

İTALYA'DA YENİ AİLE HUKUKU (1)

Luigi MENGONI

Milano Katolik Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Profesörü

I. — Evlilik

1. 21 Eylül 1975ten bu yana yürürlükte bulunan, 19 Mayıs 1975 tarih ve 151 sayılı kanunun gerçekleştirdiği «aile hukuku reformu»nun nedenleri, bu yüzyılın yarısından itibaren İtalya'da, daha ziyade tarımsallıktan endüstrileşme yönünde hızlı ve sarsıntılar yaratan bir gelişimin belirlediği, ailenin sosyolojik yapısında ve buna ilişkin ideolojilerdeki derin değişimlerde bulunmaktadır.

Büyük üretim birimleri ve iş bölümü üzerine kurulu endüstri toplumunun ortaya çıkışı, fizyonomi ve fonksiyonunu giderek değiştirmek suretiyle ilk plânda aileyi etkileyen, daha evvelki toplumsal yapıların çözülme sürecini harekete geçirmiştir. Küçük ve orta mülkiyetin dağılması, bağımsız ekonomik süjenin ortadan kalkışı, işletmelerin üretim faaliyetlerinde gençlerin ve kadınların giderek daha çok kullanılmaları, emeğin mesleki ve coğrafi hareketliliği, aileyi, kökenindeki ekonomik üretim fonksiyonu ve bireyin (özellikle küçüklerin, kadınların ve ihtiyarların) toplumsal hima-

(1) Enstitümüzün daveti üzerine 23-24 Mart 1977'de verdiği konferans (metinleri italyancadan Doç. Dr. Mes'ut ÖNEN tarafından dilimize çevrilmiştir.)

yesi fonksiyonu kalıntılarından yoksun bırakmıştır; bu fonksiyonlar aileyi, toplumun yapısal bir hücresi haline getirmekte ve ona birey ile Devlet arasında politik bir aracılık rolü vermekteydiler (seminarium rei publicae): «bireyler büyüdülerinde, bir hayat ufku olarak artık aileye sahip değillerdir». Buna ilişkin olarak da, bir taraftan «büyük aile» (daha ziyade sıhri) hısımlar ile kan bağlarının önemi azalırken, diğer taraftan «çekirdek aile» (veya küçük aile) denilen modelde ifadesini bulan ve aileyi karı-koca ve evlilikten doğan çocuklardan ibaret kılan, ailenin «daralması» olgusu yaygınlaşmıştır.

Bu değişimlerin ortaya çıkardığı sonuçlar karmaşık ve derindir. Ailenin, karı-koca ve ebeveyn-çocuklar ilişkisine, ve bunun sonucu sırf bir beslenme ve dış meslekî faaliyet gelirlerinin tüketimi topluluğu haline indirgenmesi, geçmişte ona verilen toplumsal ve politik fonksiyonların kaybına ve, tarihsel olarak kocanın «aile reisi» rolünde ifadesini bulan hiyerarşik yapı üzerinde çözücü etkileriyle bireyin çıkarlarının su yüzüne çıkmasına yol açmış, ve böylece, aile hâkimiyeti alanı daralmış, bu hâkimiyetin himayesine yönelik olarak düzenlenen «aile çıkarı», bireylerin çıkarlarına üstün kurumsal çıkar niteliğini kaybetmiş ve otoriter araçlardan ziyade özgür uyuma ile belirlenen grup üyelerinin ortak çıkarı düzeyine inilmiştir. Ailenin «daralması» şeklindeki tarihsel-sosyolojik kanun, böylece, etik-politik değerlendirmeler, ve bunun sonucu kurallandırma, düzeyinde Anayasanın 29 uncu maddesince tanınan ve teminat altına alınmış bulunan «aile hakları»nın, bireysel bir görüşle, «aile üyelerinin hakları» haline dönüşmesine yolaçmış ve, aile birliğinin muhafazasının hukuki-kurumsal ilişkilerden (yetkilerden) ziyade, (sürdükleri müddetçe) sevgisel ilişkilere emanet edilmesi sonucunu doğurmuştur.

2. Aile hukukunun «özel hukuklaştırılması»na ve evlilik birliğinde kamu çıkarının daha az gözetilmesine götüren bu bireysel görüş, evliliğin yeni düzenlenmesinde ilk plânda kendini göstermektedir. Gerçekten, 1942 kanununun esin-

lendiği kurum-evlilik fikrine, sözleşme-evlilik fikri üstün gelmiş ve, özellikle çocukların eğitimi ve yetiştirilmesinde eşlerin mesuliyeti ve evlilik bağının devamlılık ve kesinliğindeki genel çıkarı gözönünde tutan bir düzenlemenin yerini, daha çok bireyin özgürlüğü ve kadının eşitliğini gözetten bir düzenleme almıştır.

Evlilik bağı hususunda bu akdî görüşün en önemli sonuçları, 1 Aralık 1970 tarih ve 868 sayılı kanunla daha önce öngörülmüş bulunan evliliğin çözülmeliği ilkesinin terk edilmesinden başka, bir taraftan evlilik yaşının genel olarak sözleşme yapma ehliyeti sınırına, yâni (8 Mart 1975 tarih ve 39 sayılı kanunla onsekize indirilmiş olan) rüşt yaşına yükseltilmesi, diğer taraftan rızadaki fesadların etki alanının vasıfta hatayı da kapsayacak şekilde genişletilmesi olmuştur.

