

ALMAN HUKUKUNDA YENİ BOŞANMA SİSTEMİ VE BU SİSTEM IŞIĞINDA TÜRK BOŞANMA HUKUKUNA İLİŞKİN BAZI ÖNERİLER

Dr. Halûk Burcuoğlu

İ.Ü. Hukuk Fakültesi Yardımcı Doçenti

I. GİRİŞ

Bilindiği gibi Medeni Hukuk alanında, ülkemizde, yenileştirme çalışmaları yapılmaktadır. Seçkin hukukçulardan oluşan bir Hazırlık Komisyonu Medeni Kanunun tümünü ele almıştır. Komisyonu en fazla uğraştıracak olan alan, hiç kuşkusuz, çağdaş hukuklardaki düzenlemelerin oldukça gerisinde kalmış aile hukuku alanıdır. Bunun içinde yer alan boşanma konusu, toplumca hissedilmekte olduğu hiç kimse tarafından inkâr edilemeyecek sorunlarla doludur. Bu çalışmada genel bir görüntüsünü vermeyi amaçladığım yeni Alman Boşanma Hukukundan, bu sorunlardan bazılarına çözümler getirilebileceği kanısındayım.

Almanya'da, 14 haziran 1976 tarihinde yayımlanan ve 1 temmuz 1977 tarihinde yürürlüğe giren Evlilik ve Aile Hukuku Reformu Hakkında Birinci Yasa (Das erste Gesetz zur Reform des Ehe und Familienrechts), boşanma hukukunda büyük yenilikler yapmıştır. Yasada boşanma kurumunu düzenleyen kurallar, hemen 40 yıllık bir aradan sonra, yeniden BGB ye dahil edilmişlerdir: pr. 1564-1587 p.¹.

Bu yeni boşanma sisteminin temel ilkeleri şöylece belirlenebilir:

— Boşanma, eskiden olduğu gibi, eşlerden en az birinin mahkemeye başvurması ve mahkemenin kararıyla gerçekleşir. Boşanma

1) 20 Şubat 1946 tarihli, 1 Mart 1946 da yürürlüğe girmiş olan Ehegesetz, evlilik hukuku kurallarını kendinde toplamış ve dolayısıyla BGB den çıkartmıştı.

kararının yenilik doğurucu etkisi, kesinleşme ile doğar².

— Boşanma konusunda kusur ilkesi tümüyle terkedilmiş, yerini “başarısızlık” (yürümezlik, temelden sarsılma—Scheitern, Zerrüttung) ilkesi almıştır³.

— Boşanma çoknedenlilikten çıkarılmış ve bir tek genel boşanma nedeni kabul edilmiştir: Evliliğin başarısızlığı⁴.

— Nafaka ve denkleştirme istemleri ile, eşlerin, mümkün olduğunca, evlilik içinde sürdürdükleri yaşam düzeyini devam ettirebilmeleri sağlanmak ve ekonomik yönden kötü duruma düşmeleri önlenmek istenmiştir⁵.

— Mahkemenin, mümkün olduğunca, eşlerin gizlilik alanlarından uzak tutulması istenmiş, bu amaçla belli koşullarda aksi ispatlanamaz iki karine getirilmiştir⁶.

— Usul hukuku açısından da şu temel ilkeler göze çarpmaktadır: Sulh Mahkemeleri çerçevesinde, tek yargıçlı, aile hukuku ilişkileri ile görevli Aile Mahkemelerinin kurulması; boşanma ve boşanma sonuçlarına ilişkin kararların birleştirilmesi; artık klasik anlamda bir boşanma davasından söz edilmemesi, bunun yerine, yanlarını talepte bulunan ve muhatap eşin (Antragssteller-Antragsgegner) oluşturduğu bir başvurma usulünün benimsenmesi⁷.

2) Dieter SCHWAB, Das Recht der Ehescheidung nach dem 1. EheRG: Die Scheidungsgründe, FamRZ 1976, s. 492; Maximilian RONKE, ERMANN, Handkommentar zum BGB, Nachtragsheft zur 6. Auflage, 1977, pr. 1564.

3) SCHWAB, agm., s. 492; RONKE, age., Scheidung der Ehe, Vorb. n. 3; Hans-Jochen VOGEL, Das 1. Gesetz zur Reform des Ehe-und Familienrechts vom 14. Juni 1976, FamRZ 1976, s. 483.

4) SCHWAB, agm., s. 494.

5) RONKE, age., Scheidung der Ehe Vorb. n. 3.

6) RONKE, age., pr. 1566 n. 1, 2; SCHWAB, agm., s. 493; VOGEL, agm., s. 483; PALANDT/DIEDERISCHEN, BGB., 41. Aufl., pr. 1566, n. 1.

7) RONKE, age., Scheidung der Ehe Vorb. n. 7 vd., pr. 1564, n. 2.

II. BOŞANMA NEDENİ VE BOŞANMA KOŞULLARI HAKKINDA GENEL BİLGİLER⁸

Yeni düzenleme, yalnızca, bir tek boşanma nedeni öngörmektedir: evliliğin başarısızlığa uğramış olması. Eşlerden herbiri, kendisinin ya da diğer eşin başarısızlığa yol açıp açmadığına bakmaksızın, boşanma talebini, bu nedene dayanarak, mahkeme önüne getirebilir (pr. 1565/I, c. 1)

İki halde, başarısızlık nedeninin gerçekleşmiş olduğu aksi ispatlanamaz karine olarak kabul edilmiştir:

— Eşler en az bir yıldır ayrı yaşıyorlar ve her iki eş birden boşanmayı talep etmiş ya da birinin boşanma talebi diğer eşçe kabul edilmiş ise (uyuşmalı boşanma) (pr. 1566/I).

— Boşanma konusunda uyuşma aranmaksızın, eşlerin üç yıldır ayrı yaşıyor olmaları halinde (pr. 1566/II).

Evlilik, başarısızlığa uğramış olmasına rağmen, şu üç halde boşanma ile son bulamaz:

— Eşler hiç yada henüz bir yıldır ayrı yaşamamışlarsa, boşanma ancak, boşanmayı talep eden eş için, evliliğin devamı, diğer eşin şahsından kaynaklanan nedenlerden, katlanılamaz bir sıkıntı yaratacaksa mümkündür. (pr. 1565/II). Burada, boşanmanın kural olarak en az bir yıllık ayrı yaşamış olmayı gerektirdiğinden söz edilebilir.

— Evliliğin sürdürülmesi, evlilikten olma küçük (ergin olmayan) çocukların yararına, özel nedenlerden, zorunlu gözüküyorsa, boşanmaya karar verilemez. (pr. 1568/I, 1. hal.)

— Boşanmaya karşı çıkan eşin (muhatapın), olağanüstü koşullar nedeniyle, talepte bulunan eşin çıkarları da gözönüne alınsa bile, boşanma halinde, olağanüstü güçlüklerle karşı karşıya kalacak olması durumunda, boşanmaya karar verilemez.

Başarısızlığın aksi ispatlanamaz karine olarak kabul edilmesi için gerekli olan süreler de gözönüne alındığında, boşanma halleri üç grupta toplanabilir:

8) SCHWAB, agm., s. 494; RONKE, age., Überblick zu den pr. 1565-1568, n. 1, 2; PALANDT/DIEDERISCHEN, age., pr. 1565, n. 2.

— Eşler birlikte yaşamaktadırlar ya da ayrı yaşamları henüz bir yıl sürmemiştir. Uyuşmalı boşanma halinde (yani her iki eşin boşanmayı talep ettiği ya da bir eşin boşanma talebinin diğer eşçe kabul edilmesi halinde): Evliliğin başarısızlığa uğramış olduğu henüz aksi ispatlanamaz bir karine olarak kabul edilmez. Mahkeme başarısızlığın gerçekleşip gerçekleşmediğini incelemek zorundadır. Başarısızlık gerçekleşmiş olsa bile, pr. 1565/II ye göre, boşanmayı talep eden eş için evliliğin devamını katlanılmaz bir sıkıntı olarak gösterecek, diğer eşin şahsından kaynaklanan, nedenlerin mevcut olmaması nedeniyle boşanma talebi reddedilebilir⁹. Ayrıca, pr. 1568/I, 1. hale göre çocuğun menfaatinin gereği olarak da boşanma engellenebilir. Çekişmeli boşanmada (yani eşlerden birinin boşanmaya karşı çıkması halinde): Evliliğin başarısızlığı, burada da, aksi ispatlanamaz bir karine olarak kabul edilmiş değildir. O halde, mahkeme, yine, başarısızlığı araştırmak zorundadır. Başarısızlık gerçekleşmiş olsa bile, pr. 1565/II, pr. 1568/I, 1. hal, çocuğun menfaati ve pr. 1568/I, 2. hal, boşanmaya karşı çıkan eşin boşanma halinde olağanüstü güç bir duruma düşecek olması boşanmayı engelleyebilir.

— Eşler bir yıldır ayrı yaşamaktadırlar ama, ayrı yaşam henüz üç yıl sürmemiştir. Uyuşmalı boşanmada: Evliliğin başarısızlığı pr. 1566/I e göre aksi ispatlanamaz bir karine olarak kabul edilir. Artık, pr. 1565/II boşanma için bir engel oluşturmaz. Ancak pr. 1568/I, 1. hal, çocuğun menfaati, boşanmayı engelleyebilir. Çekişmeli boşanmada: Başarısızlık karinesi uygulanmaz, başarısızlığın gerçekleşip gerçekleşmediği mahkemece araştırılacaktır. Mahkeme başarısızlığın gerçekleştiğini kabul ederse, artık, pr. 1565/II bir engel oluşturmaz, ama pr. 1568/I, her iki hal boşanmanın reddine yol açabilir.

— Eşler üç yıldır ayrı yaşamışlardır. Uyuşmalı boşanmada: Bir önceki grup için söylenenler geçerlidir. Çekişmeli boşanmada: Evliliğin başarısızlığı pr. 1566/II ye göre aksi ispatlanamaz bir karine olarak kabul edilir. Pr. 1568/I, her iki hal boşanmayı engelleyebilir.

Genel bilgi olarak verilen bu açıklamalar, alman boşanma sisteminin kilit kavramlarının başarısızlık ve ayrı yaşam olduğunu göstermektedir. Bu iki kavram anlaşılmadan, sistemin tümü hakkında edinilecek bilgiler yüzeysel kalmaya mahkumdurlar.

9) Tartışmalı, bak. Uyuşmalı Boşanma bölümü.

III. BAŞARISIZLIK

(KÖKLÜ YA DA TEMELDEN SARSINTI, YÜRÜMEZLİK)

Yukarıda belirtildiği gibi, aksi ispatlanamaz karineler uygulanmadığında, mahkeme boşanmanın tek nedenini oluşturan evliliğin başarısızlığa uğramış olmasının gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırmak zorundadır. Bu araştırma pr. 1565/I, c. 2 deki tanıma göre yapılır. Yani, eşlerin yaşam ortaklığının artık mevcut olmadığına ve eşlerden bu ortaklığı yeniden kurmaları beklenemez olduğuna bakılır. Bir başka deyişle, mahkeme, önce evliliğin o anki durumunu inceleyecek, sonra da ilerisi için tahmin yürütecektir¹⁰. Ancak, bu iki işlemi birbirinden ayırmak oldukça güçtür. Kolayca, ne aynı anda evliliğin o anki durumuna bakılmaksızın tahmin yürütülebilir, ne de, evliliğin gelecekteki durumu hakkında tahmin yürütmeksizin, o an başarısızlığın mevcut olduğu söylenebilir¹¹.

Kusur ilkesi terkedildiğinden, başarısızlığın kaynağında eşlerin her ikisinin, içlerinden birinin, hattâ, bizzat boşanmayı talep eden eşin bulunmasında bir ayırım gözetilmez¹².

Eşler arasında yaşam ortaklığının mevcut olmamasından, daha çok, somut olayda, eşlerin birbirleriyle olan kişisel ilişkilerinin son bulması anlaşılır. Evliliğin objektif bir mahiyeti ve bir takım sosyal işlevleri bulunduğu düşünceleri ikinci plana itilmiştir. Yani bireyci bir anlayış benimsenmiştir¹³. Bu anlayışa göre başarısızlık ya da sarsıntı “evlilik duygusunun yitirilmesi”, “evliliğe bağlılığın yitiril-

10) Joachim GERNHUBER, Familienrecht, 3. Aufl., 1980, s. 294 vd.; SCHWAB, agm., s. 494, 495; RONKE, age., pr. 1565; VOGEL, agm., s. 483; PALANDT/DIEDERISCHEN, age., pr. 1565; n. 2-4.

11) SCHWAB, agm., s. 494, 495; Ancak OLG Koblenz, 3.12.1979 tarihli kararında bunları ayrı ayrı ele almış, yaşam ortaklığının artık mevcut olmadığını kabul etmiş, tekrar kurulamayacak olduğunu reddetmiştir, FamRZ 1980, s. 253, 254.

12) GERNHUBER, age., s. 297; SCHWAB, agm., s. 497; RONKE, age., pr. 1565, n. 5, 11; VOGEL, agm., s. 483; PALANDT/DIEDERISCHEN, age., pr. 1565, n. 1.

13) SCHWAB, agm., s. 495; RONKE, age., pr. 1565, n. 2; GERNHUBER, age., s. 293, 294.

mesi", "diğer eşe derin şekilde yabancılaşıma" olarak tanımlanmıştır¹⁴. Bir başka açıdan bakılırsa, eşler arasında kişisel ilişkiler kopmuşsa, evliliğin eşler ve/veya çocuklar için halen sosyal işlevler görebilecek olması halinde bile başarısızlığı kabul etmek gerekecektir. Sarsılmış bir evliliğin muhafazası, çocuğun menfaati gereği ya da boşanmak istemeyen eşin olağanüstü bir sıkıntıya düşmemesi için, olağanüstü şartlarda mümkündür, yani, yalnızca, pr. 1568/I çerçevesinde sarsılmış bir evliliğin sürdürülmesi istenebilir. Ancak, yargıç, eşlerden birinin duygusal yönden şiddetli şekilde etkilenmesi sonucu, kızgınlıkla boşanma talebinde bulunması halinde, başarısızlığı, yani kişisel ilişkilerin tamamen koptuğunu kabul etmemelidir¹⁵. Talepte bulunan eşin, boşanma talebi reddedilseydi bile, diğerine yeniden dönmeyecek olması, başarısızlığın kabulünde yargıcın işini kolaylaştırabilir¹⁶.

Öğretide ve uygulamada şu haller başarısızlık işaretleri olarak görülmektedir¹⁷:

— Her iki eşin boşanmayı istemesi.

— Bir eşin, diğerinden kendisine karşı beklediği davranış konusunda büyük bir hayal kırıklığına uğraması. Kusur ilkesi boşanma düzenlemesinin artık dışında bırakıldığından, burada, hayal kırıklığına uğratan eşin kusurlu ve sorumlu olması aranmaz. Belirleyici olan, daha çok, hayal kırıklığına uğramış eşin evlilik duyguları üzerindeki etkilerdir. Bu tür davranışlara örnek olarak çok kötü muamele, dövme, hakaret, tam ilgisizlik sayılabilir.

— Bir kimsenin, eşinden başka bir kimseyle sürekli şekilde birlikte yaşaması, böyle bir ilişkiden bir çocuğun doğması¹⁸.

— Diğer eşin, kendisinin evlilikle bağlı olduğu duygusunu yok edecek derecede, kalıcı ve akli bozuklukları olması.

Başarısızlığı tanımlayan pr. 1565/I, c. 2 metnine bakılırsa, "yaşam ortaklığının artık mevcut olmaması", "bu ortaklığın yeniden kurulamayacak olması" deyimlerinden, mutlaka bir yaşam ortak-

14) SCHWAB, agm., s. 495; RONKE, age., pr. 1565, n. 4.

15) SCHWAB, agm., s. 496; VOGEL, agm., s. 483.

16) SCHWAB, agm., s. 496.

17) SCHWAB, agm., s. 497, 498; RONKE, age., pr. 1565, n. 5-10.

18) Bak. OLG Düsseldorf, 22.10.1979, FamRZ 1980, s. 146-147.

lığının bir an için bile olsa mevcut olmuş bulunması aranır gözükmektedir. Oysa, yalnız bir ünvan elde edebilmek ya da yalnız bir çocuğun soydanlığını düzeltmek amacıyla kurulan evliliklerde, eşler amaçları dışına çıkmamış, yani bu yaşam ortaklığını hiçbir zaman gerçekleştirmemiş olsalar bile, pr. 1565, en azından örnekseme yolu ile, uygulama alanı bulur¹⁹. Bir de eşlerin bir yaşam ortaklığı kurduğu ama, bu ortaklığın toplumca hoş karşılanmadığı evlilikler vardır. Bir kadın satıcısı ile satılık kadın arasında olduğu gibi. Bu evlilikler için pr. 1565 in doğrudan uygulanacağı konusunda kuşku yoktur²⁰. Bireyci anlayış çerçevesinde hareket noktası ideal bir evlilik değil, evli kimselerin birbirlerine karşı somut davranış beklentileridir²¹.

Aksi ispatlanamaz karinelerin uygulama olanağı bulamamaları nedeniyle, başarısızlığın mahkemelerce araştırılması halinde, yeni yasanın evliliğin yarattığı gizlilik alanını mahkemelerin girişimlerinden uzak tutma hedefinden uzaklaşmaktadır²².

IV. AYRI YAŞAM KAVRAMI

Boşanmanın tek nedeni evliliğin başarısızlığının aksi ispatlanamaz bir karine olarak kabulünün ve pr. 1565/II nin uygulanıp uygulanamayacağı sorununun temelinde yer alan en önemli öge ayrı yaşamdır²³. Bu kavram pr. 1567/I de tanımlanmıştır: "Eşler, aralarında bir konutta ortak bir şekilde yaşamıyorlar ve bir eş, evlilik gereği yaşam ortaklığını reddettiğinden, bu ortaklığı kurmayı istemiyorsa, ayrı yaşamaktadırlar".

19) RONKE, age., pr. 1565, n. 10; OLG Hamm, 23.11.1979, FamRZ 1980, s. 145, 146 ve OLG Düsseldorf 25.3.1981, FamRZ 1981, s. 677 de yalnızca türk eşe oturma izni sağlamak amacıyla yapılan evlilik ele alınmıştır.

20) RONKE, age., pr. 1565, n. 10; SCHWAB, agm., s. 499; GERNHUBER, age., s. 297, 298.

21) SCHWAB, agm., s. 499.

22) RONKE, age., pr. 1565, n. 6.

23) GERNHUBER, age., s. 314.

