında konumunun ne olacağını belirleyen düzenleme, bulunmadığı dönemlerde de Anayasa m.38/6 hükmünde yer alan kural, yine Anayasa m.177/e bendi uyarınca, doğrudan doğruya işlerlik kazanacak ve dolayısıyla yapılan bu tespit karşısında, medeni usul hukukunda, hukuka aykırı yollardan

¹⁶⁶ Kılıçoğlu, s.148-155.

¹⁶⁷ Tanrıver, Süha: “Türk Medeni Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin İrdelenmesi.” **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, ss.65, 2006 (hukuka aykırı delil) s.12; aynı yönde bkz **Ateş**, s.93-94, Akil, Cenk: “Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda hukuka aykırı biçimde elde edilmiş delillerin değerlendirilip değerlendirilemeyeceği meselesi”, **AÜHFD** C.61, 2012, ss.4, s.1248.

¹⁶⁸ Yıldırım, Kamil: **Medeni Yargılama Hukukunda İspat Yasakları Ve Özellikle Taraflarca Hukuka Aykırı Elde Edilmiş Deliller**, Erdoğan Teziç’e Armağan, İstanbul, 2007, s.868.

elde edilen delillere ispat gücü tanınamayacaktır¹⁶⁹.

Anayasa m.138/ 1 hükmünde hakimlerin görevlerinde bağımsız olduğu, Anayasa'ya, yasalara ve hukuka göre vicdani kanaatleri uyarınca hüküm verecekleri belirtilmiştir. Hukuk devletinin yargı organlarında anayasa, kanuna ve hukuka uygun karar verilebilmesi için, delillerin de hukuka uygun şekilde elde edilmesi gerekmektedir. Medeni usulün amacı, hukuk ilkesini benimseyen devletin hukuka aykırı yollardan elde edilmiş delillerinin delil olarak kullanılmasını kabul etmeyeceği ifade edilmektedir¹⁷⁰. Buna göre hukuka aykırı yollardan elde edilmiş delillerin kullanılması yasağı, hukuk devleti ilkesi ve hakimin hukukla bağlılığı ile doğrudan ilişkilidir¹⁷¹.

2.3.2. HMK m. 189'da Öngörülen Delil Yasağı ve Sonuçları

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda (HUMK) hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin davalarda kullanılıp kullanılamayacağı konusunda bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bu dönemde Türk doktrininde hukuka aykırı deliller konusu ele alınırken, Anayasa m.38/6 hükmü ve ceza muhakemesi hukukundaki mutlak delil yasağına ilişkin düzenlemelerin kıyasen medeni usul hukukunda da uygulanacağı savunulmaktaydı¹⁷². Bu görüş 6100 sayılı HMK'nın yasalaşmasında da kendini göstermiş ve m.189/2 hükmünde hukuka aykırı elde edilen delillerin olayların ispatında kullanılamaz denilmiştir.

Kanunun hazırlık sürecinde doktrinde, İsviçre hukukunda olduğu gibi mutlak delil yasağının getirilmemesinin daha doğru olacağı, bazı durumlarda somut olayın özelliklerine göre istisna tanınması gerektiğinin, bu nedenle düzenlemenin başına "kural olarak" ibaresinin eklenmesi gerektiği savunulmuştur¹⁷³. Diğer bir görüş ise hukuka aykırı deliller konusunda kanuni bir düzenleme yapılmasından ziyade uygulamaya bırakılmasının uygun olduğunu belirtmiştir¹⁷⁴. Kanımızca medeni usul hukukunda Anayasa ve ceza yargılaması hukukuna uygun olarak hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin ispat faaliyetinde mutlak olarak yasaklanması isabetlidir¹⁷⁵.

¹⁶⁹ Tanrıver, s.14; Ateş s.90; Çırak, s.62.

¹⁷⁰ Pekcanitez, s. 826-828; Tanrıver, s. 802.

¹⁷¹ Anayasa m. 138'in bir delil yasağının doğrudan normatif bir gerekçesi olarak gösterilmesini, daha başlangıçta peşinen, gerekçelendirmeksizin delil yasağını kabul etmiş ve hatta bunu bir temel hukuk prensibi olarak görmüş düşüncenin bir çıkarımı olduğu, bu düşüncenin, hatalı olarak delil yasağını peşinen, olmazsa olmaz mutlak bir yasak olarak kabul edip, buna aykırılığı hakimin hukukla bağlılığı prensibini zedeleyen bir aykırılık olarak nitelendirmiş olduğuna dair bkz., Kılıçoğlu, s.166.

¹⁷² Tanrıver, s. 370-377.

¹⁷³ Alangoya, H. Yavuz/Yıldırım, M. Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis: **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 7. Baskı İstanbul, 2009. s. 303.

¹⁷⁴ Kuru, Baki: Tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirme, **MİHDER** 2009/1, s. 13 vd.

¹⁷⁵ Pekcanitez, Hakan: **Medenî Usûl Hukuku**, C. III, 15. Bs., İstanbul 2017, s.804.

Hukuka aykırı delillerin ispat faaliyetinde kullanılmasını yasaklayan hüküm HMK'nın uygulama alanı bulduğu tüm yargılamalarda uygulanacaktır. Buna göre hem çekişmesiz yargılamada hem çekişmeli yargılamada; hem dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinin uygulandığı hem re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda; hem basit yargılama hem yazılı yargılama usulünde uygulanacaktır¹⁷⁶.

Aile mahkemelerindeki yargılama bakımından, kural olarak HMK hükümleri uygulanmakla birlikte TMK'da bazı davalara ilişkin özel düzenlemeler bulunmaktadır. TMK m.184 hükmünde evlenmenin butlanı, boşanma ve ayrılık davalarında maddi hukuk talebine bağlı olarak sınırlı re'sen araştırma, TMK m.284 hükmünde soybağı davalarında re'sen araştırma ilkelerinin gereği olan bazı kurallar düzenlenmiştir. İspat faaliyeti bakımından yemin teklif edilememesi, hakimin ikrar ile bağlı olmaması, delillerin serbestçe takdir edilmesi ve vakıaların hakim tarafından kendiliğinden araştırılması gibi özel usul kuralları öngörülmüştür (TMK m.184). Aile mahkemelerinde görülen davalarda gerçeğe ulaşılmasındaki menfaatin yüksek olması sebebiyle özel yargılama hükümleri öngörülmüş ise de hukuka aykırı delillerin kullanılmasına cevaz verildiği söylenemeyecektir. TMK m.184/4'de ifade edilen delillerin serbestçe değerlendirilmesi sadece kullanma serbestisi tanımakta olup delillerin kabul edilebilirliği ile ilgili bir serbesti değildir. Bu nedenle evlenmenin iptali, butlanı, boşanma ve soy bağının reddi davalarında da mutlak delil yasağı geçerlidir¹⁷⁷.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.189/2 hükmünde hukuka aykırı delillerin yargılamada ileri sürülmesi halinde hakim tarafından re'sen mi yoksa tarafların talebi üzerine mi dikkate alınacağı açıkça düzenlenmemiştir. Bu konuda doktrinde iki farklı görüş bulunmaktadır. Hükmün gerekçesinde “...yargılama sırasında taraflarca sunulan delillerin elde ediliş biçiminin mahkeme tarafından resen göz önüne alınması ve delilin her ne surette olursa olsun hukuka aykırı olarak elde edildiğinin tespit edilmesi halinde, diğer tarafça bir itiraz ileri sürülme dahi mahkemece caiz olmadığına karar verilerek dosya kapsamında değerlendirilmemesi ilkesi benimsenmiştir.” ifadeleri yer almaktadır. Birinci görüşü savunanlara göre madde gerekçesiyle paralel olarak delilin hukuka aykırılığı taraflarca ileri sürülme dahi mahkemece re'sen göz önüne alınması gerekmektedir¹⁷⁸. İkinci görüşe göre ise bir delilin hukuka aykırı olarak elde edilme konusu kural olarak taraflarca ileri sürülmesi

¹⁷⁶ Kılıçoğlu E, s.385.

¹⁷⁷ Kılıçoğlu E, s.383-384.

¹⁷⁸ Ateş, s.96; Pekcanitez/Özekes/Atalay s.354, “Kişilik haklarının ihlali sonucu elde edilen delilin kullanılmasına, hakkı ihlal edilen kişi izin verirse bu delil, mahkemece kullanılabilir.” ifadesinden, delilin elde edilmesinin hukuka uygun olmadığı ileri sürülmemesi halinde ispat faaliyetinde kullanılabileceği anlamı çıkarmak da mümkündür.

halinde dikkate alınabilir¹⁷⁹. Medeni usul hukukunda istisnai durumlar dışında kural olarak taraflarca getirilme ilkesi geçerlidir. Taraflarca getirilen bir delilin hukuka aykırılığın ileri sürülmesinde ise resen göz önünde bulundurulmasını gerektiren bir kamu yararından bahsedilemeyecektir. Medeni usul hukukunda ceza yargılamasından farklı olarak tarafların taleplerine göre yargılama ilerletilerek bir karara varılmaktadır. Davanın tarafları dilediği delili ileri sürüp dilediği delili ileri sürmeme hakkına sahiptir. Hakim usulen gözetmesi gereken kurallar doğrultusunda delilleri değerlendirecek ve karar verecektir. Ancak hukuka aykırı yollardan elde edilmiş olan delil ileri sürme konusu ise usul hukukundan değil maddi hukuktan kaynaklanmaktadır¹⁸⁰.

Hukuka aykırılık hususu, maddi hukuk bağlamında hukuka uygunluk sebepleri bulunmadığı zaman sonuç doğuracaktır. Medeni usulde taraflar haklarını kendi iradeleri ölçülerinde koruduğu için maddi anlamda hukuka aykırılık ancak bu husus ileri sürüldüğünde dikkate alınabilmektedir. Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran rıza açıkça ya da zımni şekilde yapılabilir. Davanın taraflarınca maddi hukuka aykırı elde edilen delile itiraz edilmemesi halinde zımni olarak rıza göstermiş sayılmalıdır¹⁸¹.

Ceza hukukunda hukuka aykırı delil elde eden şahsa uygulanacak yaptırımlara baktığımızda; Türk Ceza Kanunu(TCK) m.132 hükmünde düzenlenen haberleşme hürriyetini ihlal suçu, TCK m.133 hükmünde düzenlenen kişiler arasındaki konuşmaların dinlenilmesi ve kayda alınması suçu, TCK m.134 hükmünde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçu oluşmaktadır. Bu suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikayete tabidir. Ceza yargılamasında medeni usulden farklı olarak bütün davalarda re'sen araştırma ilkesi geçerlidir. Re'sen araştırma usulünün uygulandığı davalarda dahi hukuka aykırı delil eden şahıs şikayet üzerine cezalandırılırken taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı medeni usulde hukuka aykırı delilin re'sen dikkate alınmasının kabulü mümkün değildir¹⁸².

Hukuka aykırı delilin talep üzerine dikkate alınabileceğini savunan görüşe göre bazı durumlarda istisnai olarak mahkemece dikkate alınabilir. Bu durumlar TMK m.23 hükmünün uygulama alanı bulduğu haller ve delilin kullanılmasının insan onuruna aykırı olabileceği hallerdir. Bu haller dışında kural, bir delilin elde edilişinin hukuka aykırılığının ancak tarafça ileri sürülmesi halinde dikkate alınmasıdır¹⁸³. Delilin elde edilişine karşı tarafça muhalefet

¹⁷⁹ **Kılıçoğlu E**, s.834.; Gençcan, Ömer Uğur: **Boşanma Usul Hukuku**, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2016 (Boşanma Usul) , s.167, Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel: **Medenî Usul Hukuku**, 7. Baskı, Ankara, 2021, s.388, **Tanrıver** (medenî usul) s,904.

¹⁸⁰ **Çırak**, s.81, **Kılıçoğlu E**, s.837.

¹⁸¹ Kaneti, Selim: **Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru**, 1. Baskı İstanbul, 2007, s.244.

¹⁸² **Çırak** s.82.

¹⁸³ **Kılıçoğlu**, s.838.

edilen durumlarda, delil yasağı uygulanması HMK m.33 hükmüne göre hakim hukuku uygulaması kapsamında yer aldığından, bu hukuki sonucun uygulanmasının talep edilmesine gerek yoktur¹⁸⁴.

2.3.3. Doktrindeki Görüşler

Medeni usul hukukunda hukuka aykırı delillerin mahkeme tarafından dikkate alınıp alınamayacağı ilk kez 12.01.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK’da düzenlenmiş olduğundan doktrindeki görüşler bu kanunun yürürlüğe girmesinden önce ve sonra olarak ikiye ayrılarak incelenecektir.

2.3.3.1. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Yürürlüğe Girmesinden Önce İleri Sürülen Görüşler

2.3.3.1.1. Berkin’in Görüşü

Berkin, hukuka aykırı yollardan elde edilmiş delillere dayanılarak yargılamada karar verilemeyeceğini belirtmiştir. Örneğin hakim kararı olmadan yapılan ev aramasında tesadüfen ele geçirilen delillerin hukuk davasında kullanılamayacağını savunmuştur. Yine evli bir kimsenin duygusal birlikte yaşadığı kişiye yazdığı mektupların çalınması halinde ya da posta memuru ile anlaşarak ele geçirilmesi halinde boşanma davasında ispat gücü tanınamayacağını belirtmiştir¹⁸⁵. Buna göre ceza muhakemesi ile hukuk muhakemesinde paralellik olması gerektiğini söyleyen yazar hukukun yeknesaklığını savunmaktadır¹⁸⁶.

2.3.3.1.2. Tosun’un Görüşü

Ceza yargılamasında re’sen araştırma ilkesi geçerli olup hakim delilleri araştırıp getirtme yetkisine sahip olduğundan, başka kimselerin hukuka aykırı delil elde etmesinde hakim yetkisi ortadan kalkmayacağından kural olarak bütün deliller yargılamada kullanılabilir. Medeni usulde ise hakim, delilleri toplama konusunda yetkisiz olup taraflarca getirilen deliller üzerinde inceleme yapar. Yazara göre hakim dışındaki kimselerin hukuka aykırı olarak elde ettiği deliller “geçerli olmama” yaptırımına tabidir¹⁸⁷. Yazar ceza yargılamasında hukuka aykırı delillerin kullanılması halinde istisna olarak geçersiz olduğunu, medeni usulde ise hukuka aykırı delillerin istisna olarak kullanıldığını ifade etmiştir. Ancak

¹⁸⁴ Hakim hukuku uygulaması konusunda geniş açıklamalar için bkz., Bolayır, Nur, **Medeni Usul Hukukunda Hakim Hukuku Re’sen Uygulaması İlkesi**, İstanbul 2019.

¹⁸⁵ Berkin, Necmettin. **Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi**. İstanbul: Filiz Kitabevi s.65-67.

¹⁸⁶ Akil, s.1239

¹⁸⁷ Tosun, Öztekin, **Ceza ve Medeni Muhakeme Hukuku Açısından Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilmiş Delillerin İspat Kuvveti**, İstanbul 1976, s. 65.

ceza yargılamasında hukuka aykırı deliller konusunun medeni usulden daha katı uygulanması sebebiyle yazarın bu düşüncesine katılmak mümkün değildir¹⁸⁸.

2.3.3.1.3. Yıldırım'ın Görüşü

Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda hukuka aykırı yollardan elde edilmiş delillerin yargılamada kullanılması konusunda açık bir düzenleme yapılmamış, bu alanda bilinçli bir boşluk bırakılmıştır. Bu alanda mutlak bir yasaklama getirmek, usul hukukunun amacına, ispat hakkına uygun düşmemektedir. Hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılması konusunda, delillerin ikamesi ve değerlendirilmesi farklı şekilde ele alınmalıdır. Bu bağlamda yasak, anayasanın mahkemenin delillerin ikamesine sınırlandırma getirdiği durumlarda söz konusu olacaktır. Hukuka aykırı elde edilmiş ve yargılamada ikame edilmiş delil kural olarak mahkemece değerlendirilebilecektir. Ancak delillin elde edilmesinde ihlal edilen maddi hukuk kuralı, kişinin anayasa ile teminat altına alınmış insan şeref ve onuruna aykırına ise değerlendirme yasağı olmalıdır¹⁸⁹.

2.3.3.1.4. Tanrıver'in Görüşü

Yazar hukuk davalarında hukuka aykırı delillerin kullanılıp kullanılmayacağı konusundaki görüşlerini büyük ölçüde Anayasa'ya dayandırmıştır. Medeni usul hukukunda hukuka aykırı delil konusunda açık bir yasal düzenleme bulunmaması, bu delillere ispat gücü tanınacağı anlamına gelmez. Anayasa 38/6'da kanuna aykırı olarak elde edilmiş delillerin yargılamada kullanılamayacağını açıkça düzenlemiştir. Bahsi geçen anayasal kural, maddi başlığının "suç ve cezalara ilişkin esaslar" olması nedeniyle ceza yargılamasına ilişkin görünse bile, medeni usul de dahil tüm yargı çeşitlerini de kapsayan bir düzenlemedir. Zira Anayasa 176/2'de madde başlıklarının Anayasa metninden sayılmayacağı düzenlenmiştir. Bunun yanında Anayasa 177-e'de "*Anayasa'nın halk oylaması sonucu kabulünün ilanıyla birlikte yürürlüğe girecek hükümleri, mevcut ve kurulacak kurum, kuruluş ve kurullar için yeniden kanun yapılması veya mevcut kanunlarda değişiklik yapılması gerekiyorsa, bunlara ilişkin işlemler için, mevcut kanunların Anayasa'ya aykırı olmayan hükümleri veya doğrudan Anayasa hükümleri Anayasa'nın 11 inci maddesi gereğince uygulanır.*" şeklinde bir hüküm yer almaktadır. Bu hükümle, Anayasa'nın getirdiği yeni düzenlemelerin uygulamaya geçirilmesi için, yeni kanunların yapılması veya değiştirilmesi gerekiyorsa, ilgili Anayasa'nın hükümlerinin doğrudan uygulanabilirliği kabul edilmiştir. Bu nedenle Anayasa 177-e

¹⁸⁸ Pekcanitez, Hakan. (2009). **Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi**, Haluk Konuralp Anısına Armağan, Cilt I, Ankara, s. 826. (Hukuka Aykırı Delil)

¹⁸⁹ Yıldırım, s. 871.

gereğince Anayasa 38/6'daki anayasal kuralın medeni muhakemede de geçerli olduğu ifade edilmektedir¹⁹⁰.

Anayasa 138/1'de “ Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler “. Buna göre hakim kanuna, anayasa ve hukuka uygun karar verilebilmesi için, davanın temelini oluşturan ve çekişmeli vakıanın ispatında kullanılacak dava malzemesinin, hukuka uygun yollardan elde edilmesi gerekir. Aksi halde hukukun onaylamadığı yollardan elde edilen delile Anayasa 138/1 gereğince ispat gücü tanınmayacak, mahkeme tarafından değerlendirilmeyecektir.

Yazar hukuka aykırı delil konusundaki görüşünü Anayasa m. 138/1 ve m. 36/4 dışında m.36/1 hükmüne de dayandırmıştır. Anılan Anayasa hükmüne göre davanın tarafları iddia ve savunmasını ancak meşru vasıtalar kullanmak suretiyle kullanabilir. Meşru vasıta ifadesinden davacı ve davalının yalnızca hukuka uygun deliller ile iddia ve savunmasını ispatlayabileceği sonucu çıkmaktadır¹⁹¹.

2.3.3.1.5. Pekcanitez'in Görüşü

Davanın taraflarının iddia ve savunmalarını ispatlamak için sunduğu delillerin, temel haklar, özel yaşam veya kişilik haklarının ihlal edilmesi suretiyle elde edilmesi halinde yargılamada değerlendirilmemesi gerekir. Anayasa'nın 38/4 maddesinde hukuka aykırı yollardan elde edilmiş delillerin yargılamada kullanılamayacağını öngören hüküm sadece ceza yargılamasını değil medeni usulü de kapsamaktadır. Bunun yanında Ceza Muhakemeleri Kanunu'nda hukuka aykırı delil konusunu açıkça düzenlenmiştir. Alman, Avusturya ve İsviçre Anayasalarında ve pek çok Avrupa ülkesinin Ceza Usul Kanunu'nda hukuka aykırı biçimde elde edilen deliller ile ilgili bir düzenleme bulunmadığından, bu hukuk düzenlerinde ileri sürülen görüşler bizim hukukumuz bakımından yol gösterici değildir¹⁹².

Usul hukukunda amaç gerçeğin her ne pahasına olursa olsun ortaya çıkarılması değildir. Usul hukukunda gerçeğin ön planda olduğuna dair görüş bugün artık etkisini yitirmiştir. Ceza muhakemesi hukukunda amaç, maddi gerçeğe ulaşmak olup; maddi gerçeğe ulaşma konusundaki kamu yararı medeni usul hukukuna nazaran çok daha ön plândadır. Buna rağmen Ceza Muhakemesi Hukuku'nda hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin değerlendirilmesi açıkça yasaklanmıştır. Buna göre daha az kamu yararının olduğu özel hukuk uyuşmazlıklarında hukuka aykırılığın dikkate alınmamasının hiçbir haklı gerekçesi olamaz.

¹⁹⁰ Tanrıver, hukuka aykırı delil, s.35.

¹⁹¹ Tanrıver, hukuka aykırı delil, s.36.

¹⁹² Pekcanitez, hukuka aykırı delil, s.826.

Teknolojik gelişmelerle beraber hukuka aykırı delillerin elde edilmesi de kolaylaştığından, bu delillerin yargılamada kullanılmamasına duyulan ihtiyaç da artmıştır. Usul hukuka maddi hukuka hizmet ettiğinden, maddi hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin de usul hukukunda kullanılmaması gerekir. Aksi halin kabulü durumunda maddi hukuk ile usul hukuku ayrı ayrı çözümler üretmiş olur ki bu da hukukun birliği ile bağdaşmaz. Anayasa ile güvence altına alınmış haklar medeni usul de korunmalıdır. Mahkemelerin hukuka aykırı yollardan elde edilen delillere ispat gücü tanınması bizzat hukuka aykırı davranış olur¹⁹³.

Türk Medeni Kanunu m.2 hükmünde düzenlenmiş olan dürüstlük kuralı, sözleşmenin kurulmasından sona ermesine, yargılamada tarafların davranışlarına kadar her alanda istisna tanınmaksızın uygulanır. Medeni usul hukuku gibi kamu hukukunda da geçerli olan dürüstlük kuralı, delillerin ikame edilmesi ve incelenmesinde de geçerlidir. Davanın tarafları dürüstlük kuralına uygun davranmakla yükümlüdür. Buna göre hukuka aykırı delilin ileri sürülmesi halinde, dürüstlük kuralına aykırı olması yani kanun hükmüne aykırı olması demektir. Kanuna aykırı davranılması halinde mahkemece bu delilin hiç incelenmemesi ya da hükümde dikkate alınmaması gerekmektedir.

Yazar, usul hukukunun maddi hukuka hizmet ettiğini, maddi hukukun yasakladığı yöntemlerle elde edilen delillerin usul hukukunda kullanılamayacağını, aksi durumda maddi hukuk ile usul hukuku arasında çelişkiler olacağını, bu durumun hukuka olan güveni azaltacağını belirtmiştir. İspat hakkının ve maddi gerçeğe ulaşmanın bir sınırı olduğunu, hukuka aykırı delillere ispat gücü tanınmamasının bu sınırlardan biri olduğunu, kişilik haklarına, özel yaşama müdahale edilen hallerde delil toplanamayacağını, kişilik hakları ihlal edilmeden toplanan delillerin değerlendirilebileceğini savunmuştur¹⁹⁴.

2.3.3.1.6. Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım'ın görüşü

Karşılaştırmalı hukukta medeni usul hukukunda hukuka aykırı elde edilmiş delillerin değerlendirilmesi kural olarak yasaktır. Ancak acil durumlarda bu yasağa istisna tanınarak delilin değerlendirilebileceği kabul edilmektedir. Örneğin, meşru savunma, çocuğun kaçırılması gibi durumlarda gizlice dinleyen tanığın beyanı hükme esas alınabilmektedir. Kişilik haklarına müdahale teşkil eden bilgi ve belgelerin değerlendirilmesinde her durumda Anayasaya aykırılık bulunmakta ise de, bazı özel durumlarda delil ikame edenin menfaatleri üstün tutulabilecektir¹⁹⁵.

¹⁹³ Pekcanitez, hukuka aykırı delil s. 827.

¹⁹⁴ Akil, s.1243.

¹⁹⁵ Alangoya /Yıldırım /Deren Yıldırım, s.302.

Avusturya hukukunda delillerin değerlendirilmesi ile ikamesi ayrımı yapılmaktadır. Doktrinde ağırlıkta olan görüşe göre, hukuka aykırı yoldan elde edilmiş delilin değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine hakim karar vermelidir. Hukuka aykırı delil elde edilirken çığnenen maddi hukuk kuralı, kişinin Anayasa ile teminat altına alınmış onur ve şerefine ilişkin ise değerlendirme yasağı olmalıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı m.193/2’de (son hali 195/2) hukuka aykırı delillerin mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamayacağı hükmü getirilmiştir. Bu hususta mutlak bir yasak getirmek yerine İsviçre Federal Kanunu’nda olduğu gibi gerçeğin bulunmasındaki menfaatin üstün geldiği hallerde hukuka aykırı delilin dikkate alınabileceği şeklinde düzenleme yapılmalıdır.¹⁹⁶

2.3.3.2. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Yürürlüğe Girmesinden Sonra İleri Sürülen Görüşler

2.3.3.2.1. Pekcanitez / Atalay / Özkes’in Görüşü

Hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi yasağı yalnızca delil yöntemi yasağı durumunda değil daha genel biçimde kabul edilmektedir. Anayasa m.38/6 uyarınca kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez. Bu hükümle “yasağa aykırı bulgu”, “yasaya aykırı delil” anlamında kullanılmıştır¹⁹⁷. Anayasa’nın bu hükmü genelliği sebebiyle sadece ceza yargılamasında değil, idare, hukuk ve disiplin yargılamasında da uygulama alanı bulmaktadır. Hukuka aykırı delillerin medeni usulde kullanılamamasının bir sebebi de dürüstlük kuralıdır. Dürüstlük kuralına uyulması taraflar için bir yükümlülüktür. Hukuka aykırı delil elde eden kimse dürüstlük kuralını ihlal etmiş olacağından bu delili mahkemeye sunamayacaktır. HMK m. 189’da ispat hakkının sınırı belirlenmiştir. Hukuk devleti, hukukun çizdiği sınırlar çerçevesinde maddi gerçeğe ulaşmayı hedefler. İspat yasakları ise maddi hukukun sınırlarını çizer. Hukuka aykırı delillere yargılamada ispat gücü tanınması ile ortaya çıkan hukuka aykırılık, temel hakkı ispat edilen kişiye tazminat verilmesi ile dahi giderilemez. Hukuka aykırılık ancak hukuka aykırı delile ispat gücü tanınmayarak giderilebilir¹⁹⁸.

Hukuka aykırı yollardan elde edilen delilin değerlendirilmesi ile ortaya çıkan hukuka aykırılık, temel hakkı ihlâl edilen kişinin tazminat davası açması ve tazminat davasını kazanması ile giderilemez. Zira bu şekilde verilen kararın bünyesindeki hukuka aykırılık kalıcı olup tazminat verilmesiyle ortadan kaldırılamaz. Hukuka aykırılığın giderilmesi ancak

¹⁹⁶ Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s.303.

¹⁹⁷ Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 352-354

¹⁹⁸ Pekcanitez/Atalay/Özkes, s.352-354.

hukuka aykırı biçimde elde edilmiş bulunan delilin değerlendirilmemesi ile sağlanır.

2.3.3.2. Arslan / Yılmaz / Ayvaz/ Hanağası'nın Görüşü

Taraflar ispat hakkını usulüne uygun olarak ileri sürdükleri delillerle kullanır. Ancak ispat hakkı için, her ne suretle elde edilmiş olursa olsun bütün delillere ispat gücü tanınmaz. Bu nedenle HMK 189/2'de açıkça, hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin, bir vakıanın ispatında dikkate alınamayacağı düzenlenmiştir. Bu madde ile tarafların iddia ya da savunmasını ispat etmek için ileri sürdüğü delili ne şekilde elde ettiğinin mahkemece kendiliğinden dikkate alınması, hukuka aykırı elde edilmesi durumunda karşı tarafın itirazı olmasa dahi mahkemece değerlendirme dışı tutulması ilkesi kabul edilmiştir¹⁹⁹.

