

İSVİÇRE HUKUKUNDA AİLE KONUTUNUN BOŞANMA HALİNDE AİLE KONUTUNA İHTİYACI OLAN EŞE MAHKEME KARARI İLE TAHSİS EDİLMESİ: ART. 121 ZGB¹

*Dr. Muzaffer Şeker**

I. Giriş

İsviçre'nin aile hukukunu düzenleyen hükümleri (Art. 90 – 251 ZGB), 5 Ekim 1984 (yürürlük tarihi 1 Ocak 1988) ve 26 Haziran 1998 (yürürlük tarihi 1 Ocak 2000) tarihli yasalar ile tamamen değişikliğe uğramıştır. 1 Ocak 2000 tarihinde evlilik birliğinin kurulması ve evliliğin boşanma ile sona ermesi ile ilgili yeni hükümlerin yürürlüğe girmesi ile İsviçre'de aile hukuku alanında kademeli bir şekilde yapılan değişiklikler sona ermiştir.

1 Ocak 2000 tarihinde yürürlüğe giren boşanma hukuku ile ilgili yeni hükümler (Art. 111 – 149 ZGB), boşanmanın nedenleri, ekonomik, kişisel ve çocuklarla ilgili sonuçları ile boşanma davasının yargılama usulü hakkında bir çok yeni düzenleme getirmiştir. Yeni düzenlemelerle, eşlerin anlaşarak boşanabilmelerine öncelik tanınmış, eşlerden birinin boşanmak istememesi halinde ise, iki yıllık ayrılık süre² öngörülmüştür. Diğer eşin katlanamayacağı önemli bir nedenin varlığı halinde ise, bu iki yıllık sürenin de aranmayacağı hükme bağlanmıştır. Yine boşanma halinde çalışan eşin evlilik birliğinin devamı süresince mesleki emeklilik sandığında biriken malvarlığı miktarının diğer eşle paylaşımı da öngörülmüştür. Bu paylaşım için edinil-

1 İsviçre Medeni Kanunu'na atıflarda İsviçre Medeni Kanunu (ZGB), madde (Art.) ve fıkra (Abs.) olarak kısaltılmıştır.

* İsviçre Bern Üniversitesi'nden “Der türkische und der schweizerische gesetzliche Güterstand im Vergleich” adlı Almanca doktora çalışması ile doktor ünvanını aldı. Halen İsviçre'nin Bern şehrinde yaşamaktadır. m.seker@gmx.de.

2 1 Ocak 2000 yılında yürürlüğe giren ek kanun ile ayrılık süresi dört yıl olarak düzenlenmişti, fakat aradan geçen üç yıllık zaman dilimindeki uygulama bu sürenin fazla olduğunu ortaya koydu. Maddenin uygulamaya daha çok hizmet edebilmesi için dört yıllık bu süre 19 Aralık 2003'te yapılan bir değişiklikle iki yıla indirildi.

miş mallara katılma rejiminden farklı olarak, mesleki emeklilik sandığında biriken değerler, evlilik birliği devam ederken herhangi bir şekilde ödenmiş olması şartı da aranmamıştır. Yani çalışan eşe, evlilik birliği devam ederken mesleki emeklilik sandığından bir ödeme yapılırsa bu ödeme, yasal mal rejimine göre eşler arasında paylaşılacaktır; yok eğer böyle bir ödeme evlilik birliği süresince vuku bulmazsa, kasada biriken meblağ, mal rejimi hükümleri kapsamında değil boşanma hükümleri kapsamında eşler arasında paylaşılacaktır³. Yeni düzenlemelere, nafaka alacağı da konu olmuştur. Son olarak aile konutu ile ilgili çok önemli bir düzenleme de (Art. 121 ZGB) yeni boşanma hükümleri arasında yerini almıştır.

Boşanma halinde aile konutunun mukadderatını düzenleyen Art. 121 ZGB çok yeni bir düzenlemedir. Ailenin vazgeçilmezleri arasında yer alan aile konutunda boşanma sonrasında kimin kalması gerektiği, her kanun koyucunun cevap vermesi gereken önemli bir sorudur. İsviçre kanun koyucu bu soruya Art. 121 ZGB ile muhatap olmaya çalışmıştır. Türk kanun koyucu, evliliğin genel hükümleri içerisinde yer alan aile konutu ile ilgili düzenlemeyi (TMK m. 194 / Art. 169 ZGB) Kaynak Kanun'dan almasına rağmen; aile konutunun boşanma halinde ihtiyacı olan eşe tahsis edilmesi imkanını veren, çok önemli bu düzenlemeyi (Art. 121 ZGB) maalesef Türk hukukuna kazandıramamıştır. Yeni bir düzenleme ile boşanma halinde aile konutuna ihtiyacı olan eşe, aile konutu diğer eşin mülkiyetinde ise aile konutunda oturma; aile konutu kira olarak tutulmuşsa, aile konutunda kiracı olarak kalma hakkı tanınmalıdır.