Bu tanımdan ayrı yaşamın koşulları olarak şunları çıkartabiliriz²⁴:

— Eşler arasında bir konutta ortak bir şekilde yaşamamanın mevcut olmaması gerekir. Bir başka deyişle, eşler ortak yaşam alanı olarak gördükleri bir yerde bir arada yaşamamalıdır.

— Bu durumun (ortak yaşam alanında bir arada olmamanın) oluşması ya da sürdürülmesinin en az bir eş tarafından istenmesi ve bu istemin dışı karşı anlaşılabilir olması gerekir.

— Nihayet, bu istemin saiki, dayanağı, evliliğin gerektirdiği yaşam ortaklığının reddi olmalıdır.

Şu dört ayrılık hali ayrı ayrı incelenmelidir:

— Eşlerden birinin ortak konutu, evliliğin gerektirdiği yaşam ortaklığını reddettiği için, bu ortaklığa son verme amacıyla terketmesi. Burada pr. 1567 nin aradığı ayrı yaşam, ortak konutun terkedildiği anda başlayacaktır. Terkeden eşin yeni konutunu yetkili makama kaydettirmesi ayrılık süresinin başlangıcı açısından gerekli olan ispatı kolaylaştırır²⁵.

— Ayrılık hali istem dışı olabilir: eşlerden birinin tutukluluk hali, askerlik hizmeti yapması hali. Burada ayrılık ne kadar uzun olursa olsun, istem ve bu istemin dayanması gereken evliliğin gerektirdiği ortak yaşamın reddi olgusu mevcut olmadığından, pr. 1567 anlamında ayrı yaşam sayılamaz. Ancak, ayrılık sırasında evlilik gereği ortak yaşama son verme isteği anlaşılabilir bir şekilde ortaya çıkarsa, ayrı yaşam başlamış olur²⁶.

— Ayrılık hali isteğe uygun olarak gerçekleşmiştir, ama, diğer iki sübjektif koşul söz konusu değildir. Örnek olarak şu olayı ve-

24) Dieter SCHWAB, Probleme des materiellen Scheidungsrechts, FamRZ, 1979, s. 16; SCHWAB, agm., s. 500 vd.; RONKE, age., pr. 1567, n. 3-6; GERNHUBER, age., s. 314, 315; PALANDT/DIEDERISCHEN, age., pr. 1567, n. 1, 2; Karl HILLERMEIER, Das Erste Gesetz zur Reform des Ehe-und Familienrechts aus der Sicht der Bundesratsvorschlaege, Familienrecht, FamRZ - Sammelband, 1977, s. 28.

25) RONKE, age., pr. 1567, n. 5; SCHWAB, agm., s. 500.

26) SCHWAB, agm., s. 500; RONKE, age., pr. 1567, n. 7; Hapis cezası halinde bak. OLG Bamberg, 3.5.1981, FamRZ 1981, s. 52.

rebiliriz: eşlerden biri mesleği gereği uzun bir süre başka bir kent ya da ülkede bulunmaktadır. Burada da yasal anlamda bir ayrı yaşam yoktur. Ama fiili ayrılık haline sonradan, pr. 1567 nin aradığı sübjektif koşullar da eklenirse, başarısızlık karinelerine ve pr. 1565/II ye temel oluşturan ayrı yaşam başlamış olur. Başka ülkede çalışan koca, başka bir kadınla birlikte yaşamaya başlamıştır²⁷.

— Evlilik akdedildikten sonra bir konutta ortak yaşam kurulmuşsa, ayrı yaşamın daha evliliğin akdedildiği anda başladığı doğrudan kabul edilemez. Çünkü gerekli iki sübjektif koşul (ayrı yaşama istemi ve bu istemin evliliğin gerektirdiği ortak yaşamın reddi ne dayanması) evliliğin akdi anında mevcut olmayabilir. Bu halde de pr. 1567 de verilen tanımın bütün koşullarının gerçekleştiği anda ayrı yaşam başlamış olacaktır²⁸.

Ayrı yaşamı açık bir şekilde gözler önüne seren ortak konutu terk eylemi, eşlerin birbirlerine karşı tüm bağılıkları sona ermiş olmasına rağmen, ekonomik nedenlerden ya da ortak çocukların menfaati nedeniyle mümkün olmamışsa, boşanmak isteyen eşin pr. 1566 daki karinelere yararlanması söz konusu olamayacak mıdır? Bir başka deyişle, karinelerin temel olgusu ayrı yaşam gerçekleşemeyecek midir?

Yeni yasa ile BGB ye getirilen pr. 1567/I, c. 2 kuralı, bu halde de, yani eşlerin ortak konutta yaşamaya devam etmeleri halinde de, ayrı yaşamın gerçekleşebileceğini kabul etmektedir. Yukarıda belirttiğimiz ayrı yaşam tanımından türettiğimiz koşullardan da bu sonuç çıkartılabilir. Bir konutta ortak bir şekilde yaşamının mevcut olması, ancak, eşlerin o konutu ortak yaşam alanı olarak görmeleri halinde söz konusu olabilir. Oysa, ekonomik nedenlerden ya da çocuğun menfaati gereği ayrı bir konuta taşınamayan eş için, diğer eşle birlikte işgal edilmekte olan konutun ortak yaşam alanı olarak kabul edildiği söylenemez.

Mahkeme içtihatlarında aynı konutta ayrı yaşamın kabulü ağır koşullara bağlanmıştır. Her halükarda konutta yerel bir ayrılık

27) SCHWAB, agm., s. 500, 501; RONKE, pr. 1567, n. 7.

28) SCHWAB, agm., s. 501; RONKE, age., pr. 1567, n. 6; OLG Düsseldorf, 25.3.1981, FamRZ 1981, s. 677: türk kocaya oturma izni sağlamak için danışıklı evlilik, kocanın evden kovulmasıyla ayrılık amacı bilinebilir olmuştur, ayrılık bu anda başlamıştır.

mevcut olmalıdır, ayrı odalarda yatma gibi. Tek mutfak, tek banyo ve tek tuvaletin birlikte kullanımı ayrı yaşamı engellemez denmektedir. Bundan başka, eşler arasında önemli kişisel temasların, zorunluluk hali dışında, olmaması gerekir. Kadının kocası için de yemek yapması, yemeklerini aynı masada, aynı anda yemeleri, kadının kocasının oda ve çamaşırlarını düzenlemeye devam etmesi aynı konutta ayrı yaşamı engeller görüşü egemendir²⁹.

Öğretide bu konuda daha geniş davranılmaktadır. Bir eşin diğeriyle, her türlü evlilik duygusu sona ermiş olmasına rağmen, "İyi insan" olması ya da alışkanlık nedeniyle, ilgilenmesi, mutlaka ayrı yaşamın mevcut olmadığı sonucuna götürmemelidir. Ama, ev idaresini ortak bir şekilde yürütülmesi, yani eşlerin ev idaresi kapsamına giren yaşam ihtiyaçlarını birbirleri arasında güçbirliğiyle ve ortak bir kasadan karşılamaları halinde, aynı konutta ayrı yaşamdan söz edilemez³⁰.

Aynı konutta ayrı yaşamın varlığının kanıtlanması da ister istemez, yargıcın, eşlerin gizlilik alanına girmesini gerektirecektir.

Ayrı yaşamakta olan eşlerin kısa süre ile yeniden bir araya gelmelerinin etkisine gelince, şu üç olgu birbirinden ayrılmalıdır:

— Yeniden bir araya gelme süreklilik amacıyla, yani barışma isteğiyle, gerçekleşmiş ama, barışmaya ulaşılamadan, eşler ayrı yaşamaya dönmüşlerdir. Bu hal pr. 1567/II de açıkça düzenlenmiştir. Bu kurala göre, eşlerin barışma amacıyla kısa süreli birlikte yaşamaları, karineleri düzenleyen pr. 1566 daki süreleri ne keser, ne de engeller. Yani barışma gerçekleşmezse, önceki ayrı yaşam, kısa süren birlikte yaşam ve sonraki ayrı yaşam süreleri birbirine eklenir. Bu tür düzenlemenin gerekçesi şudur: eğer, barışma denemesi sırasındaki birlikte yaşam, boşanmayı düşünmekte olan eşin ya da eşlerin kendi yararlarına uygulanacak olan başarısızlık karinelerinin temel olgusu olan süreyi kesseydi ya da o an için durdursaydı, eş yada eşler barışma girişiminden kaçınacaklardı. O halde, pr. 1567/II eşleri barış-

29) SCHWAB, Probleme..., s. 15, 16; OLG Karlsruhe, 27.9.1979, FamRZ 1980, s. 52, 53; BGH 11.4.1979, FamRZ 1979, s. 469, 470.

30) SCHWAB, agm., s. 501, 502; SCHWAB, Probleme..., s. 15; RONKE, age., pr. 1567, n. 8, 9; GERNHUBER, age., s. 317.

ma girişiminde bulunmaya teşvik edici ya da, en azından, bu girişimleri önlemeyen bir kuraldır³¹.

— Kısa süreli birlikte yaşam barışmaya yönelik olmadığına da pr. 1567/II deki kurala uymak gerekir. Böyle bir birlikte yaşam daha başından geçici olarak düşünülmüştür ve bir konutta yaşam ortaklığı anlamını taşımaz. Örneğin, ayrı yaşayan evli bir çift kadının mirasçısı olacağı amcasına mutlu çift rolü oynamak için birkaç gün bir arada bulunurlar³².