Cins ayrımı yapmaksızın evlenme ehliyeti yaşının rüşt yaşına yükseltilmesi, ehliyet şartının, olgunlaşmanın basit biyolojik bir varsayımdan ayrılması ve evliliğin eşlerin sorumlu bir seçim yeteneği üzerine kurulması zorunluğuna uyulması anlamına gelir: eskiden «büyük aile» tarafından ifa edilen genç evli çiftin korunma ve himayesi fonksiyonunun daha da çok hissedildiği bir toplumdaki zorunluktur bu.. 1942 kanununda küçüğün evliliğine velâyeti haiz ebeveynin rızası müessesesi ile temsil edilen bu fonksiyonun kalıntısı da, böylece, ilga edilmiş olmaktadır. Onaltı yaşını doldurmuş küçüğün evlenmesine müsaade yetkisi sadece Küçükler Mahkemesine verilmiştir. Fakat müsaadenin verilmesi için vahim nedenlerin, yâni pratik olarak, kadının gebelik halinin saptanması ve bunun sonucu olarak evliliğin onarıcı fonksiyonunun mevcudiyeti yeterli değildir: Mahkeme küçüğün psişik olgunluğunu da saptamalıdır. Kanun, henüz gerekli ruhsal olgunluğa erişmemiş kimseler arasında bağ kurulmasına müsaade yerine, çocuğun evlilik dışı doğmasını yeğlemektedir.

Diğer bir yenilik rızadaki fesadlar düzenlenmesini de-
rin bir şekilde değiştirmektedir. Evvelki mevzuatta evlilik
bağının devamlılığı ve kesinliğini sağlamak endişesi, evlili-
ğin iptalini, cebir ve şiddet ve kişinin kimliğinde hata halle-
rine inhisar ettirmekteydi; buna karşın, diğer eşin vasfında
hata (ki bu hal, çok nadir, vekâletle evlenme hali dışında
hemen hemen olanaksızdı), kişinin kimliğinde hataya dö-
nüştükçe, hukuki önemi haiz bulunmamaktaydı. Bundan
başka, kanunun sükûtu karşısında, doktrin ve Temyiz Mah-
kemesi muvazaa sebebiyle evliliğin iptali davasının kabul
edilemeyeceği görüşündeydiler.

Şimdi ise, cebir ve şiddet «eşin dışındaki nedenlerden
ileri gelen istisnai vahametteki korku»ya eşdeğer tutulmuş-
tur; öyle ki, örneğin: vatandaşlığın değişmesi, ve bunun so-
nucu olarak politik veya ırksal takiplerle sınırdışı edilmek-
ten kendini kurtarmak gibi, eşlerden biri tarafından kendi-
sini veya başkasını şahsa gelebilecek halen mevcut bir za-
rar tehlikesinden kurtarmak için, zaruret halinde yapılan
bir evlilik de iptal edilebilir.

Ayrıca evliliğin iptali davası sadece kişinin kimliğinde
hata sebebiyle değil, fakat diğer eşin vasfında esaslı (yâni
rızaya belirleyici) bir hata nedeniyle de açılabilir; ancak bu
takdirde hata şu hususlara ilişkin olmamalıdır: 1) evlilik
hayatının cereyanını engelleyecek şekilde fiziksel veya ruh-
sal bir hastalığın veya cinsel bir anomali veya sapıklığın
varlığı; 2) beş seneden aşağı olmayan, hapsi gerektiren bir
suçtan dolayı mahkûmiyet kararının mevcudiyeti; 3) itiya-
dî veya meslekî suçluluk halinin karara bağlanmış olması;
4) diğer eşin beş yıldan aşağı olmamak üzere hapsi gerekti-
ren fahişeliğe ilişkin suçlardan dolayı mahkûm olmuş bu-
lunması; 5) (hataya düşen) kocadan başka bir erkeğin se-
bebiyet verdiği evli kadının gebelik hali, ve bu son halde ko-
canın çocuğun nesebinin reddi davası ikame etmiş bulun-
ması.

Birinci hal iktidarsızlıktan ileri gelen engellemenin ortadan kaldırılması sonucunu doğurur; iktidarsızlık, cinsel birleşmeye mutlak veya nisbî uyarsızlık şeklinde ortaya çıktığında, diğer eşin hatasından bağımsız olarak evliliğin iptal sebebi idi, ve süreyle sınırlı olmaksızın eşlerden herbirince ileri sürülebilirdi. Yeni kanuna göre bir eşin iktidarsızlığı sebebiyle evliliğin iptali, sadece, evlenmenin akdinden önce bundan haberdar olmayan eş tarafından ve, eğer birlikte oturma vaki olmuşsa hatanın keşfinden itibaren bir yıllık zamanaşımı süresi içerisinde dava edilebilir. Çocuk sahibi olma, artık, evliliğin esaslı bir amacı sayılmamaktadır.

Evliliğin geçerliliği sebebi olarak vasıfta hatanın değerlendirilmesi hukuksal bir varsayıma dayanır; burada evlilik esnasında (hatanın keşfinden sonra) ortaya çıkan evlilik bağına karşı olumsuz bir irade, fikren başlangıçtaki rıza ânına geriletilmiş olmaktadır. Diğer bir deyişle, vasıfta hata sebebiyle evliliğin iptali, sözkonusu varsayım dışında, kavramsal olarak, rızadaki fesad nedeniyle iptalden ziyade, evlilik bağıнын feshine (yâni boşanmaya) yaklaşmaktadır. Bu 1 Aralık 1970 tarihli kanunun 3 üncü maddesinin 1 no. lu bendinde öngörülmüş bulunan eşlerden birinin suçlu eylemine ilişkin, ve yukarıda sıralanan, boşanma sebeplerinden ikinci, üçüncü ve dördüncü haller ile aralarında mevcut açık paralellikle de doğrulanmaktadır. Suçlu eylemin evlenme akdinden önce ika edilmiş olması halinde, vasıfta hata nedeniyle iptal sebebi ve boşanma sebebi arasındaki ayırım, ceza mahkûmiyetinin evlenme akdinden önce veya sonra vaki olması gibi bir rastlantıya bağlanmış olmaktadır. Bu noktada 19 Mayıs 1975 tarihli kanunun bir temel eksikliği, yâni özel bir kanunla bağımsız olarak çözüme bağlanmış bulunan boşanma sorununu, aile hukuku alanında medeni kanun hükümlerinin genel reformu sorunundan ayırmış olması, özellikle belirtmektedir. Rızadaki fesad nedeniyle evliliğin iptali sebeplerini, bir seri vasıfta hata hallerini kapsayacak kadar genişleten yeni medeni kanun hükmü, kökeninde, boşanma hakkındaki kanunun ilga edici referandumu sonucunda evlilik bağıнын çözümlenmezliğinin tekrar ortaya çı-

kacağı ve, daha sonra (1970'ten sonra) artık bir daha dokunulmayacağı kanısıyla, evlilik bağının çözülmezliği rejimine bir yumuşama getirme amacıyla düşünülmüştü. Aradan geçen sürede bu tahminlerin gürültülü bir şekilde yanlış çıkmış olmasına rağmen, nihai metinde hükmün muhafaza edilmiş bulunması, boşanma hakkındaki kanunla arasında vahim bir koordinasyon eksikliğine neden olmuştur; zira böylece, şâyet iyiniyetli eşin ekonomik himayesinin evliliğin iptali halinde, boşanma haline nazaran daha az lehinde olduğu gözönünde tutulursa, hiç de haklı gösterilemeyecek işlem farkları ortaya çıkmış olacaktır.

Diğer taraftan, kanun koyucunun maksadının aksine olarak, hatanın yeni düzenlenme tarzı, eski, kişinin kimliğinde hataya dönüşen vasıfta hata sorununu çözüme bağlama başarısı gösterememiştir. Bir yüzyıldan fazla bir zamandanberi evliliğin örneğin: diğer eşin vatandaşlığında hata, yahut diğer eşin dinsel bir evlilikte üçüncü bir kişiye bağlı bulunduğunu bilmeme, veyahut diğer eşe dinsel özel bir durum tanınmış, söylenmesi âdet olduğu üzere «papazlığı alınmış» bir papaz olması hallerinde, dava konusu edilebilip edilemeyeceği tartışılmalıdır. Bu kabil haller yeni kanunun vasıfta hukuki sonuç doğurucu hatalara ilişkin tahdidî listesinde öngörülmemiş olduğundan, bunların kişinin kimliğinde hataya benzetilen vasıfta hata halleri sayılabılıp sayılamıyacakları sorunu açık kalmaktadır. Başka bir deyişle vasıfta hatanın tanımı sorunu çözülmemiştir: vasıfta hata, dar anlamda, *fiziksel* kimlikte hata olarak mı anlaşılmalı, yoksa kişinin *toplumsal* veya *medeni* kimliğini belirlemede rol oynayan vasıflarda hatayı da kapsayan, daha geniş bir özel anlama göre mi ele alınmalıdır?

Gene rızadaki fesadlar alanında olmak üzere evliliğin akdî niteliğinin kuvvetlendirilmesi, muvazaa sebebiyle dava açılabilmesi sorununun da olumlu yönde çözümünü sağlamıştır. Eşlerin evlilikten doğan yükümlülükleri ifa etmeme ve hakları kullanmama hususunda anlaşmış buldukları, yâni birbirlerini karı-koca olarak alma niyeti olmaksızın, ev-

liliğe özgü amaçlardan başka bir gaye için, örneğin: sadece eşlerden birine italyan vatandaşlığını kazandırmak veya bazı sosyal yardımlardan faydalanma hakkı sağlamak için, evlenme akdettikleri ispat edildiği takdirde, eşlerden birinin talebi üzerine, evliliğin butlanına karar verilebilir. Bununla beraber bu hükmün pratik önemi, davayı evlenme akdinden itibaren bir yıl gibi kısa bir zamanaşımı süresine tâbi kılan müteakip madde hükmü ile büyük ölçüde azaltmış bulunmaktadır.

Kurum-evlilik kavramının terkedilmiş olması, «mefrûz evlilik» düzenlenmesi üzerinde de etkisini göstermiştir. Butlanına karar verilmiş evlilik esnasında doğan veya ilkah edilmiş bulunan çocuklar lehine olmak üzere, sadece eşlerin veya hiç olmazsa bunlardan birisinin iyiniyet sahibi olması halinde değil, fakat aynı zamanda her ikisinin de kötüniyet sahibi bulunmaları halinde dahi, geçerli bir evliliğin neticeleri husule gelir, (yâni, çocuklar nesebi sahih çocuklar statüsünü muhafaza ederler), yeter ki butlan çift evlilik veya hısımlar arasındaki birleşme sebebine dayanmamış olsun. Böylece artık «mefrûz evlilik» terimi sadece bir deyiş olarak kalmakta ve, buna tekabül eden hükmün gerçek içeriğini tam bir şekilde ifade etmemektedir. Evlilik iptal edildiği takdirde, artık eşlerden hiç olmazsa birisinin iyi niyeti çocukların neseplerinin sahihliğinin zorunlu ve normal bir şartı değildir.

3. 19 mayıs 1975 kanunu, İtalya'da, son olarak vaki evlilik sisteminin tâdilinin tüm ölçüsünü vermez. Evliliğin esasını derin bir tarzda değiştiren, daha etkin teşrii müdahale 1 aralık 1970 tarihli önceki kanun ile gerçekleştirilmiştir; bu kanunla evliliğin çözülmeliği ilkesi terkedilmiş bulunmaktaydı. Bu kanunun halk referandumu ile ilgası önerisi, 12 mayıs 1974'te yapıldı ve, aşağı yukarı % 57 bir çoğunlukla seçmen kitlesi tarafından reddedildi.

