

EVLİLİK SONRASI DAYANIŞMA İLKESİ VE BU İLKENİN SINIRI OLARAK CLEAN BREAK İLKESİ DOĞRULTUSUNDA YOKSULLUK NAFKASINI BELİRLEYİCİ ÖLÇÜTLER

Dr. Gediz KOCABAŞ^(*)

Özet

Yoksulluk nafakası, evlilik sonrası dayanışma ilkesinin bir uzantısı olarak boşanmanın mali sonuçları arasında düzenlenmiştir. Yoksulluk nafakasının amacı, boşanma sonrasında kendi geçimini sağlama yeteneği bulunmayan eşin bu yeteneği elde edinceye kadar diğer eş tarafından mali açıdan desteklenmesidir. Bu doğrultuda, clean break ilkesi, yoksulluk nafakasının amacına ulaşılması bakımından evlilik sonrası dayanışma ilkesinin sınırlandırılmasında başvurulan bir ilke işlevini üstlenir.

***Anahtar Kelimeler:** Yoksulluk nafakası, evlilik sonrası dayanışma ilkesi, clean break ilkesi, yoksulluk nafakasını belirleyici ölçütler, boşanma, kendi geçimini sağlama yeteneği, yoksulluk, kusur, nafaka yükümlüsünün mali gücü, istem, hakimin takdir yetkisi.*

Abstract

Post-marital maintenance has derived its justification from the post marital solidarity principle. As a result of this connection it is arranged in the results of divorce case. The aim of the maintenance is to contribute the poor side unless the ability of self-support will be gained. At this point the clean break principle steps in according to bound the post marital solidarity principle.

^(*) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

Key Words: *Post-marital maintenance (alimony), post marital solidarity principle, clean break principle, criteria which are decisive with regard to post-marital maintenance, divorce case, ability to self-support, poverty, fault, ability to pay, claim, judicial discretion.*

I. Genel Olarak

Yoksulluk nafakası, boşanmaya bağlanan mali bir sonuç olarak TMK m.175 vd. (ZGB Art.125 vd.) düzenlenmiştir. Yoksulluk nafakası alanında hakime geniş takdir yetkisi tanıyan bu genel nitelikli hüküm, bir taraftan “nafaka ihtiyacı” diğer taraftan ise “nafaka yükümlüsünün mali gücü” olmak üzere iki temel yapı taşı üzerine inşa edilir¹. Bu alanda hakime geniş takdir yetkisi tanınması, zorunluluk gereği kanun koyucunun yapmış olduğu bilinçli bir tercihtir. Bir an için nafaka alacaklısının zarar görmesini engellemek amacıyla ayrıntılı düzenlemelere ihtiyaç duyulduğu ileri sürülebilirse² de, nafaka hukukunda ayrıntılı özel düzenlemeler getirilmesi mümkün olmadığı gibi böyle düzenlemelere de gerek duyulmaz. Hakimin TMK m.4’den (ZGB Art.4) doğan takdir yetkisi genel düzenlemenin somut olaya uyarlanmasında etkili bir araç olarak devreye girer. Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesi’nin nafaka hukuku alanında sağlamış olduğu uygulama zenginliği ve buna dayalı olarak oluşturulan ölçütler nafaka uyuşmazlıklarında hakime yol gösterici bir nitelik taşır.

İsviçre hukukunda gerçekleştirilen boşanma hukuku revizyonu sırasında “kusur” ve “evlilik sonrası dayanışma” ilkeleri doğrultusunda tasarlanan yoksulluk nafakasına ilişkin düzenlemeler terk edilmiş³ ve kendi geçimini sağlayamayacak olan tarafa, diğer tarafın bir katkıda bulunup bulunmayacağı, böyle bir katkıda bulunulacaksa bunun miktarı ve süresinin belirlenmesinde dikkate alınacak ölçütler ZGB Art.125/2’de sekiz bent halinde sıralanmıştır⁴. Öğreti-

¹ **SCHWENZER**, Ingeborg: FamKommentar Scheidung, Bern 2010, Art.125, N.1; **HATUSHEER**, Heinz/ **SPYCHER**, Annette/**BRUNNER**, Rolf/**GLOOR**, Urs/**BÄHLER**, Daniel/**KIESER**, Ueli: Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 2010, N.05-46; BGE 127 III 138; OGer Luzern 22 02 88 (FamPra 2004, s.130).

² Bu yönde bkz. **EGLI**, Isabelle: Die Eigenversorgungskapazität des unterhaltsberechtigten Ehegatten nach Scheidung, Bern 2007, s.16.

³ **SCHWENZER**, Ingeborg: “Ehegattenunterhalt nach Scheidung nach der Revision des Scheidungsrechts”, AJP 1999, s.167; BGE 119 II 12.

⁴ Kanunda belirtilen ölçütler örnek olarak sıralandığı için bunlara yeni ölçütlerin eklenebileceği yönünde bkz. **BÄHLER**, Daniel: “Scheidungsunterhalt - Methoden der Berech-

de, kanunda sıralanan ölçütlerin Federal Mahkeme uygulamasında zaten dikkate alınmakta olduğu belirtilerek kanun koyucu tarafından yeni bir düzenleme getirilmediği, sadece uygulamada başvuru ölçütlerinin kanuna aktarıldığı ifade edilmektedir⁵. İsviçre hukukundan farklı olarak Türk hukukunda ise kanun koyucu yoksulluk nafakasının belirlenmesinde başvurulacak ölçütleri örnek olarak saymak yerine 743 sayılı Medeni Kanun'da yer verilen genel düzenlemeyi 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda korumuş, ölçütlerin belirlenmesini öğreti ve uygulamaya bırakmıştır⁶.

Bu çalışmanın amacı; clean break ilkesi doğrultusunda Türk ve İsviçre hukuklarında yoksulluk nafakasına ilişkin genel düzenlemeyi oluşturan TMK m.175 ve ZGB Art.125'in değerlendirilmesi sonucunda, nafaka ihtiyacı ile nafaka miktarının ve süresinin belirlenmesinde başvurulacak ölçütlerin ortaya konmasıdır. Bu kapsamda, öncelikli olarak evlilik sonrası dayanışma ilkesinin ve bu ilkenin sınırlanmasında kullanılan clean break ilkesinin yoksulluk nafakası alanında üstlenmiş olduğu işlev açıklanmaya çalışılacak, daha sonra Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesi uygulaması temel alınarak her iki hukuk sisteminde yoksulluk nafakasının unsurları ve nafakayı belirleyici ölçütler karşılaştırmalı bir bakış açısıyla ele alınacaktır.

nung, Höhe, Dauer und Schranken", FamPra 2007, s.463; **LÖTSCHER-STEIGER**, Bruno/**TRINKLER**, Judith: "Unterhalt bei knappen (Mankofällen) bis mittleren finanziellen Verhältnissen", FamPra 2004, s.836; **SCHWENZER**, Revision, s.170; **HAUSHEER/SPYCHER**, N.05-47; **MENNE**, Martin: "Betreuungsunterhalt in der Schweiz und in Deutschland", Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, Privat Law (Bd. I), Bern 2011, s.1255; **POHLMANN**, Jörg: "Mankoteilung - Möglichkeiten eines Ausgleichs zwischen den Ehegatten", FamPra 2007, s.532; BGer 5P.352/ 2003 (FamPra 2004, s.401); BGer 5C.149/2004 (**HAUSHEER**, Heinz: "Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2001-2004 Veröffentlicht in den Bänden 127-130 Scheidungsrecht", ZBJV 2005, s.563); BGE 132 III 598; KGer Graubünden ZF 08 51-52.

⁵ **REUSSER**, Ruth: "Gedankensplitter zur revision des Scheidungsrechts", ZSR 1996, s.337 vd.; **MÖCKLI**, Urs Peter: "Aktuelle Fragen des nahehelichen Unterhalts - Art.125 ZGB", Dritte Schweizer Familienrecht § Tage, Bern 2006, s.5; **FREIBURGHANUS**, Dieter/**SUTTER**, Thomas: Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, Art.125, N.3; **SCHWENZER**, Art.125, N.1; **SCHWENZER**, Revision, s.169.

⁶ Türk ve İsviçre hukuklarının aksine Alman hukukunda yoksulluk nafakasına ilişkin genel bir düzenleme bulunmaz. Alman kanun koyucusu, nafaka isteminde bulunacak tarafın gelir getirici bir işte çalışmasına engel oluşturan durumları sınırlı sayıda belirtme yoluna giderek nafaka düzenlemesi bakımından farklı bir tercihte bulunmuştur. Açıklamalar için bkz. **MENNE**, s.1257; **SCHNITZLER**, Klaus: Münchener Anwalts Handbuch-Familienrecht, München 2010, Teil B, § 5, Rn.1 (**FRIEDERICI**, Peter).

II. Yoksulluk Nafakası İsteminin Dayanağı Olarak Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi

Evlilik birliği devam ettiği sürece eşler birbirlerine yardımcı olma (TMK m.185/3- ZGB Art.159/3) ve birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılma (TMK m.186/3-ZGB Art.163/1-2) yükümlülüğü altında bulunurlar. Boşanma kararının kesinleşmesiyle birlikte her iki yükümlülük de ortadan kalkmasına rağmen, tek başına geçimini sağlayamayan tarafa, evlilik sonrası dayanışma ilkesi gereğince yoksulluk nafakası isteminde bulunma hakkı tanınır⁷. Böylece, boşanmaya bağlı olarak ortaya çıkan olumsuz ekonomik durumun dengelenmesi amaçlanır⁸. Diğer bir bakış açısıyla, yoksulluk nafakasına ilişkin düzenleme, evlenmeden doğan güvenin korunması düşüncesinin bir yansımasıdır. Evlilik sırasında oluşturulan yaşam düzeni çerçevesinde, ekonomik anlamda birbirlerine yardımcı olacakları yönünde karşı tarafta haklı bir güven oluşturan eşler için sosyal ve ahlaki düşünceler ile boşanma sonucunda zor duruma düşen tarafın ekonomik özgürlüğüne kavuşturulması yükümlülüğü öngörülmüştür⁹. Buna göre, boşanmayla birlikte her iki tarafın da kendi ekonomik özgürlüğünü sağlaması ge-

⁷ **GLOOR**, Urs/**STECK**, Daniel: “Rückblick auf 10 Jahre neues Scheidungsrecht”, FamPra 2010, s.9; **SCHWENZER**, Art.125, N.4; **FREIVOGEL**, Elisabeth: “Nachehelicher Unterhalt-Verwandtenunterstützung - Sozialhilfe Wenn das Familieneinkommen nach Trennung oder Scheidung nicht für zwei Haushalte ausreicht: Rechtsprechung und Änderungsbedarf bei Mankofällen”, FamPra 2007, s.499; **TUOR**, Peter/**SCHNYDER**, Bernhard/**SCHMID**, Jörg/**RUMO-JUNGO**, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich 2009, N.36; **WIDMER**, Carmen Ladina: “Gestaltungsmöglichkeiten von Eheverträgen und Scheidungskonventionen”, ZBJV 2009, s.429; BGer 5A_767/2007 (**HATUSHEER**, Heinz: “Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2009 Familienrecht-Veröffentlicht in Band 135, ergänzt durch Internet veröfentlichungen-Scheidungsrecht”, ZBJV 2010, s.886); BGE 127 III 289.

⁸ **FREIVOGEL**, s.499; **LÖTSCHER-STEIGER/TRINKLER**, s.835; **RUMO-JUNGO**, Alexandra: “Neuere Entwicklungen im nachehelichen Unterhalt”, Familienvermögensrecht, Bern 2003, s.10; **MARTI**, Gabriela: “Vertrauensschutz im Familienrecht”, FamPra 2010, s.503. Boşanma nedeniyle ortaya çıkan ekonomik olumsuzlukların gerektiği gibi dengelebilmesi için clean break ilkesinin yoğun biçimde uygulanmaması gerektiğini savunan görüş için bkz. **HINDERLING**, s.591. Ayrıca karş. **MÖCKLI**, s.4.

⁹ **MARTI**, s.503; **LÖTSCHER-STEIGER/TRINKLER**, s.835; **BRUDERMÜLLER**, Gerd: “Nachehelicher Unterhalt - der deutsche Weg”, Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, Privat Law (Bd. I), Bern 2011, s.252; BGE 127 III 289. Haklı güvenin oluşumunda evlilik süresi ve bu süre kapsamında sergilenen davranış biçimi önem taşır. Kısa süreli evlilikler yaşam biçimlendirici etkiden yoksun oldukları için böyle evlilikler bakımından evlilik sonrası dayanışma yükümlülüğü giderek zayıflar ve clean break ilkesi daha etkin bir uygulama alanı kazanır. Bkz. **BÄHLER**, s.487.

rekmekle birlikte taraflardan biri bu konuda yetersiz kaldığında diğer tarafın gücü oranında yardımda bulunması aranır.

Evliliğin devamı sırasında eşler arasındaki dayanışma yükümlülüğü bakımından cinsiyet farkı gözetilemeyeceği gibi evlilik sonrası dayanışma yükümlülüğü bakımından da böyle bir fark gözetilemez¹⁰. Her iki taraf da, tek başına geçimini sağlayamayan tarafa yardımda bulunma yükümlülüğü altındadır. Önemli olan husus, taraflardan birinin geçimini sağlama yeteneğinde bir eksiklik bulunması ve diğer tarafın bu eksikliği kapatabilecek mali güce sahip olmasıdır.

III. Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesinin Sınırlanması

A. Sınırlamanın Amacı

Eşler arasındaki dayanışma yükümlülüğünün boşanma sonrasına uzanan biçimde etkili olması düşüncesi kabul edilirken, tarafların kendi geçimlerini sağlama yükümlükleri de gözden uzak tutulamaz. TMK ve ZGB’de kendi geçimini sağlama yükümlülüğüne ilişkin bir düzenleme bulunmamakla birlikte BGB §1569 bu konuda yol gösterici pozitif düzenleme olarak kabul edilebilir. Kişisel sorumluluk başlığını taşıyan BGB §1569’a göre, boşanmadan sonra taraflar kendi geçimlerini sağlama yükümlülüğü altındadır. 01.01.2008 tarihinde yürürlüğe giren Alman nafaka hukuku reformu sonrasında BGB §1569’da bir taraftan kişisel sorumluluk ilkesi güçlendirilirken, diğer taraftan da evlilik sonrası dayanışma ilkesine günümüz toplumsal koşulları doğrultusunda hakkaniyete uygun biçimde yer verilmiştir¹¹. Buna göre, boşanma sonrasında tarafların ekonomik anlamda kişisel sorumluluklarını üstlenmeleri ilkesi hareket noktası olarak kabul edilmiş; geçimini sağlama yeteneğine sahip olmayan tarafın kanunda belirtilen koşullar kapsamında istisnai olarak nafaka istemesi de mümkün

¹⁰ Bu doğrultuda, eMK 144’de yer alan “erkeğin kadından yoksulluk nafakası isteyebilmesi için kadının hali refahta bulunması gerekir” hükmü kadın-erkek eşitliğine aykırı olduğu için TMK m.175’e alınmamıştır. Uygulamada çoğu zaman kadın tarafından yoksulluk nafakası isteminde bulunulduğu, erkeğin ise nafaka yükümlüsü olduğu yönünde **FREI-VOGEL**, s.499, dn.8.

