

İkinci Rapor

FİİLİ EVLİLİĞİN VE EVLİLİK DIŞINDA DOĞAN ÇOCUKLARIN HİMAYESİ

Ord. Prof. Mustafa Reşit BELGESAY

Tescil edilemiyen evlenmelerle bunlardan doğan çocukların cezasız tescili hakkında dört yıl meriyette kalmak üzere kabul edilmiş olan 30/1/1956 tarihli Kanun, Medenî K. ile muayyen şekilde vazife ifa eden evlendirme memuru huzurunda bir akte istinat etmeden birleşen eşlerden doğan çocukların evlilik mahsulü çocuklar gibi nüfus sicillerine kaydına müsaade, hattâ alâkalılar istememiş olsalar bile re'sen kaydını mecburî addetmiştir.

Bu kanun hakkında verilecek kıymet hükmü resmî memur önünde olmayan bir anlaşmaya müstenit tabiî veya fiilî evlenmeler hakkında ahlâkî ve sosyal bakımdan verilecek kıymet hükmüne tâbidir.

Bazı hukuk bilginleri fiilî evlenmeleri ahlâka mugayir bulmaktadırlar. 1957 yılında Lille şehrinde toplanmış olan Henri Capitant kongresinde (Mayıs - Haziran) Prof. R. Rodiere raporuna Loysel'in meşhur olan evlenmeyi tarifile başlamış, («Birlikte içmek, yemek, yatmak») fakat, devamlı, bilhassa doğan çocuklara ihtimamı kabul eden, birleşmeleri kanunî evlenmeler gibi himayeye taraftar görünmemiştir. Ben bu Kongrede kanunî merasime riayet edilmeden evlenmelerin ahlâka mugayir sayılamıyacağını ve nişanlılar hakkındaki hükümlerin onlar hakkında da tatbiki rasyonel olduğunu mülâhaza etmiştim. Bu kanaatim açık bir itiraza hedef olmadı.

1956 yılında Barcelona'da toplanmış olan Mukayeseli Hukuk Kongresinde de sevgiye dayanarak birlikte yaşayanlar ve kurdukları tabiî ailelerin kanun ile himaye edilmeleri esası müdafaa olunmuştu.

Ailelerin sosyal camia tarafından korunması için ileri sürülebilecek ciddî sebep, çocuklara sosyal muhite intibak temin edecek en uygun terbiyenin aile ocağında verilebileceği kanaatidir. Çocuklara hususiyetlerini, kabiliyetlerini, tabiat ve mizaçlarını, göz önünde tutarak ana ve babanın

tatbik edeceği terbiye vasıtası onların hususiyetlerini gözönünde tutamayan umumî mahiyette kaidelerle bağlı olan devlet müesseselerinin tatbik edeceği terbiye vasıtalarına nazaran daha çok tesirli olduğu tecrübelerle anlaşılmiş bir hakikattir. AİLE HAYATI VE BOŞANMA kitabımız Arsebük armağanından ayrı bası s.

Ana ve baba çocuklarını münasibi veçhile terbiye edebilmeleri için aralarında münasebetin devamlı olması gerekir. Geçici münasebetten doğan çocuklarla babalar meşgul olmaz, analar nadiren meşgul olur. Ana ve baba arasında resmî memur önünde müşekkel surette bağlantı münasebetlerinin devamına az çok garanti olduğu şüphesizdir. Eskiden beri hemen her yerde düğün, dua gibi merasimlerin itiyadı da aynı maksadı güder. Kanunî şekilde evlenmeler bu bakımdan teşvik ve himaye olunmak gerekir. Fakat, aralarında resmî şekilde evlenme olmadan uzun yıllar birlikte yaşamış, doğan çocuklarına ellerinde olan ihtimamı göstermiş olan çiftleri himayeden mahrum bırakmak evliliğin gayesi ile tam mânasiyle zıt olur. Aynı sosyal gaye evlilik dışında doğmuş çocuklara aynı sevgi ve şefkati gösteren ailelerin de himayesini gerektirir. Ana ve babaları arası münasebetin şeklinden mesul olmıyan çocukların bu münasebete atfolunan vasıf itibarile aşağı vaziyette görülerek evlilik mahsulü çocuklarla müsavi olmıyan muameleye tâbi tutulmalarının bu çocuklarda, ana ve babaların da yarattığı kötü ruhî hal sosyal hayat için tehlike arzedebilir.

