

## İSVİÇRE'DE KARI KOCA MALVARLIĞI HUKUKUNA İLİŞKİN YENİLİKLER

Çeviren : Yard. Doç. Dr. Atillâ ALTOP \*

Evliliğin genel hükümleri, karı koca mal rejimleri ve miras hukuku alanındaki etkileri konusundaki değişikliklerin amacı ve amaca uygunluğu konusunda bazı düşünceler.

### I. Giriş :

İsviçre Medeni Kanunu bu yılın 1 Ocak'ında 75 yaşına basmıştır. Hayat ilişkilerinin ve görüşlerin esaslı değişime uğradığı bir çağda kanun şaşırtıcı bir şekilde tazeliğini ve intibak kabiliyetini korumuştur. Dört kısımdan sadece bir tanesinde günümüze kadar yasa koyucunun müdahaleleriyle karşılaşmıştır. O da aile hukuku alanıdır. Neden? Özellikle iki sebepten :

1. Aile hukuku, İsviçre MK.'nin oluşturulduğu yüzyıl sonunda, geçmişe bağlılık baskısının yeniliklere açılma cesaretine üstün geldiği yegâne hukuk alanı olmuştur.
2. 20. yüzyılda evlilik ve aile alanında medeni hukukun diğer branşlarına oranla çok daha esaslı değişiklikler gerçekleşmiştir. Sadece bir tek gelişmeye değinmemiz bunu açıklamaya yetecektir. Daha yüzyılımızın ortalarına kadar sadece özel hukuk alanında ayıp ve iğrenç sayılmakla kalmayıp aynı zamanda cezalandırılan serbest birleşme - diğer bir deyişle evlilik dışı yaşam beraberliği - bugün genç ve yaşlılar arasında kadın ile erkeğin birlikte yaşamasının en sevilen ve tutulan türü olmuştur.

İsviçre Aile hukukundaki yasal yenilikler kesintisiz ve bir seferde olmamış, aksine çeşitli aşamalarda ve İsviçre yasa koyucusuna özgü tempo-

(\*) İ.Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı' Öğretim Üyesi

da olmuştur. Bu tutum "Tanrı erteler, ihmal etmez" atasözüyle karşılaştırılabilir. 1956'da resmi olarak başlanan reform çalışmaları aşamalı olarak evlât edinme hukukunun (1972), küçüğün hukukunun (1976) yenilenmesine, sosyal yardım amacı ile hürriyet sınırlamalarının (1979) öngörülmesine götürmüş ve dördüncü olarak - ama kesinkes son aşama değil - karı koca malvarlığı hukukuna ilişkin yenilikler 1 Ocak 1988'den geçerli olarak öngörülmüştür. Bu sonuncu değişiklik evliliğin genel hükümleri, mal rejimleri ve miras hukuku alanlarında etkili olmuştur.

İsviçre'nin - zamanında uluslararası bir karşılaştırmada ilerici bir düzenleme olarak nitelendirilmiş olan - 1912 tarihli Evlilik Hukuku ile neden bugün Aile hukuku alanında - sadece kötüniyetli kişiler tarafından değil, ayrıca yürürlükteki hukukun ciddi eleştirmenlerince de - gelişmekte olan bir ülke olarak nitelendirildiğini, hukuki günlük yaşama bir bakış ortaya koymaktadır. Bu durum ülkenin en yüksek bayan hukukçusu örneğinde izah edilecektir.

İsviçre Adalet Bakanı bayan Kopp, görevini sadece kocası kendisine mesleği icra yetkisi verdiği sürece sürdürebilecektir. Kocasının bu konudaki icazetini geri çekmesi halinde, kendisine, kocanın izin vermemesi hali için öngörülen yargıca başvurma hakkının yardımcı olması mümkün görünmemektedir. Zira bugün için halen yürürlükte olan 167. maddenin 2. fıkrasında çalışan bir kadına yargısal yardımın önşartı çok dar olarak tanımlanmıştır :

"Koca bu izni vermektan kaçınır ve karı bir iş veya sanatla uğraşmasında evlilik birliğinin veya bütün ailenin yararı olduğunu kanıtısa, bu izin yargıç tarafından verilebilir."

İddialı politik faaliyetin yürütülmesinin ailenin yararına olduğunu, çok iyi yürekli ve lütüfkâr bir yargıç bile kabul edemeyecektir. Zira karı, 1912 tarihli İsviçre MK.'nda belirlenen model uyarınca yuvaya (ocağa) aittir. Mesleki faaliyette bulunarak ailenin geçimini sağlamak ise kocanın işidir.