¹¹ **MAURER**, Hans-Ulrich: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 7/1, München 2010, § 1569, Rn.1; **WENDL**, Philipp/**DOSE**, Hans-Joachim: Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, München 2011, § 4 Ehegattenunterhalt, Rn. 103 (**BÖMELBURG**, Regina); **BRUDERMÜLLER**, s.253.

kılınmıştır¹². Diğer bir söyleyişle, Alman hukuku bakımından kişisel sorumluluğun üstlenilmesi ilkesi ile nafaka istemi arasında kural-istisna ilişkisi kurulmuştur¹³. Boşanma sonrasında ileri sürülebilecek ekonomik nitelikli istemlerin önüne geçmek isteyen kanun koyucu kişisel sorumluluğun üstlenilmesi ilkesi ile taraflara kendi geçimlerini sağlama yükümlülüğü yüklerken, boşanmaya bağlı ekonomik olumsuzluklara karşı da duyarsız kalmamıştır. Söz konusu olumsuzlukların taraflar arasında paylaştırılarak dengelenmesi amacıyla ekonomik anlamda zayıf olan tarafa, kanunda sayılan durumlarda, nafaka isteminde bulunma hakkı tanınmıştır¹⁴. Gerçekleştirilen bu değişiklik sonrasında kişisel sorumluluk ilkesi yeni bir hukuki yapılanma kazanmış ve yeni yapısıyla birlikte nafakanın unsurlarının değerlendirilmesinde daha yoğun bir uygulama alanı elde etmiştir¹⁵. Ayrıca, söz konusu yoğun uygulama alanı sadece unsurlarla sınırlı kalmamış, nafaka miktarı ile süresinin belirlenmesinde başvurulacak ölçütler bakımından da aynen uygulanmıştır.

Alman hukukunda, yoksulluk nafakası istemi, kişisel sorumluluk ve evlilik sonrası dayanışma ilkeleri üzerine kurulmuştur. Bu ilkelerden, kişisel sorumluluk ilkesi nafaka istemine yön veren temel ilke olarak kabul edilir. Evlilik sonrası dayanışma ilkesine ise geçimini sağlama yeteneğinden yoksun olan tarafın desteklenmesi amacıyla uygulama alanı tanınır¹⁶. Bu doğrultuda, taraflar boşanmayla birlikte kendi geçimlerini sağlama yükümlülüğü altına girerler. Bazı durumlarda ise kişisel sorumluluk ilkesinin evlilik sonrası dayanışma ilkesiyle sınırlandırılması ve boşanma sonrasında uzanan ortak bir sorumluluk anlayışının kabulü mümkündür¹⁷. Ancak bunun için kanunda sayılan koşulların gerçekleşmesi aranır (BGB §1570 vd.).

¹² HEISS, Beate/BORN, Winfried: Unterhaltsrecht, München 2011, 15.Kapitel, Rn. 74b (LANGENFELD, Gerrit); JAUERNIG, Othmar: Bürgerliches Gesetzbuch-Kommentar, München 2011, § 1569, Rn.1 (BERGER, Christian/MANZEL, Heinz-Peter). Kişisel sorumluluk ilkesi karşısında nafaka isteminin istisnai nitelik taşıdığı yönünde özellikle bkz. JOHANNSEN, Kurt/HENRICH, Dieter: Familienrecht, München 2010, § 1569, Rn.1 (BÜTTNER, Helmut); SCHULZE, Reiner: Bürgerliches Gesetzbuch-Handkommentar, Baden-Baden 2012, §1569, Rn.1 (Hk-BGB/KEMPER, Rainer); MENNE, s.1257.

¹³ MAURER, § 1569, Rn.4; BÜTTNER, § 1569, Rn.5; SCHNITZLER, Teil B, § 9, Rn.1.

¹⁴ Kanunda sayılan durumlar bakımından sınırlı sayı ilkesinin geçerli olduğu yönünde MAURER, § 1569, Rn.4. Benzer yönde, Alman nafaka hukukunun kişisel sorumluluk ilkesi lehine oldukça kısıtlayıcı bir anlayışla tasarlandığı görüşü için bkz. BRUDERMÜLLER, s.252.

¹⁵ BÖMELBURG, Rn.103.

¹⁶ BERGER/MANZEL, Vorbemerkungen, Rn.1.

¹⁷ BÖMELBURG, Rn.103.

İsviçre hukukunda ise kişisel sorumluluk ilkesi açıkça düzenlememekle birlikte boşanma hukuku revizyonu sırasında söz konusu ilkenin amacına uygun bir anlayış ile hareket edilmiştir. Buna göre, boşanmaya bağlı ekonomik olumsuzlukların mümkün olduğunca kısa bir zaman içinde taraflar arasında paylaştırılarak dengelenmesi ve böylece ekonomik nitelikli istemlere son verilmesi gerekir¹⁸. Hukuki belirsizlik, boşanma sonrasında kurulması beklenen yeni hayat düzeni bakımından ciddi bir tehlike oluşturabilir. Ekonomik geleceğin sağlıklı biçimde tasarlanması için belirsizliğin ortadan kaldırılması zorunludur. Arzu edilen bu sonuca ulaşılması ise evlilik sonrası dayanışma ilkesinin sınırlanması yoluyla gerçekleşebilir. İsviçre kanun koyucusu, sınırlamanın nasıl gerçekleşeceği yönündeki tercihini ise Kıta Avrupası hukuk sisteminin sınırlarını aşarak yabancı kökenli bir ilkeyi İsviçre hukukuna aktarma yönünde kullanmıştır. 01.01.2000 tarihinde yürürlüğe giren yeni düzenlemeler clean break ilkesinin etkisiyle tasarlanmışlardır.

Belirtmek gerekir ki, yoksulluk nafakası alanında clean break ilkesi ile BGB §1569'da düzenlenen kişisel sorumluluk ilkesi aynı hukuki esas ifade etmek üzere kullanılır. Diğer bir söyleyişle her iki ilke de boşanma sonrasında tarafların kendi geçimlerini sağlamak üzere ekonomik sorumluluklarını üstlenmeleri düşüncesini yansıtır. Clean break ilkesinin yoksulluk nafakası alanında görünümünü oluşturan “kendi geçimini sağlama yeteneği”, kavram olarak Alman hukukunda kabul edilen kişisel sorumluluk ilkesiyle örtüşür¹⁹.

Alman ve İsviçre hukuklarında boşanma ve özellikle de nafaka hukuku alanında gerçekleştirilen yenilik hareketlerinin temelinde, boşanma sonrasında bağımsız bir hayat düzeni oluşturma düşüncesi yer alır. Bu doğrultuda, her iki taraf da kendi ekonomik sorumluluğunu üstlenmeli ve taraflar boşanma sonrasında ekonomik nitelikli istemler ile karşı karşıya gelmemelidir. Böyle bir sonucun elde edilebilmesi için Alman hukukunda olduğu gibi pozitif bir düzenleme getirilebilir ya da İsviçre hukukunda olduğu gibi nafaka hukukuna ilişkin düzenlemelerin ekonomik bağlılığı sınırlayan genel bir ilke

¹⁸ VETTERLI, Rolf: “Zur Bemessung des nachehelichen Unterhalts - ein Klärungsversuch”, AJP 2009, s.579.

¹⁹ Karş. EGLI/SCHWENZER, FamKomm, Vorbemerkungen zu Art. 125-132, N.6; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, N.36; FREIBURGHANUS/SUTTER, Art. 125, N.12; MARTI, s.502; MAIER, Philipp: “Aspekte bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen im Familienrecht Zur Praxis der erst und zweitinstanzlichen Gerichte des Kantons Zürich”, AJP 2007, s.1227; BGer 5A_56/2010 (FamPra 2010, s.696); OGer Luzern 22 02 88 (FamPra 2004, s.130); KGer St.Gallen BF.2010.42 (FamPra 2012, s.436).

doğrultusunda tasarlanıp yorumlanması tercih edilebilir. Türk hukukunda yoksulluk nafakasının sınırlanması işlevini üstlenen pozitif bir düzenleme bulunmadığına göre kendi geçimini sağlama yükümlülüğü bakımından nafakaya ilişkin düzenlemelerin yorumlanmasında sınırlayıcı bir işlev üstlenen clean break ilkesinden yararlanılması düşünülebilir.

B. Clean Break İlkesi

Anglo-Amerikan hukuk sistemi kaynaklı bir ilke olan clean break ilkesi günümüzde İsviçre boşanma hukuku sistemini karakterize eden bir ilke durumundadır²⁰. Her yeni hukuki kurum ve kavramın tanımlanmasında karşılaşıldığı üzere clean break ilkesi de birçok farklı açıdan tanımlanır. Bununla birlikte, tanımların bulunduğu ortak nokta, boşanma kararıyla birlikte tarafların birbirleriyle olan bağlarının kesilmesi düşüncesidir. Bu anlamda, clean break ilkesi, boşanan taraflar arasındaki ekonomik ilişkilere ve uyumsuzluklara kesin olarak son verilmesi işlevini üstlenir²¹. Özellikle de, uzun bir süre devam edebilecek yoksulluk nafakası ödeme yükümlülüğünün önüne geçilmesi amacıyla kullanılır. Boşanmaya bağlanan kişisel sorumluluk alanında etkin bir işlev üstlenen clean break ilkesi doğrultusunda yoksulluk nafakasına yüklenen işlev de yeniden tanımlanır. Buna göre, yoksulluk nafakasının amacı, boşanmaya bağlı ekonomik olumsuzlukların dengelenmesi yoluyla geçimini tek başına sağlayamayan tarafı kısa bir zaman dilimi içinde ekonomik özgürlüğüne kavuşturmadır²². Bu amaç doğrultusunda clean break

²⁰ Clean break ilkesini İsviçre boşanma hukukunda egemen ilke olarak tanımlayan Federal Mahkeme kararı için bkz. BGer 5A_441/2008 (FamPra 2009, s.470). Ayrıca bkz. **FASEL**, Urs/**WEISS**, Daniela: “Auswirkungen des Konkubinats auf (nach-)eheliche Unterhaltsansprüche”, AJP 2007, s.17; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/ RUMO-JUNGO**, N.35, Fn.78; **MÖCKLI**, s.4; **HAUSHEER/SPYCHER**, N.05-158.

²¹ **MÖCKLI**, s.5; **SCHWENZER**, Ingeborg: “Das clean break - Prinzip im nahehehlichen Vermögensrecht”, FamPra 2000, s.610; **MARTI**, s.502; **GLOOR/STECK**, s.9; **EGLI**, s.16. Clean break ilkesini bağımsız bir ilke olarak kabul etmeyen ve onu boşanma sonrasında tarafların ekonomik bağımsızlıklarını üstlenmeleri kapsamında nitelendiren görüş için bkz. **RUMO-JUNGO**, s.9; **HINDERLING**, Regula: “Tribunal fédéral, Ite Cour civile, Arrêt du 25 janvier 2001 en la cause dame X c. X - 5C.222/2000 (ATF 127 III 136)”, FamPra 2001, s.590.

²² **SUTTER-SOMM**, Thomas/**KOBEL**, Felix: Familienrecht, Zürich 2009, N.513; **MAIER**, s.1227; **EGLI**, s.16; **SCHWENZER**, Clean Break Prinzip, s. 611; **MÖCKLI**, s.5; **BRÄNDLI**, Gian/**KILDE**, Gisela: “Neues aus der Rechtsprechung im Ehe und Kindesrecht”, Scheidungsrecht Aktuelle Probleme und Reformbedarf (**RUMO-JUNGO**, Alexandra/**PICHONNAZ**, Pascal), Zürich 2008, s.189; KGer St.Gallen BF.2006.3/5 (**BRÄNDLI/KILDE**, s.188).

ilkesinin yoksulluk nafakası alanında somutlaştırılması için “kendi geçimini sağlama yeteneği” temel yapı taşı olarak kabul edilir²³.

Clean break ilkesi sadece yoksulluk nafakası isteminin engellenmesinde değil aynı zamanda nafaka miktarının belirlenmesinde de etkili olur. Bunun yanında gizli kalmış üçüncü bir etkiden de söz edilebilir. Böylece, boşanma sonrasında tarafların ekonomik durumlarında meydana gelen değişikliklere bağlı olarak, üstlenilmiş bulunan malvarlığı edimlerinin değişen koşullara uyarlanması istemi de engellenir²⁴. Clean break ilkesinin tutarlı biçimde uygulanması, boşanma sonrasında tarafların malvarlıklarında meydana gelen değişikliklere bağlı istemlerin dikkate alınmamasını zorunlu kılar²⁵. Bütün bu etkilerin bir araya gelmesiyle birlikte boşanma sonucunda her iki taraf da kendi ekonomik sorumluluğunu üstlenmiş olur²⁶.

İsviçre hukukunda gerçekleştirilen boşanma hukuku revizyonunu karakterize eden ilkelerden biri olarak clean break ilkesi en büyük etkisini yoksulluk nafakası alanında göstermiştir. Revizyon sonrasında yürürlüğe giren ZGB Art.125/1 ekonomik anlamda tek başına geçimini sağlama düşüncesi üzerine yapılandırılmış ve eski düzenlemenin aksine, kural olarak, süresiz nafaka ödenmesine dayalı sistem terk edilmiştir²⁷. Öğretideki tanımlarla aynı doğrultuda olmak üzere İsviçre Federal Mahkemesi de, clean break ilkesini, boşanmadan sonra tarafların ekonomik ihtiyaçlarını tek başına karşılayabilme yeteneğini edinmeleri ve ekonomik özgürlüklerini kazanma yönünde desteklenmeleri kapsamında tanımlar²⁸. Federal Mahkeme’ye göre clean break ilkesi gereğince boşanma kararıyla birlikte taraflar arasındaki ilişkinin

²³ MARTI, s.502; TRACHSEL, Daniel: “10 Jahre Scheidungsrechtsrevision - Was bewegt die Praxis?”, Fünfte Schweizer Familienrechtstage, Bern 2010, s.46; RIECK, Jürgen: Ausländisches Familienrecht, München 2011, Schweiz, Rn.19 (TRACHSEL, Daniel).

²⁴ SCHWENZER, Clean Break Prinzip, s.611.

²⁵ Nafaka miktarının değişen koşullara göre uyarlanması ya da ortadan kaldırılmasına ilişkin mahkeme kararları nedeniyle clean break ilkesinin göz ardı edildiğini savunan görüş için bkz. SCHWENZER, Clean Break Prinzip, s.625.