2.3.3.3. Hukuk Davalarında Soruna İlişkin Yüksek Mahkeme Uygulamaları

Çalışmamızın bu bölümünde, sadece hukuk davalarında hukuka aykırı yoldan elde edilmiş delillerin kullanılması sorununda Türk yargı uygulamasının eğilimini ortaya koyabilmek bakımından konuya ilişkin kararlara işaret edilmiştir. İlgili yargı kararlarına, özellikle delillerin somut olarak ortaya çıkış biçimlerine göre ayrıntılı olarak yer verilecektir²⁰⁰.

Yargıtay'ın hukuka aykırı deliller noktasında benimsemiş olduğu kararlı bir tutumu bulunmamaktadır. Yargıtay'ın yıllara göre, dosyayı ele alan daireye göre ve dosyadaki somut olaya göre birbirinden farklı birçok kararı ve değerlendirmeleri bulunmaktadır. Verilen kararların gerekçeleri incelendiğinde, doktrindeki görüşlere yer verilmiş olsa da, elde edilmesinin hukuka aykırı olup olmadığı, hukuka uygunluk sebeplerinin olup olmadığı, kullanılmasının hak ihlali oluşturup oluşturmayacağı tartışmasının yapılmadığı görülmektedir.

Yargıtay ikibinli yıllara gelinceye kadar tespit edilebildiği kadarıyla ²⁰¹ hiçbir kararında hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılıp kullanılamayacağı sorununa değinmemiştir. Bu nedenle Yargıtay'ın konuya ilişkin uygulaması ele alınırken yalnızca ikibinli yıllardan sonraki kararlarına değinilecektir.

Hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılmasına ilişkin ilk değerlendirmelerden birisi Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 25.09.2002 tarihli **(eşin günlüğü)** kararıdır. Karara konu olan olayda, davacı koca eşinin kayınbiraderi ile yasak ilişki yaşadığını bu hususu tanık beyanları ve kadının günlüğü ile ispat edeceğini, şiddetli geçimsizlik nedeniyle boşanmalarına karar verilmesini talep etmiştir. Davacı tanıkları davalı kadının kayınbiraderi

¹⁹⁹ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/ Hanağası. s.416

²⁰⁰ Bkz. III. Bölüm.

²⁰¹ Kılıçoğlu E, s.80.

ile ilişkisi olduğunu, davacıdan ve komşularından duyduklarını görgüye dayalı bilgilerinin bulunma

dığını ifade etmişlerdir. Davacı vekili kadına ait olan günlüğü duruşmada ibraz etmiştir. Davalı vekili günlüğe karşı beyanda bulunmak duruşmada süre istemiş, beyanında günlüğün müvekkilinin kişisel bir eşyası olduğunu, onun izni olmadan delil olarak mahkemeye sunulmasına muvafakatlerinin olmadığını söylemiştir. Yerel mahkeme günlüğün kadının gizlilik alanına ilişkin olduğunu kendisinin rızası olmadan günlüğe delil olarak dayanılamayacağını, sadece tanık beyanları ile de davacının iddiasını ispatlayamadığını belirtip davayı reddetmiştir. Davacının temyiz etmesi üzerine karar Yargıtay tarafından bozulmuş, ilk derece mahkemesi bozma kararına direnmiştir. Bunun üzerine dosyayı inceleyen Hukuk Genel Kurulu, Medeni Usul hukukunda hukuka aykırı deliller ile ilgili açık bir düzenleme bulunmadığını, kural olarak bu konuda özel hayatın gizliliğinin korunmasının gerektiği ancak somut olayın özelliklerine göre istisna tanınabileceğini belirtmiştir. Davacının günlüğü çalarak, cebir veya tehdit kullanarak ele geçirmediğini, karısı ile beraber yaşadığı müşterek konutta ele geçirdiğini, hiç kimsenin evindeki bir yerde bulduğu delili hukuka aykırı yoldan elde etmiş sayılamayacağını, bu nedenle davalı kadına ait hatıra defterinin delil olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir²⁰².

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 25.03.2003 tarihli kararında (**miras bırakının ses kaydı kararı**) kişinin haberi olmadan kayda alınan video kasetinin medeni usulde delil olarak kullanılabileceğini kabul etmiştir. Karara konu olan olayda murisin muvazaa yaptığı gerekçesi ile tapu iptal tescil davası açılmış, davada muris ile oğlu arasında gerçekleşen video kaydına delil olarak dayanılmış, ilk derece mahkemesi ise davacıların davasını kabul ederek muvazaa nedeniyle tapunun iptaline ve tescile karar vermiştir. Bu karar davada, muris danışığına

²⁰² “Davalı tarafından tutulan “günlük” defterinin delil olarak değerlendirilip, değerlendirilemeyeceği konusu gelince;.. Aynı evde yaşayan kadın, kocanın bu delilleri ele geçirilebileceğini bilebilecek durumdadır. Kocanın yatak odasındaki bir dolabın içinde ya da yatağın altında kadın tarafından saklanan bir not defterini ele geçirmesi, bu mekânın eşlerin müşterek yaşamlarını sürdürdüklerini bir yer olduğundan kadın gizli mekân kabul edilemez. Hiç kimse evindeki bir mekânda bulduğu bir delili hukuka aykırı yollardan ele geçirmiş sayılamaz. Diğer taraftan özel hayatın gizli alanları, özel hayatın gizli alanını ilgilendiren delillerle ispat edilebilir. Nasıl ki, kadın başka bir erkekle müşterek hanedeki yatak odasında sevişirken koca tarafından kapı kırılarak içeri girilmesinde hukuka aykırılıktan söz edilemezse, ortak yaşanan evde bulunduran not defterinin elde edilmesi de hukuka aykırı olarak değerlendirilemez. Eşlerin evliliğin devamı süresince birbirlerine sadık kalmaları yasal bir zorunluluktur. Kadının bu konulardaki özel yaşamı, evlilik ile bir araya geldiği hayat arkadaşı kocayı da en az kadın kadar ilgilendirmektedir. Bu nedenle de davalıya ait hatıra defterinin delil olarak değerlendirilmesinde kuşkuya düşmemek gerekir. SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle, dinlenen tanıkların anlatımlarına, davalı kadın tarafından tutulan not defterinin içeriğine göre, davalı kadının evlilik birliği içinde davacı kocaya karşı sadakatsiz davranışlarda bulunduğu, bu davranışları nedeniyle davacıya nazaran daha ağır kusurlu bulunduğu, tarafların karşılıklı eylemleri nedeniyle müşterek hayatın temelden sarsıldığı, evlilik birliğinin devamına imkân kalmadığı anlaşıldığından bu gerekçelere ve özel dairenin bozma ilamındaki nedenlere göre bozma ilamına uyulması gerekirken eski kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırı bulunduğundan, direnme kararının bozulması gerekmektedir.”Yarg HGK T: 26.3.2002 gün ve E. 2002/2-617K. 2002/648 sayılı kararı: www.uyap.gov.tr.

dayanıldığı; iddia açısından vakıaların kanıtlanmasına ilişkin olarak mahkemece kurulan ara kararlarına rağmen davacıların tanık dinletmeyeceklerini bildirmiş oldukları ve davacı vekilinin de bu beyanı imzasıyla onayladığı; öte yandan iddianın ispatı için, çözümü dosyaya sunulan videokaset dışında yeterli delil mevcut olmadığı; ayrıca, bedel tespitine ilişkin bilirkişi raporundan, akit değeri ile sözleşme tarihine göre saptanan gerçek bedeli arasında aşırı oransızlık bulunduğu tespit edildiği; bedeller arasındaki oransızlığın tek başına muvazaanın kanıtı olmadığı; bu nedenle, iddianın ispatlanamadığından bahisle davanın reddine karar verilmesi gerekirken, diğer kanıtlarla desteklenmeyen ve tek başına geçerli bir belge ve kanıt olma niteliği taşımayan videobant çözümüne dayalı olarak davanın kabulü doğru bulunmayarak karar bozulmuştur. Yerel mahkeme ise, yeniden yaptığı yargılama sonucunda önceki kararında direnmiştir. Bunun üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu vermiş olduğu bozma kararında, tapu kaydındaki bedel ile bilirkişiye tespit ettirilen satış tarihindeki gerçek değer arasında aşırı oransızlık olduğunun tespit edilmiş olmasına rağmen, söz konusu farkın, muris muvazaasının başlıca kanıtı sayılamayacağını, temlikin mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla yapıldığının, satışın değil; bağışın amaçlandığının ispatının gerektiğinin yerleşmiş Yargıtay içtihatlarından olduğunu; davacı vekili tarafından dosyaya tek kanıt olarak ibraz edilen videokasetin hukuka aykırı delil olmamakla birlikte, murisin ses ve görüntüsünün kaydedildiği ortam, murisin ses ve görüntüsünün alındığı tarih itibarıyla yaşlı, hastalıklar içinde kıvranan, hastaneden çıkmak için yardım bekleyen, her türlü etkiye açık bir kişi olması nedeniyle bu delilin başlı başına muvazaaya kanıt olamayacağının anlaşıldığını kabul etmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu kararında yine hukuka aykırı yoldan elde edilmiş delilin kullanılabilirliği hukuki sorununa ilişkin doktrindeki açıklamalara yer vermiş, ardından bir gerekçe göstermeksizin somut olayda delilin (video kaydı) elde edilmesinin hukuka aykırı olmadığı sonucuna varılarak kabul edilebilirlik sorunu aşmış ancak delillerin değerlendirilmesinde somut olayın şartları içinde video kaydına tek başına delil değeri verilemeyeceğine karar verilerek davacının muvazaa iddiasının kanıtlanmamış olduğuna karar vermiştir²⁰³.

²⁰³ Yarg. HGK'nın T.28.5.2003. ve 2003/1-374 E., 2003/370 K. sayılı kararına göre "...Somut olayda davacılar, miras bırakan ile oğlu arasında yapılan konuşmanın video kasetini delil olarak ileri sürmüşlerdir. Davacı vekili de tanık listesi verdiği halde tanıkların dinletmeyeceklerini bildirmiş, sadece anılan kasete delil olarak dayanmıştır. Polis memuru bilirkişiye yaptırılan kaset çözümünde hasta olduğu anlaşılan ve dosyadaki fotoğraflarla vücudunda yaralar açılmış, yataklık durumunda bulunan miras bırakanın, oğlu olduğu tahmin edilen kişinin sorularına zorlanarak yanıt verdiği; bazı sorulara verdiği yanıtların da anlaşılamadığı; oğlu olduğu tahmin edilen kişinin taşınmazın satışının karşılığında para alıp almadığı yönünde sorduğu soruya "para almadım" şeklinde verdiği yanıtı doğrulamak amacıyla "ya seni götürmemiz için yalan söylüyorsan" dediği ve miras bırakanın iki kez yöneltilen bu soruya verdiği yanıtın anlaşılamadığı belirlenmiştir. Miras bırakan 77 yaşında, hasta, hastane odasında ve bakıma muhtaç durumda iken hatta hastaneden çıkarılma ümidi taşıdığı sırada oğlu tarafından konuşturulup sesi ve görüntüsü video kasede kaydedilmiştir... . Davacı vekili tarafından dosyaya tek

Yargıtay'ın söz konusu videobandı hazırlayan davacıların menfaatleri ile murisinki karşılaştırıldığında murisinkine üstünlük tanımaması nedeniyle onun kişilik haklarının ihlal edildiği, bireylerin sadece ispat gücü içinde olmaları onların başkalarının kişilik haklarını ihlâl etmek suretiyle delil elde etmelerini haklı kılmayacağı, somut olayda davacı vekilinin tanıklarını dinletme talebinden vazgeçmiş oldukları bu nedenle aslında ellerinde mevcut başka delillerin de olması nedeniyle eleştirilmiştir²⁰⁴.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 20.10.2008 tarihli kararına konu olan olayda, davacı koca tarafından eşi ile müşterek konutuna onun bilgisi dışında ses kayıt cihazı yerleştirilerek sesi gizlice CD'ye kaydedilmiş ve bu CD, boşanma davasında delil olarak ileri sürülmüştür. Yerel mahkeme tarafından CD üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılmıştır. Bilirkişi raporunda CD'nin üzerinde oynama olmadığı, ses kayıtlarının orijinal olduğu, üzerinde ekleme, çıkarma, kesinti ve kopyalama bulunmadığı tespit edilmiştir. Davalı karşı davacı kadın kayıt altına alınan konuşmaların kendisine ait olmadığına ilişkin bir iddia ileri sürmemiş, CD'nin kişilik haklarını ihlal ettiğini belirterek hükme esas alınamayacağını savunmuştur. İlk derece mahkemesi, davalı kadının “özel hayatının gizliliği” ihlâl edilmek suretiyle hukuka aykırı yolla elde edildiği, bu sebeple itibar edilemeyeceğini, kadının sadakatsizliğine dair başkaca bir delil olmaması nedeniyle davacı-karşı davalı kocanın davasının reddine karar verilmiştir. Yüksek mahkeme vermiş olduğu kararda, özetle, Anayasa madde 20/1 'e göre herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğunu, ancak evlilik birliğinde eşlerin evliliğin devamı süresince birbirlerine sadık kalmalarının yasal bir zorunluluk olduğunu, evlilikte, evlilik birliğine ilişkin yasal yükümlülükler alanının, eşlerin her birinin özel yaşam alanı olmayıp, aile yaşamı olduğuna, bu nedenle eşinin sadakatinden şüphelenildiğinde ortak konutta onun bilgisi dışında ses kayıt cihazı yerleştirilerek, aleni olmayan ve sadakat yükümlülüğüyle bağdaşmayan konuşmalarının kaydedilmesinde özel hayatın gizliliğinin ihlâlinden söz edilemeyeceğine, bu nedenle ses kaydının bulunduğu CD'nin hukuka aykırı delil olmadığına karar vermiştir. Yüksek mahkeme bu konudaki görüşlerini eşlerin meşru olmayan bir amaç için eve üçüncü kişiyi davet etmesinde aile hayatının gizliliğinin ihlal edildiğini, delilin bu nedenle de hukuka aykırı olmadığına dayandırmıştır²⁰⁵.

kanıt olarak ibraz edilen video kaset, yukarıda belirtilen anlamda, hukuka aykırı delil olmamakla birlikte, murisin ses ve görüntüsünün kaydedildiği ortam, murisin ses ve görüntüsünün alındığı tarih itibarıyla yaşlı, hastalıklar içinde kıvranan, hastaneden çıkmak için yardım bekleyen, her türlü etkiye açık bir kişi olması nedeniyle bu delilin başlı başına muvazaaya kanıt olamayacağı anlaşıldığından bu gerekçelerle Özel Dairenin bozma kararı usul ve yasaya uygun bulunmaktadır...” www.uyap.gov.tr.

²⁰⁴ **Akil**, s.1259.

²⁰⁵ Y. 2. HD T.20.10.2008, 17220/13614 www.uyap.gov.tr.

Yargıtay bazı kararlarında somut uyuşmazlık verilerine göre delilin hukuka aykırı yollardan elde edilip edilmediği kuşkulu olan durumlarda delilin hukuka aykırı olup olmadığını ve bu delilin ispat faaliyetinde kullanılıp kullanılamayacağını değerlendirmemiştir. Yargıtay'ın bu tutumunun sebebi ilgili tarafça bu hususa itiraz edilmemesi sebebiyle olası delil yasağının re'sen dikkate alınamayacağı ya da hukuka aykırı elde edilen delilin kullanılmasının belirli şartlarda kullanılabileceğini açıkça ifade etmekten kaçındığı ve gerçeğin tespiti amacının öne çıkarılması nedeniyle delili kullandığı görülmektedir²⁰⁶. Bu bağlamda Yargıtay²⁰⁷ bir kararında gizlice gerçekleşmiş ses kaydının, diğer delillerle uyumlu olması sebebiyle “yan delil” niteliği taşıdığını, ses kaydındaki ifadelerin davalıya ait olduğunun böylece dava konusu senedin gerçek bir borca dayalı olmadığı konusunda harici ikrarda bulunduğunu, bu ikrarın diğer delillerle beraber kabul edilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Görüldüğü üzere yüksek mahkeme kararında ses kaydının hukuka uygun şekilde elde edilip edilmediğini tartışmamış, delilin ispat faaliyetinde kullanılabileceğini kabul etmiş yalnızca ses kaydının sağlamlığını tartışmıştır.

Yargıtay'ın somut uyuşmazlıkta elde edilişinin hukuka aykırı olması nedeniyle, bir delilin uyuşmazlığın çözümünde önemli bir vakıanın ispatında kullanılamayacağını ifade ettiği ilk kararlardan birisi 13. Hukuk Dairesi'nin ses kaydı kararıdır²⁰⁸. Bu kararda kira borcunun kiracı tarafından ödendiğine dair sunulan ses kaydına, delilin hukuka uygun suretle elde edilmemesi sebebiyle itibar edilmemiştir.

Medeni usulde hukuka aykırı delil sorunu ceza yargılamasındakine göre yargı kararlarında daha az tartışılmaktadır. Bu durumunun önemli nedenlerinden birisi tarafların

²⁰⁶ Kılıçoğlu E, s.93.

²⁰⁷ “ Yukarıda değinildiği gibi, teyp bantları, kaydedilen sözlerin kime ait olduğunun şüpheye yer bırakmayacak şekilde saptanmasının teknik olarak mümkün bulunmaması nedeniyle tek başlarına delil değeri taşımazlar. Ancak, baştan beri ortaya konulan dosya kapsamında birlikte değerlendirildiğinde, söz konusu kayıttaki ifadelerin somut olayda diğer delillerle tam bir uyum içinde bulunması nedeniyle, itibar edilebilecek bir yan delil niteliği taşıdığı, çözülmüş bant metnindeki sözlerin davalıya ait olduğunun ve böylece davalının, dava konusu senedin gerçek bir borca dayalı bulunmadığı yolunda harici ikrarda bulunduğunun ve bu ikrarının açıklanan diğer olgu ve delillerle doğrulandığının kabulü gerektiği açıktır. Hal böyle olunca, mahkemece davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeyle ve salt davalı hakkındaki ceza davasının beraat kararıyla sonuçlanması gerekçe gösterilip, başkaca herhangi bir değerlendirmeye gidilmeksizin, yazılı şekilde hüküm kurulması usule ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir...”Y. 13. H.D. T. 22.02.2000 ve 1999/9505 E., 2000/1439 K.www.uyap.gov.tr.

²⁰⁸Y. 13. H.D. T.14.06.2006 ., E. 7611, K. 9640 sayılı kararı: “... Davacı, kira sözleşmesinin sona erdiği 27.10.1999 tarihine kadarki kiralarnı ödediği halde davalı tarafından Şubat-Aralık 1999 dönemlerine ait kira bedelleri için başlatılan takipten dolayı borçlu olmadığının tespiti istemi ile eldeki bu davayı açmıştır. Davalı davanın yasal delillerle kanıtlanması gerektiğini savunarak reddini dilemiştir. Mahkeme yangından sonra onarım olmadığından sözleşmenin son bulduğunu bu nedenle kasım ve aralık ayı kiralarnın istenemeyeceğini, diğer aylara ait kira bedellerinin ise davacı vekilinin ses kaydını delil kabul ederek ödenmiş olduğundan bahis ile davanın kabulüne karar verilmiş ise de, davacı kira bedellerini ödediğini yasal delillerle ispat etmekle yükümlüdür. Yasal olmayan yollarla elde edilen ses kaydı delil olarak değerlendirilemeyeceği gibi, HUMK'un 236/3 maddesi hükmü gereğince sulh görüşmeleri sırasındaki ikrar da muteber değildir...”, (karar için bkz. Tutumlu, Delillerin İleri Sürülmesi, s. 242)

ve/veya vekillerinin delilin elde ediliş tarzına itiraz etmemesi, bunun sonucunda ilk derece mahkemesi ve yüksek mahkeme kararlarında tartışılmamasıdır. Özellikle ikibinli yıllardan önce Yargıtay hukuka aykırı delillerin özellikle boşanma davalarında ispat faaliyetinde kullanılabileceğini zımnen kabul ettiği, delilin elde edilişinin hukuka aykırı olduğu durumlarda o delili değerlendirdiği sonucu çıkarmak mümkündür²⁰⁹. İkibinli yıllarda ise artık medeni usul hukukunda hukuka aykırı yoldan elde edilmiş deliller sorununun varlığı Yargıtay tarafından tanınmış olduğundan, kararlarda yer alan verilere göre elde edilişinin hukuka uygunluğunun şüpheli görünen deliller ve/veya kullanılması yargılamada bir ihlal teşkil edebilecek deliller bakımından farklı değerlendirme yapılmıştır²¹⁰.

2.4. Boşanma Davalarında İleri Sürülebilecek Deliller

Boşanma davalarının yalnızca karı koca için değil, toplum ve özellikle çocuklar için de önemli etkileri bulunmaktadır. Bu davalarda hem birey hem de kamu menfaati üstün tutulmaktadır. Bu nedenle, boşanma davalarında kural olarak kanuni delil sistemi değil, hâkimin vicdani kanaatinin oluşmasına daha iyi hizmet eden serbest delil sistemi kabul edilmiştir²¹¹.

Kural olarak²¹² boşanma davalarında boşanma sebepleri her türlü delille ispat edilebilmektedir. Kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğunu öngörmediği hallerde düzenlenmemiş olan delillerden faydalanılabilir (HMK m.192). Bu nedenle boşanma davalarında boşanma sebebi olan vakıalar hukuka aykırı yollardan elde edilmemek kaydıyla fotoğraf, ses kaydı ve film gibi her türlü belge ile ispat edilebilir²¹³. Çalışmamızın bu bölümünde boşanma davasında kullanılabilen deliller, yazılı ve yazılı olmayan deliller şeklinde ele alınmaya çalışılacaktır.

²⁰⁹ Yargıtay'ın HMK'nın yürürlüğe girmesinden önce, boşanma davalarında hukuka aykırı deliller konusunda özel bir tavır aldığı ve bu tavrın isabetli olduğu görüşüne dair bkz, Arpacı, Abdülkadir, **Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillere İlişkin HMK 189/II Hükmünün Aile Hukuku Sorunları Bakımından Yansımaları**, YÜHFD, C.:11, S.:1 (2014) s.9 vd

²¹⁰ Kılıçoğlu E, s.94.

²¹¹ Tutumlu, s.593.

²¹² TMK'nın 166/3 maddesine dayanan (anlaşmalı) boşanma davalarında evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı karinesi (kanuni karine) mevcut olduğundan temelinden sarsılmanın delille ispatına gerek yoktur. Bknz. Y.2.H.D, T.22.02.1990 10796/2176 www.uyap.gov.tr.

²¹³ Akkaya Tolga, **Medeni Usul Hukuku Bakımından Boşanma Davası**, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s.450-451.

2.4.1. Yazılı Deliller

2.4.1.1. Kesin Hüküm

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre kesin hüküm kesin delillerden birisidir. Hukuki ihtilafların makul bir sürede mahkemece karara bağlanması, verilen hükmün şeklen kesinleşmesi hukuki barışın sağlanması için zorunludur. Aynı şekilde şeklen kesinleşen hükmün maddi gerçeği yansıtması da toplumun adalete olan güveni sağlayan diğer bir unsurdur²¹⁴. Bu amaç ve işlevinden ötürü kesin hüküm doktrinde şekli anlamda kesin hüküm ve maddi anlamda kesin hüküm olarak ikiye ayrılarak tanımlanmıştır. Şekli anlamda kesin hüküm, mahkeme tarafından verilen nihai karara karşı tarafların başvurulabilecekleri olağan kanun yolunun bulunmaması, yine bu karar hakkında kararı veren hakimin dahi kararı değiştirmesinin mümkün olmadığını ifade etmektedir. Bu şart, ilk derece mahkemesinin verilen kararın kesin olması, tarafların kanun yoluna başvurma hakkından feragat etmesi veya üst derece mahkemesince yapılan inceleme sonucunda kesinleşmiş olması şeklinde sağlanmış olabilir²¹⁵. Maddi anlamda kesin hüküm ise HMK m. 303/f. 1'de tanımlanmıştır. Buna göre, “Bir davaya ait şeklî anlamda kesinleşmiş olan hükmün, diğer bir davada maddi anlamda kesin hüküm oluşturabilmesi için, her iki davanın taraflarının, dava sebeplerinin ve ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davaya ait talep sonucunun aynı olması gerekir”. Hükümde de ifade edildiği üzere, maddi anlamda kesin hükmünden bahsedebilmek için, verilen kararın şekli bakımından kesinleşmesi, her iki davanın tarafının aynı olması, talep sonucu ve dava sebeplerinin aynı olması gerekmektedir.

Evlilik sırasında eşlerden birisi meydana gelen bir vakıya dayanarak boşanma davası açar ve açılan bu davada iddia edilen vakıanın gerçekleşmediğine yönelik karar kesinleşirse, daha sonra aynı vakıya dayanılarak ikinci kez boşanma davası açılmaz²¹⁶. Ancak her iki davanın konusu farklı ise bu durumda kesin hükümden bahsedilemeyecektir. Örneğin, Yargıtay kararına konu olan bir olayda davacı kadın, eşinin iktidarsız olduğunu ileri sürerek nitelikte yanılma sebebine dayanarak evlenmenin iptalini istemiş, bu davanın reddedilmesinden sonra aynı hususa dayanarak evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle boşanma davası açmıştır. Davalı eş kesin hüküm itirazında bulunsa da, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu her iki davanın sebeplerinin farklı olması sebebiyle kesin hüküm itirazını kabul etmemiştir²¹⁷.

²¹⁴Tutumlu, s.651.

²¹⁵ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s.726.

²¹⁶Bkz. Y. 2. HD. 21.10.2008 T, E. 2007/17451, K. 2008/13787.

²¹⁷Bkz. Y. HGK. T.16.11.1966 , E. 2/75, K. 288 www.uyap.gov.tr; Çelik, s.70.

Hukuk Genel Kurulu kararına konu olan bir diğer olayda taraflar çekişmeli olarak boşandıktan sonra taraflardan biri manevi tazminat davası açmıştır. Genel kurul kesinleşmiş mahkeme kararı ile tarafların kusuru belirlendikten sonra bu konuda kesin hükmün bağlayıcılığı gereği, kusur konusunda yeniden inceleme yapılamayacağını, boşanma davasındaki kusur belirlemesinin tazminat davasında tarafları bağlayacağına karar vermiştir²¹⁸.

Bir olayın iki ayrı boşanma sebebi oluşturması mümkündür. Örneğin, eşlerden biri zina yaparsa, bu fiil hem zina (TMK m. 161) hem de evlilik birliğinin temelinden sarsılması (TMK m. 166/f. 1) boşanma sebebini oluşturur. Bu durumda eş, zina boşanma sebebine dayanarak dava açar ve bu davada, işlenen fiili ispat edemezse, daha sonra aynı eyleme dayanarak evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle boşanma davası açabilir. Her iki davanın konusu birbirinden farklı olduğu için bu durum kesin hüküm oluşturmaz²¹⁹.

2.4.1.2. Ceza Dosyası ve Hazırlık Evrakları

Yargılama usulleri, ispat kuralları, ispat ölçüleri ve daha başka yönlerden hukuk muhakemeleri ile ceza muhakemesi arasında büyük farklılıklar olduğundan, kural olarak Türk Borçlar Kanunu m.74'e göre ceza mahkemesi kararları hukuk hakimini bağlamaz. Buna doktrinde "bağımsızlık prensibi" denilmektedir²²⁰.

