

TÜRK-İSVİÇRE HUKUK TOPLULUĞUNDA ÖZELLİKLE AİLE HUKUKU ALANINA İLİŞKİN MÜŞTEREK ÇALIŞMALARA YÖNELİK GÖRÜŞLER VE İSTEKLER

Heinz HAUSHEER*
Çev.: Bilge ÖZTAN**

1. Bilimsel Çalışma Olarak Kanunların Resepsiyonunda Etki Kontrolleri

İsviçre Medenî Kanunu'nu ile bağlantılı olarak, Türkiye'de yapılan ve üzerinden 80 yıl geçmiş olan resepsiyon, geçen yıl çeşitli Türk-İsviçre hukukçularının bir araya gelmelerine memnuniyet verici bir imkân yaratmıştı. Toplantı, bütün katılımcılar için, sadece Türkiye'deki ve İsviçre'deki en son gelişmeler hakkında bilgi sahibi olmaları değil, aynı zamanda özel hukuk alanında en azından çok yakın bir geçmişteki müşterek kökleri hatırlamak açısından da memnuniyet verici bir fırsat yaratmıştı. Türkiye'nin, 20. asrın başlarında, yaptığı kökten ve kalıcı siyasî devrimden sonra, İsviçre Medenî Kanunu resepsiyonunun ayrıntılarının hatırlanışı, İsviçre yönünden özel bir önem taşımaktaydı. Buna bağlı olarak, İsviçre'nin dikkatini yönlendirdiği husus, sadece pek çok imkân dahilindeki alternatif özel hukuk düzenlemeleri arasından, İsviçre Medenî Kanunu'nun seçilmesi değil; kısmen de çok iyi bilindiği gibi, resepsiyonun Osmanlı İmparatorluğu'nun çöküşü ile bağlantılı politik geçmişin üstesinden gelinmesinde rol oynamasıydı. İsviçre'deki o zamanki Türklerin kişisel bağlantıları hakkında ve kişilerin yaşamlarını şekillendirecek olan İsviçre hukuk normlarının resepsiyonu hakkında Türkiye'nin genel tahayyül ve beklentilerinin neler olduğu hususunda bilgi sahibi olmak gerekliydi.

* Dr. Jur. Dr. H.c., em. Professor an der Universität Bern.

** Prof. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı öğretim üyesi.

Ancak, tercihi mümkün diğer ülke kanunlarının seçilmesinden vazgeçilmiş olmasının verdiği ilk tatmin hissinden sonra (dopamin yönlendirici ile pozitif olarak mutluluğa yönlendirilen ve daima çok çabuk kaybolan) resepsiyona doğrudan doğruya bağlı, korkulan şu soru göz ardı edilemez (adrenalin ve noradrenalin etkisi altında mutlaka artan bir ihtiyatla karşılanması): Acaba, Türkiye tarafı, resepsiyon sırasında, riziko yüklü durumun yeterince farkında mıydı? Yani, İsviçre özel hukukunun, dar anlamda İsviçre Medenî Kanunu'nun pek çok kantonun özel hukuk düzenlerinden ayrılarak, yeknesak federal hukuk düzenine geçişinin bilimsel başarıya ulaşabilmesi için, o zamanlar başlangıçta söz konusu olan bazı kararsız (başarısız) adımları arkasında bırakmış olduğunu yeterince biliyor muydu? Bu kanununun yeterince bilimsel yayın ile birlikte hesaba katılmasının gerekliliği net olarak biliniyor muydu?¹ Daha ayrıntılı açıklamaların dolayısıyla ilgili kaynakların eksikliği, kaçınılması mümkün olmayan, neticede bu rahatsız edici sorunun şimdiye kadar cevapsız kalmasına zorunlu olarak neden olmuştur. Resepsiyona ilişkin araştırmanın bu kısmî görünüşü bile, ısrarla hâlâ bir çalışmanın beklendiğinin göstergesidir.

Alınan kısmî hukuk düzeni² açısından, resepsiyonun etkilerine ilişkin bir soru, gayet tabiidir ki, seçim motifi sorusu olarak, çok büyük ilgi konusudur. Yapılacak uygun kontrol etkinlikleri, bir diğer deyişle etkilerin (sonuçların) yeniden derinlemesine incelenmesi, yani etkinlik ve etkililik kontrolleri anlamında daha ayrıntılı bir şekilde hukuk sosyolojisi süzgecinden geçecek açıklamalar, ilk kanun koyucuya farklı açılardan, geriye dönük olarak bir reaksiyon sağlayacaktır; fakat aynı şekilde emsal kararlar denilen stratejik yönlendirme yapan yüksek mahkeme kararları ile birlikte, sonradan yapılan denetlemelerden, pek çok yönden yarar sağlanabilir. Bu denetlemeler, bir taraftan, kanunların ve mahkeme kararlarının, sürekli değişen olguları ne ölçüde isabetle kavrayabildiğini tespit eder; dolayısıyla, bu denetlemeler, yeni bir kanunla yapılacak bir düzenlemede, hukukî sonuçların değerlendirilmesi hiçbir şekilde ihmal edilmeden, çok veya az güvenilirliğine göre,

¹ İsviçre'de meselâ, bir kaç sene önce Wallis Kantonu'nda ciddi olarak, Bern Kantonu'ndan alınan Usul Kanunu'nun, Zürih Kantonu'nun Usul Kanunu ile değiştirilmesi konusu ortaya atılmıştı. Bern Kantonu'ndaki Usul Kanunu, Leuch'un hazırlamış olduğu meşhur şerhinden sonra, senelerce üzerinde bilimsel çalışma yapılmadan kalmıştır.

² Alınan normların kanun koyucusu, mecazi anlamda "ana rolü"nü oynar.

ifadesini bulur. Diğer taraftan, daha sonraki bir denetim, kanun koyucu tarafından hiçbir şekilde küçümsenmeyecek belli bir hukuk düzeninin kabulüyle ilgili sonuçları tespit eder. Her ikisi de kanun koyucunun değerlendirmeleri çerçevesinde, hukukun âdil uygulanması veya kanundaki aşikâr hataların kanun yolu ile “sonradan düzeltilme”sinin vazgeçilmez şartlarıdır. Her durumda burada hataların düzeltilmesi ile kanunun yapılması sırasında onunla birlikte olan güçlerin, kanunun yürürlüğe girmesinden sonra düzenli şekilde çok hızlı harekete geçip, ortaya çıkardığı sonraki değerlere ilişkin olarak yapılması gereken düzeltmeleri birbirinden çok açık bir şekilde ayırmak gerekir.

