

TESCİL EDİLMİYEN BİRLEŞMELERLE BUNLARDAN DOĞAN ÇOCUKLARIN CEZASIZ TESCİLİ HAKKINDA KANUN'UN TAHLİLİ (1)

Ord. Profesör Mustafa Reşit BELGESAY

Giriş

1 — Resmî akitle evlenmeksizin kanı koca hayatı yaşayan eşlerin vaziyeti (fiilî evlilik, tabii evlilik, imam nikâhı, metres hayatı) muhtelif cephelerden Dünya mahkemelerini ve hukukçularını işgal etmektedir.

Aralarında resmî evlenme akdi olmıyan eşler birbirlerinden ayrıldıktan sonra, boşanan eşler gibi, tazminat, veyahut mesbuk hizmetleri karşılığı değer ücret istiyebilirler mi? birbirine verdikleri hediyeleri geri alabilirler mi? Hâkim münasebetlerinden doğan çocuğun babalık dâvasını kabul edebilir mi? kan evin günlük ihtiyacı için borçlanırsa alacaklılar bu borçtan eşini evli imiş gibi doğrudan doğruya mesul tutabilirler mi? meselelerinde fikirler müttefik değildir. Bütün bu meselelerin halli için evelemirde aralarında resmî evlenme akti olmadan kanı koca hayatı yaşayanların hukukî vaziyetlerini tesbit etmek gerekir.

2 — 1956 yılında Barselonda toplanan Milletlerarası hukuk kongresinde (10 - 17 Eylül), sevgiye istinat ile birlikte yaşayanların aile sayılarak birliklerinin korunması lüzumu müdafaa olunmuştu². 1957 yılında (31 Mayıs - 3 Haziran) Lille'de toplanan Henri Capitant kongresinin üç konusundan biri fiilî evlilik idi. 1955 yılında İstanbulda toplanmış olan Milletlerarası hukuk kongresinde bu mevzuda Fransızca metinli bir rapor vermiştik³.

1) Yazımızda bu kanuna sadece 1956 K. diyeceğiz.

2) Barselon Milletlerarası kongresi makalemiz Adalet dergisi 1957 Şubat s. 139.

3) Reception des lois étrangères en Turquie, Annales de la Faculté de Droit, İstanbul, No. 6, 1956, s. 93.

İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü 19-21 Ağustos 1957 de tertiplemediği bir Kollogda münakaşa edilmek üzere bu mevzuda benden bir rapor istemişti. Raporumu sözlü olarak yaptım. Bu kollogda, raporumda müdafaa ettiğim, sevgiye istinat eden ailelerin kanun harici tutulmıyarak himaye edilmesi görüşü hiç taraftar bulmadı.

Bu yazımızda o kollogda fikirlerimize karşı ileri sürülen şiddetli itirazları cevaplandırıyoruz, ve resmen evli olmıyan eşlerden doğan çocukların neseplerini tashih eden kanun ile onu tamamlayan talimatnamenin ana hatlarını analiz ediyoruz.

II

Umumî mülâhazalar

3 — Medenî Kanun evli bir erkeğin karısından başka kadınla münasebetinden doğan çocuğunu tanımasını yasak etmiştir. Bu yasak ileride anlatacağımız (No. 5) sosyal bakımdan büyük krizlere sebep olmaktadır. Ana ve babalarının antisosyal bir damga taşıyan hareketinden çocukları mesul tutmak kadar adaletsizlik olamazdı. Ana ve baba arasında evlenme akdinin tescilinde mülâhaza edilen sosyal menfaat, çocuklarının himayeden mahrum edilmelerinin sebep olduğu krizlere tekabül etmekten çok uzaktı. Bu adaletsizliği kaldırmaktan ziyade, pek had şekil olan krizi hafifletmek için muvakkat mahiyette evvelâ 30/4/1945, sonra 1/2/1950 tarihli kanunlar kabul olundu. Nihayet, 30/1/1956 tarihinde dört yıl için muteber yeni bir kanun meriyete kondu.

1956 K. Medenî kanun ile telifi zor bazı hükümler kabul etmektedir. Bu kanun iyi anlaşılmalıyan bir zihniyetle, yalnız meriyete girdiği 7 Şubat 1956 günüinden evvel doğmuş ve nihayet o gece ana karnına düşmüş çocukları himayesine almıştır.

Bu kanun prensipinde makuldür. Fakat, evvelâ, hükümlerini 7 Şubattan 300 gün sonra doğacak çocuklara teşmil etmemesi, sonra Medenî Kanunun bazı makul esaslarını değiştirmesi, veya öyle tefsire müsait görünen müteferri hükümleri ihtiva etmesi bakımından tenkit götürür⁴.

Sunduğumuz yazıda bu kanunun prensiplerini kıymetlendireceğiz, ve bazı hükümlerini Medenî Kanun hükümleri ile intibak ettirmeğe çalışacağız.

4) Medenî Kanun ve evlilik dışı çocuklar yazımız. Mukayeseli Hukuk Dergisi, 1956, s. 3.

Dahiliye Vekâleti tamimi ile 1956 kanunu izah şeklinde tamamlamakta, tefsir etmekte ve bu yol ile haksızlığa sebep olabilecek bazı hükümler de koymaktadır. Her halde Medenî Kanununun metin ve ruhu, aksine pek sarîh ve telif kabul etmez bir hüküm bulunmadıkça, üstün tutulmalıdır.

Evlenme dışı doğan çocukların vaziyetleri ve şahsî halleri mütemadiyen yenilenecek muvakkat kanunlarda değil, Medenî Kanununun birkaç maddesi tadil edilerek tanzim olunmalıdır.

III

Fiilî evlilik

4 — Evlilik dışında doğan çocukların hukukî vaziyeti bazı noktalarda ana ve babaları arası münasebetin hukukî bakımdan vasıflandırılmasına tabi olacaktır.

Resmî evlilik dışı devamlı cinsî münasebet ahlâka aykırı olduğu noktasından yürünürse, hâkimin böyle bir münasebete ancak faillerini cezalandırmak için müdahalesi kabul olunabilir, doğan çocuk namına babalık dâvası açılmaz.

Evlenme dışı doğan çocukların hukukî vaziyetini tashih eden 1956 kanununu kıymetlendirecek tefsir için de fiilî evliler arası münasebeti ahlâkî bakımdan kıymetlendirmek, ahlâk ile münasebeti kabul edildiğine göre de Medenî Kanununun tanzim ettiği hangi kategori münasebete girdiğini araştırmak gerekir.

5 — Lille Hukuk kongresinde Prof. Rodière aralarında resmî evlenme akdi olmadan karı koca hayatı yaşayanların vaziyetlerini, ahlâka mugayir olduğu sabit prensipinden yürüyerek tanzime çalıştı. İstanbul Mukayeseli hukuk kollogunda da bu fikir müdafaa olundu.

Prof. Rodière'e göre, geçici evlenme dışı cinsî münasebet hiç te ahlâka mugayir değildi. Fakat, evlilik taklidi olan karı koca hayatı, evlilik oyunu, (imam nikâhı) ahlâka mugayirdi.

Biz evlilik taklidi oyun ne bakımdan ahlâka aykırı olduğunu anlayamıyoruz. Sosyal hayatta faydası itiraz götürmiyen aile müessesesine mutlaka evlendirme memuru huzurunda olan akdi esas tutmak için lojik bir sebep yoktur. Bu görüş Barselon kongresinde müdafaa edilmişti. Paris Hukuk Fakültesi profesörü Lévy-Bruhl aile gurupunun harcı sevgi bağları olmak gerektiğini yazmaktadır.

Ahlâk insanın gerek kendisi, gerek başkaları için halen veya az çok uzun vade ile zararlı olan hareketlerini yasak eder, onların tabii temayüllerinin ancak şahısları için açıkça zararlı ise yasak eder. Erkek ve kadın arası cinsî cazibe bir sel gibidir. Kendi halinde, vücudu harap eden hayata sürükler, ana ve babaların çocuklarını terbiye etmelerine müsait değildir. Kanunî, veyahut küfüv olmadıkları, ana ve babaları muhalefet etmesi gibi sosyal bir sebeple evlenemiyen veyahut evlilik zinciri altında ebedî yaşamamak için evlenmiyen çiftlerin serbest evlenerek birlikte yaşamağa karar vermeleri de şüphesiz bir derece aşk ihtiraslarını frenler, tarafların birlikte yaşama, birbirine sadakat, doğacak çocuklarına birlikte ihtimamı taahhüdü aşk ihtiraslarına hakimiyet temin etmesi bakımından ahlâka uygundur. Kendini her gün başka erkeğe veren, doğurduğu çocuk kimin olduğu bilinmiyen bir kadının vaziyeti ile bir erkekle evlilik hayatı yaşayan kadın müsavi olamaz. Fiilen evli erkek her gün başka bir kadın bulmak için bardan bara koşmaz. Aşk ihtiraslarına hakimiyet temin eden, onu frenliyen bir vaziyet ahlâka aykırı olamaz. Ahlâk şekillerde değil, maksatta, işlerin mahiyetinde aranır. Şekilsiz evlenmeyi kabul eden eski hukuk rejiminde eşler arası ihanet çok istisnâî idi. Kilise hukukunda ise evlenme debdebeli şekle tâbi tutulmuş iken evlilerin ihaneti çok fazladır. Şekilsiz evlenen eşler arası sadakatsizlik de evli olanlar arası sadakatsizlikten fazla değildir.