Federal Temsilciler Meclisine seçilmeden önce bayan Kopp Züriç'in büyük ve mali açıdan kuvvetli bir banliyösü olan Zumikon'un belediye başkanıydı ve 20 milyon franklık bir bütçeyi idare ediyordu. Ancak o zamanlar kişisel bir banka hesabı açmak istediğinde, bunu tek başına yapamıyordu; kocasının imzasına gereksinimi vardı. Korunmaya muhtaç karı olarak, yasal mal rejimi olan mal ortaklığı sisteminde kendisinin bağımsızlığı sınırlanmış ve karı olarak, önemsiz derecede ufak mali ve ekonomik faaliyetlerde de kocasının gözetim ve koruması altına alınmıştır.

Bu düzenlemenin iki zayıf noktası yukarıdaki örnekte göze batmaktadır :

1. Karı ile kocaya belli fonksiyonların yasa tarafından yüklenmesi (kocanın ailenin geçimini sağlamakla, kadının evin ve ocağın bakım ve gözetimiyle görevlendirilmesi), bugünkü dünya görüşü açısından savunulamaz bir sabit görev dağılımına yol açmıştır.
2. Yasa koyucunun iyiniyetle karıyı mümkün olduğunca himaye etme gayesi, onun bağımsızlığını zedeleyen tecavüzlere neden olmuştur.
3. Bugün hukukta oldukça detaylı düzenlenen ama yeterli tatmin veremeyen bir üçüncü nokta da şudur : Evlilik ve miras hukukları, eşlerden birinin ölümü halinde diğer eşin süregelen yaşam düzeyini sürdürebilmesi için yeterli güvence sağlayamamaktadır.

Reformun ana hedefleri bu eksiklikler gözönüne alınarak gösterilmiştir :

1. Evlilikteki hukuki eşitsizliklerin giderilmesi zorunludur.
2. Evlilik birliğinde tarafların bizzat serbestçe düzenleme özgürlüklerinin genişletilmesi ve
3. Hayatta kalan eşin durumunun, mal rejimleri alanındaki durumun düzeltilmesi ve miras hukukundan kaynaklanan taleplerin genişletilmesi suretiyle diğer aile bireylerine oranla kuvvetlendirilmesi.

Yapılan reform kanunuyla - ki bu kanun İsviçre halkı tarafından 23 Eylül 1985 tarihindeki referandum oylamasında % 55 lik bir "evet" oyu ile kabul edilmiştir - bu taleplere adil çözümler bulunmaya çalışılmıştır. Yeni kanunun bugüne kadarki düzenleme ile karşılaştırılmasında şunu vurgulayabiliriz ki, yeni kanun

daha basit,  
ortaklığı daha fazla gözeten,  
daha adil,  
hayatın gerçeklerine daha uygun bir kanundur.

Bu vasıflandırmalara dayanarak yeni kanunun topyekün bir portresini çizmek istiyorum. Burada genel olarak yeni hukuki düzenleme hakkında ayrıntılı bir özet vermek veya - mahkeme uygulamalarını yakında meşgul edecek - tek tek sorunları derinlemesine incelemek sözkonusu olmayıp, sadece belirtilen karakter özelliklerin ışığında - izah edilmek üzere ele alınan birkaç yasa maddesi ile sınırlı olarak - yeni düzenlemenin

iyi ve kötü yanları ana hatlarıyla belirlenmeye çalışılacaktır. Yani amaç reformun hedeflerini çok yakından incelemek ve yeni hukuki düzenleme ile oluşturulanın ne ölçüde arzulanan hedeflere uygun düştüğünü belirlemektir. Acaba 1 Ocak 1988'de yürürlüğe girecek olan düzenleme her bakımdan gerçekten daha basit, ortaklığı daha fazla gözeten, daha adil ve hayatın gerçeklerine daha uygun bir düzenleme midir?

## II. Basit?

İşe yeni yasal düzenlemenin çok övülen basitliğine bir bakışla başlayalım. Daha basit olarak, özellikle - pratik hayattaki uygulamasında gerçekten çok komplike olan mal birliğinin yerine geçecek olan - yeni yasal mal rejimi olan evlilik sırasındaki kazanca katılma sistemi öngörülmektedir.

Bu yeni mal rejimine ilk bakış, bu görüşün haklılığını kuvvetlendirmektedir.

Kazanca katılma sisteminde dört değişik mal varlığı türü birbirinden ayırdedilmektedir :

- Kocanın kişisel malları ve kazancı
- Karının kişisel malları ve kazancı

Her iki kavram yasada tanımlanmıştır. 197. madde uyarınca eşlerden birinin sözkonusu mal rejiminin devamı süresince ivazlı olarak elde ettiği tüm malvarlığı unsurları kazanç olarak nitelendirilmektedir. Buna özellikle yapılan işlerden elde edilen karşılıklar ve kişisel mallardan elde edilen gelirler dahildir. 198. madde uyarınca ise kişisel mallar, eşlerden birinin tamamen kişisel yararlanmasına hizmet eden nesnelere ile eşlerden birine sözkonusu mal rejiminin başlangıcında ait olan veya sonradan miras yoluyla veya benzeri ivazsız yollardan hissesine düşen malvarlığı değerleridir.