— Bir de, bir araya gelme kısa süreli birlikte yaşam oluşturmayacak kadar çabuk son bulmuşsa, yani eşler yeniden hemen ayrılma niyetiyle bir araya gelmişlerse (ziyaret, birlikte bir yere gitme gibi), pr. 1567/II ye bile başvurmayaya gerek yoktur, ayrı yaşamda fiilen hiç bir kesinti olmamıştır³³.

Kısa süreli birlikte yaşamın yalnızca barışmaya hizmet etmekle kalmayıp eşlerin gerçek anlamda barışması sonucunu doğurduğu, yani ayrı yaşam süresini kestığının ispatı boşanma talebi kendisine yöneltilen, boşanmaya karşı çıkan eşe yükletilmiştir³⁴.

Burada da, yargıç, eşlerin gizlilik alanına müdahale etmek zorunda kalacaktır.

Pr. 1566 daki karinelerin ve pr. 1565/II nin en önemli ögesi ayrı yaşam süresi mahkemede son sözlü müzakereler safhasına kadar gözönüne alınır. Yani, mahkemeye başvuru sırasında henüz bir ya da üç yıllık süre dolmamış bile olsa, bu süreler anılan safhaya kadar tamamlandığı takdirde karineler uygulanır ya da pr. 1565/II uygulanmaz³⁵.

31) RONKE, age., pr. 1567, n. 8; SCHWAB, agm., s. 501; GERNHUBER, age., s. 318.

32) SCHWAB, agm., s. 501.

33) SCHWAB, agm., s. 501.

34) OLG Celle 16.11.1978, FamRZ 1979, s. 234, 235; OLG Zweibrücken 3.11.1980, FamRZ 1981, s. 146 : üç ayı aşan birlikte yaşam, artık barışma amacıyla kısa süreli birlikte yaşam olarak nitelendirilemez.

35) SCHWAB, agm., s. 499.

Ayrı yaşamla ilgili gözlemleri karinelerin uygulanması için gerekli olan süreleri anımsatarak bitirelim: eşler boşanma konusunda uyusabileceklerse bir yıllık ayrı yaşam başarısızlık karinesini gerçekleştirir; tek taraflı (çekişmeli) boşanmada başarısızlığın karine olarak kabulü için üç yıllık ayrı yaşam gerekir. Bu karinelerin aksi ispatlanamaz.

V. UYUŞMALI BOŞANMA

Eşler bir yıldır ayrı yaşamakta iseler, evliliklerinin başarısızlığı aksi ispatlanamaz bir karine olarak kabul edilebilir. Bunun için, bir yıllık ayrı yaşam dışında eşlerin uyusmalı boşanmayı seçmiş olmaları gerekir. Uyuşmalı boşanma ya eşlerin her ikisinin ileri sürdüğü boşanma talebi ya da eşlerden yalnız birinin boşanma talebinde bulunması ve diğerinin bu talebi kabulü ile gerçekleşir³⁶.

İlk bakışta uyuşma nedeniyle çok kolaylaşmış gözüken boşanma, pr. 630 ZPO nun koyduğu kurallarla belli koşullara tabi kılınmıştır³⁷. Bu kurallara göre pr. 1566/I deki karinenin ileri sürülebilmesi, boşanma talebinin su noktaları da içermesi koşuluna bağlıdır:

— Diğer eşin boşanmayı kabul ettiğinin ya da aynı şekilde boşanmayı talep ettiğinin belirtilmesi.

— Eşlerin ortak çocukları üzerindeki velayet hakkının düzenlenmesi ve velayet hakkı kendisine tanınmayan eşin çocuklarla ilişkilerinin düzenlenmesine ilişkin önerileri.

— Eşlerin bir çocuğa karşı bakım yükümlülüğünün düzenlenmesi, evliliğin, temelini oluşturduğu yasal nafaka yükümü, ortak konut ve ev eşyası ile ilişkiler hakkında anlaşmış olma.

Ayrıca, son şıkta anılan konularda icraya konulabilir bir sene-din düzenlenmiş olması da gerekir.

36) PALANDT/DIEDERISCHEN, pr. 1566, n. 2; RONKE, age., pr. 1566, n. 1; SCHWAB, agm., s. 503; GERNHUBER, age., s. 303.

37) Walter ROLLAND, Komm. zum 1. EheRG, 1977, pr. 630, s. 765 vd.; RONKE, age., pr. 1566, n. 5, 6; SCHWAB, agm., s. 503; PALANDT/DIEDERISCHEN, age., pr. 1566, n. 2.

Ayrı yaşam süresi bir yıldan daha az ise, başarısızlık karinesinden yararlanılamaz, ancak pr. 630 un yukarıda anılan koşulları da aranmaz³⁸.

Pr. 1566/I e dayandırılan bir boşanma talebinin, pr. 630 ZPO'daki koşulları gerçekleştirilmemesi halinde, egemen olan görüşe göre dava yine kabul edilecek, ancak, başarısızlık karine olarak kabul edilmeyip, pr. 1565/I, c. 2 ye göre mahkemece araştırılacaktır. Eğer üç yıllık ayrı yaşam gerçekleşmişse pr. 1566/II'deki başarısızlık karinesinin uygulanması söz konusu olacaktır³⁹.

Pr. 630 ZPO'daki konularda yapılan anlaşmaların mahkemeyi bağlayıp bağlamadığı tartışmalıdır⁴⁰.

VI. BAŞARISIZLIĞIN GERÇEKLEŞMİŞ OLMASINA RAĞMEN BOŞANMANIN ENGELLENMESİ

1 — Pr. 1565/II BGB

Pr. 1565/II BGB kuralına göre, eşlerin hiç ya da henüz bir yıldır ayrı yaşamamış olmaları halinde, boşanmanın ancak talepte bulunan eş için evliliğin devamı, diğer eşin şahsından kaynaklanan nedenlerden, katlanılamaz bir güçlük oluşturacaksa mümkündür. Diğer eşin şahsından kaynaklanan nedenler deyiminden, onun bedensel ya da ruhsal durumu, önceki ya da beklenen davranışları anlaşılır⁴¹. Bu nedenlerin boşanmayı isteyen eş için evliliğin devamını katlanılmaz hale getirmesinden, evlilik gereği birlikte yaşamın katlanılmaz hale gelmesi anlaşılmalıdır⁴².

38) OLG Köln 21.12.1978, FamRZ 1979, s. 236 ve OLG Stuttgart 22.7.1977, FamRZ 1977, s. 646, 647; aksi görüşte PALANDT/DIEDERISCHEN, age., pr. 1565, n. 4.

39) SCHWAB, agm., s. 503; ROLLAND, age., s. 766; PALANDT/DIEDERISCHEN, age., pr. 1566, n. 2; aksi görüşte, RONKE, age., Scheidung der Ehe, Vorb., n. 47.

40) ROLLAND, age., s. 768, 769.

41) OLG Düsseldorf 25.3.1981, FamRZ 1981, s. 677 : pr. 1565/II'nin uygulanabilmesi için diğer eşin şahsında objektif bir gözlemci için talepte bulunan eş kesin olarak kendisinden koparacak olarak nitelendirilecek davranışların mevcut olması gerekir.

42) SCHWAB, agm., s. 504; SCHWAB, Probleme..., s. 19; farklı gö-

Hükümet tasarısında yer almayan bu kural, Bundesrat ve Bundestag'ın CDU/CSU kanadının baskıları sonucunda yasaya konulmuştur⁴³.

Öğreti ve mahkeme içtihatlarında bu kurala çeşitli amaçlar yükletilmiştir⁴⁴:

— Hakkın kötüye kullanılmasının önlenmesi. Bir eş hem evliliği başarısızlığa bizzat kendisi uğratar, hem de kolayca boşanabilirse, boşanma hakkı kötüye kullanılmış olur denmiştir. Ama, bu halin bir yıllık ayrılık süresi dolunca itirazsız boşanmaya yol açabilmesi bu görüşü çürütür.

— Eşlerin anlaşarak boşanmalarının ifrata dönüştürülmesini önlemek. Bir yıllık ayrı yaşam tamamlanmadan boşanmak isteyen eşler katlanılmaz güçlük halini kanıtlamak zorunda kalacaktır. Bundan kurtulmak için bir yıllık süreyi beklemek zorunda olduklarından daha çok düşünme olanağını bulacaklar ve alacakları karar daha sağlıklı olacaktır denmiştir. Bu görüş de tam olarak benimsenemez. Çünkü, çekişmeli boşanmalara değinilmemiştir. Öte yandan, her iki eş de boşanmak istediğinde katlanılmaz güçlük için kanıt göstermek güç olmaz.

— Mahkemenin eşlerin gizlilik alanına müdahalesini önleme. Eşlerin gizlilik alanlarını açığa vurmaktansa, bir yıl bekleyip, pr. 1566/I deki karineden yararlanmayı tercih edecekleri görüşü savunulmuştur. Bu da yalnız uyuşmalı boşanma hali için geçerlidir. Çekişmeli boşanmalarda ayrı yaşam süresi bir yılı aşmış bile olsa başarısızlık karinesi uygulanamayacağından, mahkeme yine eşlerin gizlilik alanına girecektir.

— Aceleci boşanmaların önlenmesi. İkinci olarak andığımız amaç için ortaya atılan gerekçe aceleci boşanmaların önlenmesi amacı için de ileri sürülmüştür.

rüšte OLG Bamberg 27.6.1979, FamRZ 1980, s. 577, 578 ve PALANDT/DIEDERISCHEN, age., pr. 1565, n. 4b: yalnız evli kalma hukukî durumunun katlanılmaz hale gelmesi aranmalıdır.

