

EVLİLİK DIŞI BİRLİKTE YAŞAM İLİŞKİSİ

Prof. Dr. Rona SEROZAN

Kadınla erkek arasında, gelip geçici cinsel doyum iliŐkilerinin boyutlarını aşan, sürekli ve kapsamlı «evlilik dışı yaşam beraberliği», ülkemizde bugüne değin bilimsel düzeyde hiÇ irdelenmemiŐ. Oysa «nikâhsız hayat» oldukça yaygın bir toplumsal olgu. Bu ilişkiye, ünlü sinema sanatçılarının evlilik dışı yaşam beraberliklerine öteden beri özel bir ilgi göstermiŐ olan bulvar basınının dışında, sosyologlar, psikologlar ve hukukçular da eğilmeli...

Mahrem yaŐamla ilgili olduğu için, güvenilirliği pek sağlam olmamakla birlikte, istatistikler, evliliğin ve ailenin bunalım geçirip üzülmesi sürecine paralel olarak geliŐen bu «czdansız evliliklere» ilişkin çok çarpıcı rakamları ortaya dökmekte: Federal Almanya'da evlenme çağındaki nüfusun yüzde yirmisinin evlilik dışı yaşam beraberliği sürdürdüğü, nüfusun yüzde sekseninin de bu türden bir ilişkiyi hoŐgrtyle karŐıladıĐı söyleniyor. Bu ülkede doğan çocukların yüzde onu da evlilik dışı. İskandinavya'da bu oranlar daha da göze batıcı boyutlara ulaŐmakta (Huhn, Alternativkommentar zum BGB, Anhang Ő 1302 N 3; Straetz, FamRZ 1980, 302).

Bu geliŐmeyi körükleyen etkenlerin başında, ailenin bir ekonomik üretim birimi ve sosyal yaşam sigortası oluŐturma iŐlevlerini giderek yitirmesi, özellikle emeği ile geçinen kişiler için düpedüz bir yük oluŐturması gerçeği gelmekte. Ama bunun dışında, insanlarda gönül leminin devletin ve hukukun resmi kalıpları arasına sıkıŐtırılmasına (hukuksal yabancılaŐmaya) karşı giderek keskinleŐen direniŐ eğilimi (biçimsel bağlılık alerjisi), eŐdeyiŐle, zgr kalma tutkusu da gzardına itilmemesi gerekli nedenlerden. Ülkemiz açısından, bütün bunlara, yurttaŐları «Şeri nikâha» iteleyici dinsel inançlar da eklenebilir.

KiŐileri evlilik dışı yaşam beraberliğine iteleyen pratik, maddi nedenler arasında, (başta yabancı uyruklu kadınla evlenme yasakları olmak üzere) evlilik ilişkisi kurma engellerinin, (başta sosyal sigorta ve vergi ayrıcalığları olmak üzere), evlenme yüzünden yitirilebilecek kimi avantajların ve yıpratıcı, bezdirici sorunlarıyla ürkütücü bir boşanma hukukunun varlığı da ayrıca anılmaya değer.

Asıl ilginç nokta, «nikâhsız hayatın» genellikle evlilikten daha köklü ve sürekli nitelik taşıyabilmesi. Bunda, tarafların her an yazgıları- la başbaşa, yapayalnız kalabilecekleri kaygısıyla, birbirlerini incitmeme konusunda daha bir özenli ve duyarlı davranmalarının ve daha önem- lisi, eş seçiminin yabancılaşmalardan, dolaylı ve dolaysız ana-baba bas- kalarından daha bir uzak, daha bir özgürce gerçekleştirilmesinin de rolü olsa gerek.

• • •

Anayasa, ailenin korunmasını öngören kuralıyla (mad. 35) gay- riresmi, «cüzdansız» evlilikleri hukuksal düzeyde cezalandırmayı ge- rektirmediği gibi, bu ilişkileri «adalet arayının elleri temiz olmalıdır» (nemo auditur...) düşüncesiyle tanımazlıktan, görmezlikten gelmeyi (ihkakı haktan kaçınmayı) da gerekli kılmaz. Nasıl mülkiyetin korun- ması mülksüzlerin ve üretim araçları üzerindeki özel mülkiyet kuru- muna karşı çıkanların aşağılanması anlamına gelmiyorsa, ailenin korunması da evlilik dışı yaşam beraberliğini sürdürenlerin hukukçu tar- afından hiçe sayılması anlamına gelmez.

Kaldı ki bireyin özel yaşamını serbestçe belirleme ve bu arada evlenmeme özgürlüğüne ilişkin boyutuyla «kişi özgürlüğü» (bireyde ki- şiliğini serbestçe oluşturup geliştirme hakkı) ve daha da önemlisi, sos- yal açıdan zayıfın korunmasını buyuran boyutuyla «sosyal devlet il- kesi», bu tür ilişkilere hoşgörülü, uyanık, evrime açık ve korunmaya muhtaç kadından yana sosyal yaklaşımla eğilmeyi zorunlu kılar.

