

Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Boşanma Sebepleri ve Esasları Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme

Prof. Dr. Kudret GÜVEN*

ÖZET

İsviçre Medeni kanunu (ZGB) ile Alman Medeni Kanununda (BGB) yapılan yeni değişiklikler ve özel düzenlemelerle aile hukukuna getirilen yenilikler karşısında, 4721 sayılı yeni Türk Medeni Kanunu'nda yer alan boşanma sebepleri ve bu sebeplere hakim olan esaslar bakımından önemli ve ciddi farklar ortaya çıkmıştır. Bu araştırmada bu farkların incelenmesi suretiyle hem boşanma hukukumuzun İsviçre ve Alman hukuk sistemleri ile kıyaslanarak yerinin saptanması sağlanmak istenmiş hem de Türk Medeni Kanunu'nda bir değişiklik yapmak gerekli görülürse bu değişikliklerin örnek alınıp alınamayacağı hususunda tartışma olanağı sağlanmak istenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Boşanma, İsviçre ve Alman Hukukunda Boşanma

A Comparative Study about Divorce Grounds and Principles of Turkish, Swiss and German Law

ABSTRACT

The changes made in Swiss and German Civil Codes and the newly issued regulations concerning family law conferred important and serious differentiations about the divorce grounds and the principles uncovered by the Turkish Civil Code of number 4721, In this study, to point out the position of our divorce law in comparison with the Swiss and German law systems is aimed, as well as to give opportunity in making discussion whether those changes are acceptable as an example or not, in case of necessity to change the Turkish Civil Code.

Key Words: Divorce, Divorce in Swiss and German Civil Codes

*Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni-Borçlar Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

I. Genel Olarak

22 Kasım 2001’de kabul edilen ve 1 Ocak 2002’de yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu boşanma sebeplerini düzenlerken esas itibarıyla yürürlükten kaldırdığı 17 Şubat 1926 tarih ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nde yer alan boşanma sebeplerine sadık kalmıştır.¹

Buna göre 743 sayılı eski Medeni Kanunda 129.ncu madde ile düzenlenen “zina” aynı şekilde 161.nci maddede muhafaza edilmiş; 130.ncu madde ile düzenlenen “cana kast ve pek fena muameleler” 162.nci madde ile “hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış” adı altında ele alınmıştır. 131.nci maddede yer alan “cürüm ve haysiyetsizlik” boşanma sebebi ise yeni kanunda “suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme” şeklinde düzenlenmiştir. 132.nci maddede boşanma sebebi sayılan “terk”, yeni kanunda aynı isimle boşanma sebebi olarak korunmuştur. 133.ncü maddede “dimağ hastalığı” şeklinde düzenlenen boşanma sebebi de yine 165.nci maddede “akıl hastalığı” sebebiyle boşanmaya esas alınmıştır. 743 sayılı Medeni Kanun’un 3444 sayılı Kanun ile değişik “Evlilik Birliğinin Sarsılması veya Müsterek Hayatın Yeniden kurulmaması” başlığıyla düzenlenen boşanma sebebi ise yeni kanunun 166.ncı maddesi ile “Evlilik Birliğinin Sarsılması” adı altında kaleme alınmıştır.

1907 Tarihli İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) ise 26 Haziran 1998 tarihinde yapılan ve 1 Ocak 2000 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikten başlayarak, en son 1 Ocak 2011 tarihinde yürürlüğe giren 19 Aralık 2008 tarihli düzenleme ile son halini alan bir dizi hüküm ile önemli değişikliklere uğramıştır. Değişiklik özellikle Aile Hukuku kitabının Evlilik Hukukuna ilişkin birinci kısım (Evlilik Hukuku) birinci ve dördüncü bölümlerinde (evliliğin kurulması ile boşanma ve ayrılık konusunda) yapılmıştır.

ZGB’nin dördüncü bölümün birinci ayırımı “Boşanma sebeplerini” (Scheidungs voraussetzungen) içermektedir. Bu suretle İsviçre, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nin kaynak aldığı yasal düzenlemelerden vazgeçmiş ve boşanma sebeplerini anlaşma, ayrı yaşama ve katlanamama olmak üzere üç sebebe indirmiş bulunmaktadır.

10 Ocak 1900 yürürlük tarihli Alman Medeni Kanunu (BGB), dördüncü

¹ Avrupa ülke hukuk sistemlerinde boşanmaya ilişkin düzenlemelerin en fazla değişikliğe uğrayan hükümler olduğu görülmektedir. Fransa’da 1975 yılında yapılan bir değişiklikle “evlilikte geçimsizlik” (Zerrüttung der Ehe) boşanma sebebi olarak tanındı ve eşlerin birlikte talep etmesi halinde veya 6 yıldır ayrı yaşamaları veya eşlerin evlilikten doğan borçları yerine getirmede ağır kusurları bulunuyorsa geçimsizliğin gerçekleştiği kabul olunuyordu (Code Civil Art. 229, 230, 237, 242). İtalya’da ise yakın zamana kadar boşanma yoktu. 1865 tarihli Codice Civil evliliğin sona erdirilemezliği temel esası ile hazırlanmıştı. 1970 yılında yapılan kanun değişikliğiyle boşanma çok sıkı şartlarla kabul edilmişse de 1987 değişikliği ile bu şartlar yumuşatıldı. İngiltere’de boşanma hukukuna ilişkin ilk reform 1969 tarihli Boşanma Reformu Kanunu ile yapıldı. Bununla boşanma sebeplerinin tamamı “evliliğin çökmesi” adı altında toplandı. ABD’de de eyaletlere göre değişiklik göstermekle beraber bugün artık Aile hukukunda “case law”dan çok, geniş çapta yasalaştırma yoluyla düzenleme yoluna gidilmektedir.

kitabında Aile Hukukuna yer vermiştir. Kitabın Birinci kısmında “Resmi Evliliği” düzenleyen (Bürgerliche Ehe) kanun, “Yedinci Ayırımı”nda boşanmayı ele almıştır. Boşanma sebepleri ise yedinci ayırımın birinci alt ayırımında düzenlenmiştir. §1565-§1568.nci maddeleri ile öngörülen boşanma sebepleri de esas itibariyle İsviçre Medeni Kanunu’na benzer şekilde tek bir sebebe “Evlilik birliğinin çökmesi” sebebine dayanmakta ve bunun “karineye bağlı olarak tespiti anlayışını” içermekte olduğundan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunundan önemli ölçüde ayrılmaktadır.

İsviçre ve Alman hukuk sistemleri, bizden farklı olarak aynı cinsten olanların fiili beraberliğini de yaptıkları özel düzenleme ile legal hale getirmiştir. Kendisine evlilik benzeri hukuki sonuçlar bağlanan bu beraberlikte aranılan hak ve yükümler, bu ilişkinin evlilikte uyulması gereken emredici hukuk kuralları çerçevesinde sürdürülebilirliğini sağlamayı amaçlamaktadır. Bu cümleden olmak üzere sonlandırılması da ancak mahkeme kararı ile mümkün olabilmekte, tarafların fiilen kurdukları ilişkiyi fiilen ortadan kaldırmalarına olanak verilmemektedir. Konunun ciddiyetini ifade etmek üzere incelememizde buna da yer verilmek istenmiştir.

II. Türk Medeni Kanununda Boşanma

1. Boşanma Sebepleri

4721 Sayılı Türk Medeni kanununun Aile Hukukunu düzenleyen İkinci Kitabının Evlilik hukukuna ilişkin Birinci Kısımın Birinci Bölümü evlenmeyi, İkinci Bölümü boşanmayı düzenlemektedir.

Kanunun 161-166.nci maddeleri arasında ele alınan boşanma sebepleri; zina (TMK.m.161), hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış (TMK.m.162), suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme (TMK.m.163), terk (TMK.m.164), akıl hastalığı (TMK.m.165) evlilik birliğinin sarsılması (TMK.m.166) olarak sayılmıştır.

Bu sebeplerden ilk beşi (zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme, terk ve akıl hastalığı) özel boşanma sebepleri olarak kabul edilirken, son sebep olan evlilik birliğinin sarsılması genel boşanma sebebi sayılmıştır. Zira genel boşanma sebebi olan “evlilik birliğinin sarsılması” kavramına bu niteliği taşıyan çok sayıda olgunun dahil edilmesi söz konusudur. Özel boşanma sebeplerinden birisini oluşturan olgular kural olarak tek tip olmasına rağmen, genel boşanma sebebi teşkil eden “evlilik birliğinin sarsılması” kavramına dahil edilen veya taraflar arasındaki evlilik ilişkisini ciddi anlamda çekilmez hale getiren hal ve davranışlar, her olayın özelliğine göre değişik şekillerde ortaya çıkabilir.

Diğer taraftan yukarıda sayılan ilk beş özel boşanma sebepleri, aynı za-

manda mutlak boşanma sebeplerinden sayılır². Bundan maksat bu boşanma sebeplerinin gerçekleştiğinin ispat edilmesiyle hakimin boşanmaya karar vermesi gerekmektedir. Oysa “evlilik birliğinin sarsılması” şeklindeki genel boşanma sebebi, kural olarak nispi boşanma sebebidir. Ancak TMK. m.166/III.ncü fıkrasında düzenlenen anlaşmalı boşanma veya ortak hayatın üç yıl süre ile yeniden kurulmaması halinde hakimin başvuru halinde boşanmaya hükmetmesi gerektiğinde bu durumda da mutlak boşanma sebebinden bahsetmek mümkündür.