II. Boşanma Halinde Aile Konutu (Art. 121 ZGB)

1. Aile Konutu

Aile konutu⁴, eşlerin birlikte devamlı olarak yaşamlarını idame ettirdikleri, yerleşmek kastı ile oturdukları, yaşamsal değeri olan merkezi yeri ifade

3 Boşanma halinde mesleki emeklilik sandığında biriken değerlerin eşler arasında paylaşımını düzenleyen hükme benzer bir düzenleme maalesef bizim kanunumuzda yer almamaktadır.

4 Aile konutu kavramının tanımı için Bkz. BGE 118 II 489, 490; 114 II 396, 399 vd.

eder⁵. Aile konutu kavramı ikinci evi ve yazlık evi kapsamaz. Aile konutu, eşlerin ortak yaşamlarının merkezini oluşturan, eşlerin iradelerine uygun olarak sürekli bir şekilde yaşadıkları yeri⁶ ifade ettiğinden, ikincil nitelikteki evler –yazlık, dağ evi, safiye evi v.b.– bu kapsamda değerlendirilmez⁷. Eşlerin birlikte yaşamaya bir süre ara vermeleri, aile konutunun özelliğini ortadan kaldırmaz⁸. Özellik arz eden durumlarda iki aile konutu olması da söz konusu olabilir. Eşlerden biri çocuklardan birinin sağlık nedenlerinden dolayı bir yerde; diğeri kalan çocuklarla başka bir yerde ikamet ederse böyle bir durum söz konusu olur⁹. Yine eşlerin mesleği veya hastalığı gereğince aile konutu iki ayrı evde kurulabilir; bu halde konutların her ikisi de ortak hayata hizmet etmelidir¹⁰. Eşlerin farklı iki konuta sahip olmaları halinde, çocukların kaldığı konut, genelde aile konutu olarak kabul görülür¹¹. Aile konutu olarak iki ayrı konutun söz konusu olması ancak istisnai olarak mümkündür. Hayatın olağan şartları da göstermektedir ki eşlerin hayatını idame ettirdikleri konut genelde tek olur.

Kanun koyucu, çeşitli maddelerle aile için hayati önem arz eden, evliliğin ve aile yaşamının merkezi olan konutu koruma altına almıştır. Koruma yönü ağırlık arz eden maddelerin başında, evliliğin genel hükümleri içinde düzenlenen Art. 169 ZGB (TMK m. 194) yer almaktadır. İsviçre kanun koyucusu bizden farklı olarak Art. 121 ZGB ile, boşanma halinde de, aile ko-

5 Bkz. Hausheer, Heinz/Reusser, Ruth/Geiser, Thomas: Berner Kommentar zu Art. 159-180 ZGB, Band II, 1. Abteilung, 2. Teilband, 2. Auflage, Bern 1999, Art. 169 Nr. 16; Hegnauer, Cyril/Breitschmid, Peter: Grundriss des Eherechts, 3.B., Bern 1993, Nr. 17.20; Şıpka, Şükran: Aile Konutu, 2.B., İstanbul 2004, s. 80 vd.; Şeker, Muzaffer: Der türkische und der schweizerische gesetzliche Güterstand im Vergleich, Freiburg im Breisgau 2006, s. 228; Öztan, Bilge: Aile Hukuk, 5.B., Ankara 2004, s. 199 vd.; Akıntürk, Turgut: Aile Hukuku, 2.C., 6.B., İstanbul 2002, s.112.

6 Öztan [dnp. 5], s. 199.

7 BK/Hausheer/Reusser/Geiser [dnp. 5], Art. 169 Nr. 16; Şıpka [dnp. 5], s. 81.

8 Hausheer, Heinz/Geiser, Thomas/Kobel, Esther: Das Eherecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2000, s. 79; Öztan [dnp. 5], s. 199.

9 BK/Hausheer/Reusser/Geiser [dnp. 5], Art. 169 Nr. 16; Hasenböhler, Franz: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Art. 163, 173, 178 ZGB), Basel und Frankfurt am Main 1996, Art. 169 Nr. 7; Näf-Hofmann, Marlies/Näf-Hofmann, Heinz: Schweizerisches Ehe- und Erbrecht, Zürich 1999, Nr. 102; Öztan [dnp. 5], s. 200.

10 Näf-Hoffmann [dnp. 9], Nr. 102; Öztan [dnp. 5], s. 199.

11 Hausheer/Geiser/Kobel[dnp. 8], s. 70; Öztan [dnp. 5], s. 200.

nutunun, önemli bir nedenin varlığı veya çocukların bulunduğu durumun bunu zaruri kılması halinde, uygun bir meblağ ödenmesi karşılığında, kira sözleşmesine taraf olmayan veya aile konutunun maliki olmayan eşe, devri imkanını düzenlemiştir.