Yalnız bu noktada akla şöyle bir soru çengeli takılmaktadır: Aca- ba Ceza Kanununun evlilik dışı birlikte yaşam ilişkisiyle ilgili (mad. 237 ve mad. 440 i.s.) kuralları bu tür birlikte yaşam ilişkilerini hu- kuka aykırı kılmakta değil midir?

Bir kere hemen belirtmek gerekir ki Ceza Kanunu mad. 237 ku- ralı sadece «medeni nikâh» yerine «imam nikâh»ı gerçekleştiren ki- şilere yönelik bir yaptırım öngörmektedir. Ceza Kanunu mad. 440 i.s. kuralların zina suçuyla ilgili yaptırımlarına gelince: Bu kurallar, ne acı bir gerçektir, günümüzde «meşru ailey» ve «evliliği» koruma iş- levine değil, düpedüz skandal çıkarma tehdidinde hizmet etmektedir. Uygulamada «şikâyet», «şikâyetten vazgeçme» ve (hükümden sonra bile olanaklı) «davadan vazgeçme» yollarının nasıl birer şantaj ve intikam aleti olarak kötüye kullanıldıkları herkesçe bilinen gerçek- lerdendir. Anılan kurallar bu somut işlevleriyle ahlâkın korunması kılıfı altında ahlâksızlığın en çarpıcı görüntülerini yaratmaktadır. (Eğer evliliğin boşanma yoluyla çözülmesi hiç değilse, zina suçunun «objektif cezalandırılabilme şartı» olarak öngörülseydi, bu düzenleme evliliği ko-

ruma düşüncesi açısından belki bir ölçüde tutarlı sayılabilir. Ama ne yazık ki gerçek böyle değildir). Kadınla erkeğin zinası arasında bu suçun öğeleri açısından yaratılan çarpıcı eşitsizlik bir yana, bu suçta ilişkin yasal olgunun kişi onuruna ve özgürlüğüne uygunluğu da tar- tışmalı ve kuşkuludur; yasadan bir an önce çıkarılması dilenir.

Ama bütün bu gerçeklerin ötesinde, zinanın Ceza Kanununda suç olarak düzenlenmesi, evli bir kimsenin başka birisiyle evlilik dışı ya- şam sürdürmesini özel hukuk alanında önsel ve götürü bir yargıyla hukuka ve ahlâka aykırı kılmaz. Nitekim Türkiye'de bugüne değin hiçbir hukukçu, herhangi bir eşin zinada bulunan öteki eşten ya da böyle bir ilişkiyi kuran üçüncü kişiden haksız fiil tazminatı isteyebi- leceğini ya da kişilik hakkını koruyan başkaca yaptırımlara başvu- rabileceğini ileri sürmemiştir.

• • •

Tüm dostluk bağları gibi, insanlar arasında karşılıklı sevgi, saygı, özveri ve dayanışma gibi olumlu insancıl değerleri kökleştirdikleri öl- çüde, bu tür ilişkilere, özel tarihsel ve maddi koşullara bağlı ahlâki önyargılardan arınmış hoşgörülü bir anlayışın yaraştığı söylenebilir.

Bilindiği gibi, ahlâki değer yargılarını salt cinsel yaşam alanına hapseden ve bu arada halef-mirasçı (Çocuk) üretme amacı dışında her türlü ilişkiye kuşkuyla ve hor gözle bakan anlayışın temelinde, mül- kiyet ve miras kurumlarıyla ilgili maddi gereksinimler ve çıkarlar ya- tar. Gerçekten, evlilik dışı ilişkileri aşağılayan ideoloji, aslında, erke- ğin elinde toplanan maddi varlığın onun kendi öz çocuklarına aktarılabildiği için, bunların dölünün önceden kesinlikle saptanmasını (nesebin karışmamasını) olanaklı kılan «tek kocalı» ataerkil aile dü- zeninin ve bu düzende kadının salt kocasına halef-mirasçı üretme iş- levinin ideolojisidir. Aile tipleriyle mülkiyet ilişkileri arasındaki bu di- yalektik, tarihsel araştırmaların ortaya çıkardığı gerçeklerle de doğru- lanır (Bk. örneğin Milaffer, Familie und Klasse, 51 i.s.).

Meşru ailenin korunması uğruna yıllarca evlilik dışı çocukları top- lumun ve hukuksal korumanın dışına sürmüş olan bu anlayışın şim- di evlilik dışı yaşam beraberliği sürdüren çiftleri aşağılamasına alet olmamak, evrime açık, uyanık, bilinçli her çağdaş hukukçunun göre- vidir.

Günümüzün sosyal devletinde hukukçuya düşen ödev, ahlâki değer yargılarının hukuksal ilişkileri denetleyici işlevini cinsel yaşamdan çep- kip çıkararak ekonomik ve sosyal yaşam alanına yöneltmek olmalıdır. Metres yararına yapılan kazandırmayı ahlâka aykırı sayıp ekonomik,

ticari alanda fırsatçılığı ve vurgunculuğu hoşgörmek, hukuksal düzeyde Anayasa kurallarıyla belirlenmesi gerekli çağdaş ahlâk anlayışına yakışmaz.

Hukuksal bir olgu olarak ahlâkı, «doğru, makul ve adil düşünen normal, sıradan yurttaşın ortalama görüşleri» (communis opinio) değil, devrime açık, uyanık kişilerin Anayasaya bağlı çağdaş ve sosyal değer yargıları belirlemelidir.

Yargıtayın da son yıllarda, evlilik dışı yaşam ilişkisi sürdüren kişiler arasındaki tüm kazandırmaları ahlâka aykırı saymaktan kaçınıp salt «şenaat bedeli» (pretium stupri) niteliği taşıyan kadını «satın alıcı» kazandırmalara ahlâka aykırılık damgası bastığı gözlenebilir (Yargıtay 4. HD., T. 6.7.1965, E. 10315, K. 3555 ve HGK, T. 14.4.1970, E. 159, K. 195, Olgaç BK I, 260/61). Evlenip evlenmemesi ya da belirli bir yönde oy kullanıp kullanmaması için bir kimseye kazandırmada bulunmanın ahlâka aykırı sayılması ile eşanlamda değerlendirilebilecek, insan onurunu koruyucu olumlu içtihatlarıdır bunlar.

Şu var ki hukukçu evlilik dışı birlikte yaşam ilişkisine kişi onurunun, kişi özgürlüğünün ve zayıfın korunması gerekleri açısından eğilirken, böyle bir ilişkiyi sürdüren tarafların resmi-medeni nikâhtan kaçınma dileklerine de saygı göstermek zorundadır. Bu nedenle, hukukçu, bu ilişkiye salt bu anayasal gerekler açısından ve onların zorunlu kıldığı ölçüde eğilecek, buna karşılık, böyle bir zorunluluk söz konusu olmadıkça da bu tür ilişkileri hukukun kalıpları içinde ele almayıp, hukuk ötesinde, kendi halinde bırakacaktır.

Nişanlılık ve evlilik gibi, manevi, duygusal öğelerin ağır bastığı ilişkilerde bile elden geldiğince devre dışı kalan hukukçu (bk. MK. mad. 83 ile 165) evlilik dışı yaşam beraberliği söz konusu olunca, bu mesafeli tutumunu daha da açık bir biçimde sürdürmelidir.

Gelgelelim, öğretilerde ve uygulamada, kimi zaman, evlilik dışı yaşam beraberliğine evlilik ilişkisiyle ilgili kuralların örnekseme (kıyas) yoluyla uygulanması önerisine rastlanmaktadır.

Yargıtay da kimi ilginç kararlarında, yüzüstü bırakılan kadına MK mad. 84/85 kurallarının öngördüğü tazminatları sağlayabilmek için nişanlılık ilişkisinin çözülmesine ilişkin kurallara başvurmuştur. Taraflar evlenmeyi istemediklerine göre, evlilik hukuku kurallarının örnek alınması tutarlı sayılmaz. Böyle bir örnekseme, evlenmeyi düşünmeyen tarafların isteğine saygısızlık anlamına gelir. Ama nişanlılık ilişkisinin temelinde yatan, bu ilişkinin özünü oluşturan «edim yükümlerinden bağımsız güven ilişkisi»ne özgü «güven zararının taz-

mini» yaptırımına başvurulması yerine göre pekâlâ düşünülebilir. Özellikle kadının sürekli bir yaşam beraberliğine bel bağlayarak işini bıraktığı ve kendisine «İspanya'da şatolar kuran» erkeğin işyerinde çalışmaya koyulduğu olasılıkta, onun (aynı zamanda nişanlılık ilişkisinin de temelini oluşturan) «edim yükümlerinden bağımsız güven ilişkisi» çerçevesinde güven zararının tazminini isteme olanağına kavuşturulması amaca uygun düşer (Schwab, Londwehr derlemesinde, s. 74 i.s.; ayrıca krş. Serozan, MHAD 2/3 (1968), 108 i.s.).

Gerçi bir görüşe göre, evlilik dışı yaşam beraberliğinde «do ut des» anlayışıyla hareket edilmesi ana kuralı oluşturduğu için, böyle bir karşı-edim beklentisinin söz konusu olmadığı evlilik ilişkisine özgü yasal çözümler bu ilişkiye «a fortiori» (evleviyyetle) uygulanabilir. Ama öte yandan şu gerçek de unutulmamalıdır: Taraflar evlenmekten kaçınmakla, her an yazgılarıyla başbaşa, yüzüstü bırakılabilecekleri rizikosunu da baştan göze almış olduklarına göre, evlilik ilişkisine özgü yasal çözümlerin himayesine de muhtaç değillerdir.

Birbirini «ifna» (yok) eden, birbirinin karşısı bu iki biçimsel mantık yerine, «zayıfın korunması düşüncesi», evlilik dışı yaşam beraberliğine özgü hukuk sorunlarının çözümünde belirleyici ölçütü oluşturmalıdır.

• • •

Bütün bu gerçeklerin ışığında, evlilik dışı yaşam beraberliğine daha yakından eğilmek gerekirse, şu noktalar saptanabilir:

1) Bu ilişki, birer dost gözüyle bakılan kişilerin adında, yurttaşlığında ve konutunda herhangi bir otomatik değişikliğe yol açmaz. Kadın, erkeğin yanına yerleşmekle, soyadını, yurttaşlığını, konutunu «eo ipso» değiştirmiş olmaz. Ama kadının kendi isteğiyle yurttaşlığını ve konutunu değiştirmesi olanaklı, yalnız adını «haklı nedenle ad değiştirme» (MK mad 26) yolundan yararlanarak erkeğin adına uydurması (adın işlevine yabancılaştırılmaması gereği açısından) olanak dışıdır.

