

İTALYA'DA BOŞANMA

Rodolfo Sacco

Torino Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Ordinaryüs Profesörü

Çeviren: Doç. Dr. Hüseyin HATEMİ

Sorun

İtalya'nın siyasî birliğinin sağlanmasından kısa bir süre sonra, boşanma konusuna ilişkin kanun teklifleri Millet Meclisi veya Senato başkanlıklarına tevdi edilmeye başlanmıştır. Bu konuda Meclis'de müzakere ve tartışmalar da yapılmış, fakat ancak 1970 de İtalyan kanunkoyucusu ilk def'a olarak eşlerin sağlığında evliliğin çözülebileceğini kabul edebilmiştir.

Kanunkoyucu ve halk, bu konudaki gerekli tercihleri böylece yapmış bulunmaktadır.

1948 Anayasası'nda konu ile ilgili hiçbir kural yoktur. Evliliğin çözülemeyeceğine ilişkin bir ilkenin Anayasa metninde yer alması teklifi reddedilmiştir.

Bununla beraber, İtalya Cumhuriyeti ile Katolik - Roman Hıristiyan Kilisesi arasındaki hukukî ilişki dolayısı ile bir ön hukukî sorun doğabilirdi. Büyük çoğunluğu ile İtalyanların sâliki bulunduğu Katolik Kilisesi, sâliklerinin evliliklerini düzenlemede kendisini münhasıran yetkili sayar ve evliliği de çözümez olarak kabul eder. 1929 yılında Kilise ile Devlet arasında varılmış olan bir anlaşma, uzun bir düşmanlık döneminden sonra, şahsî hal kütüklerine tescil edilen dinî evlenmelere medenî nikâhın sonuçlarını bağlamaktadır. 1948 Anayasası'nın bir kuralı, 1929 Anlaşması'na

(Concordat), Devlet ile Kilise arasındaki ilişkileri düzenleme görevini yüklemekte idi. Ortaya çıkan sorun, 1929 Anlaşması'nın geçerli bir medenî nikâh değerini tanıyıp dînin de çözümlenmez olarak kabul ettiği bu dînî evlenmeyi çözümede Devlet'in serbest olup olmadığıdır. Bu sorunun varlığı, İtalyan Kanunkoyucunun bir ustalığa başvurmasına sebep olmuştur. İtalyanların yaygın olarak «boşanma» (divorzio) dedikleri olgu, Kanun'da daha itinalı bir şekilde adlandırılmaktadır. Sâdece medenî nitelikte olan bir nikâh söz konusu ise, boşanma «evliliğin çözülmesi» diye adlandırılmaktadır. Tescil edilmiş bir dînî nikâh karşısında bulunduğumuzda, hâkim, «evliliğin tescilinden doğan medenî (hukukî) sonuçların durdurulmasına» hükmetmektedir.

Boşanmanın kabul edilmesi, İtalya'da şiddetli muhalefetlere sebep olmuştur. Bu ortam içinde, halkoyuna başvurularak Kanun'un ilga edilmesi talebi için gerekli oy yeter-sayısını sağlamak mümkün oldu. Halkoyu, Kanun'un ilgası teklifini reddetti. (% 41 e karşılık % 59 oy ile).

Mümkün olan seçimler

İtalyan kanunkoyucusu boşanmayı kendi sistemine dâhil etmek üzere olduğu sırada yapması gereken başlıca seçimler nelerdi?

«Ayrılık» yerine boşanmayı mı ikame etmeli idi? Yahut iki kurumun da birbirinden özenle ayrılmış ödev ve görevlerle diğerinin yanı sıra bulunmasına mı müsaade etmeli idi?

Evliliğin çözülmesini tarafların serbest iradesine mi bırakmalı, dolayısı ile karşılıklı anlaşma, hatta eşlerden birinin tek taraflı irade beyanı ile boşanmayı mı tanımalı idi? Yoksa boşanmayı, varlığı mahkemece tesbit edilen bir haklı sebebe mi bağlamalı idi?

Boşanmayı, borçlarını ihlâl eden eşi tehdidi altında bulunduran bir müeyyide olarak mı, yoksa evliliğin herhangi bir sebeple iflâs edip eşlerin ortak hayatının imkânsız oldu-

ğu hallerde başvurulabilecek bir devâ olarak mı telâkkî etmeli idi?

Başkalarının deneyleri

Tabiatıyla İtalyan Kanunkoyucusu bu soyut şemalardan daha çok, boşanma yolunda İtalya'dan önce giden ülkelerin tecrübesine giriştikleri çözümlerden etkilenmiştir.

Bu tecrübeler, Kanunkoyucunun ve hukukçuların gözleri önüne biribirinden farklı üç boşanma tarzı sermekte idi.

Bu modellerden birincisi, Batı hıristiyan (katolik) dünyasını 16. cı ve 17. ci yüzyıllar boyunca sarsan büyük dîni islâhatda (Reform) kökenini bulmaktadır. Geleneksel katolik telakkisinin o güne değin her türlü boşanma düşüncesini reddetmesine ve evlilik konusunun tümü ile Kilise hukuku ve otoritesine bağımlı kılınmasını Devlet'den istemesine karşılık, reform düşüncesini benimseyen Kiliseler, evlilik kurumunun amacına daha elverişli bir evlilik öğretisi geliştirdiler. Evlilik, eşlerin manevî ve maddî birliği olduğuna göre, bazı sınırlı hallerde, çiftlerden birinin, kendisi için bağıllık hissi duyulması imkânsızlaşmış olan bir ilişkiden kurtulma isteği kabul edilebilirdi. İngiltere'de ve İskandinav ülkelerinde, yakın bir döneme kadar, köklerini burada bulan çözümlere rastlamaktayız. 1937 ye kadar İngiliz Hukuku, boşanmayı ancak eşlerden birinin cinsî uygunsuzluğu, sadakatsizliği durumunda kabul ediyordu. (Zina, tecavüz, eşcinsel ilişki, hayvanlarla ilişki gibi). İsveç'de yalnız zina değil terk de boşanma sebebidir. Devlet bu durumda kusursuz evin evlilik ödevlerine boyun eğmesini istemekte direnmekten vazgeçmektedir ki, onun bu ödevlere uymasını beklemek zalimâne bir tutum olacaktı, kaldı ki bu tutum toplum çıkarlarına da cevap verir görünmemektedir.

Esasen evlilik bağının çözülebilirliğinin evlilikten beklenenin sağlanmaması durumunda bir çare olabileceği düşüncesi, mutlaka boşanma sebeplerinin de çoğalmasına yol

açacaktı. Bugün İngiltere, terk, pek fena muamele, akıl hastalığı durumlarında da, boşanmayı bir çâre (tedavi aracı) olarak kullanma imkânını hukukçularına vermektedir. İsveç, evlilik birliğinin çözülmesi sebeplerinden olarak, zührevî hastalıkları, ayyaşlığı, gaipliği, akıl hastalığını, bazı ceza mahkûmiyetlerini de kabul etmektedir.

İngiltere ve İsveç, esasında karşılıklı rıza ile boşanmayı kabul etmemektedirler. Kanun, evlilik istikrarını eşlerin hevesine bırakmaktan kaçınır. Hattâ, bazı ayrıntı kuralları evlilik bağının çözülmesini daha güçleştirmek veya daha az elverişli kılmak için uygulamaya konmuşlardır.

İkinci bir boşanma modelini, ilhamını 18. ci yüzyıl felsefesinden, Fransız İhtilâlinin zaferlerinden ve Napoléon Kanunu'ndan alır. