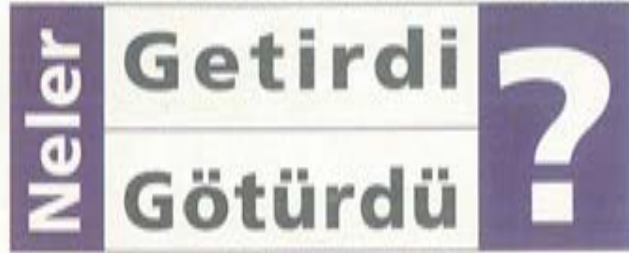


# Yeni Medeni Kanun



Prof. Dr. Rona Serozan\*



Medeni Kanun ile Borçlar Kanunu tüm yasaların anasıdır. Ne de olsa yaşamın temel hukuksal örgüsü (sözleşme ve mülkiyet) bu iki ana yasayla dokunur.

Medeni Kanun'un ta bin beş yüz küsur yıllık Roma hukuku kaynaklarına dek uzanan derin köklü bir tarihsel geçmişe dayanması ve başkaca yasalardan ayrılmı olarak bir "Kanunname" ya da "Külliyat" (Code, Gesetzbuch) olarak adlandırılması boşuna değildir.

Toplumların tarihsel gelişim sürecinde Medeni Kanunlar pek özel bir yer tutarlar ve uzun süreli bir kalıcılık özelliği gösterirler. O kadar ki siyasal rejim değişikliklerinde bile bu temel yasalar yenilenmez. Nitekim 1804'ün Code Napoléon'u, 1900'ün BGB'si ve 1911'in ZGB'si sayısız siyasal rejim değişikliği görmüş geçirmiş; ama 2000'li yıllarda da özünü, karkasını korumuştur.

Medeni Kanunlar aynı zamanda her ülkede el üstünde tutulan, en fazla okunan başucu kitaplardandır. Ne de olsa yurta taşı günlük yaşamında en fazla ilgilendiren nişanlanma, evlenme, boşanma, çocuk sahibi olma, miras bırakma, mirasçı olma, malik veya kiracı olma, iş kurma ve iş bulma gibi konulardaki kurallar bu kitaplarda yer alırlar.

Hiç kuşkusuz, günü geldiğinde, bu ana yasalarda da değişiklik kaçınılmaz hale gelebilir. Nitekim on dokuzuncu yüzyıldan kalma İsviçre ZGB'sinin siyasal ve sosyal kalıbı yirmi birinci yüzyıl Türkiye'sine artık dar gelmeye başlamış ve yer yer çatlamıştır.

Yalnız şu var: Böyle bir zorunlu değişiklik Anayasa değişikliğinden de zor kotarılır. İyi bir Anayasa değişikliğini gerçekleştirebilmek için iyi bir demokrat olmak yetebilir. Ama iyi bir Medeni Kanun değişikliğini kotarabilmek için aynı zamanda çok iyi bir hukuk teknokrati olmak gerekir. Bu nedenle değişiklik

tasarısını hazırlama işi her ülkede hukuksal formasyonu sağlam, vizyonu geniş, seçkin hukukçulardan kurulu, olabildiğince geniş, çok renkli, çok sesli bir bilimsel çevreye emanet edilir.

Bir başka nokta daha eklenmeli: Değişirme operasyonunun önemi ve ağırlığı nedeniyle Medeni Kanun değişikliklerinde hep salt bölümsel iyileştirmelerle, düzeltmelerle yetinilir; yoksa toptan bir yenilemeye gidilmez. Hele madde numaraları asla değiştirilmez. Böyle bir değişiklik şehir cereyanını bir anda 220 volttan 110 volta düşürmeye ya da hukukçular arasına ses geçirmez cam örmeye benzer.