Kanun boşanma sebeplerini iki gruba ayırmaktadır: birinci grup sebepler, objektif olarak, eşlerden biri veya her ikisinin birlikte yaşamanın devamını çekilmez kılacak hare-

ket tarzlarına ilişkindir; ikinci grup sebepler ise, evlilik birliğinin artık bir daha tekrar kurulamayacağı kanısını verecek şekilde (en az beş seneden yedi seneye kadar) bir süre devam etmiş bir kanuni (veya sadece istisnai ve geçici fiilî) ayrılık haline dayanır. Birinci gruba giren sebepler eşlerin ayrılığı gibi bir ön safhadan geçmeden, her halde boşanma talebini haklı kılarlar ve, evlenme akdinden sonra (daha önceki bir zamana ilişkin olsa bile) adli mercilerce karara bağlanmış ve eşlerden biri tarafından ika edilmiş ağır suçlu'uk fiillerinden, veya yabancı tâbiyetteki eşin hariçte evliliğin butlanını veya feshini elde etmiş olması veya dışarda yeni bir evlilik yapmış bulunması olgularından, veyahut da evlenmenin gereğinin yerine getirilememesi (1) gibi olumsuz bir olgudan oluşurlar.

Kanunda sayılan sebeplerden birisinin saptanması, boşanma kararının zorunlu, fakat yeterli olmayan bir koşuldur. Hâkim, bunlardan başka, ileri sürülen sebep ile ilgili olarak, eşlerin maddî ve manevî birliklerinin geridönü'mez biçimde kesilmiş bulunduğunu, yâni onların hayat birliğinin artık tekrar kurulamayacağını, ussal olarak tahmin ettirecek tarzda bir uzlaşmazlık durumunun mevcudiyetini de saptamak zorundadır.

İtalyan kanun koyucusu, karşılıklı rıza ile boşanmayı kabul etmemiş, fakat, onu kusurun varlığına da tâbi kılmamıştır. Evlilikten doğan yükümlülüklerin kusurlu ihlâli, evliliğin feshine karar verebilmek için zorunlu bir koşul değildir; hattâ eşlerin kaza yolu ile ayrılıklarını da kusurdan bağımsız kılmış bulunan aile hukuku reformu kanunundan sonra da durum böyledir. Diğer eş veya çocuklar aleyhine işlenen veya işlenmeye teşebbüs edilen bazı suçlar, suçlu tüm aklî yetersizlik nedeniyle ceza hâkimince beraat ettirilmiş olsa bile, boşanma talebine yetki verirler; kanuni ayrı-

(1) İtalyanca metindeki «mancata consumazione del matrimonio» deyimini, evlenmenin cinsel yönden gereğinin yerine getirilememesini ifade eder.

lık halinde, belirli bir süre sonra, kusur davalı eşe kaabili atıf olursa, hattâ, evliliğin feshini talep eden eşe atfedilse bile boşanma kabul edilebilir. Boşanma kusurun bir müeyyidesi değil, fakat evlilik bağının işleminde sonradan ortaya çıkan objektif bir duruma karşı çare olarak nazara alınmıştır. Kusur, sadece, eşler arasında, birliklerinin bozulmasının malvarlıksal sonuçlarının bölüştürülmesinde bir kıstas ve ölçü şeklinde hukuki etkisini muhafaza eder. Eşlerden hangisinin diğerine periyodik bir ödemede bulunması gerekeceğini saptarken hâkim, boşanma tedbirinin «sebepleri»ni ve bunun sonucu olarak, muhtemelen evliliğin iflâsının kökünde bulunan eşlerden birinin kusurlu tutumunu da hesaba katar.

4. Evliliğin (kanonik - konkordato evliliğinin, yâni 11 şubat 1929 tarihli Vatikan ile yapılan anlaşma gereğince medeni hal kütüğüne kaydedilmiş olan katolik evliliğin neticelerini de kapsamına alan evliliğin) neticelerini düzenleyen yeni hükümler, reformun temel yönlerinden birini, yâni Anayasanın 29 uncu maddesi ile teminat altına alınmış olan eşlerin eşitliği ilkesini ortaya koymaktadır.

Kocanın «aile reisi» olarak ayrıcalığına dayanan geleneksel hiyerarşik model — (ki kariyla olan ilişkilerde kocalık hâkimiyetini, ve buna paralel tek taraflı bakım yükümlülüğünü, çocuklarla olan ilişkilerde ise babalık hâkimiyetini gerektiriyordu) — yerine, karşılıklı ve çocuklara karşı tam bir haklar ve yükümlülükler ayniyeti anlamında, eşlerin eşitliği üzerine kurulu bir model ikame edilmiştir. Aile hayatının yöneliminin belirlemesini ve aile ikametgâhının saptanmasını eşlerin anlaşmasına bırakan ve, küçük yaşta-ki çocuklar üzerindeki hâkimiyetin icrasını ve bunun sonucu, onların malları üzerindeki kanuni irtifaktan istifadeyi de her iki eşe veren bir ikili hâkimiyet modeli... Aile birliğinin, *içeriden*, örgütsel kıstası (ailenin muhtariyeti ilkesi) artık kocanın karar yetkisinde değil, bunun yerine, eşlerin anlaşmasında, ve sonuç olarak, herbirinin iyiniyetinde, mesuliyet duygusunda, mantıklı hareketinde, uzlaşma yatkınlığındadır.