Kanunî şekilde evlenmenin eşler arası vaziyeti perçinlemesi, isbatını temin etmesi itibarile inkânı kabil olmayan faydaları vardır. Birbirini anlamış eşlerin kanunî merasim yapmaları kendilerinin ve nesillerinin menfaatî iktizasından olduğunu söylemeye lüzum bile yoktur. Fakat, eşlerin bu faydalı şekli ihtiyar etmeden evlenmeleri ahlâksız hareket etmiş olmalarını, üç devre Türk kanun vazılarının da bilerek bu ahlâksızlığı teşvik etmiş olmalarını tazammun etmez.

Fiilen, kanunî şekilde evlenmeler şekilsiz evlenmelere nazaran daha çok devam ediyor mu? Bu suale cevap verilmesi zordur.

Bir taraftan her yıl resmî akitle evlenenler arasında boşanma dâvalarının sayısına bakılır, öbür taraftan da mahkemeler, resmî makamlara intikal etmiş şekilsiz evlenenler arası münasebetlerin devam müddetine bakılırsa evlenmenin resmî şekli devamının garantisi olmadığı neticesine varılabilir.

Elde istatistikler olmadığı için, tesadüfen mecmualarda gözümüze çarpan bazı yabancı kararlarda bahis mevzuu şekilsiz evlenmiş çiftlerin beraber yaşama müddetlerine misal verelim:

M. 18 yıldan beri şekilsiz evlendiği eşinden ayrılmıştı. O evli idi, metresine karısından boşandıktan sonra resmen evleneceği vaadinde bulunmuştu. M. kendisini rahatsız etmemesi için terkettiği metresine bir tazminat taahhüdünde bulunmuştu. Ödeme zamanı gelince O, taahhüdü ahlâka uymadığı için hükümsüz olduğunu iddia etti. Paris İstinaf Mahkemesi bu taahhüdü ahlâka aykırı olmayan tabii bir borcun ifası hükmünde sayarak muteber addetti⁵.

Ahlâka aykırı bir vaziyeti ihdas ve idame için vaki taahhüdü Türk kanununda olduğu kadar, Fransız kanununda da hükümsüzdür. Paris Mahkemesinin bu taahhüdü muteber tutması, taahhüt eşler arası münasebetin devamını temin değil, uzun müddet birlikte yaşanmış kabahatsız bir kadının düştüğü vaziyetten kendini vicdanen mesul tutan kimsenin ahlâkî jesti kabul etmesi ile izah olunabilir.

Paris mahkemesinde diğer bir dava⁶ :

Eşler 1916 dan 1949 tarihine kadar metres hayatı yaşamışlardı. O tarihte erkek 80 yaşında iken öldü. 33 yıllık sakin, az eşlere nasip olan bir hayat.

Fransız Devlet Şurasında bir kadın 14 yıldan beri metres hayatı yaşadığı eşini itfaiye kusuru ile yangından kurtaramadığı için Marsilya belediyesi aleyhine kendi namına asaleten, ölenle münasebetinden doğmuş küçük çocukları namına velâyeten tazminat davası açmıştı. Devlet Şurası davayı çocukları hakkında kabul, fakat eş hakkında, ölen yaşasaydı onunla münasebeti devam edeceğini isbat edemediği mucip sebeble reddetti. Başkanın sözcüsüne göre aralarında resmî akid olmadan birleşen eşler birleşmelerinin devamı üzerine hesap edemezlerdi. Zina veya yakın hisımlar arası olmayan fiilî (ifadesile tabii) evlilik ahlâka aykırı değildi. Taraflar istedikleri zaman ayrılmak, evliliğin kanunî neticelerine katlanmamak için resmî akit yapmadıklarından evliliğin menfaatlerinden de istifade edememeleri lâzımdı.

Eşlerin 14 yıl, ölüncüye kadar sadakatla birbirine bağlı kalmaları, vaziyetlerinin âtiyen de devam edeceğinin bir garantisi değil midir? Resmî evlenmeler bir eşin ölümüne kadar devam edeceğine, çocukların yaşları gelince aileden ayrılmıyacağını kim temin eder? Bu ihtimal onların manevî tazminat hakkını selbediyor mu?

Prof. Rodière'in raporunda zikrettiği (s. 21) Fransız 12 Kasım 1955 K. Fransa hizmetinde ölenlerin metreslerine mikdarı dul karısına verilecek olana müsavi yıllık yardım kabul ederek onları meşru karı ile aynı vaziyette addetmiştir.

İsviçre Neuchatel Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk profesörü Grossen'in Lille kongresinde verdiği rapora göre İsviçrede metres hayatı yaşayanlar pek çoktur. Federal mahkemeye akseden evlilik dışı münasebetin sebep olduğu davaların mikdarı göz önüne getirilirse Grossen'e hak vermek gerekir.

5) 7 Ekim 1954, D-S 1955, 100

6) 11 Mayıs 1957, S. 1957 417

Grossen raporunda İsviçre CK. Kantonlara metres hayatını yasak etme selâhiyeti tanınmış olduğunu, bu halde metres tutulması cezayı istilzam ettiğini, ancak Federal mahkemeye göre⁷ metres hayatının skandal şekli alması suçun unsuru olduğunu tebarüz ettirmiştir.

Evli bir erkeğin herkesçe bilinecek tarzda bir eve kadın kapatması gibi ceza kanunu ile hemen her yerde suç sayılan hareketi ahlâka muğayir olduğu kabul edilebilir. Ancak, bu halde dahi onların birleşmelerinden doğan çocukların babalarına izafetle tescil edilememeleri himayeye değer çok menfaatlerin kaybına sebep olur.

Evlenmeden kanı koca hayatı yaşayanlar arasında şerefleri ile tanınmış çok kişiler bulunduğu ve muhitin eşlere evlilik vesikalarını tetkika lüzum hissetmeden itibar gösterdiği nazara alınırsa imam nikâhı ile birleşmeleri ahlâka aykırı saymak kabil olmaz. Memleket içinde umumî ahlâksızlık havası estirilmesi kabul edilemez.

Türkiye Temyiz Mahkemesi Ceza Heyeti⁸ “metres sözünün Medenî Kanuna aykırı evlenmeleri ifade ettiğini bu gibi evlenmelerde ise köy ve kasabalarda ayıp nazarile bakılmadığı için kullanılan bu tabirin tahkiri, tazammun etmiyeceğini” kabul etmiştir.

“Aile hayatı ve boşanma” yazımızda⁹, ailelerin korunması için ileri sürülebilen en kuvvetli sebep, çocukların aile içinde terbiyesi sosyal teşkilât tarafından terbiye edilmelerini nazaran arzettiği açık üstünlük olduğunu tebarüz ettirdik. Hakikatte, çocukların en iyi terbiyelerini temin eden eşler arası devamlı ve muntazam yaşamadır, aralarındaki sözleşmenin resmen tescili değildir.

İster imam nikâhı densin ister metres hayatı densin, hakikî evlenme tarafların devamlı yaşamak için sarahaten veya zımmen anlaşmalarıdır. İslâm âlimleri nikâhı böyle anladılar. Onlara göre nikâh sadece, diğerleri gibi bir akittir.

Kilise hukukunda evlenme muteber olmak için papasın erkek ve kadının ruhlarını birleştirmesi gerekir. Onların birleşen ruhlarını ancak Allah ayırabileceği için boşanamazlar. Kilise hukukunda aileler sun'idir. Çünkü, kanı koca yıllarca birbirini görmeseler, birbirinden nefret etseler dahi eştirler, başkaları ile evlenmezler. İslâm hukukunda ise bilâkis aile sevgiye istinat ettiği için tabiidir. Çünkü, sevişmiyen eşler ayrılırlar.

7) 9 Mart 1945 kararı JDT 1946 IV 14 19 Rapor s. 4.

Bugün Medenî nikâhın rolü evlilik vaziyetinde aleniyeti, istikrarı temin, uzun yıllar sonra dahi ispatını temine inhisar eder. Bu fayda da ezelden beri taktir olunmuştur.