2. Türk Boşanma Hukukuna Hakim olan Esaslar:

Türk-İsviçre ve Alman Hukuklarında boşanma konusunda mukayeseli bir araştırma yapabilmek için öncelikle boşanma hukukumuzda geçerli olan temel esasları incelemek gerekmektedir.

a. Boşanma mahkeme kararı ile mümkündür:

Aile hukuku devletin en fazla müdahale ettiği özel hukuk dallarından bir tanesidir. Bu bağlamda gerek evliliğin kuruluşu, gerekse sona erdirilmesi devlet eliyle gerçekleştirilmektedir. Zira aile Türk toplumunun temelidir (Ana.m.41/I) ve devlet aileyi korumak ve gözetmek adına evlilik ilişkisinde söz sahibi kılınmıştır. Boşanma yasaklanmamış, ancak serbest de bırakılmamıştır. Buna karşın boşanma sadece mahkeme aracılığı ile sonlandırılabilen tek özel hukuk ilişkisi olma özelliğine kavuşturulmuştur. Bu nedendir ki mahkeme kararı olmaksızın boşanmadan bahsedilemeyeceği gibi, ayrılık kararının bile mahkeme kararına dayanması gerekmektedir.

b. Boşanma kusur esasına dayanır:

Boşanma davası kusursuz veya daha az kusurlu eş tarafından açılmadıkça kabul edilmez. Başka bir anlatımla boşanma kusur esasına dayanır ve ancak kusurlu veya daha çok kusurlu eşe karşı açılabilir. Bu anlamda kusursuz eş aleyhinde açılacak boşanma davasının kabulü söz konusu olamayacaktır. Örneğin evli bir kadının bayıltılması sonucu yapılan cinsel ilişki zina teşkil etmediğinden boşanma sebebi sayılmaz. Zira kanununun boşanmaya esas olduğu zina fiili, evli bir kimsenin bilerek ve isteyerek eşinin dışında bir başkasıyla girdiği cinsel ilişkidir. Zina, eylemi yapan eşin iradesi ile gelişmemişse, kişi kusursuz sayıldığından aleyhine açılan boşanma davası kabul görmeyecektir.³

Yine evlilik birliğinin sarsılması sebebine bağlı boşanma taleplerinde de davacı eşin hiç kusursuz veya diğerine göre nispi olarak daha az kusurlu olması şartı aranmaktadır.⁴

² Bazı hukukçular (Akıntürk, Turgut: Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt: Aile Hukuku,11.Bası, Ankara 2008, s.253) suç işleme veya haysiyetsiz hayat sürmenin yeni kanunla nisbi bir boşanma sebebi haline dönüştürüldüğünü, bu itibarla küçük düşürücü suçun işlenmiş olduğu saptandığı takdirde hakimin ortak hayatın bu yüzden diğer eş için çekilmez hale gelmiş olup olmadığını araştırması gerektiğini kabul etmektedirler. Bizim katılmadığımız bu görüşün akıl hastalığı bakımından da benimsendiği söylenebilir (Akıntürk: s. 260)

³ Akıntürk: s.246.

⁴ Öztan, Bilge: Aile Hukuku, Ankara 2004, s.405 Evlilik birliğinin sarsılmasının, kusura dayanan bir boşanma sebebi olmadığı yolundaki aksi görüşte olanlar için bkz. Zevkliler, Aydın / Acabey, M. Beşir, Gökyayla, K. Emre: Medeni Hukuk (Giriş-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku) Ankara 1997, s.821; Akıntürk: s.266.

Bazı boşanma sebeplerinde kusur ilkesinden bahsedilemez ise de (örneğin akıl hastalığı) bu durum, Türk boşanma hukukunda bu ilkenin reddi anlamına gelmez. Zira istisnai bir durumun temel bir kuralı ortadan kaldırması söz konusu olmaz.

c. Boşanma Sebeplerinin Sınırlı Sayılı Olması Esası:

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu, boşanma sebeplerini 161-166.ncı maddeleri arasında saydığı sebeplerle sınırlandırmıştır. Her ne kadar bunlardan 166.ncı madde ile düzenlenen “evlilik birliğinin sarsılması” genel bir boşanma sebebi olup, bu kapsama pek çok olgunun dahil edilmesi mümkün ise de bu sebepler sonuçta “evlilik birliğinin sarsılması” ana başlığı altında toplandığından burada da sınırlı sayılı olma esasının ortadan kalkmadığı söylenebilir.

d. Evliliğin Çekilmez Hale Gelmesi Esası:

Boşanma evliliğin çekilmez hale gelmesi halinde mahkeme kararı ile sona erdirilmesi yoludur. Boşanma sebeplerinden hangisi olursa olsun evlilik henüz tarafların katlanamayacakları bir hal almamış, bazı sıkıntılarla da olsa yürütülebiliyorsa boşanma davası açıldığında hakim talebi reddeder. Sırasıyla incelenecek olursa zina af ile düşeceğinden af eden tarafın dava hakkı kabul olunmaz (TMK.m.161/III). Zira burada affeden eşin zinaya rağmen de henüz evlilikten ümidini kesmediği anlamı çıkarılabilir. Bir eylemin cana kast veya pek kötü veya onur kırıcı bir davranış nedeniyle boşanma sebebi sayılmasında (TMK.m.162) da hakim değerlendirmeye yaparken bu konuda evliliğin çekilmez hale geldiğine kanaat getirmedikçe boşanmaya hükmetmemesi gerekir. Örneğin kalp hastası kocasına yaptığı yemeklerde sakıncalı olmasına rağmen katı yağ kullanan kadının onun canına kastettiği iddiası, ortaya koyduğu tehlikeye rağmen kabul olunamaz. Zira bu eylem cana kast seviyesine gelmemiş, evlilikle bağdaştırılamayan, onu çekilmez hale getiren bir davranış sayılamaz. Yine eşten işitilen eleştiri (bu saç modeli sana yakışmamış), kavga esnasında sarf edilen birçok (çok huysuzsun gibi), yapılan haksız bir isnat (benden habersiz bir erkekle sinemaya mı gittin gibi) evliliği çekilmez hale getirecek cinsten bir anlam taşımıyorsa boşanma sebebi sayılmaz. Nitekim TMK.m.162 ile düzenlenen boşanma sebebinde de “af” olanağı tanımak suretiyle evliliği çekilmez hale getirmedikçe bu tür davranışların boşanmaya esas alınmaması sonucu sağlanmak istenmiştir.

Terk (TMK.m.164) kanunda düzenlenen süre şartına ulaşmamışsa boşanma sebebi sayılamaz. Zira terkten itibaren 4 ay sonra eşe yapılacak iki aylık eve dön çağrısına rağmen eve dönmeyen eşin evlilik birliğini ancak bu süre sonunda çekilmez hale getirdiği kabul olunduğundan açılacak dava karara bağlanabilmektedir. Yoksa kanun koyucunun kısa süreli (birkaç aylık) evden ayrılmaları, diğer şartları (örneğin evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri yerine getirmemek maksadıyla terk olsa dahi) boşanma sebebi olarak saymadığı açıktır. Zira burada toplamda ancak altı ay süren bir ayrılığın evliliği katlanılamaz hale getirdiği anlayışı hakimdir. Yine boşanma sebebi teşkil eden akıl hastalığı

(TMK.m.165) diğer eş için ortak hayatı çekilmez hale getirmişse boşanmaya yol açmaktadır. Diğer taraftan TMK.m.166'da evlilik birliğinin ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenemeyecek derecede temelinden sarsılmış olması hali boşanma sebebi sayılmaktadır. Şu halde evliliği çekilmez hale getirmeye geçimsizlik, anlaşmazlık gibi hallerin bu sebeple boşanmaya esas alınamayacağı açıktır. Nitekim eşlerin en az 3 yıl gibi uzun süren fiili ayrılık içinde olmaları halinde hakim talep üzerine boşanmaya karar vereceği yolundaki düzenlemeden (TMK.m.166/IV) de anlaşılacağı üzere bu durumda evliliğin taraflar için çekilmez hale geldiği kanunen kabul olunmaktadır.

e. Evlilik Birliğinin Sarsılması Varsayımı:

Evliliğin mahkeme kararı ile sonlandırılmasında vazgeçilmez prensiplerden birisi evliliğin çekilmez hale gelmesi ise de kanun koyucu bunun somut olarak kanıtlanmasının yanı sıra, varsayım yolu ile anlaşılması halini de boşanma sebebi saymıştır.

Türk Medeni Kanununun 166.ncı maddesinde iki durumda evlilik birliği temelden sarsılmış varsayılmıştır. Birincisi; en az bir yıl evli olan çiftlerin birlikte başvurması ya da eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde evlilik birliği temelden sarsılmış sayılmaktadır (TMK.m.166/III). Burada anlaşmalı boşanma söz konusu olup, eşlerin anlaşamadıkları konusunda anlaşmaları söz konusudur.

Evlilik birliğinin temelden sarsıldığıının varsayım yoluyla çıkarıldığı ve boşanmaya esas alındığı ikinci durum ise taraflar arasındaki fiili ayrılıktır. TMK.m.166/IV.ncü fıkrasına göre; boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış bulunan davanın reddine karar verilmesi durumunda bu kararın kesinleştiği tarihten başlayarak üç yıl geçmesi halinde, her ne sebeple olursa olsun ortak hayat yeniden kurulamamışsa evlilik birliği temelden sarsılmış sayılır ve eşlerden birinin istemi üzerine boşanmaya karar verilir. Şu halde eşler birarada yaşama isteklerini kaybettiklerini en az üç yıl sürdürdükleri fiili ayrılık ile ortaya koymuşlarsa hakim sebebi ne olursa olsun üzerinde durmayarak evlilik birliğinin temelden sarsıldığı sonucunu bir varsayım olarak kabul ederek boşanmaya hükmedecektir.

f. Anlaşmalı Boşanmanın İstisna Olması Esası:

Türk medeni hukukunda asıl olan eşlerden her birinin tek başına başvuruda bulunmak suretiyle boşanma talebinde bulunmalarıdır. Eşlerin birlikte başvurarak talep edebilecekleri anlaşmalı boşanma sadece “evlilik birliğinin sarsılması” ana başlığı altında 166.ncı maddenin III.ncü fıkrası ile düzenlenmiş istisnai bir hali teşkil etmektedir.