Faziletleri ile maruf yüksek şahsiyetlerin aleneñ metres hayatı yaşamaları halkın bu vaziyeti artık tabiî gördüğüne delil sayılabilir. Türkiye Temyiz Mahkemesi bir kararında (2), bir kadına metres diye hitabı «metres sözünün Medenî Kanuna aykırı evlenmeleri ifade eylediğini, BU GİBİ EVLENMELERE İSE, KÖY VE KASABALARDA AYIP NAZARİLE BAKILMADIĞI için» hakaret olamayacağını kabul etmiştir.

Fransız mahkeme içtihatları ve doktrini evlilik harici geçici ve devamlı münasebetleri artık ahlâka aykırı telâkki etmemektedirler. Yalnız kanunî olmıyan bir evlilik atiyen de devam edeceği isbat olunamadığı, bir de taraftar evlenmenin eşlere yüklediği vazifelere katlanmak istemedikleri için onun temin ettiği menfaatlerden de istifade edemeyecekleri bakımından meseleyi ele almaktadırlar (3).

(2) CUH. 29/5/1950 E. 4-c, 177 K. 157 S. Dönmezer Ceza Hukuku Hususî kısım 1953 s. 188, Not I.

(3) Fransız devlet şûrası 21 Ekim 1955 kararında D-S, 1956 139 başkanun sözcüsünün mütalâasına uygun olarak, Marsilya yangınında itfaiyenin kusuru

Evlilik aşk ihtiraslarını frenlemesi itibarile ahlâkî bir fazilettir. Kanunî merasime riayet edilmeden evlilik hayatı yaşayanlar da bu sayede aşk ihtiraslarına hâkimiyet temin ettiklerinden vaziyetleri ahlâkî icaplara aykırı sayılamaz.

Pratikte boşanan veyahut kanunen boşanmadıkları halde fiilen birbirini terkeden, bu terk yüzünden çocukları ihmale uğrayan evli eşlerin sayısı gittikçe çoğalmaktadır. Bir toplantı arkadaşımız analiz ettiğimiz kanunu tenkit zımında kanunî evlilik dışında doğmuş çocukların bir milyonu aştığını mülâhaza etti. Hakikate yakın görünen bu tesbit kanunun kıymetini azaltmaz, bilâkis artırır. Gerçekten, çiftleri birbiri ile münasebete sürükliyen âmil, münasebetlerinden doğacak çocukların vaziyetlerinde çıkacak bir kanun ile tashih olunacağı kanaatinden, büsbütün başka şeylerdir. Kanun bu kadar çok evlenme dışı çocuk doğmasına sebep olmuş değil, bu çocukların bakımını temin için vaziyetlerini tashih ederek sosyal bir afeti izaleye imkân vermiştir.

1956 kanunu dört yıl için muteber muvakkat mahiyeti ve MK' un çok makul bazı hükümlerine zıt bulunması bakımından tenkid edilebilir. Bu mahzurlar tefsir yolu ile önlemeğe çalışılmalıdır. Hususiyle, babaya arzu ve iradesi olmadan tanımadığı bir çocuğu izafe için her halde MK. ile muayyen şartların bulunması, yani usulen ve muayyen müddette dâva açılmış bulunması şartı aranmalıdır. Alâkalının gıyabında asla itimada şayan olmıyan idarî tahkikata müsteniden babalığın tescili kat'i sayılmamalıdır. Bu tescil sosyal sükûn ve istikrarı temin etmez, bilâkis, karışıklığa şantajlara yol açar.