Evliliğin devamı süresince kocanın malları ve karının malları arasındaki bu tek ayırımın da hiçbir önemi yoktur. Zira evliliğin ölüm veya boşanma ile (biz burada sadece ölüm yoluyla çözülmeyi ele alacağız) çözümlenmesi anına kadar kazanca katılma sisteminde mal ayrılığı rejimi sözkonusu olup, eşler malvarlığı hukuku açısından sanki hiç evlenmemiş gibi yaşamaktadırlar. Kocanın malları ile karının malları gerek mülkiyet, gerekse idare, yararlanma ve tasarruf açılarından tamamen ayrıdır.

Mal ayrılığı rejiminin yararları hakkında Türkiye'de ayrıca bir şeyler söylemeye hiç gerek yok. Sizler bilgece bir önsezi ile İsviçre MK.'nun

mal birliği sisteminin olası zorluklarını görüp onu benimsemekten vazgeçip, onun yerine mal ayrılığını yasal mal rejimi olarak öngördünüz. Yıllar sonra İsviçre de sizin örneğinizi - ne yazık ki çok yetersiz bir şekilde - takip etmektedir. Zira eşlerin hayatta oldukları zamanda oluşan, kazanca katılmanın bir tür mal ayrılığı rejimi olduğuna ilişkin görüşe aldanılmamalıdır. Kazanca katılma sistemini çözmek gerektiğinde, basitlik ve hukuki açıklık sona ermektedir. Niçin?

Malvarlığı hukuku açısından evlenmiş olma vakıası, kazanca katılma sisteminde ancak sistemin çözülmesi anında aktüel hale gelmektedir. Ancak o anda kişisel mal ve kazanç ayırımı önem kazanmaktadır, zira taraflardan herbiri (sağ kalan eş bir tarafta ve ölenin mirasçılığı da diğer tarafta) diğerinin kazancının yarısı üzerinde malvarlığı hukukundan doğan bir talep hakkına sahiptirler. Malvarlıksal ortaklığın ancak taraflardan birinin ölümünde dirilmesi durumu, biraz muzipçe ama tamamen gerçek bir şekilde şöyle bir vecize ile tasvir edilmektedir :

“Biz, ölüm bizi birleştirenceye kadar ayrı yaşayacağız.”

Gerçekte ölüm saati, gerçeğin saati ve aynı zamanda eşlerin malvarlığı hukuku alanında gösterdikleri özene kritik bir geriye bakış saati olmaktadır. Acaba onlar “benim” ve “senin” üzerindeki görünüşü korumuşlardır mi? Envanterleri yapmışlar mıdır? Defter tutmuşlar mıdır? Bilançoları düzenlemişler mi?

Evliliğin sonundaki hesaplaşma yükümünün etkileri çok istisnaen başlangıca kadar ulaşmaktadır. Kazanca katılma bu nedenle doğru olarak tasfiye safhasından bu tarafa dikkate alınmalıdır. Eşlerin yaşamları sırasında kocanın malları ile karının malları arasındaki bu sarih ayırımın, sonradan vukubulan kazançların birleştirilmesi karşısında sadece bir fiksiyon olduğu görülmektedir. Düşüncesiz tarafın para sarfetme tutkusundan, bu sadece onun mallarını ilgilendirdiğinden fazlaca rahatsız olmayan tutumlu taraf sonradan şunu görecektir : Aşırı harcamaların da % 50' sini kendisi finanse etmiştir. Bir tarafın kendi kazancından israf ettiği miktarın yarısını sonunda diğeri ödeyecektir!

Sadece normal ölçüleri aşan hediyelerin mütalaasına ilişkin yeni 208. maddeyi inceleyerek, müstakbel hesaplaşma probleminin zorluklarını ortaya koymak istiyorum.

Çevre korunması problemleriyle çok ilgili olan karı, kendi kazancından 50.000 frangı uluslararası Çevre Korunması Organizasyonu World Wildlife Fund (WWF)'in “deniz yaşamalıdır” başlıklı yeni programına bağışlamıştır. Burada özellikle Akdeniz'in ekolojik kolapsüsten korunması

amaçlanmaktadır. Çevre bilincine sahip olan ve hiçbir şekilde cimri olmayan koca ise bu bağışa karşıdır. Zira kendisi WWF'ın İsviçre'deki iç politikaya ilişkin belli etkinliklerine karşıdır. Bu bağıştan üç yıl sonra kadın ölür. 208. madde kocaya, bu 50.000 frangın kadının kazancının belirlenmesinde hesaba katılmasını talep etmek hakkını vermektedir. Diğer deyişle : Dul eşin talep edebileceği miktarın belirlenmesinde, sözkonusu 50.000 frank ölen kadının kazancının içindeymiş gibi kabul edilecektir.