Buradan çıkarılacak sonuç şudur; Türk Aile Hukukunda boşanmaya hakim olan ilkeler geniş bir yelpaze halindedir. Bu prensiplerden sadece birisinin hakim olduğu söylenemez, tersine her boşanma sebebi için kabul olunabilecek tekli veya çoklu prensiplerin geçerli olduğu görülür. Oysa İsviçre ve Alman

hukukuna bakıldığında bu çeşitliliğe rastlanmadığını ifade etmek yanlış olmaz.

III. İsviçre Medeni Kanununda Boşanma

10 Aralık 1907'de kabul edilip Almanca, Fransızca ve İtalyanca olmak üzere üç dilde 1 Ocak 1912'de yürürlüğe giren İsviçre Medeni Kanunu (ZGB), 17 Şubat 1926 tarih ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisine örnek teşkil etmiş ve gerek hukuk teorisyenleri, gerekse uygulamacılarının takip ettiği bir kaynak olma özelliğini uzun süre sürdürmüş ve hâlâ sürdürmekte iken 26 Haziran 1998 tarihinde çıkarılan ve 1 Ocak 2000 tarihinde yürürlüğe giren bir kanunla evlilik, boşanma ve ayrılık hükümlerinde değişikliğe gitmiştir.

İsviçre kanun koyucusu bununla da yetinmeyerek 19 Aralık 2008 tarihinde çıkardığı Yetişkinlerin Korunması, Kişiler Hukuku ve Çocuk Hukuku Kanunu (Erwachsenenschutz, Personenrech und Kindesrech Gesetzbuch) ile Aile Hukuku hükümlerini etkileyecek yeni bir düzenlemeye gitmiştir. Bu kanun 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe girmiş İsviçre Medeni Kanunu'nda boşanma sebeplerine ilişkin maddelerin bazı fıkraları bu kanun ile yürürlükten kaldırılırken, bazı hükümler özel düzenlemelerle değiştirilmiştir. Bu nedenle İsviçre Medeni Kanunu'ndaki son duruma bakmadan önce öncelikle 26 Haziran 1998 değişikliğini (1 Ocak 2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir) ele almak, ondan sonra şu anda yürürlükte olan boşanma sebeplerine göz atmanın doğru olacağı kanaati ile konuyu iki başlık altında açıklamak uygun görülmüştür.

1. 1 Ocak 2000 Tarihinde Yürürlüğe Giren 26 Haziran 1998 Değişikliğine Göre Boşanma Sebepleri:

Bu değişikliğin belirgin özellikleri ve dayandığı temel prensipleri ortaya koymak için öncelikle ZGB. 111-116.ncı maddelerinde son değişiklikten önce yer alan boşanma sebeplerine bakmak gerekir.

Art.111 (1): Eşler mahkemeye birlikte başvurarak boşanma talebinde bulunurlar ve boşanmanın sonuçları hakkında tamamen ve müştereken kararlaştırdıkları ve özellikle çocuklarla ilgili taleplerini içeren bir anlaşma metnini sunarlarsa mahkeme, boşanma talebi ve anlaşmanın özgür iradelerine ve ciddi bir düşünceye dayandığı ve anlaşmanın kabul edilebilir nitelikte olduğu konusunda kanaat edinmek için onları ayrı ayrı veya birlikte dinler ⁵.

(2) Dinleme tarihinden itibaren iki aylık bir düşünme süresinden sonra eşlerin boşanma istek ve taleplerini yazılı olarak bildirirlerse mahkeme boşanmaya ve üzerinde anlaşmaya vardıkları hususlara hükmeder.

(3) Mahkeme ikinci bir dinlemeye de karar verebilir.

Art. 112: (1) Eşler boşanmayı müştereken talep edebilir ve mahkemeden boşanma sonuçlarından anlaşmaya varamadıkları konuların karara bağlanmasını isteyebilir.⁶

⁵ ZGB.Art.111(1)'in sözünden hareketle hakimin boşanmak isteyen tarafları dinlemesinde uyulması gereken usul önce ayrı ayrı, sonra birlikte dinlemesi yolundadır (Van Der Meer, Jens: Repetitorium Familienrecht, Zürich, s.76)

⁶ Eşler kendilerine tanınan iki aylık düşünme süresi (veya ikinci bir dinleme kararlaştırılmışsa bu sürenin) sonunda boşanma talebini birlikte yapabilirlerse de, boşanmanın sonuçlarına ilişkin anlaşamadıkları konularda mahkemeye karara bağlanmasını istedikleri hususları ayrı ayrı talep edebilirler.

(2) Mahkeme tarafları boşanma talepleri konusunda dinleyerek onların üzerinde anlaştıkları boşanma sonuçları ile bunların dışında kalan ve mahkemece karara bağlanacak sair sonuçlara da hükmeder.

(3) Üzerinde anlaşma sağlanamayan boşanma sonuçları hakkında eşlerden her biri boşanmaya karar veren mahkemeye başvuruda bulunabilir.

Art. 113: Mahkeme eşlerin müşterek başvurusunda esas alınan boşanma koşullarının⁷ gerçekleşmediği kanaatine ulaşırsa, eşlerden her birine boşanma talebinde bulunmaları için mehil tayin eder.

Art.114: Eşlerden her biri, daha önce yapılan bir boşanma talebi bulunduğu veya talebini eşi ile en az iki yıldan beri ayrı yaşadıkları⁸ iddiasına dayandırarak boşanma isteyebilir.

Art.115: Eşlerden her biri, iki yıllık ayrılık süresinin bitiminden önce evliliğin devamı kendisinden kaynaklanmayan zorlayıcı sebeplerle katlanılmaya hale gelmiş ise boşanmayı talep edebilir.⁹

Art.116: Eşlerden biri boşanmayı ayrı yaşama veya evliliğin devamının kendisinden beklenmemesi sebebi ile talep eder ve diğer eş açıkça veya itirazını geri almak suretiyle bunu onaylar ise, eşlerin birlikte boşanma talebinde bulunmamaları halinde uygulanacak esaslar, anlamı ile uygun düştüğü ölçüde burada da uygulanabilir.

2. 19 Aralık 2008 Tarihli Yetişkinlerin Korunması, Kişiler Hukuku ve Çocuk Hukuku Kanunu (EPKG: Erwachsenenschutz, Personenrecht, Kindesrecht Gesetz) ile başlayan Dönemde Boşanma Sebepleri:

Art.111 A. Birlikte Başvuru ile Boşanma

I.Anlaşma

(1) Eşler mahkemeye birlikte başvurarak boşanma talebinde bulunurlar ve boşanma sonuçları hakkında tamamen ve müştereken kararlaştırdıkları ve özellikle çocuklarla ilgili taleplerini içeren bir anlaşma metnini sunarlarsa mahkeme; tarafları ayrı ayrı ve birlikte dinleyebilir.¹⁰

⁷ Mahkeme tarafların müşterek başvurusunu tarafları ayrı ayrı ve birlikte dinleyerek; boşanma anlaşmasının kabul edilebilirliğinin bulunup bulunmadığını inceler. Burada boşanma sonuçları üzerinde mutabakat olması, düşünme süresi sonucunda boşanma isteğinin devam etmesi önem taşımaktadır. Bu koşulların sağlandığı kanaati edinilmezse hakim taraflara ayrı ayrı boşanma talebinde bulunmaları için bir süre tayin etmektedir.

⁸ İki yıllık sürenin başlangıcı eşlerden birinin diğerinden ayrı yaşamak isteği ile ortak hayata son vermesine (evi terk etmesi) bağlanmıştır. Burada ortak konutun terki yeterli görülmemekte, evin ortak giderlerine katkıda bulunmama şartı aranmamaktadır.

⁹ “Evliliğin devamının kendisinden beklenmemesi” kavramı zorlayıcı bir sebebin bulunması şeklinde anlaşılmaktadır (Schwerwiegende Gründe). Örneğin: kadın ve erkek arasında olması gereken normal hayatın kaybolması, zina, eşe karşı suç işleme ve ceza alma, fiziki veya psikolojik güç kullanma bu kapsamda değerlendirilmektedir. Bunların zorlayıcı sebep sayılması için diğer eşten kaynaklanması gerekmektedir. (Van Der Meer: s.79)

¹⁰ Burada Art.111 de yer alan: “mahkeme, boşanma talebi ve anlaşmanın eşlerin özgür iradelerine ve ciddi bir düşünceye dayandığı ve kabul edilebilir nitelikte olduğu konusunda kanaat edinmek için” ifadesi yürürlükten kaldırılmış (25 Eylül 2009 t.de yapılan ve 1 Şubat 2010 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikle), aynı ifadeye 2.nci fıkrada yer verilmiştir.

- (2) Mahkeme boşanma talebi ve anlaşmanın eşlerin özgür iradelerine ve ciddi bir düşünceye dayandığı ve anlaşmanın özellikle çocuklar bakımından kabul edilebilir nitelikte olduğu konusunda kanaat edinmişse, boşanmaya hükmeder^{11 12}
- (3) Yürürlükten kalkmıştır¹³

II. Kısmen Anlaşma

Art.112 (1) Eşler boşanmayı müştereken talep edebilir ve mahkemeden boşanma sonuçlarından anlaşmaya varamadıkları konuların karara bağlanmasını isteyebilir.