Medenî Kanunun nişanlanmaya dair hükümlerinin imam nikâhı denen fiilî evlenmelere tatbiki, Kanunun muvakkat olmasının mahzurlarını geniş derecede önler: Nişanlıdan doğan çocuk, namına babalık dâvası açılarak ahvali şahsiye neticelerile hüküm altına alınmak suretiyle himaye edilmiş olur. Yalnız nişanlının doğurduğu çocuğun evliden doğan çocuk ile müsavi muamele görmemesinin yarattığı ruhî halin neticesi olabilen mahzurlar kalır.

Medenî Kanuna göre nişanlanma erkek ve kadının karşılıklı olarak

ile kurtarılamamış uzun yıllar birlikte yaşadığı fiilî kocasının ölümü sebebiyle şahsı ve münasebetlerinden doğmuş çocukları namına açtığı tazminat dâvasını çocuklar için kabul, fakat şahsı için, devamlı olarak birlikte yaşayacağını isbat edemediği mucip sebebi ile reddetmiştir.

birbirine evlenme vaad etmeleridir, evlenme merasiminin ifası vaadi değildir. Kanun, evlenmenin ne demek olduğunu tariften kasten kaçınmıştır. Biraz evvel söylediğimiz gibi kanunî şekilde olmıyan evlenmeleri hoş görmiyen Prof. Rodiere bile raporuna Loysel'in evlenmeyi mahiyetini tebarüz ettiren «beraber yiyip içip yatmak» tarifi ile başlamıştı. Bu meşhur tarif İslâm Hukukundaki tarife tamamen tekabül eder. Mademki Kanun evlenmeyi tarif etmiyor, ona icabına göre geniş mâna verilmesi mümkündür. Medenî K. sadece evlenme merasimi yapılmasının hukukî neticelerini tayin ediyor. Bu neticeler evlendirme memuru huzurunda akdedilmemiş evlenmelerde, nişanlılık münasebetinde tatbik olunamaz. Kanuna nişanlanma için ayrı ve tabiî evlenmelere intıbak eden hükümler konmuştur. Mademki kanun nişanlanma için muayyen bir şekil tayin etmemiş, nişan sözünün söylenmesini lâzım saymamıştır, tabiî evliliği gözönünde bulundurmuş demektir. Nişanlılar arası münasebette tatbik edilen hükümler onların fiilî olarak evlenmiş olmalarıyla izah olunabilir.

Nişanlanma nişan sözünü söylemeden zımnî anlaşma ile de olabileceğine göre uzun müddet birlikte yaşamış çiftler birbirine zımnen evlenme vaat ederek nişanlanmış olduklarını bu vaziyetlerinin delâletiyle isbat edebilmelerine bir mâni bulunmaz. Hukuk sadece tezahür eden vaziyetleri tanzim eder, şahısların iç durumunu ancak hariçte tezahür eden vaziyetine renk vermek için nazara alır. Binaenaleyh, sosyal ve çocukların vaziyeti bakımından birlikte yaşayanların kalben birbirine evlenme vaad etmiş olup olmadıklarını araştırma rasyonel olamaz. Bütün ehemmiyet, haricen tarafların devamlı yaşama arzularının anlaşılmasıdır. Kanunun nişanlılar hakkında hususî hükümler koyması onların artık birlikte yaşama kararları bulunmasına istinat eder. Kanun birlikte yaşamağa karar vermiş olanların vaziyetlerindeki nezaketi gözönünde tutarak nişanı şekle tâbi tutmamış, hattâ onun örfen nişanlanmaya delâlet eden bir söz ve hareket ile olmasına bile lüzum görmemiştir. Müellifler nişanın zımnî vaad ile olabileceğinde ittifak etmektedirler. Her halde, tekrar edelim, birlikte yaşayanların kalblerinde gizli kalmış ilerde memur huzurunda dahi evlenme akdi iradesinin münasebetlerin tanzimi bakımından hiçbir ehemmiyeti olamaz.