Kadının malvarlığı unsurları, kocanın hesaplaşma sonunda sahip olduğu anlaşılan talep hakkını karşılayabilecek durumda olmadığında, yasa gereği WWF'a başvurularak kendisinden (iyi-veya kötüniyetli oluşuna göre) tüm kazandırmayı veya bundan o anda elinde kalanı iade etmesi talep edilebilir.

Aşırı zorluklar yaratan, sözkonusu normun hukuki yorumu olmayıp, onun somut olayda gerçekleştirilmesidir. Uygulama genellikle ispat zorluğuna takılacaktır. Ne zaman, kime, ne kadar, hangi unsurlardan bağış yapılmıştır? Ve bu diğer tarafın onayı olmadan mı gerçekleştirilmiştir? Ve evet ise, o takdirde bağışı kabul eden taraf diğer eşin onayının bulunmadığını biliyor muydu?

Her somut olayda kazanca katılma sisteminde tasfiye usulünün nasıl kötülüklerle dolu olduğuna sürenin kısıtlı olması nedeniyle daha fazla değinilmeyecektir. Çeşitli detaylı incelemeler sonucunda, ilk bakışta çok basit gibi görünen yeni yasal mal rejimi sisteminin somut olaylarda en azından bugünkü mal birliği rejimi kadar komplike olacağı kanısına varılmıştır.

### III. Ortaklığı gözeten?

İkinci özellik acaba ne derece doğrudur : Yeni evlilik hukuku ortaklığı eskisinden daha mı fazla gözetmektedir?

Yeni evlilik hukuku lehine argümanların başında kocanın üstünlüğünden vazgeçilerek eşit evliliğe geçilmesi yer almaktadır. 1912 tarihli İsviçre MK.'nda yer alan patriyarkal aile düzenine ilişkin son kalıntıların hemen hepsi bertaraf edilmiştir :

- Koca artık birliğin reisi değildir.
- O, artık evlilik birliğinin konutunu tek başına belirleyememektedir.
- O, artık karısının bir mesleği icra etmesini yasaklayamaz.

- O, artık evlilik birliğini ilgilendiren işlerde karısından daha geniş temsil yetkisine sahip değildir.
- O, artık yasa gereği karısının mallarını idare etmek, değerlendirmek ve hukuki ilişkilerde temsil etmek hakkına sahip değildir.

Halen yeni yasada kocanın üstünlüğüne ilişkin sadece zayıf bazı göstergelere rastlanılmaktadır.

- Vatandaşlık hakkı alanında : Karı 161. madde uyarınca kocasının vatandaşlığını kazanır (ama artık kendi vatandaşlığını kaybetmeksizin).
- Soyadı hakkı alanında : Aile soyadı 160. madde uyarınca kocanın soyadıdır. Ancak yeni düzenlemede karıya o güne kadarki soyadını aile soyadının önünde kullanma hakkı tanınmıştır.

Bu iki nokta dışında taraflar arasında eşitlik gerçekleştirilmiştir. Bu durum, yeni yasal düzenlemelerin lafzından bile açıkça anlaşılmaktadır : Soyadı ve vatandaşlık hakkına ilişkin düzenlemeler bir kenara bırakılırsa, yeni yasada hiçbir yerde artık karı veya kocadan bahsedilmemekte, sadece (nötür olarak) eşlerden sözedilmektedir.

“Ortaklığı gözeten” kavramı olumsuz olarak, yani yeni düzenlemenin eski patriyarkal düzenin esaslı unsurlarından tamamen kurtulmuş olduğunu belirtmek için kullanıldığında tamamen isabetlidir. Ama “ortaklığı gözeten” kavramı olumlu olarak ne ifade etmektedir? Yasa tasarısında bu iki türlü ifade edilmiştir. Yeni yasa birlik düşüncesini ,ama aynı zamanda eşlerin bağımsızlığını daha adil biçimde gerçekleştirmek istemektedir. Yasa koyucu tarafından öngörülen bu iki hedefe acaba ulaşılabilmemiş midir?