2. İsviçre’de Değerlendirme Çabaları

Tanımlanan biçimde sonradan yapılan etkinlik ve etkililik denetimleri, bilindiği gibi, 1970’li yılların sonlarına doğru –metot açısından da ilgi uyandıran– yabancılara İsviçre topraklarının korkulan satışını engellemek için (sonunda anayasa hukukuna ilişkin yetki sebepleri açısından) edinilen tecrübelerden sonra, özel hukuka getirilen kanun ile birlikte, İsviçre’de, giderek artan bir beğeni toplamaktadır.³ Etki denetimi özellikle, kanuna uygunluk sebepleri ile yapılması gereken, fakat aynı zamanda müessir olmayan ve böylece lüzumsuz veya hatta prodüktif olmayan (müspet netice doğurmayan) yasal düzenlemelerden sakınılmasına hizmet eden⁴ bu arada basit bir devlet hedefi olarak öylesine etkili bir şekilde yerleşmiştir ki, bu husus yeni İsviçre Federal Anayasası’nın 170. maddesinde kendine yer bulmuştur.⁵

Geçen yüzyılın son çeyreğinde, aile hukukunda önemli reform aşamalarından hemen sonra, diğerleri ile birlikte, İsviçre Bilimsel Çalışmaları Destekleme Ulusal Fonu (National fond zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung) tarafından yürütülmesine katkıda bu-

³ Bkz. NFP 6 (Schweizerischen Nationalfonds für Förderung der wissenschaftlichen Forschung) Bilimsel çalışmayı teşvik için İsviçre milli fonu çerçevesinde “Entscheidungsorgänge in der schweizerischen Demokratie” konulu çalışma.

⁴ Burada, sadece daha sonra alınacak tedbirlerin ne olacağı üzerinde durulmayıp, daha çok devlet tarafından çıkarılacak bir yasal metin üzerinde çalışılırken gelecekte bu metne ilişkin gerçeklik değerlendirilmesinin yapılması çok arzu edilir.

⁵ Ayrıntılar için bkz. Mader, Zwischen Anspruch und Wirklichkeit, Die Evaluation staatlicher Massnahmen in der Schweiz, NZZ 21.03.2007 Nr.67, S.19 (Burada, İsviçre’nin, Avustralya ile birlikte bu yönde öncü millet rolünü kabullendiğine ilişkin açıklama yer almaktadır).

lunulan deneyim raporları ortadan kalkmıştır.⁶ Kolayca görülebilen ve bu nedenle de açıklanmasına gerek olmayan sebepler nedeniyle, burada kısaca temas edilen hukuk sosyolojisi çalışmalarının getireceği bilgi beklentileri, gerçekten her şeyden önce her hukuk alanı için çok yararlıdır. Öncelikle, aile müessesesi üzerine kurulmuş topluma ve onun gelişmesine ilişkin bilgi beklentilerini elde etmede, özellikle aile ve miras hukuku alanlarında yapılacak çalışmalar büyük ölçüde yarar sağlayacaktır.⁷

3. Aile Hukuku Alanında Kanun Reformuna Artan İhtiyaç

İsviçre Medenî Kanunu'nda, aile hukuku kısmında, bir reform yapılmasına ihtiyaç olduğu, kanunun diğer kısımlarından çok daha önce hissedilmiştir. Gerçekten, aile hukuku, kanunun yürürlüğe girmesinden sonra, aşağı yukarı elli yıl içinde, özel hukuk düzenin “*en dinamik*” hukuk alanı olarak değişip gelişmiştir.⁸ Birkaç madde başlığı bu hususun belirgenleşmesi için yeterli olacaktır.

İsviçre Medenî Kanunu'nun, haklı olarak her yönü ile methe lâyük olan yaratıcısı, kodifikasyonu, kantonların o zamanki özel hukuk düzenlerinin derinlemesine yapılan mukayesesine dayandırmıştı; 20 asrın başlarında, evlilik, önceden olduğu gibi, herhangi bir şüpheye yer bırakmayacak şekilde hukuken korunan bir müessese olarak benimsenmiş, bu müessese sadece çocukların sorumlu ana babaya aidiyetini garantileyemeyip, aynı zamanda bu çocukların bakım ve eğitimi için

⁶ Bkz. Yeni Evlilik Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden (01.01.1988) üç sene sonra, (Eidgenössische Kommission für Frauenfragen) aile meselelerine ilişkin komisyon tarafından yayınlanan “*Juristischen Auswirkungen des neuen Eherechts*” isimli 1991 yılı sonlarında yayınlanan rapor; veya diğerleri arasında Nationalfondprojekt (Millî fon projesi) ile bağlantılı olarak Baumann/Lauterburg tarafından İsviçre Medenî Kanunu'nun yeni 122-124. maddelerinde düzenlenen bakımın denkleştirilmesine ilişkin olarak yapılan yayın; Yedi boşanma mahkemesinde yapılan incelemelere dayanan bir çalışma, Evaluation Vorsorgungsausgleich, Schriftenreihe zum Familienrecht Bd.3, Bern 2004.

⁷ Diğerleri arasında, kadın ve erkeğin kanun önünde eşitliği ve kanunda yer alan mağdura yardım (hukukî açıdan mağdurun korunması) konusunda yapılan yeni değerlendirmeler.