2) Böyle bir ilişkide tarafların karşılıklı sadakat ve bakım (nafaka) yükümlerine yer yoktur. (Oysa krş. evlilik ilişkisinde MK mad. 151, 153 II).

Aslında sadakat yükümlerine aykırılığın evlilik ilişkisinde bile bir yaptırımı yoktur (MK mad. 165). Eşe karşı gerçekleştirilemeyen, onun «günahını» paylaşan üçüncü kişiye yöneltildiği ise tutarsız sayılır. Bu nedenle evlilik ilişkisinde sadakatsizlik eden eşe ve onun dostuna karşı müdahalenin menî ve tazminat davalarına (Ehestörungsklage) kural olarak olanak tanınmaz (Krş. Gernhuber, Familienrecht,

§ 17; Reuter, Einführung in das Familienrecht, 55 i.s.; Schlüter, Familienrecht, § 7, 31 i.s.; Beitzke, Familienrecht, § 12 III, Wacker, Münchener Kommentar, § 1353 N 43 i.s.).

Bu söylenenler evlilik dışı birlikte yaşam ilişkisi için de geçerlidir. Yalnız eğer sadakatsizlik eylemi, bir arada oturan konutta gerçekleştirilirse, «müşterek zilyetliğin» veya «kişilik haklarının» ihlaline dayanarak müdahalenin meninin ve tazminatın sağlanabileceği (evlilikte olduğu kadar, nikâhsız beraberlikte de) kabul edilebilir (Krş. MK mad. 896, 24).

Öte yanda, yasa gereği mevcut olmayan nafaka yükümünün yazılı şekle bağlı bir ömür boyu irat sözleşmesi (BK mad. 507 i.s.) çerçevesinde öngörülmesi olanağı da saklıdır.

3) Taraflar yalnız nafaka konusunda değil, her alanda uzlaşım uyusmak, anlaşım birleşmek zorundadırlar. Hiçbir tarafın hiçbir konuda belirleyici oy hakkı (Stichentscheid) yoktur. Ev işlerine kimin bakacağı, kimin masraflara ne ölçüde katılacağı, kimin çalışıp para kazanacağı, hep taraflarca birlikte saptanacaktır. Anlaşmazlık olasılığında tek yol çekip gitmektir.

4) Aynı çatı altında bir arada oturmanın beraberinde getireceği sorunların başında, kiraya verenle sürtüşmelerin yer alacağı doğaldır. Bu konuda kiraya verenin salt ilişkinin ahlaka aykırılığına dayanarak konutun boşaltılmasını (tahliyeyi) sağlama yoluna gitmesine karşın uyanık ve duyarlı bir tavır almalıdır. Bunun gibi, kira sözleşmesinin kiracı yanını oluşturan kişinin dışında kalanların kiralanan yerden yararlanmasına, orada oturmasına set çeker gözüken BK mad. 256 ve Kira Kanunu mad. 12 kuralları da kira hukukuna egemen «konut kiracısını koruma ilkesi» ışığında değerlendirilmelidir.

Sözün özü, konut gereksinimi mal sahibinin «huzur» gereksiniminden ağır basmalıdır. Kiracının ölümü halinde sözleşme devri var sayımından «kiracı ile birlikte oturmakta olanları» yararlandıran geniş ifadeli Kira Kanunu mad. 13 kadar daha sınırlı Kira Kanunu mad. 12 kuralı da biçimsel bir hukuk mantığı ile değil, kiraya verenin gerçek ve samimi maddi konut ihtiyacı kavramından hareket eden sosyal bir yaklaşımla uygulanmalıdır (Huhn, Alternativ kommentar zum BGB, Anhang § 1302 N 21; Schwob, Landwehr derlemesinde, 75 i.s.; Straetz, FamRZ 1980, 437 i.s.).

5) Tarafların giriştikleri alışverişlerden, kurdukları sözleşmelerden ötürü kimin sorumlu olacağı sorununa gelince: Kural olarak herkes kendi giriştiği işlemde kendisi sorumludur. Evlilik ilişkisindeki gibi, evin sürekli gereksinimleri için kadının erkeği temsil ve böylece

borçlandırma yetkisi (Schlüsselgewalt) yoktur (Krş. MK mad. 155). Yalnız, eğer dışı (üçüncü kişiye) karşı böyle bir yetkinin varlığı konusunda bir «hukuksal görünüş» (Rechtsschein) yaratılmışsa, üçüncü kişi (alacaklı) arka planda kalmış olup, bu güven olgusunu yaratan kişiye de başvurabilecektir (Görünüşte temsil: BK mad. 34 III). (Kunigk, Die Lebensgemeinschaft, 101; Sungurbey, Medeni Hukuk Sorunları, I, 90 i.s.).