²⁶ Clean break ilkesinin merkezinde yer alan düşüncenin de boşanmaya bağlı olarak tarafların kendi ekonomik sorumluluğunu yüklenmesi olduğu yönünde FASEL/WEISS, s.17. Tarafların ekonomik özgürlüklerine kavuşturulmasını, clean break ilkesinin dar anlamda başlangıç noktası, geniş anlamda ise amacı olarak belirten görüş için bkz. RUMO-JUNGO, s.10.

²⁷ MÖCKLI, s.4. Eski kanun döneminde ihtiyacı olan tarafa süresiz olarak nafaka ödenmesi gerektiği yönünde BGE 115 II 6.

²⁸ BGer 5C.222/2000 (FamPra 2000, s.585); BGer 5P.352/2003 (FamPra 2004, s.401); 5C.48/2001 (FamPra 2002, s.144); BGer 5C.27/2005 (MÖCKLI, s.4, dn.7).

mümkün olduğunca azaltılması gerekir²⁹. Federal Mahkeme'nin bu son görüşü clean break ilkesinin geniş anlamda yorumlanmasına dayanır ve başlangıçta sadece nafaka yükümlülüğü bakımından uygulama alanı tanınan ilkenin sonradan boşanmaya bağlı tüm ekonomik ilişkileri kısıtlayıcı bir işlev üstlendiğini gösterir³⁰.

Kanun koyucu tarafından İsviçre hukukuna aktarılan clean break ilkesi öğretisi ve Federal Mahkeme uygulamasında kabul görmesine rağmen³¹ nafaka hukuku alanında tek başına etkili olan bir ilke değildir. Yoksulluk nafakasını düzenleyen ZGB Art.125/1 clean break ilkesi üzerine inşa edilirken, diğer taraftan da evlilik sonrası dayanışma ilkesi sınırlanmış biçimiyle muhafaza edilir³². Böylece, yoksulluk nafakası isteminin temeli iki ilkenin bir araya getirilmesiyle oluşturulur³³. Bu noktadan hareket edildiğinde, yoksulluk nafakasını düzenleyen hükümlerin değerlendirilmesi için clean break ilkesi ile sınırlanmış evlilik sonrası dayanışma ilkesi bir bütün olarak dikkate alınır.

Türk Hukukunda ise yoksulluk nafakasına ilişkin düzenlemeler söze dayalı bir yorumla değerlendirildiğinde evlilik sonrası dayanışma ilkesinin ağır bastığı sonucuna ulaşılabilir. Özellikle, TMK m.175/1'de yer verilen "süresiz olarak nafaka isteyebilir" ifadesi bu sonucu destekler niteliktedir³⁴. Bu nedenle, İsviçre hukukunun aksi yönünde, Türk hukukunda evlilik sonrası dayanışma ilkesinin sınırlanmaksızın kabul edildiği görüşü savunulabilir. Oysa ki, TMK m.175/1'nin sadece söze dayalı yorumu yanıltıcı olduğundan, düzenlemenin amacıyla birlikte yorumlanması durumunda Türk hukukunda

²⁹ BGer 5C.265/2002 (FamPra 2003, s.685).

³⁰ HINDERLING, s.590.

³¹ Clean break ilkesini sadece kısa süreli çocuksuz evliliklerin tasfiyesinde uygulanabilecek bir ilke olarak tanımlayan ve clean break ilkesine yoğun biçimde yer verdiği gerekçesiyle Federal Mahkeme uygulamasını eleştiren görüş için bkz. FREIVOGEL, Elisabeth/LEUENBERGER, Marcel: "Unterhalt bei Scheidung und Trennung", Erste Schweizer Familienrecht-Tage 3./4. Mai 2002: Ergebnisse aus den Arbeitskreisen-Arbeitskreis Nr. 6, FamPra 2002, s.732. Ayrıca bkz. HINDERLING, s.591.

³² EGLI/SCHWENZER, Vorbemerkungen, N.6; MÖCKLI, s.6; MAIER, s.1227; BGE 134 III 145.

³³ BGE 129 III 7; BGE 127 III 136; BGE 132 III 598; BGer 5A_56/2010 (FamPra 2010, s.696); BGer 5C. 48/2001 (FamPra 2002, s.144).

³⁴ eMK m.144'ün önceki düzenlemesinde yoksulluk nafakası bir yıl süre ile sınırlandırılmışken, 3444 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonrasında bir yıllık süre sınırı kaldırılmış ve süresiz nafaka kavramı getirilmiştir. Aynı kavram 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda da korunmuştur. Bkz. AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ-KARAMAN, Derya, Aile Hukuku, İstanbul 2012, s.302; ARKAN-SERİM, Azra: "Yoksulluk Nafakası", İÜHF, C.LXV 2007, s.286.

clean break ilkesinin uygulanabilirliğinin önünde herhangi bir engel bulunmadığı görülür. Bu bakımından, öncelikle kanunda yer verilen “süresiz olarak nafaka isteyebilir” ifadesinin amaca uygun bir yorumla ihtiyaç sahibi tarafın ekonomik özgürlüğüne kavuşturulması için gerekli olan zaman dilimi ile sınırlandırılması gerekir³⁵.

Yoksulluk nafakasını da kapsar biçimde, evliliğinin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava haklarını boşanma kararının kesinleşmesinden itibaren bir yıllık kısa zamanaşımı süresine bağlayan TMK m.178’in gerekçesi de bu noktada yol gösterici olabilir. Nitekim, söz konusu dava haklarını eski Medeni Kanunda bulunmayan bir yıllık zamanaşımı süresine bağlayan 178.maddenin gerekçesinde, boşanma kararının kesinleşmesinden uzun bir zaman sonra tarafların boşanmaya bağlı ekonomik nitelikli istemler ile karşı karşıya gelmelerini engelleme amacı açıkça belirtilmiştir³⁶. Her ne kadar, bir yıllık zamanaşımı süresinin clean break ilkesiyle örtüşmediği düşünülebilirse de, böyle bir zamanaşımı süresine yer vermeyen eski Medeni Kanun düzenlemesiyle karşılaştırıldığında, bir yıllık kısa zamanaşımı süresinin taraflar arasındaki ekonomik ilişkiye mümkün olan en kısa zamanda son verici nitelikte olduğu kabul edilebilir.

Yargıtay uygulamasında ise evlilik sonrası dayanışma ilkesine³⁷ yolla- ma yapılmasına rağmen clean break ilkesinden açıkça söz edilmemesi bu

³⁵ Anayasa Mahkemesi’nin, TMK m.175’de yer verilen “süresiz olarak” ibaresinin Anayasa’ya aykırı olduğu yönündeki başvuruyu değerlendirdiği kararında da bu görüş benimsenmiştir. Buna göre; (...) İtiraz konusu “süresiz olarak” ibaresi, nafaka alacaklısının her zaman ölüncüye kadar yoksulluk nafakası alacağı anlamına gelmemektedir. Kanun koyucunun 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu’nun 175. maddesinde “süresiz olarak” ibaresine yer vermesinin amacı, boşanmadan dolayı yoksulluğa düşecek olan eşin diğer eş tarafından, şartları bulunduğu sürece ekonomik yönden desteklenmesi ve asgari yaşam gereksinimlerinin karşılanmasıdır (...) İtiraz konusu kuralda, boşanma sebebiyle yoksulluğa düşen eşi korumak için diğer eşin, koşulları bulunduğu sürece, herhangi bir süre sınırı olmaksızın yoksulluk nafakası vermesi düzenlenmiş olup bu yükümlülüğün sosyal hukuk devleti ilkesinin gereği olarak getirildiği kuşkusuzdur. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa’nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir (...). AYM 17.05.2012 E.2011/136, K.2012/72 (RG 26.06.2012 S.28335).

³⁶ Ayrıca bkz. **DURAL/ ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, N.816; **ÖZÜGÜR**, Ali İhsan: Nafaka Hukuku, İstanbul 2007, s.307; **AKINTÜRK/ATEŞ-KARAMAN**, s.310; **ARKAN-SERİM**, s.298.

³⁷ (...) Yoksulluk nafakası, bir bakıma evlilik birliği devam ettiği sürece söz konusu olan karşılıklı bakım ve geçindirme ödevinin devam ettirilmesi anlamını taşımaktadır (...). Yoksulluk nafakası ahlaki ve sosyal düşüncelere dayanır. Onun içindir ki, bilimsel öğretilerde; evlilik birliğinde eşler arasında geçerli olan dayanışma ve yardımlaşma yükümlülüğünün, evlilik birliğinin sona ermesinden sonra da kısmen devamı niteliğinde olduğu belirtilmektedir (...). Yarg. HGK 04.05.2011 E.2011/2-155, K.2011/278; Yarg. HGK 10.11.2010 E.2010/2-614, K.2010/597; Yarg. HGK 13.05.2009 E.2009/3-165, K.2009/186 (Legalbank).

ilkesinin tamamen göz ardı edildiği biçiminde yorumlanamaz. Her ne kadar clean break ifadesi açıkça kullanılmasa dahi Yargıtay kararlarında; yoksulluk nafakasının, ihtiyaç sahibi tarafın ekonomik anlamda özgürlüğüne kavuşturulmasına bağlı olarak yoksulluk durumunun devamıyla sınırlandırılmış olması clean break ilkesinin uygulanmasından başka bir şey değildir³⁸. Somut olayın koşulları kapsamında, boşanma kararından sonra taraflar arasındaki ekonomik ilişkinin gereğinden fazla uzamamasını kabul eden Hukuk Genel Kurulu kararında da clean break ifadesi kullanılmamış olsa dahi clean break ilkesinin amacına uygun bir sonuca ulaşıldığı açıktır³⁹.

Buraya kadar açıklanmaya çalışıldığı üzere clean break ilkesi boşanmadan sonra taraflar arasındaki ekonomik ilişkiye mümkün olduğunca kısa bir zaman içinde son verilmesi amacıyla başvurulmuş bir ilkedir. Buna karşılık, sosyal ve ahlaki düşünceler doğrultusunda, eşler arasındaki dayanışma ve yardımlaşma yükümlülüğüne boşanma sonrasına uzanan biçimde uygulama alanı tanınması mümkündür. Özellikle, yaşam biçimlendirici etkiye sahip olan uzun süreli evliliklerde, evlilik sonrası dayanışma ilkesi kapsamında ekonomik bakımdan güçlü olan tarafın, zayıf olan taraf kendi ihtiyaçlarını karşılama yeteneğine sahip oluncaya kadar, yoksulluk nafakası ödemesi gerektiği kabul olunur⁴⁰. Bu doğrultuda, evlilik sonrası dayanışma ve clean break ilkeleri birlikte değerlendirildiğinde söz konusu ilkelerin çatışma içinde olduğu ve birbirlerini dışladığı düşüncesi savunulabilir. Buna karşılık, clean break ilkesine yüklenen işlev evlilik sonrası dayanışma ilkesinin dışlanması olmayıp, bu ilkenin uygulama alanının sınırlandırılmasıdır⁴¹.

IV. Yoksulluk Nafakasının Unsurları

A. Boşanmaya Bağlı Yoksulluk

TMK m.175/1'e göre nafaka istemi boşanma yüzünden yoksulluğa düşme koşuluna bağlıdır. Aynı koşul, ZGB Art.125/1'de "geçimini sağlama-

³⁸ Yarg. 2.HD 11.02.2002 E.2002/1104, K.2002/1667 (Legalbank).

³⁹ Yarg. HGK 29.03.2006 E.200672-69, K.2006/117 (Legalbank).

⁴⁰ KGer Freiburg A1 2003-7&10 (BRÄNDLI/KILDE, s.189).

⁴¹ Benzer yönde BRÄNDLI/KILDE, s.189. Özellikle karşı. Cour de justice de Genève F-C/28 079/1998 (VETTERLI, Rolf: "Zwei Jahre Gerichtspraxis im Familienrecht", Familienvermögensrecht, Bern 2003, s.107. Aksi yönde, clean break ilkesi karşısında evlilik sonrası dayanışma ilkesinin işlevini yitirdiği görüşü için bkz. EGLI, s.16. Söz konusu iki ilkenin kısmen birbirini dışlayabileceği yönünde MARTI, s.502.

sı kendisinden beklenemeyecek durumda olan taraf” ifadesiyle belirtilmiştir⁴². Kanun koyucu, yoksulluk kavramını soyut olarak tasarlamış, söz konusu kavramın tanımlanmasını öğreti ve uygulamaya bırakmıştır. Yargıtay’ın yerleşik görüşü doğrultusunda, yoksulluk; yeme, giyinme, barınma, sağlık, ulaşım, kültür, eğitim gibi kişinin maddi varlığını geliştirmek için zorunlu ve gerekli görülen harcamaları karşılayacak düzeyde gelire sahip olmaması durumu olarak tanımlanır⁴³. Federal Mahkeme uygulamasında ise yoksulluk yerine “kendi geçimini sağlayabilme” kavramına yer verilir⁴⁴. Her iki yüksek mahkemenin kararlarında vurgulandığı üzere evliliğin sona ermesi tek başına nafaka istemine dayanak oluşturmaz. Evlilik sonrası dayanışma ilkesinin devreye girebilmesi için istemde bulunan tarafın boşanma nedeniyle yoksulluğa düşmesi, diğer bir söyleyişle zorunlu ihtiyaçları bakımından kendi geçimini sağlama yeteneğine sahip olmaması aranır⁴⁵. Bu nedenle, geçimini sağlama yeteneği ile evlilik sonrası dayanışma ilkesi arasında güçlü bir çatışmanın bulunduğu kabul edilir⁴⁶. Boşanma sonrasında taraflar kendi geçimlerini sağlama yeteneğine sahip olduklarında yoksulluğa düşme koşulu gerçekleşmediği için nafaka istemine yer olmaz.

Geçimini sağlama yeteneği bakımından yapılan değerlendirmede olumlu sonuca ulaşılması durumunda, geniş anlamda clean break ilkesinin etkisiyle nafaka isteminin reddi gerekirken; geçimini sağlama yeteneğinin bulunmadığı durumlarda, yaşam biçimlendirici etkiye sahip evlilikler bakımından kural olarak, böyle bir etkiden yoksun evlilikler bakımından ise istisnai olarak, evlilik sonrası dayanışma ilkesi gereğince yoksulluk nafakasına hükmedilmesi gerekir⁴⁷. Kanaatimizce, İsviçre hukukunda kabul edilen bu

⁴² Geçimini sağlama yeteneğinin, yoksulluk nafakası istemi bakımından asli belirleyici unsur olduğu yönünde **BACHMANN**, Bruno: “Neues Scheidungsrecht”, TREX 2000, s.318; BGer 5A_243/2007 (FamPra 2008, s.662). Türk hukukunda yoksulluğa düşme bakımından aynı yönde **ARKAN-SERİM**, s.289.