⁸ Daha ayrıntılı bilgi için diğerleri arasında bkz. Die Familie im Wechselspiel von Gesellschaftsentwicklung und Recht, ZBJV 139/2003, 585 vd. Son zamanlarda senelik boşanma oranı %50'ye doğru yükselmiştir. Kentsel ilişkilerde bu oran daha yüksektir.

mümkün olduğunca en iyi şartları teminat altına almak istemiştir. Bu anlamda evlilik hukukî bir müessese olarak, hemen hemen “*tabiat tarafından verilen*” üstün bir mevkie sahip olmalıydı; olmak zorundaydı. Böylece, evlilik içinde doğan çocuklar için, ananın kocasının biyolojik baba olduğunun henüz doğrudan doğruya ispat edilemediği hallerde, bir koordinasyon (bağlantı) kriteri oldu. Aynı zamanda, evlilik ile bağlantılı olarak, bütün aile için, dolayısıyla evlilik içinde doğan çocuklar için, gerçekten sağlam bir bakım müessesesi teşkil etti. Bu hukuk politikasından (nihayet bir taraftan her şeyden önce o zamanki tabîi bilimlerin babalığın ispatında yetersiz kalması, diğer taraftan geçmişteki tecrübelerle yönelik fiilen belli bir dayanıklılığa sahip olan evliliğin, geniş ölçüde rakipsiz bir bakım müessesesi olması) hareket edilmesi, beraberinde evlilik dışı doğuma ve metrese karşı, hemen hemen mecburen, düşmanca bir davranışı getirdi.

Medenî Kanun’un giderek yaşlanması ile birlikte, bir taraftan, ana babalığın sorgulanmaya başlanan ispatı imkânları, yani özellikle babalığın ispatının güçlü bir şekilde düzelmiş ve kolaylaşmış olması ve diğer taraftan da -farklı sebeplerle- evlilikte istikrarın giderek güvenilirliğini kaybetmesi keyfiyeti vakıa olarak ortaya çıktı.⁹ Evliliğin anlamı, sadece çocukların bağlantı kriteri açısından değil, aynı şekilde aileye karşı bakım fonksiyonu açısından da sallanmaya başladı. Kimse, aşikâr bir şekilde daha az (hak) ve yükümlülük getiren evlilik benzeri hayat ortaklığı şeklindeki yaşam biçimi ile evlilik arasında giderek artan bir yarış başlamasına şaşırmasın.¹⁰ Dolayısıyla, kanun koyucu ve dolayısıyla hâkim, hukuk yaratma yolu ile her iki hayat ortaklığının benzer ve farklı tarafları sorusu ile giderek daha fazla meşgul olmaya başlamıştır.¹¹ Artık, ceza hukuku yolu ile meselenin üstesinden gelmeye çalışmaktan vazgeçilmiş, mesele daha çok alternatif bir yaşam

⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Hausheer, yukarıda belirtilen yerde.

¹⁰ Aile yaşam şekillerinde değişikliğe ilişkin olarak (Familiale Lebensformen im Wandel) 2005 yılında İsviçre’de yayınlanan istatistiklere göre (schweiz. Bundesamtes für Statistik aus dem Jahre 2005), 2000 yılında yapılan nüfus sayımında takriben 700.000 çocuksuz ailenin aşağı yukarı 150.000’ni çocuksuz evlilik dışı ilişki içinde yaşayanlar olduğu ve takriben 862.000 çocuklu ailenin aşağı yukarı 36.000’nin evlilik dışı ilişki içinde yaşayanlardan oluştuğu belirlenmiştir. 160.000 evde, küçük çocuklar ana babadan sadece birinin yanında yaşamaktadır. Karşılaştırma için bkz. yukarıdaki eser, s. 120.

¹¹ Ayrıntı için bkz. Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, Das Familienrecht des schweizerischen Zivilgesetzbuches, Stämpfli Verlag, Bern 2007, 0.3.01 vd.

biçimi olarak, 2000 yılında yeni Federal Anayasa'da temel hak olarak en azından aile hayatının değişik şekli olarak kabul edilmiştir.¹² Halen, İsviçre'de evlilik içinde ve evlilik benzeri birlikte yaşamalar arasındaki oran 1/10'dur. Çocukları ile evlilik benzeri birlikte yaşama, evlilik birliği içinde küçük çocuklarıyla birlikte yaşayan ana baba sayısının aşağı yukarı %4'ünü oluşturmaktadır. Bu nedenle de, giderek daha fazla zorunluluk gösteren şu soru ortaya çıkmaktadır: Acaba fiilî hayat ortaklığında ana babaya, bu fiilî hayat ortaklığının evlilik hukuku ile korunan ana ve babanın birlikte yaşamasına yaklaşması nedeni ile daha fazla önem verilmeli mi? Bu durumun, doğrudan doğruya veya dolayısıyla aile topluluğu içinde evli olmayan ana, babaları ile birlikte yaşayan çocukların hukukî durumu üzerinde etkili olacağı açıktır. Uygun bir başlangıç bir ölçüde, 2000 yılındaki "*Boşanma Hukuku Reformu*" ile bağlantılı olarak, İsviçre Medenî Kanunu'nun 298 a maddesinde yapılmıştır. İsviçre Medenî Kanunu'nun 298 a maddesine göre, evli olmayan ana babalar da, belli şartlar altında birlikte velâyeti talep edebilirler. Önemli farklar özellikle nafaka hukukunda mevcuttur. Gayet tabîi olarak şu husus gözden kaçmamalıdır: Evlilik hukukî bir müessese, birlikte yaşama ise "*sadece*" "*sorumluluk topluluğu*"¹³dur. Hukuken bütünüyle düzenlenen bir yaşam durumu olan evlilik, aşikâr bir şekilde evlilik benzeri yaşamdan geniş ölçüde ayrılmaktadır. Bazı noktaları esas alan emsal mahkeme kararları, bu nedenle daima bütünü esas alan bir değerlendirme içinde yapılmalıdır. İsviçre tarafından konu belirgin bir ilgi ile takip edilmektedir; buna benzer hukukî gelişmeler, sadece İsviçre'de değil, Türkiye'de de etkili olacaktır.

4. Türkiye'de ve İsviçre'de Yapılacak Değerlendirmelerde Müşterek ve Özel Yazar

Çok küçük bir coğrafyaya yerleşmiş olan İsviçre'de bile, özel hukuk alanındaki reformlar gerçekleştirilirken, sürekli değişikliklerle ahenkli olarak, çeşitli büyüklükte, ana merkezlere çeşitli uzaklıklarda, bu merkezlerle çok farklı yoğunluklar taşıyan ilişkiler içinde münâ-

¹² Aynı şekilde, Art.13 BV (Bundesverfassung) Art 8 EMRK (Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten) ile bağlantılı olarak.