İslâm hukuku gizli evlenmeleri mevcut, fakat fasit sayarak kadına istediği anda sarahaten veya evden gitmek suretile zımnen ayrılma imkânını vermiştir. Her yerde tantanalı düğünler itiyadı aynı ihtiyaca cevap vermektedir. Fakat, bu merasimin ifa edilmemesi serbest evlenmelere ahlâka aykırı bir vasıf izafesi için kâfi değildir¹⁰.

Sun'î olarak, kanun kuvvetile bağlanan kimselerden mürekkep aileler değil, sevgi bağları ile mukadderatlarını birleştiren ve idame eden kimselerden mürekkep aileler sosyal fonksiyonunu yapabilir.

Evlenme dışı çocukların ana ve babaları arası münasebetin kanun harici addedilmesi bazı ana babalarda kompleks bir ruh yaratarak, onları çocuklarını imhaya veya herkesin nazarından saklamağa mecbur bırakarak sosyal intizamı bozmaktadır.

Bugün fabrika hayatı erkek ve kadının birlikte çalışmaları zarureti doğurdu. Muhtelit çalışmalar kanunî şekiller dışında hususî anlaşmalarla birleşmeleri çoğalttı. Bu birleşmeleri kanun harici addederek, terbiye ve bakımdan mahrum çocukların sayısını yükseltmek, böylece esasında çok münakaşa götüren bir fikri, sosyal bakımdan âfet olarak vasıflandırabilecek bir vaziyete üstün tutmak hiç de rasyonel olamaz.

Kollogda bir hatip Türkiyede 1956 Kanunun neşri gününde bir milyon kadar evlenme dışı çocuk bulunduğunu ileri sürerek bu vaziyetten o kanunu mesul tutmak istedi. Bu görüşün hatasını tebarüz ettirmek için, bu kadar çocuğun hiç olmazsa pek çoğu kanundan daha evvel doğmuş olduğunu ve mikdarlarının fazlalığı kanun vazını bu hükümleri kabule sevkettiğini söylemek her halde, eşlerin neşredilecek kanunu hesaplıyarak münasebet tesis etmediklerini hatırlatmak kâfidir sanırım.

1956 K. da evvelki muvakkat kanunlar gibi fiili bir vaziyeti himaye altına almaktadır. Medenî Kanunun bir kaç maddesi tadil edilmezse bu mahiyette kanunların yenilenmesi lâzım gelecektir.

8) TCGK 20.5.1950, Sulhi Dönmezer, Ceza Hukuku, Hususî Kısım 1953, s. 118, not 1.

9) Arsebük armağında ayrı baskı 1957, s. 5.

10) Lévy-Bruhl, Aspects sociologique de droit 1955 s. 151-152.

Kollogda fiilî evliliğin taaddüdü zevcada gideceği, İnkılâbın esasları ile zıt olduğu da iddia olundu.

Biz Vatan gazetesinde¹¹ bir makalemizde, Medenî Kanun, İnkılâbın sembolü olamayacağını, bu kanunun da uzun ömürlü olabilmesi için, diğerleri gibi, zamanın ihtiyaçlarına, adalete uygun tutulması gerektiğini, demokratik bir rejime lâyık olan inkılâp fikir esaretinin ilgası olduğunu. lâıyıklık dini doktrin ve esasları tecrübe ve akıl hakimiyetine tâbi tutularak cebri mahiyette dünya işlerine esas olmamasını iktiza edip, dinlerin formüle ettikleri makulât prensipinin kabulüne asla mani olmayacağını müdafaa ettik. Büyük dinler hurafattan, politik zihniyetlerle yapılmış tahriflerden temizlenerek bütün saflıkları ile incelenirse, insanlara doğru yolu (Sıratı müstakim) göstermişlerdir. Ahlâk ve hukukun ilk prensipleri dinlerle konmuştur. Bugün de, yarı da ahlâkçı ve hukukçu bu prensiplere göz yumamaz. Lâıyıklık bu prensiplerin akıl hakimiyeti ile işlenmesi demektir, fantaziye göre hüküm sevki değildir. Bir fikir esareti yerine lâıyık diye diğer fikir esareti kabul edilemez.

Herkesin benimseyeceği, zihinlerde bulanık fikirler uyandıran, muhtevalarını herkesin bir türlü anladığı İnkılâp delili, veya ideolojisi ile bir tezi isbata çalışmak isbata muhtaç olan bir delil ile müddeayı isbat demek olur ki, mantıksızlığı meydandadır.

O makalede yazdığımız gibi, Medenî Kanunun bir mabut, mahkemelerin, ilmi mahafilin ona tapacak mabet sayılması İnkılâbın icabı bir prensip değil, onun prensiplerine zıttır. Evlenme dışı çocukların vaziyetlerine Medenî Kanun hükümlerine aykırı olarak meşruiyet veren ve ayrı üç devre Millet Meclisleri tarafından kabul olunan kanunlar İnkılâp prensiplerini baltaladığı iddiasını bir az tuhaf buluruz.

Biz şahsen Medenî Kanunun umumî olarak tadili ele alınmasına taraftar değiliz. Fakat kanaatımızın sebebi bu kanunun ezeli mahiyetine inandığımızdan değil, aile münasebetlerine dair ahlâkî ve makul hükümlerinin, demagojik iddialar karşısında düşülen hatalara kurban olması endişesindedir. Bizce, doğru olan bu kanunda mevcut ve hakikî vaziyetlere intibak etmediği, yalnız Türkiyede değil, diğer memleketlerde de anlaşılan ve içtihatlarla tashih mümkün görünmiyen birkaç maddenin tadili ile iktifa olunmak diğer hükümleri içtihatlarla ideal olan adalet esaslarına uygun tutulmaktadır.

11) İnkılâp ve Medenî Kanun, Vatan, 16 Eylül 1957, Fiilî evlilik ve boşanma, Vatan, 5 Kasım 1957.

Hatırda tutmak gerekir ki, İsviçre medenî kanunu her zaman, her muhitte muteber Asıl hukuk ifade eden hükümler yanında zamana, ve İsviçre an'anesine uyan hükümleri de ihtiva etmektedir. İçtihatlarla yalnız bu son hükümler zamana ve Türk muhitine intibak ettirilmelidir. Medenî kanunun aile hayatını tanzim eden hükümleri, bu ihtirazi kayıpla, bilhassa ahlâkî sahada bırakılarak, cebren temini cihetine gidilmezse aileler içinde azamî derece huzur ve sükûnu, eşlere evlenmeden bekledikleri zevk ve saadeti temin eder. Fakat tekrar edelim, bu bapta, şart hükümlerinin iyi anlaşılması, ve hususî vaziyete intibak ettirilmesi, Medenî kanun hükümleri, izafe edilen mecburi mahiyetleri itibariyle rollerini yapamamaktadır. Aile işlerinde hakim mûdahalesi nice hallerde aksi netice verir.

Her memlekette atalardan intikal eden bazı ideolojiler vardır ki, kanun vazıları bunları bertaraf etmek için çok kuvvetli olmak, ve ideoloji de hakikaten manasız olmak gerekir. Kanun vazısı pek kuvvetli de olsa, bir ihtiyacı karşılayan, ve haddi zatında makul olan ideoloji ile kolay mücadele edemez. Atatürk kuvvetli iradesi ile bir günde mânasız, ihtiyaçlara hiç te uymayan, çok âdetleri alt üst eden bazı kanunlar kabul ettirdi. Halk bu kanunlara itaat etti. Fakat, bu irade kanunen kabul olunmuş ağır cezalara¹² rağmen imam nikâhı ile birleşmelere mani olamadı.

IV

Fiilî evliliğin neticeleri

Fiilî evliliğin nişanlılık olduğu tezi

6 — Resmî olmayan evlenmenin hukukî neticeleri bu şekil evlenme ahlâka aykırı sayılmadığına göre, diğer fiilî vaziyetler gibi, tarafların maksatları, karşılıklı menfaatler gözönünde tutularak, her halde bütün insan münasebetlerine hakim olan adalet duygusunun icaplarıyla tanzim edilmek gerekir.

Adalet hissi herkesde aynı olmadığı muktezasını her hâdisede tayin de kolay olmadığı için, kanunlar umumiyetle münasebetleri kategorilere ayırarak vaziyete göre âdil olan hal şekillerini göstermişlerdir. Bir kategoriye giren hâdisede, hususî sebepler olmadıkça hakim mevzu kaidelerden ayrılmamak gerekir. Kanunda derpiş edilmemiş bir vaziyeti,

12) Ceza K. resmî akit yapılmadan evlenmenin dinî merasimini yapanlara bir aydan üç aya kadar hapis cezası tayin etmiştir (237).

tanzim için, bu sebeple, kanunla tanzim edilen bir kategoriye sokmak gerekir. Evlilik dışı devamlı yaşama arzusu ile birleşmelere de hüküm sevgi için kanun ile tanzim edilmiş kategorilerden hangisine sokulabileceği araştırılmalıdır. Bir kategoriye sokulamıyan süijeneris denilen münasebetlerde gayret sarf ile âdil olan hükmü bulmak lâzım gelecektir.