Ancak, eşler ortak bir anlaşma kararına varamadıkları takdirde, kazai makamın, *dışarıdan*, bir müdahalesi o'anağı öngörülmüş bulunmaktadır. Fakat, eşler arasındaki karşılıklı münasebetlere ilişkin sorunlar sözkonusu olduğunda, her birinin talep edebileceği hâkimin müdahalesi, sadece bir sulh girişimine münhasırdır. ve bu müdahale, anlaşmazlık ikametgâh tespitine veya diğer esaslı işlere ilişkin ise ve eşlerin *ortak ve açık* bir talebi mevcutsa ancak hakemlik haline dönüşebilir. Bu takdirde hâkim, aile hayatının ve birliğinin gereklerine en uygun saydığı çözümü uygular; ancak, tedbirin içeriğinden memnun olmayan eş buna riayete mecbur tutulamaz. Şâyet hâkimin müdahalesi mutabakatı sağlama başarısını gösteremez ise, beş veya yedi yıl sonra boşanma olanağı ile beraber, şahsî ayrılıktan başkaca bir seçenek mevcut değildir.

Devletin müdahalesi, anlaşmazlık çocuklar üzerinde hâkimiyetin icrasına ilişkin «özel önem arzeden» sorunlara ilişkin olduğunda daha enerjiktir: bu halde bir karara varılmış olmak gereklidir. Hâkim (Küçükler Mahkemesi), ebeveyn-den biri tarafından sorunla ilgilendirilince, anlaşmazlığı ortadan kaldırmayı başaramaz ise, somut olaya göre, çocuğun çıkarını himayeye en uygun saydığı eşe, karar yetkisini tanıır. Şâyet çocuk için vahim bir zarar doğuracak bir tehlike mevcut, ve böylece kararı tercih olunacak ebeveyni seçmeğe yönelik bu kazaî usule başvurmağa zaman yok ise, kanun, Anayasanın 29 uncu maddesinin 2 nci fıkrasındaki yetkiden yararlanarak, eşlerin eşitliği ilkesine bir (ve tek) istisna kuralı sevkettir: burada babanın kararı tercih edilir; baba âcil ve geciktirilmesi olanaksız tedbirleri almaya mezdur.

Eşlerin eşitliği ilkesi, sadece eşler arasında ve ebeveyn ile çocuklar arasındaki ilişkileri düzenlemekle kalmamakta, onların malvarlıksal ilişkileri düzeyine de uzanmaktadır. İtalyan hukukunun geleneksel müessesesi olan, fakat artık çeyiz kurumunun kayboluşundan sonra kökündeki anlamını yitiren, mal ayrılığı rejimi yerine, yeni kanuni mal ortaklığı

rejimi ikame edilmiştir. Ancak burada, kısmen tam ve gerçek bir mal ortaklığı, kısmen de *mal kalıntılarının* ortaklığı ile yumuşatılmış bir mal ayrılığı şeklinde, karma bir rejim sözkonusudur.

Evlenmeden sonra kurulan ve her iki eş tarafından işletilen müesseseler ile beraber, evlilik esnasında işlerin birlikte veya ayrı ayrı iktisap ettikleri mallar (her bir eşin «şahsî» veya «kendi» malı olarak kalan bazı kategori mallar hariç) derhal ortaklık malları olur. Buna karşın, eşlerden herbirinin şahsî mallarının semereleri, ve ayrı çalışma faaliyetlerinin gelirleri, yalnız birliğin feshinde, henüz tüketilmemiş buldukları ölçüde ortaklığa girerler. Ailenin geçimine orantılı biçimde katkıda bulunma yükümlülüğü mahfuz kalmak üzere, evlilik süresince eşlerden herbiri, çalışmalarına özgü gelirlerde tam bir tasarruf yetkisini muhafaza ederler.

Yeni rejim, esas itibarile, kadının, gerek kocayı ev idaresine ilişkin yardımlardan masun kılan ev işleri ile uğraşmak, gerek kocanın mesleği veya işletmesi ile işbirliği yapmak, ve nihayet gerekse ev işleri dışında bir faaliyeti bağımsız olarak icra etmek suretiyle, ailenin ekonomik varlığının artmasındaki katkısını gerekli şekilde değerlendiren bir düzenleme getirmeyi amaçlamaktadır.

5. Eşlerin ayrılığı müessesesi, kökeninde bulunan ve eşlerden birinin evlilik yükümlülüklerini kusurlu ihlâlinden etkilenen diğer eşin himayesine yönelik bir müeyyide ve, birlikte yaşamanın geçici olarak kesilmesi aracılığıyla affetme ve tekrar barışmayı sağlamada bir çâre niteliğini kaybetmiştir. Ayrılık şimdi sadece objektif bir temele dayanmaktadır: eşlerden biri veya her ikisinin kusurundan bağımsız olarak dahi, beraber yaşamanın devamını çeki'mez kılacak olaylar»ın vukuu halinde (mahkemeye müracaat suretiyle) ayrılık talep olunabilir. Bu nedenle, normal ölçüye oranla, birlikte oturma veya karşılıklı yardım yükümlülüğünün ifasını zorlaştırıcı kılan olaylar, hattâ, karakter uzlaşmazlığı denen sebep dahi, ayrılığın meşrû nedenleri haline dönüşmüştür.

Müessesenin anlamındaki bu derin değişiklik, ayrılık hali esnasında eşlerin sadakat yükümlülüğünün ortadan kalkması sonucunu da doğurmaktadır. Şu neticeyle ki, görüleceği üzere, koca artık bu ayrılık hali süresinde karısının ilkah ettiği çocuğun mefrûz babası değildir. Eşlerin ayrılığı bundan böyle, kanun tarafından sanki öne alınmış bir boşanmadır. Ve böylece, ayrılık (beş veya en çok yedi yıl sonra) hâkim kararı ile evliliğin feshine varmak için normal bir yol haline geldiğinden, kusur sınırları dışında, ayrılık sebeplerinin genişletilmesi, buna tekabül eden bir boşanma olanağının genişletilmesi anlamına gelmektedir.