43) Heinz HOLZHAUER, Die Scheidungerschwernis des § 1565 Abs. 2 BGB, Juristenzeitung 1979, s. 113, 114; VOGEL, agm., s. 483.

44) SCHWAB, Probleme..., s. 17, 18; HOLZHAUER, agm., s. 114, 115; PALANDT/DIEDERISCHEN, age., pr. 1565, n. 4; GERNHUBER, age., s. 298 vd.

— Pr. 1565/II nin özellikle Grundgesetz md. 6/1 açısından boşanmayı güçleştirerek evlilik birliğinin, ailenin korunmasına yönelik olduğu savunulmuştur. Genel olarak boşanmanın zorlaştırılması benimsenemez. Ancak, aceleci boşanma kararları karşısında evliliğin himayesi çerçevesinde bu görüşe katılmak mümkündür.

Pr. 1565/II ile kusur ilkesinin dolaylı yoldan da olsa yeniden uygulanmasının asla söz konusu olmadığına dikkat edilmelidir, bu kural yalnızca, sarsılma ilkesinin özel bir görünümü olarak yorumlanmalıdır⁴⁵.

Bir yıllık ayrı yaşam süresi dolmadan, her iki eşin boşanmayı talep etmesi halinde, pr. 1565/II nin getirdiği koşulların her iki eş için aranıp aranmayacağı konusu tartışmalıdır⁴⁶.

Eşleri katlanılmaz güçlüğün ispatından kurtaracak bir yıllık ayrı yaşam süresinin hesaplanmasında da pr. 1567/II kuralı, yani, kısa süreli, barışma amacıyla bir araya gelmenin ayrı yaşam süresini kesmeyeceği kuralı uygulanır⁴⁷.

2 — Pr. 1568/I BGB

Bu kuraldaki boşanmayı engelleyici kayıtların uygulanabilmesi, evliliğin başarısızlığının saptanmış olmasını gerektirir. Çünkü, başarısızlık mevcut değilse, zaten boşanma mümkün olmayacağından engele de gerek yoktur.

Kural iki boşanma engelini içermektedir:

— Başarısızlığa uğramış olmasına rağmen, evliliğin sürdürülmesi, evlilikten olma ergin olmayan çocukların menfaati gereği, özel

45) HILLERMEIER, agm., s. 28.

46) Aranması yolunda SCHWAB, agm., s. 491, 504 ve OLG Stuttgart 22.7.1977, FamRZ 1978, s. 646; aksi görüşte, PALANDT/DIEDERISCHEN, age., pr. 1565, n. 4d ve RONKE, age., pr. 1565, n. 14; GERNHUBER, age., s. 301.

47) Bak. OLG Celle 16.11.1978, FamRZ 1979, s. 234, 235 ve OLG Köln 21.12.1978, FamRZ 1979, s. 236, OLG Hamm 23.11.1979 FamRZ 1980, s. 145, 146: evlilik gereki yaşam ortaklığı hiç kurulmamış olsa bile pr. 1565/II uygulanır. Bu noktada tavır almayan OLG Zweibrücken 3.11.1980, FamRZ 1981, s. 146.

nedenlerden, istisnai olarak zorunlu ise ve bu zorunluluk hali devam ettiği sürece boşanma olanaksızdır (pr. 1568/I, 1. hal). Böyle bir halin mevcut olup olmadığını mahkeme resen araştırır. Eşler boşanma konusunda uyuşmuş bile olsalar, bu hal boşanmayı engeller⁴⁸. Menfaati gözönüne alınacak çocuklar, boşanma ile son bulması istenen evlilikten doğan ya da soydanlığı o evlilikle düzelmiş olan ya da eşlerin daha önce de birbirleriyle evli olmaları boşanma ile ikinci kez aralarında yapılan evliliğe son verilmek istenmesi halinde, eşlerin ilk evlilikleri sırasında doğan çocuklardır. Her iki eş tarafından evlat edinilen çocuklar da buraya dahil edilmelidir⁴⁹.

— Başarısızlığa uğramış olmasına rağmen, boşanma talebine karşı çıkan eşin, boşanmak isteyen eşin menfaatleri de gözönünde tutulduğunda bile, evliliğin devamını gerektirecek derecede, olağanüstü bir sıkıntıya düşecek olması boşanmayı bu durum devam ettiği sürece engeller (pr. 1568/I, 2. hal).

Bu kuralların uygulanması için gerekli olan koşullar şunlardır⁵⁰:

— Boşanma talebi kendisine yöneltilen eş boşanmaya karşı çıkmalıdır, yani uyuşmalı boşanma halinde bu kural uygulanmaz⁵¹.

— Bu eş için boşanma olağanüstü koşulların varlığı nedeniyle, olağanüstü bir sıkıntı yaratacak olmalıdır. Hükümet tasarısında yer alan “ekonomik güçlükler gözönüne alınmaz” kaydı yasa metnine girmemiştir. O halde, söz konusu sıkıntı psişik, sosyal ya da ekonomik olabilir⁵².

Böyle bir engeli kabul etme konusunda mahkemeler çok titiz davranmaktadırlar. Federal Mahkeme (BGH) 11.4.1979 tarihli bir kararında⁵³, boşanmaya karşı çıkan eşin akli dengesinin tam olmamasını yeterli saymamıştır:

48) RONKE, age., pr. 1568, n. 6; GERNHUBER, age., s. 308, 309; SCHWAB, agm., s. 506.

49) SCHWAB, agm., s. 507.

50) SCHWAB, agm., s. 505; RONKE, age., pr. 1568, n. 8-11.

51) SCHWAB, agm., s. 505.

52) Aksi görüşte OLG Düsseldorf 2.5.1980, FamRZ, s. 780, 781 : pr. 1568/I deki sıkıntı kaydının amacı maddî türden sıkıntıların önlenmesi değildir.

53) Bak. FamRZ 1979, s. 469, 470.

“Bu boşanmanın etkileri, hasta bir eş için boşanmanın normal olarak doğuracağı etkiler olduğundan, pr. 1568/I anlamında olağanüstü bir sıkıntı hali yoktur”.

Aynı yönde, bunalımlı bir yapısı olan eşin boşanma sonucu intihar etme tehlikesinin mevcut olması, bu tehlikeli sonucun bunalımlı eş için boşanmanın yaratacağı olağan sonuç olması nedeniyle, boşanmayı engelleyici sayılmamıştır⁵⁴.

Boşanmaya karşı çıkan eş, kendisini, boşanma halinde davranışlarını yeterli ölçüde düzenleyemeyeceği, zararlı sonuçları olan bir tepki göstereceği, özellikle intihar tehlikesinin söz konusu olabileceği istisnai bir psişik durumda bulacaksa, pr. 1568/I, 2. haldeki sıkıntı kaydı kabul edilip, başarısız bir evliliğin boşanma ile sonuçlandırılması önlenebilirdi⁵⁵.

Yalnızca ayrı yaşamadan kaynaklanan ağır güçlük pr. 1568/I in uygulanması için yeterli olmaz. Bu kural başarısızlığı kesinleşmiş bir evliliğin boşanma ile çözülmesini engeller, ama, boşanmak isteyen eşin pr. 1353/II ye göre ayrı yaşama hakkını kaldırmaz. Hasta bir adam olan muhatabın boşanmayı, yeni bir yaşama çok daha kolay intibak edebilecek sağlıklı bir kimseden daha ağır şekilde hissedeceği doğrudur, ama, bu durum pr. 1568/I anlamında bir kayıt sayılamaz⁵⁶.

— Nihayet, boşanmayı talep eden eşin çıkarları da gözönüne alındığında, evliliğin sürdürülmesi daha ağır basmalıdır. Bir başka deyişle, boşanmanın kabulü adalet duygularını örseleyecek derecede ve türde olağanüstü sıkıntı yaratacak olmalıdır.

Öğretide çoğunluk pr. 1568/I deki iki engelin bir itiraz olduğu görüşündedir⁵⁷.

14 Haziran 1976 tarihli yasada, pr. 1568/I deki bu iki boşanma engeli, ikinci bir fıkroda, eşlerin beş yıldan fazla ayrı yaşamış ol-

54) Bak. OLG Düsseldorf 22.10.1979, FamRZ 1980, s. 146, 147 ve bu kararı onayan BGH 16.9.1981, FamRZ 1981, s. 1161 vd.

55) Bak. dn. 54 teki BGH kararı.

56) OLG Köln 8.5.1981, FamRZ 1971, s. 959, 960.

57) RONKE, age., pr. 1568, n. 4; SCHWAB, agm., s. 504; aksi yönde GERNHUBER, age., s. 311; PALANDT/DIEDERISCHEN, age., pr. 1568, n. 1.

maları halinde ortadan kalkıyordu. Yani, beş yılı aşan ayrı yaşam sonunda mahkeme otomatik olarak boşanmaya karar vermekle yükümlüydü. Bu kuralın Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla iki kez Anayasa Mahkemesi önüne getirildiğini belirtmek gerekir. Anayasa Mahkemesi 28.2.1980 tarihli kararında bu kuralın Anayasa'ya aykırılığı konusunda bir karara varamamıştır, çünkü yargıçlardan dördü aykırılığı kabul etmiş, diğer dördü aykırılığı reddetmişti⁵⁸. 21.10.1980 tarihinde konu yeniden önüne geldiğinde, Anayasa Mahkemesi pr. 1568/II kuralının Anayasa'nın 6. maddesine aykırı olduğunu kabul etmiştir⁵⁹: "Evlilikten olma çocukların menfaati ve boşanmaya karşı çıkan eşin düşeceği olağanüstü güç durumun söz konusu olduğu sürece, beş yıllık süreye tabi olmaksızın ileri sürülebilmesi gerekli bir esneklik sağlayacaktır".

Pr. 1568/I deki boşanma engelleri uzun tartışmalardan sonra yasa kuralı haline gelmiş ve bir politik görüşe bu engellerin kabulü ile verilen ödün, diğerinin bu engellerin süre ile sınırlı olması ile elde ettiği ödünle denkleştirilmiştir⁶⁰. Anayasa Mahkemesinin pr. 1568/II yi iptal eden kararı bu politik dengeyi bozmuştur.

VII. BOŞANMADAN SONRAKİ GEÇİMİN TEMİNİ : NAFAKA⁶¹

Nafaka konusunda da, boşanma koşullarında olduğu gibi kusur ilkesi terkedilmiştir. Nafaka yükümü eşlerden herbirine yüklenebilir. Bir eş, muhtaç duruma düşecekse ve bu durumun devam edeceği sürece, diğerine karşı nafaka talep etmek hakkına sahiptir (pr. 1569). Demek ki gelir ya da malvarlığı kendi geçimini sağlamasına yetecekse ve yeteceği sürece nafaka isteme hakkı yoktur

58) Bak. FamRZ 1980, s. 323 vd.

59) Bak. FamRZ 1981, s. 15; Bu kararın bir değerlendirmesi için bak. Erwin WILKENS, Milderung der Scheidungsautomatik, FamRZ 1981, s. 109 vd.; Rudolf SCHELD, Korrektur des Ehe-rechts durch ersatzlose Streichung von pr. 1568/II und pr. 1579/II BGB, FamRZ 1982, s. 6, 7.

60) SCHWAB, agm., s. 504; WILKENS, agm., s. 109.

61) Bu konuda bak. RONKE, age., Vorb. pr. 1569-1586b; HILLER-MEIER, agm., s. 29; VOGEL, agm., s. 484, 485.

(pr. 1577/I). Boşanmış eş, geliri ya da malvarlığı yoksa, geçimini, kazanç getirici faaliyette bulunarak sağlamalıdır. Eşin kazanç getirici faaliyette bulunması yasada belirtilen şu altı nedenden biri ile olanaksızlaşmışsa, nafaka talep etme hakkı doğar:

- Ortak bir çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi (pr. 1570)
- Yaşlılık (pr. 1571)
- Hastalık ya da bir başka illet (pr. 1572)
- Kazanç getirici uygun bir iş bulamamış olması (pr. 1573).

Pr. 1574 uygun işi şöyle tanımlıyor:

“Boşanmış eşin eğitimi, yetenekleri, yaşı, sağlık durumu ve evlilikteki yaşam düzeyine uygun bir faaliyet”.

— Evlilik sırasında kesintiye uğramış olan eğitimini yeniden başlatmış olması (pr. 1575).

— Diğer önemli nedenler (pr. 1576). Örnek: evliliğin başarısızlığa uğramasından sonra, diğer eşin işlerinde, mesleğinde yardımcı olma; diğer eşin yakınlarına örnek bir şekilde bakma; evlilik süresince önemli parasal fedakârlıklar yapmış olma.

Nafaka tutarı evlilikteki yaşam düzeyine göre belirlenir⁶². Yaşamı gereklerini kapsar. Bunlara varlığını sürdürebilme için gerekli olanlar, hastalık sigortası masrafları, yaşlılık, meslek ve kazanç yeteneksizliği sigortası masrafları, eğitim için gerekli olan masraflar da girer.

Boşanmış bir eşin istemiyle yeni eşin istemi karşılaştığında, birincinin istemine öncelik tanınır (pr. 1582).

Kural olarak nafaka edimi aylık ödemeler şeklinde yerine getirilir. Önemli bir neden varsa ve nafaka borçlusuna ağır bir yük yüklenmeyecek ise sermaye şeklinde ödeme de talep edilebilir.

Nafaka hakkı alacaklının ölmesi ya da yeniden evlenmesiyle son bulur. Nafaka borçlusunun ölümü halinde, mirasçıları, nafaka alacaklısına karşı, onun, mirasçı olsaydı talep edebileceği miktarla sınırlı olmak üzere, sorumludurlar.

62) Bak. OLG Düsseldorf 2.5.1980, FamRZ 1980, s. 781: bir eşin sermaye olarak sahip olduğu malvarlığı, evlilik süresince geçim için kullanılmışsa, nafaka için de gözönüne alınmaz.

Pr. 1579 a göre evliliğin çok kısa sürmüş olması, nafaka alacaklısı eşin, nafaka borçlusu ya da yakınlarına karşı ağır suç işlemesi, ihtiyaç halini kasden bizzat yaratması ya da bunlara eş değerinde bir neden nafaka istemini hakkaniyete ağır şekilde aykırı gösteriyorsa, nafaka istemi kabul edilemez. Ortak bir çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi nafaka alacaklısının kazanç getirici faaliyette bulunmasını engelliyorsa ve engellediği ölçüde nafakanın reddinin mümkün olmadığı kuralını getiren pr. 1579/II hükmü Anayasa Mahkemesinin 14.7.1981 tarihli kararıyla iptal edilmiş ve burada da sisteme bir elastikiyet kazandırılmak istenmiştir⁶³.

Nafaka istemi boşanma istemi ile birlikte ya da, örneğin, çocuğun sonradan bakım gerektirir hale gelmesi veya eşin sonradan hastalanması halinde bağımsız olarak ileri sürülebilir.

VIII. EVLİLİKTE KAZANILAN DESTEK BEKLENTİLERİNİN BOŞANMA SONUCU YİTİRİLMESİNDEN DOĞAN KAYIPLARIN DENKLEŞTİRİLMESİ İSTEMİ⁶⁴

Yeni yasa, boşanma halinde, eşlere, nafaka taleplerinden ve boşanmadan sonra kazanç getirici faaliyette bulunmalarından bağımsız olarak, evlilikte kazanılan destek beklentilerinin boşanma sonucu yitirilmesinden doğan kayıpların denkleştirilmesi istemini tanımaktadır. Eşlerden birinin evlilik süresince kendi yaşlılığı, sakatlığı, kazanç sağlayamaz hale gelmesi olasılığı için, diğer eşin bu olasılıklar için ayırdığından daha azını ayırabilmiş olması nedeniyle, diğerine oranla mağdur duruma düşmesi önlenmek istenmiştir. Örnek: eşlerden biri kazanç getirici bir faaliyette bulunmuş olması nedeniyle yasa gereği sigortalıdır, diğeri evliliğin gereklerini daha iyi yerine getirmek için böyle bir faaliyette bulunmamış ve kendisi için özel bir sigorta da yaptırmamıştır. Bu durumda, sigortadan yararlanma koşulları gerçekleştiğinde, sigortadan eşinden daha fazla edim elde edecek olan kimse, elde ettiği edim fazlasının yarısını eşine devredebilir.

63) Bu karar için bak. SCHELD, agm., s. 6, 7.

64) Bu konuda bak. RONKE Vorb. Vergorgungsanspruch, HILLER-MEIER, agm., s. 29 vd.; VOGEL, agm., s. 485.

Bu istem boşanma ile birlikte ileri sürülür ve boşanma kararında yer alır. Ama etkilerini sigorta edimlerinin yerine getirilmesi koşulları gerçekleştiğinde gösterir.

Yasa denkleştirmeyi gerçekleştirmek için iki ana yöntem öngörmektedir:

— Edim fazlasının değer olarak denkleştirilmesi (Wertausgleich)

— Yardımcı olarak borçlar hukuku alanına giren bir denkleştirme yöntemi,

Birinci yöntemde denkleştirmenin yerine getirilmesi şu yollardan olur:

— Bölümlere ayırma yolu (Splitting) Periodik ödemelerde daha iyi durumda olan eşin elde edeceği edimin diğer eşin elde ettiğini aşan kısmının yarısı bu sonuncu eşe geçer. Hakkın diğer eşe geçişi Aile Mahkemesinin kararıyla olur.

— Bölümlere ayırma yolunun kıyasen uygulanması yolu: Memur yardımları ve benzer destek türleri için uygulanır. Memur olmayan bir kimseye, memurlar hukukuna giren bir istem geçirilemeyeceğinden, denkleştirme, denkleştirilecek miktar tutarında yasal periodik ödemeli sigorta beklentilerinin oluşturulmasıyla gerçekleştirilir. Aile Mahkemesinin kararının kesinleşmesiyle denkleştirme gerçekleştirilmiş olur.

— Aidat ödemeleri düzenlenmesi yolu: Destek beklentileri bölünemiyor ise, denkleştirme yükümlüsü, yasal periodik ödemeli sigorta alanında eş değerinde beklentileri oluşturmak için gerekli olan aidatları ödeyecektir.