Biz Lille kongresinde ve İstanbulda kollogda Medenî Kanunun nişanlanmaya dair hükümleri evlilik dışında kanı koca hayatı yaşayanların vaziyetine tamamen intibak ettiği tezini müdafaa ettik. Bu tezimiz Lille'de açık bir itiraza uğramadı. Kollogda ise itirazlar açıktı.

MK. bakımından, aralarında evlenmeye karar vermiş olan erkek ve kadının nişanlıdır, yazılı bir mukaveleleri bulunması şart değildir. Nişanlanma tarafların birbirine karşı takındıkları bir vaziyettir. Biz, Pratik hukuk mecmuasında nişanlanma hukukî bir muamele olduğu için davalı, inkâr ettiği takdirde şahitle isbat edilemeyeceği, ancak teati edilmiş imzalı fotoğraftan, mektuplardan (beyyine başlangıcı) istidlâl olunabileceği tezini müdafaa ettik. Maahaza maruf ve meşhur hal almış vaziyetler isbata muhtaç olmadığından (HUK. 238), nişan her kese duyurulmuş ise yazılı delil ile isbatına hacet kalmaz¹³.

Nişan serbestçe bozulabileceğine göre, tarafların hevesleri geçince ayrılacaklarını nazara alarak bir kaç saatlik nişanlanma komedisini himaye edip te, ciddî olarak fiilen uzun müddet devam eden evlilik münasebetlerini, hiç olmazsa nişan oyunu oynayanlar kadar, himaye etmemek çok manasız olacaktır.

Hukuk, hukukçuların kelimeleri kırka yarararak, kafa sporları yapmaları için konmuş kaideler mecmuası olmasının zamanı geçmiştir. Zekâ neşterleri ile mevzu hukukun ruhu olan, ona hayat ve meşruiyet veren Asıl Hukuk öldürülmemelidir.

Hülâsa, evlenme vaadi olan nişanlanma, istendiği gibi bozulabilen tabii evlilikten başka bir şey değildir. Kanunî evlilikle bu tabii evlilik arasında Medenî Kanun bakımından, o da çok tenkit götüren bir kaç fark bulunmaktadır.

7 — Kollogda evlilik harici kanı koca hayatı kanunî statüye tabi

13) Evlenme vadinin ve cinsî münasebetin isbatı makalemiz, Pratik Hukuk Mecmuası, 1951, s. 3. Bu yazıda Fransız Temyiz Mahkemesi 7 Şubat 1950 kararı analiz edilmiştir.

tutulması taaddüdü zevcatın korunması neticesini verdiği de iddia olundu. Bu itiraza karşı şu mülâhazalar serdölunabilir:

MK. birden fazla kadınla nişanlanmayı hükümsüz addetmemiştir. Şu halde, itiraz esaslı ise 1956 kanundan ziyade daimî mahiyeti olan Medeni Kanuna müteveccihdir.

İslâm hukukunda caiz, bugün bir hayli Avrupa memleketlerinde fiilen vaki olan bir kimsenin bazı zaruretlerle bir kaç kadınla devamlı veya geçici münasebet tesis; yasağı ferdin rahatını, ve aile içinde huzuru temin bakımından faydalıdır. Fakat bu fayda sosyal bakımdan çocuklar için bir aile yuvası teminini istihdaf eden 1956 kanununa hücum için lojik bir sebep değil, sadece bir bahane olabilir. Önlenmesi gereken, resmî akitle evli olan bir erkek veya kadının başkaları ile skandal olarak vasıflandırılacak hayatlarıdır. Skandal vaziyetler çocuklara kötü örnek olması itibarile önlenmek gerekir, fakat önlenemezse neticeleri kabul olunmalıdır.

Ceza K. kanının zinasını mutlak olarak cezalandırdığı halde, bazı yabancı kanunlar gibi kocanın zinasını herkesçe bilinir şekil olması şartile cezalandırmaktadır.

Fiili evliliğe tatbiki kabil hükümler

A. Cezaî mesuliyette.

8 — Evlenme vaadi ile bir kızı bozduktan sonra evlenmeden imtina eden, evlenme vaadi ciddi değil idi ise (iğfal şartı), cezayı istilzam eder. Kızın evlenme vaadini ciddi sanarak teslim olması suç unsurudur. (CK.) Fakat, ciddi de olsa bir evlenme vaadinden makul bir sebebe dayanarak nükul, hele bir boşanma için sebep olabilecek bir hâdise tahakkuk etmiş ise CK. tatbik edilmez. Bu kanun yalnız ciddi olmıyan evlenme vaadlerini cezalandırmaktadır. Bir kızı ciddi olmayan hareketle devamlı yaşanacağı kanatı verilerek bozduktan bir kaç gün sonra bir bahane ile terkeden, bu suretle onu halk ve ailesi nazarında hacil, telâfisi zor bir vaziyete düşürülmüş olan failin suçu ahlâkî bakımdan, evlenme vaadi ile neticesi tamamen gizli tutulabilen kız bozmaya nisbet kabul etmeyecek derece ağırdır. Binaenaleyh, bu vaziyette evlenme vadi mevcut sayılarak hiylekâr failin Ceza Kanununda yazılı cezaya çarptırılması gerekir.

B. Metresin kullanımına mahsus eşyanın hacizden muafiyeti:

9 — Aile sevgi bağları ile bir çatı altında mukadderatını birleştirenler olduğuna göre, fiili evliler aynı ailedendir.

İc. İf. K. (82) borçlunun yalnız şahsına değil, ailesinin ihtiyacına tahsis ettiği malları da hacizden muaf tuttuğu için, borçlu metresinin ihtiyacı için de lüzumlu eşyasını meselâ iki yatağını, iki sandalyasını hacizden kurtarabilir.

C. *Öldürülme halinde tazminat:*

10 — Fiilî evlilerin aynı aile sayılması kusuru ile bir adamın ölümüne sebep olan onun fiilî eşine de manevi tazminat ödemekle mükellef tutulabilir.

D. *Ayrılan eşlerin tazminat hakkı:*

11 — Nişan gibi imam nikâhları da serbest feshedilebilir. Bir tarafın diğeri ile ebedî yaşama taahhüdü hükümsüzdür. Nişanlanmada olduğu gibi, bir eşin diğesine terk edilmesi halinde muayyen bir tazminat ödeme taahhüdü hükümsüzdür. Fakat bir eş diğesinden ayrıldıktan sonra ona geçmişteki vaziyeti tasfiye için, veyahut kendini kabahatli sayarak veyahut terk edilmesi yüzünden maruz kaldığı fecî vaziyet itibarile ahlâkî bir borç sayarak, hatta kendini taciz etmemesi, bir daha yüzünü göstermemesi için tazminat¹⁴taahhüt etmesi muteber olur. Birlikte yaşamayan nişanlılar da nişan bozulduktan sonra bu kabil bir taahhütte bulunabilirler. Tarafın ayrılma hürriyetini tahdid eden tazminat taahhüdü başka, tahakkuk etmiş bütün ahval ve şartları gözönünde tutarak serbest irade ile tazminat taahhüdü başkadır

Karı kocanın da peşinen birbirine boşanma halinde tazminat taahhüdü hükümsüzdür. MK. boşanma dâvası derdest iken bir eşin diğesine tazminat taahhüdünü hakimnin tastikine bağlı tutmuştur. Çünkü, taraf diğesinin boşanmaya haksız mukavemetini yenmek için had aşırı fedakârlıkta bulunabilir.

Boşanma halinde tazminat tarafların hal ve vaziyeti boşanma sebebinin ihdasında kusurları nazara alınarak boşanmaya hükmeden hakim tarafından taktır olunur. Bir tarafın kendiliğinden taahhüt ettiği tazminatın ne derece âdil olduğu da takdire tabi tutulmuştur. Fakat, boşanma kararından sonra eşlerin birbirine tazminat taahhütleri tasdika mütevakkıf olmadan muteberdir.

Fiilî evlenmelerin feshi için hakimnin müdahalesi lâzım olmadığına göre, birbirine sarahaten, veya zımnen evlenme vaat etmiş olup ta bir müddet karı koca hayatı yaşadıkdan sonra ayrılan eşlerin ayrılma sebebi ile mânevî tazminat taahhütleri tasdika mütevakkıf değildir.