Bazı durumlarda ceza mahkemesinin kararı hukuk mahkemesinde kesin delil teşkil etmektedir. Bunlardan birisi ise, boşanma sebebi olabilecek bir eylemden dolayı kişi hakkında ceza mahkemesince mahkûmiyet kararı verilmiş olmasıdır. Bu sebeple tehdit, hakaret, kasten yaralama gibi fillerden dolayı ceza mahkemesi tarafından verilen mahkûmiyet kararı hukuk mahkemesi için kesin delil teşkil etmektedir²²¹. Ceza mahkemesi tarafından verilen kararda söz konusu fiilin sanık eş tarafından işlenmediği kesin bir şekilde tespit edilmişse, beraat kararı boşanma davası için kesin delil teşkil eder ve davaya bakan mahkemeyi bağlar. Bunun dışındaki beraat kararları ise hukuk hakimini bağlamaz²²²,

Boşanma davasında, boşanma sebebi olan olguya dair deliller yeterli ise, örneğin davacı eşi tarafından fiziksel şiddet gördüğünü iddia etmiş, boşanma davasında buna dair görgü tanıkları varsa artık ayrıca ceza dosyasının bekletici mesele yapılmasına gerek

²¹⁸Y. HGK, T.28.03.2012, E.2011/2-890, K.2012/239. www.uyap.gov.tr

²¹⁹Tutumlu, s. 653;Konu ile ilgili Y. 2. HD. 31.05.1983 T, E. 3732, K. 4974, www.uyap.gov.tr.

²²⁰Bağımsızlık prensibi konusunda geniş açıklama için bkznz. Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Baskı, (Borçlar Hukuku) Ankara 2019, s.587.

²²¹Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 743

²²²Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 743

yoktur²²³. Ancak boşanma davasında delil olarak yalnızca ceza dosyasına dayanılmış ise, ceza davasının sonucunun bekletici mesele yapılması gerekmektedir²²⁴.

Soruşturma aşamasındaki evraklar, cumhuriyet savcısı tarafından verilen kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararlar, medeni usul açısından kesin delil niteliği taşımaz. Ancak boşanma davasında, bu evraklar takdiri delil olarak değerlendirilebilir²²⁵. Örneğin, davacı kadın dava dilekçesinde eşinin kendisini darp ettiğini, evden kovduğunu, olayın polis karakoluna ve savcılığına intikal ettiğini belirtip, deliller kısmında tahkikat evrakına dayanmış ise mahkemece bu deliller getirtilip değerlendirilmesi gerekmektedir.

2.4.1.3. Uzman Görüşü

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 293/f hükmüne göre, uzman görüşü tarafların giderlerini kendileri karşılayıp²²⁶ dava konusu olayla ilgili konu hakkında uzman kişilerden görüş alıp mahkemeye sunmasıdır²²⁷. Taraflar sırf uzman görüşü alabilmek için mahkemeden süre isteyemezler (HMK m. 293/f. 1).

Uzman görüşünün delil olup olmadığı konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, uzman raporları yalnızca hakimın kanaatinin oluşmasına yardımcı bir araç olup delil değildir²²⁸. Diğer bir görüş ise, HMK m. 292/f. 2 ve 3'te yer alan, "Hâkim, talep üzerine veya resen, kendisinden rapor alınan uzman kişinin davet edilerek dinlenilmesine karar verebilir. Uzman kişinin çağrıldığı duruşmada hâkim ve taraflar gerekli soruları sorabilir. Uzman kişi çağrıldığı duruşmaya geçerli bir özrü olmadan gelmezse, hazırlamış olduğu rapor mahkemece değerlendirmeye tabi tutulmaz" şeklindeki düzenlemeyi göz önünde tutarak, uzman raporlarının takdiri delil olarak değerlendirilebileceğini savunmaktadır²²⁹.

²²³ Gençcan Boşanma Usul, s.754.

²²⁴Y. 2.H.D, T. 15.06.2006, 9585-9644, www.uyap.gov.tr.

²²⁵Tutumlu, s. 638.

²²⁶ Uzman görüşü için yapılan giderlerin yargılama gideri sayılmadığı, bu nedenle davanın kazanılması halinde dahi başvuran tarafça karşılandığı konusunda bkz Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/ Hanağası s.. 494; PEKCANİTEZ,ATALAY, /ÖZEKES, s. 414, Özbay İbrahim 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi?, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. b., Ankara 2013 s.356; Yahya Deryal, Türk Hukukunda Bilirkişilik, Güncellenmiş 6. b., Ankara 2015, s. 312.

²²⁷ Uzman görüşü konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Serdar Özbek, "Uzman Görüşünün Yargılamada Değerlendirilmesi", TNBHD, S. 1, 2017, s. 63-162 (Uzman Görüşü) ; M. Serhat Sarıözen, "Özel Bilirkişi (Uzman Görüşü)", Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, Ankara 2014, s. 1699-1732.

²²⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 470; Özbek, (Uzman Görüşü) s. 126, Tanrıver, Medeni usul s.1104; Süha Tanrıver, Hukukumuzda Bilirkişilik, Ankara 2017, s. 36. (Tanrıver, Bilirkişilik)

²²⁹Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 493.

Boşanma davalarında da taraflar velayetin kime bırakılacağı²³⁰, delil olarak dayanılan sosyal medya yazışmalarının, fotoğraflarının sahte olup olmadığı gibi konularda uzman kişilerden görüş alıp mahkemeye sunabilir.

2.4.1.4. Hukuk Davaları ve Vesayet İşlerine İlişkin Dosyalar

Boşanma davalarında ispat araçlarında dava dosyaları önemli bir yer tutmaktadır. Taraflardan birisi boşanma dava dosyasını etkiyebilecek bir dosyaya delil olarak dayandığında mahkemece bu dosya mutlaka müzekkere yazılarak getirilip incelenmelidir²³¹. Örneğin boşanma davası açılmadan önce taraflar arasında bağımsız tedbir nafakası açılmış ise ve tedbir nafakası icra veznesine her ay düzenli olarak yatırılmışsa tanıkların tarafların fiili ayrılık sürecinde evlilik birliğini yeniden tesis etmek amacıyla bir araya geldiği beyanına itibar edilemeyecektir²³². Reddedilen boşanma dosyaları da dava tarihi, davanın red gerekçesi, hangi tarafın davalı hangi tarafın davacı olduğu açıdan dikkatle incelenmelidir.

Taraflardan birisine yöneltilen ehliyetsizlik iddiasından dolayı açılmış bir vesayet altına alma işi (HMK m. 382/f. 2, b, 19) varsa, boşanma davasında vesayete ilişkin dosyaya delil olarak dayanılmasa bile, HMK'nun m.56 hükmü uyarınca bu husus ön sorun sayılarak sonucuna kadar yargılamanın beklenilmesi gerekmektedir²³³.

2.4.1.5. İhtar Dosyası

Türk Medeni Kanunu m.164'te düzenlenen terk sebebiyle açılan boşanma davalarında ihtar dosyasının delil olarak sunulması söz konusu olmaktadır. Bu maddeye göre boşanma davasının açılabilmesi için, dava açılmadan önce terk eden eşe ortak konuta dönmesi için ihtar yapılması ve buna rağmen eşin ortak konuta dönmemiş olması gerekmektedir²³⁴. Bu ihtar noter veya mahkeme tarafından yapılır (TMK m. 164/f. 1). Bu konuda görevli mahkeme Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un m.4 hükmüne göre aile mahkemesidir²³⁵. Terk sebebiyle boşanma davası açıldığında söz konusu ihtar dosyasının mahkemece getirtilerek usulüne uygun olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir. Davacı

²³⁰ Oğuz Polat/Evin Güldoğan, "Uzman Görüşünün Boşanma Davalarında Velayetin Saptanmasındaki Önemi", TBB Dergisi, 2015, s. 247.

²³¹ Tutumlu, s. 645.

²³² Gençcan (Usul), s.752; Y.2.HD, T.S26.03.2007, 2681-4898 " Taraf ehliyeti kamu düzenine ilişkindir. Davacı hakkında kısıtlanmasına dair açılan dava henüz kesinleşmemiştir. Davacı hakkındaki, kısıtlamaya ilişkin Didim Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2005/223 sayılı dosyasının sonucu beklenip, deliller birlikte değerlendirilip sonucu uyarınca hüküm kurulması gerekirken, bu yön gözetilmeden yazılı şekilde hüküm usul ve yasaya aykırıdır". www.uyap.gov.tr

²³³ Y.2.H.D, T.14.06.2012, E.2011/20536, K.2012/16363, www.uyap.gov.tr.

²³⁴ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 112-113; Kılıçoğlu, s. 129-130.

²³⁵ Mahkemece yapılan ortak konuta dönme ihtarına aile hukukundan kaynaklanan bir çekişmesiz yargı işidir (HMK m. 382/f. 1, b) ayrıca bkz KURU, Baki; Nizasız Kaza, Ankara 1961 (Kuru, Nizasız Kaza), s.71.

taraf, ihtarın usulüne uygun olarak yapıldığı ve terk sebebine dayalı boşanma davası şartlarının oluştuğu şeklindeki iddialarını; davalı taraf ise ihtarın usulüne uygun olarak yapılmadığı ve dava şartlarının oluşmadığı şeklindeki savunmalarını ispatlamak için, ihtar dosyasına delil olarak dayanabilmektedir²³⁶.

Türk Medeni Kanunu m.164'e dayanılarak açılan boşanma davası dışında evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle (TMK m. 166/f. 1) açılan boşanma davasında da, taraflardan birisi tarafından diğerine gönderilen ihtar, bu boşanma davası için de önem arz etmektedir. Çünkü, söz konusu boşanma davası açılmadan önce eşine ortak konuta dönmesi için bir ihtar gönderilmişse, bu ihtar önceden yaşanmış olayların, ihtarı yaptıran eş tarafından affedildiğini gösteren bir delildir. Dolayısıyla evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle boşanma davası, ihtardan önceki olaylara dayanılarak açılmışsa, davalı eş ihtar dosyasını delil olarak sunarak davanın reddini sağlayabilmektedir²³⁷.

Noterlerce yapılan tespit işlemleri ve tutulan tutanaklar, takdiri delil niteliğindedir²³⁸. Örneğin, terk nedenine dayanılarak açılan boşanma davalarında, davalı eşin eve dönmesi veya çıkarılan engeller nedeniyle dönememesi gibi durumlar noter tarafından tespit edilebilmektedir. Yargıtay HGK'na yansıyan bir olayda, davalı eş yasal sürede davet edildiği eve dönmek istemiş, kapının açılmaması nedeniyle eve girilememiş bu husus noter tarafından tutanak altına alınmıştır. Noter tarafından düzenlenen bu belge mahkemeye delil olarak sunulmuş, davalı eşin yükümlülüğünü yerine getirdiği ispatlanmıştır²³⁹.

2.4.1.6. Yabancı Mahkeme İlamları

Yabancı mahkemeler tarafından verilen kararlar, boşanma davalarında delil olarak kullanılabilir. Bunun için söz konusu kararın Türk mahkemelerince tanınması veya tenfizi gerekmektedir. 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)²⁴⁰ m. 58/f. 1'e göre, "Yabancı mahkeme ilâmının kesin delil veya kesin hüküm olarak kabul edilebilmesi yabancı ilâmın tenfiz şartlarını taşıdığının mahkemece tespitine bağlıdır". Tenfiz şartlarını taşıyan yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfizi ile

²³⁶ Tutumlu, s.642.

²³⁷ Tutumlu, s.642.

²³⁸ Bknz. Ahmet Başözen, "Noter Tespitlerinin Delil değeri", e-akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, S. 65, Temmuz 2007 (<http://www.eakademi.org/makaleler/abasozen-1.htm>, E. T.: 11.08.2023); Süha Tanrıver, "Noterlerin Tespit İşleri", Noterlik Hukukuna İlişkin İncelemeler (1993-2011), Ankara 2011, s. 105-120.

²³⁹ Y. HGK.'nın 14.03.1990 T, E. 31, K. 169 www.uyap.gov.tr.

²⁴⁰ 27.11.2007 tarih ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (RG. 12.12.2007/26728).

birlikte, bu kararın kesin hüküm veya kesin delil etkisi, yabancı mahkeme kararının kesinleştiği andan itibaren hüküm ifade etmektedir (MÖHUK m. 59).

Taraflardan biri hakkında yurt dışında hürriyeti bağlayıcı ceza verildiği iddia edilmiş ve bu ilama delil olarak dayanılmış ise bu kararın mevcudiyeti, infaz edilip edilmediği, mahkemece araştırılması gerekmektedir. Çünkü TMK m.407 hükmüne göre bir sene veya daha fazla süreyle hürriyeti bağlayıcı bir ceza ile mahkum olan kişinin vasi ile temsil edileceği düzenlenmiştir. Bu nedenle mahkumiyet kararı yabancı ülkeden verilmiş olsa bile mahkemece ehliyet araştırması yapılması gerektiğinden yabancı mahkumiyet ilamının getirilmesi gerekmektedir²⁴¹.

2.4.1.7. Nüfus Aile Kayıt Tablosu

Tarafların davacı ve davalı sıfatlarının tespiti, alt soylarının bulunup bulunmadığının belirlenmesi, velayet ve nafaka konularının hükme bağlanması açısından nüfus kayıt örneğinin dosya arasına alınması önem taşımaktadır. Bu nedenle taraflar nüfus kayıt örneklerine delil olarak dayanmasa bile mahkemece resen dosya arasına alınması gerekmektedir²⁴².

Boşanma davalarında tarafların nüfus aile kayıt tablosu dosya arasına alındığında tarafların evlilik içinde doğmayan çocukları da nüfus aile kayıt tablosunda yer alacaktır. Bu sayede tarafların evliliklerinin devam ettiği tarihte müşterek çocuk dışında başka bir çocuğun anne tarafından doğurulması veya baba ile soy bağının kurulması nüfusunda gözükebilecek ve zinanın gerçekleştiğine dair nüfus kayıtlarına delil olarak dayanılabilecektir²⁴³.

2.4.1.8. Mektuplar

Boşanma davalarında ispat aracı olan yazı bir mektup içerisinde yer alabilmektedir. Mektup, şahıslar arasında yazılı bildirimler yoluyla gerçekleştirilen iletişimin ulaştırılmasına yarayan araçlar olarak tanımlanabilir²⁴⁴. Eşlerin birbirlerine hitaben yazmış oldukları, birbirlerine olan sevgilerini, hoşgörülerini, nefretlerini içeren mektuplar boşanma davalarında delil olarak kullanılabilmektedir²⁴⁵. Yargıtay kararlarında da mektuplar delil olarak kabul

²⁴¹ Tutumlu, s.647.

²⁴² Tutumlu, s.649.

²⁴³ Y. 2. H.D. 15.12.2014 T., 2014/26168 E., 2014/25672 K. Sayılı kararında “.. davalı-davacı kadının tanıkları kocanın başka kadınla yaşamaya devam ettikleri gibi, davacı- davalı kadın, kocanın birlikte yaşadığı H. Adli kadından 10.07.2012 tarihinde S.D. isimli bir çocuğun doğduğuna ve kocasının tanınması nedeniyle 17.04.2013 tarihinde nüfusa tescil edildiğine dair nüfus kayıtlarını sunmuştur.Zina sebebine dayalı davanın kabulü gerekirken...” www.uyap.gov.tr.

²⁴⁴ Kılıçoğlu E, s.720.

²⁴⁵ Tutumlu, s.632.

edilmektedir. Örneğin bir kararda kocanın yazdığı mektuplardan, eşine tehditte, hakarette ve ahlak dışı isteklerde bulunduğu anlaşılmış taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte geçimsizliğin bulunduğu sabit kabul edilmiştir²⁴⁶. Yargıtay'a intikal eden başka bir olayda da eşlerden birinin diğer eşe hitaben yazdığı mektupta sevgi ve özlem içerikli ifadelerin yer aldığı dolayısıyla da davalıyı affettiği sonucunu çıkararak davanın reddine karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir²⁴⁷.

Mektup içeriğinin davalı eşin el ürünü olması gerekmektedir. Bu hususta çekişme varsa, mektubun başkası tarafından gönderildiği iddia ediliyorsa mutlaka bilirkişi incelemesi yaptırılması gerekmektedir. Ayrıca delil olarak sunulan mektubun, ne şekilde elde edildiği, ne zaman yazıldığı ve gönderildiği mahkemece tespit edilmeden hükme esas alınmamalıdır²⁴⁸.

Boşanma davalarında taraflardan birinin bir başkası için yazmış olduğu mektup, bunların, elde edilmelerinde herhangi bir hukuka aykırılık yoksa, delil serbestisinin olduğu boşanma davalarında, delil olarak sunulmalarında herhangi bir sakınca yoktur. Ancak mektuplar kişilerin özel hayatlarını ilgilendirdiğinden, çoğu zaman gizli yerlerde, aleyhinde delil olarak kullanılacak kişinin haberi olmadan ele geçirilmektedir²⁴⁹. Bu şekilde ele geçirilen mektupların hukuka aykırı sayılıp sayılmayacağına dair doktrindeki görüşlere ve yargı kararlarına üçüncü bölümde ayrıntılı olarak değinilecektir.

2.4.1.9. Günlük (Hatıra- Not Defteri)

Boşanma davalarında davacı ya da davalı taraftan biri iddia ettiği hususu ispatlamak için, eşinin başkası için yazmış olduğu bir notu ya da tutmuş olduğu günlük veya hatıra defterini delil olarak sunmak isteyebilir²⁵⁰. Fakat bunlar şahısların özel hayatlarını ilgilendirdiğinden genellikle gizli yerlerde, kişinin haberi olmadan ele geçirilmektedir. Bu nedenle de bu belgelerin boşanma yargılamasında delil olarak kullanılıp kullanılamayacağı tartışmalı olup bu konu hakkındaki açıklamalara ilerleyen bölümlerde ayrıntılı olarak yer verilecektir²⁵¹. Ancak kısaca belirtmek gerekirse, Yargıtay hukuka aykırı yollardan elde edilmemiş olması şartı ile, karşı tarafın rızası olmasa dahi günlük, hatıra ve tutulan notları delil olarak kabul etmektedir²⁵². Hatıra, not defteri ya da tutulan günlükteki yazıların davalı

²⁴⁶ Y 2.H.D, 07.06.2004, 6638-7416, www.uyap.gov.tr.

²⁴⁷ Y 2. HD. 11.03.2015 T., 2014/19731 E., 2015/4288 K. www.uyap.gov.tr.

²⁴⁸ Gençcan, (Usul), s.763, ilgili karar için bkz. Y 2H.D, 08.03.2007 T, E.2007/4977, K.2007/11175 www.uyap.gov.tr

²⁴⁹ Çelik, s.83.

²⁵⁰ Tutumlu, s.667.

²⁵¹ Bknz III. Bölüm, s. 85 vd.

Bu konudaki karar örneği için bkz. Y. HGK 25.09.2002 T., 2002/2-617 E., 2002/648 K. www.uyap.gov.tr.

eşin el ürünü olması gerekmektedir. Eğer bu hususta çekişme varsa mahkemece bilirkişi incelemesi yaptırılmalıdır²⁵³.

2.4.1.10.Cep Telefonuna Gönderilen Mesajlar ile Elektronik Posta Adresine Gönderilen İletiler

Eşlerin birbirlerine gönderdikleri veya üçüncü kimse ile mesajlaşmaları ve elektronik posta adreslerine gelen mesajlar boşanma davalarında tarafların dayandıkları deliller arasındadır²⁵⁴. Mesajların²⁵⁵ boşanma davalarında delil olarak kullanıldığına dair birçok Yargıtay kararı bulunmaktadır.

Cep telefonuna gönderilen mesajlarda olduğu gibi eşlerin elektronik postalarındaki iletiler de boşanma davalarında delil olarak dayanılabilir. Örneğin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararına konu olan bir olayda, başvurucunun eşi, başvurucunun sıradan bir flört sitesindeki yazışmalarını içeren e-postalarına erişerek bu e-postaları başvurucuya karşı Portekiz mahkemelerinde açtığı boşanma ve velayet davalarında delil olarak sunmuştur²⁵⁶.

Telefon mesajlarına ilişkin kayıtlar ile elektronik posta adreslerine gönderilen iletilerin davalı tarafından gerçekleştirilmiş olduğu hususunda çekişme varsa, delil olarak sunulan cep telefonu ve sim kart içeriği ile elektronik posta iletisi bilirkişiye tevdi edilerek inceleme yaptırılmalıdır²⁵⁷. Aksi durumda Yargıtay bu hususunu bozma sebebi yapmaktadır²⁵⁸.

2.4.1.11.Telefon Faturaları ve Kredi Kartı Hesap Ekstreleri

Boşanma davasında taraflardan biri nafaka, maddi manevi tazminat talebinde bulunmuş ise mahkeme tarafların sosyal ve ekonomik durumunun tespiti için kredi kartı dökümünü isteyebilir²⁵⁹. Taraflardan biri, eşinin telefon faturalarını, konaklama için harcama

²⁵³ Gençcan, (Usul), s.763.

²⁵⁴ Tutumlu, s.672.

²⁵⁵ Y. 2. H.D 06.02.2019 T. E.2017/2861 K. 2019/655, Y. 2. H.D 27.05.2014 T E.2014/1219 K. 2014/11609, Y. 2. H.D 29.0.2013T E. 2012/26428 K.2013/11993; Yargıtay 2. HD. 25.03.2015 T, E. 2014/21075, K. 2015/5602. www.uyap.gov.tr

²⁵⁶ İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM-Mahkeme), M.P. v. Portekiz (başvuru no. 27516/14).

²⁵⁷ Gençcan, Ömer Uğur: **Boşanma Usul Hukuku**, Yetkin Basımevi, 11. Baskı Ankara, 2022 (Boşanma Usul), s.469.

²⁵⁸ Y.2.H.D, T.11.02.2002, 1013-1641, www.uyap.gov.tr.

²⁵⁹ Y. 2. HD. 29.06.2020 T., 2020/2197 E., 2020/3374 K. Sayılı kararında özetle; “Davalı kadının cevap dilekçesinde tedbir nafakası, yoksulluk nafakası ve iştirak nafakası ile maddi-manevi tazminat talebinde bulunduğunu, mahkemece, erkeğin sosyal ve ekonomik durumunun yeterince araştırılmadığını, erkeğin sosyal ve ekonomik durumu ile ilgili olarak tapu müdürlüğünden tapu kaydının aktif ve pasifleriyle birlikte detaylı olarak araştırılması, kredi kartı kullanıyor ise ilgili banka veya bankalardan kredi kartının dökümünün istenilmesi, erkek adına aktif ve pasif kayıtlı araç olup olmadığı hususunun trafik tescil dairesinden sorulması, yine erkeğin vergi kaydı bulunup bulunmadığı hususunun ilgili vergi dairesinden sorulması ve bu konuda gösterilen diğer tüm deliller toplanarak sonucuna göre bu talepler hakkında bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru olmamıştır “www.uyap.gov.tr.

yapmasını, cinsel ilişkide kullanılabilecek eşyalar alınmasını, kredi kartı hesap ekstrelerini karşı tarafın sadakatsizlik, güven sarsıcı davranışlarını, zina iddiasını ispatlamak için delil olarak sunulabilir²⁶⁰.

2.4.2. Yazılı Olmayan Deliller

2.4.2.1. Tanık

Dava dışındaki üçüncü kişilerin davaya esas bir uyuşmazlık hakkında, mahkeme dışında bizzat edinmiş oldukları bilgileri mahkemeye aktarmalarına tanıklık denilmektedir²⁶¹. Tanıklık, HMK m. 240 ile 265 arasında düzenlenmiştir. Tanık delili ispat gücü kuvvetli bir delil olmadığından, ancak senede bağlanması mümkün olmayan hukuki işlemler ve küçük meblağlı hukuki fiiller için kullanılabilen bir delildir²⁶².

Boşanma ve ayrılık davaları olgu ve olaylara dayalı özel hayatı ilgilendiren bir dava çeşidi olduğundan taraflarca tanık deliline sık sık başvurulmaktadır²⁶³. Boşanma davalarında tanık beyanlarının değerlendirilmesine ilişkin hususlarda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanacaktır. Dolayısıyla somut görgü ve bilgisi bulunmayan, duyuma dayalı, çelişkili ve inandırıcı olmayan tanık beyanları hükme esas alınmayacaktır.

Boşanma davaları niteliği gereği özel hayatı ilgilendirdiğinden genellikle anne, baba kardeş ve diğer yakın akrabalar tanık olarak gösterilmektedir. Tanıklık yapma kamu görevi olduğundan, kanunda aksine bir hüküm bulunmadığı sürece belirtilen bu kişiler tanıklık yapmak zorundadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 248 hükmüne göre, tarafların evlilik bağı ortadan kalmış olsa dahi eşi, kendisinin ya da eşinin altsoy veya üstsoyu, taraflardan birisi ile arasında evlatlık bağı bulunanlar, üçüncü derece de dahil olmak üzere kan veya evlilik bağı ortadan kalmış olsa dahi kayın hısımları, koruyucu aile söz konusu ise koruyucu aile ve koruma altına alınmış çocuğun tanıklıktan çekinme hakkı vardır. Ancak tanıklıktan çekinme hakkının, HMK m. 251'de istisnası düzenlenmiştir. Bu hükme göre, aile bireylerinin evlenmelerinden kaynaklanan olaylar hakkında ve aile bireyleri arasında ailevi ilişkilerden kaynaklanan mali uyuşmazlıklara ilişkin vakılarda tanıklıktan çekinme yasağı uygulanmamaktadır. Boşanma davaları bu hüküm kapsamında kalmadığından HMK m.248'de sayılan kişiler, tanıklıktan çekinme haklarını kullanabileceklerdir²⁶⁴. Tanık deliline dayanan

²⁶⁰ Çırak, s.52.

²⁶¹ Tanrıver, s. 869; Kuru Aydın, s.305; ERTANHAN, Mesut, **Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık**, Ankara, 2005, sy.48, Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 470

²⁶² Kuru/Aydın, s. 305

²⁶³ Gençcan, Usul, s.539

²⁶⁴ Aynı yönde karar için bkz. Y. 2. HD'nin 16.11.2014 T., 2013/20217 E., 204/1788 K. numaralı kararında özetle: “..Davalı karşı davacı koca bu tanıkların dinlenilmesinden açıkça vazgeçmemiştir. Yasal olarak

taraf, HMK m.140/5 gereğince verilen süre içerisinde dinletmek istediği tanıkların adını, soyadını, tebliğe elverişli adreslerini, hangi vakıya dair dinletmek istediğini somutlaştırma yükümlülüğü gereği mahkemeye sunması gerekmektedir. Eğer tanığın tanıklık yapacağı vakıalar somutlaştırılmaz ise dava konusu tüm vakıalar için tanıklık yapacağı kabul edilmektedir. Taraflar bu listede belirttiği kişiler dışında başka kimseleri tanık olarak gösteremeyecektir. Bu husus ikinci tanık listesi verme yasağının bir sonucudur. Fakat doktrinde bir görüşe göre²⁶⁵, TMK m. 184 hükmünden boşanma davalarında delillerin hâkimi bağlamadığı, hâkimin vicdani kanaatinin ön planda tutulduğu, hâkimi ikna etmek için birden çok tanık listesi verilebileceği savunulmaktadır. Yargıtay 2. HD. 16.11.2016 tarihinde verilen Yarg. HGK ‘nin 2014-2-1226/1057 sayılı kararından önceki tarihe kadar HMK m.140/5 ‘te öngörülen iki haftalık kesin sürenin tanık delilinde uygulanmayacağını kabul etmekteydi²⁶⁶. Dolayısıyla da taraflar tahkikat aşamasında dahi tanık listesi sunabilmekteydi. Fakat 16.11.2016 tarihinde verilen Hukuk Genel Kurulu kararı sonrasında HMK m.140/5 gereğince öngörülen iki haftalık sürenin tanıklara da uygulanacağı dolayısıyla da bu süreden sonra artık tanık listesi sunamayacağı yönünde içtihat değiştirmiştir²⁶⁷. Kanaatimizce de, mevcut düzenlemeler çerçevesinde boşanma davalarında ikinci tanık listesinin verilmesi mümkün değildir. Çünkü TMK m. 184 incelendiğinde bazı hususlar dışında usule ilişkin sorunlar için Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na atıf yapılmıştır. Bu konuda TMK m. 184’te herhangi bir düzenleme bulunmayıp, HMK m. 240’ta açıkça ikinci tanık listesi verilemeyeceği belirtilmiştir²⁶⁸. Ayrıca boşanma davalarında ispat hukuku bakımından kendiliğinden araştırma ilkesi oldukça sınırlı olup, taraflarca getirilme ilkesi nispeten daha kapsamlıdır²⁶⁹. Bu sebeple de boşanma davalarında ikinci tanık listesinin verilebileceği görüşüne²⁷⁰ katılmıyoruz.