¹³ Konuyla ilgili diğerleri arasında bkz. Hausheer, Familienrechte, rechte Familie? Zeitschrift für Familienrecht'in 50. yılı münasebetiyle verilen tebliğ, in: Familienrecht im Brennpunkt, FamRZ-Buch Bd. 20, Bielefeld 2004, 49 vd, 57 vd.

sebetler, bu konuda oluşan değer hükümleri daima en geniş şekilde göz önünde tutulmaya çalışılmış; bu hususta, aileye (dolayısıyla aile hukukuna) ilişkin konular, diğerleri içinde, en önemlileri olarak, daima ağırlık taşımıştır. Bu durumda, tamamen farklı sosyo-kültürel temeli olan bir başka devlet (tamamen farklı sebeplerden) tarafından, kodifikasyon yolu ile söz konusu resepsiyonun yapılması sonucunda, tabiatıyla belirgin farklılıklar ortaya çıkacağında şüphe yoktur. Buna uygun şekilde, böyle bir resepsiyona bağlı olarak, alınan kanunla ilgili bilimsel neşriyat ve sorumlu kanun koyucunun yasama faaliyetleri ve mahkeme kararları ile gerçekleşecek gelişmeler, Türk-İsviçre hukukları açısından büyük önem taşıyordu ve halen de böyledir. Ancak, konuya duyulan ilgi Türk İsviçre hukukları açısından farklı olduğu gözden uzak tutulmamalıdır.

İsviçre yönünden, temelde, farklı değer tasavvurlarının ve düşünce biçimlerinin –en azından çıkış noktası olarak– bulunduğu Türkiye’deki somut toplum olaylarına bağlı soyut hukuk normları dolayısıyla, belli hukukî müesseseler yönünden, ne gibi gelişmeler olduğuna ilişkin bilgi beklentileri söz konusudur.

Türkiye yönünden ise, her şeyden önce, ilk sırayı, alınan normların anlaşılması hususu almaktadır. Daha sonra da bunların, tıpkı İsviçre hukuk düzeninde olduğu gibi, eğitim ve sağlık ve giderek daha fazla önem kazanan sosyal güvenlik sistemine (buradan toplum tarafından çok az taşınan ailenin desteklenmesine yardımcı olmak üzere sözedilen) ve nihayet hiç de önemsiz olmayan farklı genel hukuk düzenine entegre edilmesi meselesi gelmektedir. Bu durum, zorunlu şekilde, hukukun kendilerine uygulandığı kişilerin hukukî himayeyi gerektiren ihtiyaçlarına yönelecek ve böylece alınan hukuk normlarının tümünün uygulanmasında etkili olacaktır. Sadece bu çıkış noktası bile bakıldığında, bütün olarak “yabancı” aile hukuku normlarının alınmasının, yabancı bir sözleşme hukukunun ve sözleşme dışı sorumluluk normlarının resepsiyonundan çok daha zor bir durum olduğunu gösterir.

Bu durum, geniş ölçüde birbiriyle örtüşen, dolayısıyla birbirine paralel giden ilgi, günümüzde (farklı sebeplerle) ailelerin tekrar giderek artan hareketliliği dolayısıyla, sınırları aşan evliliklerin çoğalması ile birlikte, birbirinin aynı olan aile hukuku normlarının uygulanmasında etkilerini iyice gösterir. Gerçekte, Türk aileler için İsviçre’de İsviçre hukukunun ve tam aksine, özellikle çifte tâbiyetli İsviçre –Türk eşlere

Türkiye’de ve aynı şekilde ayrı yaşayan Türk ailelerine ve buna uygun olarak İsviçre’de ve Türkiye’de ayrı yerleşim yeri olan Türk ailelerine, İsviçre hukuku ile örtüşen Türk hukuk normlarının Türkiye’de uygulanması durumları, giderek artmaktadır. Bu durumlarda, anlaşılan sebeplerden, mümkün olduğunca uygulamanın aynı olmasında özel bir yarar vardır. Sadece bu durum –esasen kendiliğinden anlaşılan– mümkün olduğunca bilimsel ilişkilerin ve Türkiye ve İsviçre’deki mahkeme kararlarının ve kanun koyucu tarafından öngörülen hukuk ile hukukun gelişmesinin karşılıklı olarak yakından izlenmesini gerekli kılmaktadır.

5. İsviçre-Türk Bilimsel Çalışmasında Engeller

Belli engeller (en iyi isteklere rağmen), benzeri tasavvurların gerçekleşmesinde, tamamen aşılamamaktadır. Engeller, her şeyden önce İsviçre tarafında mevcuttur; fakat Türk, adalet makamlarının geniş çevresinde de bu engeller tamamen kaldırılamamaktadır. Bu husus, her şeyden evvel, dille ilgili eksiklikte ortaya çıkmaktadır. İsviçre hukukçularının hemen hepsi, Türk yayınlarından dolayısıyla mahkeme kararlarından doğrudan doğruya bir fikir sahibi olma imkânına sahip değildir. Buna karşılık, pek çok Türk hukukçusu ve adalet mekanizmasındaki bazı üyeler, dil bilgileri nedeniyle ve buna bağlı olarak eğitimlerini Avrupa’da veya hatta İsviçre’de yaptıkları için, İsviçre hukuk uygulamasını ve bilimsel çalışmalarını takip edebildiklerinden, bizdeki gelişmeler hakkında fikir sahibi olabilmektedirler.

İsviçre tarafı pek çok defa¹⁴ yukarıda belirtilen dil engelini aşmak için teşebbüste bulunmuştur. Hukukçu bir İsviçreli karı koca, Türkiye’deki evliliklerinden sonra, bunlardan birinin doktora çalışması çerçevesinde, Türkiye’de kabul edilen İsviçre aile hukukunun uygulanması ile daha yakından meşgul olduğunu biliyorum. Geçen yüzyılın 1960’larından beri, Bern Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde verilen doktora tez konularının meselâ hiçbiri, bu anlamda nihai etkili olacak bir çalışma ortaya çıkarmamıştır.