Fiili evliler birbirinden ayrıldıktan sonra tazminat talepleri nişan bozulması halinde tazminata dair hükümlere göre çözülür. Tarafı terkte ağır bir kusuru bulunması, eşi de bu terk yüzünden büyük bir ıstırap çekmesi şartile mânevî tazminata mahkûm edilebilir. Ağır kusur nişanın bozulması veya, eşin terk edilmesi değildir. Çünkü nişanın bozulması bir hak olduğu için istimali haksız olamaz, hatta kanun nişanlıının evlenme iradesine baskıyı önlemek için nişan bozulması halinde tazminat taahhüdünü hükümsüz addetmiştir¹⁵. Binaenaleyh, eşi ile imtizaç edememiş veya aşk hisleri sönmüş olan taraf nezaketle, onu üzmemek için elinde olan tedbirleri alarak münasebete son vermiş ise bu sebeple tazminat ödemeye mahkûm edilemez.

Bir eşin terki yalnız müterafık olduğu şartlar, ve şekil itibarile tazminatı haklı gösteren ağır bir kusur olabilir. Ezcümle, taraf nişanlısını, münasebetleri devam edeceğini ihsas ederek gebe bırakmış, onu ailesi ile münasebetini kesme, işini terketme zorunda bırakmış, veyahut terk eşi lüzumsuz yere asabını bozan isnatlarla, sözle olmuş, evlenme vaadi, imam nikâhı kadına bir zaman hisleri tatmin için kurulan bir tuzak idi ise, eş te terkedilmesi yüzünden eski vaziyetine avdet edemiyerek perişan vaziyete düşmüş ise, kusurun ağırlığı ile mütenasip mânevî tazminata, çok ağır vaziyetlerde CK. hükümlerine göre cezaya mahkûm edilebilir.

Zamanını eşinin işlerine tahsis etmiş olan taraf BK. nin 318 den istifade ile hizmeti için münasip bir ücret isteyebilir mi?

BK. daha ziyade bir ücret umarak diğerine hizmet edenler hakkında tatbik olunabilir. Sevgiye istinat eden nişanlılık, veya evlilik münasebetinde tatbik edilemez.

Resmen evli olanların kanunî müzaheret borcu birbirinden hizmet mukabili ücret istemelerine manî olduğu gibi, fiilen evli olanların da birbirine zimmî müzaheret taahhütleri ücret istemelerine manidir. Eşlerin

14) Yukarda Paris Mahkemesi kararı, No 5.

15) Temyiz kararı: Tarafların birbirine resmî şekilde evlenmeyi vaadettikleri ve bir müddet beraber yaşadıkları, fakat davalının davacı ile geçinemediğinden bahisle evlenmeğe yanaşmadığı anlaşılmaktadır. Medenî Kanununun 83 üncü maddesi uyarınca evlenmeden imtina halinde tazminat verilmesi şart kılınmış ise bu şart muteber değildir. Bu itibarla davalının evlenmeden imtina ettiğinden ötürü taahhüdü mucibince (500) lira tazminat vermesine matuf olan davalının reddi ittiza ederken... ittifakla...

Adalet D. 1956 s. 1284. T III H 10/9/1956.

ücretleri yaşadıkları hayattan duydukları zevk ve istifade ile; iâşe, ibate, zamanında verilmiş münasip hediyelerle ödenmiş sayılır¹⁶.

Resmen evli olmıyanların birinin diğerine hizmeti mukabilinde ücret taahhüdü muteberdir. Yalnız metres hayatını idame için mukavele ahlâka aykırı sayılmak gerekir. Çünkü, bu kabil taahhüt eşin terk iradesine baskı yapar. Eşi şartlar ne olursa olsun ölünceye kadar birlikte yaşamağa zorlayan bir akit gayesi insan saadeti olan ahlâka uymaz. İnsan uzun müddet hürriyetini ancak, halen mevcut açık ve pek üstün bir menfaatini korumak için bağliyabilir. Fakat ebedî bağliyamaz. Resmen evli olanların dahi boşanma halinde tazminat taahhütleri ahlâka aykırı olup hükümsüzdür.

12 — Lille kongresinde fiilî evliler arası münasebet fiilî ortaklık kabul edilerek eşlerin her biri sonradan iktisap ettikleri mallarda hisse iddia edebileceği fikri ortaya atıldı. Eşler arası ortaklık var farzedilebilmek için, müşterek mesai ile, elde edilecek kazanç aralarında müşterek olacağında zımnen olsun anlaşmış olmaları, ve haczı elde etmek için müşterek mesai sarfetmeleri lâzımdır. Karı eşine sanatında yardım etmiş ise böyle bir hak iddia edebilir. Şu varki tarafların mesailer ve sermayeleri arasında büyük fark varsa müsavi pay esasına göre ortaklık kabul edilemez. Zamanını müşterek menfaat hizmetine tahsis etmiş olan eşin, hizmetini karşılıksız bırakmak, ötekinin kazancını şahsına tahsis etmek âdil olmadığı meydandadır. Binaenaleyh, eşler arasında bir ücret şartı yoksa her birinin iktisabı hizmeti ile mütenasip miktarda aralarında müşterek sayılması âdildir.

Hiç kusuru olmıyan eşini sebepsiz terkeden tarafın hizmeti için ücret iddiasını kabul zordur. Ancak bir eş diğeri ile münasebeti ölüm veya onun kusuru ile vaki kesilmesi halinde tazminat veya malların da ortaklık iddia edebilir.

Resmen evli olanlar arası vaziyette de aynı hüküm yürür. Ancak, karı kocadan biri ölürse kanun miras olarak diğerine mallardan hisse ayırdığı için, ayrıca ortaklık iddiasında bulunamaz. Boşanma halinde ise haklı olmak şartile tazminat isteyebilir.

13 — Fiilî evli olan eşler müştereken kullandıkları eşyaya müştereken vazülyet sayılırlar. Eşlerden her biri, aleyhine açılan davada bu

16) Pratik Hukuk Mecmuası. Akitsiz ev hizmetinde çalışanların ücret iddiası makalemiz. Türkiye Temyiz ve İsviçre Fed. Mah. kararlarının analizi, 1950, s. 137.

eşyada zilyetlik karinesine istinat edebilir, bir eş diğeri ile müştereken kullandığı şey hasren kendine ait olduğunu isbat edemezse o şey aralarında müşterek sayılır, meğer ki diğerinin geliri bu şeyin iktisabına yetmediği ve kıymeti de mutad ve makul ikram hududunu aştığını, veyahut şahsî kullanması için aldığını isbat edebilsin. Ancak bu halde lehine müstakil mülkiyet karinesi bulur¹⁷.

C. Hediyelerin geri alınması:

14 — Resmî olmıyan evlilik hakkında nişanlılık hükümlerinin tatbiki, eşlerin ayrılmaları halinde birinin diğesine verdiği hediyeleri geri alabilmesini iktiza eder. Halbuki, bir kadına devamlı yaşama maksadı olmadan tesadüfi münasebete rızasını temin için verilmiş olan şey geri alınmaz. Gerçekten bir birle devamlı münasebet tesis edenler arası hediyeler bu münasebetin devamı nazara alınarak verildiği için ayrılma halinde iktisap sebepsiz ve haksız kalır. Geçici münasebette ise bu mülâhaza yoktur.

Resmen evli olanların birbirine verdikleri hediyeleri boşanma halinde geri almaları kaide değildir. Felsefî bakımdan nişanlılarla evliler arası bu farkı izah zordur.

Hakim boşanan karı kocanın hediyeleri haksız kazanmalarını kanun çevresi içinde azamî derecede önlemek için hediyelerin boşanma halinde tazminat olarak iadesine veya bedeli ödenmesine hüküm etmek gerekir. Hediyeleri aldıktan sonra geçimsizlik sebepleri ihdas eden tarafın en az bu hediyelerden aynen veya bedelen iadesine mahkûm edilmesi âdildir.

Bir eşin diğesine verdiği çok kıymetli şeyler sadece kullanması için ariyet, veyahut evlilik hayatı devam etmesi zımnî şartı ile hediye edilmiş sayılarak boşanma halinde istirdadına da hükmolunabilir.

İsviçre Fed. Mahkeme bir kararında, düğün günü karıya takılmış aile yadigârı bir kıymetli gerdanlığı bu zımnî şartlar hediye edilmiş, veyahut ariyet mahiyetinde addederek boşanma halinde iadesine karar verdi. Eşler arası evlilik hayatı üç ay devam etmişti.

Paris istinaf mahkemesi de¹⁸ kayın peder ve validenin düğünde gelinlerine taktıkları gayet kıymetli üç sıra inci pırlanta taşlı bir pantantifi

17) Yukarda No. 5, Paris istinaf kararı.

boşandıktan sonra geri almak için açtıkları davayı kabul etti. Bu mahkemeye göre de eşe kıymetli hediyeler evlenme baki kalması, ölüm halinde çocuklara bırakılması zımnî şartıyla verilmektedir. Hatta bu hediye eşe doğuracağı çocukları namına kullanması için verilmiş bir ariyettir. Bu çeşit eşya aile yuvasını süsler, kadının kullanmasına mahsus olması ona hediye edilmiş olmasını iktiza etmez. Kadına verilen şeyler mutata hediye hududunda kalması şartıyla şahsına ait olur.