Kusur, ayrılığın bazı sonuçlarının farklılaşma kıstası olarak bir kalıntı önem muhafaza eder. Beraber yaşamamanın devamının çekilmezliği, eşlerden birinin evlilik vazifelerine aykırı tutumuna atfedilebilir olduğu takdirde, hâkim, kursosuz eş tarafından açıkça talep edilmiş olması şartıyla, ayrılığa hükmeden kararında, gerek kişisel ilişkiler ve gerekse malvarlıksal ilişkiler düzeyinde, müeyyidelendirici sonuçlar doğuracak şekilde, ayrılığın diğer eşe «isnat edilebilirliği»ni (yâni atfedilebilirliğini) hüküm altına almaktadır. Şöyle ki :

a) Ayrılık münhasıran kendisine isnat edilen eş, boşanma elde etmek için, diğer eş itiraz ettiği takdirde, beş yıl yerine yedi yıl beklemek zorundadır. Bununla beraber, kursosuz eşin, normal olarak, itiraz etmede bir çıkarı olmayacaktır; zira, aile hukuku reformu kanununa göre, kendisi için öngörülen ekonomik durum, boşanma hakkındaki kanunun sağladığı durumdan daha az lehine bulunmaktadır;

b) Ayrılık kendisine atfedilen eş, kendisi uygun bir gelire sahip bulunmadığı takdirde bakılma hakkını kaybeder, ve sadece ihtiyaç hali ile ölçülü olmak üzere, nafaka alma hakkını muhafaza eder; bundan başka, diğer eş karşısında mirasçılık sıfatını yitirir ve sadece, mirasın açıldığı ânda müteveffa eş uhdesinde nafaka hakkından istifade etmekte ise, hayat boyu bir meblâğa hakkı olur.

Buna karşın, çocukların eşlerden birine veya diğerine verilmesinde kusur kıstasının, hiç olmazsa doğrudan doğruya, hiç bir etkisi yoktur. Seçim, münhasıran çocuğun çıkarı gözönünde tutulmak suretiyle hâkim tarafından yapılır.

II. — Neseb

6. İtalyan hukukunda *sahih* nesebin saptanması sistemi (Nüfus Memuru tarafından düzenlenen) çocuğun evli kadından doğduğunu tevsik eden doğum belgesine dayanır; bu belge, aynı zamanda babalığın da saptanması amacıyla, evlilik belgesi, evlilik esnasında ilkah hususundaki kanuni karine ve buna bağlı kocanın babalık karinesi ile tamamlanır. Bu nedenle babalığın kocaya atfı için (cermen hukukunda olduğu gibi) çocuğun evlilik esnasında ilkah edilmiş bulunması (yâni kanuni karinenin kabulüne göre evlenmenin akdinden 180 gün sonra ve evlenmenin iptalinden veya feshinden 300 gün önce doğmuş olma) yeterli değildir; ayrıca çocuğun doğumunun, meşru bir birleşmeden doğum olarak, Nüfus Memuruna bildirilmiş olması da gerekir.

Bu her iki şart da mevcut ise, ve bunun sonucu kocanın babalık karinesi işliyorsa, doğum belgesi ile tevsik edilmiş olan *sahih* neseb hali, ancak, kanundan tahdidî olarak sayılan (önce dört, şimdi üç) ve çocuğun, kadının zinası mahsulü bulunduğunu geçecekmiş gibi gösterecek durumları içeren hallerin varlığı şartıyla, babalığın reddi davasını konu olabilir. Şâyet birinci koşul mevcut değil ise *sahih* neseb hali, delil sınırlandırması olmaksızın, ya (eğer çocuk evlenme akdinden 180 gün önce doğmuş ise) kısa bir zamanaşımı süresine tâbi babalığın reddi davası ile, veyahut (eğer çocuk evliliğin iptali veya feshinden 300 gün sonra doğmuş ise) (zamanaşımına tâbi olmaksızın) nesebin sıhhatine itiraz davası ile dava konusu edilebilir. Şâyet ikinci koşul mevcut değil ise, yâni *sahih* neseb hali doğum belgesine bağlanmamış ise (—ki kanun bunu *sahih* nesebe devamlı sahiplik ile eşdeğerde saymaktadır—) nesebin *sahih*liğini ta-

lep davası olmaksızın çocuk nesebi sahih çocuk statüsünü ik-tisap edemez; nesebin ispatı külfeti talep edene aittir (şahitle ispat sadece yazılı bir deill başlangıcı mevcut ise kabul edilir) ve her türlü aksi delil ikamesi caizdir.

1975 kanunu, sistemin temel hatlarını değiştirmeksizin önemli tâdiller getirmiştir.

Herşeyden önce evlilik esnasında ilkah karinesi değişikliğe uğramış ve iki yönde kapsamı daraltılmıştır :

a) Birinci kısıtlama, yukarıda izah edildiği üzere, sadakat yükümlülüğünün ortadan kalkması sonucunu doğuran, eşlerin ayrılığı hakkındaki yeni anlayışın bir neticesidir. Kocanın babalık karinesi karının sadakati yükümlülüğüne dayandığından, çocuğun, kazai ayrılık hükmünden veya rızai ayrılığın onaylanmasından üçyüz gün sonra doğmuş olması, yâni karı tarafından kanuni ayrılık halinin devamı esnasında ilkah edilmiş bulunması halinde kocanın babalık karinesi engellenmiş olur ve evlilik esnasında ilkah karinesi işlemez. Bu takdirde, şâyet çocuk nesebi sahih olarak bildirilirse, nesebin sahihliğine, sanki çocuk evliliğin feshinden itibaren 300 gün sonra doğmuş gibi, sınırsız bir şekilde karşı gelinebilir;

b) Diğer kısıtlama, tıp bilimi tarafından denemeleri yapılan, gebeliğin 300 günden fazla istisnaî bir süre devamı olanağını hesaba katmaktadır. Önceki mevzuatta, evlenme esnasında ilkah hakkındaki kanuni karinenin, gerek olumlu ve gerekse olumsuz anlamda mutlak olmasına karşın, şimdi ikinci anlamda böyle bulunmamaktadır. Evliliğin feshinden veya eşlerin kanuni ayrılığından 300 gün sonra doğmuş çocuğun nesebinin sahihliğine itiraz halinde, eşlerden herbiri ve onların mirasçıları, çocuğun evlilik esnasında veya, beraber yaşamamanın kesilmesinden önce, ilkah edilmiş bulunduğunu ispat edebilirler.