(2) Mahkeme tarafları boşanma talepleri konusunda dinleyerek onların üzerinde anlaşmış oldukları boşanma sonuçları ile bunların dışında kalan ve mahkemece karara bağlanacak sair sonuçlara da hükmeder¹⁴

Art. 113 (yürürlükten kalkmıştır)¹⁵

I. Ayrı Yaşama¹⁶

Art.114 B. Eşlerden Birisinin Başvurusu ile Boşanma

Eşlerden her biri daha önce yapılan bir boşanma talebinin bulunduğu veya yeni talebini eşi ile en az iki yıldan beri ayrı yaşadıkları iddiasına dayandırarak boşanma isteyebilir.

II. Katlanılmaz Durum

Art.115 Eşlerden her biri, iki yıllık ayrılık süresi bitmeden önce evliliğin devamı kendisinden kaynaklanmayan zorlayıcı sebeplerle katlanılmaz hale gelmiş ise boşanma talep edebilir.¹⁷

Art.116 (yürürlükten kalkmıştır).¹⁸

¹¹ Değişiklikten önceki Art 111 (1) de benzer şekilde ifade edilen bu durum, değişiklikle (2) fıkraya aktarılrken “boşanmanın sonuçlarını düzenleyen anlaşmanın özellikle çocuklar bakımından kabul edilebilir olması şartıyla” boşanmaya hükmedilebileceğini düzenlemiştir.

¹² ZGB Art 111 (2) fıkrasının eski metninde bulunan “iki aylık düşünme süresi tayin edilme ve bu düşünme süresinden sonra eşlerin boşanma istek ve taleplerini yazılı olarak bildirirlerse mahkeme boşanmaya ve üzerinde anlaşmaya vardıkları hususlara hükmeder” hükmü yürürlükten kaldırılmıştır.

¹³ Değişiklikten önce Art 111 (3) fıkrasında yer alan; “Mahkeme ikinci bir dinlemeye de karar verebilir” hükmü yürürlükten kaldırılmıştır.

¹⁴ Art 112 (3) de yer alan; “üzerinde anlaşma sağlanamayan boşanma sonuçları hakkında eşlerden her biri boşanmaya karar veren mahkemeye başvuruda bulunabilir” hükmü 19 Aralık 2008 tarihli (1 Ocak 2011 tarihinde yürürlüğe giren “Hukuk Yargılaması Tüzüğü (Zivilprozessordnung) ile yürürlükten kaldırılmıştır.

¹⁵ Art.113 de düzenlenen; “Mahkeme eşlerin başvurusunda esas alınan boşanma koşullarının gerçekleşmediği kanaatine ulaşırsa, eşlerden her birine boşanma talebinde bulunmaları için mehil tayin eder” hükmü 19 Aralık 2008 tarihli (1 Ocak 2011) tarihinde yürürlüğe giren “Hukuk Yargılaması Tüzüğü ile yürürlükten kalkmıştır.

¹⁶ Art.114 de 1 Aralık 2008 de (1 Haziran 2004 de yürürlüğe girmek üzere) yapılan değişiklik esasen şekli bir değişiklik olup, Art. 114 hükmü aynen muhafaza edilmiş, ancak Art. 115 olarak aynı ifade ile düzenlenmiştir.

¹⁷ Madde, 1 Aralık 2003 tarihinden (1 Haziran 2004 t.de yürürlüğe girmeden) önce bağımsız bir hüküm olarak 115 maddede yer almakta iken son değişiklikle 114.ncü maddenin II.nolu fıkrası olarak 115/II başlığı altında düzenlenmiştir.

¹⁸ Bu madde değiştirilmeden önce; “eşlerden birinin yaptığı boşanma talebinin diğer tarafça açık veya itirazımı geri alması suretiyle onaylanması halinde, birlikte boşanma talebine ilişkin (Art.111) hükümlerin uygun düştüğü ölçüde uygulanabileceğini öngörmekte idi. Yürürlükten kaldırma 19 Aralık 2008 tarihli (1 Ocak 2011 de yürürlüğe giren) Hukuk Yargılaması Tüzüğü ile gerçekleşmiştir.

3. Tescilli Ortaklığın Sona Erdirilme Sebepleri

İsviçre hukuku 18 Haziran 2004 de çıkarılıp 2005 yılında yapılan referandumla kabul edilerek 1 Ocak 2007 tarihinde yürürlüğe giren, “Aynı Cinsiyette Olan Çiftlerin Tescilli Ortaklığı Hakkında Kanun (Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare-Partnerschaftsgesetz, Part G) ile 18 yaşını tamamlamış ve ayırt etme gücüne sahip kadın veya erkeklerin “Tescilli Ortaklık” olarak anılacak bir ortaklık kurabilmelerine hukuken olanak vermiştir (Part G. Art.3, 2 (3)).

“Tescilli Ortaklık” her ne kadar evlilik ile eşdeğer görülen bir hukuki statü kazandırmasa da benzer hak ve yükümler doğurduğundan, bunun ortadan kaldırılması da incelemeye değer görülmüştür.

Aynı cinsiyete sahip olanların kuracakları bu ortaklıkta taraflar birbirine karşı yaşam ortaklığından doğan hak ve yükümlerin sahibi kılınmıştır (Part G. Art. 2 (2)). Aynı çizgide olan hısımlar, tam veya yarım kan kardeşler, evli olanlar veya halen bir başka tescilli ortaklığı sürdürenler arasında tescilli ortaklık kurulması yasaktır (Part G. Art. 4 (1) ve (2)).

Tescilli Ortaklığın mahkeme aracılığıyla sonlandırılması Part G. Art 29 ve 30 ile düzenlenmiştir. Ayrıca ortaklığın hükümsüzlüğüne de mahkemece karar verilebilmektedir.¹⁹

Art.29 (1) Kadın ve erkek ortaklar birlikte talepte bulunarak ortaklığın çözülmesini (Ausflösung) istemişlerse mahkeme onları dinleyerek talebin özgür iradeye ve samimi bir düşünceye dayandığı ve üzerinde bir mutabakatın bulunup bulunmadığı konusunda sorgular.

(2) Bu şartlar gerçekleşmişse mahkeme tescilli ortaklığın çözülmesine hükmeder.

(3) Kadın veya erkek ortaklar mahkemeden verilecek çözme kararı için üzerinde anlaşmaları mümkün olmayan sonlandırma sonuçları hakkında da karar vermesini birlikte talep edebilirler.

Art.30 Kadın ve erkek ortaklardan her biri, dava tarihinde en az bir yıldır ayrı yaşamış olmak şartıyla tescilli ortaklığın çözülmesini talep edebilirler.

¹⁹ Menfaati olan herkes mahkemeden, ortaklığın hükümsüzlüğüne karar verilmesini isteyebilir. Ortaklığın tescilli sırasında kadın veya erkek ortağın sezgin olmadığı ve daha sonra sezgin hale gelmesi, Art.4 ile düzenlenen tescil yasaklarına uyulmaması, ortakların bir yaşam ortaklığı kurma amacı taşımayıp yabancıların ikamet ve çalışmalarına ilişkin hükümleri dolanmak istemeleri, ortaklığı özgür iradeleri ile onaylamamaları, kadın veya erkek ortağın yaşının küçük olması nedeniyle ortaklığın tescilinin devamı onun üstün menfaatine zarar vermesi, geçersizlik sebebi olarak sayılmıştır. (Part G. Art 9 (1))
Kadın veya erkek ortaklardan birisi irade bozukluğu (yokluğu) nedeniyle tescilli ortaklığın iptalini mahkemeden talep edebilir. Bu talep, irade bozukluğunun öğrenilmesinden itibaren altı ay, en geç tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde yapılabilir (Part 6. Art 10 (1)). Başvuruda bulunan kişi dava sürecinde ölmüş ise, mirasçıları iptal talebini sürdürebilir (Part G. Art. 10 (2)).

4. İsviçre Boşanma Hukukuna Hakim Olan Esaslar

a. Boşanma mahkeme kararı ile mümkündür:

İsviçre hukuku da boşanmanın serbest olması fikrine değil, hakimin hükmüne dayanması görüşüne dayanır. Bu özelliği ile değişen hükümleri itibariyle de boşanmanın Türk hukuku ile aynı prensibi benimsediği söylenebilir.

b. Boşanma kusur esasına dayanmaz:

İsviçre Medeni Kanunu, daha önce tıpkı Medeni Kanunumuzda olduğu gibi boşanmada kusur esasını benimsemişken, şimdiki hali ile bu prensibi kural olarak terk etmiş ancak buna istisnaen yer vermiş görünmektedir. Tarafların müştereken boşanma talebinde bulunmaları (Art.111) hali dışında Art.115 (II) uyarınca eşler kendilerinden kaynaklanmayan haklı sebeplerin ortaya çıkması halinde tek başlarına boşanma talebinde bulunabilmektedirler. “Kendilerinden kaynaklanmayan sebepler” kavramı sadece “kusurlu olmamak” şeklinde anlaşılmamakta (örneğin bir kusur teşkil etmeyen hastalık hali gibi) bu durumda olan bir eşin de tek taraflı olarak boşanma talebinde bulunabileceği kabul olunmaktadır.²⁰

c. Boşanma sebepleri sınırlı sayılı olarak düzenlenmemiştir:

İsviçre Medeni kanunu boşanma sebeplerini sınırlı sayılı olarak düzenlenmemiş, eşlerin birlikte talep etmesi halinde hakimin onları dinlemesi sonucunda (Art.111 (1) talebin ve anlaşmanın özgür irade ve ciddi bir düşünceye dayandığı ve anlaşmanın çocuklar bakımından kabul edilebilir nitelikte olduğu kanaatine ulaşması halinde boşanmaya hükmedeceği şeklinde düzenlenen Art. 111 ile en az iki yıldan beri ayrı yaşama şartı gerçekleşmemesine rağmen eşlerin kendisinden kaynaklanmayan sebeplerle evliliğin çekilmez hale gelmesi halinde boşanma talebinde bulunabileceğini düzenleyen Art. 115 II hükmü birlikte değerlendirildiğinde her ikisinin de genel bir boşanma sebebi teşkil ettiği görülmektedir. Kanunun bunun dışında sınırlı sayılı olmak üzere düzenlediği hiçbir özel boşanma sebebine yer vermediği açıktır.

d. Evliliğin çekilmez hale gelmesi esası:

İsviçre Medeni Kanununun Art. 115 II ile düzenlenen boşanma sebebi eşlerden her birine, evliliğin devamı kendisinden beklenmeyen (nicht zugemutet) hallerde tek başına boşanma talep hakkı vermektedir. Burada farklı bir ifade kullanılmış ise de “evliliğin devamı kendisinden beklenememe” hali, esas itibariyle evliliğin boşanma talebinde bulunan eş bakımından çekilmez hale gelmesi anlamına gelmektedir. Her iki kavram da boşanma isteyen eşin yaşadığı olay ve şartları subjektif olarak değerlendirmek suretiyle bunları çekilmez bir durum olarak görmesi ve artık evliliğin devamı kendisinden beklenemeyecek kadar ciddi bir hal alması halinde boşanmak için tek başına mahkemeye

²⁰ Van Der Meer: s.79

başvurmasına olanak tanımaktadır.

e. Anlaşmalı Boşanma Esaslarının Asıl Bireysel Boşanma Talebinin İstisna Olması:²¹

İsviçre hukukunda asıl olan eşlerin anlaşmalı boşanma yoluna başvurmalarıdır. Kanunun boşanmayı düzenleyen hükümlerinin sistematığı de bu görüşü doğrulamaktadır. Son değişikliğe dört madde halinde düzenlenen “boşanma sebepleri”nin ilk iki maddesi (Art. 111, 112 ve 113) anlaşmalı boşanmaya ilişkindir. Bu suretle İsviçre boşanma hukukuna uzlaşma yolu ile evliliği sonlandırma anlayışının hakim kılınmak istediği söylenebilir. Eşlerden birinin tek başına boşanma talebinde bulunabileceği haller ise Art. 114 I ve 115 II ile sınırlı tutulmuştur.

IV. Alman Medeni Hukuku

Alman Medeni Kanunu (BGB) 18 Ağustos 1896 tarihinde kabul edilerek 1 Ocak 1900 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanunun özellikle aileye ilişkin hükümleri (§1297–1921) değişik tarihlerde çeşitli değişikliklere uğramıştır; 1938 yılında çıkarılan Evlilik Kanunu (Ehe.G) ile evliliğin kuruluşuna ilişkin hükümler değiştirilmiş, 1998 yılında yapılan bir değişiklikle, eşlerin aile adı olarak kocanın veya karının aile isimlerini kabul edebileceği gibi, eski isimlerini de muhafaza edebilmelerine olanak tanınmıştır (§1355).

Alman Medeni Kanunu’nun evliliğe ilişkin hükümlerinin yanı sıra yapılan önemli bir başka değişiklik 16 Şubat 2001 tarihinde çıkarılan “Aynı Cinsiyetten Olanların Birlikteliği konusunda Ayrımcılığın Sona Erdirilmesi Hakkında Kanun: Yaşam Ortaklığı Kanunu (Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaftsgesetz-L Part G) ile yapılmıştır. Bu incelememizde bu nedenle sadece BGB kapsamında resmi evliliğin sona ermesi değil “Yaşam Ortaklığı” adı altında özel bir kanunla düzenlenen fiili beraberliğin sonlandırılması da ele alınacaktır. Zira yaşam ortaklığı, evlilik benzeri bir kurum olarak kanunen tanınmış olup, hüküm ve sonuçları itibarıyla evlilikle paralel esaslara bağlanmıştır. Bunların aile adı olarak birlikte bir soyadı seçmeleri mümkündür (L Part G.§3). Ortakların birbirine yardım (nafaka) yükümleri ayrı yaşamları halinde dahi bulunmaktadır (L Part G.§ 12). Yine ortaklık evlilikte olduğu gibi sadece mahkeme kararı ile ortadan kaldırılabilmektedir (L Part G §15). Ortakların üçüncü kişilerle olan ilişkileri (örneğin kira sözleşmeleri) evlilikte eşlerin tabi oldukları hükümlerle düzenlenmiştir (L Part G.§18).

1. Boşanma Sebepleri:

Alman Medeni Kanununda boşanma sebepleri §1564–1568.nci maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu maddelere göre;

²¹ İsviçre Medeni Kanunun’un boşanma hükümlerinde yapılan değişikliğin amacı; boşanmada özellikle eşlerin rıza uyuşmalarının sağlanması olarak gösterilmektedir (Schwenzer, Scheidung Bern. 2005, s.6)

§ 1564 Mahkeme Kararı ile Boşanma: Eşler ancak eşlerden birinin tek başına veya diğer eşle birlikte yapacakları başvuru üzerine mahkeme kararı ile boşanabilir. Evlilik mahkeme kararı ile sona erdirilebilir. Boşanmanın dayandırılabilceği sebepler devam eden maddelerde düzenlemiştir.

§1565 (1) Evliliğin Çökmesi (Scheitern der Ehe): Evlilik çökmüş ise boşanmaya hükmolunur. Eşlerin aile birliği ortadan kalkmış ve birlikte yaşamın yeniden kurulması da beklenmiyorsa, evliliğin çöktüğü kabul olunur.

(2) Eşlerin ayrı yaşamaları henüz bir seneyi doldurmamışsa boşanma talep eden eşler ancak diğer eşten kaynaklanan ve evliliğin sürdürülmesinin katlanılması beklenemeyecek ağırlıkta bir sebebin bulunması halinde boşanabilir.

§1566. Evliliğin Çöktüğü Varsayımı: (1) Eşlerin bir yıldır ayrı yaşıyor olmaları ve her iki eşin boşanmayı birlikte talep etmeleri veya diğerinin boşanmaya rıza göstermesi halinde evliliğin eski hale getirilemez biçimde çöktüğü varsayılır.

(2) Eşler üç yıldan beri ayrı yaşıyorlar ise, evliliğin eski hale getirilmesi mümkün olmayacak şekilde çöktüğü varsayılır.

§1567. Ayrı yaşama: (1) Eşler aralarında ev beraberliği kalmayacak şekilde ayrı yaşıyor ve eşlerden biri aile birliğini yeniden kurma isteğini açıkça taşıyor ve bunu reddediyorsa, eşlerin ayrı yaşadığı kabul olunur. Ev beraberliği, eşlerin aile konutunda ayrı ayrı yaşamaları halinde de ortadan kalkmış sayılır.

(2) Kısa süreli bir arada yaşamalar § 1566’da düzenlenen süreleri kesmez veya durdurmaz.

§1568 Zor Durum (Härteklause)²²: (1) Evlilik çökmüş olmasına rağmen istisnai olarak evlilikten doğan küçük ortak çocukların özel sebeplerle menfaati gerektiriyorsa veya boşanmayı kabul etmeyen davalı için olağan dışı ağır şartların varlığı nedeniyle ve bu durum devam ettiği sürece, evliliğin

²² Härteklause kavramının hukukumuzda tam karşılığı bulunmamaktadır. Alman hukukundaki anlamı ile Härteklause, davalı bakımından ortaya çıkan bazı zorluk taşıyan haller nedeniyle hak sahibi davacının hakkını kullanmasını engelleyen ağır şartları tanımlayan bir hukuki kavramdır. BGB § 574 kira sözleşmesini önel tayin ederek fesheden kiralayan karşısında kiracının ailesinin veya bakmakla yükümlü olduğu kişilerin içinde bulunduğu zor şartlar nedeniyle itiraz etme ve kira süresinin uzatılmasını talep etme hakkı vermektedir (Härteklause kiralayanın sadece mehil tayin ederek kira sözleşmesini feshettiği hallerde uygulanır, olağanüstü sebeplerle mehil tayin etmeksizin sözleşmeyi haklı sebeple fesih hakkının doğduğu hallerde uygulanmaz) Örneğin; Yaşlı kiracının hasta ve bakıma muhtaç olması, öğrenci olan kiracının çok önemli bir sınav dönemi veya sınav hazırlığı içinde olması, doktor kiracının hastane yakınında oturmakta mesleği gereği zorunluluk görmesi, kısa süre içinde bir başka yere taşınılacak olması (henüz evin bitmemiş ve taşınmaya hazır bulunmaması) kiracının veya ailesinden birinin kira ilişkisinin sona ermesi sonucu taşınmayı imkansız hale getiren veya en azından katlanmayı zorlaştıracak ölçüde ağır bir fiziki veya psikolojik hastalığa sahip olması veya sona ermenin buna yol açması, kiracının çocuğunun okulunun değişmesine yol açan sona erme halinin çocuğun okul bitirme başarısını tehlikeye sokması, kira ilişkisinin sonlandırılmasının hamile kiracının veya bakmakla yükümlü olduğu kişinin psikolojik veya fiziki sağlığına zarar veriyor olması (kiracının oturduğu evi kaybetme korkusu onda intihar tehlikesini çağrıştırıyor veya kuvvetlendiriyorsa) kiracının oturduğu yerde alt kira sözleşmesi yapmış ve aldığı kira onun geçim kaynağı oluyor veya başka özellikler taşıyorsa “Härteklause!” söz konusu olur. Hukukumuzda buna benzer tek düzenleme kısmen TMK. 698/III. fıkra hükmü ile düzenlenmiştir. Müşterek mülkiyette paylaşma istemi kural olarak her zaman yapılabilirse de bu fıkraya göre “uygun olmayan zamanda paylaşma isteminde bulunulamaz”

devamının istisnai bir durum olarak gerekli görüldüğü hallerde, boşanmaya karar verilmeyebilir.