⁴³ Yarg. HGK 04.05.2011 E.2011/2-155, K.2011/278; Yarg. HGK 10.11.2010 E.2010/2-614, K.2010/597; Yarg. 3.HD 22.09.2005 E.2005/9325, K.2005/8888; Yarg. 3.HD 07.07.2005 E.2005/7283, K.2005/7591 (Legalbank).

⁴⁴ BGE 134 III 145; BGer 5A_154/2008 (FamPra 2008, s.937); BGer 5C.244/2006 (FamPra 2007, s.647).

⁴⁵ Yarg. HGK 16.05.2007 E.2007/2-275, K.275; Yarg. 2.HD 21.07.2011 E.2010/11896, K.2011/12835 (Legalbank); BGer 5A_6/2009 (FamPra 2009, s.770); BGer 5A_63/2009 (FamPra 2009, s.1045).

⁴⁶ **MÖCKLI**, s.7.

⁴⁷ **GLOOR/STECK**, s.9; **HAUSHEER/SPYCHER**, N.05-158; **MARTI**, s.502; **WIDMER**, s.429; **KOBEL-SUTTER-SOMM**, N.511 vd..

görüşün Türk hukukunda da uygulanması mümkündür. Kanun koyucu TMK m.175’de yer verdiği “geçim” kavramına hem yoksulluk unsurunu hem de nafaka miktarını belirleyici işlev yüklemiştir. Bu doğrultuda, yoksulluk unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediği, istemde bulunan tarafın geçimini sağlama yeteneğine sahip olup olmamasına göre belirlenir. Birinci aşamada, istemde bulunan tarafın yoksulluğa düştüğü belirlendikten sonra ikinci aşamada nafaka miktarına karar verilirken geçimini sağlama yeteneğindeki eksikliğin tamamlanmasıyla yetinilir.

B. Boşanmaya Neden Olan Olaylarda Ağır Kusurlu Olmama

TMK m.175/1’e göre boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf kusuru daha ağır olmamak koşuluyla nafaka isteminde bulunabilir. Diğer bir söyleyişle, boşanmaya neden olan olaylarda kusursuz olan taraf yanında daha az kusurlu ya da eşit kusurlu olan tarafın da nafaka istemesi mümkündür⁴⁸. Buna karşılık, ağır kusurlu olan tarafa nafaka isteminde bulunma hakkı tanınmaz⁴⁹. Belirtmek gerekir ki, kusur tartışması sadece istemde bulunan taraf bakımından sonuç doğurur. Buna karşılık, diğer taraf kusursuz olsa dahi nafakaya hükmedilmesi mümkündür (TMK m.175/2).

İsviçre hukukunda ise boşanma hukuku revizyonu sonrasında yürürlüğe giren ZGB Art.125, tarafların boşanmaya neden olan olaylardaki kusurundan bağımsız olarak tasarlanmıştır⁵⁰. Bu durum, İsviçre boşanma hukukunu karakterize eden “kusur ilkesinin” terk edilmesinin doğal sonucudur. Boşanma hukukunda bir dönüm noktası olarak kabul edilen bu değişiklik ile Avrupa

⁴⁸ Yarg. 2.HD 14.10.2010 E.2009/16010, K.2010/21077; Yarg. 2.HD 22.10.2009 E.2008/9705, K.2009/18183; Yarg. 2.HD 10.10.2008 E.2007/13417, K.2008/12976 (Legalbank).

⁴⁹ Yarg. 2.HD 15.12.2010 E.2009/19891, K.2010/21128; Yarg. 2.HD 06.10.2010 E.2009/14136, K.2010/16210; Yarg. 2.HD 27.09.2010 E.2010/12900, K.2010/15302 (Legalbank).

⁵⁰ **EGLI/SCHWENZER**, Vorbemerkungen zu Art. 125-132, N.5; **FREIBURGH-AUS/SUTTER**, Art.125, N.2; **MENNE**, s.1255; **EGLI**, s.773; **SCHWENZER**, Revision, s.168; **SCHWENZER**, Juristischer Argumentation, s.29; **RUMO-JUNGO**, s.9; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, N.31; **TRACHSEL**, Rn.19; BGE 127 III 65; OGer Thurgau ZBO.1999.44 (FamPra 2001, s.591); KGer St.Gallen VZ.2003.11 (FamPra 2003, s.666). Bundan böyle boşanma yargılaması sırasında “kirli çamaşırların ortaya dökülmesine” gerek kalmadığı benzetmesi için bkz. **BACHMANN**, s.317. Kusur ilkesine yönelik eleştiriler için ayrıca bkz. **TRACHSEL**, Scheidungsrechtsrevision, s.49. Alman hukukunda ise 01.07.1977 tarihinde yürürlüğe giren 1.EheRG (Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts vom 14. 06. 1976) ile boşanma hukukunda kusur ilkesi terk edilmiştir. Bkz. **BÜTTNER**, Vorbemerkungen, Rn.1; **MAURER**, § 1569, Rn.1.

Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 18 Ocak 1989 tarih ve R (89) 1 no'lu tavsiye kararı doğrultusunda, nafaka isteminde bulunan tarafın boşanmaya neden olan olaylardaki kusuru değerlendirme dışı bırakılmıştır.

Söz konusu tavsiye kararının 5 no'lu ilkesine göre, boşanmaya bağlı olarak taraflardan birinin diğerine yapacağı katkının değerlendirilmesinde kusur dikkate alınmaz. Buna karşılık istemde bulunan tarafın ağır kusurlu olması durumunda katkı isteminin reddedilmesi ya da katkı payının indirilmesi yönünde yasal düzenleme getirilebilir. Bu noktadan hareket eden İsviçre kanun koyucusu da, bir taraftan yoksulluk nafakası istemini kusurdan bağımsız olarak düzenlerken, diğer taraftan istemin hakkaniyete aykırı olarak ileri sürülmesi, özellikle de istemde bulunanın; ailenin geçimini sağlama yükümlülüğünü ağır biçimde ihlal etmesi, yoksulluğun oluşumuna bilerek ve isteyerek sebep olması ya da nafaka yükümlüsü veya onun bir yakınına karşı ağır bir suç işlemesi durumunda istemin reddedilebileceğini veya nafaka miktarının indirilebileceğini kabul etmiştir (ZGB Art.125/3)⁵¹.

C. Nafaka Yükümlüsünün Mali Gücü

Yoksulluğa düşen tarafa uygun bir katkıda bulunmakla yükümlü tutulabilmek için somut olayın koşullarına göre belirlenen mali güce sahip olmak gerekir⁵². Taraflardan biri yoksulluğa düşecek olsa dahi diğer tarafın mali gücü bulunmamağaysa evlilik sonrası dayanışma ilkesi ve buna bağlı olarak yoksulluk nafakası istemi gündeme gelmez. Nafaka yükümlüsünün mali gücü, bir taraftan yoksulluk nafakasının bir unsuru olarak kabul edilirken, diğer taraftan da evliliğin devamı sırasındaki yaşam düzeyi ile birlikte yoksulluk nafakasının üst sınırını oluşturan bir ölçüt olarak uygulama alanı bu-

⁵¹ Nafaka hukuku bakımından kusur ilkesinden ayrılan kanun koyucunun ZGB Art.125/3 düzenlemesi ile bir hakkaniyet kaydı getirdiği yönünde OGer Zürich LC100083 (ZR 2012, s.70). Ayrıca bkz. **SCHWENZER**, Art.125, N.80. Karş. **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, N.36. ZGB Art.125/3'de belirtilen sebeplerin sınırlı sayıda olmadığı, yol gösterici nitelik taşıdığı fakat düzenlemenin kusur ilkesini canlandırmak amacıyla kullanılamayacağı yönünde BGer 5C.238/2000 (**VETTERLI**, *Gerichtspraxis*, s.114). Söz konusu düzenlemenin kusur ilkesi doğrultusunda yorumlanamayacağı, kanun koyucunun hakkın kötüye kullanılması savunmasına somut örnekler vermek amacıyla böyle bir düzenleme getirdiği yönünde **SCHWANDER**, s.1631.

⁵² **KOBEL/SUTTER-SOMM**, N.521, **MÖCKLI**, s.17; **ÖZTAN**, s.500; BGE 134 III 147; BGE 127 III 289; Yarg. 2.HD 20.11.2000 E.12775/K.14377 (**ÖZUĞUR**, s.421). Diğer bir söyleyişle, "ihtiyacı olan taraf" ancak "mali gücü olan taraftan" nafaka isteyebilir. Bkz. **HEISS/BORN**, *Unterhaltsrecht*, 2.Kapitel, Rn.1 (**HEISS**).

lur⁵³. Mali gücün belirlenmesinde, yükümlünün geliri ve malvarlığı durumu değerlendirilirken, malvarlığının getirdiği faiz ya da kira gelirin yanında sosyal güvenceler kapsamında yükümlüye yapılan ödemeler de dikkate alınır. Bunun yanında, yerine getirilmesi gerekli kanundan doğan başka yükümlülükler de söz konusuysa, bunların da dikkate alınması gerekir⁵⁴.

Gelir bakımından yapılan değerlendirmede, bağımlı olarak çalışan kişiler bakımından her türlü ikramiye, bahşiş ve diğer katkılar göz önünde bulundurulur fiili kazanç hesabı yapılır⁵⁵. Bağımsız olarak çalışan kişiler bakımından ise gelirin belirlenmesi bağımlı çalışanlara kıyasla daha güçtür. Gelirin kolayca gizlenebilmesi nedeniyle istemde bulunan tarafın zarar görmesini engellemek amacıyla uygulamada farklı yöntemler geliştirildiği görülür. Bunlardan biri de İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararlarıyla biçimlenen “varsayımsal gelir” yöntemidir⁵⁶. Bu doğrultuda, dürüstlük kuralı çerçevesinde yükümlünün gösterdiği çaba karşılığında daha fazla gelir elde etmesi beklenen durumlarda varsayımsal gelir yöntemi doğrultusunda ortalama gelir hesabı yapılır. Çaba gösterme yükümlülüğünden hareket eden Federal Mahkeme'ye göre, nafaka yükümlüsü, yükümlülüğünü gerektiği gibi yerine getirilebilmek için gelir getiren bir işte çalışmak zorundadır⁵⁷. Buradan anlaşıldığı üzere, yükümlülüğün kapsamı sadece gelir getirici bir işte çalışmakla sınırlı değildir. Nafaka yükümlülüğünün gerektiği gibi yerine getirilmesine elverişli bir iş bulup çalışmak yanında gerektiğinde işini ya da iş içindeki durumunu değiştirmek için harekete geçmeyi de kapsar. Yükümlünün göstermesi gereken çabanın ölçütü dürüstlük kuralıdır. Bu anlamda, nafaka yükümlülüğü, çalışma özgürlüğünün bir sınırlaması olarak kabul edilir⁵⁸. Çaba gösterme yükümlülüğü ve buna bağlı olarak yapılacak varsayımsal gelir

⁵³ Bkz. **POHLMANN**, s.536; **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, N.796.

⁵⁴ Özellikle, nafaka yükümlüsünün bakmakla yükümlü olduğu kişilerin (örn. yeni aile üyelerinin) ihtiyaçları ya da ödemekle yükümlü olduğu diğer nafakalar bu kapsamda değerlendirilir. Bkz. **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, N.797; **KOBEL/SUTTER-SOMM**, N.522. Ayrıca bkz. **HAUSHEER/SPYCHER**, N.05-65.

⁵⁵ Bkz. BGer 5P.172/2002 (**MÖCKLI**, s.17, dn.56). Kanunda kullanılan “gelir” ifadesinin dar bir anlam taşıdığı, buna karşılık söz konusu ifadenin geniş anlamda “toplam kazanç” olarak anlaşılması gerektiği yönünde **FREIBURGHAUS/SUTTER**, Art.125, N.86.

⁵⁶ BGE 117 II 16; BGE 119 II 314; BGE 127 III 136; BGE 128 III 4. ZGB Art.125/2-5'in söyleminden sadece fiili gelirin değil aynı zamanda varsayımsal gelirin de anlaşılması gerektiği yönünde **FREIBURGHAUS/ SUTTER**, Art.125, N.86. Alman hukukunda varsayımsal gelir bakımından karşı. **HEISS**, Rn.11.

⁵⁷ BGer 6S.885/1999 (FamPra 2000, s.727).

⁵⁸ Ayrıca bkz. BGE 114 IV 124; **BÄHLER**, s.476.

değerlendirmesi, yükümlünün yaşı ve eğitim durumu ile mesleki çalışma deneyimi dikkate alınarak gerçekleştirilir. Değerlendirme sırasında piyasa koşulları da gözden uzak tutulmaz.

D. İstem

Yoksulluk nafakasının tüm unsurlarının gerçekleşmesi durumunda dahi yoksulluğa düşen tarafın istemi olmadıkça hakimin re'sen yoksulluk nafakasına hükmetmesi mümkün değildir⁵⁹. Nafaka istemi, boşanmanın eki olarak yargılama süresince boşanma hükmü kesinleşinceye kadar harca tabi olmaksızın her zaman ileri sürülebilir⁶⁰. Boşanma hükmünün kesinleşmesinden itibaren ise bir yıllık zamanaşımı süresi içinde ayrı bir dava yoluyla da nafaka istenebilir. Bununla birlikte, yargılama sırasında yoksulluk nafakası isteminin bulunmadığını beyan eden tarafın daha sonra açacağı ayrı bir dava ile nafaka istemesi mümkün olmaz⁶¹.

V. Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler

TMK m.175/1 gereğince, boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek tarafa, (ZGB Art.125/1'in söylemiyle, yaşlılık güvencesi de dikkate alındığında geçimini sağlaması kendisinden beklenemeyecek durumda olan tarafa) diğer tarafın uygun bir katkıda bulunması gerekir. Böylece, boşanmaya bağlı olarak ortaya çıkan ekonomik olumsuzlukların dengelenmesi amaçlanır. "Belirleyici ölçüt" kavramına yüklenen anlam da burada somutlaşır. Diğer bir söyleyişle, belirleyici ölçüt, boşanmaya bağlı ekonomik olumsuzlukların değerlendirilmesinde yol gösterici hareket noktalarını ifade eder⁶². Nafaka istemini değerlendiren hakim, öncelikli olarak nafakanın unsurları bakımından yapacağı inceleme sonucunda istem hakkında nasıl bir karar verileceği soru-

⁵⁹ **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, N.788; **ÖZUĞUR**, s.296; Yarg. HGK 30.01.2008 E.208/2-51, K.2008/87; Yarg. 2.HD 14.03.2006 E.2005/19153, K.2006/3446 (Legalbank); Yarg. 2.HD 30.10.2006 E.2006/7457, K.14545 (**ÖZUĞUR**, s.331).

⁶⁰ Yarg. 2.HD 10.03.2004 E.2004/1940, K.2004/2981; Yarg. 2.HD 04.03.2003 E.2003/1776, K.2003/2845; Yarg. 2.HD 10.05.2002 E.2002/5498, K.2002/6349 (Legalbank).