İkinci olarak, kocanın babalığının reddi davasına ehliyeti hususu da değiştirilmiştir. Geleneksel olarak çocuğun nesebinin sahihliğinin dava konusu edilebilmesi yetkisi (ev-

lilik esnasında ilkah vaki olmuşsa sıkı sınırlar içinde, evlenmenin akdinden itibaren 180 gün içersinde çocuk doğmuş ise, şimdi kaldırılmış olan iki istisna hariç, sınırsız olarak), «aile reisi» ve aile şerefının ve sükûnunun hâmisî sıfatları ile, münhasıran kocaya tanınmış idi. Halbuki, şimdi, babalığın kanunî olarak kocaya isnadı, (doğumdan itibaren altı ay içerisinde) anne tarafından ve, (çocuğun rüşt yaşına varmasından veya davayı kabul edilebilir kılan olayları öğrendiği günden itibaren bir yıl içersinde) bizzat çocuk tarafından da dava konusu yapılabilir. Meşrû aile üyelerinin çıkarlarındaki eşitlik ve bireyci görüş ve, evlilik birliğindeki genel çıkarın himayesinin hafifletilmesi, burada, özellikle çok kuvvetli bir şekilde kendini göstermektedir. Ancak diğer yönden, şurası da gerçektir ki, dava inhisarı, koca tarafından, pek seyrek de olmaksızın, intikam ve şantaj aracı olarak da kullanılmıştır.

7. Nesep konusunda en köklü yenilikler, «doğal nesep» denilen, evlilik dışı nesebe ilişkindir (bunun seçeneği olan «gayrisahih nesep» sıfatı ilga edilmiştir). Bu yenilikler, Anayasanın 30 uncu maddesinde işaret edilen, aile hukuku reformunun ikinci temel yönelimi ile gerçekleştirilmişlerdir; Anayasanın sözkonusu maddesi (tanınması mümkün olmayanlar dahil) evlilik dışı doğmuş olsalar bile, bütün çocukları nazarı itibare almak suretiyle, bunlara bakma, terbiye etme ve eğitme vazife ve hakkını ebeveyne yüklemekte, ve daha sonra «kanun, evlilik dışı doğmuş çocuklara meşru aile üyelerinin hakları ile bağdaşabilir her türlü sosyal ve hukuki himayeyi temin eder» hükmünü sevketmektedir. Bu anayasa hükmü, 1975 kanun koyucusu tarafından son derece ileri bir şekilde yorumlanmış, ve bunun sonucu olarak da, meşrû aile üyelerinin hakları ile *bağdaşabilirlik* kistasının temsil ettiği sınır asgari hadde indirilmiştir.

Evlilik müessesesini ve meşrû aileyi korumak için geleneksel mevzuat (— ki 1804 Napolyon kanunundan modellenmekteydi —), evlilik dışı doğmuş çocuklar için nesebi sahîh çocuklara nazaran daha aşağı bir aile hukuku durumu öngörüyordu; bu durum, nesebin saptanması düzeyinde

esas itibarile iki yasakta ifadesini buluyordu: a) doğal babalığın (sadece kaçırma veya cebri tecavüz hali hariç) kazai yoldan aranması hususunda genel yasak; b) zina veya kanhısımları arasındaki birleşmeden doğan çocukların tanınması yasağı ve bunun sonucu zina veya kan hısımları arasındaki birleşmelerden doğan çocuklar için gerek babalığın ve gerekse analığın kazai tespiti hakkındaki mutlak yasak. 1942 kanunu, dört halde doğal babalık davası ikamesini kabul etmek ve, bazı sınırlamalar ile, zina mahsulü ve kan hısımları arasındaki birleşmelerden doğmuş çocukların da tanınmasına müsaade etmek suretiyle bu yasakları oldukça hafifletmiş bulunmakta idi. Bundan başka, özellikle miras hukuku açısından, tanınmış çocukların durumunu daha da düzeltmişti.

1975 yeniliği geleneksel sistemi yıkmış; ancak kan hısımları arasındaki birleşmelerden doğan çocuklar reform sınırlarında kalarak bundan hariç tutulmuşlardır.

Şimdi ise, doğal babalığın aranması yasağı tamamen ortadan kaldırılarak, tanınmanın kabul edildiği bütün hallerde kabul edilmiştir. Doğal analığa karar verilmesi gibi, doğal babalığa karar verilmesi de hiçbir delil ve zaman kısıtlaması olmaksızın çocuk tarafından talep edilebilir, yeterki, bunu haklı gösterecek (ve adli bir ilk soruşturma safhasında mahkemece saptanacak) özel şartlar ve durumlar mevcut olsun.

Zina mahsulü çocukları tanıma yasağı tamamen kaldırılmıştır. Ana ve baba ilkah esnasında başka şahısla evlenme suretiyle birleşmiş bulunsalar bile, ve ilkahın ihlâl etmiş bulunduğu evliliğin feshedilmiş bulunup bulunmaması şartından bağımsız olarak, doğal çocuk ana ve baba tarafından tanınabilir. Aynı şekilde, doğal çocuk da (yeterki kan hısımları arasındaki birleşmeden doğmamış olsun), hiç bir sınırlama olmaksızın, doğal babalık veya analığın kazai karara bağlanmasını talep edebilir. Böylece «basit» doğal çocuklar ve «zina mahsulü» çocuklar arasındaki ayırım da ortadan kalkmış olmakta (ve bu son terim mevzuat dilinden de kay-

bolmuş bulunmaktadır). Bunların sonucu olarak, tanınmış olmasile, zina mahsulü çocuklar da, gerek zina edenin suç ortağı ile sonradan evlenmesi ve, gerekse, ilkah ile ihlâl edilmiş bulunan bir evlilik süresinde hakim tedbiri (mahkeme kararı) ile nesebi sahîh hale getirebilmektedir; zina eden eşin kanuni ayrılık halinde yaşaması halinde diğer eşin buna rıza göstermesine de ihtiyaç yoktur.