Bizim boşanma hükümlerimizde Art. 121 ZGB'ye benzer bir düzenleme söz konusu olmadığından, ihtiyaç halinde bulunan eş –genelde kadın eş – ve çocuklar Art. 121 ZGB'nin getirmiş olduğu haktan istifade edemeyeceklerdir. Bu halde kadın eş ve çocukların mağduriyetinin artma olasılığı ise çok güçlüdür. Olası bu mağduriyetin ortadan kaldırılması bizde, boşanma davası sırasında, ancak eşlerin bu konuda anlaşabilmeleri ile olanaklıdır. Anlaşmazlığa düşülmesi halinde ise, Türk hakiminin elinde Art. 121 ZGB'ye bezer bir madde olmadığından, eşin mağduriyetinin ortadan kaldırılması mümkün olmayacaktır. Anlaşmazlık halinde anlaşmazlığı gidermek için hakkaniyete uygun düzenleme yapmakla görevli olan Türk kanun koyucu, bu meselede Türk hakiminin elini kolunu bağlamıştır.

Eş ve çocukların aile konutunu kaybetme nedeni ile düşecekleri mağduriyetten kurtulmaları, Türk kanun koyucunun Kaynak Kanun'da yer alan maddeye benzer bir maddeyi düzenlemesi ile mümkün olabilecektir.

Evliliğin boşanma ile değil de, ölüm ile sona ermesi halinde ise, sağ kalan eş aile konutu ile ilgili düzenlemeler içeren TMK m. 240 ile 652'den (Art. 219 ve Art. 612a ZGB) istifade edebilecektir. Aile konutu eşlerin paylı mülkiyetinde ise, evliliğin (mal rejiminin) boşanma ile sona ermesi halinde, aile konutuna ihtiyacı bulunan eş, TMK m. 226/2'nin (Art. 205 Abs. 2 ZGB) uygulanmasını talep edebilecektir.

2. Art. 121 ZGB'nin Düzenleme Amacı

Art. 121 ZGB aile hukukuna getirilmiş olan önemli bir yeniliktir. Aile konutunun aile bireyleri için büyük bir önem arz ettiği şüphe götürmez bir gerçektir. Bu önem boşanma halinde daha da güçlenmekte, eş ve çocuklar hayatlarını idame ettirdikleri yerden kolay kolay kopamamaktadır. Bu durumu göz önünde bulunduran mahkeme, boşanma halinde Art. 121 ZGB kapsamında, çocukların durumu veya önemli nedenlerin varlığı nedeniyle kira sözleşmesinden doğan hak ve yükümlülükleri, aile konutuna ihtiyacı bulunan eşe devredebilecektir. Böylelikle boşanma hakimine aile konutu hakkında

düzenleme yapabilme yetkisi tanınmıştır¹². Bu maddenin uygulanmasında İsviçre Borçlar Kanunu (OR) m. 163 de göz önünde bulundurulmalıdır¹³. Kira sözleşmesinin taraflarının eşlerden birisinin olması veya her ikisinin de kira akdinde taraf olmaları bu meyanda bir önem arz etmemektedir¹⁴.

Aile konutunun eşlerden birinin mülkiyetinde bulunması halinde de aile konutuna ihtiyacı olan eş, çocukların durumu nedeni ile veya önemli nedenlerin varlığını ispat ederek, aile konutunun kendisine tahsis edilmesini hakimden isteyebilecektir. Hakimin bu talebi kabul etmesi durumunda, aile konutu kendisine tahsis edilen eş, ev sahibi eşe, uygun bir karşılık vermekle yükümlü olacak veya bu meblağ, nafaka alacağından mahsup edilebilecektir (Art. 121 Abs. 3 ZGB)¹⁵. Hakim vereceği karar ile aile konutu üzerinde, aile konutu sahibi olmayan ve bu konuta ihtiyacı bulunan eş lehine, eşya hukuku kapsamında (MK. m. 823 / Art. 776 ZGB) süreli bir oturma (sükna) hakkı tahsis edecektir (Art. 121 Abs. 3 ZGB).

Bu hükümle, aile konutu sahibi olan veya kira sözleşmesinde taraf olan eşe artı bir yük getirilmemektedir. Zira aile konutundan boşanma sonrası istifade edecek olan eş, kira halinde aile konutunun kirasından sorumlu olacak; mülkiyetin diğer eşte olması halinde ise uygun bir tazminat ödemekle yükümlü olacak ve bu yükümlü olunan miktar nafaka tespitinde mutlaka göz önünde bulundurulacaktır¹⁶.

Mahkemece evliliğin butlanına karar verilmesi halinde, Art. 109 Abs. 2 ZGB (TMK m. 157/2) gereği, batıl evliliklerde de (Art. 104 vd. ZGB / TMK m. 145 vd.) çocuklar ve ana baba arasındaki ilişkilere boşanmaya ilişkin hükümler uygulanacağından¹⁷, evliliğin batıl sayıldığı hallerde de Art. 121

12 Bkz. BGE 118 II 489, 490 vd.; Urs Gloor: in: Basler Kommentar, 3. B., 2006, Art. 121 Nr. 1.

13 Hausheer, Heinz: Vom alten zum neuen Scheidungsrecht / Heinz Hausheer (Hrsg.), Bern 1999, s. 164.

14 Hausheer/Geiser/Kobel [dnp. 8], s. 104.

15 Hausheer [dnp. 13], s. 164.

16 Hausheer/Geiser/Kobel [dnp. 8], s. 104.

17 Büchler, Andrea: in: Fam Komm Scheidung, (Hrsg. Ingeborg Schwenzer), Bern 2006, Art. 121 Nr. 4; Urs Gloor, in: Basler Kommentar, [dnp. 12], Art. 121 Nr. 3; Hausheer [dnp. 13], s. 164.