BGB. §1568'in (2) fıkrasında yer alan ve “eşlerin beş yıldan fazla ayrı yaşamaları halinde (1) no'lu bent uygulanmaz” şeklindeki düzenleme yürürlükten kaldırılmıştır.

2. Yaşam Ortaklığı (Lebensgemeinschaft)'nin Sona Erdirilme Sebepleri:

16 Şubat 2001 tarihinde çıkarılan²³ (kısa adı ile) Yaşam Ortaklığı Kanunu (L Part G); aynı cinsten iki kişinin birbiri ile yaşam boyunca bir ortaklık yapmak istediklerini şahsen ve aynı anda açıklamaları halinde bir yaşam ortaklığı kurabileceklerini kabul etmiştir (L Part G. § 1 (1). 1. nci cümle). Tarafların bu yoldaki iradesi şarta veya zaman sınırlamasına bağlı olmaksızın yapılmalıdır. Açıklama yetkili memur önünde yapıldığı takdirde geçerli olur.

Yaşam ortaklığı eğer; küçük çocuk ile veya evli biri ile veya hâlihazır bir başka kişi ile yaşam ortaklığı sürdüren bir kimse ile yapılmışsa, düzgün çizgi halinde birbiri ile hısım olanlar arasında yapılmışsa, tam veya yarım kan kardeşler arasında yapılmışsa veya ortaklardan biri yaşam ortaklığı kurarken § 2 ile düzenlenen yükümlerin hiçbirine uymak istemez ise, geçerli olmaz (L Part G § 1 (2). Kanunun § 2 maddesi ile taraflara bağlanan yükümler ise ortakların birbirine özen gösterme ve koruma yükümü olduğu kadar birlikte yaşama mükellefiyeti olarak öngörülmüştür. Taraflar birbirine karşı bu mükellefiyetler nedeniyle sorumluluk taşırlar.

Bu şartlar altında kurulduğu takdirde, kanunla tanınan yaşam ortaklığının sonlandırılması da mahkeme kararı ile yapılmaktadır.

L Part G § 15 “yaşam ortaklığının bozulması (Aufhebung) adı altında, yaşam ortaklığının ortaklardan birinin veya her ikisinin birlikte yapacağı başvuru üzerine mahkeme kararı ile kaldırılabilceğini öngörmüştür.

§15 (2) Yaşam ortaklarının bir yıldır ayrı yaşıyor olması halinde mahkeme;

a. Her iki ortağın ortaklığın bozulmasını istemesi veya davalının bozma talebine rıza göstermesi durumunda,

b. Yaşam ortaklığının bir daha kurulmasının beklenmediği hallerde,

2. Ortakların üç yıldır ayrı yaşaması ve ortaklardan birisinin ortaklığın bozulmasını talep etmesi halinde,

3. Yaşam ortaklığının devamının diğer ortaktan kaynaklanan ve katlanılamaz ölçüde ağır hal alması halinde, yaşam ortaklığının iptaline karar verir.

²³ Kanun 1 Ağustos 2001'de yürürlüğe girmiştir (BGBl 1, s.266)

L Part G. § 15 (2) 2. cümlesine göre mahkeme, yaşam ortaklarından birinin B6B § 1314 (1-4) ve § 1315 (1-2)'ye göre²⁴ irade sakatlığı söz konusu ise yine yaşam ortaklığının bozulmasına karar vermektedir.

L Part G § 15 (3)'e göre mahkeme, yaşam ortaklarının 3 yıldan fazla ayrı yaşamalarına rağmen, davalının alışılmış dışındaki şartlar ve olağan dışı sebepler nedeniyle yaşam ortaklığının bozulma ile zor duruma düşeceğinin itirazen ileri sürüldüğü hallerde maddenin (2) fıkrasına göre sonlandırmaya karar vermez.

4. Yaşam ortaklığının Kanun'un §15 (2) 2. cümlesine göre bozulması, BGB § 1315 (1) 3 ve 4²⁵ ile §1317²⁶ ile düzenlenen hallerin varlığı durumunda söz konusu olamaz.

5. Yaşam ortakları arasında ev beraberliği kalmamış ve ortaklardan biri yaşam ortaklığını reddettiği için bunu yeniden kurmayı, açıkça istemiyorsa BGB § 1567 (1) 2.nci cümle ve (2) fıkraları burada uygulanır.²⁷

3. Alman Boşanma Hukukuna Hakim olan Esaslar

a. Boşanma mahkeme kararı ile mümkündür:

Alman hukuku da serbest boşanma ilkesi yerine boşanmanın hakim hükmüne dayanması prensibini kabul etmiştir. Hatta medeni evlilik olarak kabul edilmemekle beraber 16 Şubat 2001 tarihli Yaşam Ortaklığı Kanunu (L Part G) ile kabul edilen ve aynı cinsten olanların fiili beraberliği anlamına gelen yaşam ortaklığının dahi mahkeme kararı ile son verilen bir evlilik benzeri statü olduğu (L Part G. § 15) görülmektedir.

b. Boşanma kusur esasına dayanmamaktadır:

Alman Hukukunda boşanma kusur esasına yer vermeksizin kural olarak evliliğin çökmesi (B6B§ 1565- Scheitern der Ehe) fikrine dayandırılmıştır. Evliliğin çöktüğü veya çökmesi için öngörülen göstergelerin ortaya çıkması ile mahkeme boşanmaya hükmetmektedir (B6B §1565 (2) ve § 1566).

c. Boşanma sebepleri sınırlı sayılı olarak düzenlenmemiştir:

Evlilik birliğinin çökmesi ve buna işaret eden sebep olarak düzenlenen “ayrı yaşamayı” boşanma sebebi sayan Alman Medeni Kanunu boşanma talebine yol açan sebepler üzerinde durmamış, bu sebepleri saymamış, sadece sonuç ile ilgilenmiştir. Eşlerin ayrı yaşaması ve bir daha bir arada yaşama ihtimali bulunmuyorsa evlilik çökmüş sayılmaktadır (BGB § 1565 (1)).

²⁴ B6B 1314 (1-4) evliliğin eşlerden birinin sezgin durumda değil iken yapılması veya evlenme akdi yapıldığını bilmeksizin yapılması gibi irade sakatlığı hallerini düzenlemektedir. BGB 1316 (1-2) ise evliliğin yapılmasında uyulması gereken ehliyet, poligamik evlilik veya hısımlar arası evlilik yasağına ilişkindir.

²⁵ B6B 1315 (1) 3.ncü maddesi, evlenme akdinin sezgin olmaksızın veya akli melekelerin bozuk olduğu bir anda yapılmasına rağmen (§1314 (1) eş evliliğin devamını isterse evliliğin iptaline hükümlenmeyeceğini; 4.ncü maddesi de eşin yanılma veya yanıltılma veya tehdit sona erdirilmesine rağmen evliliğin devam etmesini isterse evliliğin iptaline hükümlenmeyeceğini düzenler.

²⁶ B6B 1317 evliliğin iptali talebinde hak düşürücü zamanaşımını düzenlemektedir. Burada 1 yıllık zamanaşımı süresi söz konusudur. Bu süre yanılma veya aldatmanın öğrenilmesinden itibaren başlamaktadır.

²⁷ B6B§ 1567 (1) 2.nci cümlesi eşlerin aile konutunda ev beraberliği ortadan kalkmış sayılır hükmünü taşımaktadır. (2).nci fıkrası ise kısa süreli bir arada yaşamaların § 1566 md. ile düzenlenen süreleri kesmeyeceği veya durdurmayacağını düzenlemiştir.

Eşlerin bir yıldır ayrı yaşıyor olmaları halinde her iki eşin boşanmayı birlikte talep etmeleri veya birinin talebini diğ erinin kabul etmesi halinde evlilik birliğinin eski hale dönüşmeyecek biçimde ç öktüğü kabul edilmektedir. (BGB.§ 1566 (1)). Yine eşlerin aile konutundan ayrı evlerde veya aynı konutta olmakla beraber ayrı yaşamaları halinde ayrı yaşama şartı gerçekleşmiş sayılmaktadır (BGB§ 1567 (1)). Ayrı yaşama hangi sebeple olursa olsun (başka birisiyle yaşama, geçimsizlik, akıl hastalığı, terk, kötü muamele) kanunda düzenlenen bu şartlar gerçekleşmişse evlilik birliğinin ç öktüğü kabul olunmaktadır.

d. Evliliğin çekilmez hale gelmesi esası:

Alman hukukunda eşlerin henüz bir seneyi doldurmayan ayrı yaşamalarının boşanma sebebi sayılması için ancak eşin katlanması beklenemeyecek ağırlıkta (unzumutbare Härte) bir sebebe dayanması gerekmektedir (BGB § 1565 (2)). Genel boşanma sebebi evlilik birliğinin ç ökmesi olarak kabul edildiğ inden, bu sebebin gerçekleştiğ inin kabulü için aranılan 1 ve 3 yıllık ayrı yaşama hali gerçekleşmese bile (örneğin 6 aydır ayrı yaşama var ise) bu ayrılığın katlanılmayacak derecede ağır bir sebebe dayanması halinde bunun boşanma sebebi olarak kabulü mümkündür (BGB § 1565. Burada aranılan “katlanılmayacak ağırlıktaki bir sebep” kavramı “evliliğ in çekilmez hale gelmesine yol açan bir sebep” olarak anlaşılabilir ve Türk medeni Hukukunda geçerli olan bu ilke ile beneş en bir prensip olarak nitelendirilebilir.