Derinlemesine bir müşterek hukukî çalışma için, ilk sırada, Türk öğrenci, doktora öğrencisi ve doçentlik çalışmaları yapanlar açısından İsviçre-Türk hukuk bilgilerinin aracılık etmesi gerekmektedir. Bu yol,

¹⁴ Prof. Hanz Merz’in o zamanki asistanı olan yazarın katkısı altında.

on yıllık zaman dilimleri içinde, Bern’de farklı şekillerde başlatılmıştır¹⁵ (burada yerleşik konsolosluğun Türk bursiyerlerinin eğitim gayretlerinin gizli kontrolünü kolaylaştıran bir imkâna sahip olmaları nedeniyle). İsviçre’de¹⁶ bir doçentlik tezinin (en azından bir kısmının) hazırlanması durumunda böyle bir girişimin başarısı esas itibariyle daha baştan kesindir. Uygun, amaca yönelik bir çalışma için gerekli yetenek ve böyle bir çalışmaya ilgi duyma hiç şüphesiz ön şart olarak konmalıdır. Aynı şekilde, İsviçre’de yazılan ve pek çok yönden yüksek düzeyde isteklere dayalı bir doktora tezi, birlikte bir kontrol olmaksızın hiçbir zaman yapılamaz; yani doktora öğrencisi, Türkiye ve İsviçre tarafından seçime tâbi tutulmalı ve çalışmanın iki yönlü takibi yapılmalıdır. Bu şartların yokluğu durumunda, dil ve bilimsel açıdan¹⁷ aranan niteliklere ilişkin özel talepler, İsviçre’de sadece yetersiz bir şekilde kontrol edilebilecektir. Bu ise daha büyük bir rizikoyu beraberinde getirecek; yapılan çalışma ne Türkiye ne de İsviçre için gerçek bilimsel bir ilerlemeyi sağlayacaktır.

Bugün eğitim amacı ile İsviçre’ye gelmek eskiden de olduğu gibi çok fazla talep edilmemektedir. Bu durum üzüntü vericidir ve bu istenen gelişme için mutlaka dikkate alınması gereken sebeplerin tamamen göz adı edilmesinden kaynaklanmaktadır.¹⁸ Her iki tarafın da yukarıda belirtildiği gibi, menfaatine olan hukukçu değiş tokuşu, son birkaç yıldan beri belirgin bir şekilde muntazam aralıklarla yapılan Türk-İsviçre hukukçularının bir araya gelmeleri ile sınırlanmıştır. Çoğu kez, Lozan’daki İsviçre Mukayeseli Hukuk Enstitüsü’nün güçlü idarî işbirliği sayesinde (fakat bununla sınırlı değil) Türkiye’deki ve İsviçre’deki farklı hukuk fakültelerinin temsilcileri ile bu toplantılar yürütülmektedir. Böyle toplantılarda (meslektaşlar arasında hiç de küçümsenmeyecek kişisel kontak kurma hususu bir tarafa bırakılırsa) karşılıklı bilgi ihtiyacının bilimsel ciddiyetle gerçekleştirildiğinden söz edilemez. Somut akışı geniş ölçüde önceden belirlenen şenlik karak-

¹⁵ Yazar, Bern’deki eğitim ve asistanlığı sırasındaki pek çok Türk öğrencisini ve doçentlik çalışmasını yapanları çok canlı olarak ve büyük bir memnuniyetle hatırlamaktadır.

¹⁶ Örnek olarak daha sonra Ankara’da hukuk fakültesi profesörü olan karı koca Öztan’lar gibi.

¹⁷ Her doktora çalışması için gerekli metodik çalışma yeteneğine ilâveten Türk ve İsviçre hukuk düzeninin arka plânındaki farklı sosyo-kültürel ve sosyo-ekonomik duruma ilişkin gerekli hissediş de dahildir.

¹⁸ Türkiye’de diğer sebepler arasında burslarda azalma olduğu da tahmin edilebilir.

terli bu karşılaşmalarda, genellikle bir hukukî durumun üzerinde derinlemesine bir tartışmaya yer kalmamaktadır.¹⁹ Bu üzüntü vericidir; çünkü böyle bir yol izlendiğinde, müşterek hukuk normlarına veya en azından müşterek köklere dayanan hukuk normlarına sahip olma nedeniyle birlikte bilimsel çalışmadan karşılıklı elde edilecek faydalar yeterince gerçekleştirilememektedir. Son yapılan resepsiyonla (2002) da İsviçre’de yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminin Türkiye tarafından tercihi buna açık bir örnek teşkil etmektedir.

6. Türkiye ve İsviçre’nin Hukuklarında Eşlerin Birlikte Çalışmasıyla Artan İhtiyacın Örneği Olarak Mal Rejimi Hukuku

a. Bilindiği gibi, Türkiye İsviçre aile hukukunu iktibas ederken, o zaman İsviçre’de yürürlükte olan mal ortalığı rejimini kabul etmemiş, mal ayrılığı rejimine karar vermişti. Bu tamamen anlaşılabilir bir karardı. Çok farklı kantonal mal rejimlerinden, federal özel hukuk alanında galip çıkan mal ortaklığı yerine, pek çok sayıdaki kantonda tarihi örfü olmayan gerekli bir değişikliğin kabulü hususunda bir görüş olamazdı. İsviçre’de diğerleri arasında kadın dernekleri her ne kadar sonunda başarısız olsa da, mal ayrılığı rejimini ısrarla talep etmişti.