Bu arada, toplumsal yaşamı derinden etkileyen bu temel yasalardaki bölümsel değişikliklerde toplumun her kesimine, tüm sivil toplum örgütlerine seslerini duyurma olanağı verecek olan bir saydamlığın ve çoğulculuğun sağlanmasına özel bir özen gösterilir. Yanlış bir iş yapılabileceği kaygısı tüm çalışmalar izler. Ne de olsa, tarihsel ve anıtsal bir yapının yerine derme çatma bir kurguyla arabesk bir mozaik konmak istenmez.

En fazla göze batan dört örnekle yetinelim: Taşınmaz rehininde çok önemli bir işlevi olan "rehin yükünün belirliliği ilkesi"ni delen talihsiz "döviz ipoteği kapitülasyonu"nu bankalar yaranna daha da genişletip belirlilik ilkesini adeta kalbura çeviren MK 851 kuralı! Taşınır rehininde çok önemli bir kamu görevi misyonu üstlenmiş olan "nitelikli kamuya açıklık ilkesi"ni (rehin ziyetliği koşulunu) hiçe sayarak, hiçbir kamuya açıklığı bulunmayan trafik siciline tescille kara taşıtlarının bankalar yaranna rehin edilebilmesini sağlamaya çalışan ve bu sistem dışı gizli rehinle kredi güvenliğini sarsan başarısız MK 940 kuralı! Aile konutunun ve paylı malikler arasındaki yararlanma anlaşmalarının hiç gereği yokken tapuya şerh edilmelerini öngöreyerek herkesi şaşkırtan, şerhler açısından geçerli tip sıklığı ilkesini sulandıran, ortalığı karıştıran ve öğretiyi yalan yanlış çözümlere sürükleyen MK 194, 689 ve 695 kuralları! Salt şu beş kural bile İsviçreli bir hukukçunun tüylerini diken diken etmeye yeter! Bankalara güvence sağlama ve tapu sicilini olur olmadık şerhlerle şişirme sevdası daha şimdiden Türk hukukuna paha-liya patlamış gözükmektedir.

Daha da acıklısı, yasanın hiçbir kuralının özgün bir "gerekçesi" yoktur. Hatta "edinilmiş mallara katılma" rejiminin yasal rejim olarak benimsenmesinin gerekçesi bile salt İsviçre'de bu rejimin yasal mal rejimi olarak öngörülmüş olması diye gösterilmiştir. Oysa, bilindiği gibi İsviçre bile bu rejimden yaka silkmektedir. İsviçre ile ekonomik, sosyal ve kültürel ayrılıklarımıza karşın, niçin (örneğin daha pratik Alman yasal mal rejiminin değil de) ile bu karmaşık İsviçre rejiminin toplumumuza dayatıldığını merak edenlerin karşılaşacağı yalınkat ve sözüm ona "Gerekçe", bu mal rejiminin İsviçre'de yasal mal rejimi olarak benimsenmiş olmasından ibarettir!

Dili sadeleştirme gerekçesinin koskoca Medeni Kanunu yenilemenin gerekçesi olamayacağı açıktır. Eğer böyle olsaydı yürürlükteki tüm yasalarımızı yenilemek gerekirdi. Kaldı ki 1926 Medeni Kanunu'nun dil yanlışları yüzlerce hukukçunun çalışmalarıyla geniş ölçüde düzeltilmiştir. Şimdi 2002 Medeni Ka-

\* İstanbul Üniversitesi Medeni Hukuk Kürsüsü Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

nununun dil yanlışlarını düzeltmek için kaç yüz hukukçunun kaç yıla ihtiyaç duyacağı doğrusu merakla değer. Şuracıkta sadece "yükümlülük", "hukuka ve hakkaniyete göre karar", "ayırt etme gücü", "eklent", "hukuki ürün", "sözlü vasiyet" gibi yanlış ve kulak tirmalayıcı sözcükleri anmakla yetinelim. Ciddi yorum sorunlarına sürükleyebilecek dilbilgisi ve sentaks aksaklıklarını da görmezlikten gelelim.