⁶¹ Yarg. 3.HD 25.03.2003 E.2003/2980, K.2003/3240 (Legalbank).

⁶² **KOBEL/SUTTER-SOMM**, N.525; **EGLI**, s.25. Benzer yönde **FREIVOGEL/ LEU-ENBERGER**, s.732. Yoksulluk nafakasına ilişkin genel ilkeyi düzenleyen ZGB Art.125/1 ile belirleyici ölçütleri örnek olarak sıralayan Art.125/2 arasında ayrılmaz bir bağlantı bulunduğu ve genel ilkenin belirleyici ölçütler yoluyla somutlaştırıldığı yönünde **FREIBURGHaus/SUTTER**, Art.125, N.11.

suna yanıt arar. Sorunun olumlu yanıtlanması durumunda ikinci aşamaya geçilerek nafakanın miktarı ile süresi kararlaştırılır. Söz konusu aşamalarda, kendi geçimini sağlama yeteneği ile ödeme gücünün değerlendirilmesi yanında nafakanın miktarı ve süresinin hesaplanmasında da belirleyici ölçütlerden yararlanılır⁶³.

Yukarıda açıklandığı üzere İsviçre öğretisi ve uygulamasında yoksulluk nafakasını düzenleyen ZGB Art.125'in bir taraftan evlilik sonrası dayanışma ilkesine, diğer taraftan da clean break ilkesine dayandığı kabul edilir⁶⁴. Kanaatimizce, TMK m.175'in de aynı doğrultuda yorumlanması gerekir. Yoksulluk nafakasının amacı böyle bir yorumu zorunlu kılar. Bu nedenle, yoksulluk nafakasının amacını oluşturan ilkeler bakımından Türk ve İsviçre hukukları arasında fark olmadığı söylenebilir. Buna karşılık, TMK m.175'den farklı olarak ZGB Art.125/2'de yoksulluk nafakasının belirlenmesinde dikkate alınacak ölçütler örnek olarak sayılmıştır. Buna göre, yoksulluk nafakası ihtiyacı ile nafaka miktarı ve süresinin belirlenmesinde; evlilikten doğan yükümlülüklerin paylaşım düzeni (ZGB Art.125/2 Ziff.1), evliliğin süresi (Ziff.2), evliliğin devamı sırasındaki yaşam düzeyi (Ziff.3), tarafların yaş ve sağlık durumları (Ziff.4), gelir ve malvarlığı durumları (Ziff.5), çocuğun bakımını üstlenen taraf açısından bakımın kapsam ve süresi (Ziff.6), tarafların mesleki eğitimi ve iş durumları yanında çalışma hayatına yeniden atılmak için yapılacak masraflar (Ziff.7) ile devlet ya da özel kurumlar tarafından yapılan veya yapılması beklenen sosyal yardımlar (Ziff.8) dikkate alınır⁶⁵. Kanunda sayılan bu ölçütler Federal Mahkeme tarafından oluşturulmuş, daha sonra da pozitif düzenlemeye taşınmıştır. İsviçre kanun koyucusu söz konusu ölçütleri hakimi sınırlayıcı biçimde saymamış, aksi yönde takdir yetkisinin kullanılacağı geniş bir alan oluşturmuştur⁶⁶. Türk kanun koyucusu ise TMK m.175'de böyle ölçütlere yer vermek yerine bun-

⁶³ RUMO-JUNGO, s.12.

⁶⁴ Her ne kadar **KOBEL/SUTTER-SOMM**, N.511'de yoksulluk nafakasının dayanağı olarak bir görüşün boşanmaya bağlı ekonomik olumsuzlukların dengelenmesini, diğer bir görüşün ise evlilik sonrası dayanışma ilkesini kabul ettiği belirtilmişse de günümüzde geçerli olan hakim görüş boşanmaya bağlı ekonomik olumsuzlukların dengelenmesini evlilik sonrası dayanışma ilkesi kapsamında değerlendirmekte ve clean break ilkesini bu değerlendirmeden elde edilen sonucu sınırlamak için kullanmaktadır. Nitekim, karş. **KOBEL/SUTTER-SOMM**, N.512,513.

⁶⁵ Kanunda yer verilen sıralamanın "uygulama önceliği" ya da "önem ağırlığı" oluşturmayaacağı yönünde **SCHWENZER**, Revision, s.170; **SCHWANDER**, s.1629.

⁶⁶ BGE 127 III 141.

ların belirlenmesini öğretti ve uygulamaya bırakmıştır. Nitekim, aynı ölçütler Türk hukukunda da öğretti⁶⁷ ve Yargıtay⁶⁸ tarafından kabul edilip uygulanmaktadır.

Aşağıda, yoksulluk nafakasını belirleyici ölçütler başlığı altında her iki hukuk sisteminde başvuru ortak ölçütler ele alınmaya çalışılacak, bu kapsamda yeri geldikçe farklılıklar da belirtilecektir. Ancak, öncesinde vurgulamak gerekir ki, söz konusu ölçütler bağımsız olmayıp, organik ve işlevsel bakımdan birbiriyle güçlü bağlantı içindedir⁶⁹. Bu nedenle, her bir ölçüt bakımından yapılan değerlendirmede bu bağlantı gözden uzak tutulmamalıdır.

A. Tarafların Sosyal ve Ekonomik Durumları

Geçimini sağlama yeteneği ile mali gücün değerlendirilmesinde tarafların sosyal ve ekonomik durumları öncelikli olarak göz önünde bulundurulur. Sosyal-ekonomik durum üst başlık olarak kabul edildiğinde; tarafların sahip oldukları malvarlığı ve gelir durumları ile mesleki eğitimleri ve iş hayatına yönelik beklentileri yanında devlet ya da özel kurumlar tarafından yapılan veya yapılması beklenen sosyal güvence ödemeleri de bu başlık kapsamında incelenir.

Tarafların sahip oldukları malvarlığı ve gelir durumları (ZGB Art.125/2 Ziff.5), bir taraftan evlilik sırasındaki yaşam koşullarının diğer taraftan da ihtiyaçların ve bunları karşılayabilme yeteneğinin ölçülmesinde belirleyici işlev üstlenir⁷⁰. Nafaka isteminin dayanağı ile nafakanın miktarı ve süresinin değerlendirilmesi tarafların malvarlığı ve gelir durumları dikkate alınarak gerçekleşir. Malvarlığı durumu mal rejimi kuralları çerçevesinde gerçekleş-

⁶⁷ ÖZTAN, s.499,500; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N.788 vd.; ÖZUĞUR, s.309 vd.; AKINTÜRK/ATEŞ-KARAMAN, s.303 vd.; ARKAN-SERİM, s.288 vd..

⁶⁸ (...) Yoksulluk durumu; günün ekonomik koşulları ile birlikte tarafların sosyal ve ekonomik durumları, yaşam tarzları, evlilik süreleri, evlilik boyunca ve boşanma sonrası oluşacak yaşam düzeyleri birlikte değerlendirilerek takdir edilmelidir (...). Yarg. HGK 11.03.2009 E.2009/2-73, K.2009/118 (Legalbank). Ayrıca bkz. Yarg. HGK 04.05.2011 E.2011/2-155, K.2011/278; Yarg. HGK 10.11.2010 E.2010/2-614, K.2010/597 (Legalbank).

⁶⁹ HAUSHEER/SPYCHER, N.05-61,62 vd.; EGLI, s.25. Kanunda belirtilen ölçütlerden hiçbiri kendi geçimini sağlama yeteneğinin belirlenmesinde tek başına etkili olamayacağı için tüm ölçütler dikkate alınarak bir karşılaştırma yapılması gerekir. Bkz. SCHWANDER, s.1629.

⁷⁰ SCHWENZER, Art.125, N.56; FREIBURGHaus/SUTTER, Art.125, N.86; HAUSHEER/SPYCHER, N.05-65.

cek tasfiye sonucunda kesin olarak ortaya çıkacağından isabetli bir değerlendirme için tasfiye sonucunun beklenmesi gerekir⁷¹. Böylece malvarlığı bakımından somut bir sonuç elde edilebilir. Buna karşılık, malvarlığına kıyasla gelir kavramını belirlemek bazı durumlarda oldukça güçtür. İstemde bulunmanın bir işte çalışma olanağının bulunduğu fakat çalışmadığı olasılığında söz konusu güçlük belirgin biçimde ortaya çıkar. Bu güçlüğün aşılması için fiili gelirin yanında çalışma olanağı bulunan tarafın dürüstlük kuralı doğrultusunda elde edebileceği varsayımsal geliri de dikkate alınır⁷². Bu konuda belirleyici ölçüt dürüstlük kuralı olduğuna göre varsayımsal gelir hesabına her durumda başvurulması mümkün değildir. Özellikle, istemde bulunan tarafın kabul edilmesi beklenen bir iş olanağını reddetmesi ya da nafaka elde etmek amacıyla kötü niyetli olarak işten ayrılması durumunda varsayımsal gelir hesabı belirli bir geçiş dönemiyle sınırlandırılmış olarak göz önünde bulundurulabilir⁷³. Ayrıca, belirtmek gerekir ki gelir kavramı geniş kapsamlı bir bütün oluşturur. Çalışma karşılığı elde edilen ücret söz konusu bütünün sadece bir parçasıdır. İstemde bulunan tarafın herhangi bir şekilde elde ettiği tüm ekonomik menfaatler bu kapsamda değerlendirilir⁷⁴.

Eğitim durumu ve buna bağlı olarak elde edilen meslek ve iş yanında bu alanda sahip olunan haklı beklentiler sosyal ve ekonomik durumun belirlenmesinde başvurulacak bir diğer ölçütü oluşturur (ZGB Art.125/2 Ziff.7). Buna göre, istemde bulunan tarafın mevcut iş düzeni ve eğitim durumu da dikkate alındığında nasıl bir işte çalışmasının kendisinden beklenebilir oldu-

⁷¹ **KOBEL/SUTTER-SOMM**, N.515; **LÖTSCHER-STEIGER/TRINKLER**, s.836; **ÖZTAN**, s.503; **GÜMÜŞ**, Alper: “Türk Hukukunda Yasal Mal Rejimi Olan Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Çerçevesinde Boşanma Davası”, EÜHFD, C.IX 2005, s.389 vd.; BGer 5A_554/2009 (**HAUSHEER/SPYCHER**, N.05-38).

⁷² **FREIBURGHAUS/SUTTER**, Art.125, N.86; **GLOOR/STECK**, s.10; **BÄHLER**, 474; **POHLMANN**, s.534; **ÖZTAN**, s.503. Bkz. BGer 5A_206/2010 (FamPra 2010, s.909); BGer 5P.322/2001 (FamPra 2002, s.558); Yarg. 2.HD 22.06.2001 E.2001/8334, K.2001/9819; Yarg. 2.HD 21.11.2005 E.2005/13247, K.2005/15915 (Legalbank).

⁷³ BGE 130 III 537; BGE 128 III 67; BGE 121 III 297; BGE 119 II 314; BGer 5C.258/2004 (FamPra 2005, s.607); BGE 127 III136; BGer 5P.418/2001 (FamPra 2002, s.578). Ayrıca bkz. **SCHWENZER**, Art.125, N.16.

⁷⁴ Örnek olarak bkz. **FREIBURGHAUS/SUTTER**, Art.125, N.88. Tazminat istemi ile yoksulluk nafakası isteminin hukuksal dayanağı birbirinden farklı olduğu için biri diğerinin yerine ikame edilemeyeceği gibi birini elde edenin diğerini elde etmek hakkının bulunmadığı da kabul edilemez. Ancak, elde edilen tazminat miktarı yoksulluğu ortadan kaldırıncı nitelikteyse bu durumda yoksulluk nafakasına ilişkin koşullar yerine gelmediği için nafaka istemi reddedilir. Karş. Yarg. HGK 11.03.2009 E.2009/2-73, K.2009/118 (Legalbank).

ğu sorusuna yanıt aranır⁷⁵. Bir taraftan mevcut iş durumu diğer taraftan iş ve meslek hayatındaki beklentiler değerlendirilirken sadece subjektif bir değerlendirme ile yetinilmez. Kişiye bağlı durumlar yanında piyasa koşullarının genel durumu da gözden uzak tutulmaz⁷⁶. İstemde bulunan tarafın asgari bir gelire sahip olması ise boşanmaya bağlı olarak yoksulluğa düşmesine engel oluşturmaz. Bu nedenle düzenli bir işte asgari ücret karşılığında çalışan taraf da nafaka isteminde bulunabilir⁷⁷. Böyle bir durumda, istemde bulunan tarafın elde ettiği ücret nafaka miktarının belirlenmesinde dikkate alınır. Bu noktada, konuya ilişkin olarak yanıt aranan sorulardan biri de meslek ve iş durumunun uzmanlaşmaya bağlı olup olmadığıdır. Uzmanlaşmaya bağlı olarak elde edilen kazancın bu başlık altında değerlendirilmesi gerektiği tartışmasız olmakla birlikte uzmanlık alanının dışında yürütülen faaliyetlerden elde edilen ücretin hangi kapsamda değerlendirileceği tartışmalıdır. Belirtmek gerekir böyle bir tartışma teorik bir anlam taşır ve uygulamada istemde bulunan tarafın ekonomik durumunun belirlenmesinde elde edilen kazanç herhalde dikkate alınır. Günümüz ekonomik koşullarında uzmanlık alanının dışında çalışma olgusuyla yaygın olarak karşılaşıldığından bizim de benimsediğimiz görüş doğrultusunda böyle bir faaliyetten elde edilen kazancın “meslek ve iş” kapsamında değerlendirilmesi isabetlidir⁷⁸. Aksi durumda ise bu kazancın “gelir” kapsamında önceki paragrafta yapılan açıklamalar başlığında değerlendirilmesi gerekir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, nafaka

⁷⁵ **SCHWENZER**, Art.125, N.62. Mesleki eğitimi bulunmayan ve yaşadığı ülkede konuşulan dili bilmeyen bir kadının kendi geçimini sağlayabilme yeteneğine sahip olmadığı yönünde BGer 5C.227/2003 (FamPra 2004, s.404). Çalıştığı işten kendi isteği ile ayrılarak yoksulluk durumunun doğumuna kendisi neden olan taraf yararına yoksulluk nafakası takdir edilemeyeceği yönünde Yarg. 2.HD 30.04.2007 E.2006/17468, K.2007/7074; Yarg. 2.HD 22.09.2003 E.10497/K.11847; Yarg. 2.HD 16.06.2003 E.7780/K.8775 (**ÖZUĞUR**, s.322).

⁷⁶ **SCHWENZER**, Art.125, N.64; **FREIBURGHaus/SUTTER**, Art.125, N.92.