Uygulamada sık karşılaşılan sorunlardan bir diğeri de hakimin tanık listesinde gösterilen tüm tanıkları dinleyip dinlemeyeceği konusudur. Kanunen tanık listesinde

tanıklıktan çekinme hakkı olanlar (HMK md.247 vd.) ve bu haklarını kullanarak tanıklık yapmak istemeyenler dışında tanıklık yapmak zorunludur. Davalı- davacı tarafından dinlenilmesini talep edilen tanıkların tanıklıktan çekinme sebebi bulunmamaktadır. Bu bakımdan mahkemenin adı geçen tanıkları dinlemeden, eksik inceleme ile hüküm kurması doğru görülmemiştir.” <http://www.uyap.gov.tr>.

²⁶⁵ **Akkaya**, s.467

²⁶⁶ Y. 2.HD. 15.01.2015 T., 2014-16139/498 www.uyap.gov.tr.

²⁶⁷ Bu yönde bir karar için bkz.:Y. 2. HD ‘nin 17.05.2018 T.,2016/18192 E., 2018/6361 K. Sayılı kararının özeti: “.. davalı-karşı davacı erkeğin tahkikat aşamasında bildirdiği ikinci tanık listesi kapsamında kalan tanıklar İ. T. ve A.’nin beyanlarının hükme esas alınamayacağının anlaşılmış bulunmasına göre, yerinde bulunmayan temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün onanmasına”, www.uyap.gov.tr.

²⁶⁸ **Gençcan**, Boşanma, s. 677.

²⁶⁹ **Tutumlu**, s. 64 vd

²⁷⁰ Boşanma davalarında birden fazla kez tanık listesi verilebileceği görüşüne dair ayrıntılı açıklamalar için bkz, **Akkaya**, s.467.

gösterilen tanıklarla ilgili herhangi bir kısıtlama bulunmamaktadır. Tarafların delil listesinde gösterdiği tanıkların her biri hakim tarafından tam bir kanaat oluşturana kadar dinlenilmesi gerekmektedir²⁷¹. Taraflar tanıkların dinlenilmesinden açıkça vazgeçmemiş ise veya hakim kesin bir kanıya ulaşmamışsa tanıkların dinlenilmesi zorunludur²⁷². Aksi halde bu husus istinaf sebebi olabilecektir.

2.4.2.2. Boşanma Davalarında Bilirkişiye Başvurulması

2.4.2.2.1. Genel Olarak

Yargılama konusu uyuşmazlığın çözümü hukuk dışında özel ve teknik bilgiyi gerektirdiğinde, taraflardan birinin talebi üzerine veya mahkemece kendiliğinden görüşlerini aktarması istenen kişiye bilirkişi denilmektedir.

Takdiri delillerden biri olan bilirkişilik ile ilgili düzenlemeler, 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu'nda (BK)²⁷³ ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 266'ncı ilâ 287'inci maddeleri arasında düzenlenmiştir. Buna göre, hâkimler yalnızca çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda bilirkişiye başvurabilirler; mesleklerinin gerektirdiği genel ve hukuki konularda bilirkişiye başvuramazlar (HMK m. 266). Buna göre kural olarak bir davanın temelini oluşturan çekişmeli vakıalar hakkında bilirkişiye başvurulabilir. Kanunkoyucu hukuki konular hakkında bilirkişiye gidilmesini yasaklamıştır. Ancak bu yabancı hukuk kurallarının tespiti ile örf ve adet hukukunun tespiti konusunda bu kurala istisna tanınmıştır²⁷⁴.

Bilirkişi, görüşüne başvurulmuş konu hakkında özel ve teknik bilgisine dayanarak ulaşmış olduğu sonuçları mahkemeye bildirir²⁷⁵. Boşanma davalarında bilirkişilik konusunda TMK m.184 hükmü gereği Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanmaktadır. Bütün hukuk davalarında olduğu gibi boşanma davalarında da bilirkişiye başvurmaya gerek olup olmadığı konusunda takdir, kural olarak mahkemeye aittir. Ancak kanunkoyucu bazı durumlarda bilirkişiye başvurmayı zorunlu kılmıştır²⁷⁶. Örneğin, eşlerden birisi diğer eşin akıl hastası olduğu ve bu yüzden ortak hayatın kendisi için çekilmez hale geldiği iddiasına dayanarak boşanma davası açarsa, mahkemece boşanmaya hükmedilebilmesi için, akıl hastalığının mevcut olduğu ve geçmesine imkân bulunmadığının **resmî sağlık**

²⁷¹ Y. HGK 16.11.2016 T, 2014/2-1239 E., 2016/1058 K. www.uyap.gov.tr.

²⁷² YILMAZ, Ejder; **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, C. I, Değiştirilmiş 4. bs., Ankara 2021. S.2677-2683

²⁷³ 03.11.2016 T ve 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu (RG. 24.11.2016/29898).

²⁷⁴ Y. 15. H.D'nin 14.03.2017 T 466/1360 sayılı kararı (YKD 1997, sayı 12, s.1879-1880).

²⁷⁵ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s 485; Kuru /Aydın, s. 314.

²⁷⁶ Tanrıver, Bilirkişilik, s. 42-43; Kuru /Aydın, s. 315; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 479-481

kurulu raporuyla tespit edilmesi şarttır (TMK m. 165)²⁷⁷. Burada kanun koyucu resmi sağlık kurulu raporu dışında başka bir sağlık raporuna veya bilirkişi görüşüne dayanılmasına izin vermemiştir²⁷⁸. Buna göre TMK m. 165 hükmündeki düzenlemeyle, hakim bilirkişi seçme ve raporu takdir etme yetkisi kaldırılmıştır²⁷⁹.

Akıl hastalığı sebebiyle açılan boşanma davası dışındaki boşanma sebeplerinde mahkeme hukuk dışında, özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda bilirkişiye veya sağlık kuruluna başvurulabilir. Örneğin, mahkeme taraflardan birinin hormon bozukluğu olup olmadığı²⁸⁰, cinsel ilişkiyi güçleştiren rahatsızlığının tespiti²⁸¹, çağrılan evin eşyalı ve mefruş olup olmadığının tespiti²⁸² konularında bilirkişiye başvurulabilir.

2.4.2.3. Aile Mahkemesindeki Uzmanların Hukuki Durumu

4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun m.5 hükmü ile, aile mahkemesi kurulan adliyelere bir psikolog, bir sosyal çalışmacı ve bir pedagog atanacağı hükmü getirilmiştir. Uzmanlar, davanın esasına girilmeden önce veya davanın görülmesi sırasında, mahkeme tarafından istenen konular hakkında, taraflar arasındaki uyuşmazlık nedenlerine ilişkin araştırma ve inceleme yaparak sonucunu bildirmek; yine mahkemenin gerekli gördüğü hâllerde duruşmada hazır bulunmak, istenilen konularla ilgili çalışmalar yapmak, görüş bildirmek ve son olarak mahkemece verilecek diğer görevleri yapmakla görevlidirler. Mahkemeye atanacak uzmanların evli ve çocuk sahibi, otuz yaşını doldurmuş ve aile sorunları alanında lisansüstü eğitim yapmış olmaları öncelikli tercih sebebidir (AMKGYUHK m. 5/f. 1). Aile mahkemesinde bu görevlilerin bulunmaması, iş durumlarının uygun olmaması veya görevin bunlar tarafından yapılmasında hukuki veya fiili herhangi bir engelin bulunması ya da başka bir uzmanlık dalına ihtiyaç duyulması hallerinde,

²⁷⁷ konu ile ilgili Y. 2. HD.'nin 18.01.2016 T, E. 2015/26518, K. 2016/782 "Mahkemece, taraflar arasında daha önce ... Asliye Hukuk Mahkemesinin 2004/900 esas sayılı dosyası ile açılan şiddetli geçimsizliğe ilişkin davanın yargılaması sırasında aldırılan 17.02.2010 tarihli ve davalıya "psikoz" teşhisi konulan rapora itibar edilerek dava reddedilmiştir. Davalıda mevcut olduğu belirlenen hastalığının ortak hayatı diğer eş için çekilmez hale getirip getirmediği ve hastalığının geçmesine olanak bulunup bulunmadığı resmi sağlık kurulu raporu ile tespit edilmeden, yetersiz bilirkişi raporu ile yetinilerek davanın reddine karar verilmesi doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir" şeklindedir (Lexpera, E. T.: 14.08.2017). Ayrıca bkz. Y. 2. HD. 03.06.2013 tarih, E. 10820, K. 15276; Y. 2. HD. 14.02.2013 T, E. 1182, K. 3481 (Lexpera, E. T.: 14.08.2017)

²⁷⁸ **Tutumlu C.I.**, s.687, Ulukapı Ömer, **Bilirkişi Raporu ve Bilirkişi Raporunun Delil Olarak Değeri**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2001, c.9 S.3-4 (Ulukapı, Delil).

²⁷⁹ **Tutumlu**, s.688.

²⁸⁰ Y 2. H. D. 04/11/1992 T. 10266/10751. www.uyap.gov.tr

²⁸¹ Y 2. H. D. 07/02/2018 T, E.2016/9614, K.2018/1547. www.uyap.gov.tr

²⁸² Terk nedenine dayalı açılan boşanma davasında davalı kadının kayınpederi ve kayıvalidesi ile beraber yaşadığı evden kovulduğu, davacı kocanın eşini yeni bir eve davet ettiği ancak, davet edilen evin eşyalı ve mefruş olmadığı bu nedenle ihtar isteğinin samimi olmadığına dair bkz Y.2.H.D. T. 08.04.2010 , E.2009/4862, K.2010/6S947 www.uyap.gov.tr

diğer kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanlar veya serbest meslek icra edenlerden faydalanılabilir.

Aile mahkemelerindeki uzmanların hukuki niteliği konusunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Doktrinde bazı yazarlar²⁸³ uzmanların Hukuk Muhakemeleri Kanunu anlamında bilirkişi konumunda olduğunu ifade etmekte ise de bu görüşe katılmak mümkün değildir. Uzmanlar çalışma şekli, hazırladıkları raporların konusu, yemin etmemeleri nedeniyle bilirkişilerden farklı konumdadırlar. Şöyle ki, bilirkişiler uyuşmazlığın çözümü açısından önem taşıyan özel ve teknik konularda görüşlerini mahkemeye sunarken, uzmanlar maddi vakıaların ortaya çıkmasının sebeplerini araştırır ve analiz ederler²⁸⁴.

Aile mahkemesindeki uzmanlar sadece görevli oldukları aile mahkemesindeki işleri yapmak üzere atanmış devlet memurlarıdır ve maaş alırlar. Resmi bilirkişiler haricindeki bilirkişiler ise, genellikle kendi işlerinin yanında bilirkişilik yapan serbest meslek mensuplarıdır ve hazırladıkları rapor için mahkemeden ayrıca yargılama gideri kapsamında bir ücret alırlar²⁸⁵.

Mahkeme bir dosyada bilirkişi görevlendirdiğinde bu bilirkişi, bilirkişi listesinden atananlardan ise yemin ettiğini hatırlatmak, liste dışından atanmışsa yemin ettirmek zorundadır (HMK m. 271). Fakat aile mahkemesinde görevli uzmanlarda görevlerini yapmadan önce yemin ettirme durumu söz konusu değildir. Yine uzmanlara yargılamanın her aşamasında başvurulabilirken bilirkişilere tahkikat aşamasında başvurulur. Uzman raporları uyuşmazlığın sebeplerine ilişkin olduğundan takdiri delil değil, hakime yardımcı bir görüştür²⁸⁶.

2.4.2.4. Keşif

Keşif, hâkimin uyuşmazlık konusu hakkında bizzat beş duyu organıyla inceleme yaparak bilgi edinme faaliyetidir²⁸⁷. Keşif kararı, mahkeme tarafından sözlü yargılama aşamasına geçilmeden, yani tahkikat aşamasında, taraflardan birinin talebi üzerine veya re'sen alınır (HMK m. 288/f. 2).

Türk Medeni Kanunu m. 184 atfı gereği boşanma davalarında da Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanacaktır. Böylece boşanma davasında taraflardan birinin talebi üzerine veya re'sen keşif kararı alınabilmekte, keşif yapılırken

²⁸³ Aras, s.169.

²⁸⁴ Tanrıver, Aile Mahkemeleri, s. 31-32; Tanrıver, Medeni Usul, s. 882-883.s

²⁸⁵ Tanrıver, Aile Mahkemeleri, s. 33-34; Tanrıver, Medeni Usul, s. 883-884.

²⁸⁶ Tanrıver, Aile Mahkemeleri, s. 33-34; Tanrıver, Medeni Usul, s. 883-884.

²⁸⁷ Kuru /Aydın, s. 328; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 491; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 411,

bilirkişi veya tanık dinlenebilmektedir. Terk sebebine dayalı boşanma davalarında ortak konutun yaşanılabilir olup olmadığı veya bağımsız olup olmadığı konusunda keşif yapılmasına imkân tanıyan Yargıtay kararı bulunmaktadır²⁸⁸.

Zina sebebine dayanan boşanma davalarında da davacının, eşi ile bir başka kadının sürekli belli bir konuta gittiğini söylemesi üzerine davalı eş bu konutta yıllardır başka insanların oturduğu gerekçesi ile bu yere keşif yapılmasını talep edebilir²⁸⁹. Yine davalının zina ettiğini gösteren fotoğrafın veya video kaydının üzerinde oynandığı iddiası üzerine delile konu yere gidilip keşif yapılmak suretiyle bunun belirlenebilmesi talep edebilir.

2.4.2.5. Ses ve Görüntü Kaydı ile Fotoğraf

Ses, görüntü kaydı ve fotoğraf HMK m.199'da belge olarak sayılan takdiri delillerdendir. Dava dosyasına sunulan fotoğraflar, ses ve görüntü kayıtları montaj içermemeli ve taraflardan doğruluğu konusunda beyan alınmalıdır²⁹⁰. Delilerin gerçeği yansıtmayı yansıtmadığı hususunda çekişme oluşursa hakim bu hususu aydınlatmalı, gerekirse tanık dinlemeli veya bilirkişi incelemesi yaptırmalıdır²⁹¹. Delilin çekişmesiz hale gelmesi durumunda örneğin davacı eşinin alkollü ortamlarda bulunarak güven sarsıcı davranışlarının olduğunu²⁹², evlilik birliği devam ederken bir başkası ile nişan ve düğün yaparak onur kırıcı davranışta bulunduğunu²⁹³, sigortalı olarak düzenli işte çalıştığını bu nedenle boşanmakla yoksulluğa düşmeyeceği²⁹⁴ gibi hususlarını ispatlayabilir.

²⁸⁸ Y. 2. HD. 28.02.2002 T. E. 1575, K. 2460; Y.2. HD. 05.02.2014 tarih, E. 2013/19577, K. 2014/1926, www.uyap.gov.tr.

²⁸⁹ Çırak, s.67.

²⁹⁰ Çırak, s.54.

²⁹¹ Aynı yönde karar için bkz Y 2. H. D. 03/02/2020 T. 2019/7060 E. 2020/617 K ilamında özetle “davacı koca delil listesinde ayrıca 5 adet CD deliline dayanmış, CD’leri dosyaya ibraz etmiştir. Bu delile yönelik vazgeçme beyanı da bulunmamaktadır. Mahkemece sunulan CD’ler üzerinde bilirkişi incelemesi yapılmak suretiyle, içeriği hakkında beyan alınıp, deliller hep birlikte değerlendirilerek sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır”. www.uyap.gov.tr

²⁹² Y 2. H. D. 15/09/2020 T. 2019/8159 E. 2020/3757 K sayılı ilamında; “Taraflar arasında görülen karşılıklı boşanma davasının yapılan yargılaması sonunda ilk derece mahkemesince her iki davanın da kabulüne ve ferilere ilişkin hüküm kurulmuş, tarafların kusur belirlemesine yönelik talebi uyarınca davacı-davalı kadına, sadakate aykırı güven sarsıcı davranışta bulunduğu, alkol kullandığı, alkollü ortamlarda fotoğraf paylaştığı, birlik görevini ihmal ettiğine..” karar vermiştir. www.uyap.gov.tr

²⁹³ Y 2. H. D. 13/12/2018 T. 2018/5581 E. 2018/14485 K sayılı ilamında; “Davalı-davacı erkek tarafından açılan Türk Medeni Kanunu’nun 162. maddesinde düzenlenen onur kırıcı davranış hukuki sebebine dayalı boşanma davasının reddine karar verilmiş ise de, yapılan yargılama ve toplanan delillerle davalı-davacı kadının gelinlik giyip, fotoğraf çektiği, düğün yaptığı, buna ilişkin fotoğrafların gerek kadın gerekse akrabaları tarafından sosyal ortamda paylaşıldığı anlaşılmaktadır. Davacı-davalı kadının bu eylemleri onur kırıcı davranış oluşturur. Bu sebeple Türk Medeni Kanunu’nun 162. maddesindeki boşanma sebebi oluşmuştur. O halde davalı-davacı erkeğin Türk Medeni Kanunu’nun 162. maddesi gereğince açmış olduğu boşanma davasının kabulü gerekirken, reddi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir”. www.uyap.gov.tr.

²⁹⁴ Y 2. H. D. 12/06/2019 T. 2019/1587 E. 2019/7105 K sayılı ilamında; “Davalı kadının ekonomik ve sosyal durumunun araştırılmasında, çalışmadığı tespit edilmiş ise de davacı erkek, 27.11.2018 tarihli beyan dilekçesinde kadının sigortalı olarak çalıştığını, düzenli gelirinin olduğunu beyan etmiş olup bu iddiasına ilişkin olarak

Teknolojide yaşanan gelişmelerle beraber insanlar kolay bir şekilde başkasının sesini veya görüntüsünü rızası olmadan kaydedebilmekte, fotoğraflarını çekebilmektedir. Teknolojinin sağlamış olduğu bu kolaylıkla, kişiler başkalarının özel hayatının gizliliğini ihlal ederek gizlice ses veya görüntü kaydı yapabilir ve daha sonra bunları delil olarak kullanmak isteyebilirler²⁹⁵. Boşanma davalarında da bu durumla sıklıkla karşılaşılır. Ancak burada delilin hukuka aykırı yollardan elde edilmemiş olmasına dikkat edilmelidir. Aksi halde bu deliller HMK m. 182/2 hükmüne göre hiçbir vakıanın ispatında dikkate alınamaz. Örneğin, Alman Federal Mahkemesi, evli çiftin evini hukuka aykırı yollardan gözetleyen muhbirin dinlenilmesini,²⁹⁶ yine tarafların haberi olmaksızın dinleyen üçüncü kişinin ifadesini hukuka aykırı delil kabul edip geçersiz saymıştır²⁹⁷.

Yargıtay eski tarihli bir kararında²⁹⁸ teyp bandına kaydedilmiş sözlerin tek başına delil niteliğini taşımadığını açıkladıktan sonra, içkili bir yemek esnasında aleyhine delil olarak kullanılmak istenen kişinin samimi konuşmalarının haberi olmadan banda kaydedilmesini hukuka aykırı yollardan elde edilmiş delil saymamış ve bu şekilde elde edilen delilin mahkemece değerlendirilmemesi nedeniyle verilen kararı bozmuştur.

2.4.2.6. Telefon Kayıtları

Boşanma davalarında eşler dilekçelerinde delil olarak dayanmak kaydıyla birbirlerinin telefon görüşmesi kayıtlarını mahkemece getirilmesini sağlayabileceklerdir²⁹⁹. Mahkemece operatörlere yazılan müzekkere cevaplarında sadece tarafların kiminle, hangi gün ve saatte, ne kadar süre ile görüştüğüne dair bilgi edinilebilecek olup konuşmanın veya mesaj içeriğinin tespiti mümkün olmamaktadır³⁰⁰.

dilekçesinin ekinde fotoğraf ve bir kısım belgeler ibraz etmiştir. Bu nedenle, davalı kadının yeniden usulünce ekonomik ve sosyal durumunun araştırılarak, sigortalı olarak çalışıp çalışmadığı, sürekli ve düzenli gelirin bulunup bulunmadığı, geliri var ise kendisini yoksulluktan kurtaracak nitelikte olup olmadığı, boşanma yüzünden yoksulluğa düşüp düşmeyeceği, işten ayrılmış ise kendi isteğiyle mi yoksa zorunlu olarak mı ayrıldığı hususları araştırılarak sonucu uyarınca bir karar verilmek üzere hükmün yoksulluk nafakası yönünden bozulması gerekmiştir”. www.uyap.gov.tr.

²⁹⁵Pekcanitez, Hakan: “**Medenî Usûl Hukukunda Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi**”, Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. 1, Ankara 2009, s. 789-790 .(hukuka aykırı delil)

²⁹⁶ Pekcanitez s.844

²⁹⁷ Pekcanitez s.844

²⁹⁸ Y. 15. H.D 30.06.1975, 2494/3306 (YKD 1976/7, s.1022-1023).

²⁹⁹ Çırak, s.52.

³⁰⁰ GİRĞİN Yasin, “**Boşanmada Telefon Kayıtları İstenebilir Mi?**”,www.yasingirgin.av.tr/boşanmadagecmise-donuk-telefon-kayitlari-istenebilir-mi? (E.T 15.03.2022).

Telefon görüşme kayıtlarında sıklıkla karşı cinsten birisi ile konuşuyor olmak tek başına “cinsel ilişkinin” varlığını kesin veya güçlü karineyle kanıtlamaya yetmemekte ancak “güven sarsıcı davranış” olarak kabul edilmektedir³⁰¹.

2.5. Boşanma Davasında Kullanılması Caiz Olmayan Deliller

2.5.1. Yemin

Yemin, davacı ya da davalı tarafın kendisinden kaynaklı ya da tarafın bildiği dava konusu olan çekişmeli vakıanın doğru olup olmadığı noktasında kutsal değerler üzerine beyanda bulunulmasıdır³⁰². Yemin kesin delillerden olup, HMK m.225 ile m.239 arasında düzenlenmiştir. Yeminin konusu, davanın çözümünde önemli olan ve davalı ya da davacının kendisinden kaynaklanan veya tarafların bildiği çekişmeli vakıalar oluşturmaktadır. Yeminin kesin delil olmasının sonucu da taraflardan birinin yemin ettiği vakıa başka bir delile gerek olmaksızın kesin olarak ispatlanmış sayılacaktır³⁰³.

Türk Medenî Kanunu m.184 hükmünde boşanma davalarında uygulanacak yargılama usulü düzenlenmiş olup, bu maddede belirtilen istisnalar haricinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun uygulanacağı belirtilmiştir. Düzenlenen istisnai hükümler arasında yemin delili de sayılmıştır. Boşanma davalarında yemin teklif edilmemesinin sebebi doktrinde birden fazla hususa dayandırılmıştır. Bu sebeplerden birisi, yemin delili kesin delil olup, ispat faaliyetini sona erdirdiğinden hakimin takdir yetkisini kısıtlamaktadır. Hakimin takdir yetkisini kısıtlayan, vicdani kanaatinin oluşmasını engelleyen bir düzenleme boşanma davalarının önemiyle çelişen bir durumdur³⁰⁴. Kanun koyucu, boşanma davalarında hakimin takdir yetkisinin kısıtlanması ve yalan yere yemine yönlendirme ihtimalini ortadan kaldırmayı amaçlamıştır³⁰⁵. Doktrinde boşanma davalarında karşı tarafa yemin teklif edilmemesinin diğer bir sebebi ise, HMK m.229 hükmü gereğince yeminden kaçınmanın sonucunun ikrar olması ve ikrarın caiz olmadığı durumlarda yeminin bir delil olarak kabul edilmesinin mümkün olmamasıdır³⁰⁶.

³⁰¹ Y. 2. HD. 20.06.2017 T., 2016/1282 E., 2017/7819 K. Sayılı kararında özetle: “ .. Davalı kadının bir başka erkekle cinsel ilişkiye girdiği kesin veya güçlü karine ile ispatlanmış değildir. Davalı kadının bir başka erkekle telefonla konuştuğu anlaşılmakla beraber, evlilik sırasında, bir başka erkekle cinsel birleşmenin gerçekleştiği dosya kapsamından ve tanık beyanlarından anlaşılmamaktadır. Bu nedenle davalı kadının bu davranışları zina değil, güven sarsıcı davranış niteliğinde olup; TMK’nın 166/1-2. Maddesi gereğince boşanmayı gerektiren kusurlu davranıştır. Bu durumda zina sebebiyle açılmış boşanma davasının reddi gerekirken, yazılı gerekçe ile kabulü doğru bulunmamıştır. Aynı yönde benzer karar için bkz Y. 2. HD. 06.06.2016 T., 2015/19056 E., 2016/11165 K. www.uyap.gov.tr.

³⁰² Kuru /Aydın, s.297; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/ Hanağası s.460; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 386

³⁰³ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz,/Hanağası, s.460.

³⁰⁴ Öztan, s. 734.

³⁰⁵ Aras, s. 108

³⁰⁶ Aras, s. 108

2.5.2. İkrar

İkrar, dar ve geniş anlamda olmak üzere iki şekilde tanımlanabilir. Geniş anlamda ikrar, taraflardan birinin kendi lehine olmayan maddi vakıanın doğru olduğunu kabul etmesidir. Geniş anlamda ikrar mahkeme dışında yapılan ikrarı da kapsamaktadır³⁰⁷. Dar anlamda ikrar ise, davacı ya da davalıdan birinin, karşı tarafın kendi aleyhinde ileri sürmüş olduğu vakıaların kanunda belirtilen yönteme göre doğru olduğunu mahkemeye bildirmesidir³⁰⁸. İkrarın hukuki niteliğini açıklayan hukuki görüşleri iki grupta toplamak mümkündür. Yargıtay³⁰⁹ ve doktrinde bir görüş³¹⁰ ikrarın kesin delil olduğunu ifade etmektedir. Bu görüş Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 188/f. 1'deki "Tarafların veya vekillerinin mahkeme önünde ikrar ettikleri vakıalar, çekişmeli olmaktan çıkar ve ispatı gerekmez" şeklinde düzenlenmeyi temel almaktadır. Bizim de katıldığımız diğer görüş ise, ikrarın delil olmadığını, ispat ihtiyacını ortadan kaldıran tek taraflı usuli işlem olduğunu kabul etmektedir³¹¹. Dolayısıyla vakıanın çekişmeli olmaktan çıktığı ve ispatın gerekmediği bir durumda delilden de bahsedilemez. İkrarın, kendisine konu olan vakıayı çekişmeli olmaktan çıkarması yalnızca dar anlamdaki ikrar için geçerlidir. Mahkeme dışındaki ikrarın hükme esas alınabilmesi için, ikrarı destekleyen başka delillerin olması gerekmektedir³¹². Ayrıca, boşanma davaları gibi tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği davalar da ikrarın hâkimi bağlamaması da delil olmadığını gösteren başka bir husustur³¹³.

Boşanmada yargılama usulü başlıklı TMK m. 184 hükmüne göre, tarafların ikrarları hâkimi bağlamaz. Örnek vermek gerekirse, zina sebebiyle açılan boşanma davasında, davalı eşin zina fiilini işlediğini ikrar etmesi halinde hakim yalnızca ikrara dayanarak zinanın gerçekleşmiş olduğuna kanaat getiremeyecektir³¹⁴. Ancak vakıanın ikrar edilmesi tek başına uyuşmazlığı çekişmesiz hale getirmese de, başkaca delillerle desteklenmesi halinde hakim vicdani kanaatinin oluşmasını sağlayabilir³¹⁵. Boşanma davalarında kural olarak ikrarın hâkimi bağlamamasındaki amaç, eşlerin gerçekte örtüşmeyen ikrarlarının ve önceden anlaşmak suretiyle boşanmalarının önüne geçilmesidir³¹⁶.

³⁰⁷ Tanrıver Süha, " Türk Medeni Yargılama Hukukunda İkrarın Bölünüp Bölünemeyeceği Sorunu", TBB Dergisi, 1993/2 s. 213. (Tanrıver, ikrar)

³⁰⁸ Kuru /Yılmaz, s. 257; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.420.

³⁰⁹ Y. 12. HD.,12.07.2011 T., 2011/205 E., 2011/15733 K. ; Y. 15.HD. 08.05.2017 T., 2017/262 E., 2017/1940 K. Sayılı kararları www.uyap.gov.tr.

³¹⁰ Kuru/Yılmaz s. 256; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/ Hanağası s.422.

³¹¹ ;Pekcanıztez/Atalay/Özekes, s.322; Akkaya, s.445; Tanrıver, ikrar s.212-243.

³¹² Tanrıver ikrar, s.219.