Yasanın evrensel demokratik niteliğinin parametresi kadın ve çocuk hakları, örgütlenme özgürlüğü ve vesayet karşısında aldığı tavidir. Bu açıdan yeni yasaya baktığımızda karşılaştığımız görüntünün pek iç açıcı olduğu söylenemez.

Kadın haklarında mal rejimiyle sağlanan göreceli iyileştirme, evli kadınlarımızın büyük çoğunluğu için, Yürürlük Kanunu md. 10 kuralı ile fiilen kâğıt üstünde bırakılmıştır. İlgincidir, bu ayrımcılık şimdi Anayasa Mahkemesi'nin önünde anayasal eşitlik ve hukuk devleti ilkelerinin denek taşına vurulmayı beklemektedir. Güncel bir örnek verelim: F.Almanya'da son BfGG değişikliği için 24 Komisyon raporu ve bu raporları toparlayan bir genel rapor ciltler halinde yayımlanmış; çeşitli sivil toplum örgütlerinin değişik görüşleri yirmi yıl boyunca tartışılmıştır.

Ne yazık ki bizde Medeni Kanunun hazırlanması sürecinde Batı'da algılanmış yönetime hiç uyulmamıştır. Yapılan iş, on yıllar öncesinin İsviçre Medeni Kanunu'nu arada değiştirilen ve çoğu da arada geçen sürede yine eskimiş olan kurallarıyla yeni baştan çevirmek olmuştur. Bu çeviri de geniş ölçüde kapalı kapılar ardında gerçekleştirilmiş; yasa düpedüz bir oldu bittiyle yürürlüğe sokulmuştur. Sözün özü, bırakınız mükemmeliyetçiliği, ne ciddiyete uyulmuştur ne de demokratik saydamlığa ve çoğulculuğa!

Tutalım ki 1920'lerin özel koşullarında İsviçre Medeni Kanunu'ndan alelacele sözcüğü sözcüğüne "aynen" çeviri yapma (kopyalama) ve yasayı bir oldu bittiyle yürürlüğe sokma kaçınılmazdı. Ama 2000'lerin Türkiye'sinde geçerli koşullar ve eldeki birikim (potansiyel) çok farklıydı. 1920'lerin olağanüstü yönetiminin taklit edilmesine hiç mi hiç gerek yoktu.

Hele, İsviçre'nin Avrupa Birliği'nin hızlı gelişme sürecinin dışında kalmış "düpedüz muhafazakâr" bir ülke olduğu anımsanırsa, yapılan işin yanlışlığı daha da fazla göze batar. Gerçekten de çeviri yoluyla aktarılan yasa, kadın haklarıyla, çocuk haklarıyla, vesayet rejimiyle ve örgütlenme özgürlüğüyle Avrupa Birliği kazanımlarının gerisinde kalmış bir yasadır.

Avrupa'da bunca model varken ve 1926'dan bu güne özgün bir Türk hukuk öğretisi ve uygulaması oluşmuşken, bu kaynakları hiç dikkate almaksızın ve özgün bir değişiklik üretmeyi hiç düşünmeksizin, salt İsviçre Medeni Kanunu'na sapanmak anlaşılacak gibi değildir. İşin acı yanı, "Genel Gereğe" de bunun herhangi bir açıklamasına da rastlanamaz. Oysa, 1926'da İsviçre yasasının benimsenmesinin köklü ve tutarlı bir gerekçesine pekâlâ yer verilmiştir.

Gerçi resmi ağzılar sık sık "özgün bir yasanın hazırlanmış olduğunu" ileri sürmektedirler. Ama yasa Almanca'ya çevriler bir İsviçreli hukukçuya okutulacak olursa, bu kişinin yasaya

özgün bir yasa gözüyle bakmayıp ona İsviçre yasasının yer yer eksik ve eskimiş bir kopyası gözüyle bakacağına hiç kuşku yoktur. Arada sırada göndermede bulunulan 1984 Öntaslağı da aslında İsviçre Medeni Kanunu'ndan devşirmedir.