⁷⁷ (...) Belirtmek gerekir ki; Hukuk Genel Kurulu'nun yerleşik kararlarında “asgari ücret seviyesinde gelire sahip olunması” yoksulluk nafakası bağlanmasını olanaksız kılan bir olgu olarak kabul edilmemiştir (HGK.07.10.1998 gün, 1998/2656 E, 1998/688 K. 26.12.2001 gün 2001/2-1158-1185 sayılı ve 01.05.2002 gün 2002/2-397-339 sayılı kararları (...). Yarg. HGK 28.02.2007 E.2007/3-84, K.2007/95; Yarg. 3.HD 17.11.2008 E.2008/18414, K.2008/19635; Yarg. 3.HD 19.09.2005 E.2005/9511, K.2005/8693 (Legalbank); Yarg. 2.HD 30.11.2006 E.2006/ 9483, K.16717 (**ÖZUĞUR**, s.330). Asgari ücretle çalışan ve düzenli geliri olan tarafın yoksulluk nafakası isteyemeyeceği yönünde 2.Hukuk Dairesi'nin eski görüşü için bkz. Yarg. 2.HD 20.12.2000 E.15019, K.12643 (**ÖZUĞUR**, Ali İhsan: Nafaka Hukuku, Ankara 2004, s.396). Buna karşılık, yoksulluğu ortadan kaldıran nitelikte düzenli bir işi ve geliri olan taraf lehine yoksulluk nafakasına hükmedilemeyeceği yönünde Yarg. 2.HD 02.04.2007 E.2007/4382, K.2007/5439; Yarg. 2.HD 18.04.2005 E.2005/4517, K.2005/6313 (Legalbank).

⁷⁸ Bu yönde **FREIBURGHaus/SUTTER**, Art.125, N.92.

isteminde bulunan taraf, evlilik süresince iş hayatında uzak kalmışsa, iş hayatında yeniden eylemli olarak yer almak amacıyla yapılacak harcamalar da ekonomik durumun belirlenmesinde etkili olur⁷⁹.

Boşanmaya bağlı ekonomik olumsuzlukların değerlendirilmesinde gelir getirici bir işte çalışma olasılığı belirlenirken dikkate alınması gereken ölçütlerden biri de ortak çocuğun bakımının üstlenilmesidir (ZGB Art.125/2 Ziff.6). Bakım yükümlülüğü, genellikle çalışma hayatına yeniden atılma ya da mevcut çalışma düzenini devam ettirme bakımından ciddi bir engel oluşturur⁸⁰. İsviçre Federal Mahkemesi uygulamasında bakıma muhtaç çocuğun yaşı dikkate alınarak bu konuda yol gösterici yerleşik bir görüş oluşturulmuştur. Öncesinde belirtmek gerekir ki, gelir getirici bir işte çalışma olasılığı bakımından uygulama alanı bulan bu görüş ortak çocuğun bakım yükümlülüğünü temel alır. Ortak çocuk dışında kalan diğer çocuklara yönelik bakım yükümlülüğü kapsam dışında bırakılır⁸¹. Bu görüş doğrultusunda, bakım yükümlülüğünü üstlenen tarafın tam zamanlı bir işte yeniden çalışma ya da böyle bir çalışmaya devam etme olasılığı ancak en küçük çocuğun 16 yaşını tamamlamış olması durumunda mümkündür⁸². Yarı zamanlı bir iş bakımından ise söz konusu yaş sınırı en küçük çocuk bakımından “10” olarak kabul edilir⁸³. Bu görüş, birden fazla çocuğun söz konusu olduğu durumlar dikkate alınarak geliştirilmiş olmakla birlikte tek çocuklu evlilikler bakımından da aynen uygulama alanına sahiptir⁸⁴. Bakıma muhtaç çocuğun 10-16 yaş arasında olduğu durumlarda yarı zamanlı bir işte çalışma olasılığı %50 iken yaş dilimi saklı kalmak üzere çocuk sayısının ikiye çıkması durumunda bu oran %30 olarak değerlendirilir⁸⁵. 16 yaşın altında birden fazla çocuk söz konusu ise kural olarak yarı zamanlı çalışma olasılığı bulunmaz⁸⁶. Aynı sonuç, hastalık ya da özürlülük nedeniyle bakım yükümlülüğün ağırlaştığı durumlarda da geçerlidir⁸⁷.

⁷⁹ Karş ZGB Art.125/7-2. Ayrıca bkz. **FREIBURGHANUS/SUTTER**, Art.125, N.93.

⁸⁰ **SCHWENZER**, Art.125, N.58; **BÄHLER**, s.474.

⁸¹ **SCHWENZER**, Art.125, N. 61.

⁸² BGer 5A_210/2008 (FamPra 2009, s.475); BGer 5C.48/2001 (**VETTERLI**, *Gerichtspraxis*, s.109); BGer 5C.100/2005 (**BRÄNDLI/KILDE**, s.189). Somut olayın koşullarına bağlı olarak tek çocuk söz konusu olduğunda yaş sınırının on altıdan aşağıya çekilebileceği yönünde **FREIVOGEL/LEUENBERGER**, s.733.

⁸³ BGE 114 II 301; BGE 115 II 6.

⁸⁴ BGer 5A_100/2007; BGer 5C_203/2006 (**SCHWENZER**, Art.125, N.59).

⁸⁵ BGer 5P.355/2005 (FamPra 2006, s.433).

⁸⁶ BGer 5P.169/2001 (**SCHWENZER**, Art.125, N.59).

⁸⁷ BGer 5C.171/2005 (FamPra 2006, s.156).

Emeklilik ya da yaşlılık aylığı veya dul/yetim aylığı gibi devlet ya da özel kurumlardan elde edilen sosyal yardımlar (ZGB Art.125/2 Ziff.8) da yoksulluk nafakasının belirlenmesinde başvuru ölçütlerinden biridir. Öncelikle belirtmek gerekir ki nafaka isteminde bulunan tarafın böyle bir sosyal yardımdan yararlanıyor olması tek başına istemin reddi için yeterli olmaz. Diğer bir söyleyişle, elde edilen sosyal yardımlara rağmen yoksulluğa düşme koşulu gerçekleşebilir⁸⁸. Buna karşılık, sosyal yardım kurumlarından maaş bağlanması için istemde bulunma hakkına sahip olmasına rağmen nafaka elde etmek için böyle bir istemde bulunmayan tarafın davranışı dürüstlük kuralına aykırı olduğu için yapılacak değerlendirmede varsayımsal maaş ödemesi de dikkate alınır⁸⁹. Ücret bakımından yapılan açıklamalar burada da geçerlidir. İstemi değerlendiren hakim, istemde bulunan tarafın bu yolla elde ettiği geliri dikkate alarak, söz konusu gelirin yoksulluktan kurtarıcı nitelik taşıyıp taşımadığına karar verir (TMK m.4/ZGB Art.4).

B. Evliliğin Devamı Sırasındaki Yaşam Düzeyi

Yoksulluk nafakasını belirleyici ölçütlerden bir diğerini de evliliğin devamı sırasındaki yaşam düzeyi oluşturur (ZGB Art.125/2 Ziff.3). Yaşam düzeyine yüklenen asli işlev, nafaka yükümlüsünün mali gücü de dikkate alınarak yoksulluk nafakasının üst sınırının belirlenmesidir⁹⁰. “Yaşam düzeyi” kavramı tek taraflı olarak belirlenen ya da umut edilen soyut bir kavram olmayıp, evlilik sırasında tarafların üzerinde anlaştığı fiili yaşam düzenini ifade eder⁹¹. Fiili yaşam düzeninin belirlenmesinde başvuru asli ölçüt ise mevcut malvarlığı durumu yanında fiili ya da varsayımsal gelir durumunu da içerir. Bu doğrultuda elde edilen verilere göre evlilik sırasındaki yaşam dü-

⁸⁸ (...) Davacının aldığı yaşlılık aylığı ve özel sigorta miktarının davacıyı yoksulluktan kurtarmasının mümkün görünmemesi karşısında, davacıya uygun miktarda yoksulluk nafakası verilmesi gerekmektedir (...). Yarg. HGK 11.03.2009 E.2009/2-73, K.2009/118 (Legalbank). Bu görüşün kabulüyle birlikte, sosyal yardım kurumları tarafından yapılan ödemelerin kendi geçimini sağlama yeteneğini nicelik ve zaman bakımından arttırdığı da gözden uzak tutulmamalıdır. Bkz. HAUSHEER/SPYCHER, N.05-168.

⁸⁹ ÖZUĞUR, s.313.

⁹⁰ SCHWENZER, Art.125, N.4; FREIBURGHaus/SUTTER, Art.125, N.82; EGLI, s.18,43; HAUSHEER/ SPYCHER, N.05-163; LÖTSCHER-STEIGER/TRINKLER, s.836; TRACHSEL, Rn.19; HEISS, Rn.18; BGE 129 III 7; BGer 5C.84/2006 (FamPra 2007, s.149). Özellikle karşı. OGer Luzern 22 02 88 (FamPra 2004, s.130).

⁹¹ FREIBURGHaus/SUTTER, Art.125, N.82; EGLI, s.43; LÖTSCHER-STEIGER/TRINKLER, s.836; BÜTTNER, § 1578, Rn.4.

zeyi ile boşanma sonrasında oluşacak yaşam düzeyi karşılaştırılır ve istemde bulunanın boşanma nedeniyle kurulu yaşam düzeyinin altında bir duruma düşüp düşmediği değerlendirilir⁹². Boşanma kararının kesinleşmesinden sonra malvarlığı ya da gelir durumunda meydana gelen değişiklikler ise dikkate alınmazlar⁹³.

Kural olarak, boşanma nedeniyle yoksulluğa düşecek tarafa mümkün olduğunca evliliğin devamı sırasındaki yaşam düzeyinin sağlanması gerekmele birlikte, nafaka yükümlüsünün mali gücü diğer tarafı ancak yoksulluktan kurtarmaya yetmekteyse, her iki taraf da evliliğin devamı sırasındaki yaşam düzeylerinin altında yaşamaya razı olmak zorundadır⁹⁴. Böyle bir durumda, nafaka alacaklısı evliliğin devamı sırasındaki yaşam düzeyine yeniden kavuşturulması isteminde bulunamaz.

Özellikle, uzun süreli evliliklerin tarafların yaşamını biçimlendirici etkisi dikkate alındığında, evlilik sırasında oluşturulan yaşam düzeyinin devam edeceğine yönelik haklı güven, evlilik sonrasında da korunmaya değer görülür⁹⁵. Yaşam biçimlendirici evliliklerin boşanma yoluyla sona ermesi durumunda, evlilik süresince çalışma hayatından uzak kalan tarafın yeniden çalışma hayatına atılması ya da kaldığı yerden devam etmesi oldukça güçtür. Böyle evliliklerde, boşanmaya bağlı olarak kendi geçimini sağlama yeteneği üzerinde oluşan olumsuz etki, koşullar elverişli olduğu ölçüde, evliliğin devamı sırasındaki yaşam düzeyinin boşanmadan sonra da sağlanması yoluyla giderilir.

C. Tarafların Yaşı ve Sağlık Durumları

Yoksulluk nafakasını belirleyici bir ölçüt olarak tarafların yaş ve sağlık durumları ayrı ayrı ya da birlikte etkili olur (ZGB Art.125/2 Ziff.4). Söz

⁹² Yarg. HGK 11.03.2009 E.2009/2-73, K.20097118 (Legalbank). Boşanma nedeniyle evlilik sırasındaki yaşam düzeyinin altına düşülmesi durumunda yoksulluğa düşme koşulunun gerçekleştiği yönünde **ÖZTAN**, s.500.

⁹³ Boşanma sırasında söz konusu değişikliklerin gerçekleşeceği büyük bir olasılıkla öngörülebilir ise böyle bir durumda sonradan meydana gelecek değişikliklerin yaşam düzeyi bakımından dikkate alınabileceği yönünde bkz. **BERGER/MANSEL**, § 1578, Rn.5. Oysa ki, söz konusu değişiklikler evliliğin devamı sırasındaki yaşam düzeyi ile ilgili olmayıp nafaka isteminde bulunan tarafın yoksulluğa düşüp düşmeyeceğinin ya da nafaka yükümlüsünün mali gücünün belirlenmesinde etkili olabilirler. Yaşam düzeyine ilişkin değerlendirmeler ise boşanma hükmünün kesinleşmesiyle sona erer.

⁹⁴ **ÖZTAN**, s.501.

⁹⁵ **HAUSHEER/SPYCHER**, N.05-163; **GLOOR/STECK**, s.10.

konusu etki iki noktada önem taşır⁹⁶. Bunlardan birincisi hem nafaka alacaklısının kendi geçimini sağlama yeteneğinin hem de nafaka yükümlüsünün mali gücünün değerlendirilmesi bakımından yeniden çalışma hayatına atılma ve çalışma hayatında ilerleme olasılığının belirlenmesidir. Yaş ve sağlık durumuna bağlı olarak yeni bir işe başlama ya da ek işte çalışma olasılığının her bir taraf bakımından farklı olması mümkündür. Bu nedenle geçimini sağlama yeteneği ve ödeme gücü belirlenirken tüm bu olasılıkların dikkate alınması gerekir⁹⁷. Diğer bir nokta ise yaş ve sağlık durumuna göre taraflara yapılan ya da yapılması beklenen sosyal güvence ödemelerinin kapsam ve süresinin hesaplanmasıdır.

Tarafların yaşı ve sağlık durumları, nafaka alacaklısının geçimini sağlama yeteneği ile nafaka yükümlüsünün mali gücünün belirlenmesinde objektif nitelikli bir ölçüt olarak uygulama alanı bulur⁹⁸. Buna karşılık, yaş ve sağlık durumu ne kadar elverişsiz olursa olsun, geçimini sağlama yeteneği ile mali güç dikkate alınmaksızın sadece yaş ve sağlık durumuna göre nafaka takdir edilemez⁹⁹. Özellikle de nafaka alacaklısının sağlık durumunun kötü olduğu gerekçesiyle süresiz nafaka istemine dayanak oluşturulamaz. Yoksulluk nafakası istemini değerlendiren hakimin; sağlık durumuna olumsuz etki yapan unsurları birer birer gözden geçirmesi, bir hastalığın varlığı iddia edilmekteyse söz konusu hastalığın çalışma hayatına yeniden atılma bakımından kısıtlayıcı mı ya da engelleyici mi olduğunu uzman raporuyla açıklığa kavuşturması, hastalığın evlilikten önce var olup olmadığını ya da evlilikten doğan yükümlülüklerin paylaşılması ile hastalık arasında bir bağlantı bulunup bulunmadığını araştırarak sonuca ulaşması gerekir¹⁰⁰.

⁹⁶ HAUSHEER/SPYCHER, N.05-164. Yaş ve sağlık durumu ölçütünü sadece tarafların gelir getiren bir işte çalışma olasılığının belirlenmesi bakımından değerlendiren görüş için bkz. SCHWENZER, Art.125, N.52.