İsviçre’nin mal ayrılığından vazgeçmesinin aksine, evlilikte mal rejimi hukuku alanında devam eden uluslararası gelişmeler takdirle karşılanmalıdır. Her ne kadar mal ortaklığı, kazancın paylaşımını öngörüyorsa da, yani evlilik içinde ve evlilik dolayısıyla elde edilen net kazancın, mal rejiminin sona ermesinde 2/3’ün kocaya, 1/3’ün karıya verilmesini öngörüyorsa da (aArt 214/I ZGB), ve çalışan kadının da kazancının olması durumunda, İsviçre Medenî Kanunu’nun eski 191/3. maddesine göre kadının çalışmasından dolayı yaptığı tasarrufları mal rejiminin tasfiyesinde kocasıyla paylaşmak zorunda olmadığı öngörülmüşse de, bu rejim eşlerin eşitliği düşüncesine uymuyordu. Bu rejimin mal ayrılığından farklı tarafı, karının kocanın evlilik birliğinin ekonomik başarısının sonucu olan geliri üzerinde, kısmen de olsa,

¹⁹ Türk katılımcılar için yabancı dil mecburiyeti, ayrıca İsviçre tarafından büyük masrafların ortaya çıkması.

katılma payının olmasıdır (kanunda esas itibariyle ev işleri ile sabitleştirilen).²⁰

b. Eşlerin bu eşit olmayan durumları karşısında, II. Dünya Savaşı'ndan sonra kurulan Federal Alman Cumhuriyeti'nde kabul edilen ve İsviçre'deki mal ortaklığına benzer yasal mal rejimi, çok kısa bir süre içinde, Alman Anayasa Mahkemesi tarafından anayasaya aykırı bulunmuştu (Kocanın § 1363 ff aBGB idare ve yararlanma hakkı).²¹ Böylece, yasal mal rejimi geçici zorunlu çözüm olarak mal ayrılığı olmuş ve mümkün olduğu kadar kısa bir süre içinde, evlilik esnasında elde edilen ekonomik büyüme (kazanç) üzerinde, eşlerin eşit paylaşım hakkına sahip olmalarını öngören bir mal rejimi getirilmesi istenmiş idi.²² Bu eşit paylaşmanın gerekçesi açısından, ileri sürülen görüşlerin zayıflığı açıktır; özellikle, eşlerin her ikisinin de kazancının olması, fakat bu kazançlar arasında büyük fark bulunması durumu ortadan kaldırılmamıştır; burada, kanun koyucunun ilk sıradaki gayreti, kanun tekniği sorusu üzerinde olmuştur. Soru, eşit paylaşmanın mal rejiminin sona ermesinden sonra ortak mal varlığı üzerinde mi olması (idaresi zor, dolayısıyla sorumluluk yönünden tehlikeli) yoksa yeni bir denkleştirme modelinin mi öngörülmesi sorusudur. Alman kanun koyucusu bilinen hukukî muamelâta âşikâr bir şekilde daha elverişli olan *"kazanç ortaklığına"* karar vermiştir.

c. İsviçre'de 1980'li yıllarda, evlilik ve mal rejimine ilişkin temel reform münasebetiyle yasal mal rejiminin aynı temel sorusunun cevaplanmasında, (tıpkı 1907'de olduğu gibi) –uzun süren ayrıntılı tartışmalardan sonra– yasal mal rejimi olarak, mal ortaklığı rejiminin kabulüne karşı karar verildi. Almanya'daki kazanç ortaklığından farklı olarak, İsviçre kanun koyucusu, evliliğin etkilemediği kişisel mal²³ (evlilikten önceki mal varlığı, bağışlar, miras yolu ile entikal eden mallar) ve evlilikte kazanılmış mallar şeklinde geleneksel bir ayrıma yer verdi. Ancak, Alman hukukundaki mal rejimi kabul edilmedi. Alman Hukuku'nda, eşlerin mal rejiminin başlangıcında mevcut olan mal varlıkları ve evlilik sırasında bu mal varlıklarındaki artışla ortaya çıkan son mal varlık-

²⁰ Bkz. aArt.161/III ZGB.

²¹ Şimdiye kadarki mevcut yasal mal rejimi 31 Mart 1953'de hâkim kararıyla yürürlükten kaldırılmıştır.

²² Bu husus 18 Temmuz 1957'de Gleichberechtigungsgesetz ile gerçekleşmiştir.

²³ 1907 tarihli İsviçre Medenî Kanunu getirilen mal olarak tanımlanmıştır.

ları (prensip itibariyle²⁴ ve mal varlığını koruyacak şekilde ayrıldıktan sonra) arasındaki artış eşler arasında paylaştırılır.

Daha önceki mal rejiminde (mal ortaklığı) de öngörülen iki ayrı mal topluluğunda, karının olduğu kadar, kocanın mal varlığındaki konjonktürel dalgalanmalar, yani eşlerin emeği olmaksızın kişisel mallarındaki değer dalgalanmaları, o dalgalanmaların meydana geldiği mal varlığında bırakılmıştır. Bu husus, İsviçre’de kabul edilen edilmiş mallara katılma rejimini, Almanya’daki kazanç ortaklığından ayırır. Kazanç ortaklığında, eşlerin evlilik birliğine getirdikleri malların, getirildikleri andaki değerindeki²⁵ artışlar, nihaî mal varlığına dahildir. Evlilik devam ederken, eşlerin bu değer artışlarına herhangi bir şekilde etkileri olmasa bile,²⁶ bu artış nihaî mal varlığının ayrılmaz parçası olarak, eşler arasında paylaştırılır.

O andaki (nihaî) olumlu veya olumsuz değer dalgalanmalarının beraberinde getirdiği rizikoların, ortaya çıktıkları malvarlığına dahil olmasını öngören böyle bir sistemde, eşlerin, ayrı mal grupları arasındaki etkileşimlerinin sonuçlarının düzenlenmesi gerekir. Meselâ, eşlerden biri, miras yoluyla bir mal iktisap ederken, diğer mirasçılara bir ödeme yapmış ve bu ödemeye diğer eş belli bir değerle katılmışsa, eşlerin mal grupları arasındaki etkileşim nasıl olacaktır? Ayrıca, bir eşin kendi kişisel malları ve edinilmiş malları arasındaki karşılıklı etkileşimin de düzenlenmesi gerekir; aksi halde, edinilmiş malların aleyhine kişisel mallarda artış meydana gelir ve bu yolla diğer eşin edinilmiş malların üzerindeki payı azalmış olur. Bununla ilgili hükümler, yeni İsviçre Medenî Kanunu’nun 206 ve 209. maddelerinde “*değer artışının paylaştırılması*” başlığı altında düzenlenmiştir. Başlığın amacından hareketle, değer artışının kolayca görülebilir; dolayısıyla, paylaştırmanın kolayca icra edilebilir olmasından söz edilebilir; ancak gayet tabiidir ki, konuyu somut olaya çevirmede, mesele, aynı şekilde kolay değildir; daha çok, duruma göre gerçekten çözümü güç bazı kurallar söz konusudur. Paylaştırma –en azından başlangıçta– eşler arasında mal ortaklığı rejiminde hâkim tarafından yaratılan orantılı paylaştırma

²⁴ Bununla birlikte, hâkimin yarattığı hukuka dayanılarak, başlangıçtaki mal varlığında sonradan enflasyon nedeniyle ortaya çıkan artışlar göz önünde tutulur.