İkinci yönteme (borçlar hukuku alanındaki), ancak, birincisi mümkün değilse başvurulur

IX. VELAYET KONUSUNUN DÜZENLENMESİ⁶⁵

14 Haziran 1976 tarihli Evlilik ve Aile Hukuku Reformu Hakkında Birinci Yasa ile getirilen kusur ilkesinin terkedilmesi olgusu, boşanma halinde velayet hakkının verilmesini düzenleyen pr. 1671

65) Bu konuda bak. RONKE, age., pr. 1671; VOGEL, agm., s. 484.

de de değişikliğe yol açmış, bu kural yeni duruma uydurulmuştur. Bir diğer değişiklik de Aile Mahkemelerinin kurulmasından kaynaklanmaktadır. Velayet hakkına ilişkin kararlar da bu mahkemenin görev alanına dahil edilmişlerdir. Kusur ilkesi terkedilmiş olduğundan, artık velayet hakkında kararlarda en önemli etken çocuğun menfaati olmuştur. Bu yeniliklerden sonra yeni düzenleme şöyle özetlenebilir: Ana babanın evliliği boşanma ile son bulursa, Aile Mahkemesi ortak çocuk üzerindeki velayet hakkının eşlerden hangisine ait olacağına karar verir. Eşler bu konuda ortak bazı önerilerde bulunmuşlarsa, Aile Mahkemesi kural olarak bu önerileri dikkate almak ve uygulamak zorundadır. Mahkeme bu önerilerden ancak çocuğun menfaati gerektiriyorsa ayrılabilir. Eşlerin ortak önerileri yoksa ya da bu öneriler çocuğun menfaati zorunlu kıldığı için mahkemece dikkate alınmamışsa, velayet hakkı tüm koşullar gözönünde tutularak, çocuğun menfaatine en uygun şekilde çözüme bağlanır. Kural velayet hakkının ana babadan yalnız birine geçirilmesidir. Ancak, çocuğun menfaati gerektiriyorsa, ana babadan birine çocuğun şahsına özen gösterme, diğerine çocuğun malvarlığı ile ilgilenme hakkı geçirilir. Çocuğun menfaati doğrultusunda, onun malvarlığını, bedensel ve manevi gelişimini bir tehlikeden korumak amacıyla, çocuğun şahsı ve malvarlığı üzerindeki özen gösterme yetkisi bir vasi ya da kayyımaya verilebilir.

X. YENİ YASANIN USUL HUKUKU YÖNÜNDEN GETİRDİĞİ ÖNEMLİ DEĞİŞİKLİKLER⁶⁶

Sulh Mahkemeleri içinde Aile Mahkemesi adı verilen yeni bölümler oluşturulmuş ve boşanma ve diğer aile hukuku konularında bu bölümler tek görevli mahkeme haline getirilmiştir.

Boşanma için mahkemeye başvuru artık bir dava olarak adlandırılmamaktadır. Davacı ve davalı yerine, talepte bulunan ve muhatap deyimleri kullanılmaktadır. Kusur ilkesi terkedilmiş olduğundan,

66) Bu konuda bak. RONKE, age., Scheidung der Ehe Vorb. n. 7 vd.; VOGEL, agm., s. 487; HILLERMEIER, agm., s. 31 vd.; Karl Heinz SCHWAB, Der Verbund von Scheidungs-und Folgesachen, Familienrecht 1976/77, FamRZ - Sammelband, 1977, s. 147 vd.

kusurlu ya da daha fazla kusurlu olma nedeniyle zıt kutuplarda yer alan taraflara ve klasik anlamda bir davaya gerek kalmamıştı. Mahkemenin istenen yalnızca, zaten başarısızlığa uğramış bir evliliğin, bir makam tarafından tasfiye edilmesidir.

Yeni sistem, boşanma ve sonuçlarının birlikte mahkeme önüne götürülmesi ve birlikte karara bağlanması (Konsantrasyon) ilkesini getirmiştir. Kusur ilkesinin hem boşanma hem de boşanma sonuçları için terkedilmesi ve boşanmanın, sonuçları düzenlenmeden bir anlam taşımayacağı düşüncesi konsantrasyon ilkesinin temelinde yer alır.

XI. TÜRK BOŞANMA HUKUKUNA İLİŞKİN BAZI ÖNERİLER

Yukarıda incelediğim gibi, alman hukukunda Evlilik ve Aile Hukuku Reformu Hakkındaki Birinci yasanın getirdiği en önemli yenilik kusur ilkesinin gerek boşanma koşulları gerekse boşanma sonuçları alanında tümüyle terkedilmiş olmasıdır. Türk hukukuna ilişkin önerilerimizi bu düzenlemenin ışığı altında yapacağız. Alman hukukunda, kusurun kanıtlanması gerekmediği içindir ki, boşanma usulünde artık yanlarını birbirine zıt, düşman ve gizlilik alanlarını olduğu gibi açıklamak zorunda kalacak olan iki kişinin oluşturduğu klasik anlamda bir “boşanma davası” söz konusu olmayacaktır. Yine kusur ilkesi kaldırıldığı içindir ki, muhtaç duruma düşen eşin, evlilik süresince içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik düzeyi sürdürmesi mümkün olur. Nihayet, kendi kusuru ile evliliği temelinden sarsmış olan kimse dahi boşanma hakkına sahiptir.

Hukukumuzda bilindiği gibi, boşanma taleplerinin çok büyük çoğunluğu, genel boşanma nedeni şiddetli geçimsizliğe dayandırılmaktadır. İlk olarak bu boşanma nedenini ele alıp, günümüzde uygulanışının ne gibi sorunlara yol açabileceğine değinmek istiyorum.

Şiddetli geçimsizlik tanım olarak alman hukukundaki başarısızlık ya da sarsıntı kavramından farklı değildir. Alman hukuku ile bir başka benzerlik, şiddetli geçimsizliğe dayanan boşanma davasının eşlerin kusuru olmadan da açılabilmesidir. Birbirlerinden tamamen farklı yapılara sahip olan eşlerin, ortak konularının azlığı sonucu

birbirlerinden tamamen kopmaları örneğinde olduğu gibi. Yine eşlerden birindeki fiziksel eksiklik ve eşler arasındaki cinsel uyumsuzluk evlilik birliğini sarsıntıya uğratabilir. Bu örneklerde de kusurdan söz etmeye gerek yoktur. Ancak genel boşanma nedeni şiddetli geçimsizliği getiren Medeni Yasanın 134. maddesi, 2. fıkrasında “Eğer geçimsizlik, iki taraftan birine daha ziyade kabili isnat ise boşanma davasını ikame hakkı ancak diğer tarafa aittir” hükmünü koymakta, yani kusur ilkesini bütün gücüyle işler hale dönüştürmektedir. Daha az kusurlu eşe tanınan bu boşanmaya karşı çıkma olanağı öğretide ve mahkeme içtihatlarında bir “itiraz” olarak yorumlanmıştır. Yani boşanmaya karşı çıkan eşin daha az kusurlu olduğu mahkemeye getirilen delillerden anlaşılıyorsa, yargıç boşanma davasını reddedecektir⁶⁷. Bu kuralın bir kamu düzeni kuralı olup olmadığı dahi tartışılmıştır⁶⁸.

Kanımca, kusur ilkesini bütün şiddetiyle uygulatan, Medeni Yasanın 134/II. maddesinin sakıncaları yararları ile karşılaştırıldığında daha ağır basacaktır.

Ülkemizde kadının ekonomik bağımsızlığına kavuşmamış olduğu, evliliğin onun için bir sosyal ve ekonomik sığınak olduğu, Medeni Yasanın 134. maddesinde yer alan genel boşanma nedeni şiddetli geçimsizliğe genellikle karısını başından atmak isteyen kocanın başvurduğu, kadının bu maddenin 2. fıkrasındaki olanakla kocasının, kendisini başından def etme emelini suya düşürebileceği, ayrıca, kusuruyla evliliğin sarsılmasına yol açan eşin boşanma davası açmasına izin verilirse hukukun ana ilkelerinden olan adalet arayanın elleri temiz olmalıdır (nemo auditur) ilkesinin zedelenmiş ve adalet duygularının büyük ölçüde örselenmiş olacağına dayanılarak, Medeni Yasanın 134/II. maddesi savunulmaktadır⁶⁹.

67) Bu yönde, Selâhattin Sulhi TEKİNAY, Türk Aile Hukuku, 3. bası, 1978, s. 186; Turgut AKINTÜRK, Aile Hukuku, 3. bası, 1978, s. 218, 219; Bilge ÖZTAN, Aile Hukuku, 1979, s. 257; Nuşin AYİTER, MK. hükümlerine göre boşanmanın genel sebebi imtizaçsızlık ve Yargıtay uygulaması, AHF. 50. Yıl Armağanı, Cilt II, Boşanma Hukuku Haftası, 1977, s. 173.

68) Kamu düzeni kuralı olmadığı görüşünde TEKİNAY, age., s. 184; ÖZTAN, age., s. 258.

69) Bak. AYİTER agm., s. 165-174, özellikle, s. 171-174.