⁹⁷ Revizyon öncesinde eski kanun bakımından, kırk beş yaşındaki boşanmış bir kadının uzun süren evlilikten sonra yeniden çalışma hayatına atılmasının kural olarak mümkün olmadığı yönünde BGE 115 II 6; BGE 114 II 9. Buna karşılık, revizyon sonrasında yeni kanun bakımından kabul edilen “kendi geçimini sağlama yükümlülüğü” ilkesinden hareket edilerek bu konuda kesin bir yaş sınırı verilemeyeceği, her olayın kendi koşullarına göre değerlendirilmesi gerektiği yönünde KGer Graubünden ZF 05 71 (FamPra 2006, s.956). Karş. BGE 128 III 65; BGE 130 III 537; BGer 5A_605/2009 (SCHWENZER, Art.125, N.53).

⁹⁸ Bkz. MÖCKLI, s.6.

⁹⁹ SCHWENZER, Art.125, N.55; Yarg. 2.HD 25.06.1999 E.5508/K.7397 (ÖZÜĞÜR, s.439).

¹⁰⁰ KGer St.Gallen BF.2006.3/5 (FamPra 2007, s.159).

D. Evlilik Süresi

Taraflar arasındaki evliliğin süre ölçütü bakımından değerlendirilmesi; evliliğin devamı sırasındaki yaşam koşulları yanında evlilikten doğan yükümlülüklerin paylaşılma biçimi, evlilik öncesindeki yaşam düzeyi ve bu doğrultuda boşanmaya bağlı olumsuz ekonomik sonuçlar ile doğrudan bağlantılıdır¹⁰¹. Bu bağlantı nedeniyle de evlilik süresi yoksulluk nafakasını belirleyici bir ölçüt olarak göz önünde bulundurulur (ZGB Art.125/2 Ziff.2).

Taraflardan her birinin düzenli gelir getiren bir işe sahip olduğu ve ailenin ortak ihtiyaçlarının beraber karşılandığı, özellikle de ev işlerinin ve mevcut çocukların bakım yükümlülüğünün birlikte paylaşıldığı durumlarda evlilik süresi nafaka isteminin değerlendirilmesinde tali bir rol oynar. Buna karşılık, taraflardan birinin çalışmadığı ve ailenin ekonomik yükünün tamamen diğer taraf üzerinde bulunduğu durumlarda, evlilik süresi boyunca çalışmayan tarafın boşanma sonrasında kendi geçimini sağlama yeteneği giderek kaybolur. Diğer bir söyleyişle, evlilik süresi uzadıkça, çalışmayan taraf bakımından kendi geçimini sağlama yeteneği azalır. Böyle durumlarda, yoksulluk nafakasını belirleyici bir ölçüt olarak evlilik süresi asli işleve sahiptir¹⁰². Evliliğin devamı boyunca çalışarak gelir elde eden taraf, diğer taraf bakımından ekonomik bir garanti olarak algılandığı için böyle evliliklerde evlilik sonrası dayanışma ilkesinin yoğun etkisi nedeniyle clean break ilkesinin uygulama alanı bulması güçleşir¹⁰³.

Bir evliliğin süre bakımından uzun ya da kısa olarak nitelendirilmesinde kesin sınırlar konulamaz. Bununla birlikte, İsviçre hukukunda revizyon öncesindeki uygulama ve öğreti beş yıldan az süren evlilikleri kısa, on yılın üzerindeki evlilikleri ise uzun evlilikler olarak nitelendirme eğilimindedir¹⁰⁴. Güncel görüş ve kararlarda da aynı eğilimin devam ettiği görülür¹⁰⁵. Buna

¹⁰¹ **FREIBURGH/AUS/SUTTER**, Art.125, N.81; **SCHWENZER**, Art.125, N.47; **RUMO-JUNGO**, s.15; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, N.41.

¹⁰² **FREIBURGH/AUS/SUTTER**, Art.125, N.81.

¹⁰³ Karş. **SCHNITZLER**, §9, Rn.8.

¹⁰⁴ BGE 109 II 184; BGE 110 II 225; BGE 115 II 6; **HAUSHERR**, Heinz: “Zur Ehescheidungsreform in der Schweiz”, ZfRV 1996, s.177,182.

¹⁰⁵ **EGLI**, s.18,36; **KOBEL/SUTTER-SOMM**, N.529; **RUMO-JUNGO**, s.17; **SCHWENZER**, Revision, s.170; **LÖTSCHER-STEIGER/TRINKLER**, s.836; BGer 5C.274/2001 (FamPra 2002, s.845); BGer 5C.149/ 2004 (FamPra 2005, s.352); KGer Graubünden ZF 05 71 (FamPra 2006, s.956); KGer St.Gallen BF.2002.9 (ZBJV 2003, s.538). Karş. **HAUSHEER/SPYCHER**, N.05-156.

göre, ZGB Art.125 gereğince uygun bir nafakanın belirlenmesinde sona eren evliliğin tarafların yaşamı üzerindeki biçimlendirici etkisi önem taşır¹⁰⁶. Kısa evlilikler olarak tanımlanan beş yıldan daha az süreli evliliklerde tarafların sosyal ve ekonomik durumlarının belirlenmesinde evliliğin önemli bir etkisi görülmez¹⁰⁷. Bu tür evlilikler yaşam biçimlendirici etkiden yoksun kabul edildikleri için clean break ilkesinin uygulanmasına elverişlidirler. Beş ve on yıl arasında devam eden evlilikler de kural olarak taraflar arasındaki yaşam düzeninin belirlenmesinde bir dayanak olarak alınmaz. Buna karşılık, somut olayın koşullarına göre tarafların yaşam koşulları üzerinde biçimlendirici bir etki oluşmuşsa, böyle bir etki nafaka isteminin değerlendirilmesinde etkili olur. Biçimlendirici etkiye sahip olan on yılın üzerindeki uzun evliliklerde ise eşler arasında kurulan düzen ve buna bağlı olarak mevcut durumun devamı konusunda sahip olunan haklı beklenti dikkate alındığında evlilik sonrası dayanışma ilkesi gereğince nafaka istemine olumlu yaklaşılr¹⁰⁸.

Yukarıda belirtildiği üzere, süre sınırları kesin olmayıp genel kural niteliği taşır. Bunun yanında kısa süreli bir evlilik de, özellikle taraflardan biri evlenme nedeniyle ait olduğu sosyal, kültürel ve ekonomik çevreden ayrılmak zorunda kalmışsa, biçimlendirici bir etkiye sahip olabilir¹⁰⁹. Aynı doğrultuda uzun süreli bir evlilik de yaşam biçimlendirici etki taşıyabilir¹¹⁰.

¹⁰⁶ HAUSHEER/SPYCHER, N.05-162; GLOOR/STECK, s.10; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, N.41; KOBEL/SUTTER-SOMM, N. 529; EGLI, s.18, 36; RUMO-JUNGO, s.15; LÖTSCHER-STEIGER/TRINKLER, s.836. Yaşam biçimlendirici etkiye sahip olmayan evlilikler bakımından boşanmaya bağlı ekonomik olumsuzlukların dengelenmesi düşüncesinin istisnai olarak kabul edilebileceği yönünde BGer 5C.244/2004 (GLOOR/STECK, s.10); BGer 5A_538/2008 (FamPra 2009, s.184).

¹⁰⁷ Aynı sonucu kısa ve çocuksuz evlilikler bakımından kabul eden görüş için bkz. KOBEL/SUTTER-SOMM, N.528; SCHWENZER, Revision, s.170. Özellikle, ortak çocuklar nedeniyle kısa süreli bir evliliğin dahi yaşam biçimlendirici etkiye sahip olabileceği yönünde FREIVOGEL, s.819.

¹⁰⁸ BGer 5C.169/2006 (FamPra 2007, s.146). Ayrıca bkz. BGer 5A_679/2007 (FamPra 2009, s.198); BGer 5C.261/2006 (FamPra 2007, s.694); BGer 5C.149/2004 (FamPra 2005, s.352); BGer 5C.274/2001 (FamPra 2002, s.845). Evlilik sonrası dayanışma ilkesinin gerçek anlamda uzun süreli evlilikler bakımından uygulama alanına sahip olduğunu kabul eden görüş için bkz. KOBEL/SUTTER-SOMM, N.530. Benzer yönde RUMO-JUNGO, s.15; GLOOR/STECK, s.10.

¹⁰⁹ BGer 5A_384/2008 (FamPra 2009, s.190); BGer 5C.149/2004 (FamPra 2005, s.352); BGer 5C.278/2000 (BRUNNER, Rolf: "Entscheid der II. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom 4. April 2001 5C.278/2000, ZBJV 2002, s.30). Kısa süreli fakat çocuklu evliliklerin biçimlendirici etkiye sahip olduğu yönünde BÄHLER, s.487.

¹¹⁰ Yirmi sekiz yıllık bir evliliği yaşam biçimlendirici etkiden yoksun kabul eden Federal Mahkeme kararı için bkz. BGer 5C.32/2001 (TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, N.42, Fn.105).

Bu nedenle, söz konusu süre sınırlarını yol gösterici olarak kabul etmek ve her somut olayı kendi koşulları kapsamında değerlendirmek gerekir.

E. Evlilikten Doğan Yükümlülüklerin Paylaşılma Düzeni

Kendi geçimini sağlama yeteneğinin belirlenmesi bakımından evlilikten doğan yükümlülüklerin paylaşılma düzeni diğer bir hareket noktasını oluşturur¹¹¹. TMK m.186/3 (ZGB Art.163/1) gereğince, eşler evlilik birliğinin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılırlar. Söz konusu katkı; giderleri karşılamaya yönelik para sağlanması yoluyla gerçekleştirileceği gibi ev işlerinin yapılması, çocukların bakımının üstlenilmesi ya da diğer eşin meslek ve iş hayatında desteklenmesi yoluyla da gerçekleştirilebilir (ZGB Art.163/2). Buna karşılık, evliliğin sona ermesiyle birlikte taraflar bundan böyle kendi geçimlerini sağlama yükümlülüğü altına girerler¹¹². Kendi geçimini sağlama yeteneği bulunmayan tarafın ileri süreceği nafaka istemi değerlendirilirken de evlilikten doğan yükümlülüklerin paylaşılma düzenine göre hareket edilir (ZGB Art.125/2 Ziff.1). Ancak, söz konusu ölçüt kapsamında yapılacak değerlendirme görüldüğünden çok daha güçtür. Özellikle, evlilik sırasında iradi olarak kabul gören yükümlülüklerin paylaşılma düzeni, boşanma yargılamasıyla birlikte taraflarca yoğun itiraza tabi tutulan ve adil olmadığı için eleştirilen bir rejime dönüşür. Evlilik birliği giderlerine “para” yoluyla katılan tarafın, ev işlerini veya çocukların bakımını üstlenen tarafla karşılaştırıldığında, kendisinin daha ağır yükümlülük altında bulunduğu iddiası da bu başlık kapsamındaki en yoğun tartışmalardan birini oluşturur. Söz konusu güçlüğü aşılabilmesi amacıyla yükümlülüklerin paylaşılma düzeni dikkate alınarak öğretide geliştirilmiş farklı evlilik modelleri doğrultusunda konuya yaklaşılması isabetli sonuçlar elde edilmesini sağlayabilir.

Her iki eşin de düzenli bir işe sahip olduğu ve düzenli bir gelir elde ettiği evliliklerde, diğer bir söyleyişle çifte gelirlili evlilik modelinde¹¹³, kural

¹¹¹ **FREIBURGHANUS/SUTTER**, Art.125, N.80; **RUMO-JUNGO**, s.10. Yükümlülüklerin paylaşılma düzenini, özellikle süre bakımından yapılan değerlendirme doğrultusunda, yaşam biçimlendirici etkiye sahip evlilikler bakımından hareket noktası olarak kabul eden görüş için bkz. **HAUSHEER/SPYCHER**, N.05-161.

¹¹² **SCHWENZER**, Art.125, N.41; BGer 5C.235, 5C.236/2001 (FamPra 2003, s.390).

¹¹³ **EGLI**, s.30; **SCHWENZER**, Art.125, N.45; **VETTERLI**, s.576. Eşlerin, mesleki eğitime sahip olduğu ve kural olarak ortak çocuğun doğumuna kadar her birinin de düzenli gelir elde ettiği evlilik türünü “Modern evlilik” olarak nitelendiren görüş için bkz. **BÜTTNER**, Vorbemerkungen, Rn.4.

olarak boşanmaya bağlı olumsuz ekonomik sonuçlarla karşılaşılmaz. Her iki taraf da evlilik boyunca çalışma hayatının içinde kaldığı için bu alanda bir kayıp yaşanmaz. Böyle bir evlilik modelinde, yoksulluk nafakası istemine ancak istisnai durumlarda olanak tanınır. Özellikle, uzun süreli bir evlilik söz konusu olduğunda ekonomik bakımdan daha zayıf durumda bulunan tarafın sosyal hayat düzeyinde boşanmayla birlikte beklenmedik bir düşüş gerçekleşecekse nafaka istemi kabul edilebilir¹¹⁴. Bu tür evlilikler clean break ilkesinin tam anlamıyla uygulanmasına yatkındır. Bununla birlikte, belirtmek gerekir ki çocuklu bir aile söz konusu olduğunda, çocuğun bakım yükümlülüğüne bağlı olarak boşanmanın olumsuz ekonomik etkileriyle karşılaşılması olasılığı daha yüksektir. Çocuğa yönelik bakım yükümlülüğü, beraberinde ekonomik durumda dengesizlikleri de getireceği için böyle bir olasılıkta yoksulluk nafakası istemine daha ılımlı yaklaşılması mümkündür¹¹⁵.

Eşlerden birinin (çoğunlukla erkeği ifade etmek üzere) tam zamanlı olarak çalıştığı, diğersinin ise (çoğunlukla kadını ifade etmek üzere) çalışma hayatında yer almayıp ev işleri yanında çocukların bakımı ile uğraştığı geleneksel evlilik modeli¹¹⁶ bakımından, çifte gelirli evlilik modeliyle karşılaştırıldığında tam aksi yönde bir sonuç elde edilir. Bu tür evliliklerde boşanmaya bağlı ekonomik olumsuzluklar yoğun biçimde gerçekleşir. Kadının ev işleriyle uğraştığı, erkeğin ise çalışarak ailenin geçimini üstlendiği geleneksel evlilik modelinde, boşanma sonrasında kadının çalışma hayatına atılma olasılığı düşüktür. Çocuğun velayetinin de anaya bırakıldığı durumlarda çalışma hayatına atılma olasılığı giderek azalır ve yoksulluk nafakasına olan ihtiyaç da ters orantılı olarak artış gösterir. Böyle evliliklerde, evlilik sonrası dayanışma ilkesinin sınırlanması adil olmayan sonuçlar doğurabilir. Bu nedenle, clean break ilkesinin uygulanması bakımından dikkatli davranılması gerekir.