ZGB uygulama alanı bulacaktır. Fakat ayrılık halinde bu maddenin uygulanması mümkün değildir. Ayrılık kararı verilmesi halinde Art. 176 Abs. 1 Ziff. 2 ve 169 ZGB (TMK m. 194) gündemde olacaktır.

Hakim Art. 121 ZGB ile, kiralayan ile kiracı eş arasındaki kira sözleşmesinden ve eşya hukuku hükümlerinden bağımsız olarak aile konutunu boşanma halinde eşlerden birine tahsis edebilecektir¹⁸. Kanun koyucu bilinçli olarak hakime mülkiyeti geçirme hakkı tanımamıştır¹⁹.

3. Maddenin Hukuki Karakteri

Art. 121 ZGB emredici bir hükümdür²⁰. Bu nedenle taraflarca değiştirilmesi ve ortadan kaldırılması gündeme gelemez²¹.

4. Maddenin Uygulanma Şartları

Kira sözleşmesinin hak ve yükümleri diğer eşe devredilirken veya bu eş bir süknâ hakkı tanınırken, aile konutunun vaziyeti ve talepte bulunan eşin maddi durumu göz önünde bulundurulur, ancak diğer tarafın durumu da karar vermede önem arz eder.

Aile konutu ile ilgili kira sözleşmesinin diğer tarafa devredilmesinde veya aile konutu üzerinde oturma hakkının düzenlenmesinde aranan en temel şart, önemli bir nedenin mevcut olmasıdır²². Önemli bir nedenin varlığını takdir yetkisine dayanarak hakim tespit edecektir (MK. m. 4)²³. Hakim bu durumda tarafların çıkarlar dengesi²⁴ ile objektif ve subjektif bütün kriterleri gözetmekle yükümlüdür²⁵. Bu karmaşık ilişkiyi, çıkarlar dengesine uygun ve taraflara zarar vermeden çözecek olan hakimin kendisidir.

18 Urs Gloor, in: Basler Kommentar, [dpn. 12], Art. 121 Nr. 1.

19 Botschaft Revision Scheidungsrecht, 98, Ziff. 233.3.

20 Hausheer [dpn. 13], s. 165.

21 Urs Gloor, in: Basler Kommentar, [dpn. 12], Art. 121 Nr. 3.

22 Hausheer/Geiser/Kobel [dpn. 8], s. 105.

23 Hausheer [dpn. 13], s. 165.

24 Urs Gloor, in: Basler Kommentar, [dpn. 12], Art. 121 Nr. 4.

25 Hausheer/Geiser/Kobel [dpn. 8], s. 105.

Çocukların durumu, alışmış oldukları yaşam şartlarını devam ettirebilmeleri²⁶, eşlerin meslek durumu, mesleğin sürdürebilmesinde aile konutunun oynadığı rol ve mesleğin devamı için aile konutuna duyulan ihtiyaç, eşlerin veya çocukların yaşı, sağlığı, çevre ilişkisi²⁷, aile konutunun özel olarak sakat eş için dizayn edilmiş²⁸ olması gibi durumlar önemli nedenlere örnek olarak gösterilebilir²⁹. Bu konuda karar verirken bu ve benzer durumlar göz önünde tutulmalıdır. Eşlerin evlilik sonrası konumları da dikkate alınmalıdır. Çocukların velayetini kimin üstlendiği de önem arz eder³⁰. Boşanmadan kimin sorumlu olduğu önemli nedenler arasında gösterilemez³¹. Boşanmadan önce bir ayrılık kararı verilmişse, ayrılık kararı ile aile konutunda kalmasına karar verilen eş, boşanma esnasında Art. 121 ZGB ile mevcut fiili durumunun devamını talepte haklı görülebilir.

Aile konutunun, ihtiyaç halinde bulunan eş devrinde onun rızasının aranması da şarttır. Zira aile konutunun devri ile sadece haklar geçmemekte aynı zamanda yükümlülükler de geçmektedir³². Yükümlülük doğuran hukuki bir tasarrufun, ancak taraf rızası ile geçerlilik kazanacağı yorumdan uzak bir gerçekliktir.

26 Deillon-Schegg, Bettina: Die gerichtliche Zuspreehung eines dinglichen Wohnrechts an der Wohnung der Familie nach dem reviedierten Scheidungsrecht, recht 2000, Heft 1, s. 18; Büchler, in: Fam Komm Scheidung, [dnp. 17], Art. 121 Nr. 2.

27 Botschaft Revision Scheidungsrecht, 98, Ziff. 233.3.

28 Deillon-Schegg [dnp. 26], s. 18.

29 BK/Hausheer/Reusser/Geiser [dnp. 5], Art. 169 Nr. 12 vd.; Hausheer [dnp. 13], s. 165. Hausheer/Geiser/Kobel [dnp. 8], s. 105.

30 Büchler, in: Fam Komm Scheidung, [dnp. 17], Art. 121 Nr. 9.

31 Urs Gloor, in: Basler Kommentar, [dnp. 12], Art. 121 Nr. 5.

32 Urs Gloor, in: Basler Kommentar, [dnp. 12], Art. 121 Nr. 4.

III. Kira Sözleşmesinin Devri veya Oturma (Sükna) Hakkının Tahsisi

1. Kira Sözleşmesinin Devri

a) Hak ve Yükümlülüklerin Devri

Aile konutu bir kira ilişkisine dayanarak kurulmuşsa, kira sözleşmesinin kiracı tarafının mahkeme kararı ile zorunlu olarak değiştirilmesi sağlanmaktadır. Bu değişiklik sadece eşler arasında etkili değil, üçüncü kişilere karşı da etkilidir. Mahkeme kararı ile kira sözleşmesinden kaynaklanan bütün hak ve yükümlülükler diğer tarafa devredilmektedir. Taraflar kira sözleşmesine birlikte imza koymuşlarsa, mahkeme kararı ile eşlerden biri sözleşme ilişkisinden çıkartılmaktadır³³. Mahkeme kararı ile gündeme gelen bir sözleşme değişikliği söz konusudur. Tarafların bu konuda anlaşmaları da muhtemeldir. Bu halde hakimin onayı gerekmektedir.

Kiracının bu şekilde, Art. 121 ZGB kapsamında mahkeme tarafından değiştirilmesinde, kiralayanın rızası aranmamakta ama kiralayanın hakları da muhafaza edilmektedir. Kiralayanın kim olduğu da bu maddenin uygulanmasında önem arz etmemektedir.

Kira sözleşmesinin, sözleşme kapsamında veya kanundan dolayı sona ermesine kadar geçen sürede, eski kiracı olan eş de kira parası ile müteselsilen sorumludur; fakat bu sorumluluk en fazla iki yıldır (Art. 121 Abs. 2 ZGB).

Eski kiracı eş, müteselsil sorumluluktan dolayı kira parasını ödemek zorunda kalmış ise, ödemiş olduğu bu meblağı ödemekle yükümlü olduğu nafakaya taksitle mahsup edebilir (Art. 121 Abs. 2 ZGB) veya ödemiş olduğu miktarı eşinden geri talep edebilir.

Görüldüğü üzere, eski kiracı eşin sorumluluğu, kira sözleşmesinin değişikliği ile sona ermemektedir. Böylelikle bu maddenin düzenlenmesinde sadece eş ve çocukların çıkarlarının itina ile koruma altına alınmadığı, aynı zamanda kiralayanın çıkarlarının da gözden ırak tutulmadığı anlaşılmaktadır. Boşanmaya ve eşlerden birinin kira ilişkisine son verilmesine rağmen eşlerin

33 Büchler, in: Fam Komm Scheidung, [dgn. 17], Art. 121 Nr. 12.

her ikisinin ortak bir şekilde kiralayana karşı sorumlu olmaları gerçeğinin, kiralayanın çıkarlarına hizmet ettiği şüphe götürmemektedir.

Eşler evi birlikte kiralamışlar ve boşanma esnasında da evde kalmak istemiyorlarsa, kira sözleşmesini sona erdirmekten başka çıkar yolları kalmamaktadır³⁴.

b) Kiralayanın Durumu

Art. 121 ZGB ile sözleşme serbestisi kuralından ayrılmaktadır. Aile konutunu eşlere kiraya veren kiralayanın hukuki durumu bir değişikliğe uğramamakta ve kira akdinde yine kiralayıcı olarak bulunmaktadır.

Kiralayıcının kiraya vermiş olduğu konutun eşler tarafından aile konutu olarak kullanılması, boşanma esnasında aile konutunda kimin kalacağına karar verilmesi meselesi için, kiralayıcının davaya taraf olmasını gerektirmediği³⁵ gibi görüşünün alınmasını dahi gerektirmemektedir. Önemli olan kiralayıcının bulunduğu durum değil, eşlerin bulunduğu durumdur. Mahkeme kararı kanundan dolayı kiralayıcıya bildirilir³⁶.

Mahkeme kararı ile Art. 121 ZGB kapsamında, kira sözleşmesinden kaynaklanan hak ve yükümlülüklerin diğer eşe devredilmesinde her ne kadar kiralayıcının rızası aranmamakta ise de, kiralayıcı, kendisinden katlanılması beklenemeyecek önemli nedenlerin ortaya çıkması halinde kira sözleşmesini önemli nedenlerin varlığına dayanarak sona erdirebilecektir (Art. 257d, 257f, ve 266g OR³⁷).