³¹³ Pekcanıztez/Atalay/Özekes, s.323.

³¹⁴ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 130.

³¹⁵ Akkaya, s.445.

³¹⁶ Topak, s.256.

Anlaşmalı boşanma davalarında ikrarın hakimi bağlamayacağı kuralı uygulanmamaktadır. Türk Medeni Kanunu m.166/f. 3'e göre, anlaşmalı boşanma davalarında hâkim tarafların ikrarlarıyla bağlıdır. Bu düzenlemedeki “Bu halde tarafların ikrarlarının hakimi bağlamayacağı hükmü uygulanmaz” biçimindeki cümlenin Anayasa aykırılı olduğu iddia edilmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi 15.05.2008 tarih, E. 2005/26 ve K. 2008/105 no'lu kararında, düzenlemenin Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir. Dolayısıyla anlaşmalı boşanma davalarında ikrar edilen hususlarla ilgili çekişme ortadan kalktığından herhangi bir ispat gerek olmadan, hakimin anlaşmayı uygun bulması halinde boşanma kararı verilmektedir.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BOŞANMA DAVALARINDA HUKUKA AYKIRI DELİLLER

3.1. Genel Olarak

Yirminciyüzyıl sonlarından itibaren kişilerin özel hayatı temel haklar çerçevesinde katı bir korumaya alınmış, bu haklara yapılacak müdahaleler evrensel ilkeler çerçevesinde sınırlı bir şekilde belirlenmiştir. Konumuz kapsamında özellikle ispat hakkının kullanılması ve korunması için kişilerin özel hayatı, konut dokunulmazlığı, haberleşme özgürlüğü gibi temel haklara müdahale edilip edilemeyeceği, müdahale edilebilecek ise bunun ölçüsü değerlendirilmelidir. Özel hayatın korunması kapsamında kişilerin evlenmesi kadar boşanması da temel bir haktır³¹⁷.

Boşanma da tıpkı evlenme gibi özel hayatın korunması kapsamında temel bir hak olarak kabul edilmektedir³¹⁸. Hukukumuzda kişinin boşanma temel hak ve özgürlüğünü kullanabilmesi için TMK m.161 ile 166'da sayılan boşanma sebeplerinden birini ispatlaması gerekmektedir. Boşanma davalarında delil serbestisi ilkesi geçerli olduğundan taraflar iddialarını her türlü delille ispat edebilmektedirler. Teknolojinin sürekli gelişmesiyle birlikte davalarda da çeşitli deliller ortaya çıkmıştır. Boşanma davalarında da delil serbestisi ilkesinin geçerli olduğundan, kanunda yazılmayan birçok şeyin delil olarak kullanılması mümkün hale gelmiştir. Ancak hiç şüphe yok ki boşanma hakkı gibi temel bir hakkı korumak için bile olsa, ispat hakkı birtakım temel ölçütler, evrensel ilkeler ve kurallarla sınırlandırılmıştır. Bu sınırların başlıca olanı, ispat hakkının kullanılabilmesi için başka kişilerin özel hayatlarına, konut dokunulmazlıklarına, haberleşme özgürlüklerine hukuka aykırı yollarla ve ölçülülük ilkesinin gerekliliklerini aşar şekilde müdahalelerde bulunulmamasıdır.

Teknolojik gelişmeler delil çeşitliliğini artırırken hukuka aykırı elde edilen delillerin kullanımını da artırmıştır. Toplumun çoğunluğunun akıllı cep telefonu kullanması sayesinde, taraflar birbirinin ses ve görüntülerini çekebilmekte, sosyal medya hesaplarına müdahale edebilmekte, casus programlar sayesinde taraflar birbirlerinin nereye gittiğini, kiminle neler

³¹⁷ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin esas aldığı Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi'nin 16. maddesi, evlenme temel hakkının yanı sıra boşanmayı da madde düzenlemesine dâhil etmiştir. Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi'ne göre, "Evlilik yaşındaki erkekler ve kadınlar, ırk, uyrukluk ya da din bakımından herhangi bir sınırlama olmaksızın, evlenme ve bir aile kurma hakkına sahiptir. Evlilik yaşındaki erkekler ve kadınlar, evlenmede, evlilik sürecinde ve evliliğin sona ermesinde eşit haklara sahiptirler." (EİHB m. 16, 1) Boşanmanın temel haklarda olduğu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz Arslan Öncü, Gülay.; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, Beta Yayınları 2011. s.277.

³¹⁸ Çiftçi, s. 1799.

konuştuğunu tespit edebilmektedir³¹⁹. Bu durumlar özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesine neden olmaktadır³²⁰. Bütün bunların yanı sıra teknolojinin gelişmesiyle fotomontaj yapılarak, ses kaydı oluşturularak ve bunlara benzer şekilde sahte deliller de üretilebilmektedir. Bu durumda hakim resen ya da taraflarının itirazı üzerine alanında uzman bilirkişilerden yardım almak suretiyle, delilin sonradan oluşturulup oluşturulmadığını dolayısı ile de hukuka aykırı olup olmadığını tespit etmektedirler. Delilin sahte olduğunun tespit edilmesi halinde bu delil hükme esas alınmayacak ve kişilerin hukuka aykırı delil üretme, oluşturma fiilleri ayrıca TCK anlamında suç teşkil edebilecektir. Bunun sonucunda boşanma davası açmak isteyen eş haklılığını ispat edebilmek adına delil üretme yolunda girdiği bu uğraş sonucunda ceza yargılamasında sanık olarak mahkeme karşısına çıkma tehlikesiyle baş başa kalabilecektir³²¹.

Türk Medeni Kanunu m.184'te boşanma ve ayrılık davalarında yapılan yargılama usulüne ilişkin bir takım kurallar düzenlenmiştir. Bu hükümlere göre de hakim taraflara yemin teklif edemez, tarafların ikrarları ile bağlı değildir, delilleri serbestçe değerlendirir. Dolayısıyla diğer hukuk davalarına nazaran boşanma davaları bakımından hakimın takdir yetkisi daha geniştir. Boşanma davalarında gerçeğe ulaşılmasındaki menfaatin yüksek olması nedeniyle, özel yargılama usulleri düzenlenmiştir. Ancak bu hükümler HMK'nın öngördüğü delil yasağı hükmünün boşanma davalarında uygulanmayacağını veya esnetilebileceği anlamına gelmemektedir. Medeni Kanunda hukuka aykırı yoldan elde edilmiş delilin vakıanın ispatında dikkate alınabileceğini düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. HMK kapsamında hakimın hukuka aykırı delil değerlendirilmesi veya hakimın sınırlı olarak resen araştırma yapabilmesi, bir kullanma serbestisi değil sadece bir takdir serbestisi sağlamaktadır. Dolayısıyla, delil yasağı hükmü bu davalarda da uygulama alanı bulacaktır³²².

Boşanma davalarının içeriği doğrudan eşlerin özel hayatını ilgilendirdiğinden, bu davalarda elde edilen ve davaya sunulan deliller de bireylerin hayatının özelinden

³¹⁹ Türkiye Büyük Millet Meclisi, hukukumuzdaki normatif koruma düzenlemelerinin (Ay m. 20, 21, 22, 36; AİHS m. 8, 6; TMK m. 23, 24; CMK m. 206/2, 217/2; HMK m. 189/3) ve hatta cezaî koruma hükümlerinin (TCK m. 116, 132-135) varlığına rağmen, Türkiye'de gizli dinlemelerin, kayda alınmaların geniş bir uygulama alanına sahip olmasından kaynaklanan rahatsızlıkların ve hukuka aykırılıkların önüne geçmek amacıyla özel olarak bir Araştırma Komisyonu kurulmasına karar vermiştir. Oluşturulan bu Komisyon'un yaptığı inceleme 2013 Haziran ayında "Haberleşme Özgürlüğüne ve Özel Hayatın Gizliliğine Yönelik İhlallerin Tespiti ve Önlenmesine İlişkin Tedbirlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu" şeklinde Meclis'e getirilmiş, sorunlar ortaya konulmuş, hukukî öneriler değerlendirilmiştir. Bu raporda casus program, dinleme ve izleme cihazlarının **boşanma davaları** gibi bazı davalarda çok önemli bir fonksiyon taşıdığı, dolayısıyla bu tip cihazların kullanımını tamamen yasaklamanın doğru olmadığına ifade edilmesinin talihsiz bir değerlendirme olduğu görüşüne dair bkz. **Çiftçi**, s.1752.

³²¹ Telefon dinleme, ortam dinleme, teknik takip yöntemlerinin cezai sorumluluğu için bkz. Şen, Ersan, **Türk Hukukunda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir**, Ankara 2017, s.208; Çırak, s.69.

³²² Çırak s.70.

oluşmaktadır. Dolayısıyla boşanma davalarında başka bir temel hakkın kullanımı bir anlamda ispat hakkına bağlıdır.

Ancak hiç şüphe yok ki boşanma hakkı gibi temel bir hakka hizmet etse dahi, ispat hakkının kullanımı sınırsız değildir. İspat hakkı ile başka bir temel hak çatıştığında, sorunun çözümünde somut uyumsuzluk çıkmadan genel, soyut bir çözüm belirlemek mümkün değildir. Çünkü hiçbir temel hakkın bir diğerine üstünlüğü bulunmamaktadır. Bu nedenle ispat hakkı kullanılırken müdahale edilen her bir hakkın anayasal sınırlandırma koşullarının ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Örneğin kişinin gizlice bilgisayarına erişilerek delil elde edilmişse, özel hayatın korunmasına ilişkin Anayasa m.20 hükmündeki sınırlama sebeplerinin mevcut olup olmadığına bakılması gerekmektedir. Bununla birlikte Anayasa'nın m.13 hükmü çerçevesinde ve özellikle ölçülülük ilkesi bakımından yapılacak bir değerlendirme, hukuka aykırı delillerin kullanımı konusunda kritik öneme sahiptir³²³.

3.1.1. Velayet Davalarının Özel Durumu

Boşanmanın talî sonuçları arasında sayılabilecek velayet hususunun özel niteliği gereği ayrıca üzerinde durulması gerekmektedir. Günümüzde özellikle gelişmiş hukuk sistemlerinde boşanma sadece bireyleri ilgilendiren bir karar olarak algılanmaktadır. Bireyler kendi iradeleri ile nasıl evlenmeye karar verebiliyorlarsa, boşanmaya da karar verebilirler. Ancak boşanmanın tali sonuçları arasında yer alan velâyetine ilişkin kararlar, tarafların iradeleri ile çözümlenebilecek bir konu değildir³²⁴.

Çocukların, aile ortamında bulunup bulunmadıklarına bakılmaksızın her hâlde bedenî, ruhî, ahlâkî bakımlardan gelişmelerinin temini, her türlü olumsuz koşullardan uzak şekilde yaşamalarının sağlanması için gerekli tedbirlerin alınması Devlet'in en önemli görevleri arasında yer alır(AY m. 41/2). Bu nedenle devletin çocukları gerekirse anne babasına karşı dahi koruması gerekmektedir.

Velayet davalarının özel durumu karşısında boşanma davasında hukuka aykırı yollardan elde edilmiş olan bir delilin, velâyet davasında delil olarak kullanılması bazı durumlarda mümkün olacağı savunulmaktadır³²⁵. Örneğin, ebeveynlerden birinin haysiyetsiz yaşadığına ilişkin bir görüntü kaydı, velâyet davasında delil olarak kullanılabilir³²⁶.

³²³ Çiftçi, s.1800.

³²⁴ ... Velayet hakkı ve çocuk ile ilgili olarak alınacak kararlar kamu düzeni ile ilgilidir. Hakim tarafların iddia ve savunmaları ile bağlı değildir. Hakimlerin çocuklar için yararlı ve iyi olanı yapmaları gerekir.” Y. 2. HD, 25.1.2000, 13346/581 (Tutumlu, C. II, s. 1353).

³²⁵ Çiftçi, s.1803.

³²⁶ Ancak bu durumda dahi delilin hukuka aykırı yollardan elde edilmiş olması, bu delilin yargılamada kullanılıp kullanılmayacağı konusunda tereddütler uyandırmaktadır. Türk hukukunda Serozan, soybağına ilişkin davalarda

Zürich Üst Mahkemesi'nin bir kararında boşanma davası kapsamında anne, babanın kızıyla kişisel ilişki kurma hakkının kaldırılmasını talep etmiştir. Yargılama devam ederken baba, kendisi ve kızı arasında geçen konuşmaları içeren ses bantlarını mahkemeye sunmuştur. Bu ses bantlarında, baba, çocuğun mahkemedeki sorgusunda söylemiş olduklarını hangi şartlar ve etki altında ifade ettiğini ona açıklattırarak gizlice kaydetmiştir. Anne ise, bu ses kayıtlarının hukuka aykırı olarak elde edildiği gerekçesiyle dikkate alınmaması gerektiği itirazında bulunmuştur. Üst Mahkeme, ses kaydının hukuka aykırı olarak elde edilmiş olmasına rağmen yargılamada dikkate alınabileceğine hükmetmiştir. Mahkeme bu noktada delilin kullanılmasında menfaat tartımı yoluna gitmiştir. Menfaat tartımında, maddi gerçeğin araştırılmasındaki kamusal menfaat ile çocuğun ses kaydıyla ihlal edilen kişilik hakkı karşılıklı olarak yer almıştır. Çocuğun kişisel ilişki kurulması bakımından ortaya çıkan menfaatlerinin korunması için gerçeğin araştırılmasındaki menfaatin çok üstün geleceği sonucuna varılmıştır³²⁷.

Kanımızca boşanma davasındaki hukukî menfaat ile velâyet davasındaki hukukî menfaat aynı değildir. Velâyet davalarında korunan hukukî menfaat, çocuğun üstün yararı göz önünde bulundurularak, bazı durumlarda, ölçülülük ilkesinin izin verdiği ölçüde hukuka aykırı delillerin ispat faaliyetinde kullanılmasına cevaz verilebileceği kanaatindeyiz.

3.2. Hukuka Aykırılık

Hukukun temel kavramlarından olan hukuka aykırılık kavramı, içerisinde birden fazla değeri barındırmaktadır. Hukuka aykırılık kavramı yalnızca maddi anlamdaki yazılı kanunları içermemekte, toplumsal değerleri, örf ve adetleri de kapsamaktadır. Bu nedenle hukuka aykırılık, kişilerin şahsını ve mal varlıklarını koruma amacı taşıyan yazılı ve sözlü emredici kuralların ihlalidir³²⁸. Hukuka aykırılık kavramı tüm hukuk kurallarını kapsamaktadır³²⁹.

Usul hukuku-maddi hukuk ayrımı çerçevesinde, medeni muhakeme hukuku alanında maddi hukuk kurallarına aykırılık ve usul kurallarına aykırılık ayrımı yapılmaktadır.

da, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin hiçbir şekilde kullanılmaması gerektiğini; örneğin DNA analizi için erkekte gizlice saç veya sıvı örneği alınmasının, kişilik haklarına ihlâl niteliği taşıyacağını ve dolayısıyla bu şekilde gizlice elde edilen delillerin soybağına ilişkin davalarda kullanılmasının mümkün olamayacağını belirtmektedir. Nitekim Yazar'ın görüşünü belirttiği tarihte hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin yargılamada kullanılmayacağına ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 189 hükmü mevcut olmamasına rağmen, bu yasak hukukun temel ilkelerinden çıkarılarak benimsenmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan, Rona.; **Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler**, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s. 759-777.

³²⁷ Bu karar için bkz. **Kılıçoğlu E.**, s. 551, dn:317

³²⁸ Hukuka aykırılık konusundaki teorilere ilişkin geniş açıklamalar için bkz. Hatemi, Hüseyin: **Hukuka ve Ahlakla Aykırılık Kavramı ve Sonuçları**, İstanbul 1976.

³²⁹ **Çırak**, s.71.

Konumuz açısından da bu ayrım ayrı bir öneme sahiptir. Delil yasaklarına ilişkin bir mesele olan hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin yargılamada kullanılabilmesi sorununda, hukuka aykırılık unsuru, “maddi hukuka aykırılığa” ilişkindir³³⁰. Çalışmamızda taraflarca maddi hukuka aykırı yoldan elde edilmiş delilin kullanılabilirliği sorunu incelenmektedir.

Medeni usul hukukunda hakimin delilleri toplaması ve değerlendirmesi sırasında gerçekleşen ihlaller nedeniyle hukuka ve/veya usule aykırılıktan bahsetmek mümkündür. Böyle bir durumda hukuka aykırılık davacı, davalı ya da üçüncü kişi tarafından değil bizzat mahkemenin usul işlemleriyle gerçekleştirilmiş olur. Bahsi geçen ihlal kural olarak maddi hukuk kurallarına aykırı sonucu ortaya çıkarmaz³³¹. Örneğin mahkemenin yeminsiz dinlenemeyecek kişileri yemin verdirmeden dinlemesi (HMK m.258), tanıkları ayrı ayrı dinlemesi gerekirken bir arada dinlemesi (HMK m. 261), tanıklıktan çekinme hakkı olan kişilere, çekinme hakkını hatırlatmaması (HMK m.247), ikinci tanık listesi verme yasağına rağmen yeni tanık dinlenmesi(HMK m.240/2) veya delilin taraflara verilen süreden sonra gösterilmesine rağmen toplanması gibi hatalı işlemler sonucu elde edilen delilin hükme esas alınıp alınmayacağı sorunu konumuz dışında kalmaktadır. Yargılamanın tarafları veya üçüncü kişilerin yargılama dışında maddi hukuka aykırı delil elde etmesi ile hukuk hakiminin delilleri toplarken veya incelerken yaptığı usul işlemleri açık bir şekilde ayrılmaktadır. Bu nedenle Türk medeni usul hukukunda³³² hukuka aykırı yoldan elde edilmiş delillerin kullanılması sorununu mahkemelerin usul işlemlerinde yaptığı hatalar hariç bırakılarak incelenmektedir³³³.

İspat faaliyetinde kullanılmak istenen delilin hukuka aykırı olup olmadığını tespit edebilmek için önce hukuka uygun olarak elde edilip edilmediğini belirlemek gerekmektedir. Delil elde edilirken kanun hükmü ihlal ediliyorsa o delilin hukuka uygunluğundan söz edilemeyecektir. Örneğin, kişi gizlice eve/işyerine girip delili almış ise, karşı tarafın haberi olmadan casus programı yükleyerek ses görüntü kaydı almış ise delil elde ediliş şekli olarak hukuka aykırı olacaktır. Buradaki hukuka aykırılık haksız fiil hukuku ve ceza hukuku kriterleri ile belirlenebilecektir³³⁴. Elde etmedeki hukuka aykırılık bazı durumlarda kişinin delili kendisi üretmesi nedeniyle de olabilir. Kişinin montaj yaparak davalının görüntüsünü, yazışmalarını delil olarak sunması bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Gerçeğe aykırı olarak oluşturulan bu delil hiçbir şekilde mahkemece dikkate alınmamalıdır³³⁵.

³³⁰ Kılıçoğlu E, s.59.

³³¹ Kılıçoğlu E. s.61-62

³³² Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 352-354; Tanrıver, s. 119 vd.; Yıldırım, s. 863 vd.; Pekcanitez, s. 789 vd. 209

³³³ Kılıçoğlu E, s.62.

³³⁴ Çırak, s.72.

³³⁵ Aynı yönde bkz. Y. HGK 15.02.2012 T., 2011/2-703 E., 2012/70 K. Sayılı kararında özetle: “..Bir delilin

Delil hukuka uygun olarak elde edilmesine rağmen bazı durumlarda hukuka aykırı sayılabilir. Örneğin, hukuka uygun olarak cumhuriyet savcısı tarafından verilen ev araması sırasında tesadüfen elde edilen deliller için bu durum söz konusu olabilmektedir.

Delil hukuka uygun olarak elde edilmiş olsa bile, elde edilen delil ile karşı tarafın temel haklarına müdahale edilip edilmediğinin hakim tarafından belirlenmesi gerekmektedir. Menfaatlerin tartılması ölçütünü savunan bu görüşe göre, kişiyi delil elde etmeye yönelten sebepler ortaya konularak, maddi gerçekliğe ulaşılması hedeflenmelidir. Bunun yanında ölçülülük ilkesi dikkate alınarak, kişinin delil elde etme eylemi daha yumuşak başka bir araçla gerçekleşip gerçekleşmeyeceği değerlendirilmelidir³³⁶.

Delilin elde edilmesi ile kişinin anayasa ile teminat altına alınmış yaşam hakkı, vücut bütünlüğü, şeref ve haysiyeti, özel hayatlarının gizliliği, kişisel verilerinin korunmasını isteme hakkı, iletişim kurabilme hakkı gibi değerlerinin ihlal edilip edilmediğinin belirlenmesi gerekmektedir. Doktrindeki bir takım görüşlere göre, kişinin anayasal hakları ihlal edilerek elde edilen delilin mahkeme tarafından değerlendirmeye alınmaması zorunludur. Aksi durumda kişilik hakkı ihlal edilen kimseye bir ihlal de mahkeme tarafından yapılmış olacaktır³³⁷. Ezcümle bir delilin hukuka aykırı olup olmadığı her somut olaya göre ayrı ayrı belirlenecektir.

3.3. Hukuka Uygunluk Halleri

3.3.1. Genel Olarak

Yazılı veya yazılı olmayan hukukta, korunan hukuki değere, delilin elde edilmesi, oluşturulması veya bu delilin yargılamada kullanılmasıyla müdahale edildiğinde, müdahaleyi haklı kılan bir sebep varsa, bu fiilin hukuka aykırı olmadığı sonucuna ulaşılabilecektir.

Hukuka aykırı davranışı haklı kılan bir sebep varsa, bu sebebin davranışı en başından beri hukuka uygun hale getirdiği genel olarak kabul edilmektedir³³⁸. Bu durumda hukuka aykırılık hiç doğmamış olacaktır. Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran durumlar bakımında

mahkemece kabul edilebilmesi için, gerek öğretide gerek ağırlıkta yer alan görüş gerekse de HGK kararlarında ortaya konulan ölçüt; o delilin usulsüz olarak yaratılmamış olması ve hukuka aykırı bir biçimde elde edilmemesidir. Vurgulanmalıdır ki, bir delilin usulsüz elde edilmesi ayrı, usulsüz olarak yaratılması ayrı bir olaydır. Usulsüz olarak elde edilen bir delil somut olayın özelliğine göre değerlendirilebilir de; usulsüz olarak yaratılan bir delilin hiçbir şekilde delil olarak kabulü olanaklı değildir. Somut olaya gelince, mahkemece hükme esas alınan CD, davalı kadının rızası dışında kaydedildiği gibi sırf boşanma davasında delil olarak kullanılmak amacıyla bir kurgu sonucu oluşturulmuştur. O halde bu şekilde oluşturmakla usulsüz olarak yaratılmış bu delilin hükme esas alınması mümkün değildir.” www.uyap.gov.tr.

³³⁶ Kılıçoğlu E, s.317.

³³⁷ Tanrıver, Hukuka Aykırı Deliller, s. 124-126.

³³⁸ Kılıçoğlu E, s.286.

hukukun birliği prensibi geçerlidir³³⁹. Medeni hukukta düzenlenmemiş bir hukuka uygunluk sebebi, idare hukukunda veya ceza hukukunda yer alması halinde fiilin hukuka aykırılığından söz edilemeyecektir.

Hukukumuzda özel hukuka uygunluk sebepleri TBK m.63 hükmünde “hukuka aykırılığı kaldıran haller” başlığı altında düzenlenmiştir. Madde içeriğine bakıldığında: “(1) Kanunun verdiği yetkiye dayanan ve bu yetkinin sınırları içinde kalan bir fiil, zarara yol açsa bile, hukuka aykırı sayılmaz. (2) Zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği taşıması, yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması veya zorunluluk hâllerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz.” şeklinde düzenlendiği anlaşılmaktadır. Borçlar Kanun’unda düzenlenen hukuka uygunluk nedenlerinin, somut olaya uygulanması boşanma davalarının niteliği ile bağdaşmadığı için yer verilmeyecek yalnızca doktrinde kabul edilen menfaatlerin tartılması ilkesine yer verilecektir.

3.3.2. Menfaatlerin Tartılması

Menfaatlerin tartılması, genel bir hukuka uygunluk sebebi olarak haklı menfaatlerin gözetilmesi kavramı çerçevesinde geliştirilmiştir. Bu hukuka uygunluk sebebinin çıkış noktası Alman ceza hukukunda hakaret fiiline karşı bir hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmesidir. Bundan yola çıkılarak kişilik hakkı ihlalleri bakımından medeni hukukta da genel bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır³⁴⁰.

Hukuken korunan iki menfaatin çatışması halinde, hangi menfaate üstünlük tanınacağı kanunda gösterilmemiştir. Kanundaki bu boşluğun, hukukun ana amacına ve temel ilkelerine göre çözümlenmesi gerekmektedir. Daha az önemli olan menfaat önemli olan menfaate feda edilecektir. Buradaki ölçü menfaatlerin tartılması ilkesine dayanmaktadır. Uygulamada hangi değerlerin daha önemli olduğu kanun hükümlerine, yoksa hukukun temel ilkelerine ve toplumun adalet ve hukuk anlayışına göre belirlenecektir³⁴¹.

Hukukumuzda, menfaatlerin tartılması ilkesi TMK m. 1 gereğince hakimin hukuk yaratma yetkisi çerçevesinde uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir. TMK m.24’te kişilik hakkına yönelen saldırılar yönünden pozitif bir düzenleme teşkil etmektedir. TBK m.

³³⁹ Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet/Alpşahin, Emin/ Çakır Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Baskı Ankara 2013.,484.

³⁴⁰ **Kılıçoğlu E**, s.502, dn170; **Kılıçoğlu**, Sorumluluk, s.155. Kaneti, Selim, **Çatışan Değerlerin Tartılmasına Dayalı Hukuka Uygunluk**, MHE, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler II Sempozyumu, İstanbul 1981, s.143 vd (Kıs: Çatışan Değerler)

³⁴¹ **Kaneti**, s.263; **Kılıçoğlu**, Sorumluluk, s.156; **Kaneti**, Çatışan Değerler, s.152.

63 f. 2 de, “daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar” genel bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmektedir. Özetle, yalnızca kişilik hakkına yönelen fiiller bakımından değil, başka bir hakkın ihlali bakımından da menfaatlerin tartılması, diğer hukuka uygunluk sebeplerinin yanında bir hukuka uygunluk sebebi olarak dikkate alınabilecektir³⁴².

Somut bir uyuşmazlıkta hangi menfaatin daha yüksek değerde olduğuna karar vermek, hakim karşılaştığı en zor sorunlardan birisidir. Hakim bu sorunu çözerken, öncelikle çatışan menfaatlerin hukuk düzeninde korunması gereken menfaatlerden olup olmadığını belirleyecek, sonrasında da müdahalenin, uygun bir amaç için uygun bir araç ile yapıp yapılmadığına karar verecektir. Eğer saldırı, uygun amaç için uygun bir araç olarak kabul edilirse, üstün yarar bir hukuka uygunluk kabul edilecektir³⁴³.

Medeni usul hukukumuzda, Yargıtay’ın bir delilin elde edilişinin hukuka uygun olup olmadığını tartıştığı ve sonuç olarak somut olaylarda delilin elde edilişini hukuka aykırı bulmadığı “eşin günlüğü” ve “eşin evde gizli ses kaydı” kararlarında, hukuka aykırı elde edilmediği sonucuna varılırken menfaatlerin tartılması veya diğer hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebeplerinin kullanılmasından ziyade, elde etme fiilinin yöneldiği alanın diğer eşe karşı korunmayan bir alan olarak kabulünü esas almıştır.

3.4. Boşanma Davalarında İleri Sürülen Delillerin Hukuka Aykırılık Sorunun Örneklerle Ele Alınması

3.4.1. Ses Kaydı, Görüntü ve Fotoğraf

Anayasa m.20 hükmünde özel hayatın gizliliği: “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz” şeklinde düzenlenmiştir. Herkes aile ve özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Kamuya açık alanlarda yaşananların başkalarına

³⁴² Kılıçoğlu E, s.503.