Ekmek kazanan ile yuvayı yapan, diğer deyişle meslek sahibi olan ile ev işleriyle ilgilenen eş arasındaki ilişki örneğinde bu soru araştırılacaktır : Gerçi yasa koyucu geleneksel rol dağılımını (koca işte, kadın evde) aşmak için gerekli herşeyi yapmıştır. Ama yasa, hâlâ birçok durumda kadının ev işleriyle uğraştığı, çocuklara baktığı ve genellikle kocasına mesleğinde veya gelir getiren faaliyetinde yardımcı olduğu olgusu karşısında hukuki gerçekleri pek değiştiremeyecektir. Ancak bu durumu çok iyi bilen yasa koyucu dikkatini, hukuki açıdan ayıp sayılan ancak gerçek hayatta yaygınlaşan evlilikteki rol dağılımının önemli bir kısmı üzerinde toplamıştır.

1. Her halükârda gelir elde etmeyen eş, gelir elde edene karşı 146. madde uyarınca muntazam, periyodik bir iştirakin emrine verilmesi talebine sahiptir. Kendisi bu hakka, aileye karşı olan nafaka yükümlülüğünü ev işlerini yapmak, çocuklara bakmak ve diğer eşe mesleğinde

veya işinde yardım etmek suretiyle gerçekleştirdiği için sahip olmaktadır.

2. Diğer eşin işine veya mesleğine çalışarak veya mali olarak yapılan katkının normal ailevi nafaka yükümlülüğü için öngörülen ölçüyü aşması halinde, 165. madde uyarınca mutad iştiraki aşan uygun bir tazminat talep etme hakkı sözkonusudur.
3. Bir eşin bu şekildeki aşırı katkısı Borçlar hukukuna ilişkin bir sözleşmeye, örneğin (165. maddenin 3. fıkrasında örnek olarak sayıldığı üzere) hizmet-, ödünç- veya şirket sözleşmesine dayanarak meydana getirilmiş olabilir. Eşlerden birinin diğerine kendi malvarlığının yönetimini bırakması halinde, tereddüt durumunda vekâlete ilişkin hükümlerin (İsviçre BK.m.194) uygulanacağını belirten 195. madde, yeni düzenlemede böyle bir borçlar hukuku ilişkisinin varlığının kabulünün ön şartlarının kolayca yerine getirildiğini göstermektedir.

Taraflardan birinin hukuki durumunu kuvvetlendirmeye yarayan normların aynı zamanda ve her halükârda ortaklığı bir birlik olarak kuvvetlendirmeye yaradığı konusunda benim kuşkularım var. Farklılıkların ve uyuşmazlıkların meydana çıktığı evliliklerde bu hükümler gerçi yardımcı olabilir ve tartışmalı sorunların çözümüne katkıda bulunabilir. Ama aynı hükümler uyandırdıkları talep zihniyeti ile iyi yürüyen evliliklerde tarafların küçük hesaplar peşine düşmelerine yol açmaya müsait değil midirler? Evlilik salt bir alma ve verme ilişkisine indirgendiğinde, beraberlik ve birlik karakterinden çok şey kaybedecektir. Yeni yasada da evlilik ilişkisinin alelade bir değiş-tokuş sözleşmesine dejenere edilmediğini kabul ediyorum. Ama kapsamlı ve gerçek bir birlik için karakteristik olan ortak gayenin elde edilebilmesi için ortak güçler ve araçlarla çalışılmasını teşvik unsuru eksik kalmaktadır.

Özetlersek : Yeni evlilik hukuku, sadece patriyarkal aile düzeninin son kalıntılarını da ortadan kaldırması ve tarafların birbirlerine karşı hukuki pozisyonlarının kuvvetlendirilmesi bakımlarından ortaklığı gözetmektedir; yoksa birlik uğruna ve ortaklaşa başarılması gereken görevler yararına fedakârlık arzusunun körüklenmesi açısından değil.

#### IV. Adil?

Yeni düzenleme, hukuki eşitliği gerçekleştirdiği ve anayasada öngörülen (m.4/II) kadın ile erkeğin eşit tutulması kuralını kuvveden fiile çıkardığı için adil olarak nitelendirilmektedir. Bu eşitlik kuralından yasa