2. Oturma (Sükna) Hakkı Tahsis Edilmesi

a) Şartları

Art. 121 ZGB'ye konu olan aile konutu eşlerden birinin mülkiyetinde ise, hakim diğer eşe süreli bir oturma hakkı tahsis edecektir (Art. 776 ZGB vd. / TMK m. 823). Aile konutunun eşlerin paylı mülkiyetinde olması halin-

34 Büchler, in: Fam Komm Scheidung, [dnp. 17], Art. 121 Nr. 8.

35 Büchler, in: Fam Komm Scheidung, [dnp. 17], Art. 121 Nr. 12.

36 Urs Gloor, in: Basler Kommentar, [dnp. 12], Art. 121 Nr. 11; Büchler, in: Fam Komm Scheidung, [dnp. 17], Art. 121 Nr. 12.

37 İsviçre Borçlar Kanunu

de, hukuki ilişkiye daha bir açıklık kazandırmak amacı ile Art. 121 ZGB'den önce Art. 205 Abs. 2 ZGB (TMK m. 226/2) uygulanacaktır³⁸. Eş, aile konutuna üçüncü bir kişi ile elbirliği halinde sahipse, sükna hakkının kurulmasında üçüncü kişinin rızası da aranır³⁹. Bu hak dava şeklinde ileri sürülebilir⁴⁰. Şartların yerine gelmesi ile bu hak kanun gereği ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla sükna hakkı hakimin boşanma davasında kendiliğinden dikkate alması gereken bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır. Karşı taraf bu hakkın kurulmasına razı olmazsa, bu hak mahkeme kararı ile kurulacaktır.

Hakimin, kira ilişkisinde olduğu gibi sükna hakkının kurulmasında da tarafların çıkarlarını gözeterek ve dengeleyerek karar vermesi gerekir. Hakim kararını verirken yine bütün şartları göz önünde bulundurmalıdır. Özellikle çocukların pozisyonu bu maddenin uygulanmasında daha bir anlam kazanır. Eşlerin konumlarının da göz ardı edilmemesi gerekir. Hakim, eşleri adalet terazisinin kefelerine koyacak, şartların tamamını değerlendirecek ve terazinin ağır gelen kefesinden yana kararını verecektir.

b) Süre

Mülk sahibi eşin mülkünde özgürce tasarrufta bulunma hakkı, Art. 121 Abs. 3 ZGB ile süreli bir şekilde kanundan dolayı sınırlanmaktadır. Art. 121 Abs. 3 ZGB kapsamında oturma hakkının (Art. 776 ZGB ff. / TMK m. 823 vd.) süresiz bir şekilde tahsis edilmesi mümkün değildir. Kanundan dolayı oturma hakkının süresi mutlaka tespit edilmelidir (Art. 121 Abs. 3 ZGB). Oturma süresi eşlerce belirlenebilir; bunun mümkün olmaması halinde ise hakim tarafından belirlenir.

Oturma süresinin belirlenmesinde önemli nedenlerin varlığı ve devamlılığı önem arz edecektir. Hakim oturma süresini bütün şartları göz önünde bulundurarak belirleyecektir (Art. 4 ZGB / TMK m. 4). Çocukların rüşt yaşına ermesine kısa bir zamanın kalması durumunda oturma hakkının süresinin kısa tutulması; çocukların çok küçük olup, aile bakımına ihtiyaç duyma-

38 Urs Gloor, in: Basler Kommentar, [dnp. 12], Art. 121 Nr. 12; Büchler, in: Fam Komm Scheidung, [dnp. 17], Art. 121 Nr. 17.

39 Urs Gloor, in: Basler Kommentar, [dnp. 12], Art. 121 Nr. 12; Büchler, in: Fam Komm Scheidung, [dnp. 17], Art. 121 Nr. 17.

40 Deillon-Schegg [dnp. 26], s. 15.

ları halinde ise bu sürenin uzun tutulması lazım gelmektedir⁴¹. Başka önemli nedenlerin sonradan ortaya çıkması halinde ise, oturma hakkı süresi kısaltılabilir veya tamamen ortadan kaldırılabilir. Kaldırma ve değiştirmede de mahkeme kararı aranır⁴². Sükna hakkı tanınan eşin tekrar evlenmesi, bir başkası ile nikahsız yaşaması veya sükna hakkı tanınmasında durumu göz önünde bulundurulmuş çocuğun ölmesi gibi durumlar bu önemli nedenlere örnek olarak gösterilebilir⁴³.

Bu madde ile tanınan sükna hakkı da evlilik sonrası nafaka hakkı gibi şartların değişiminden doğrudan doğruya etkilenmektedir⁴⁴. Bu kapsamda Art. 736 ZGB'de (TMK m. 785) göz önünde tutulmalıdır. Önemli neden her iki eş tarafından da kaynaklanabilir ve her ikisi tarafından gündeme getirilebilir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, ortaya çıkan önemli bir nedenden dolayı sükna hakkının kaldırılmasının veya kısaltılmasının gündeme gelmesidir; sükna hakkının uzatılmasının gündeme gelmesi kanun gereği mümkün değildir.