6) Tazminat hukuku alanında, kadının (tıpkı evli bir kadın gibi) ev işlerine özgülediği işgücünün kaybindan veya eksilmesinden ötürü, ücretli bir yardımcı tutmadığı ve kendi ücret gelirinden de yoksun kalmadığı halde, «normatif zarar» kavramı eşliğinde haksız fiil tazminatı isteyebileceği kabul edilir (Johnson, Grundzüge des Familienrechts, § 18 N 400; Schwab, Landwehr derlemesinde, 82; Serozan, Tentenzen, Verantwortlichkeit im Recht, Zürich, 1981, 462 i.s.). Bu arada onun üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kavramı çerçevesinde, dostunun kurduğu sözleşmenin (özellikle kira sözleşmesinin) edimine yan kın bir kimse sıfatıyla uğradığı zararının giderilmesini sözleşme hukuku kurallarına göre sağlayabileceği de kabul edilir. (Alman mahkeme içtihatları) (Bk. Johnson, Grundzüge des Familienrechts, § 18 N 400; Schwab, Landwehr derlemesi, 81).

Öte yanda, taraflardan birinin ölümünde, ötekinin, ölümden sorumlu olan kişiden, BK mad. 45 II'nin koşulları varsa, destekten yoksun kalma tazminatı istemesine de olanak tanınır (Tekinay, Borçlar Hukuku, 1979, 499). (Buna karşılık Federal Almanya'da bu son yol kapalıdır. Çünkü BK mad. 45 II'yi karşılayan § 844 BGB'de bu olanak sadece yasal destekten yoksun kalanlar yararına tanınmıştır).

7) Ölüm halinde, yasal mirasçılığa yer bulunamayacağı açıktır. Ama «iradi mirasçılığa» hiçbir engel yoktur. Metres vasiyetnamesine götürü bir önyargıyla ahlaka aykırı damgasını basan anlayış artık terk edilmiştir.

Federal Almanya'da ahlaka aykırılık butlanı bu konuda uzun süre özel bir amaca hizmet etmiştir. Bu amaç, Alman MK'nun yetersiz tenkis kurumunun yerini tutma, onun işlevini üstlenme amacıdır. Öyle ki metres vasiyetnamesiyle eş ve çocukların yasal mirasçılıkları çiğnendiğinde «soylu amacın varlığını» kanıtlama yükü metresin üstüne yıkılırken, daha uzak yasal mirasçılar bakımından vasiyetnamenin ahlaksız, soysuz bir amaçla, güdüyle düzenlendiğini kanıtlama yükümü kendi sırtlarına yüklenmiştir. Ahlaka aykırılığın yaptırımını da yasal mirasçılarının haklarının çiğnendiği oranda bölümsel hükümsüzlüktür. Görülüyor ki ahlaka aykırılık butlanı burada sosyal bir amaca, yakın kimselerin mirasçılığını koruma amacına alet edilmiştir (Huhn, Alter-

natif kommentar zum BGB, Anhang § 1302 N 22; Kuringk, Die Lebenszeminshaft, 97/98; Lipf, Acl 180 (1980), 555 i.s.).

8) Evlilik dışı yaşam beraberliğinin üçüncü kişilere karşı yol açtığı sorunlar arasında üzerinde durulması gerekli bir sorun da evlilik dışı yaşam sürdüren tarafın ayrı yaşadığı ya da boşandığı eşinden nafaka isteyebilip isteyemeyeceği sorunudur. Türk hukuk öğretisinde ve uygulamasında böyle bir istem, bakım nafakası açısından, hakkın kötüye kullanılması kalkaniyle püskürtülmektedir. Almanya'da durum daha karışıktır ve tartışmalıdır. Çünkü orada «kusur ilkesi» yalnız boşanmanın gerekleri açısından değil, aynı zamanda boşanmanın sonuçları ve özel olarak nafaka yükümü açısından da ortadan kaldırılmıştır.

Alman hukukunda nafaka istemi, ancak evlilik ilişkisinin kısa sürmesi, eşe veya yakınlarına karşı ağır bir suç işlenmesi ve nafaka ihtiyacının kusurlu bir tartışma bizzat yaratılması gibi, nafaka talep etmenin ağır biçimde hakkaniyete aykırı (grob unbillig) sayılabileceği olasılıklarda etkisizliğe mahkumdur (§ 1579 I BGB). Gelgelelim § 1579 II'ye göre, çocuğun bakımını üstlenen taraf, bu yüzden çalışıp gelir sağlayamadığı takdirde yine de nafaka isteyebilmektedir. Başka bir deyişle, çocuğa bakanın nafaka talebetmesi her zaman hakkaniyete uygundur.

İşte bu son kural yakın bir geçmişte Anayasa Mahkemesince hukuk devleti ilkesine aykırılık gerekçesiyle iptal edilmiştir. Şimdi artık hakkaniyete ağır aykırılık istisnası çocuklu eş için de geçerlidir (Hunh, Alternativ kommanter zum BGB, Anhang § 1302 N 23-27).