koyucu çok kapsamlı bir fedakârlık yapmıştır : Kuvvetler arasındaki dengeye müdahale etmek istemediğinden, birçok alanda kural koymaktan kaçınarak, kendi düzenleme yetkisini eşlere devretmekle yetinmiştir. Böylece aslında pek fazla birşey vermeyen hukuk kuralları oluşmuştur. 162. maddede “eşler evlilik konutunu birlikte belirlerler” veya 163. maddede “eşler ailenin nafakasını birlikte sağlarlar” veya 167. maddede “bir meslek veya sanatın seçiminde veya icrasında herbir eş diğerinin veya birliğin menfaatlerini gözönüne almalıdır” denmesinin anlamı nedir? Biz yasa koyucudan eşlerin anlaşamaması halinde ne olacağı sorusuna cevap bekliyoruz. Kocanın, karının çocukların bakımı ile ilgilenmesi gerektiğini, buna karşılık karının, mesleğini tıpkı bekârlık zamanında olduğu gibi devam ettirmek istemesi ve çocuklara üçüncü bir kişinin bakabileceğini düşünmesi durumunda ne olacaktır? Böyle bir uyuşmazlık halinde -somut yasal ilkeler olmaksızın- adil çözümü bulmak yargıca düşmektedir. Yasanın uyuşmazlıklara ilişkin genel düzenlemelerden aslında memnuniyet verici şekilde arındırılması, beraberinde mahkemelere şimdilik öngörülemeyen yükler getirmektedir. Böylece sağlanmak istenen somut olay adaleti, her kararın özel-somut durumlara uygunluğunu saptaması açısından faydalıdır. Ancak diğer yandan aynı şartlarda farklı yargıç şahsiyetleri tarafından farklı kararlar verilmesi sakıncasını taşımaktadır. Cenevre'deki yargıç ile Appenzell-Innerrhoden'daki (bu henüz kadınlara seçme hakkının tanınmadığı bir kantondur!) yargıcın her zaman aynı ahlâki, etik ve moral önyargılarla işe gittikleri çok şüphelidir. Bu yargıçsal hakkaniyet hukuku sisteminde hukuken eşitsiz (çelişik) kararların verilmesi kaçınılmazdır. Evlilikteki eşitlik alanındaki yoğun konsantrasyon içerisinde, ülkede bölgesel hukuki eşitsizliklerin oluşması tehlikesi gözden kaçırılmaktadır.

## V. Hayatın gerçeklerine daha uygun?

Yeni düzenlemenin olumlu bir yanı olarak, onun günümüzün toplumsal ilişkilerine ve dünya görüşlerine yakınlığın sağlandığı çeşitli noktalardan sadece esaslı bir tanesi ele alınacaktır : Hayatta kalan eşe ortak fürua karşın büyük imtiyazlar tanınması arzusu.

Toplumda ortalama yaşam süresi 20. yüzyılın başından itibaren oldukça yükselmiştir. 1910 yılında 20 yaşındaki bir kadının daha yaşama süresi beklentisi 43 yıl iken, bugün 57 yılın üzerindedir; 20 yaşındaki bir erkeğin daha yaşama süresi beklentisi de bu derece kuvvetli olmasa da 11 yıl artmıştır (41 yıldan 52 yıla). Bundan kural olarak çocukların, ebeveynlerinden ancak kendileri 40-50 yaşına geldiklerinde, yani ailelerince

finanse edilen yetiştirmelerini çoktan tamamladıkları ve ekonomik açıdan uzun süreden beri bağımsız oldukları bir zamanda miras hakkı kazandıkları anlaşılmaktadır. Bu nedenle büyük çoğunluk tarafından dul eşin hayat standartının korunmasının, çocukların beklentilerinden önce geldiği kabul edilmektedir. Yeni düzenleme halkın bu görüşüne büyük önem vermiştir -mal rejimleri hukuku ve miras hukuku alanlarında-

Mal rejimi alanında eşlerden birinin ölümü üzerine ilişkinin çözülmesi halinde her iki tarafın kazançları yarı yarıya paylaşılacaktır: Hayatta kalan ölenin kazancının yarısını alacak ve kendi kazancının yarısını da muhafaza edecektir. Bugüne kadar olduğu gibi mal birliği rejimi uyarınca toplam kazancın  $2/3$ 'ünün kocaya ve  $1/3$ 'ünün de karıya paylaşılması sözkonusu olmamaktadır.

Miras hukuku alanında da sağ kalan eşin yasal miras talebi önemli ölçüde iyileştirilmiş, iki katına çıkarılmıştır. Ortak fûrua karşı sağ kalan eş, artık seçimlik olarak mirasın  $1/4$ 'ünün mülkiyetini veya yarısının intifa hakkını almak yerine, terekenin yarısının mülkiyetine sahip olacaktır.

Hukuki işlem yoluyla bu imtiyaz daha da güçlendirilebilir. Mal rejimleri alanında, kazanca katılma oranı % 50'den daha yukarı -ekstrem halde % 100'e kadar- çıkarılabilir. Miras hukuku alanında ise, ortak fûru ile yarışan sağ kalan eşe terekenin yarısının mülkiyeti yerine, vasiyetname ile kısmen mülkiyet kısmen intifa hakkı olmak kaydıyla tüm tereke üzerinde hak tanınabilir. Halen tartışmalı olan bu hakların birbirlerine oranları konusudur ( $1/8$ 'mi,  $2/8$ 'mi yoksa  $3/8$ 'mi mülkiyet hakkı ve geri kalan üzerinde intifa hakkı tanınacağı hususu).