Bu gerekçelerin kuramsal olmaktan öteye gitmediği, gerçekte bağdaşmadığı kanısındayım. Olaya önce davacı eş açısından bakalım. Ülkemizde boşanmanın güçlüğü artık destanlaşmış ve bir ilkokul öğrencisinin dahi dimağında yer almıştır. Bu durumun, bugün toplumsal bir yara olduğu, sanıyorum, kuşku götürmez. Medeni Yasanın 134/II. maddesi kişilerin, bırakalım güçlülükle boşanabilmelerini, boşanma haklarını yitirmelerine kolayca yol açabilir. Şöyle ki: eşinden iyice kopmuş, 134/II anlamında kusurlu eşin açtığı boşanma davası, davalı eşin karşı çıkması üzerine reddedildiğinde, olağan sonuç, evli, ama, ayrı ayrı yerlerde yaşayan, birbirleriyle hiçbir ilişkileri kalmamış mutsuz kişilerin ortaya çıkmasıdır. Eşlerden biri diğerinden tümüyle kopmuş olduğundan, onunla yeniden biraraya gelmeyecek ve birarada yaşam olmadığı için yeni bir boşanma nedeni de oluşmayacağından, boşanmak isteyen eş bir, iki, beş, on, yirmi yıl sonra boşanma davasını yinelediğinde, yeni olgular mevcut olmadığından, görülmüş davaya iki kere bakılmaz ilkesi (ne bis in idem) ile karşı karşıya kalacak ve boşanma sonucuna ulaşamayacaktır. Oysa hukukumuzda eşleri birarada yaşamaya zorlayan hiçbir kural yoktur. Öte yandan, boşanma davasını reddettiren eşin, geçimsizliğe davacının yol açmış olması nedeniyle, başka yerde yaşamakta haklı olabileceği ve davacının onunla yeniden biraraya gelmek istemesi halinde dahi, bu isteğin gerçekleşmeyebileceği de unutulmamalıdır. Görüldüğü gibi, dolaylı yoldan da olsa, Anayasa'nın 10. maddesindeki "kişiliğe bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez haklardan" olduğu tartışma götürmez boşanma hakkı ortadan kalkabilmektedir.

Olaya şimdi de mahkeme önünde cereyan edecek safhalar ve boşanmaya karşı çıkan daha az kusurlu davalı eş açısından bakalım. Boşanmak istemeyen davalı eş, davacının kendisinden daha fazla kusurlu olduğunu kanıtlayacaktır. Bu yükümlüğün yerine getirilmesi için tüm "kirli çamaşırlar" ortaya dökülecektir. Karşılıklı ağır suçlamalar dizisi başlayacaktır. Örneğin, davalı kadın kocasının kendisini dövdüğünü, ihmal ettiğini, kendisine hakaret ettiğini, alkole veya kumara tutkun olduğunu, başka kadınlarla ilişkisi olduğunu kanıtlayacak ve daha sonra "ben boşanmak istemiyorum", yani "kocamdan memnunum" diyecektir. Şiddetli geçimsizliğin oluşmasında bir eşin hiç kusursuz olması güçlülükle düşünülebileceğinden, davalıya bir kusur isnat edildiğinde, davalı boşanma davasını reddettirebil-

mek için, davacı aleyhine daha ağır bir kusurun gerçekleştiğini iddia ve ispat edecektir. Öyle bir duruma varılabilir ki, davalının eşinden daha az kusurlu olmasına rağmen, kusuru çok ağır olan davacı ile evli kalması açıkça kendi aleyhinedir. Örneğin, davacı koca karısını arkadaşlarına peşkeş çekmiş ve arkasından boşanma davası açmış, davalı kadının bu olayı kanıtlayıp davacı kocanın daha fazla kusurlu olduğu ortaya çıkarmış olsa, davalının boşanmaya itirazını yargıç yürürlükteki hukukumuzla göre gözönüne alıp, davayı reddedecek ve eşler yine evli kalmaya devam edeceklerdir. Mahkeme içtihatlarında ve öğretide 134/II ye getirilen hakkın kötüye kullanılması sınırlaması⁷⁰ verdiğimiz örnekte uygulanamaz. Bu denli ahlaksız bir adamla evliliğin devamına karar verilmesi acaba hangi sosyal ya da ekonomik sığınma formülü ile doğrulanabilir? Burada korunmak istenen kadın aslında mahkum edilmiş değil midir? Uçta yer alan bu örneği unutup, sık rastlanan hallere gelelim. Davalı kadını kendisinden gerçekten kopmuş davacı kocasıyla evli bırakmakla, ona sağlanacak olan koruma ne olacaktır? Eğer artık eşler birarada yaşamıyorlarsa, kadın kocasından kendisinin geçimini temin etmesini isteyecektir, yani ekonomik bir destek bulacaktır. Mahkeme uygulamalarına bakıldığında bunun adından başka desteklik hiç bir yönü olmadığı görülür. Ancak istisnai hallerde kadın insanca yaşamasına yetebilecek kadar bir para elde edebilecektir. Eşlerin yine birarada yaşamaya devam etmeleri halinde, kadın belki ekonomik yönden, hiç olmazsa barınabilecek bir yeri olduğundan daha sağlam bir durumda olacak, ancak, bu kez, kendisini istemeyen eşin en azından aşırı ilgisizliği ile karşı karşıya kalacaktır. Bu halde de koca kadını ekonomik açıdan ihmal ederse kadının mahkemeye başvurup kocasından geçimini temin etmesini isteyebilir.

Kanımca Medeni Yasanın 134/II. maddesine şu dört nedenle başvurulmaktadır:

- Boşanmış, dul eş olmanın toplumda hoş karşılanmaması;
- Boşanmadan sonra elde edilebilecek ekonomik desteklerin, tazminat, nafaka, gibi, evli kalmaya devam edildiğinde elde edilecek olanlardan çok daha az ve ağır şartlara tabi olması.
- Kendisinden boşanmak isteyen eşini halen sevmekte devam etme.

70) Bak. TEKİNAY, age., s. 186, 187.

— İntikam, bana yar olmayanı kimseye yar etmem, düşüncesi ya da davacı eşten daha fazlasını koparabilmek için pazarlık zemini hazırlanması.

Toplumumuzda boşanmış kadının pek hoş gözle karşılanmadığı bir gerçektir. Ancak, temelden yanlış olan bu tavırla mücadele, boşanmayı güçleştirmek ya da engellemekle yapılamaz, bunlar, tersine, bu yanlış tavrın güçlenmesine yayılmasına yol açarlar. Boşanmadan sonra, kadının ekonomik yönden güç duruma düşeceği de doğrudur, ama, bu halin gerçekleşmesini önlemek yine boşanmayı güçleştirerek ya da engelleyerek değil, boşanmanın sonuçlarını farklı şekilde düzenlemekle mümkün olacaktır. Bu konuya aşağıda daha geniş olarak değineceğim. Kusurlu eşini halen sevmekte olma saygı duyulması gereken bir nedendir. Ancak, kendisini seven eşinden tamamen kopmuş kimse, en azından ilgisizliğini devam ettirerek bu sevgiyi nasıl olsa söndürecektir. Çok nadir olmadığına inandığım, intikam ve pazarlık zemini hazırlama nedenlerinin ise her türlü himayeden ayırık tutulması gereği açıkça ortadadır.

Sonuç olarak, Medeni Yasanın 134/II. maddesini kaldırmak yerinde bir davranış olacaktır. Özellikle kadının, evlilikte bulduğu ekonomik sığınanın boşanmadan sonra da devam etmesini sağlayacak şekilde boşanmanın ekonomik sonuçları da yeniden düzenlenirse, yaptığım öneriye itirazların azalacağını sanıyorum.

Boşanmanın genel nedeni şiddetli geçimsizlikte kusurun önemli sorunlar yarattığına yukarıda değindik. Kusur, boşanmanın sonuçlarında da yarar sağlamaktan çok zararlı olmaktadır. Boşanmış eşin, kendisinden ekonomik yönden çok daha güçlü olan eşinden isteyebileceği maddi tazminat, manevi tazminat ya da yoksulluk nafakası eşlerin kusurlarına göre belirlenecektir⁷¹. Maddi tazminat isteyebilmek için kusursuz ya da diğer eşe oranla daha az kusurlu olmak ve davalının kusurlu olması gereklidir. Manevi tazminat talep edebilmek için de davalının kusuruna ihtiyaç vardır. Yoksulluk nafakasının elde edilebilmesi için de kusursuz ya da diğer eşe oranla daha az kusurlu olmak gerekmektedir. Bu durum, yukarıda belirtil-

71) ÖZTAN, age., s. 298 vd.; AKINTÜRK, Boşanmanın Hukukî Sonuçları, AHF. 50. Yıl Armağanı, Cilt II, Boşanma Hukuku Haftası, s. 188 vd.; TEKİNAY, age., s. 240 vd.

diği gibi boşanmaya karşı çıkma nedenlerinden birini oluşturmaktadır. Alman hukukundaki yeni çözüm burada yararlı olacaktır. Hedef, eşlerin boşanmadan sonra da evlilik sırasında içinde bulundukları ekonomik durumu koruyabilmeleri olmalıdır. Yürürlükteki hukukumuza göre, boşanan eşin büyük yoksulluğa düşecek olmasının, bir başına, yoksulluk nafakası için dahi yeterli olamaması, ille de bu eşin kusursuz ya da diğerine oranla daha az kusurlu olmasının aranması, kanımca Medeni Yasada ilk önce kaldırılması gereken kuralardan biridir. Medeni Yasanın yoksulluk nafakasını düzenleyen kuralının şu andaki tek yararı bir çelişkiyi göstermekte olmasıdır. Medeni Yasanın 134/II. maddesini, yukarıda gördük, özellikle kadına, evlilikte bulunduğu ekonomik sığınağı sürdürme olanağı verdiği anlamı bağlanmaktaydı. Oysa 144. madde ile, korunmaya layık sayılan kadın, salt kusurlu olduğu için, göz göre göre sefaletle terkedilebilecektir.

Boşanma halinde ortak çocukların velayetinin düzenlenmesi, yürürlükteki hukukumuzun en övünülebilecek yanlarından. Almanya'da ancak 1976 tarihli yasa ile, velayetin ana ya da babaya verilmesi konusunda kusur ilkesi terkedilmiş ve bu konuda tek belirleyici etken olarak çocuğun menfaati kabul edilmiştir. Bizde bu ilke zaten mevcuttur ve yeni Medeni Yasada da yer almalıdır.