Bu durumda uç veren sorun şudur: Acaba evlilik dışı yaşam beraberliği sürdüren eski eşin nafaka istemesi hakkaniyete ağır aykırılık savunmasıyla püskürtülebilir mi? Fikrimce, bu konuda «nemo auditur», «venire contra factum proprium» ya da «culpa post pactum perfectum» gibi biçimsel hukuk kalıplarının üstüne çıkmalı ve ahlaki önyargılardan arınarak somut sosyo-ekonomik koşullar ışığında, somut ilişkinin ve tarafların özel durumlarını dikkate alan, himayeye muhtaç zayıfı koruyucu çözümlere ulaşılmalıdır.

Sözün özü, bu alanda da sosyal koruma düşüncesi belirleyici ölçütü ve göstergelyi oluşturmalıdır.

9) Evlilik dışı birlikte yaşam ilişkisinden bir çocuk doğduğu anda, hukukçunun bu ilişki karşısındaki çekingen ve edilgen tutumunun bir anda değişeceği doğaldır. Böyle bir çocuk üzerinde velayeti yargıç kararıyla ananın sürdürmesi, babaninsa bir iştirak nafakasıyla çocu-

ğun bakımı giderlerine katkıda bulunması yasanın bir gereğidir (MK mad. 306).

Babanın böyle bir çocuğu tanınması düşünülebilir (MK mad. 292). Ama gayrisahih nesep bağının tüm kişisel sonuçla babalık hükmüyle oluşturulması MK mad. 310 kuralının anlamsız ve tutarsız koşulları karşısında söz konusu olmamak gerekir.

Türk hukukunda bu konuda beliren ilginç bir yol da özel tescil yasaasının açtığı yoldur. 2526 sayılı ve 18.9.1981 tarihli son tescil yasaasına göre, evlilik dışı yaşam beraberliğinde, çocuğun varlığı, tarafların başvurusu üzerine, ilişkinin evlilik olarak, çocuğun da sahih nesepi çocuk olarak tescilini sağlamaya yetmektedir. Hatta erkeğin zinası ürünü çocuk ile (anası sonradan boşanmış ve nesebi de onun kocası tarafından yadsınmış olmak kaydıyla) kadının zinası ürün çocuk da bu tescil olanağından yararlandırılır.

Almanya'da çok tartışılan ve eleştirilen yasal düzenleme, babaya kendisiyle çocuk arasında hukuksal bir soy zinciri çekilmedikçe çocuk üzerinde velayet ve söz hakkı tanımayan düzenlemedir (Krs. MK mad. 311 i.s.). Bu düzenlemeye göre, çocukla ve anasıyla hep birlikte yaşayan bir baba, çocuğun ameliyatlarında yolculuklarında ve okul problemlerinde söz sahibi sayılamayacak, söz gelimi ameliyata rıza beyanında bulunamayacağı gibi, çocuğunun karnesini bile imzalayamayacaktır.

Bu kuralın tutarsızlığı ve günün sosyal yaşam gerçeğine tersliği iddiaları yakın geçmişte Anayasa Mahkemesinin önüne kadar gelmiş, ne var ki Yüksek Mahkeme eleştirilip yerilen bu düzenlemeyi kadın erkek eşitliğine aykırı bulmadığı gibi, çocuk yararı açısından alakonmuş gerekli bir düzenleme olarak değerlendirmiştir. Oysa İskandinavya'da, hatta komşumuz Yunanistan'da bile ananın yanında veya onun yerine babaya da velayet verilebilmektedir (Alman Anayasa Mahkemesi, NJW 1981, 1201 i.s.).

Öte yanda, çocukla ilgili sorumlulukları paylaşmak isteyen nikâhsız çiftin bu çocuğu hiç değilse evlat edinme suretiyle benimsemeleri yolunun yasada kapalı tutulması da eleştirilen bir noktadır (Krs. birlikte evlat edinmeyi salt evli çift için olanaklı kılan MK mad. 255 ve § 1741 BGB). Bu konuda yasada bir değişikliğin gerçekleştirilmesi önerisi gündemdedir.

10) Evlilik dışı yaşam beraberliğinin hukukçunun önüne yığıdığı en karışık problemler, bu ilişkinin bitiminde ortaya çıkan tasfiye problemleridir. Kadın yıllar yılı ortak konutta hatta erkeğinin işinde, iş-

yerinde «saçını süpürge etmekte», sonra ansızın yüzüstü, beşparasız bırakılıp evden kovulmaktadır.

Böyle bir çözülme üzerine, taraflardan herbirinin kendisine ait malı çekip alabileceği de tartışmasızdır. Bu konuda ortaya çıkabilecek ispat sorunlarının çözümünde, başta «müşterek mülkiyet» karinesi olmak üzere, evlilik ilişkisinin tasfiyesinde de başvurulacak çeşitli «ilk görünüş kanıtları» yardımcı olabilir. Bunlar, eşyanın işlevine, eşyanın parasını ödeyenin kimliğine ya da eşyadan yararlanan kişinin kimliğine bağlanabilir. Yalnız şu nokta da gözden kaçırılmamalıdır: Mülkiyetin kazanılmasında geçerli olan temel ilke kamuya açıklık ve onu somutlaştıran teslim ilkesidir. Mal sahipliği, iradeyle, işlevle, nesneyi kullanmayla değil, geçmişte kalan teslim olgusuyla belirlenir. Şu halde mülkiyeti kazanan, zilyetliği devralandır. Ne var ki kamuya açıklık ilkesini sulandıran kimi istisnalar burada akıldan çıkarılmamalıdır. Eşyayı teslim alan kişi, bunu ferî (bağımlı) zilyetlik, zilyetlik yardımcılığı, öncelenmiş hükmen teslim ve ilgili için işlem gibi kurum ve kuramlar aracılığıyla arka planda kalan dostu için de gerçekleştirmiş olabilir.