²⁵ § 1376/I BGB’de düzenlendiği gibi.

²⁶ Eşlerin evlilikten önceki borçları için durum böyledir. § 1374 BGB’de düzenlendiği üzere, nihaî mal varlığının hesaplanmasında bu borçlar nazarı itibara alınmaz, diğer eş kazancın paylaştırılmasına bu şekilde katılır.

müessesesi olarak öngörülmüştü.²⁷ Bununla beraber, bu rejimde şu kural geçerlidir: Kişisel mallardaki olumlu veya olumsuz diğer dalgalanmaları kişisel malda kalır ve diğer eş etkilemez. Her şeyin bir bedeli vardır.

d. Artan, dolayısıyla artan ve eksilen değer in paylaşılması ile birlikte, doğan masrafları –eğer mümkünse– biraz azaltmak için, Fransız örneği gösterilebilir. Fransız örneğine göre, başlangıçtaki mal varlığı, mal rejimi sona erdirilirken değerlendirilir ve değerlendirilen başlangıçtaki mal varlığı ile nihai mal varlığı birbirinden ayrılır. Bu durumda da değişik bazı ilâve açıklamaların yapılması gerekecektir.

Başlangıçtaki mal varlığında enflasyon nedeni ile ortaya çıkan değer artışlarını hesaba katmamak için başlangıçtaki malvarlığında sonradan ortaya çıkan gerçek değer artışlarını ve bu artışları her iki eş in birlikte finanse etmesi nedeniyle, nihai mal varlığındaki gerçek değer artışının tespit edilmesi gerekecektir.²⁸

e. Almanya, Fransa ve İsviçre’deki yukarıda daha ayrıntılı olarak belirtilen değer artışını hesaplama şekilleri ve bu yolla gerçek değer artışının sadece eşlerden birine farklı aidiyeti veya evlilik sırasındaki ekonomik başarının paylaşılması şeklinde farklılıklar gösterirken, Avusturya tamamen ayrı bir yol izlemiştir.

Avusturya’da, yasal mal rejiminde çıkış noktası, Türkiye’de yasal mal varlığı olarak şimdiye kadar kabul edilmiş olan mal ayrılığıdır. Mal ayrılığı rejiminde, evlilik ölümle sona erdiğinde, esas itibariyle mal rejimi de sona erer.²⁹ Mal varlığı açısından, bu rejimde, eşlerin farklı ekonomik ilişkilerinde, farklı meslekî kariyer şanslarının bulunduğu (özellikle farklı eğitimleri nedeniyle) göz önünde tutulmamış; sadece, evlilikte mevcut iş taksimi esas alınmıştır. Miras Hukuku’nda da, yaşayan eş her kimse (karı veya koca), bir denkleştirme söz konusu değildir, Avusturya’da ise aynı esastan (mal ayrılığından) hareket edildiği halde, sonuç tamamen farklıdır.^{30, 31}

²⁷ Art. 206 ZGB için ayrıntılı bilgi için bkz. Bk-Hausheer/Reusser/Geiser, N.3 vd.

²⁸ En yeni yayın için bkz. Battes, Wertsteigerungen im Zugewinnausgleich, FamRZ 2007, 313 vd.

²⁹ En yeni yayın için bkz. Ferrari/Koch-Hipp, in: Ehe recht in Europa, Zerb Verlag, Angelbachtal 2006, Rzn15 vd., özellikle RZ 19’deki diğer yollamalar.

³⁰ Ferrari/Koch-Hipp, a. g. e., Rz.17.

³¹ -Tasfiyeyi basitleştirme nedenine dayanarak- evlilikteki mal rejimi hukuku sisteme aykırı olarak miras hukukunda yapılan bir düzenlemede yaşayan eşlere aynı

Eşlerin yaşarken evlilik birliğini sona erdirmeleri halinde, -özellikle giderek önem kazanan boşanma hallerinde-, Avusturya mal rejimi hukukuna göre de, belli ölçüde Ehegesetz'in 81. vd. paragraflarına göre, kazanç ortaklığına benzer bir durum söz konusudur.³² Mallar "aynen", ancak (evlilikte kullanılan mal varlıkları ve evlilikteki tasarruflar, § 81/II ve III EheG) hakkaniyete göre paylaştırılır.³³ Bu paylaşılan malvarlığı (aile konutunun ne şekilde finanse edildiği gönlünde tutulmaksızın) aile konutunu da kapsar. Paylaşılan mal varlığına, esas itibariyle, eşlerden biri tarafından yönetilen işletme, en azından bu işletmeye evlilik içindeki birikimler yatırılmadığı takdirde veya evlilikteki tasarruflar katılmadığı ve hattâ bu yatırım eşlerden birinin veya diğerinin evlilik sırasında ferdî (ekonomik) kazançları ile yapıldığı, fakat bu yatırımın herhangi bir şekilde telafi edildiği hallerde, kural olarak dahil değildir.³⁴

Farklı bir yol takip eden yürürlükteki Avusturya mal rejimi hukuku, en azından evlilik birliğinin sağlar arası sona ermesinde, diğer bir yoldan, kazanç ortaklığına dolayısıyla edinilmiş mallara katılma rejimine yaklaşmıştır.