Kadını süslü görmek koca için bir zevktir. Ona verilen hediye bu sebebe istinat ediyordu; sebep kalmayınca diğerinin iktisabı haksız kalır.

Nişanlı aldığı hediye nişan bozulduktan veya bozmasını tasarladıktan veya diğerinin bu maksadını hissettikten sonra istihlâk ederse kıymetini tazmin ile mükellef olur. Fakat, bu hal haricinde hediye istihlâk eden eşin tazmin mesuliyeti yoktur, yalnız eş aldığı hediye satarak veya diğer suretle intifa etmiş ise halen baki olan istifadesi nispetinde mesul olur.

E. Kadın ev ihtiyacı için yaptıkları borçtan eşinin mesuliyeti:

15 — Medenî Kanun nice hallerde tatbik ettiği görünür vaziyetlere itimat edenlerin himayesi prensipi her kese kendilerini karı koca gösteren kimselerin vaziyetini hakikî sanmış olanların da himayesini iktiza eder.

VI

1956 Kanunu tahlili

A. Fiilî evliliğin tescili için şartlar

16 — Aralarında resmî nikâh olmadan karı koca hayatı yaşamış olanlar birleşmelerinden çocukları olmuş ise fiilî evliliklerinin evlenme siciline tescilini isteyebilirler (K. I).

Talimatnameye göre, çocukları olmayan eşler fiilî evliliklerinin tescilini isteyemezler (T 6). Birleşen eşlerin çocukları ölmüş ise evlilikleri, çocukları ölüm siciline geçirildikten sonra tescil olunur.

Bizce, kanun geniş tefsir edilerek birleşmelerinden çocukları olmamış eşlerin de tescil isteyebilecekleri kabul olunmak gerekir. No. 21 e bak.

Nüfus memuru eşlerin tescil talebini isaf edebilmek için yapacağı

tahkikat ile onların karı koca hayatı yaşadıklarına ve evlenmelerine MK. bakımından bir mani bulunmadığına kanaat etmelidir (T I A).

Tarafların birlikte devamlı yaşama kastı objektif vaziyetlerin delâletinden, beyanlarından, teati ettikleri mektuplardan anlaşılabilir.

Tarafların karı koca hayatı yaşama iradesi hukukî bir muamele olduğu için, inkâi halinde yazıdan mütehasıl bir delil ile (beyyine başlangıcı) tevsik edilmek gerekir, şahitle ispat olunamaz. Çoğu zaman aynı çatı altında oturanların müşterek yaşamalarından maksatlarını şahitler bilemez. Ancak, eşlerin karı koca hayatı muhitte maruf hal ise artık gayeleri başka olduğunu iddia eden ispatla mükellef olur. (HUK 238). Binaenaleyh, muhtarlar ancak köy veya mahallede karı koca gibi yaşadıkları şayi kimselerin vaziyeti hakkında ilmühaber verebilirler.

Eşler çocuklarının talim ve terbiyesine itina ettiklerini, aralarında imam huzuru ile akit yaptıklarını herkese duyurmuşlarsa vaziyetleri maruf sayılır.

Taraflar müttefikan karı koca hayatı yaşadıklarını ve birleşmelerinden çocukları olduğunu iddia ederlerse artık vaziyeti tahkika hacet kalmaz. Onların icap edince eski tarihle vesika tanzim etmeleri hiç te zor değildir. Nüfus memurunun bu bapta tahkikat yapması fuzulî formaliteden ibaret kalır. Tahkikat, ana ve baba tescil istememesi itibarile K. 3 cü maddesine tevfikân çocukların resen tescilî için yapılmak gerekir.

17 — MK. bakımından tarafların evlenmelerine mani bir sebep, meselâ, bir tarafın başkası ile evli olması, aralarında yakın hısımlık evliliklerinin tesciline manidir.

MK. a göre bir eşin yaş küçüklüğü de evlenmesine manidir. Fakat, 14 ünü. bitiren kız, veya 15 ini bitiren erkek hakimın kararı ve ana babasının izni ile evlenebileceğine, evlenen küçük gebe kalmış ise evlenme yaş küçüklüğü sebeble iptal olunamayacağına göre yaş küçüklüğü fiilî evliliğe tescil ile resmiyet verilmesine mani olmaz. Ancak, küçük reşit olduktan sonra tescil edilen evlenmenin feshini istemek salâhiyeti mahfuz tutulmalıdır.

Talimatname yaş küçüklüğü tescile mani olmadığını bir az müphem olarak ifade etmektedir. (T 5).

Temyiz kuvvetinden mahrum bir eşin tescil talebi nazara alınmaz. Fakat, bir eşin akıl hastalığı evlenmenin tesciline mani olur mu?

Talimatname bir az haklı olarak, tescile mani halleri MK. 92 ci maddede yazılı olanlara hasretmektedir (T 5). Evlilik hayatında bir tarafın akıl hastalığına tutulması evlenmenin butlanı icap etmez, bazı şartlarla boşanma sebebi olur. Fiili evliliğin tescili makabline şamil addedilğine göre, eşlere akıl hastalığı evlenmeden sonra arız olmuş nazarıle bakılabilir. Bir akıl hastası eş evlilik hayatında mesut olmuşken vaziyetine meşruiyet veren talebini reddetmek makul olmaz. Kanun neslin zararına hasta çocuklar doğmasını önlemek için akıl hastalarının evlenmesini yasak ediyor. Çocuk doğmuş ise yapılacak şey çocuğun hastalığını tedavi veya hafifletmek için çalışmaktır. Evlenmenin tescili bu gayeyi temine yarar.

18 — Tarafların evlenme iradelerini şahitler huzurunda alenen beyan etmeleri gibi MK. evlenmenin şekline dair hükümlerine mümkün olduğu kadar riayet olunmalıdır. Ancak, taraflar tescil iradelerini yazı ile beyan etmişler ise merasimsiz yapılmış olan tescil muteber olur. Fiiliyatta tarafların resmî evlenme akiti yapmalarına bir mani nüfus sicil kayıtlarındaki intizamsızlık sebebiyle ilân merasimi yapılmaması olduğu için ciddi lüzum olmadıkça bu formaliteden vazgeçilmelidir.

Fiili evlenmeye meşruiyet vermek için eşlerin tıbbi muayenesi abes görünür. Tıbbi muayene çiftlerden her birini diğerinin hastalığı hakkında ikaza, bazı hastalıkların sirayetini önlemeğe matuftur.

Évlilik hayatı fiilen başladıktan, evlilikten bir çocuk doğduktan sonra muayene gaye bakımından faydasız kalır.

19 — Bir tarafın ölümü ile sona gelen fiili evlenme tescil olunamaz. Fakat, bir tarafın ölümü çocuğun tescil ile nesebinin tashihine mani olmaz (K I T 13). Hatta bu halde Talimatnameye göre çocukların babalarına izafetle tescili için tahkikata da hacet yoktur (T 4). Babanın varislerinin tescile itiraz hakları tabii olarak mahfuzdur.

Babanın ölümü tahkikatın daha sıkı yapılmasını zarurî kılar. Kanunun her çocuğa ölmüş birini baba göstermek gayesini takip etmediği açıktır.

B. *Fiili evliliğin tescilinin neticeleri, makabline şumulü*

20 — Fiili evliliğin tescili yeni bir evlenme midir? Yani bu evlen-

me tescil tarihinde mi, yoksa fiili evlenme gününde mi neticelerini doğurur? Eşlerden biri evlilik fiilen tescil edilmeden, fakat, tescilini istedikten sonra ölmesi halinde diğeri mirasçı olur mu? Veyahut, taraf tescilinden evvel talebini geri alabilir mi? Kanunun daha evvel evin daimi ihtiyaçları için yaptığı borçlardan koca mesul edilebilir mi?

Kanunun esas gayesi fiili evliliğin, taraflar tescilini irade etmeleri halinde kanuni addetmek olduğu için tescilin neticeleri taleplerinde bildirdiklerine güne, gün tayin etmemişlerse talep tarihi gününe irca edilmesi rasyonel görünür. Tescil edilen fiili evlenmelere boşanma ile nihayet vermek için açılan davada tazminatın lüzum ve şumulünü tayin için de taraflar fiili evliliğin devamı sırasındaki vaziyetleri hesaba katılmak gerekir.

21 — Müddeiumumî tescilden sonra daha evvel reşit olmayan ana ile cinsî münasebeti sebebile baba hakkında takip yapamaz. Savcının resen takip ettiği kişi münasebette bulunduğu reşit olmayan kadınla metres hayatı yaşadıklarını, bu fiili evlenmeyi tescil ettireceğini beyan ederse, tescil yaptırabilmeleri için bir zaman tayin ederek takibini talik etmek gerekir, hakimin hükmüne kadar evlenmenin tescili ceza takibini düşürür.