11) Birlikte yaşam ilişkisi sona erince, müteselsil ya da tek başına sözleşmeye taraf olmamış olan kişinin bugünden yarına evi boşaltması gerekecektir (Krs. BK mad. 304). Bu sakıncaya karşı, adı geçen kişinin hiç değilse alt kiracı sayılıp kira sözleşmesinin feshine ilişkin koruyucu hükümlerden (BK 262) yararlandırılması düşünülebileceği gibi, hukuksal örneğe (kıyas) yoluyla evi boşaltma konusunda makul bir süreye kavuşturulması da düşünülebilir. (Taşınmazın ariyet konusu olabileceğini hiç düşünmemiş olan yasa koyucunun, MK mad. 304 kuralında bir boşluk bırakmıştır.)

12) Evlilik dışı yaşam beraberliği süresince gerçekleştirilen kazandırmalara, harcanan para ve işgücüne gelince: Bu konuda temel ilke, küçük hesapların kapatılması, bunların defterinin dürülmesi olmalıdır. Yiyeyecek, içecek, boş zaman, eğlence, barınma, ev eşyası parasını kim ödemişse, ev işini kim görmüşse sineye çekmelidir bu kazandırmaları. Yaşam beraberliğine olağan katkılar (adeta ismarlamalardır) bunlar.

Bu hukuk ötesi hatır alanı, hukuksal bağlılık bilincinin ve dolayısıyla herhangi bir sözleşmenin eksikliği ve BK mad. 62 c. 1. kuralının (condictio indebiti yasağının) dile getirdiği «karışmazlık» ilkesiyle belirlenmiştir.

Hukukçunun bu konudaki edilgen tutumu, sosyal koruma gereğinin belirlediği iki özel olasılıkta değişir.

Birincisi, tarafların bir «işbölümü beraberliği» oluşturmaları olasılığıdır. Eğer taraflar belirli bir süre kadının erkeğe bakmasını, belirli bir amacın gerçekleşmesinden sonra ise bu yükü erkeğin üstlenmesini öngörmüşlerse, kendi edimini yerine getiren ama vakitsiz çözüme yüzünden karşı-edime kavuşamayan kadına «amacın ya da iktisap sebebinin gerçekleşmemesi» nedeniyle haksız zenginleşme istemi (condictio ob rem) çerçevesinde para ve işgücü yönünden katkılarının karşılığını isteme hakkı tanınabilir (BK mad. 61). (Huhr, Alternatif kommentar zum BGB, Anhang, § 1302 N 18; Aipp, AcP 180 (1980), 585 i.s.ve JUS 1982, 17 i.s.; Straetz, Fam RZ 1980, 435).

Hukukçunun tasfiye sürecinde devreye gireceği ikinci olasılık da taraflar arasındaki gönül beraberliğinin bir iş beraberliğine dönüştüğü olasılıktır. Yaşam beraberliğine gününbirlik katkı niteliği taşıyan olağan kazandırmaların boyutlarını aşan ve daha çok gelecekte belirli bir ekonomik güvence sağlamaya yönelik bulunan (taşınmaz ve ticari işletme alımı gibi) olağan dışı, geniş kapsamlı ticari kazandırmalar da yine amacın gerçekleşmemesi olgusuna dayalı bir haksız zenginleşme istemiyle denkleştirilebilecektir.

Bu gibi «iş bölümü» ve «iş beraberliği» ilişkilerinde sosyal himaye ihtiyacına en uygun biçimde yanıt verecek hukuksal araç, hiç kuşkusuz, İsviçre Federal Mahkemesinin de deyişiyle, «somut olayın özelliklerinin dikkate alınmasına elverişli» (BGE 73 II 108) haksız zenginleşme hukukudur.

Burada uygulanması söz konusu olan «condictio ob rem», bilindiği gibi, saikten güçlü ama şarttan zayıf amaçların gerçekleşmemesi durumunda başvurulabilecek bir hukuksal araçtır. Külfetten (mükellefiyetten) ayrıldığı nokta edimin tenfizinin istenememesidir. Bu ilginç «conditio» bağlayıcı sinallagmanın konusuna giremeyen bir «do ut des» anlayışının denetleyicisidir. Kaparo ödentisi, milletvekili listesine alınma kaydıyla partiye bağış, mahalle çocuklarına bir çocuk parkı açması kaydıyla Belediyeye bir cankurtaran arabası bağışlama gibi olaylar «condictio» bağlamında değerlendirilir (Krs. Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 290 i.s.; Liels, JZ 1978, 697).