³⁴³ Doktrinde bir görüşe göre, “daha üstün nitelikteki özel yarar, faile veya üçüncü bir kişiye de ait olabilecekse de, yapılacak olan menfaatler tartımı eşdeğer olan kişilik değerleri arasında yapılmalıdır. Daha üstün nitelikteki yarar kavramının herhangi bir yarar, örneğin mülkiyet hakkından veya alacak hakkından kaynaklanan yarar olarak yorumlanması mümkün değildir. Çünkü bu görüşe göre, hiçbir yarar kişilik hakkından, kişisel varlıklardan üstün olamaz. Eğer daha üstün nitelikte özel yarar kişilik hakkından kaynaklanan bir yarar değil de başka bir husustan kaynaklanan yararsa müdahale hukuka aykırı kalmakta devam eder”, görüş için bkz Kara Kılıçarslan, **Seda, Kişilik Hakkına Saldırıda Üstün Nitelikte Özel ve Kamusal Yarar**, İstanbul 2015, s.52; bu görüşün kabulünün mümkün olmadığı “TMK m. 24’de ve TBK m. 63 f. 2’de yer alan “daha üstün nitelikte” ifadesindeki nitelik kavramı, menfaatlerin çatışmasında bir malvarlığı değeri ile şahıs varlığı değeri arasında tartım gerçekleştirilemeyeceği, şahıs varlığının üstün niteliği itibarıyla her zaman üstün geleceği şeklinde bir sonuca yol açmamalıdır. Maddenin mehazı olarak görülebilecek İsviçre MK m. 28’de, “nitelik” kavramına denk gelen bir ifade kullanılmaksızın, serbest bir menfaat tartımını çağrıştıran ifade olarak sadece “überwiegende Interesse” (ağır basan menfaat) ifadesine yer verilmiştir. Bu paralelde doktrinde ve yargı kararlarında da, kişilik hakkı ihlalinin ancak yine hakkına ilişkin bir üstün menfaat dolayısıyla daha üstün kabul edilebileceği yönünde bir sonuca varılmadığı “ görüşüne dair bkz Kılıçoğlu E, s. 505.

aktarımı doğal bir durumdur. Oysaki sınırlı sayıda kişilerle paylaşılan veya başkalarından saklanan özel hayat kapsamında kalan alana kimsenin dokunmaması gerekmektedir. Günümüzde teknolojinin gelişmesi ile beraber neredeyse herkeste akıllı cep telefonunun bulunması karşısında ilgilinin rızası aranmaksızın görüntü ve ses kaydı yapılabilir. Bilhassa boşanma davalarında kişiler çektikleri ses ve görüntü kaydını delil olarak sunabilmektedir³⁴⁴. Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata yarayan ses ve görüntü kaydı HMK m.199’da düzenlenen “belge” niteliğindedir ve takdiri deliller arasında yer almaktadır³⁴⁵.

Kişinin sesi ve görüntüsü üzerindeki hakkı kişilik hakkının bir parçası olarak tanınmakta

ve korunmaktadır. Kural olarak herkes, konuşmalarının belli bir kişinin veya topluluğunun erişime açık olup olmayacağını belirleme hakkına sahiptir. Konumuz kapsamında her görüntü ve sesin kişilik hakkı kapsamında koruma altına alınıp alınmadığını belirlemek gerekir. Bu kapsamda sadece kişinin konutundaki konuşmaları değil işyeri, otel odası, hastane ve lokantadaki aleni olmayan konuşmalar da koruma altındadır³⁴⁶. İş ilişkilerinde salt ticari verilerin, sayıların iletilmesi, siparişler, telefonla yapılan anonslar gibi kişilik hakkının arka planında kaldığı durumlarda ses ve görüntü kaydı hukuka aykırı olmayacaktır. Siyasetçilerin seçim meydanında geniş topluluklara yaptığı konuşmaların kaydı da kişilik hakkı kapsamında korunmayacaktır³⁴⁷. Fakat üniversitede 500 kişiye ders veren öğretmenin ses ve görüntüsünün alınması ise hukuka uygun olmayacaktır. Bir eylemin hukuka uygunluğunu belirlerken konuşmanın içeriği, yer veya kişinin menfaatleri gibi genel geçer bir kıstas belirlemek mümkün olmadığından her somut olaya göre ayrı bir değerlendirme yapılması gerekmektedir³⁴⁸.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 189 f. 2’deki delil yasağına göre, ses veya görüntü kaydının elde edilmesi hukuka uygun olmayan bir şekilde gerçekleştirilmiş ise, bu delilin yargılamada incelenmesi ve hükme esas alınması mutlak surette yasaklanmıştır. Ancak burada mutlak delil yasağının uygulanması bakımından, hukuka uygunluk sebepleri çerçevesinde³⁴⁹ delil elde edilmiş ise, örneğin görüntünün kaydedilmesinde ilginin rızası varsa, delilin elde

³⁴⁴ Çırak, s.90

³⁴⁵ Belge delili olarak ses kaydı hakkında bkz Özkaya- Ferendeci, H. Özden, **Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki Belge Terimi ve İspat Hukukundaki Yeri**, Prof. Dr Hakan Pekcanitez’e Armağan, DEÜHFD,C.16,Özel Sayı, 2014, s.813 vd; Göksu, Mustafa, **Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil**, Ankara 2011, s.8-16.

³⁴⁶ Oğuzman, Kemal M./Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 19. Baskı İstanbul 2020, s.198.

³⁴⁷ Kılıçoğlu E, s.332

³⁴⁸ Çırak, s.91.

³⁴⁹ III. Bölüm s.74-76.

edilişinin hukuka aykırılığı kural olarak yargılamada hükme esas alınmasını engellemeyecektir.

Otel, ev, işyeri, restoran gibi yerlerdeki güvenlik amaçlı kurulan sistem kaydı sırasında tesadüfen elde edilen görüntü ve video kaydı hukuka aykırı delil olarak kabul edilmemektedir³⁵⁰. Tarafların delil listelerinde açıkça göstermesi halinde buradan elde edilen kayıtların boşanma davasında kullanılabileceği Yargıtay tarafından da kabul edilmektedir³⁵¹.

Konumuzla ilgili olarak dayandığı delilin elde edilmesinde hiçbir katkısı olmayan tarafın, kendisine üçüncü kişi tarafından fotoğraf veya video kayıtlarının gönderilmesi veya internete servis edilmesi sonucu elde edilen delilin hukuka aykırı olup olmadığı konusuna değinmek gerekmektedir. Örneğin, eşlerden birinin zina eyleminin üçüncü kişi tarafından kayda alınıp, bu kaydın aldatılan eşe sosyal medya üzerinden gönderilip, aldatılan eşin de bu kaydı zina davasında delil olarak sunması durumunda mahkemece zina eyleminin gerçekleştiği sabit kabul edilmeyecektir. Zira her ne kadar eşlerin birbirlerine karşı sadakat yükümlülüğü de bulunsa, bu yükümlülük kişinin özel hayatının korunması hakkından üstün tutulmayacaktır³⁵².

Medeni usul hukukumuzda, hukuka aykırı delil konusunda Yargıtay 2. H.D'sinin “eşin evde gizli ses kaydı”³⁵³ kararı önemli bir karardır. Karara konu boşanma davasında davacı eş müşterek konutta gizli olarak gerçekleştirilen ses kaydını, eşinin sadakat yükümlülüğüne aykırı davrandığını ispat edebilmek için mahkemeye delil olarak sunmuştur. Davalı eş ise ses kaydının özel hayatının gizliliğinin ihlal edilerek gerçekleştirildiğini bu nedenle delil olarak dayanamayacağını ileri sürmüştür. İlk derece mahkemesi tarafından, eşinin sesinin gizlice kayda alınmasının hukuka aykırı delil niteliği taşıdığını, davalı eşin sadakatsizliğini ispat edecek başka bir delilin de bulunmaması nedeniyle açılan boşanma davasının reddine karar verilmiştir. İlk derece mahkemesince verilen red kararının temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 2. H.D. ses kaydının hukuka uygun olduğuna karar vermiştir.

³⁵⁰ Ateş, s.98.

³⁵¹ Otel kayıtlarının boşanma davasında ispat aracı olarak kullanılabildiğine dair bkz, Gençcan, Usul, s.757; “21.12.2004 tarihli duruşmada davacının beyanından sonra, davacı vekili eşlerin otelde buluşmalarının belli konuyu görüşmeye matuf olup, barışma niyeti taşımadığını ifade ettiğine göre taraflardan delilleri sorulup toplandıktan sonra karar verilmesi gerekir. Eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.” Yarg 2.H.D, 11.05.2005 T, 5391-7765 www.uyap.gov.tr.

³⁵² Ankara 8. Aile Mahkemesi'nin 21.07.2010 T., 2009/887 E., 2010/1061 K. Sayılı kararında üçüncü kişilerce elde edilen hukuka aykırı delil interete sızdırılmış, bu delil de boşanma davasında kullanılmıştır. Fakat mahkemece bu delil hukuka aykırı delil olduğu gerekçesi ile hükme esas alınmamış verilen bu karar Yarg. 2.HD'nin 01.12.2011 T., 2010/19624 E., 2011/21547 K. Sayılı kararı ile onanmıştır. www.uyap.gov.tr, Çırak, s.94.

³⁵³ Y. 2.H.D. 07.03.2019 T, 2018/5520 E, 2019/2308 K. www.uyap.gov.tr.

Yüksek mahkeme delilin hukuka uygunluğunu incelerken “evlilik birliğine ilişkin yasal yükümlülükler alanı” kavramına dayanmıştır.

Yargıtay’a göre, “evlilik birliğine ilişkin yasal yükümlülükler alanı”, aileni alanı olup eşlerin her birinin özel yaşam alanı değildir. Bu alanla ilgili aile yaşamının dokunulmazlığı ve gizliliği önem taşımaktadır. Bu nedenle evliliğin yasal yükümlülük alanı olan müşterek konut, diğer eş için dokunulmaz alan olarak kabul edilmemektedir. Yüksek mahkeme delilin hukuka uygunluğuna karar verirken, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hallerin mevcut olup olmadığına ve menfaatlerin tartılmasına yer vermemiş, koruma alanı kavramından hareket edilmiştir. Diğer bakımından sesi kaydedilen eş dışında üçüncü kişinin kişilik haklarının ihlal edilip edilmediğine değinilmemiştir³⁵⁴.

Evlenmeyle birlikte eşler arasında ortak hayat alanı oluşmakta ise de, eşlerin birbirlerine karşı bireysel değerleri ve bu değerlerin korunmasına ilişkin hakları devam etmektedir. Evlilik ile birlikte bir ortak hayat alanı ortaya çıkmakta ise de eşler birbirlerine karşı da bir birey olarak kişisel değerlere ve bunların korunmasına ilişkin hakka sahip olmaya devam ederler. Bu koruma alanı, evlilik birliği ile daralmış olsa dahi, eşlerin özel hayatları ortadan kalkmış değildir. Bu nedenle eşlerden birinin özel hayatına diğer eşin ölçüsüz ve sınırsız şekilde müdahale etmesi kabul edilemeyecektir³⁵⁵. Böyle bir müdahale hukuka uygunluk sebepleri bulunmadıkça kişilik haklarına tecavüz oluşturacaktır. Ayrıca özel hayata müdahale dışında kişinin sesi ve görüntüsü üzerinde kişisel hakkı bulunduğu için de eylem kişilik haklarına tecavüz oluşturacaktır.

Karara konu olayda eşin sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiğine dair şüphe duyulması üzerine sesin gizlice kaydedildiği belirtilmiş ise de davacıdan “sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiğine dair şüphe” sebeplerinin ne olduğunun ortaya konulması istenmemiştir. Ses kaydının ne kadar süre ile yapıldığı da karardan anlaşılmamaktadır. Yargıtay kararında delilin hukuka uygun olduğu sonucuna varılırken olması gereken, davacıyı gizlice ses kaydı almaya iten sebeplerin ortaya konulması, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebeplerin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Başka bir söyleyişle, delili ileri süren tarafın, böyle bir delil elde etmeye iten sebepler irdelenmelidir. Ses kaydını hukuka aykırı şekilde elde ederek, davasının ispatında göz önüne alınmasını talep eden eş, eşinin sadakat yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle evlilik ilişkisini devam ettiremeyeceğinin

³⁵⁴ Kılıçoğlu E, s.648; Yargıtay’ın davacı eşin elektronik ortamda elde ettiği delilin, elde edilişinin hukuka aykırı olup olmadığı yönünde bir tespit yapmadığı, fotoğrafın delil olarak değerlendirildiği fakat davacının iddialarını karşılamadığı için hükme esas alınmadığına dair bkz. Y.2.H.D 05.02.2014 T 2013/19577E, 2014/1926 K. www.uyap.gov.tr.

³⁵⁵ Ateş, s.100.

ispatına ilişkin hakkı ileri sürmektedir. Bu durumda sesi gizlice kaydedile eşin kişilik hakkı, diğer eşin ispat hakkı çatışmaktadır. Çatışan değerler karşısında hakim menfaatlerin tartılması yolu ile çözüme varmalıdır³⁵⁶.

Uygulamada eşinin sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiğinden şüphelenen kişilerin, birbirlerini takip ederek fotoğraflarını dava dosyasına delil olarak sunabilmektedir. Böyle durumlarda fotoğraf park, yol, restoran, balkon gibi kamuya açık yerlerde çekilmiş ise eylem hukuka aykırı olmayacaktır. Fakat fotoğraf ev, otel odası gibi özel hayatın korunduğu yerlerde çekilmiş ve hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebepler yoksa mutlak delil yasağı gereği hükme esas alınmayacaktır³⁵⁷.

3.4.2. Telefon Kayıtları

3.4.2.1. Genel Olarak

Boşanma davalarında, eşinin sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiğini iddia eden taraf genellikle karşı tarafın telefon görüşmelerine delil olarak dayanıp, mahkemeden bu delilin toplanmasını talep etmektedir. Bazı mahkemeler bu talebi olumlu değerlendirerek GSM operatörlerine yazdıkları müzekkere ile görüşme ve mesaj kayıtlarını dosyaya getirtmektedir. Tarafların telefon görüşmelerine dayanmalarına rağmen ilk derece mahkemelerince bu araştırmaların yapılmaması Yargıtay tarafından bozma sebebi yapılmaktadır³⁵⁸. Müzekkere cevabında telefon görüşmesi ve mesajlarının içeriği bulunmasa da arama yapılan saat, tarih ve kim ile görüşüldüğü bilgisi yer almaktadır³⁵⁹. Medeni usul hukukunda hakimnin tarafların taleplerine istinaden iletişimin tespiti karar vermesinin yasal dayanağı olup olmadığı, bu konuda yeni bir düzenlemeye ihtiyaç olup olmadığı sırası ile değerlendirilecektir.

Anayasa m.22 hükmünde haberleşme hürriyeti temel hak olarak düzenlenmiş olup, iletişimin içeriğini, yeri ve zamanını korumaktadır. Burada bireyin hem devlet organlarına hem de özel hukuk kişileri tarafından iletişim hizmeti veren kurumlara karşı doğrudan bir savunma hakkı söz konusudur. Devlet organlarının haberleşme özgürlüğüne müdahalesi,

³⁵⁶ Kılıçoğlu E, s.344

³⁵⁷ Gençcan, Aile s.161

³⁵⁸ bknz. Y. 2.HD'nin 01.02.2016 T., 2015/10473 E., 2016/1391 K. Sayılı kararında özetle: "Davalı-davacı kadın, birleşen dava dilekçesinde; sadakatsizlik olgusuna ve bunu ispat yönünde ise tanık beyanları yanı sıra, davacı-davalı erkek adına kayıtlı telefon görüşmeleri dökümlerine de delil olarak dayanmış ve bu telefon görüşmelerinin kayıtlarının getirtilmesini istemiştir. Mahkemece, bu delil toplanmadan, nihai hüküm kurulmuştur. Taraflara dayandıkları olgu ve vakıaları kanıtlama konusunda imkan tanınması, "adil yargılama hakkını" içeren "hukuki dinlenilme hakkı"nın bir gereğidir (HMK m. 27). Mahkemece, davacı-karşı davalı erkeğe ait telefon dökümleri getirtilmek suretiyle diğer tüm delillerin birlikte değerlendirilmesi ve sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı hüküm kurulması doğru görülmemiştir." şeklindedir. www.uyp.gov.tr.

³⁵⁹ Özrahit, Ticen., **Türk, İngiliz Ve K.K.T.C. Medeni Usul Hukuklarında Deliller Ve Delillerin Toplanması İlişkin Temel Kavramlar İle Güncel Sorunlar**. 1. Baskı. İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2017, s.47

yalnızca Anayasa m.13 hükmünde belirtilen şartların sağlanması halinde mümkündür. Bu şartlardan en önemlisi ile, sınırlamaların kanun ile yapılmasıdır³⁶⁰. Hukukumuzda iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması diğer birçok yabancı hukukta olduğu gibi Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenmiştir. CMK 135. maddesine göre, maddede katalog halinde belirtilen suçlar yönünden, sıkı şartlar altında sanığın veya şüphelinin telekomünikasyon yoluyla iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi yoluyla delil elde edilebileceği belirtilmiştir. Bu türden delil elde edilmesine şartların mevcut olması halinde ceza hakimi, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde cumhuriyet savcısı karar verebilecektir.

Medeni usul hukukumuzda ise, ne Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda ne de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda davanın taraflarının veya üçüncü kişilerin iletişiminin tespitine yer verilmemiştir. Yargı organlarının bir temel hakka müdahalesi için açık bir yasal düzenleme yapılması gerekliliği karşısında, ceza hakimine ve cumhuriyet savcısına tanınan yetkinin kıyasen hukuk hakimi tarafından uygulanması mümkün değildir. Bunun yanında ilgilinin rızası halinde, rıza hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebep olarak kanunda yer aldığı için iletişimin tespiti mümkün olmalıdır³⁶¹. Açıklanan yasal durum karşısında bilhassa sadakat yükümlülüğünün ihlali sebebine dayanan boşanma davalarında tarafları ispat güçlüğünden kurtarmak için, özel yaşamın gizliliği ilkesine hakim müdahale yetkisinin HMK'da belirli koşullarda mümkün olabilmesi için yasal düzenleme yapılması gerektiği belirtilmiştir³⁶².

Taraflarca mahkemeden getirtilmesi talep edilen iletişimin tespiti talebi yasal dayanağının olmaması ve özel hayatın gizliliğini ihlal etmesi nedeniyle hakim tarafından reddedilmesi gerekmektedir. Oysa uygulamada iletişimin tespiti talepleri aile mahkemeleri tarafından olumlu karşılanmakta, Yargıtay tarafından da bu delilin hukuka uygun olduğuna karar verilmektedir³⁶³. Olması gereken açısından boşanma davasının taraflarının ya da üçüncü kişilerin iletişimin tespiti talepleri reddedilmeli, yasal dayanağı olmasa da iletişim tespitleri yapılmış ise de mutlak delil yasağı gereği bu delil hüküm kurulurken dikkate alınmamalıdır.

³⁶⁰ Ateş, s.99.

³⁶¹ Ateş, s.99

³⁶² Ateş, s.104, bu önerilerin yalnızca yasallık ilkesini kriter aldığı bunun dışında temel hakların kısıtlanmasındaki ölçülülük ilkesi, demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütüne de aykırı olabileceğine dair ayrıntılı açıklamalar için bkz Kılıçoğlu E, s.337

³⁶³ Eşlerden birinin karşı cinsten üçüncü kişi ile olağan dışında telefon görüşmesinin cinsel güveni sarsıcı davranış sayıldığına dair bkz, Y.2.H.D, 07.07.2014, E.2014/5283, K.2014/15618, www.uyap.gov.tr.

3.4.2.2. Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Hükümlerin Etkisi

Hukukumuzda veri koruma hukukuna ilişkin yaşanan gelişmeler Alman ve İsviçre Hukukuna göre yenidir. 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK m.135 vd. maddelerinde, kişisel verilerin korunması hakkında cezai yaptırımlara yer verilmiştir. Anayasa m.20'ye 2010 yılında eklenen üçüncü fıkrayla, kişisel verilerinin korunmasını isteme hakkı temel hak olarak kabul edilmiştir. Son olarak 07.04.2016 tarihinde 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) yürürlüğe girmiştir³⁶⁴. Kanun'un m.28 hükmünde "İstisnalar" başlığı altında, kanun hükümlerinin uygulanmayacağı haller sayılmıştır. Bahsedilen maddenin birinci fıkrasının (d) bendine göre " *Kişisel verilerin soruşturma, kovuşturma, yargılama ve infaz işlemlerine ilişkin olarak yargı makamları ve infaz mercileri tarafından işlenmesi*" kanunun uygulama alanı dışında kalmaktadır³⁶⁵. Bu nedenle KVKK'dan konumuz açısından hukuka aykırı yoldan elde edilmiş kişisel verilerin delil olarak kabul edilebilirliği açısından bir sonuç çıkarabilmek mümkün değildir³⁶⁶. KVKK'ya göre mahkeme işlemleri Kanun'un uygulanma alanının dışında kaldığı için, hukuka aykırı yollan elde edilen kişisel verinin davada bir vakıanın ispatında kullanılıp kullanılamayacağı hakkında yorum getirilemeyecektir.

Kişisel Verileri Koruma Kanunu'ndan kişisel verilerin hukuka aykırı elde edilmesi halinde mahkemece değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hakkında bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı anayasal bir hak olarak tanınmıştır. Anayasa ile doğrudan bağlı olan hukuk hakimi, delilin kabul edilebilirliği hakkında karar verirken HMK m.189/2 hükmü yanında bu temel hakkı da göz önünde bulundurması gerekmektedir. Delil yasağının uygulanmasında, hukuka aykırılık tespit edilirken, delilin kişisel verilerin kullanılması ile ilgili mevzuata aykırı olup olmadığı da

³⁶⁴ Medeni usul hukunda kişisel verilerin korunması açısından ayrıntılı bilgi için bkz, Kılıçoğlu, Evren, Medeni Usul Hukuku Yönünden Kişisel Verilerin Korunması, Güncel Gelişmeler Işığında Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, İstanbul 2020 (kıs: Kişisel Veriler), s.147 vd.

³⁶⁵ Kişisel veriler kullanılarak Asliye Ticaret Mahkemesi'nde açılan dava yoluyla gerçekleştirilen kişisel veri işleme faaliyetinin Kanun'un m. 28/1-d gereğince kurulun faaliyet alanının dışında olması nedeniyle şikayet hakkında yapılacak bir işlem olmadığına dair bkz, Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 27.01.2020 Tarih ve 2929/59 no.lu kararı, Kılıçoğlu E, s.639; Bunun yanında tarafların ve üçüncü kişilerin mahkemeye delil ibrazıyla ilgili usuli işlemler bakımından ise KVKK hükümleri gereğince cezai yaptırımlara maruz kalabilmektedir. Örneğin, iş mahkemesindeki bir davada taraf vekilinin tanığın T.C. kimlik numarasını duruşma zaptından öğrenip, Uyp Avukat ekranından tanığın Adli Sicil ve Arşiv Kaydını sorgulayıp, tanığın mahkumiyet bilgilerini dosyaya sunması nedeniyle yapılan şikayetin haklı bulunarak taraf vekilinin 75.000 TL idari para cezasına mahkum edilmesi ile ilgili bkz, Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 02/11/2021 Tarih, 2021/1111 sayılı Kararı.

³⁶⁶ Kılıçoğlu E, s.639.

değerlendirilmelidir. Bu şekilde delil elde edilirken ihlal edilen veri koruma hükümlerinin amacından yola çıkılarak, delilin kabul edilebilirliği hakkında bir değerlendirme yapılabilir³⁶⁷.

3.4.3. Hukuka Aykırı Yollardan Bilgi Edinen Tanık

Tanık, davanın tarafları dışında üçüncü kişilerin uyuşmazlık konusu vakıa hakkında beş duyu organıyla edinmiş olduğu bilgiyi mahkemede aktaran kişidir. Çalışmamızın bu bölümünde tanığın bilgisini hukuka aykırı olarak çoğunlukla, kişilik haklarına aykırı olarak elde etmesi halinde ifadesinin mahkemece değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ele alınacaktır. Bu kapsamda bilgisini hukuka uygun elde etmiş ancak sır saklama yükümlülüğü olan hekimin tanık beyanı, menfaat karşılığı yalan beyanda bulunan tanığın beyanı hukuka aykırı deliller konusunun dışında kalmaktadır.

Hukukumuzda yargı kararlarında tanığın bilgisini hukuka aykırı elde edip etmediği sorunun tartışıldığına rastlanılmamıştır. Bu durum tanığın bilgisini ne şekilde elde ettiğinin mahkemece sorgulanmadan dinlenmesi, taraflarca bu hususa ilişkin itirazda bulunulmamasından kaynaklanabilecektir³⁶⁸.

Kişiler arasındaki yüz yüze ya da telefonla gerçekleştirilen konuşmaları gizlice dinleyen tanığın beyanlarının hukuka aykırı delil kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusu sorulmaktadır. Doktrinde konut dokunulmazlığının anayasal teminat altına alındığı (AY m.21), konut dokunulmazlığının ihlalinin suç olarak düzenlendiği (TCK m.116) bu nedenle konut dokunulmazlığı ihlal edilerek öğrenilen bilgilerin üçüncü kişi tarafından mahkemede aktarılmasının hukuka aykırı olduğu ifade edilmektedir. Çünkü böylece belirli bir kişi veya gruba yapılan konuşma tanık tarafından mahkemede ifşa edilmektedir. Bu nedenle tanık dinlenirken bilgisini ne şekilde elde ettiği hakim tarafından sorgulanmalı hukuka aykırı elde etmiş ise hükme esas alınmamalıdır³⁶⁹.

Kişilerin yüz yüze gerçekleştirdikleri konuşmaların konuşmaya katılan tüm kişilerin rızası olması halinde üçüncü kişi tarafından gizlice dinlenmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Kapının açık bırakılması, duvarların ince olması, yüksek sesle konuşulması gibi durumlarda konuşma tesadüfen duyulmuş ise kişilik hakları ihlal edilmeyeceğinden tanıklık mümkündür³⁷⁰.

Kişilerin konuşmasının dinlenmesi için, bilinçli olarak bir kişinin yerleştirilmesi, görevlendirilmesi veya konuşmanın duyulması için teknik araçlar kullanılması, bir paralel

³⁶⁷ Kılıçoğlu E, s.640.

³⁶⁸ Kılıçoğlu E, s.369.

³⁶⁹ Ateş, s.103.

³⁷⁰ Çırak, s.99

telefon kullanılması gibi durumlara rastlanılabilir. Bu durumlarda, konuşan kişi konuşmalarının kim tarafından dinlenileceğini serbestçe belirleyemediğinden kişilik haklarının ihlali söz konusu olacaktır. Bu halde tanığın beyanlarının hükme esas alınıp alınamayacağı menfaat tartımına göre her somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirilecektir³⁷¹.

Alman Federal Mahkemesi 1970 yılında verdiği kararına konu olayda, karı koca aynı konut içerisinde ayrı yaşamakta, mutfak ve bazı yerleri ortak olarak kullanmaktadır. Davacı koca, karısının kendisine karşı hakaret sayılabilecek söz ve davranışlarına şahit olmak için kadının kullanmadığı odalara bir arkadaşını yerleştirmiştir. Ortak kullanılan mutfağın yanında bulunan odadan iki delik açılmış ve deliklerden birine ayna yerleştirilmiştir. Bu şekilde davacının arkadaşı olan kişi karı kocayı görebilmekte ve duyabilmektedir. İstinaf mahkemesi davalı kadını gizlice dinleyen ve gözleyen bu tanığın beyanlarını inandırıcı bularak hükme esas almıştır. Kararın temyiz edilmesi üzerine Alman Federal Mahkemesi, davacı kocanın delil elde etmek amacıyla eve muhbir yerleştirmesini hukuka uygun kabul etmemiştir. Mahkemeye göre davacı tarafın boşanma davasındaki haklılığını ispatlayabilmek için başka türlü delil elde etme imkanı yoksa da hala müşterek konutta beraber yaşadığı eşinin davranışlarını gözetleme hakkına sahip değildir. Hukuk düzeni kişilere, kişiliğinin gelişebileceği ve korunabileceği içsel alan oluşturmuştur. Bu içsel alana konut dokunulmazlığı dahildir. Somut olayda davalı eşin ağır bir cezayı gerektiren eylemi bulunmadığından konut dokunulmazlığının ihlal edilebileceği üstün nitelikli özel ya da kamusal menfaat yoktur. Sonuç olarak davalı eşin konut içerisindeki eylemlerinin gizlice gözetlenmesini gerektiren hukuka uygunluk sebebi bulunmadığından davacı kocanın eylemi hukuka uygun değildir ve tanık beyanının hükme esas alınamayacağına karar verilmiştir³⁷².