Kanun fiili birleşmeler çocuk doğması şartile tesbitini kabul ettiğine göre (K I) reşit olmayan kadınla münasebette bulunan taraf, bu münasebetten bir çocuk doğmamış ise evlenmenin tescili ile cezadan kurtulabileceği meselesidir.

1956 Kanununun gayesi yalnız evlenme dışı doğan çocukların nesebine meşruiyet vermek değil, fiili vaziyetleri de tashih olduğu noktasından yürüyerek koca hakkında ceza takibinin düştüğünü kabul doğru görülür. Kanun metnindeki “ve bu birleşmeler” sözü ayrıca şarta talik edilmediğinden, her halde evlenme ile vaziyetlerini tashih ettirmiş eşleri cezalandırmakta sosyal menfaat değil, aksine büyük zarar olduğundan çocuksuz birleşmelere de evlenme ile makabline şamil meşruiyet verilebilmesi mantıkî olur. Zaten bir fiili birleşme takip gününden sonra da semere verebilir. Fiili kocaya verilecek ceza korunması istenen çocuğun ve kadının sokağa atılarak perişan olmasını da istilzam edebilir ki, gayeye açıkça zıt olur.

29 — Müktesep haklar. Fiili evlenmelerin ve çocukların ana ve babalarına izafetle tescili müktesep hakları ihlâl edemez. Meselâ, taraf bir

vasiyet yaparak öldükten sonra ona izafetle tescil edilen çocuğun mahfuz hisse iddiası vasiyet edilenin haklarına tesir edemez.

Karının birleşmenin tescilinden evvel hakimin muvafakatı olmadan kocanın menfaatine borçlanması iptal olunamaz.

Tescil üçüncü şahısların haklarına tesir etmemek şartile evvelki makabline şamil olur.

C. Çocukların neseblerinin tashihi

23 — 1956 K. ana ve babaları arasında fiilî evliliğin devamı zamanında doğmuş çocukların babalarına izafetle tescilini kabul etmiştir. (K 1). Bu tescil çocuğun nesebini tashih ederek ona meşru çocuk statüsü temin eder.

Evlilik içinde doğan çocuklara kıyasen, ana ve babaları ayrıldıktan 300 gün içinde doğmuş çocuklar da kanun hükümlerinden istifade edebilirler. Tarafların ayrıldıkları gün kat'î olarak tesbit edilemezse hakim erkeğin beyan ettiği tarihi, aksi objektif bir delil ile sabit olmadıkça ayrılık tarihi kabul etmek gerekir.

Tarafların birlikte yaşama iradesi olmadan geçici münasebetlerinden doğan çocukların nesebi ancak MK hükümleri dairesinde düzeltilebilir.

24 — Fiilî evlilik içinde doğan çocuklar, babaları tarafından talep edilmiş ise tahkikata hacet olmadan tescil olunur. Babanın talebi tanıma hükmündedir. Fakat, baba talep etmiyorsa ancak MK. ile muayyen müddet geçmemiş ise tahkikat üzerine tescil yapılabilir. Her halde babalık karinesini zayıflatan, babalık ihtimalini azaltan sebepler varsa, babanın veya büyük babanın muvafakatı olmadan tescil yapılamaz. Gerçekten, evlilik haricinde bir erkekle cinsî münasebete razı olmuş bekâr bir kadının hisleri kocasından başkasile münasebete razı olan evli bir kadının hislerinden farklıdır. Evli olmıyan bir kadının münasebette bulunduğu yabancı erkeğe sadakat hisleri şüphelidir. Fiilen evli veya nişanlı olan kadında eşine sadakat hissi bulunursa da, nişanı sarahaten veya zımnen feshederek yeniden başkalarile nişanlanmasına mani yoktur. İlk nişanlısına teslim olmuş bir kadının ikincisine teslim olmada bir mahzur duymaması ihtimali ise çoktur. Hevesleri geçince veya menfaatleri iktiza edince serbestçe ayrılmak için tabii evlenmeyi tercih eden kadınlar da az değildir. Binaenaleyh, fiilî evlenme tamamen kanunî evlenmeye benzetilemez.

Bir kaç erkekle tabii evlenen bir kadın, doğurduğu çocuğu bunlardan gözüne kestirdiğine mal etmek isterse o erkek zor durumda kalabilir. Doğumdan pek kısa bir zaman içinde çocuğun babası kim olduğunu tahkik nispeten kolaydır, davalının baba olması ihtimalini kuvvetlendiren, zayıflatan, kaldıran objektif vakıa ve deliller nispeten kolaylıkla bulunabilir, vakıalara şahadet edenlerin sözlerine nispeten fazla itimat edilebilir. Fakat, doğumdan uzun zaman sonra ne ananın davacı ile cinsî münasebetine, ne de ona sadakatine dair gösterdiği şahitlere itimat edilemez.

Bir erkeğin rızası hilâfına doğumdan uzun zaman sonra kendine mal edilen çocuğa ihtimam ile bakacağı şüphelidir. Aksine olarak, onun, veli sıfatı ile, tabii sevgisi olmıyan çocuğun şahsına veya mallanna müdahalesi lüzumsuz komplikasyonlara sebep olacaktır. Velez hakikî baba olsun, çocuğunu unutmuş, anası ile rabitasını çoktan kesmiş bir kimseyi baba hak ve vazifeleri ile mükellef tutmak da sosyal bakımdan faydasızdır. Kendine uygun bir vaziyet temin etmiş olan çocuğun, zenginliğine kani olduğu babadan nafaka peşinde işini bırakması, bu babayı ilerde fakirleşince mütevazî kazancı ile nafak mecburiyetinde kalması, hakkında faydalı mı, zararlı mı olduğunu münakaşa götürür. Babanın mirasını tanımadığı çocuğuna bırakmak zorunda kalması aileler arasında nizaları çoğaltır. Doğumdan sonra geçen uzun zamanla istikrar bulunmuş bir vaziyeti idame hayırlıdır. Nitekim sosyal muhitte sükûnu temine olan büyük ihtiyaç zamanla haksız vaziyetlerin hakka çevrilmesini icap ettirmiştir.

Filî vaziyetleri koruma gayesi ile kabul edilmiş olan 1956 Kanununa, bu vaziyetleri bozacak mâna verilemez.

25 — *Ana kaydının düzeltilmesi.* Talimatnameye göre, 1956 Kanunu evli bir erkeğin zinasından doğduğu halde, MK. un dar hükümlerini bertaraf etmek için ana olmıyan karısı adına tescil ettirdiği çocuklar hakkında da tatbik olunur. Bu çocuklar hakikî analarını mahkemede isbat edebilirse nüfus kütüğünde "asıl ananın adı ibraz edecekleri ilâm üzerine düzeltilebilir." (T 10).

Mahkemede hakikî anayı tesbit için açılacak davada hasım şahsına izafetle tescil yapılmış ana, hakikî olduğu iddia olunan ana ve babadır. Bütün taraflar, yani ana olduğu iddia edilen kadın, sicilde ana olduğu kayıtlı kadın baba ve çocuk müttelik olsalar da mahkeme nizasız işlerde yürüyen usul ile hakikatı araştırdıktan sonra kanaati ile karar ver-

mek gerekir. Hakim tarafların istekleriyle bağlı olmadan resen tamamlayıcı tahkikata karar verebilir.

Hakim ananın nüfus kaydının tashihi talebin; bütün ilgililere, hatta çocuk hakkında fiilî sevgi ve alâka gösterdikleri bilinen kimselere tebliğ eder.

26 — *Harçlardan muafiyet*: Fiilî evlenme ve mahsulü çocukların tescili için talepler harç ve resimden muaftır. (K 6. T 21).

27 — *Evli kadının doğurduğu çocuğun kocasından başkasına izafetle tescili*: Kocasından fiilen ayrı yaşayan kadının doğurduğu çocuk başka bir erkek adına tescil edilebilmek için nesebi kocası tarafından reddedilmek, mahkemenin reddi kabul eden ilâmı ibraz olunmak gerekir. Böyle bir tescil talebi karşısında nüfus memuru keyfiyeti nikâhlı kocaya bildirir. Koca tarafından mahkemede red davası açılırsa ibraz edilecek ilâma göre muamele yapılır (T 16).

Koca tarafından çocuğun nesebini red için dava MK. ile muayyen şartlarla ve müddet içinde açılabileceği tabii sayılmalıdır.

28 — *Usul*. Evlenme dışı doğmuş bir çocuğun babası adına tescili de ana ve babalarının tescilinde cari usule göre yapılır: İlgili tescili, mahallî en büyük mülkiye âmirinden ister, talebe muhtardan alınacak bir ilmühaberînin bağlanması lâzımdır. (K. 3 T. 12).