Sükna hakkı tanınan eşin tekrar evlenmesi, sükna hakkını otomatik olarak ortadan kaldırmaz⁴⁵. Oturma hakkı elde eden eşin, tekrar evlenmesi veya nikahsız yaşaması halinde, sükna hakkının ortadan kalkacağını eşlerin önceden kendi aralarında kararlaştırabilmeleri ise imkan dahilindedir⁴⁶.

Sükna hakkı, süresinin bitmesi, eşin sükna hakkından vazgeçmesi, tarafların anlaşması, önemli nedenlerin varlığı halinde mahkeme kararı⁴⁷, sükna hakkı sahibi eşin ölümü (Art. 776 Abs. 2 ZGB / TMK m. 823/2) ve aile konutunun kullanımının imkansızlaşması ile (Art. 748 ZGB / TMK m. 746) sona erer.

41 Hausheer [dnp. 13], S. 167; Hausheer/Geiser/Kobel [dnp. 8], s. 106.

42 Deillon-Schegg [dnp. 13], s. 25.

43 Hausheer/Geiser/Kobel [dnp. 8], s. 106; Hausheer [dnp. 13], s. 168.

44 Hausheer [dnp. 13], s. 168.

45 Bkz. BGE 106 II 329 vd.; BGE 115 II 213 vd.

46 Bkz. BGE 106 II 329 vd.; Hausheer [dnp. 13], s. 168.

47 Deillon-Schegg [dnp. 13], s. 27.

c) Uygun Bir Karşılık

Oturma hakkının tahsis edilmesi karşılıksız olmaz. Oturma hakkının tahsis edilmesi karşılığında mutlaka uygun bir karşılık belirlenmelidir. Bu karşılığı taraflar birlikte belirleyip hakim onayına sunabileceklerdir. Tarafların anlaşmaları söz konusu olmazsa bu karşılığı hakim belirleyecektir. Bu karşılığın tespitinde, aile konutunun boşanma esnasındaki rayiç değeri önem arz edecektir. Hak sahibi eşin ve yükümlü olan tarafın ekonomik durumları da göz önünde bulundurulmalıdır. Somut olayın şartlarını takdir etmek ise yine hakim yükümlülüğündedir⁴⁸.

Sükna hakkı karşılığında ödenmesi gereken karşılık, bir defada ödenmesi gereken bir meblağ olarak kararlaştırılabileceği gibi, irat şeklinde de olabilir veya doğrudan doğruya nafakadan mahsup edilebilir⁴⁹. Bu karşılığın daha sonra azaltılması ve yükseltilmesi söz konusu değildir.

d) Hukuki Mahiyeti

Art. 121 Abs. 3 ZGB ile tanınan sükna hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğundan, bu hak bir başkasına devredilemez, miras yolu ile de geçmesi mümkün değildir (Art. 776 Abs. 1 und 2 ZGB)⁵⁰.

e) Tapu Kütüğüne Şerh

Sükna hakkının tapuya kaydedilmesi üçüncü kişinin iyi niyetinin engellenmesi hususunda önem arz eder⁵¹. Bu hususun mahkeme kararı ile tapuya bildirilmesi de ihtimal dahilindedir⁵². Yalnız tapuya kayıt konulması mecburiyeti yoktur. Sükna hakkının kurulmasında mahkeme kararı gerekli ve yeterlidir.

48 Hausheer/Geiser/Kobel [dpn. 8], s. 106.

49 Urs Gloor, in: Basler Kommentar, [dpn. 12], Art. 121 Nr. 18.

50 BGE 116 II 281, 289

51 Büchler, in: Fam Komm Scheidung, [dpn. 17], Art. 121 Nr. 20; Hausheer [dpn. 13], s. 169.

52 Hausheer [dpn. 13], s. 169; Büchler, in: Fam Komm Scheidung, [dpn. 17], Art. 121 Nr. 20.

IV. Maddenin Nafaka Alacağı İle İlişkisi

Art. 121 Abs. 3 ZGB kapsamında oturma hakkının tahsis edilmesi karşılıksız olmaz. Aile konutunun diğer eşe devredilmesi, devreden eşin yükünü de ağırlaştırmaz. Aile konutunu devralan eşin kira sözleşmesinden kaynaklanan kira miktarını ödemesi veya sükna hakkı kapsamında diğerine uygun bir tazminat vermesi hali, evlilik sonrası nafaka alacağının bir nevini oluşturur⁵³. Bu nokta evlilik sonrası nafaka alacağının tespitinde bu kira ve sükna ilişkisi de göz önünde bulundurulmalıdır. Sükna hakkı kurulan aile konutunda bir ipotek söz konusu ise, lehine sükna hakkı kurulan eş, bunun faizini ödemekle yükümlü tutulabilir⁵⁴. Müteselsil sorumlu olan eş, kira parasını ödemek zorunda kalmış ise, ödemiş olduğu bu meblağı ödemekle yükümlü olduğu nafakaya taksitle mahsup edebilir (Art. 121 Abs. 2 ZGB). Çocuklara verilecek olan nafakadan böyle bir mahsup yapılamaz⁵⁵.