Ancak bu düzenlemenin hayatın gerçeklerine uygunluğundan, bir sınıai müessese veya bir küçük veya orta işletme için uygun halefiyet düzeni sağlanmasının zorunlu olduğu durumlarda da bahsedilebilecek midir? Aynı zamanda iş sahibi olan kocanın ölümü halinde, onun kazancını oluşturan şirket malvarlığının yarısını karı mal rejimi uyarınca aldıktan sonra, geriye kalan terekenin yarısını da miras payı olarak alacaktır. Çoğu durumlarda geriye ortak fûruundan birinin işletmeyi devam ettirebilmesi için gerekli sermaye (materyal) kalmayacaktır.

Yasa koyma çalışmalarının ileri bir aşamasında, genel sistemde toplumun çok önemli bir kesimi için zaruri olan düzeltme, özel ihtiyaçların hukuki işlem yoluyla karşılanması özgürlüğünün genişletilmesi suretiyle öngörülmüştür. Böylece yasa koyucu kendisi -çiftçiler için özel bir miras sistemi öngörülmesinde olduğu gibi özel bir yasal düzenleme ile- küçük ve orta işletmelerin ekonomik gerçeklerine uygun bir mal rejimi ve miras sistemi öngörmek yoluna gitmemiştir. İşletme halefiyeti alanında,

yeni yasanın eksik olan gerçeğe uygunluğunu bizzat ilgili toplum kesiminin düzeltmesi gerekmektedir. Bu, öncelikle aslında kazanca dahil olan ilgili malvarlığı değerleri ile gelirlerin evlilik sözleşmesine karşı tarafın onayı ile konacak bir hüküm ile kişisel mal sayılması suretiyle gerçekleştirilebilir (m.199). Bu suretle kazancın kapsamından çıkarılan malvarlığı değerleri üzerinde karının mal rejimi dolayısıyla sahip olduğu talepler düşecektir.

Bunun ötesinde yatırımcı, mal rejimi hukuku ve miras hukuku alanındaki normal olanaklardan yararlanmak suretiyle karının ve diğer çocukların paylarını azaltarak, terekeden mümkün olan azami ölçüde işletmenin halefi olarak belirlediği furuununun pay almasını sağlayabilir.

Ancak sınıai işletmeler kesiminde, işletmenin devamlılığına gerçekten pek uygun olmayan düzenlemeye karşı memnuniyetsizlik kesilmemiştir. Zira bu düzenleme "kolaylıktan çok zorluklar getirmiştir" ve bu revizyondan "bir tür labirent oluşmuş olup, bundan çıkışın bulunması gerekmektedir."

## VI. Sonuç :

Çeşitli noktai nazarların eleştirisel bir bakışla incelenmesinden sonra, evlilik- ve miras hukuku alanlarındaki değişiklikler hakkında toptan bir karara varmak kolay olmamaktadır. Bir kere incelemeye alınan maddelerin azlığı insanı çekingenliğe zorlamaktadır.

1 Ocak 1988'de yürürlüğe girecek olan İsviçre Aile hukukundaki yeni düzenleme acaba ne ölçüde gerçek bir ilerleme, ne ölçüde gerileme ve en ölçüde bir yerinde saymadır?

Bu sonuç bilançosunun aktif tarafında, örneğin evli kadına özgü veyesyeti öngören geri kafalılığın tamamen bertaraf edilmesi, pasif tarafında ise, eşler arasındaki mâli ilişkilerde tarafların küçük hesaplar peşine düşmelerine yol açabilmesi yer almaktadır. Birçok nokta orada veya öbür tarafta yer alabilir. Bu meyanda yasal mal rejimi aslında değişmiştir, ama 'basitlik" açısından bakıldığında evliliğe ilişkin mal rejimi hemen tamamen aynı kalmıştır : Kazanca katılma sistemi de en azından mal birliği sistemi kadar komplikedir.

Ben burada yeniden düzenlemenin karakteristik özelliklerine dönmek istemiyorum. Onlar bize bu somut yeni İsviçre düzenlemesinin çelişkilerini gösterdiler ve aynı zamanda böyle bir düzenlemenin kaçınılmaz olarak çelişkiler içereceğini ortaya çıkardılar. Zira bir sürü istekleri aynı

zamanda karşılamak isteyen ve bu arada arzulanan hedeflerin öncelik sıralamasında ve tek tek hukuk kurallarının belirlenen hedeflere uygun olarak düzenlenmesinde zorluklarla karşılaşan yasa koyucu aşırı olarak yüklenmektedir.