Kanun evlilik haricinde doğan çocuğun babasına izafetle tesciline esas olacak ilmühaber hangi muhtardan alınacağını tayin etmiyor. Selâhiyetli muhtarın tayin edilmemesi rasgele bir muhtarın tescil şartlarını tesbit eden bir ilmühaber verebilmesini tazammun etmez. Kanunun tescile esas olarak muhtardan alınacak bir ilmühaber araması, ana ve babanın kanunî gebelik müddetinde karı koca hayatı sürdürdükleri, doğmuş çocuklarına evlâtları gibi vazife yaptıkları maruf olduğunu tevsik içindir. Bu hususta tabii selâhiyeti olan muhtar ise fiilî evlilerin ikametgâhları olan yerin muhtarıdır.

29 — Kanuna göre, tescilî alâkalılar istiyebilirler, tescilî alâkalılar istemezlerse muhtarlar resen tescil yaptırmakla mükellestirler (K. 3).

Kanun ilgili sıfatile kimin tescil istiyeceğini tayin etmemiştir.

Tescil istiyebilecek ilgililerin geniş tutulması çocuğa felâkete sürükleyecek bir baba verilmesi ihtimalini çoğaltabilir, meşru aileleri telâşa düşürebilir. Kanunun umumî görünüş ifadesi, dost, düşman herkesin evli-

lik dışı doğmuş çocukların tescilini istiyebilme selâhiyetlerini tazammun etmez.

Bir iddiada ancak bu iddianın kabulü veya reddi yüzünden manevi menfaatlerinde zarara uğrayanlar, veya tazmin mükellefiyeti doğabilecek olanlar ilgili sayılabilir.

Bir hukukî münasebette doğrudan doğruya üstün manevî menfaati olan biri varken, diğerlerinin bu sıfatları kabul olunamaz. Bir vaziyeti taktir ederek harekete, vaziyetin idamesinde, değişmesinde, kaldırılmasında menfaatleri en üstün olanlar karar verebilir. Binaenaleyh, nesebi sahih olmıyan çocuk temyiz kudretini haiz ise ana ve babası olduğunu iddia eden dahi ilgili sayılmaz. Tescilin yapılmasında veya yapılmamasında çocuğun menfaati ana ve babanınkinden çok üstündür. Çocuk henüz temyiz kudretini iktisap etmemiş ise alâkalı hasren ana babadır. Onlar ölmüş ise çocuğa bağlılıkları maruf olmak şartıyla, kardeşler ilgili olarak tescil istiyebilecekleri kabul olunabilir. Kardeşlerin manevî bağlılıkları beraber büyütölmeleri her fırsatta kardeşlik vazifelerini yapmış olmaları gibi objektif vakıyalardan anlaşılmalıdır.

Nesep gibi aile şerefini ilgilendiren bir noktada manevi menevi menfaatler açıkça maddi olanlara üstün bir rol oynadığı, kardeşler arası manevi menfaatler sosyal hayatta yeter derece sağlam olmadığı düşünülürse onların mutlaka ilgili sayılması doğru görünmez. Fakat, talimatname 12 ci maddesi kardeşlerin de baba ve ana yoksa, ilgili sayılmasını iktiza eder görünmektedir. Her halde, hiç olmazsa manevi bağlılığı olmadığı muhakkak, veya maruf kardeşlerin talebi nazara alınmamalıdır.

30 — Ana ve baba ve çocuk nesebin tescilini istememişlerse tescilî muhtarlar yaptırmakla mükellef tutulmuşlardır (K. 3 f II).

Muhtarlar tescil yaptırabilmek için ana ve babanın fiilî olarak kanunî merasime riayet etmeden evlendikleri ve doğan çocuklarını fiilen tanıyarak büyüttükleri mahallinde maruf ve meşhur olmak lâzımdır. Bu cihet maruf değilken, fazla gayret göstererek tescil yaptırmış olan muhtar, bu bapta yeter dikkat sarfetmemiş olan nüfus memuru alâkalının bu yüzden uğradığı zarardan şahsen mesul tutulabilir (MK. 27). Devlet dahi nüfus memurunun kusurundan mesuldür. b. İcra İflâs K. şerhi-miz m. 6 şerhi.

Muhtarların resen tescil talepleri alâkalıların haberi olmadan veya itirazlarına rağmen muameleye konamaz.

31 — *İtiraz*: Çocuğun, nesebinin tashihinde üstün ilgisi olan ana, baba, kardeş, çocuğu fiilen terbiye eden, ona çeşitli yardımda bulunarak sevgi göstermekte olan herkesin kendisine tescil talebi tebliğ edilmemiş olsa bile, itiraz edebileceği kabul olunmak gerekir.

Çocuğa ilgisi olup ta şayi olan vaziyeti hakikat olmadığını bilenlerin ihbarı ciddi görünürse tescil yapılmaz. Neseb tashihi için resen tahkikat yapılması lüzumu, bu eşit şahadete kıymet verilmesini gerektirir. Fakat, nesebe itiraz eden hakikî hasım olmadığından ihbarı itirazları çözümeğe selâhiyetli sulh hâkimini takyit etmez.

Nüfusa tescili istenen kimsenin babası bilinse de, tescil, çocuğun menfaatlerine aykırı ise, meselâ baba maruf bir ahlâksız ise yapılmamak gerekir. MK. 293 cü maddesinde çocuğun babası tarafından tanınması “çocuk hakkında zararlı bulunduğu iddiasile” çocuğa, anaya tanımaya itiraz hakkı vermektedir. Binaenaleyh, ilgili itirazında bu sebebe de istinat edebilir.

İtiraz tescil talebinin ana baba, ölmüşlerse kardeşlere tebliğinden itibaren 30 gün için yapılabilir (K. 3 f. IV)ı

Son tebligaya göre hesap olunacak itiraz müddeti geçtikten sonra bütün itirazlar birlikte olarak sulh mahkemesinde incelenerek karara bağlanmak gerekir.

İtirazı halinde nüfus memuru itiraz hallonulmadıkça tescili yapamaz.

32 — Bir çocuğun nüfusa tescili için kanunî şartları tahkika ve karar ittihazına mahallî en büyük mülkiyet âmiri olan vali veya, kaymakam veya nahiye müdürü selâhiyetlidir.

33 — *İptal dâvası*. Her ilgili gıyabında veya muhalefetine rağmen yapılmış tescilin iptalini öğrendiği tarihten itibaren 6 ay içinde selâhiyetli mahkemede dava edebilir. Müddeiumuminin de butlan davası açmak hakkı mahfuzdur (K 4).

Fakat, üstün ilgilinin talebi üzerine yapılan tescilin iptalinin bu yüzden maddî menfaatleri haleldar olmıyanlar talep edemezler. Meselâ, miras mukavelesi ile mirasçı olan veya mahfuz hissesi bulunan varis babanın talebile yapılmış tescilin iptalini istiyebilir.

Alâkalının tescili öğrendiği gün, sabit olan vakıyalardan kat'î olarak anlaşılamiyorsa bu hususta beyanı muteber tutulur. İlân ile tebliği,

hatta, tebliğnamenin ikametgâha teslimi mutlaka tebliğden ilgilinin haber almış olmasını tazammun etmez.

Baba olarak tescil edilen kişi; tescilden fiilen haber almamış ise tescil katileşmez. Babanın öğrenemediği bir tescili iptal ettirme hakkı bir müddet geçmekle düşmesi hukuk prensiplerile telif edilemez. Her halde, ilgililer HUK. hükümlerine tevfikan eski hale getirme yolu ile dava haklarını muhafaza ederler.

Her ilgili açılmış davaya müdahale ederek de davacının iddiası hakikat olmadığını isbat edebilir.

39 — İlgilinin iddiası kabul olunarak yapılmış tescil iptal olunursa, tescil ile baba sıfatı takılmış olan kimsenin iptalden evvel velî olarak tasarrufları mahfuz kalır. Haklı olarak zevahire itimat edenlerin menfaatleri korunması prensiptir. Ancak, baba veya çocuğun haksız bir vaziyetten sonuna kadar istifade etmesi veya zarar görmesi kabul edilemeyeceğinden, tescilin iptali tescil ile tahakkuk etmiş mirasın intikalinin iptalini gerektirir. Çocuk veya mirasçısı, tescil sebebiyle mirasa hüsnüniyetle el koymuş ise sadece haksız iktisap kaidesine tevfikan aldığını iade eder.

Medenî kanun vesayete dair hükümleri kıyasen, tatbik olunarak, davalı olan ana baba velâyet haklarını bu bapta bir karar verilinceye kadar muvakkaten kullanırlar.

40 — *Babaları meçhul çocukların tescili:* Ana babası esasen kim olduğu anlaşılamiyan çocuğun nüfus kütüğüne tescili ana ve babası meçhul kaydiyle, umumî hükümlere tevfikan yapılmak icap eder.

Mustafa Reşit Belgesay