Doğal nesebin tanınması (veya kazai kararlarla tespiti) çocuğa karşı ebeveynin, meşrû ebeveyne özgü bütün hak ve görevlerin yüklenmesi sonucunu doğurur: yâni sadece hisimlik hakimiyeti değil, fakat (önceki mevzuattan farklı olarak) *kanuni infak* da sözkonusudur. Doğal çocuk, önce onu tanıyan ebeveynin soyadını alır, veyahut şâyet her ikisi tarafından da beraberce tanınmış ise babanın soyadını taşır. Babanın tanınması, ananınkinden sonra olması halinde, babanın soyadını ananınki yerine ikame etmek veya ona ilâve etmek kararı, reşit ise çocuğa, küçük ise hakime aittir.

Yeni kanun, «çıkâr amacı ile yapılan» tanımlarla da ilgilenmiştir. Şâyet çocuk on altı yaşını doldurmamış ve sadece ebeveynden biri tarafından tanınmış ise, diğer ebeveyn, kendi açısından, ancak birincisinin rızası ile çocuğu tanıyabilir; fakat, haksız muhalefet halinde, rıza yerine *kaim bir karar* elde etme olanağı vardır. Çocuk onaltı yaşını doldurmuş ise, tanıma onun rızası olmaksızın netice doğurmaz.

Tanınmış veya kazai karar ile nesebi saptanmış doğal çocuğun durumu, (miras hukuku alanında da) nesebi sahîh çocuğun durumuna benzetilmiştir; ancak evlilikle oluşmuş bulunan aile çekirdeği birlik ve beraberliğindeki ebeveyn eşin ve/veya nesebi sahîh çocukların çıkarını himaye için konmuş iki sınırlama vardır. Doğal çocuk, küçükler mahkemesinin müsaadesi olmaksızın, ebeveynlerden birinin meşrû ailesine sokulamaz; mahkeme eşin, ve onaltı yaşını doldurmuş çocukların rızasını saptamak zorundadır. Bundan başka, kanuni mirasçılık halinde, nesebi sahîh çocuklar, mahkemenin müsaadesi üzerine, doğal çocukları, onlara

hisselerini para veya mirastan kalan menkul mallarla ödemek suretiyle, tereke (1) dışı bırakabilirler.

Tanınmaları mümkün olmayan çocuklar (*kötüniyetli* ebeveyne nazaran kanhısımları ile birleşmeden doğmuş çocuklar), artık sınırdan kalmış bir olgudur. Bunlar, ebeveynin, sadece rüşt yaşlarını ikmal edinceye kadar bakılmaları ve terbiyeleri masraflarına mahkûmiyetini elde etmek amacıyla nesebin saptanmasını talep edebilirler. Şâyet reşid iseler, ihtiyaç halinde bulunmaları kaydıyla, nafaka elde etmek amacıyla hareket edebilirler. Ebeveynin mirasında, mirasçılar ve tasarrufa salih hisselerin mansup mirasçıları uhdesinde olmak üzere, hayat boyu bir meblâğa hakları vardır.

8. Yeni doğal nesep rejimi, evlilik müessesesinin himaye ve muhafazası için mevzuat tarafından sağlanan geleneksel savunma tedbirlerini çok zayıflatmıştır. Yeni kanun koyucunun amaçları mutlak surette saygıdeğer, ve dahası, genel hatları ile onaylanabilir. Şurası inkâr edilemez ki, söz konusu savunma araçları evlilik dışı doğmuş çocuklara reva görülen tahkirden doğan ızdırapların bedelini haklı kılabacak bir yeterlilik göstermemişlerdi, ve gene şurası da bir gerçektir ki, doğal nesebin saptanması yasakları, erkeğin, evlilik dışı cinsî ilişkilerinde sorumsuz davranmasına yardımcı olma sonucuna götürmekteydi. Fakat, Anayasanın 29 uncu maddesinin sadece evlilik üzerine kurulu aileyi kabul etmiş görünümünde olmasına karşın, evliliğin toplumsal ve hukuki öneminin azaltılmış bulunduğu ve, meşrû aile yanında, serbest birleşme üzerine dayanan doğal ailenin tanınmış olduğu olgusu da ortadadır. Evlilik, ona özgü adedilen bir nitelikten, yâni çocukları ebeveyne, ayırdetmeksiz ve toplu olarak bağlayan bir yapının oluşturulmasında temel bir hukuki şekil niteliğinden yoksun bırakılmıştır. Doğal ebeveynin birlikte yaşamaları halinde, kanun, herikisince tanınmış olan çocuklar üzerinde hakimiyet hakkının or-

(1) ÇN. İtalyanca metindeki «comunione ereditaria» terimi, türkçeye «miras şirketi» veya «miras birliği» şeklinde de çevrilebilir.

taklaşa kullanma olanağını ve onların malları üzerinde kanuni intifa hakkını, aynen meşrû ebeveyne yaptığı tarzda, tanımaktadır. Henüz metres hayatı yaşamanın tamamen tanınmasından uzaktayız; fakat ebeveyn ve çocuklar arasındaki ilişkilerde bu tarz yaşama, artık, evlilik toplumuna benzer bazı hukuki görünümlere de bürünmüş bulunmaktadır.