f. Türkiye'deki mal rejimi reformu ile birlikte, Avusturya mal rejimi, seçimlik mal rejimleri arasında yer almıştır. Bu reformun hazırlık çalışmalarında bazı hukukçular Avusturya mal rejimi yönünde görüş bildirmişlerdir. Bunun nedeni, sadece o anda mevcut örften etkilenmeleri olmayıp, İsviçre'deki edinilmiş mallara katılma rejimi ile kıyaslandığında çözümün daha basite indirgenmiş olduğu inancıdır.

g. Türkiye'deki mal rejimi reformu ile öngörülen "*edinilmiş mallara katılma rejimi*" ve "*akdi mal rejimi*" (modifiye edilmiş mal ayrılığı) (paylaşmalı mal ayrılığı) rejimi ile bağlantılı olarak, her şeyden önce, çok farklı anlama sorunlarının ortaya çıkacağı açıktır. Türkiye'de kanun koyucuya hukukî tavsiyede bulunanlar, bir taraftan edinilmiş mallara katılma rejimi, diğer taraftan Avusturya'daki paylaşmalı mal ayrılığı üzerinde, leh ve aleyhe derinlemesine tartışmış olmalıydılar.

şekilde tasarruf imkânı tanımıştır.

³² Burada her ne kadar maddi anlamda mal rejimi söz konusuysa da, bu hukukî temel şeklen boşanmanın sonuçlarına ilişkindir.

³³ Başlangıçtan itibaren belli ve her iki eş için de aynı olan bir paylaşırma yolu yoktur. Sadece diğer eşin çalışması ile ev işleri eşit değerde görüldüğü takdirde, yarı yarıya paylaşırma öngörülür. Bkz. Ferrari/Koch-Hipp, *a. g. e.*, Rz 122.

³⁴ Bkz. Ferrari/Koch-Hipp, *a. g. e.*, Rz 120 ve oradaki yollarlar.

Nihayet, yeni bir mal rejiminin yukarıda belirtilen entegrasyonu da, İsviçre'den olduğu kadar Avusturya hukuk düzenininden de farklı olan Türkiye'deki genel hukuk düzeninde icra edilecektir. Yukarıda belirtilen farklı sosyo-kültürel temel, daima yeni meseleler ortaya çıkaracak ve böylece hukukun gelişmesinde bilimsel çalışmalara ihtiyaç duyulacaktır.

Bu durumda İsviçre tarafından anane haline gelen Türk-İsviçre Hukuk Haftalarını aşan yeni ve sürekli birlikte çalışma tavsiye edilebilir.

Bunun altında neler düşünülebilir?

7. Türk-İsviçre Hukukî Çalışmalarında Konuyla İlgili Düşünülebilen Yeni Şekiller

a. Günümüzde, e-mail imkânı ile en uzak mesafelerle bağlantı kurulabilmektedir. Meslektaşların bazıları arasında bilgi alışverişi büyük ölçüde kolaylaşmıştır. Bu haberleşme imkânından yararlanılmalıdır.

b. İnternet aracılığı ile küçük ve büyük yayınların elektronik nakli mümkün hale gelmiştir. Bu nedenle, her zaman, İsviçre'deki bir yazardan yayınları veya Türkiye'de genel geçerli bir dile uygun tercümesi talep edilebilir. Mesele, sadece üzerinde anlaşılması gereken somut ilgi alanlarının karşılıklı ihtiyaçlarının "*pazara*"a nasıl getirileceğidir. Yani ilgilenen çevrenin nasıl bilgilendirileceğidir. Son zamanlarda, online sistemi ile pek çok İsviçre meslek dergilerinden bilgi alınabilir. Bu yol da artırılarak kullanılmalıdır. Muhtemel malî masraflar açısından çözümler bulunabilir.

c. Türkiye'deki son resepsiyon açısından, özellikle şimdiki yasal mal rejimi gibi, fakat aynı zamanda benzeri mevcut durumlarda, öncelikle genç meslektaşların, fakat hiçbir şekilde sadece bunlarla sınırlı olmayan Türk meslektaşların, İsviçre'de -mümkün olduğu ölçüde ücretsiz- birkaç haftadan birkaç aya kadar kalma imkânlarının (tekrar) artırılması mümkün olmalıdır. Bu arada, İsviçre'deki ana bilim dalları çerçevesinde ferdi bilimsel çalışmaların desteklenmesi büyük önem taşır. Zamanında yapılacak bir başvuru halinde -İsviçre'de son zamanlarda yüksek öğretimde bilinen tasarruflar gözden uzak tutulmaksızın- uygun malî destek bulunabilir. Uygun, kişiye yönelik sinyaller son zamanlarda Türkiye'den tekrar gelmektedir. Böyle masrafları

kendisi tarafından karşılayan öğrenciye eğitimi sırasında aracı olması için Lozan'daki Mukayeseli Hukuk Enstitüsü'nün olduğu kadar, yeni kurulan İsviçre-Türkiye Araştırma Merkezi Vakfı'na başvurma da düşünülebilir.

d. Türk-İsviçre hukukçularının bir araya gelmeleri açısından (yine Lozan'daki Mukayeseli Hukuk Enstitüsü'nün yardımı ile) İsviçre Türk hukukçularının karşılıklı çalışmaları yerine, bir müşterek oturma da birlikte çalışmaya gayret edilmelidir. Bu tip oturumlar ve nihayet, müşterek hukukta ortaya çıkan ve gerçekten yararlanılabilecek uzmanlık alanında, somut bilimsel problemler üzerinde, ferdî/grup konuşmaları için fırsatlar arttırılmalıdır.

e. Nihayet, özel hukuk alanında, daha sonraki resepsiyon plânlaşmasına yönelik resmî olmayan çalışma grupları veya resmen görevlendirilen eksperler komisyonu vasıtasıyla, alınan hukuk düzeninin lehinde ve aleyhinde görüşlerin sahiplerinin dinlenmesi düşünülebilir. Bu çalışma ekonomik olarak bunun altından kalkacak çerçevede tutulmalı ve yardım sağlanmalıdır.

Birçok düşünce, daha geniş fanteziler için bir sınırlamanın teşkil etmez. Daha az şekilci ve daha az masraflı, fakat sonunda etki dolu bilimsel alışveriş kesinlikle olacaktır. En önemlisi iradeyi yönlendirmektir.