Yargıtay da ailenin geçimini sağlamak amacıyla evlilik ilişkisinde eşlerden birinin ötekisine bir ticari işletmeyi karşılıksız yoldan kazandırmasını bu çerçevede içinde değerlendirmiştir (Amaca bağlı bağışlama). Bu hukuksal anlayış doğrultusunda, bağışlamanın geri alınması yaptırımına başvurmaya bir gerek kalmadığı gibi, işlem temelinin çökmesi öğretisine sarılmaya da gerek kalmaz (Yargıtay 2. HD, Resmî Kararlar Dergisi 1971/10, 326/27).

Haksız zenginleşme hukukunun biçimsel hukukun yol açtığı haksızlıkları düzelterip törpüleme işlevinin (yasallığın meşrulukla denetlenmesinin) yetersizliğe mahkum sayılabileceği alan, iş beraberliğinde elde edilen kazançların devri alanıdır. Bilindiği gibi, zenginleşen kişinin kişisel katkılarıyla, edim ve eylemleriyle, girişimleriyle sağlanmış olan kazançlar, yoksullaşana ödenmesi gerekli kullanma karşılığının dışında kahr. Başka bir deyişle, «conductio ob rem» aracılığıyla ancak belirli bir beklentiyle, umutla gerçekleştirilen iş ve para edimlerinin nesnel karşılığı istenebilecektir. Ama gerçekleştirilen bu edimler sayesinde devşirilen kazanç denkleştirmenin çerçevesi dışında kalacaktır.

İşte eğer somut iş beraberliğinin özellikleri, bu kazancın da paylaşılmasını gerekli kılıyorsa, «özel, gizli, sessiz ortaklık» varsayımına sarılmaktan başka yol yoktur. Bu ortaklık, dışa yönelik boyutu ek-sik bir «iç ortaklıktır»; yasadaki öngörülmemiş olup gelenek hukukunun bir ürünüdür. Örneğe (kıyas) yolundan, tüm kişi birliklerinin anayasasını oluşturan adi ortaklık hükümlerine bağlanacaktır. Bu arada en başta uygulanması söz konusu olabilecek kural da BK mad. 523 kuralıdır. Buna göre, kâr ve zarar yarı yarıya paylaşılabilir (Schlüter, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, 1981, 34 i.s.; Schwab, Landwehr derlemesinde, 68 i.s.; John, Grundzüge des Familienrechts, § 18; Kunigk, Jura 1980, 519; Simon, JuS 1980, i.s.; Straetz, FamRZ 1980, 436; OLG Hamm, NJW 1980, 1530). Dikkat edilirse, adi ortaklık hükümleri devreye sokulmakla, taraflar arasında bir tür kazanç ortaklığı rejimi yaratılmaktadır. Yerine göre evlilik ilişkisi için de pekâlâ yardıma çağrılabilir olan bu ortaklık varsayımı, haksız zenginleşme hukukuyla birlikte, evlilik dışı yaşam beraberliğinin çözülmesinde ekonomik ve sosyal açıdan belirebilecek himaye ihtiyacına en iyi biçimde yanıt verebilecek bir varsayımdır. Esnek karakteriyle somut olayın tüm özelliklerine uydurulmaya elverişli bu iki araç eliyle sosyal açıdan doyurucu sonuçlara ulaşılacağı açıktır.

Haksız zenginleşme hukukunun yeterli korumayı sağlayamayacağı bir olasılık da taraflardan birinin köklü bir güven zararına uğraması olasılığıdır. Taraflardan biri yaşam beraberliği uğruna işini gücünü bırakmış, gelgelelim kısa bir süre sonra düşbozumuna uğratılmıştır. Bu olasılıkta güven zararının tazminine olanak tanıyan «edim yükümlerinden bağımsız borç ya da güven ilişkisi» kavramına ve kuramına sarılmaktan başka çare yoktur (Krs. Serozan, MHAD 2/3, 1968, 108 i.s.).

Bütün bu değişik olasılıklarda değişik hukuksal araçlara başvurulmasından da anlaşılacağı gibi, evlilik dışı yaşam beraberliğinin karmaşık tasfiye sorunlarına toptan, götürü, basmakalıp yargılarla sağlık-

lı ve tutarlı çözümler getirme olanağı yoktur. Herbir somut tip, tarafların ilişkideki rolleri, iradeleri, gereksinimleri ve çıkarları özenle değerlendirilmedikçe, adaletli sonuçlara varılamamaktadır.

Düşünülün ki evlilik dışı yaşam beraberliği denince, akla, «şeri nikâh» çerçevesinde birden çok kadınla birlikte yaşama gibi, tek bir kadınla salt gönül beraberliği sürdürme, bu gönül beraberliğini iş beraberliği ile pekiştirme, bir işbölümü beraberliği sürdürme ve daha nice yaşam beraberliği tipli gelmektedir. Bütün bu değişik olguların aynı hukuksal potada toplanması düşünülemez. İşte «edim yükümlerinden bağımsız borç (güven) ilişkisi», haksız zenginleşme ve son çare olarak da ortaklık hukuku, bu ayırımı yaklaşım açısından amaca uygun en elverişli hukuksal kurumlar sayılabilir.