Yasa koyucuya yöneltilen teorik ekstrem talepleri ve bunların gerçekleştirilebilme sınırlarını incelemek yerine, pratik olarak daha önemli bir konuda muhakeme yapmaya çalışmak daha verimli olacaktır : Yeni evlilik hukukuna ilişkin düzenlemelerin, İsviçre özel hukuk kodifikasyonunun bütünlüğü içerisine nasıl yerleştirileceği sorusunun cevaplandırılması. Bu montaj -şekli ve maddi açılardan- nasıl gerçekleştirilmiştir? Önce **şekli** açıdan :

Yeni kurallar tıpkı tüm İsviçre MK.'ndekine benzer açıklıktadır. İfade tarzı genel olarak kolay, açık ve anlaşılır durumdadır. Ancak çoğunlukla az kesin, sıkı bir içlemsel-sistematiğe tutarlıktan yoksun olup, genellikle mahkeme içtihatları aracılığıyla kesin çerçevesine kavuşan genel kriterlerle yetinmektedir. Ancak bizim özel hukukumuz oynaklığını, yeni gelişmelere açık olma özelliğini yasa koyucunun bu stiline borçludur.

Yeni evlilik hukuku yasa koyucusunun da genel-soyut hükümleri tercih etmesi ve önemli soruların çözülmesi konusunda yetkilerini yargıca devretmesi emektar bir İsviçre geleneğine uymaktadır. Yargıçların bu görevi en iyi şekilde yerine getirecek ehliyete sahip olduklarına olan inanç tamdır. Sadce -ülke çapında- büyük hukuki eşitsizliklerin oluşmasından ve gerekli hukuki güvenliğin, kararların önceden öngörülebilmesi açısından, ortadan kalkmasından endişe edilmektedir.

Maddi bakımdan da yeni düzenleme İsviçre MK.'na yabancı sayılmamaktadır. Bu yeni düzenleme, örneğin bizim özel hukukumuzun liberal zihniyeti ile tamamen uyum halindedir. İsviçre MK.'nun diğer kısımları onun özgürlükçü çekirdeğini ihlâl edici davranışlara maruz kalırken (mülkiyet özgürlüğü ve sözleşme özgürlüğü bugün artık 1912'de olduğu gibi değildir!), aile hukukunda yüzyılın ortalarından itibaren sınırlar büyük ölçüde ortadan kalkmaktadır. Evliliğin etkileri konusunda da durum böyledir : Evlilik birliğinin kendi kendini düzenleme serbestliği genişletilmiştir; iki eşit ortak, ortaklarının somut biçimini kendileri serbestçe belirleyebilirler.

Yasa koyucu burada "ademi merkezîyetçilik (özerklik)" prensibini gerçekleştirmektedir; yani küçük birliklerde taraflarca düzenlenebilecek herşeyin onların düzenlemesine bırakılacağı ve daha gelişmiş bir birliğin yetkisine verilmeyeceği ana prensibi.

Reform yasası koyucusunun evliliğin özünün tanımlanması gibi çok önemli bir noktada yenilikten kaçınması olumlu bir puan oluşturmaktadır. Eugen Huber 159. maddede örnek evliliği yerinde bir şekilde şöyle belirlemiştir :

“Evlenme töreninin yapılmasıyla evlilik birliği doğar. Eşler birbirlerine karşı, bu birliğin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak ve çocukların bakım ve eğitimine birlikte özen göstermek yükümü altına girmiş olurlar.

Eşler birbirine karşı sadakat ve yardımlaşma ile yükümlüdürler.”

Bu cümlelerin yeni yasaya alınmasıyla bugünkü yasa koyucu da, evlilik için önemli diğer -örf ve âdet, ahlâk ve din gibi- düzenlemeler alanından düşüncelerin akışına yer bırakan bu evlilik modelini kabul etmektedir.

Yasa koyucunun, bir sürü yeni, iç münasebete ilişkin tek tek hükümlerin 159. maddede belirtilen hususlara uygun davranan eşler için gereksiz ve önemsiz olduğunu daha açık bir şekilde belirtmesi gerekirdi. Zira bu hükümler buhran hukukunu oluşturmakta olup, uyumsuzluk hallerinde ve tarafların karşılıklı anlaşarak ortaklıklarının şeklini ortaya çıkarmadıkları durumlarda uygulanacaktır. Sağlıklı insanın doktora gereksinim duymaması gibi, sağlıklı bir evlilik de, iç ilişkilerin düzenlenmesinde yasal yardımdan sakınmalıdır, evet sakınmalıdır ki, problemler için öngörülen hukuk sistemi, birden sağlıklı evliliklerin krize düşmesine neden olmasın!