e. Evlilik birliğinin temelden sarsılması esası:

Türk Medeni Kanunu’nun 166.ncı maddesi ile düzenlenen “evlilik birliğinin temelden sarsılması” başlığı altında düzenlenen boşanma sebebi ve bu isimle anılan temel prensip, Alman boşanma hukukunda da temel bir prensip evlilik birliğinin ç ökmesi olarak (Scheitern der Ehe) adı altında eşdeğ er biçimde kabul olunmaktadır. Evliliğ in ç ökmesi başlıca boşanma sebebi olarak düzenlenmiş olup, boşanmayı sadece bu ve bu anlama gelecek sebeplere bağlayan (BGB § 1565–1566) Alman Medeni Kanunu, eşlerin bu birliği bir daha kurma iradesi taşımadıklarının anlaşıldığı hallerde boşanmaya karar verilebileceğ ini kabul etmektedir (BGB. § 1567 (1)).

f. Anlaşmalı boşanmaya yer verilmemesi:

Türk Medeni kanununda istisnai bir boşanma sebebi olarak da olsa tek fıkra halinde (TBK.m.166/III) düzenlenmiş bulunan anlaşmalı boşanma, Alman Medeni Kanununa yabancıdır. Her ne kadar eşlerin birlikte boşanma talebinde bulunabilecekleri kabul edilmişse de (BGB § 1564) onlardan, boşanmanın mali sonuçları ve çocukların durumu hususunda kabul edecekleri bir düzenleme sunmaları beklenmemektedir. Hakimin bu anlaşmayı taraf ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak uygun bulması veya gerekli gördüğü değ iş iklikleri yapması, bu değ iş ikliklerin taraflarca da kabulü halinde boşanmaya hükmetmesi (TMK. M.166/III) şeklinde düzenlenen koşul ve prosedür Alman boşanma hukukunda bulunmamaktadır. “Boşanan eşlerin bakımı” başlığı altında düzenlenen

BGB § 1569-1587.nci maddeleri uyarınca hakim, boşanan eşlerin hukukuna ilişkin karar vermekte, bunun tarafların özgür iradeleri ile düzenlendiği bir anlaşmaya dayanmasına ihtiyaç duyulmamaktadır.

V. Türk-İsviçre Boşanma Hukuku Sistemlerinin Birlikte Değerlendirilmesi

Türk Medeni kanunu ile benimsenen boşanma esasları, evliliğin eşlerin serbest iradeleri doğrultusunda ortadan kaldırılması (anlaşmalı boşanma) yolunu istisnai olarak tek bir fıkra halinde (TMK. 166/III) düzenlenmiş olmasından hareketle, kural olarak sadece kanunda sınırlı sayılı olarak düzenlenen sebeplere dayanması ve hakim kararı ile ortadan kaldırılması anlayışını içermektedir. Kaldı ki anlaşmalı boşanma halinde dahi hakimin boşanmaya hükmetmesi için “tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması” şartı aranmakta, hatta hakime tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapma olanağı verdiğiinden hakime geniş bir takdir yetkisi (TBK.M.4) vermektedir. Hakim boşanmaya ancak bu değişikliklerin taraflarca kabulü halinde hükmedebilmektedir. Şu halde hukukumuzda anlaşmalı boşanmada bile hakimin takdir yetkisi kapsamında evliliğe müdahalesi devam etmektedir.

İsviçre hukukunda ise anlaşmalı boşanma istisnai bir sebep olarak değil, temel bir boşanma sebebi olarak düzenlenmiştir. ZGB Art. 111/I (1) göre; eşlerin mahkemeye birlikte başvurarak ve boşanmanın sonuçları ve özellikle çocuklarla ilgili talepleri konusunda müştereken kararlaştırdıkları bir anlaşmayı mahkemeye sunmaları halinde hakimin bunun özgür iradeye ve ciddi bir düşünceye dayanıp dayanmadığı, dolayısıyla kabul edilebilir olup olmadığı konusunda tarafları ayrı ayrı veya birlikte dinleyerek, eşlerin anlaşmanın özellikle çocuklar bakımından kabul edilebilir olduğu konusunda kanaat getirmesi halinde mahkemenin boşanmaya ve üzerinde mutabık kaldıkları hususlara hükmetmesi mümkündür.

Boşanmayı birlikte isteyen eşler, üzerinde anlaşmaya varamadıkları konularda ise mahkemenin karar vermesini talep ederler. (ZGB Art.112/1) Bunun dışında eşlerin tek başına boşanma talep edebilecekleri haller iki şekilde düzenlenmiştir. Eşlerden birinin tek başına boşanma talebinde bulunabileceği birinci hal eşlerin en az iki yıldır ayrı yaşamış olmaları (Art.114 B/I) halidir. Eşlerin tek başına boşanma talep edebilecekleri ikinci hal ise ayrı yaşama süresi iki yılı geçmemesine rağmen boşanma talebinde bulunabilmeleri halidir ki bunun için kendilerinden kaynaklanmayan ve katlanmaları beklenmeyecek kadar ağır bir sebebin söz konusu olması gerekmektedir (Art.115/II).

Bu hükümlerden çıkarılabilecek sonuca göre İsviçre hukukunda boşanma kural olarak anlaşmalı boşanmaya dayanmakta, bunun dışında en az iki yıldır ayrı yaşayanlara veya ayrılık süresi iki yıldan az olsa bile eşlerin kendilerinden kaynaklanmayan ve katlanmaları beklenmeyecek ağırlıkta bir sebeple tek başlarına

boşanma davası açabilmelerine olanak tanıyan genel bir boşanma sebebi düzenlenmiş bulunmaktadır. Burada ifade etmek gerekirse İsviçre boşanma hukuku hükümlerinde uygulanan usul hükümleri Art.111 A(1) ile düzenlenen tarafları dinleme ve anlaşmayı denetleme; Art. 112/(1)(2) ile düzenlenen ve üzerinde anlaşmaya varılamayan boşanma sonuçları konusunda karar vermesi için hakimden yardım isteme) hariç olmak üzere sadece TMK.nun 166.ncı maddesinde yer alan “evlilik birliğinin sarsılması” sebebi benzeri bir sebebe dayandırıldığı ifade etmek mümkündür.

Sonuç olarak ifade etmemiz gerekirse İsviçre Medeni kanunu, mehzarını teşkil ettiği 1926 tarihli 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nde yer alan boşanma sebeplerini hâlâ muhafaza eden 2001 tarih ve 4721 sayılı yeni Türk Medeni Kanunu ile düzenlenen boşanma sebeplerinden önemli ölçüde uzaklaşmıştır. Böylece İsviçre Medeni Kanunu ya tarafların anlaşmasıyla, ya da en az iki yıl süre ile ayrı yaşamaları koşuluyla veya ayrı yaşamaları iki yıldan az sürmekle beraber eşlerden birinin katlanamayacağı ve kendisinden kaynaklanmayan herhangi bir ağır sebeple başvurusu halinde evliliğin mahkemece verilecek boşanma kararı ile sona erdirilmesine olanak vermektedir. İsviçre hukukunda boşanma sebepleri, Türk hukukunda olduğu gibi tek tek (sınırlı sayılı olarak) sayılmamış olduğundan hakime daha geniş takdir yetkisi verdiği için, bazı sakıncaların ortaya çıkmasına yol açması ihtimal dahilinde görülmektedir. İsviçre kanun koyucusunun bu düzenleme ile hedeflediği nihai amacın boşanmayı kolaylaştırmak olduğu söylenebilirse de kanımca bugün TMK.166.ncı maddesi IV fıkrası düzenlenen ve her ne sebeple olursa olsun 3 yıllık fiili ayrılık sonucunda hakimin eşlerden birinin talebi üzerine boşanmaya karar vermesine olanak veren düzenleme karşısında bu amacın zaten hukukumuzda da sağlandığı görülmektedir. Bu nedenle İsviçre Medeni Kanunu’nun ülkemizdeki bundan sonraki yasalaştırma girişimleri bakımından örnek teşkil edecek bir özelliğinin kalmadığı açıkça ifade edilmelidir.

VI. Türk-Alman Boşanma Hukuku Sistemlerinin Birlikte Değerlendirilmesi

Yukarıda incelendiği üzere Alman Hukukunda boşanma sebebi olarak gösterilen tek sebep “evlilik birliğinin çökmesidir”.

Evlilik birliğinin çökmesi (Scheitern der Ehe) kavramı BGB § 1565 ile tanımlanmıştır. Buna göre; eşlerin yaşam ortaklığı ortadan kalkmış ve eşlerin bu ortaklığı yeniden kurmaları beklenmiyor ise evlilik birliği çökmüş kabul edilmektedir. Evlilik birliğinin çöktüğünün varsayım yoluyla anlaşılması ise; eşlerin bir yıldır ayrı yaşamaları ve her ikisinin de boşanma talebinde bulunmaları veya aleyhine dava açılan eşin bu talebi onaylaması hallerinde mümkün görülmektedir (BGB § 1566 (1)). Eşler üç yıldır ayrı yaşıyorlarsa, evliliğin çöktüğü mutlak biçimde kabul olunmaktadır (BGB § 1566 (2)). Ayrı yaşama ise eşler arasında ev beraberliğinin kalmaması ve bunu yeniden kurma isteğinin de bulunmaması halinde gerçekleşmemiş sayılmaktadır. Eşler aynı evlerde oturmakla beraber aile konutu içinde ayrı yaşıyorlarsa bunun ev beraberliğinin bulunmaması anlamına

geldiği (BGB § 1567 (1)), kısa süreli bir araya gelmelerinde birlikte yaşama sayılmayacağı yine kabul edilen hükümlerdedir (BGB § 1567 (2)). Eşlerin bir yılı aşmayan ayrı yaşamaları halinde ise eşlerin boşanma talebi ancak sadece diğer eşten kaynaklanan ve katlanması beklenemez ağırlıktaki bir sebeple kabul edilebilir görülmektedir (BGB.§ 1565 (2)).