Kira bedelinin ne olacağı meselesi, kiralayan ile kiracıyı ilgilendirir. Sükna hakkının karşılığında ödenecek meblağı da taraflar serbestçe kararlaştırıp, Art. 140 ZGB kapsamında hakimin onayına sunabilirler. Eşlerin anlaşamaları halinde ise meblağ, mahkeme tarafından belirlenir⁵⁶. Bu karşılığın tespitinde, aile konutunun rayiç değeri, nafaka miktarı ve boşanmanın mali sonuçları önem arz eder⁵⁷. Somut olayın şartlarını değerlendirerek karar verecek olan ise hakimdir.

V. Sonuç

Mağduriyet durumu ciddi olan eşin, boşanma ile durumunun daha da kötüleştirilmemesine imkan sağlayan Art. 121 ZGB'nin boşanma hukukunda yer bulması İsviçreli hukukçular tarafından, boşanma hukukuna yapılan önemli bir kazanım olarak değerlendirilmektedir.

Bu madde ile amaçlanan, eşler ve çocuklar arasındaki çıkarlar dengesinin hakim tarafından iyi bir şekilde ölçülmesi ve birinin diğerine feda edil-

53 Hausheer [dnp. 13], s. 169.

54 Hausheer [dnp. 13], s. 169.

55 Urs Gloor, in: Basler Kommentar, [dnp. 12], Art. 121 Nr. 9.

56 Hausheer [dnp. 13], s. 169.

57 Hausheer/Geiser/Kobel [dnp. 8], s. 106.

meden, çıkarlarının adalet terazisinde dengelenmesinin sağlanmasıdır. Bu nedendir ki maddenin uygulanma şartlarında sadece ihtiyacı olan eşin durumu değil, diğer eşin durumu da göz önünde tutulmaktadır. Özellikle mülkünde sükna hakkı kurulmasına rıza göstermeye zorlanan eş için verilen kararın tahammül sınırlarını zorlamaması gerekmektedir. Şartların değişmesi halinde ise sükna hakkı veren eşe, sükna hakkının değiştirilmesi veya kaldırılmasını talep hakkı verilmektedir. Sükna hakkının süresinin belirli olması mecburi tutularak mülk sahibi eşin mülkiyetindeki tasarruf mağduriyeti azamiye indirilmek istenilmektedir. Kaldı ki sükna hakkını elde eden eş, burada ücretsiz de oturmayacak ve eşine uygun bir tazminat ödeyecektir. Hatta uygun bir tazminatı karşılayacak konumda olmaması halinde sükna hakkının tesis edilmemesi bile gündeme gelebilecektir.

Görüldüğü üzere İsviçre kanun koyucu bir taraftan eşler açısından terazinin kefelerini dengede tutmaya çalışırken, diğer taraftan da zayıf tarafı teşkil eden eşi ve çıkarlarını koruma gücüne henüz ulaşmamış olan çocukları bu madde ile koruma altına almak istemektedir. İyi olmak kolaydır; önemli olan adil olmaktır.

Türk kanun koyucu hemen birçok konuda kendine örnek seçtiği İsviçre kanun koyucuyu bu maddede kendine örnek almamış ve bu maddeyi düzenleme yoluna gitmeyerek, boşanma hukukunun önemli temel taşlarından biri olan aile konutunu bir düzene bağlamamıştır. Böylelikle de hem Türk Medeni Kanunu'nu bu kazanımdan mahrum bırakmış hem de Türk Hukukçularını – İsviçreli meslektaşları gibi – sevindirememiştir.

Türk aile yapısı içinde çok önemli bir rol oynayan aile konutu hakkındaki kanundaki bu eksiklik zaman kaybedilmeden giderilmelidir. Yapılması gereken, kanun koyucunun eşlerin ve çocukların bu noktadaki mağduriyetini nazara alarak, İsviçre'deki ve diğer ülkelerdeki gelişmeleri de göz ardı etmeyerek benzer bir maddeyi boşanma hukukumuzda kazandırmasıdır.

Bu düzenleme yapıncaya kadar, bu düzenlemenin yokluğunda, eşler ancak anlaşma yolu ile aile konutunun eşlerden birinde kalmasını kararlaştırabilirler. Anlaşmanın mümkün olmaması halinde ise aile konutuna ihtiyacı olan eş, TMK m. 226/2'ye müracaat edebilir. Bu maddenin gündeme gelmesi için ise, eşlerin aile konutu üzerinde paylı mülkiyete sahip olmaları gerekmektedir. Evliliğin ölümle sona ermesi halinde ise TMK m. 240 ile 652 uygulama alanı bulabilecektir.

Hukukun diğere problemlere çözümler üretmek için meydana getirdiğı bu düzenlemeleri dolaylı ve zorunlu olarak aile konutuna uygulamaya çalışıp, zayıf tarafın mağduriyetini gidermeye çalışmamız bile, bu konuda yeni bir düzenlemeye olan ihtiyacı açıkça ortaya koymaktadır. Eşin ve çocukların mağduriyetini vereceğı kararlarla engellemek isteyen, adaletli Türk Hâkimi- ni böyle bir maddeden mahrum bırakmamak gerekmektedir.