3.4.4. Günlük ve Gizli Notlar

Kişilerin yalnızca konuştuğu sözler değil, aynı zamanda aleni olmayan yazıları da kişilik hakkının bir parçası olarak korunmaktadır. Günlükler, kişilerin üzerinde kendi hayatları ile ilgili not aldıkları özel yazılardır. Bu nedenle günlüklerin ve gizli notların ilgilinin rızası olmadan yayımlanması ve kullanılması halinde kişilik hakları ihlal edilmiş olacaktır. Bu türden yazılı belgelerin çalınması, hile ya da cebirle ele geçirilerek yargılamada delil olarak kullanılmak istenilmesi halinde delilin hukuka aykırı olduğu konusunda bir tartışma bulunmamaktadır³⁷³.

³⁷¹ Kılıçoğlu E, s.374.

³⁷² Kılıçoğlu E, 374.

³⁷³ Çırak, s.89.

İçeriği itibariyle günlük olarak nitelendirilemeyecek, kişinin özel hayatına, sırlarına ilişkin bilgi içermeyen not defteri türünden bir belgenin ibrazında kişilik haklarının ihlalinin bahsedilemeyeceğinden bu türden belgenin hukuka aykırılığı da gündeme gelmeyecektir³⁷⁴.

Uygulamada, günlük içinde yer alabilecek eş dışında başka bir kimseye duyulan yakınlık, cinsel ilişki, öpme gibi anlatım ve olaylar evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle boşanma davalarında boşanma konusu oluşturabileceği için delil olarak kabul edilmektedir³⁷⁵. Yargıtay HGK 25.09.2002 tarihli ve 2002/617-648 sayılı kararında günlüğün boşanma davasında delil olarak kullanılmasının hukuka uygun olup olmadığı konusunu ele almıştır. Kararda “.. tarafların birlikte yaşadığı evde, evi terk ettikten sonra kilitli olmayan yerden elde edilip mahkemeye sunulan zor ve tehdit ile ele geçirildiği savunulmayan ve davalı tarafından tutulduğu tartışmasız olan defterin hukuka aykırı elde edilmiş sayılamayacağını ve delil olarak değerlendirilebileceği...” ifade edilmiştir. Yargıtay özel hayatın gizliliğinin korunmasının asıl olduğunu, ancak sınırlı bazı durumlarda bu korunmaya istisnalar tanınabileceğini belirtmiştir. Yargılamada kullanılan deliller cebir, tehdit veya hırsızlanarak ele geçirilmiş ise hukuka aykırı olacağını, özel hayatı ilgilendiren boşanma davasında eşlerin birlikte yaşadıkları konuttan ele geçirilen günlüğün hukuka aykırı olmadığına karar vermiştir. Zira aynı evde yaşayan eşlerin müşterek alandaki eşyalara diğer eşin kolaylıkla erişebileceğinin farkındadır. Somut olayda davacı koca gizli alan olan yatak odasının altındaki yataktan günlüğü ele geçirmiş ise de, özel hayatın gizli alanları, özel hayatın gizli alanlarındaki deliller ile ispatlanabilir. Kadın müşterek konutta başka bir erkekle sevişirken kocanın kapıyı kırarak içeri girmesinde hukuka aykırılık yok ise yatak odasından ele geçirilen günlüğün yargılamada kullanılmasında da hukuka aykırılık olmadığını belirterek somut olayı gerekçelendirmiştir³⁷⁶. Bu karar doktrinde iki husus yönünden eleştirilmiştir. Birincisi Yargıtay eylemin hukuka uygunluğuna karar verirken günlüğün müşterek konutta bulunması nedeniyle eşinin okuyabileceğini öngörebilmesidir. Oysaki somut olayda günlük evin içinde gelişigüzel bir şekilde bırakılmamış, yatağın altında bırakılmıştır. Bir kimsenin günlüğünü yatağının altından daha gizli ve ulaşılmaz bir yerde bırakabilmesi mümkün değildir. Yatağın altının gizli alan olarak kabul edilmeyip tüm eşyalar üzerinde tarafların müşterek hakimiyetinin olduğunu belirtmek, eşlerin birbirlerinden ayrı özel hayatlarının olamayacağı anlamına gelmektedir ki bu düşüncenin kabulü mümkün değildir. İkinci husus ise, Yargıtay delilin elde edilmesi hususuna odaklanmış, kabul edilebilirliğine değinmemiştir. Yine “*Nasıl*

³⁷⁴ Kılıçoğlu E, s.421.

³⁷⁵ Gençcan, s.318.

³⁷⁶ Y. HGK. 25.09.2002 T., 2002/617 E., 2002/648 K. sayılı kararı, www.uyap.gov.tr

ki, kadın başka bir erkekle müşterek hanedeki yatak odasında sevişirken koca tarafından kapı kırılarak içeri girilmesinde hukuka aykırılıktan söz edilemezse, ortak yaşanan evde bulunduran not defterinin elde edilmesi de hukuka aykırı olarak değerlendirilemez” diyerek yaptığı benzetmesinin isabetli olmamasıdır. Çünkü bir eşin zina yapması hukuken korunmayan bir fiildir ve boşanma sebebi olarak düzenlenmiştir. Bu fiilin ispatı için fotoğraf çekilmesinde hukuka aykırılık yoktur. Günlük tutmak ise, kişinin kendisini geliştirmek için yazmış olduğu yazıdır ve hukuk düzeni tarafından korunmaktadır. Hukuka aykırı deliller konusunda günlüğün elde edilmesine odaklanması ve eşlerin bireysel alanının yok sayılması yerine menfaat tartımına giderek değerlendirilmesi daha yerinde bir yaklaşımdır³⁷⁷.

İsviçre Federal Mahkemesi de 2000 yılında, boşanma davasında günlük delilinin kullanılmasının hukuka aykırı olup olmadığı ile ilgili bir karar vermiştir. Karara konu olayda, boşanmış kadın, boşanmanın mali sonuçlarına ilişkin davada maddi tazminat talep etmiştir. Kocasının boşanma olayının gerçekleşmesinde kadının kusurlu olduğunu ispatlayabilmek için şifonyerde bulduğu karısına ait günlüğe delil olarak dayanmıştır. Günlükte davacı kadının evlilik birliği devam ederken gençlik arkadaşı ile cinsel birliktelik yaşadığına dair öyküsünün bulunması nedeniyle, ilk derece mahkemesi boşanma olayının gerçekleşmesinde kadının ağır kusurlu olduğuna karar vermiş ve maddi tazminat talebini reddetmiştir. Kadın günlüğün kendisinden izin alınmadan kullanılması ve mahkemede hükme esas alınması nedeniyle karara muhalefet etmiştir. Federal mahkeme delilin elde edilmesinde güveni kötüye kullanma sonucu hukuka aykırılıktan bahsedilemeyeceğinden delilin elde edilmesinin hukuka uygun olduğunu, ancak yargılamada kullanılmasının kadının kişilik haklarını ihlal edeceğini belirtmiştir. Medeni usulde kişilik haklarının ihlalini gerektirecek önemli bir menfaat varsa hukuka aykırılık ortadan kalkacaktır. Federal mahkeme ilk derece mahkemesinin menfaat tartımı yaparak bir sonuca varması gerektiğini, somut olayda kadının inanılır, mutlak bir menfaatinin olmadığını, ispat hakkına üstünlük tanınması gerektiği belirtilerek delilin hukuka uygun olduğuna karar verilmiştir³⁷⁸.

3.4.5. Mektup ve Elektronik Posta

Mektuplar, kişiler arasındaki iletişimi yazılı olarak gerçekleştiren araçlardır³⁷⁹. Mektuplarda günlükten farklı olarak haberleşme fonksiyonu bulunmaktadır. Haberleşme hürriyeti anayasa ile koruma altına alınmış temel bir haktır (AY m.22) ve haberleşme

³⁷⁷ Kılıçoğlu E, s.426.

³⁷⁸ Kılıçoğlu E, s.428.

³⁷⁹ Yavaş, Murat, *Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları İle Bu Kuralların İstisnaları*, Ankara 2. Baskı 2020, s.351.

hürriyetinin ihlal edilmesi suçtur (TCK m.132). Mektupların haberleşmenin gizliliği gereğince korunmaları, ulaşım süreci boyunca devam eder. İletimin sonlandığı anda, mektubun alıcının posta kutusuna ulaştığı anda, haberleşmenin özgürlüğüne dayalı koruma sona ermekte olup, kişilik hakkı koruması başlamaktadır. Bu bakımdan yazılmış ancak sahibine ulaşmamış mektuplar ile yazılmış ve sahibine ulaşmış mektupların delil olarak kullanılması arasında bir ayırım yapılması gerekmektedir. Muhatabına iletilmemiş mektupların delil olarak dayanılması bakımından günlük hakkında söylenenler geçerlidir³⁸⁰.

Eşlerin birbirlerine karşı yazdıkları ve ulaştırdıkları mektupların delil olarak kullanılmasında hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Birbirlerine karşı yazılan mektuplara delil olarak dayanılması durumunda, iddia edilen hususun ispatlanması amaçlanmakta olup, kişilik haklarına saldırı amaçlanmaktadır. Burada sbuavunma hakkının kullanılması hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebeptir. Yargıtay tarafında da eşlerin birbirlerine karşı güven ve sadakatinin bulunup bulunmadığı konusunda mektuplara delil olarak dayanılabileceği belirtilmiştir³⁸¹.

Başkasına yazılmış mektuplar çalınarak ya da başka bir şekilde elde edilmiş ise burada delilin hukuka aykırılığı gündeme gelecektir. Alman Federal Mahkemesi kararına konu olan bir olayda, boşanma davası devam ederken, kadın kocasına gönderilen aşk mektuplarını kocasının hukuka aykırı ilişkisini ispat edilmek için ek delil olarak sunmuştur. Koca, eşine karşı aynı gün mektupların teslimi için dava açmıştır. Mahkeme, boşanma davasında delil yaratma menfaatinin hukuka aykırılığı ortadan kaldırmadığını, mektup gönderen kişinin bu davranışıyla evliliğe müdahale olmadığı, mektubun ele geçirilmesinin meşru savunma kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirterek kocanın davasını kabul etmiştir³⁸².

Elektronik mesajlar ise geleneksel mektupların elektronik biçimleridir. Elektronik postaların açılmasındaki durum başkasına ait mektubun açılıp mahkemeye sunulmasından farklı değildir³⁸³. Sonuç olarak mektupların mahkemeye delil olarak sunulmasının hukuka aykırı olup olmadığı ile ilgili açıklamalar elektronik mesajlarda da aynen geçerlidir.

³⁸⁰ Kılıçoğlu E, s. 431.

³⁸¹ Yargıtay 2. HD'nin 10.12.1991 T., 11682/15371 K. Numaralı kararında özetle: “.. Davacı, boşanma isteğini eşinin kendisine gönderdiği mektuplara dayandırmıştır. Davacı tarafından ibraz edilen mektuplara davalı da karşı çıkmamıştır. O halde bu mektuplara değer verilmesi gerekir. Mektupların içeriğinden , kadının, kocasına karşı ağır hakaretlerde bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda evlilik birliği müşterek hayatın devamına imkan bırakmayacak şekilde temelden sarsılmıştır. O halde boşanmaya karar vermek gerekirken delillerin değerlendirilmesinde yanılığa düşülerek isteğin reddedilmesi doğru değildir..”.

³⁸² Kılıçoğlu E, s.433.

³⁸³ Sert, s.288.

3.4.6. Sosyal Medya Kayıtları ve Şifreli Hesaba Girilmesi

Günümüzde boşanma davalarında sıklıkla facebook, instagram gibi sosyal medya paylaşımlarına delil olarak dayanılmaktadır. Bu paylaşımların bir vakıanın ispatında mahkemece değerlendirilebilmesi için hukuka aykırı olarak elde edilmemiş olması gerekmektedir. Kişinin sosyal medya hesabından eşinin de içinde bulunduğu bir gruba ya da herkese açık olarak paylaştığı video kaydı, fotoğraf aleni hale gelmiş olacağından delil olarak kullanılabilir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 2013/19577 E. ve 2014/1926 K. Sayılı kararında³⁸⁴ “...Mahkemece; davacı tarafından dosyaya sunulan elektronik ortamdan elde edilen resimler ve elektronik ortamda (sosyal paylaşım sitesi kullanılarak) yapılan görüşmelere ilişkin çıktılar esas alınarak, kocanın güven sarsıcı davranışları sabit kabul edilmiş, buna bağlı olarak boşanma kararı verilmiştir. Elektronik ortamdaki fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcılar, diğer delillerle desteklendikleri takdirde “delil” olarak hükme esas alınabilir. Bu veriler tek başına vakıaların ispatına yeterli değildir. Hükme esas alınan elektronik ortamdan elde edilen görüntülerdeki şahısların kocanın yakınları olduğu anlaşılmaktadır. Facebook isimli sosyal paylaşım sitesi kullanılarak kocanın, dayısıyla görüşmelerine ilişkin iletişim kayıtlarının da; davacının, sosyal paylaşım sitesinde kendisini “kocanın dayısı” yerine koymak suretiyle “dayısı ile koca” yazışyormuş görüntüsü verilerek davacı tarafından oluşturulduğu, davacının da bunu kabul ettiği anlaşılmaktadır. Bu halde, sosyal paylaşım sitesi üzerinden yapılan görüşme kayıtları da vakıaların ispatında dikkate alınamaz (HMK m.189/2).....” diyerek sosyal medya paylaşımlarının delil olarak kullanılabilirliğini kabul etmiştir. Somut olayın özelliklerine göre facebook vasıtasıyla paylaşılan görüntüler tek başına bir vakıanın ispatı için yeterli olabilmektedir. Örneğin eşlerden birinin karşı cinsten biriyle samimi şekilde çekilmiş fotoğraflarını paylaşması, sadakatsizlik iddiasının kanıtlanmasında tek başına yeterli bir delil olacaktır. Sosyal medya hesaplarına casus program yükleyerek ya da şifre kırılarak erişilmesi halinde delilin hukuka aykırılığı tartışılacaktır³⁸⁵.

Tarafların whatsapp, skype gibi haberleşme uygulamaları üzerinden yapılan mesajları, fotoğrafları delil olarak sunması da hukuka uygundur. Çünkü tarafların mesajların kaydedilebileceğini, ekran görüntüsü alınıp daha sonra karşılarına çıkabileceğini öngörmeleri mümkündür. Uygulamada çok sık rastlanan üçüncü bir kişinin eşlerden biri ile aralarında geçen konuşmaları, birbirlerine gönderdikleri fotoğrafları diğer eşe vermesi halinde de delilin elde edilişi hukuka uygundur. Sosyal medya hesabındaki yazışmaların içeriği kişinin gizli

³⁸⁴ www.uyap.gov.tr.

³⁸⁵ Sert, s.289.

bilgilerini içerir nitelikte olabilmektedir. Bu durumda bu delile dayanan eşin ispat hakkı ile karşı tarafın kişisel hakkının ihlali arasında menfaat tartımı yapılarak bir sonuca varılması gerekmektedir³⁸⁶.

Sosyal medya hesaplarında eşlerden birinin diğerini yanıltmak maksadı ile kendini başkası gibi göstererek aralarındaki paylaşımları delil olarak sunması halinde bu delile itibar edilip edilemeyeceği sorusu akla gelmektedir. Benzer bir durumda Yargıtay³⁸⁷, “ ..Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle tarafların mahkemece ise kabul edilen kusurlu davranışları yanında erkeğin hakaret edip, aşağılayıcı sözler söylediği, kadının ise birlik görevlerini yerine getirmediği, başka bir kadın ismi kullanarak twitter hesabı açıp eşi aleyhine delil yaratmaya çalıştığı, erkeğin de eşine yalan söyleyerek güvenini sarstığı, bu durumda, boşanmaya sebebiyet veren olaylarda erkeğin ağır kusurlu olduğunun anlaşılmasına göre erkeğin tüm, kadının aşağıda kalan bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir...” denilerek sahte sosyal medya hesabının açılarak kendini başkası gibi tanıtan kimsenin elde ettiği delile itibar edilmemiş hatta bu eylemi nedeniyle kadına kusur yüklenmiştir. Kararda açıkça belirtilmese de medeni usul hukukumuzda hükme esas almama hukuka aykırı delil konusunda olduğu için sahte sosyal medya hesabının açılıp delil elde edilmesinin hukuka uygun delil olmadığı anlaşılmaktadır.

3.4.7. Biyolojik Örnekler ve Tıbbi Analiz

Ceza yargılamasında olduğu gibi medeni usulde de çekişmeli vakıaların ispatı için biyolojik örnek alınması ve bu çerçevede keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılması söz konusu olmaktadır. Bu incelemelerde, mahkemelerin ve bilirkişilerin usul kurallarına dair işlemleri öne çıkmaktadır. Usul hükümlerinin ihlal edilmesindeki ispat yasağı sorunu, ispat sonucunun hükme esas alınıp alınamayacağı noktasındadır. Bunun yanında kişilerin mahkemelerden bağımsız olarak ilginin rızası olmadan gizli şekilde biyolojik örnek alması ve tıbbi inceleme yaptırması durumunda bilgi ve delil elde edilmesi ile karşılaşılmaktadır. Konumuz açısından sorun bireylerce maddi hukuka uygun olmayan yollardan elde edilmiş delillerin hükme esas alınıp alınamayacağıdır.

Doktrinde DNA analizinde kullanılabilecek saç teli, tükürük, kan gibi biyolojik örneklerin ilgilisinin, somut olaya göre eşlerden biri veya çocuğun, rızası alınmaksızın tıbbi

³⁸⁶ Çırak, s.88

³⁸⁷ Y. 2. HD'nin 02.03.2016 T., 2015/13454 E., 2016/4141 K. www.uyap.gov.tr.

inceleme yaptırılmayacağı, ilgisinin kişilik hakları ihlal edilerek delil elde edilmesi durumunda delilin hukuka aykırılı olacağı belirtilmiştir³⁸⁸.

3.5. Boşanma Davalarında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi ve HMK M. 189'daki Delil Yasağının Etkisi

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.189/4 hükmü gereğince bir vakıanın gerçekliği konusunda gösterilen delilin yargılamada kullanılıp kullanılamayacağına hakim tarafından karar verilecektir. Dosyaya sunulan delilleri hakim, HMK m.198'de belirtildiği üzere serbestçe değerlendirecektir. TMK m.184/4'te de boşanma davası açısından hakimin delilleri serbestçe değerlendireceği ayrıca belirtilmiştir. Taraflarca dosyaya sunulan delillerin serbestçe değerlendirilmesi durumunda hakimin takdiri sınırsız değildir. Hakim takdir yetkisini kullanırken hukukun genel ilkelerine ve kanunlara bağlı kalmak zorundadır. Ayrıca hakimin takdir yetkisi her somut olay incelemesi ve delil değerlendirilmesinde üst derece mahkemeleri olan bölge adliye mahkemeleri ve Yargıtay tarafından denetlenmektedir. Bu nedenle taraflar hakimin takdir yetkisini kullanırken hataya düştüğü durumlarda verilen kararı üst mahkemeye taşıyarak olası hak kayıplarının önüne geçilmektedir³⁸⁹.

Hakimin delilleri serbestçe değerlendirme yetkisi, TMK m.4'te düzenlenen takdir yetkisinden farklıdır. TMK m.4'te düzenlenen takdir yetkisi maddi hukukla ilgiliyken, hakimin delilleri serbestçe değerlendirmesi usul hukuku ile ilgilidir³⁹⁰. Hakim vakıaların gerçekliğini ispatlamada araç olan delilleri değerlendirirken öncelikle, delilin hukuka uygun olup olmadığını incelemelidir. Delilin hukuka uygun olarak elde edildiğine karar verilmesi halinde, delilin kullanılabilir olup olmadığını her somut olay açısından ayrı ayrı yapmalıdır. Hukuka uygun olmayan yollarla elde edilmiş delilin ispat faaliyetinde kullanılıp kullanılamayacağını araştırmaya gerek bulunmamaktadır. Çünkü burada tarafın kendi iradesiyle lehine oluşturduğu delil mevcuttur. Bu şekilde hukuka aykırı elde edilen delilin ispat faaliyetinde kullanılıp kullanılamayacağı değerlendirilmesine gerek kalmadan hükme esas alınmayacaktır.

Yargıtay 3. HD'nin 2017 tarihinde verdiği kararında HMK öncesinde hukuka aykırı delil yaratma ile elde etme arasında ayrım yapıldığını artık bu ayrımın HMK sonrasında kalmadığını dolayısı ile de yaratma ile elde etmenin her ikisinin de sonucunun da hukuka

³⁸⁸ Serozan, s.760.

³⁸⁹ Çırak, s.107.

³⁹⁰ BASIM Aybüke, **Hukuk Yargılamasında Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi İlkesi**, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:4, Sayı:1, Ocak 2018 s.7

aykırı delil oluşturacağını belirtmiştir³⁹¹. Kanımızca hukuka aykırı delil yaratmak ile hukuka aykırı delil elde etme arasında fark belirlenerek delil incelenmeye başlanmalıdır. Hukuka aykırı elde edilen delil ele alınırken hukuka uygunluk sebeplerinin olup olmadığının değerlendirilmesi gerekirken, hukuka aykırı delil yaratma durumunda böyle bir durum söz konusu değildir³⁹².

Hükme esas alınacak delil, hukuka aykırı bir yöntemle yaratılmamış ise elde edilişinin hukuka uygun olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir. HMK m.29’da düzenlenen doğruyu söyleme ve dürüst davranma yükümlülüğü kapsamında ve TMK m.2’de kaleme alınan hakkın kötüye kullanılması yasağı gereğince, delilin hukuka uygunluğu değerlendirilecektir. Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebeplerin birinin bulunması halin delil hükme esas alınabilecektir³⁹³.

Mevcut düzenlemede hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi mutlak bir anlam içerdiği için hakimın takdir yetkisi ile esnetilemeyeceği anlamı çıkmaktadır. Ancak kusurun ispatının gerektiği boşanma davalarında özellikle zina sebebine dayanılarak açılan boşanma davalarında eşlerin mahrem alanları ifşa edildiği için, sunulan deliller gizli hayata ilişkin olmaktadır. Mutlak delil yasağının esnetilemeyeceği kabul edilirse, davacı taraf kusurlu eşinin eylemini ispatlayamama durumu ile karşı karşıya kalmaktadır. Evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri ihlal eden ve bu eylemi ispat edilemeyen kişinin eşinin de ciddi bir hak kaybı olmaktadır. Her ne kadar mutlak delil yasağı ile Anayasa’da teminat altına alınan kişilik haklarının usul hukuku ile korunmuş olacağı savunulmakta ise de³⁹⁴ uygulamada sınırlar zorlanılarak delil hukuka uygun kabul edilmektedir. Bir mahkeme tarafından verilen karar diğer mahkeme açısından bağlayıcı olması da mutlak delil yasağının yorumlanması ile caydırıcılık sağlanamayacaktır³⁹⁵.

³⁹¹ Y. 3. HD., 07.03.2017 T., 2016/14742 E., 2017/2577 K. Sayılı kararında özetle: “..6100 sayılı HMK öncesindeki yargısal uygulamalarda somut olayın özelliğine göre farklı yaklaşımlar olmakla birlikte temelinde bir delilin hukuka aykırı olarak elde edilmesi ile hukuka aykırı olarak yaratılmasının farklı olarak ele alındığı, hukuka aykırı yaratılan delilin hiçbir şekilde yargılamada kabul edilmemesine karşın, hukuka aykırı olarak elde edilen delil konusunda olayın özelliğine göre farklı değerlendirmede bulunulduğu görülmektedir. Ancak, Anayasanın 38/6 maddesindeki hukuka aykırı yol ve yöntemlerle elde edilen delillerin hiçbir şekilde yargılamada kullanılamayacağı yolundaki düzenleme ve yukarıda açıklanan 6100 sayılı HMK’nın 189/2 maddesi birlikte değerlendirildiğinde; açıkça hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin ispat gücü olmayacağı kabul edilmiştir. Dolayısıyla, hukuka aykırı (yaratılmış veya elde edilmiş) delillerin hiçbir şekilde ispat aracı olarak kullanımı artık mümkün değildir. Bir delilin mahkemece kabul edilmesi için, o delilin usulsüz ve hukuka aykırı olarak yaratılmamış olması ve hukuka aykırı biçimde elde edilmemesi şarttır. Yasak delilin kapsamına hukuka aykırı bir şekilde yaratılan deliller ile hukuka aykırı yol ve yöntemlerle elde edilen deliller girdiğinden artık bu kapsamda kabul edilen deliller hiçbir şekilde hukuka uygun ve meşru bir delil olarak kabulü olanaklı değildir...”.

www.uyap.gov.tr.

³⁹² Çırak, s.103.

³⁹³ Basım, s.15.

³⁹⁴ Pekcanitez/Atalay/ Özekes, s.107.

³⁹⁵ Çırak, s.104.

Kanaatimizce mutlak delil yasağına bazı durumlarda istisna tanınarak hukuka aykırı delil hükme esas alınabilmelidir. Somut olayda hakim menfaat dengesi gözeterek değerlendirme yapabilmelidir. Hangi menfaatin üstün menfaat olduğu kanuna göre değerlendirilmelidir. Bu konuda kanunda bulunmayan hallerde hakim hukukun temel ilkelerine ve kendi vicdani kanaatine göre çözüme ulaşmalıdır.

Kanaatimizce elde ediliş yöntemi hukuka aykırı olsa dahi bazı durumlarda delil hükme esas alınabilmelidir. Bu nedenle de kanaatimiz menfaat dengesi gözetilmek kaydı ile çözüm arayışıdır. Menfaat dengesinde hangi menfaatin üstün geleceğinin saptanmasında hangi hukuk değerinin üstün olacağı noktasında kanun hükümleri baz alınarak çözümlenmelidir³⁹⁶. Evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri ihlal edilen eşin eyleminin ispatlanabilmesi için hukuka aykırı delil elde edilmesi durumunda, yükümlülükleri ihlal eden eşin kişilik hakları karşısında karşı tarafın şeref ve saygınlığı daha üstün gelebilecektir. Örneğin eşinin sadakatinden şüphe eden birinin müşterek konutta ele geçirdiği günlüğünü okuması, günlükte başka birisi ile flört ettiğinin anlaşılması durumunda günlüğü okunan kişinin özel hayatının gizliliği ihlal edilmiştir. Günlüğün hukuka aykırı delil olarak kabul edilmesi durumunda sadakat yükümlülüğünü ihlal eden eşin özel yaşamının gizliliği hakkı, eşinin ispat hakkından üstün tutulmamalıdır. Menfaat tartımının yapılması sonucu hukuka aykırı delilin ispat faaliyetinde dikkate alınmaması durumunda, alınması durumundan ileri bir hak kaybına neden olacaktır³⁹⁷.

Hakim hükme esas alacağı delili incelerken elde ediliş sırasında gerekli ölçünün aşılıp aşılmadığını değerlendirmelidir. Meşru bir amaca ulaşmak için kişisel hakların korunması maddi anlamda gerekliliği ifade etmektedir³⁹⁸. Maddi gereklilik ölçütünde delil elde etmede kullanılan araçlar birbiri ile karşılaştırılacaktır. Delilin elde edilmesinde bu eylemin zorunlu olup olmadığı, karşı tarafın hakları daha hafif bir şekilde ihlal edilerek bu sonuca ulaşıp ulaşılamayacağı irdelenecektir³⁹⁹.

Menfaatlerin tartılması ölçütü, muğlak bir görünüm arz etmesi, içeriğinin net olmaması, objektif bir ölçüte dayanmaması ve mahkemelere göre farklı uygulamalara yol açacak olması nedeniyle eleştirilmektedir⁴⁰⁰. Medeni muhakeme hukukunun amacı maddi gerçeğe ulaşmak olmasa da hukukun genel amacı adaleti sağlamaktır. Adaletin sağlanması her zaman her somut olaya mutlak kuralları uygulayarak gerçekleşmemektedir. Her somut olaya özgü genel geçer kural belirlemek ise fazlaca kazuistik bir yöntem olacaktır. Farklı

³⁹⁶ Kılıçoğlu E, s.264.