Çok acıdır: Nerede özgünlük (aslında komisyon üyelerinin şahsiyetçiliği) uğruna yasanın İsviçre aslından ayrılıp sapma olmuşsa, orada vahim eksiklikler ve aksaklıklar ortaya çıkmıştır. Bu da yasa hazırlığının ne denli ciddi ve bilimsel olmaktan uzak bir yaklaşımla yürütülmüş olduğunu gösterir.

Yeni Medeni Kanun'un çocuk haklarıyla ilgili düzenlemesine göz attığımızda gözümüze batan nokta şudur: MK 57 ve 341 kurallarında, örgütlenme ve inanç özgürlüklerinin çocuklarımızdan kayıtsız koşulsuz esirgenmesi düpedüz "ölçsüz" (ölçülülük ilkesine aykırı) bir temel hak sınırlamasıdır. "Çocuk çocuk dernekle ve dinsiz mi olsun" retoriklerinin çok tallersiz, çok üzücü bir izdüşümüdür bu. Batı'da 14-15 yaşlarında çocuklara tanınan bu özgürlüklerin çocuklarımıza layık görülmemesi, kendimize karşı "çifte standart" uygulamaktan, "bon pour l'orient" (Şark için bu kadar yeter) anlayışını benimsemekten başka bir şey değildir.

Derneklerle vakıflar konusundaki düzenlemeye gelince: 1980'in askeri yönetiminden miras kalmış otoriter Dernekler Kanunu'nun yaklaşık eli kuralının Medeni Kanun'a monte edilmesi (ne acıdır ki bu sakıncalı montaj, sonradan, madde numaralarının değiştirilmeyip Batı'da yapıldığı gibi maddelelere harf eklenmesiyle yetinilmesinin olanaksızlığına bahane olmuştur), bu arada derneklerin üst kuruluşlar oluşturmalarının sınırlanması, çocuklardan dernekleşme özgürlüğünün esirgenmesi, derneklerin uluslararası etkinliğine sınırlamalar getirilmesi, mülki amire derneklerin kuruluşunda ve vakıfların faaliyetten alınmasında olağanüstü yetkiler verilmesi, vakıflara ilişkin antidemokratik kuruluş yasaları, antidemokratik denetim ve faaliyetten alıkoyma rejimi, yeni yasanın demokrasi çitasını hangi düzeyde tuttuğunu gösterir.

Vesayete gelince: Bilindiği gibi İsviçre'nin vesayet sistemi, siyasal ve ekonomik amaçlarla kötüye kullanmaya elverişli otoriter bir sistem olarak sık sık eleştirilmiş bir sistemdir. Üstelik kantonal yapısıyla bu kamusal sistem bizim üniter devlet yapımıza hiç uymaz. F.Almanya'da 1992'de gerçekleştirilen vesayet hukuku reformuyla kısıtlama (Entmündigung) yerine benimsenen ve gözetilen, ancak belli işlerinde gözeticiye temsil yetkisi verip gözetilenin işlem ehliyetini sınırlamayan, insan haklarına çok daha saygılı "gözetim" (betreunng) sisteminin hiç dikkate alınmaması da yeni Medeni Kanun'u hazırlayanların demokrasi anlayışlarının bir başka göstergesidir.

Bu olumsuz tablo karşısında söylenecek son söz şudur: Kadınlarımızdan ve çocuklarımızdan yana geç bile kalmış olan yararlı değişiklikler, Medeni Kanunu tümüyle yenileme girişiminin başansızlığında güme gitmiştir. Keşke, Batı'ya öykünen yasa koyucu, aynen Batı'da yapıldığı gibi, yalnız kadın ve çocuk hakları alanlarında bölümsel bir Medeni Kanun değişikliği ile yetinseydi!