¹¹⁴ SCHWENZER, Art.125, N.45; KGer St.Gallen IF-BF.2000.5 (ZBJV 2001, s.84). Ayrıca bkz. KGer St. Gallen RF.2003.39 (FamPra 2003, s.647). Nafaka istemi bakımından “uzun süreli evlilik” ve “sosyal yaşam düzeyinde beklenmedik düşüş” koşullarının gerçekleşmesi yanında nafakanın sadece geçiş dönemiyle sınırlı olarak takdir edilmesi gerektiği yönünde BezGer Arbon B-§ 033/02 (FamPra 2003, s.669).

¹¹⁵ Aynı sonuç, çocuklu aileler bakımından; çocuğun bakım ve eğitim döneminin tamamlanmasından sonra yeniden iş hayatına dönmek isteyen eşin; mesleki kariyere verilen ara nedeniyle sağlık sorunları, yaş ya da piyasa koşullarından kaynaklanan güçlüklerle karşılaşması durumunda da kabul edilebilir. Karş. BÜTTNER, Vorbemerkungen, Rn.4.

¹¹⁶ EGLI, s.32; SCHWENZER, Art.125, N.42,43.

Eşlerden birinin (çoğu zaman erkeğin) tam zamanlı olarak çalıştığı, diğer eşin ise (çoğu zaman kadının) yarı zamanlı (%50-90 oranında) bir işte çalışıp, ev işlerini de üstlendiği ek gelirli evlilik modelinde¹¹⁷ boşanmaya bağlı olumsuz ekonomik durumların gerçekleşip gerçekleşmeyeceği yönünde soyut bir kural getirilemez. Bir olayda, hobi biçiminde gerçekleşen faaliyetlerden gelir elde edilmesi söz konusuysa, diğerinde yüksek ücret karşılığı yürütülen uzmanlık faaliyetiyle karşılaştırılması mümkündür¹¹⁸. Bu nedenle, her somut olayın kendi koşulları kapsamında değerlendirilerek sonuca ulaşılması daha uygundur. Buna rağmen, soyut bir belirleme yapmak gerekirse, yukarıda söz edilen evlilik modelleriyle karşılaştırıldığında, ek gelirli evlilik modelinin, eşlerden her birinin çalışarak gelir elde ettiği çifte gelirli evlilik modeline daha yakın olduğu söylenebilir¹¹⁹. Ek gelirli evlilik modeli kapsamında değerlendirilmeye birlikte eşlerden birinin tam zamanlı olarak çalıştığı buna karşılık diğer eşin yarı zamanlı çalışma oranının %50'den daha az olduğu evlilik modelinde¹²⁰ ise %50'den az çalışma oranına sahip eş çoğu zaman bir meslek sahibi olmadığı için boşanma sonrasında %100 çalışma olanağına kavuşması hemen hemen olanaksızdır. Nafaka isteminin de bu düşünce doğrultusunda değerlendirilmesi gerekir¹²¹. Yukarıda olduğu gibi yine soyut bir belirleme yapmak gerekirse, söz konusu evlilik modelinin, geleneksel evlilik modeline yakın olarak nitelendirilmesi daha uygundur.

Konuya ilişkin olarak üzerinde durulması gereken diğer bir husus da yükümlülüklerin paylaşılma düzeni bakımından dikkate alınacak zaman diliminin mutlaka evlilik süresi kapsamında yer alıp almadığıdır. Bu hususta, kural olarak, evlenme sözleşmesinin kurulmasıyla başlayan sürenin dikkate alınacağı açıktır. Buna karşılık, taraflar evlenme sözleşmesinin kurulmasından önce aile hayatı yaşamaya başlamışlarsa ya da araya ayrılık süresi dahil olmuşsa bu sürelerin de değerlendirmede dikkate alınıp alınmayacağı tartışmalıdır¹²². Federal Mahkeme uygulamasında evlilik öncesi birlikte yaşama

¹¹⁷ EGLI, s.32; VETTERLI, s.576; SCHWENZER, Art.125, N.42,43.

¹¹⁸ VETTERLI, s.576.

¹¹⁹ Karş. BGer 5P.418/2001 (FamPra 2002, s.578); BGE 115 II 6; BGE 109 II 184; OGer Luzern 22 02 88 (FamPra 2004, s.130).

¹²⁰ EGLI, s.33.

¹²¹ Bkz. BGer 5P.347/2001 (FamPra 2002, s.334); KGer St.Gallen BF.2001.4 (FamPra 2002, s.374).

¹²² EGLI, s.37; SCHWENZER, Juristischer Argumentation, s.24 vd.; SCHWENZER, Revision, s.170.

süresinin ya da ayrılık süresi içinde olsa dahi fiilen birlikte geçirilen sürenin dikkate alınabileceği kabul edilir¹²³.

Sonuç

Boşanan taraflar arasındaki ekonomik ilişkilere ve uyuşmazlıklara kesin olarak son verme amacını taşıyan clean break ilkesi yoksulluk nafakasını belirleyici ölçütler üzerinde de doğrudan etkili olur. İsviçre hukukunda öğreti ve uygulamada tartışmasız kabul gören bu ilkenin Türk hukukunda da uygulanmasının önünde herhangi bir engel bulunmaz. Bizim de benimsediğimiz görüş doğrultusunda yoksulluk nafakasının amacı, boşanmaya bağlı olarak ortaya çıkan ekonomik olumsuzlukların dengelenmesi yoluyla tek başına geçimini sağlama yeteneğine sahip olmayan tarafın mümkün olan en kısa zaman dilimi içinde ekonomik özgürlüğüne kavuşturulmasıdır. Bununla birlikte, yoksulluk nafakasının dayanağı olarak, sosyal ve ahlaki düşünceler ile eşler arasındaki yardımlaşma yükümlülüğüne boşanma sonrasına uzanan bir etki tanınması düşüncesini ifade eden evlilik sonrası dayanışma ilkesi de gözden uzak tutulamaz. Clean break ilkesinin işlevi evlilik sonrası dayanışma ilkesini dışlamak olmayıp, onun uygulama alanını sınırlamaktır. Bu doğrultuda, nafaka isteminin değerlendirilmesi yanında nafaka miktarının ve süresinin belirlenmesinde başvurulacak ölçütler de söz konusu ilkeler dikkate alınarak somut olaya uygulanmalıdır.

¹²³ BGer 5C.169/2006 (FamPra 2007, s.146); BGer 5C.222/2000 (FamPra 2001, s.585). Evlilik öncesi kurulan birlikte yaşam düzeninin evlilik sırasındaki yaşam düzenini belirleyici etkiye sahip olduğu, yükümlülüklerin paylaşım biçimi veya çalışma hayatındaki tercihlerin oluşumunda bu dönemin etkisinin gözden uzak tutulamayacağı, bu nedenle evlilik öncesi birlikte yaşama süresinin de yapılacak değerlendirmede dikkate alınması gerektiği yönünde BGer 5C.62/2005 (FamPra 2006, s.952). Aynı doğrultuda KGer Basel 100 03 901 (FamPra 2006, s.421). ZGB Art.125 henüz yürürlüğe girmeden önce aksi yönde görüş için bkz. **SCHWANDER**, s.1630.

Kısaltmalar

AJP	: Aktuelle Juristische Praxis
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Art.	: Artikel
Bd.	: Band
BezGer	: Bezirksgericht
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	: Schweizerisches Bundesgericht
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
dn.	: dipnot
FamPra	: Die Praxis des Familienrechts
Fn.	: Fussnote
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
Karş.	: Karşılaştırınız
KGer	: Kantonsgericht
N.	: Numara/Randnummer
OGer	: Obergericht
RG	: Resmi Gazete
Rn.	: Randnummer
S.	: Sayı
s.	: sayfa
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TREX	: Der Treuhandexperte
vd.	: ve devamı
Yarg.	: Yargıtay
ZBJV	: Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZfRV	: Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZGB	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.Dezember.1907 (SR/RS 210)
ZR	: Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZSR	: Zeitschrift für Schweizerisches Recht

Kaynakça

AKINTÜRK, Turgut/**ATEŞ-KARAMAN**, Derya, Aile Hukuku, İstanbul 2012.

ARKAN-SERİM, Azra: “Yoksulluk Nafakası”, İÜHFİM, C.LXV 2007, s.285 vd..

BACHMANN, Bruno: “Neues Scheidungsrecht”, TREX 2000, s.317 vd..

BÄHLER, Daniel: “Scheidungsunterhalt - Methoden der Berechnung, Höhe, Dauer und Schranken”, FamPra 2007, s.461 vd..

BRÄNDLI, Gian/**KILDE**, Gisela: “Neues aus der Rechtsprechung im Ehe und Kindesrecht”, Scheidungsrecht Aktuelle Probleme und Reformbedarf, Zürich 2008, s.161 vd..

BRUDERMÜLLER, Gerd: “Nachehelicher Unterhalt - der deutsche Weg”, Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, Privat Law (Band I), Bern 2011, s.251 vd..

DURAL, Mustafa/**ÖĞÜZ**, Tufan/**GÜMÜŞ**, Alper: Türk Özel Hukuku C.III Aile Hukuku, İstanbul 2012.

EGLI, Isabelle: Die Eigenversorgungskapazität des unterhaltsberechtigten Ehegatten nach Scheidung, Bern 2007.

FASEL, Urs/**WEISS**, Daniela: “Auswirkungen des Konkubinats auf (nach-)eheliche Unterhaltsansprüche”, AJP 2007, s.13 vd..

FREIVOGL, Elisabeth: “Nachehelicher Unterhalt - Verwandtenunterstützung - Sozialhilfe Wenn das Familieneinkommen nach Trennung oder Scheidung nicht für zwei Haushalte ausreicht: Rechtsprechung und Änderungsbedarf bei Mankofällen”, FamPra 2007, s.497 vd..

FREIVOGL, Elisabeth/**LEUENBERGER**, Marcel: “Unterhalt bei Scheidung und Trennung”, Erste Schweizer Familienrecht-Tage 3./4. Mai 2002: Ergebnisse aus den Arbeitskreisen-Arbeitskreis Nr. 6, FamPra 2002, s.732 vd..

GLOOR, Urs/**STECK**, Daniel: “Rückblick auf 10 Jahre neues Scheidungsrecht”, FamPra 2010, s.1 vd..

HAUSHEER, Heinz: “Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2001-2004 Veröffentlicht in den Bänden 127-130 Scheidungsrecht”, ZBJV 2005, s.549 vd..

HAUSHEER, Heinz: “Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2009 Familienrecht-Veröffentlicht in Band 135, ergänzt durch Internetveröffentlichungen- Scheidungsrecht”, ZBJV 2010, s.881 vd..

HAUSHEER, Heinz/**SPYCHER**, Annette/**BRUNNER**, Rolf/**GLOOR**, Urs/**BÄHLER**, Daniel/**KIESER**, Ueli: Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 2010 (**HAUSHEER/ SPYCHER**).

HEISS, Beate/**BORN**, Winfried: Unterhaltsrecht, München 2011.

HINDERLING, Regula: “Tribunal fédéral, Ite Cour civile, Arrêt du 25 janvier 2001 en la cause dame X c. X - 5C.222/2000 (ATF 127 III 136)”, FamPra 2001, s.585 vd..

JAUERNIG, Othmar: Bürgerliches Gesetzbuch-Kommentar, München 2011.

JOHANNSEN, Kurt/**HENRICH**, Dieter: Familienrecht, München 2010.

LÖTSCHER-STEIGER, Bruno/**TRINKLER**, Judith: “Unterhalt bei knappen (Mankofällen) bis mittleren finanziellen Verhältnissen”, FamPra 2004, s.828 vd..

MAIER, Philipp: “Aspekte bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen im Familienrecht Zur Praxis der erst und zweitinstanzlichen Gerichte des Kantons Zürich”, AJP 2007, s.1223 vd..

MARTI, Gabriela: “Vertrauensschutz im Familienrecht”, FamPra 2010, s.497 vd..

MAURER, Hans-Ulrich: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7/1, München 2010.

MENNE, Martin: “Betreuungsunterhalt in der Schweiz und in Deutschland”, Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag; Privat Law (Band I), Bern 2011, s.1251 vd..

MÖCKLI, Urs Peter: “Aktuelle Fragen des nahehelichen Unterhalts - Art.125 ZGB”, Dritte Schweizer Familienrecht§Tage, Bern 2006.

ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, Ankara 2004.

ÖZUĞUR, Ali İhsan: Nafaka Hukuku, İstanbul 2007.

POHLMANN, Jörg: “Mankoteilung - Möglichkeiten eines Ausgleichs zwischen den Ehegatten”, FamPra 2007, s.526 vd..

REUSSER, Ruth: “Gedankensplitter zur revision des Scheidungsrechts”, ZSR 1996, s.337 vd..

RUMO-JUNGO, Alexandra: “Neuere Entwicklungen im nachehelichen Unterhalt”, Familienvermögensrecht, Bern 2003, s.1vd..

SCHNITZLER, Klaus: Münchener Anwalts Handbuch-Familienrecht, München 2010.

SCHULZE, Reiner: Bürgerliches Gesetzbuch-Handkommentar, Baden-Baden 2012.

SCHWANDER, Ivo, “Nachehelicher Unterhalt gemäss Art. 125 ff. nZGB”, AJP 1999, s.1627 vd..

SCHWENZER, Ingeborg: FamKommentar Scheidung, Bern 2010.

SCHWENZER, Ingeborg: “Ehegattenunterhalt nach Scheidung nach der Revision des Scheidungsrechts”, AJP 1999, s.167 vd. (Revision).

SCHWENZER, Ingeborg: “Das clean break - Prinzip im nachehelichen Vermögensrecht”, FamPra 2000, s.609 vd. (Clean Break Prinzip).

SCHWENZER, Ingeborg: “Über die Beliebigkeit juristischer Argumentation”, FamPra 2000, s.24 vd. (Juristischer Argumentation).

SUTTER-SOMM, Thomas/**KOBEL**, Felix: Familienrecht, Zürich 2009.

TRACHSEL, Daniel: “10 Jahre Scheidungsrechtsrevision - Was bewegt die Praxis?”, Fünfte Schweizer Familienrecht§Tage, Bern 2010, s.41 vd..

TUOR, Peter/**SCHNYDER**, Bernhard/ **SCHMID**, Jörg/**RUMO-JUNGO**, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich 2009.

VETTERLI, Rolf: “Zur Bemessung des nachehelichen Unterhalts - ein Klärungsversuch”, AJP 2009, s.575 vd..

VETTERLI, Rolf: “Zwei Jahre Gerichtspraxis im Familienrecht”, Familienvermögensrecht, Bern 2003, s.89 vd.(Gerichtspraxis).

WIDMER, Carmen Ladina: “Gestaltungsmöglichkeiten von Eheverträgen und Scheidungskonventionen”, ZBJV 2009, s.419 vd..