³⁹⁷ Çırak, s.105.

³⁹⁸ Kılıçoğlu E, s.254.

³⁹⁹ Çırak, s.106.

⁴⁰⁰ Ersöz, Oğuz, **Türk Hukukunda Zina Sebebiyle Boşanma**. İstanbul:On İki Levha Yayıncılık, 2018, s.146.

uygulamaların doğacak olması nedeniyle eleştirilen menfaatlerin tartılması ilkesine belirli bir ölçüt getirilerek uygulama birliği sağlanabilecektir. Zaten mutlak delil yasağı her somut olayda farklı uygulandığı için halen istikrarlı kararlar çıktığından bahsedilemeyecektir. Bu nedenle teorik anlamda uygulanan kanun maddesine belirli bir ölçüt belirlenerek istisna tanınırsa somut olay adaleti sağlanabilecektir. Buradaki ölçüt delil ileri süren tarafı, delil elde etmeye iten sebeplerin ne olduğu, başka bir şekilde delil elde edilmesinin mümkün olup olmadığı sorularına yanıt bulmak gerekecektir. Delili ileri süren tarafın eşinin hangi eyleminden şüphelendiğini belirtmesi ve bu eylemini kişilik haklarını ihlal etmeden ya da daha az ihlal ederek ortaya koyamayacağını açıklaması gerekmektedir.

Açıklamaya çalıştığımız nedenlerle hukuka aykırı delilin hükme esas alınmaması hususunda genel geçer bir kural belirlememek, hakime istisnai bir takdir hakkı tanımak gerekmektedir. HMK m.189/2 hukuka aykırı delil konusunda kural olmalı, somut olaydaki gerçekliğin bulunmasındaki menfaat tartımı istisna olmalıdır. Ancak bu istisnai durum tarafları delil elde etme uğruna karşı tarafın kişisel haklarını ihlal etmeye teşvik eder nitelikte olmamalıdır. Hukuka aykırı delil elde eden kimse eyleminin suç olması halinde cezalandırılabilir ve hukuk mahkemelerinde tazminat yaptırımı ile karşı karşıya kalabilecektir. Bu nedenle karşı tarafın kişisel haklarını ihlal ederek delil elde eden kişi, bu delilinin mutlak suretle kullanılmayacağını ancak istisnai hallerde hükme esas alınabileceğini bilip; bu eylemine karşı maddi hukuk yaptırımlarına maruz kalabileceğini bilmesi caydırıcılık hususunda çözüm olabilecektir⁴⁰¹

Taraflar kullanmak istediği delilin de ancak istisnai hallerde uygulanabileceğini bilip; kullandığı delilde elde edilişin hukuka aykırılığı kabul ederek bu eyleme ilişkin olarak da maddi hukuk yaptırımlarının uygulanabileceğinin bilinmesi ve ona göre hareket etmesi daha caydırıcı bir çözüm olacaktır.

⁴⁰¹ Kılıçoğlu E, s.53; Çırak, s.107.

SONUÇ

Türk toplumunu temel taşı olarak kabul edilen aile kurumu, nişanlılık, evliliğin kurulması ve sona ermesi konularında ayrıntılı olarak Türk Medeni Kanunu'nda yer almıştır. Evlenmeyle kurulan birlik doğal olarak ölüm ve patolojik olarak da iptal ya da boşanmayla sona ermektedir. Hukukumuzda boşanma, belli sebeplerin gerçekleşmesi halinde hakimın hükmü ile mümkün olmaktadır. Boşanma nedenleri Türk Medeni Kanununu m. 161-166'da altı madde halinde düzenlenmiştir. Kanunda bir boşanma sebebi için belirli "olgular" aranıyorsa, özel boşanma sebebi, boşanmanın kanuni şartı olarak ileri sürülen olgular belirtilmeyip de evlilik birliğinin temelden sarsılması yeterli görülüyorsa, genel boşanma sebebi söz konusudur. Kanunda zina (TMK m.161), hayata kast, pek kötü ve onur kırıcı davranış (TMK m.162), suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme (TMK m.163), terk (TMK m.164) ile akıl hastalığı (TMK m.165) özel boşanma nedenidir. TMK m.166'da öngörülen evlilik birliğinin sarsılması ise genel boşanma nedeni olarak nitelendirilmektedir. Boşanma nedenini belirleyen esaslar, kusur, irade, evlilik birliğinin temelinden sarsılması ve elverişsizliktir. Hem boşanma nedenleri hem de boşanmaya bağlanan sonuçlar bakımından kusur ilkesi önemli bir yere sahiptir.

Kusur ilkesi kimsenin kendi kusuruna dayanarak hukuken korunan bir menfaat elde edememelidir esasına dayanmaktadır. Eşlerden birinin diğerine karşı zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış gibi ağır kusur sayılan hareketlerde bulunması durumunda, kusursuz eş korunarak, diğer eşe boşanma hakkı tanınmıştır. Hiç kimse kendi lehine de olsa dava açmaya zorlanamayacağından, kusursuz eşin boşanma davası açmaması durumunda hakkın kötüye kullanılmasından bahsedilemeyecektir. Boşanmak için kusur ilkesine mutlak surette bağlı kalmak, eşlerin karakterlerinin uyuşmaması gibi her iki tarafa da kusur yüklenilemeyecek durumlarda evliliği sona erdirmenin mümkün olmaması sebebiyle eleştirilmektedir. Ayrıca konumuz kapsamında kusur ilkesine yöneltilen eleştirilerden bir diğeri de, boşanmak isteyen eşin her türlü araca başvurarak karşı tarafı ithâm yoluna gidebilecek olmasıdır. Hukuk düzeninin sadece boşanma hakkını kullanmak isteyen kişiyi, böyle bir boşanma sürecine ve ispat faaliyetine sürüklemesi insan onuru ile de bağdaşmayacağı ifade edilmiştir. Günümüzde neredeyse tüm çağdaş hukuklardaki temel boşanma nedeni eşlerin kusurlu davranışı değil, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasıdır. Çağdaş boşanma hukuku sistemlerinde, eşlerin evlilik birliğini sürdürmeme iradesi ile ayrı yaşamaları (filî ayrılık) hâlinde, belirli bir sürenin dolmasıyla boşanma olanağı

tanınmaktadır. Bu yöndeki reformlar, kendiliğinden boşanma davalarındaki ispat hakkı güçlüklerini ve temel hak ihlâli sorunlarını önemli ölçüde bertaraf etmektedir. İsviçre hukukunda kusur ilkesinin terk edilmesinin en genel sebebi evliliğin çözülmesinde çoğu zaman hangi eşin kusurlu olduğunun veya eşlerin ne oranda kusurlu olduklarının saptanmasının mümkün olmaması gösterilmektedir. Zira eşler arasında yaşanan çoğu olaya üçüncü kişiler şahit olmamaktadır. Bu nedenle boşanma hukukumuzda tarafların ispat zorluğu içinde bulunması ve bu zorluğun hukuka aykırı delil elde edilerek aşılıp çalışılması yerine kusur ilkesi tamamen terk edilmesi gerektiği savunulmaktadır.

Hukukumuzda boşanma davalarında hukuka aykırı delile başvurulmasının temel nedeni olarak kabul edilen kusur ilkesinin tamamen terk edileceğine dair bir reform çalışması bulunmamaktadır. Bu nedenle kusur ilkesi tamamen terk edilene kadar boşanma davalarındaki delillerin kişilik haklarını ihlal edip etmediği, hukuka uygun olup olmadığı tartışması güncelliğini koruyacaktır. Boşanma davalarının içeriği doğrudan eşlerin özel hayatını ilgilendirdiğinden, bu davalarda elde edilen ve davaya sunulan deliller de bireylerin hayatının özelinden oluşmaktadır. Boşanma da tıpkı evlenme gibi özel hayatın korunması kapsamında temel bir hak olarak kabul edilmektedir. . Ancak hiç şüphe yok ki boşanma hakkı gibi temel bir hakka hizmet etse dahi, ispat hakkının kullanımı sınırsız değildir. İspat hakkı ile başka bir temel hak çatıştığında, sorunun çözümünde somut uyuşmazlık çıkmadan genel, soyut bir çözüm belirlemek mümkün değildir. Çünkü hiçbir temel hakkın bir diğerine üstünlüğü bulunmamaktadır. Bu nedenle ispat hakkı kullanılırken müdahale edilen her bir hakkın anayasal sınırlandırma koşullarının ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

Mevcut düzenlemede hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi mutlak bir yasak içerdiği için hakimın takdir yetkisi ile esnetilemeyeceği anlamı çıkmaktadır. Boşanma davalarında kullanılacak deliller açısından HMK geçerli olduğu için, bu delilin hukuka uygun bir biçimde elde edilmesi gerekmektedir. Boşanma davaları bilhassa zina ve sadakat yükümlülüğünü ihlal nedeniyle açılan boşanma davaları, niteliği gereği kişilerin en mahrem alanını ilgilendirmektedir. Bu nedenle cinsel ilişki gibi mahrem alanı ispatlamak, mahrem alanı ilgilendiren deliller ile mümkün olacaktır. HMK m.189'un lafzına göre ise taraflar neredeyse bu davalarını ispatlayamama tehlikesi ile karşı karşıya kalmaktadır. Bu noktada Yargıtay tarafların müşterek konutlarında tesadüfen ele geçirdiği deliller ile gizli bir cihaz yerleştirmeden elde ettiği fotoğraf, günlük, mektup gibi delilleri genel olarak hukuka uygun kabul etmektedir. Ancak istikrarlı bir çözüm benimsenmediğinden benzer nitelikte olaylara farklı kararlar uygulanmaktadır.

Medeni usul hukukunda ceza yargılamasından farklı olarak birincil amaç maddi gerçeğe ulaşmak değilse de adil yargılanma için önemli bir yer teşkil etmektedir. Boşanma yargılamasında maddi gerçeğe ulaşmak için özel hayata müdahalede bulunmaktadır. Bu durumda mağdur olan eşin delil elde etmede izlediği yol nedeniyle kusurlu eşin kişilik haklarına verdiği zararın yanında; kusurlu tarafın davranışı nedeniyle eşine verdiği zarar da görmezden gelinmemelidir. Bu durumda her iki eşin kişilik haklarının ihlalinin bahsedilebilecektir. Savunduğumuz çözüm modeli her somut olayda hakim menfaat tartımı yaparak kusur durumunu belirlemeli ve buna göre delilin hukuka aykırı olup olmadığına karar vermelidir. Mutlak bir delil yasağı görüşünün benimsenmesi halinde kusur esasına dayalı boşanma sebeplerinin ispatlanması büyük ölçüde imkansız hale gelecektir. Bu durum hukukun en nihai amacı olan adaleti tesis etme amacına ters düşmektedir. Hukuka aykırı deliller kural olarak hükme esas alınmamakla beraber istisnai durumlara yer verilmesi gerekmektedir. 6100 sayılı HMK'nın taslak aşamasında m.189 hükmüne kural olarak ifadesinin getirilmesi görüşünün haklı olduğu ortaya çıkmıştır. Mevcut durumda bir kanun değişikliği yapılmasa da uygulamada hukuka aykırı deliller hükme esas alınmaktadır. Kanaatimizce boşanma davasında hukuka aykırı delil ileri sürüldüğünde hakim ilk olarak hukuka uygunluk sebepleri olup olmadığını değerlendirmelidir. Hukuka uygunluk sebepleri bulunduğu takdirde delil hükme esas alınacaktır. Hukuka uygunluk sebepleri somut olayda oluşmuyorsa, delilin hükme esas alınması insan onuru ile bağdaşmıyorsa delil değerlendirilmeyecektir. Böyle bir durum yoksa hakim, delili ileri süren kişinin eşinin kusurlu davranışı ile ihlal edilen kişilik hakkı ile bunu ispat etme hakkını, karşı tarafın ihlal edilen kişilik haklarının karşılaştırıp menfaat tartımı yapacaktır. Menfaat tartımı yapılırken ölçülülük ilkesi ve hukuka aykırı delil elde etmeye teşvik etmeme durumları göz önünde bulundurulacaktır.

Boşanmanın talî sonuçları arasında sayılan velayet davasındaki hukuki menfaat ile boşanma davasındaki hukuki menfaat eş değildir. Bireyler kendi iradeleri ile nasıl evlenmeye karar verebiliyorlarsa, boşanmaya da karar verebilirler. Ancak velâyetine ilişkin kararlar, tarafların iradeleri ile çözümlenebilecek bir konu değildir. Bu nedenle boşanma davalarındaki ölçülülük ilkesi ele alınırken çocuğun üstün yararı gereği velayet hususunda hakim daha geniş takdir hakkı bulunmaktadır.

Hukuka aykırı delil aile mahkemesi tarafından menfaat tartımı yapılarak hükme esas alınsa bile, taraflar birbirlerine karşı hukuk mahkemelerinde manevi tazminat davası açabilir, aynı zamanda eylem suç teşkil ediyorsa şikayet hakkını kullanabilmektedir. Bu nedenle hukuka aykırı delil ileri süren taraf boşanma sebebini ispatlayamama tehlikesinin yanında diğer hukuki yaptırımlara da maruz kalabilmektedir. Hukuk davalarında hukuka aykırı

delillerin ileri sürölmesi kamu yararını ilgilendirmemektedir. Delil eğer ağır insan onuru ihlali teşkil etmiyorsa, taraflarca ileri sürölmeden hukuka aykırı olup olmadığı mahkemece değerlendirmemelidir. Bu durum medeni hukukta taraflarca getirilme ve tasarruf ilkesinin gereğidir. Aleyhine delil ileri sürölün kişi bu delilin hukuka aykırı yollarla elde edildiğini iddia etmediği sürece hakim bu hususu değerlendirmeyecektir.



KAYNAKÇA

- Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya: **Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku**, 2. Cilt, 23. Bası, Beta Basım Yayın, Ankara, 2021.
- Akil, Cenk: “Yargıtay Kararları ışıığında Medeni Yargılama Hukukunda hukuka aykırı biçimde elde edilmiş delillerin değerlendirilip değerlendirilemeyeceği meselesi”, **AÜHFD** C.61, 2012.
- Akipek, İlhan: **Mukayeseli Hukuk Bakımından Boşanma Sebepleri**, Ankara 1952.
- Akkaya, Tolga: **Medeni Usul Hukuku Bakımından Boşanma Davası**, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.
- Alangoya, H. Yavuz/Yıldırım, M. Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis: **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 7. Baskı İstanbul, 2009.
- Aras, Bahattin: **Boşanma Davalarında Yargılama Usulü ve Aile Mahkemeleri**, Adalet Yayınevi 2. Baskı, Ankara 2011.
- Arpacı, Abdülkadir, **Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillere İlişkin HMK 189/II Hükümünün Aile Hukuku Sorunları Bakımından Yansımaları**, YÜHFD, C.:11, S.:1 (2014)
- Arslan Öncü, Gülay: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, 1. Baskı, Beta Yayınları, 2011.
- Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel: **Medenî Usul Hukuku**, 7. Baskı, Ankara, 2021.
- Artuk, M. Emin/Gökcen, Ahmet/Alpşahin, Emin/Çakır, Kerim: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Baskı, Ankara, 2013.
- Atalay,Oğuz: **Delil Kavramı Üzerine**, Halûk Konuralp Anısına Armağan, C.I, Ankara 2009.
- Ateş, Mustafa: “Hukuk Yargılamasında Ve Özellikle Boşanma Davalarında Hukuka Aykırı Deliller”, **Terazi Hukuk Dergisi**, 2008.
- Badur, Emel/Turan Başara, Gamze: “Aile Hukukunda Sadakat Yükümlülüğü ve İhlalinden Kaynaklanan Manevi Tazminat İstemi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.65, 2016, 1.
- Basım, Aybûke: “Hukuk Yargılamasında Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi İlkesi”, **Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.4, S.1, Ocak 2018.

- Başözen, Ahmet: “**Noter Tespitlerinin Delil değeri**”, e-akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, S. 65, Temmuz 2007 (<http://www.eakademi.org/makaleler/abasozen-1.htm>).
- Belgesay, Mustafa Reşit: “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi I Teoriler”, 3. Cilt, **İspat Teorisi Hukuk ve Ceza Usulünde Deliller**, 3. Bs., İstanbul, 1950.
- Berkin, Necmettin: **Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi**. İstanbul: Filiz Kitabevi 1982.
- Bolayır, Nur, **Medeni Usul Hukukunda Hakimin Hukuku Re’sen Uygulaması İlkesi**, İstanbul 2019.
- Budak, Ali Cem/ Karaarslan Varol, **Medeni Usul Hukuku**, Güncellenmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Burcuoğlu, Haluk: Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**.
- Cin, Halil: **İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme**, Ankara, 1974, s.337-339.
- Cin, Halil; **Eski Hukukumuzda Boşanma**, 2. Baskı Konya, 1988.
- Çelik, Ferhat: **Boşanma Davalarında İspat ve Deliller**, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, 2021.
- Çırak, Fatma :**Zina Sebebiyle Boşanma Davasında Hukuka Aykırı Deliller**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İstanbul,2020.
- Çiftçi, Pınar: “Boşanma Sisteminin Yargılamada Doğurduğu Temel Hak İhlalleri ve İspat sorunları”, Prof.Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.16, Özel Sayı, 2014, s.1784.
- Dede İsmail, Türk Boşanma Hukukuna Farklı bir yaklaşım, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.23. S.3, 2017, s. 643- 663.
- Deryal, Yahya: **Türk Hukukunda Bilirkişilik**, Güncellenmiş 6. Bs., Ankara, 2017.
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper: **Türk Özel Hukuku Aile Hukuku**, 18. Baskı, C.3, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023.
- Ercan, İbrahim: Boşanma Davalarında Geçerli Olan Yargılama İlkeleri, **S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı**, C. 4 S.2, 2014.
- Erdem, Mehmet/Makaracı Başak, Aslı: **Aile Hukuku**, 1. Baskı Ankara Seçkin yayıncılık, 2022.

- Erden Kuntalp, “Mutlak Boşanma Nedenleri”, AÜHF Ellinci Yıl Armağanı 1925-1975 Boşanma Hukuku Haftası, C. II, Ankara 1977
- Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Bası, İstanbul, 2018.
- Ersöz, Oğuz: **Türk Hukukunda Zina Sebebiyle Boşanma**. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Ertanhan, Mesut: **Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık**, Ankara, 2005.
- Fevzioğlu, Feyzi Necmettin: **Aile Hukuku**, 3. Bası, Filiz Kitapevi, 1986.
- Gençcan, Ömer Uğur: **Aile Mahkemesi Davaları**, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2019.
- Gençcan, Ömer Uğur: **Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku**, 7. Baskı, Yetkin Basımevi, Ankara, 2017, (Gençcan, Nafaka).
- Gençcan, Ömer Uğur: **Boşanma Usul Hukuku**, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2016, (Gençcan, Boşanma Usul).
- Girgin, Yasin: Boşanmada Telefon Kayıtları İstenebilir mi?, www.yasingirgin.av.tr/boşanmadagecmise-donuk-telefon-kayitlari-istenebilir-mi? (E.T. 15.03.2022).
- Görkem, Zeynep Ezgi, “6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Delil İbraz ve İkamesi”, **TAAD**, Y. 6, S. 21, 2015.
- Gürsoy, Kemal T: “Boşanma Hukukunun Tarihi Gelişimine Bir Bakış ve Boşanma Sebeplerinde En Yeni Gelişmeler”, **Boşanma Hukuku Haftası, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı**, Cilt II, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1977.
- Han, Işık Aslı: **Kişisel Verilerin İşlenmesi Bağlamında Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Veri Sahibinin Rızası**, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019/1.
- Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona: **Aile Hukuku**, İstanbul 1993.
- Hatemi, Hüseyin: **Aile Hukuku**, 9.Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Hatemi, Hüseyin: **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları**, İstanbul 1976.
- Helvacı, Serap: **İsviçre ve Türk Hukukunda Boşanma Sebepleri**, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, 2. Cilt, İstanbul 2002.
- Kaneti, Selim: **Çatışan Değerlerin Tartılmasına Dayalı Hukuka Uygunluk**, MHE, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler II Sempozyumu, İstanbul 1981, (Kıs: Çatışan D Kara Kılıçarslan, Seda, **Kişilik Hakkına Saldırıda Üstün Nitelikte Özel ve Kamusal Yarar**, İstanbul 2015.
- Kaneti, Selim: **Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru**, 1. Baskı İstanbul, 2007.

- Karahacıoğlu, Ali Haydar/Parlar, Aynur: **6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda İspat ve Deliller**, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Bs. 2014, Ankara.
- Karslı, Abdurrahim, **Medeni Muhakeme Hukuku**, 3. Baskı, Alternatif Yayıncılık, İstanbul, 2012
- Kartal, Ümit: Boşanma Yargılamasında Re’sen Araştırma İlkesi ile İddianın ve Savunmanın Genişletilmesi Yasağı, **Terazi Hukuk Dergisi**, C.9, S.95, 2014.
- Kaya, Bora: Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller, Yetkin Yayınları, 1. Bası, Ankara, 2023.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.: Aile Hukuku, **Turhan Kitapevi**, 5. Bası, Ankara, Ocak 2020.
- Kılıçoğlu, Ahmet: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Baskı, (Borçlar Hukuku), Ankara 2019.
- Kılıçoğlu, Evren: **Medeni Usul Hukuku Yönünden Kişisel Verilerin Korunması, Güncel Gelişmeler Işığında Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, İstanbul 2020 (kıs: Kişisel Veriler).
- Kılıçoğlu, Evren: **Medeni Yargılamada Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Delillerin Kullanılması**, 1.Baskı, İstanbul, 2021.
- Konuralp, Haluk: **Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları**, Tıpkıbasım, Ankara, 2009.
- Köprülü, Bülent/Kaneti, Selim: **Aile Hukuku**, 2.Baskı, İstanbul 1989.
- Kuru, Baki/Burak, Aydın: **İstinaf Sistemine Göre yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, Ankara, Yetkin yayınları, 6. Baskı, 2021.
- Kuru, Baki: **2008 Tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirme**, MİHDER 2009/1, s. 13 vd. (Kuru, Tasarı).
- Kuru, Baki: **Nizasız Kaza**, Ankara 1961 (Kuru, Nizasız Kaza).
- Odendahl, Hanswerner; **Boşanma ve Boşanmada Kusur Meselesi Üzerine Düşünceler**, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Ankara, 2008, s.643-657.
- Oğuz Polat/Evin Gündoğan, “**Uzman Görüşünün Boşanma Davalarında Velayetin Saptanmasındaki Önemi**”, TBB Dergisi, 2015.
- Oğuzman, Kemal M./Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe: **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 19. Baskı, İstanbul, 2020.
- Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**. Cilt 2, Gözden Geçirilmiş 15. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.
- Özbay, İbrahim: **6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi?**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Bs., Ankara, 2013.

- Özbek, Mustafa Serdar: “Uzman Görüşünün Yargılamada Değerlendirilmesi”, **TNBHD**, S.1, 2017. (Uzman Görüşü)
- Özbek, Mustafa Serdar: Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Aile Arabuluculuğu Konulu Tavsiye Kararı, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 2, s. 71-102.
- Özdemir, Nevzat: **Türk İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma**, İstanbul 2003.
- Özkaya- Ferendeci, H. Özden, **Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki Belge Terimi ve İspat Hukukundaki Yeri**, Prof. Dr Hakan Pekcanitez’e Armağan, DEÜHFD,C.16,Özel Sayı, 2014.
- Özrahit Ticen, **Türk, İngiliz ve K.K.T.C. Medeni Usul Hukuklarında Deliller ve Delillerin Toplanmasına İlişkin Temel Kavramlar ile Güncel Sorunlar**, 1. Baskı, Onikilevha yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Öztan, Bilge: **Aile Hukuku**, 5.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz /Özekes, Muhammet: **Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı**, 6. Bs., Ankara.
- Pekcanitez, Hakan: **Medenî Usûl Hukuku**, C. III, 15. Bs., İstanbul 2017.
- Pekcanitez, Hakan: **Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi**, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.I, Ankara, 2009, s. 789-850 (**Pekcanitez**, Hukuka Aykırı Delil).
- Polat, Oğuz/Güldoğan, Evin: “Uzman Görüşünün Boşanma Davalarında Velayetin Saptanmasındaki Önemi”, **TBB Dergisi**, 2015.
- Postacıoğlu İlhan/Altay Sümer, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- Sarıözen, M. Serhat: “**Özel Bilirkişi (Uzman Görüşü)**”, Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, Ankara 2014.
- Sarıözen, M. Serhat: “**Özel Bilirkişi (Uzman Görüşü)**”, Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, Ankara 2014.
- Saymen, Ferit Hakkı/Elbir, Halid Kemal, **Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1960.
- Schwarz, Andreas B.: **Aile Hukuku**, çev. Bülent Davran, Ülkü Matbaası, İstanbul, 1946.
- Serozan, R.: **Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler**, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Ankara 2008, s. 759-777.
- Serozan, Rona/Başoğlu, Başak/Kapancı, Berk: Aile Hukukunun Özellikleri, İlkeleri ve Gelişimi, **İKÜHFD**, 2016/2, s.531-560.

- Sert, Selin: “Türk Medeni Hukukunda Cinsiyet Değişirme”, **TBB Dergisi**, S.118, Ankara 2015.
- Sirmen, Sedat: “Eş Cinsel Birliktelikler ve Bunların Kanunlar İhtilâfı Hukukunda Düzenlenişi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.58 No 4, 2009, s.825-879
- Şen, Ersan, **Türk Hukukunda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir**, Ankara 2017.
- Tanrıver, Süha “**Noterlerin Tespit İşleri**”, Noterlik Hukukuna İlişkin İncelemeler (1993-2011), Ankara 2011 (**Tanrıver**, Tespit İşleri).
- Tanrıver, Süha: “Türk Medeni Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin İrdelenmesi.” **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.65, 2006, (Tanrıver, Hukuka Aykırı Delil).
- Tanrıver, Süha: “Türk Medeni Yargılama Hukukunda İkrarın Bölünüp Bölünemeyeceği Sorunu”, **TBB Dergisi**, 1993/2 s. 213 (**Tanrıver**, İkrar).
- Tanrıver, Süha: **Hukukumuzda Bilirkişilik**, Ankara 2017, (**Tanrıver**, Bilirkişilik).
- Tanrıver, Süha: **Medenî Usul Hukuku**, C. I, 4. Baskı, Ankara, 2021, (**Tanrıver**, Medeni Usul).
- Taşpınar, Ayvaz: **Medeni Usul Hukukunda Amaç Sorunu**, Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999, s.759-787.
- Topak, Süleyman: **Boşanma Davalarında Yargılama Usulü**, 1. Baskı, Kayseri, 2021.
- Tosun, Öztekin: **Ceza ve Medeni Muhakeme Hukuku Açısından Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilmiş Delillerin İspat Kuvveti**, İstanbul, 1976.
- Tutumlu, Mehmet Akif: **Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku**,bs., Ankara 2005.
- Ulukapı, Ömer: “Bilirkişi Raporu ve Bilirkişi Raporunun Delil Olarak Değeri”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.9 S.3, 2001(**Ulukapı**, Delil).
- Ulukapı, Ömer: **Medeni Usul Hukuku**, Konya 3. Baskı 2015.
- Velidedeoğlu, Hıfısı Velvet: **Boşanma Sebeplerinin Hukuki Tarihi, Kilise Hukuku ve Hukuk Politikası Bakımından Umumi Surette Tetkiki**, Cemil Bilsel’e Armağan.
- Yavaş, Murat: **Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları İle Bu Kuralların İstisnaları**, 2. Baskı, Ankara, 2020.
- Yıldırım, Kamil **Medeni yargılama hukukunda İspat Yasakları Ve Özellikle Taraflarca Hukuka Aykırı Elde Edilmiş Deliller**, Erdoğan Teziç’e Armağan, İstanbul, 2007, 861-871.

Yılmaz, Ejder: **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, C. II, Değiştirilmiş 4. Bs., Ankara, 2021, S.2677- 2683.



ÖZGEÇMİŞ

Adı ve SOYADI	Melike TANIŞMAN
EĞİTİM DURUMU	
Mezun Olduğu Lise	Mürşide Ermumcu Anadolu Öğretmen Lisesi
Lisans Diploması	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yabancı Dil / Diller	İngilizce
İŞ DENEYİMİ	
Çalıştığı Kurumlar	Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hakimler ve Savcılar Kurulu