Bu bağlamda bakıldığında Alman boşanma hukukunda da boşanma sebebi olarak bir tek “evliliğin çökmesi” sebebinin gösterildiği söylenebilir. Evlilik birliğinin çökmesi ise;

- Eşlerin bir yıldan beri ayrı yaşamaları ve birlikte boşanma talebinde bulunmaları halinde (BGB. § 1566 (1)),
- Eşlerin bir yıldan beri ayrı yaşamaları ve birinin açtığı davaya diğerinin rıza göstermesi halinde (BGB. § 1566 (1))
- Eşlerin üç yıldan beri ayrı yaşıyor olmaları halinde (varsayım yolu) ile (BGB. § 1566 (2)),
- Eşler bir yıldan daha az süre ile ayrı yaşıyor olmalarına rağmen, diğer eşten kaynaklanan ve talepte bulunan eşten katlanması beklenemeyen ağırlıkta bir sebebin bulunması halinde (BGB. §. 1565 (2)) gerçekleşmiş kabul olunmaktadır.

Bu dört hal için BGB 1565–1566.ncı maddeleri dikkatle incelendiğinde TMK.166.ncı madde benzeri bir düzenlemenin bulunduğu söylenebilir. Zira TMK 166.ncı maddenin 1.nci fıkrasında yer alan “evlilik birliğinin, ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenemeyecek derecede sarsılmış olması” anlayışı BGB’de bulunan “evliliğin çökmesi” kavramı ile eş anlamlı kullanılmıştır. Yine anlaşmalı boşanmanın eşlerin birlikte açacakları dava veya birinin açtığı davayı diğerinin kabul etmesi halinde de evlilik birliğinin temelinden sarsılmış sayılması hükmü (TMK.166/II, 1.nci cümle), üç yıllık ayrı yaşamının evlilik birliğinin sarsılması anlamına gelip eşlerden birinin istemi üzerine boşanmaya karar verilmesi olanağı (TBK.166/IV) iki kanun arasındaki bu benzerliği ortaya koymaktadır.

Alman hukuku ile Türk hukuku arasındaki şu farklar bulunmaktadır.

1. Birinci fark, hukukumuzda yer alan mutlak boşanma sebeplerinin (TBK.m.161-165) Alman hukukuna yabancı olmasıdır.

2. İkinci olarak anlaşmalı boşanmada aranılan boşanmanın mali sonuçları ve çocukların durumu konusunda taraflarca hazırlanması gereken bir anlaşmanın bulunması ve bu düzenlemeyi hakimün uygun bulması şartıyla boşanmaya hükmedilebilmesi koşulu BGB’de aranmamaktadır. Alman Medeni Kanununda boşanmanın hukuki sonuçlarının tayin ve takdiri sadece hakime bırakılmıştır (BGB § 1569–1588). Oysa hukukumuzda benzeri bir durum olan anlaşmalı boşanmada hakim, tarafların düzenledikleri anlaşmayı eş ve çocukların menfaatine uygun bulursa buna göre hüküm kurmak, gerekli görüyorsa değişiklik yaparak tarafların kabulüne sunmak ve onlar da bu değişiklikleri kabul ederse boşanmaya karar verme yetkisine sahiptir (TBK. 166/,III, 2 ve 3.ncü cümle).

3. Bir başka fark ise Alman hukukunda bulunup da (BGB § 1568) Türk Medeni Kanunu'nda bulunmayan “zor durum” (Härteklause) kavramından doğmaktadır. Bu kavram evlilik birliğinin taraflara bağladığı “yardımlaşma ve birliğin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak” (TBK.m.185) yükümüne uygun düşüğü için, hukukumuz bakımından bir eksiklik olarak görülebilir. Örnekleme gerekirse, müşterek çocukları spastik özürlü veya down sendromlu olan eşlerin boşanma talebinde bulunmaları halinde hakim çocuğun bakımının ancak müştereken yapılabileceği kanaatini edinirse evlilik birliğinin çökmüş (evlilik birliğinin sarsılmış) olmasına rağmen boşanmaya hükmetmemektedir. Oysa bugün hukukumuzda TMK.m.166/III uyarınca böyle bir sebep dikkate alınmadığı gibi, dava reddedilmiş olsa dahi bu kararın kesinleşmesi tarihinden başlayarak aradan üç yıl geçmesi halinde her ne sebeple olursa olsun ortak hayat yeniden kurulmamışsa evlilik birliği temelden sarsılmış sayılmakta ve eşlerden birinin istemi üzerine boşanmaya karar verilebilmektedir. Bu durumda tarafların boşanma iradesi yukarıdaki örnekten hareketle çocuklarının içinde bulunduğu zor şartlar dikkate alınmaksızın hukuki sonuca bağlanmış olmaktadır ki sonuçlar zaten sancılı olan boşanma halinin taraflara, çocuklara²⁸ daha çok zarar vermesi yolu açılmaktadır. Bu örnekler çoğaltılabilir: eşlerden davalı olanın yatalak hasta olması veya ölümcül bir hastalığa tutulması; mesleği açısından dönüm noktası teşkil eden bir sınava (doçentlik sınavı) girecek bulunması; eşin evli olması şartıyla yapılacak bir atama (çocuk mahkemesi hakimi olma gibi) aşamasında veya evliliğin üzerinden belli bir süre geçmesi şartıyla kendisine yapılan bağış veya ölüme bağlı tasarruftan doğan ekonomik olanaktan yararlanma hakkını kazanmasına az bir süre kalması; davacıya ait olup aile konutu olarak kullanılan evde oturan ve ev edinmek üzere bir yapı kooperatifine üye olan davalı eşi ait evin bitmesine kısa süre kalması, boşanmanın çocukların başarısını (üniversite giriş sınavı gibi) açık biçimde olumsuz yönde etkileyeceği ihtimalinin yüksek olması; davalı eşin (kusurlu olmaksızın) işini kaybetmiş olması; evlilik birliğini çekilmez hale getirmeyen ve iyileşebilir bir psikolojik bozukluğu bulunan eşin tedavi görmekte iken psikolojik sağlığının daha da bozulacağı (intihar eyleminin) anlaşılması gibi hallerde boşanmanın sebebiyet vereceği bu zor şartların dikkate alınması isabetli olacaktır. Bu suretle boşanmanın yol açacağı kimi felaketlerin önüne geçilmesine çaba gösterilebilecektir.

SONUÇ

Yukarıda yaptığımız karşılaştırmalı araştırma sonucunda boşanma hukukumuzla ilişkin Türk Medeni Kanunu hükümlerinin (TMK.m.161-166) İsviçre ve Alman hukuk sistemleri ile kıyaslandığında üstün özelliklere sahip olduğu söylenebilir.

Şöyle ki; boşanma sebeplerinin tek bir sebep halinde (ZGB.Art.111-BGB § 1565) düzenlenmesi yerine birden fazla sebebe bağlanması (TMK.m.161-166)

²⁸ Kira sözleşmesinin feshinde de kabul edilen (BGB § 574) Härteklause kiracının bakmakla yükümlü olduğu kişileri de kapsar iken, boşanmada sadece taraflar ve çocuklar yönünden işletilmektedir.

kanımca aile birliğinin korunması açısından önemlidir. Eşlerin evliliklerinin çöktüğü gerekçesiyle ve sebebini kanıtlama ihtiyacı da hissetmeksizin, sadece ayrı yaşamalarını bunun kanıtı olarak göstererek boşanma hakkına sahip olmaları, evliliğin sona erdirilmesinde aşırı kolaylık sağlayacağı için sakıncalıdır. Bu nedenle Türk Medeni Kanunu'nun boşanma hükümlerinin bu hali ile muhafaza edilmesinde şimdilik yarar görülmektedir.

Ancak bu konuda BGB § 1568 ile düzenlenen ve boşanma talebinin evlilik birliğinin (çökmüş) temelden sarsılmış olarak kabul edildiği (TMK.166/ III ve IV fıkralarında söz konusu olduğu hallerde dahi reddini gerektirecek "Härteklausel" hallerine eş düşecek nitelikte "zor durum" maddesinin Türk Medeni Kanunu'na eklenmesinin uygun olacağı önerilebilir. Bu suretle iyi ve kötü günde bir aile beraberliği kurmak üzere sözleşen eşlerin, diğeri ve çocuklar için uygun olmayan, onu zor duruma düşürecek, evlenmenin sona ermesine bağlı sonuçları daha da ağırlaştıracak bir zamanda ve şekilde boşanma talebinde bulunmaları önlenecektir. Yasama organının bu öneriyi değerlendirmesini dilerim.

KAYNAKÇA

Akıntürk, Turgut: Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt: Aile Hukuku,11.Bası, Ankara 2008.

Öztañ, Bilge: Aile Hukuku, Ankara 2004.

Schwenzer, Ingeborg: Schwenzer (Hrsg.), Familienrechtskommentar Scheidung, Bern 2005.

Van Der Meer, Jens: Repetitorium Familienrecht, Zürich 2006.

Zevkliler, Aydın /

Acabey, M. Beşir /

Gökyayla, K. Emre: Medeni Hukuk (Giriş - Başlangıç Hükümleri - Kişiler Hukuku Aile Hukuku), Ankara 1997.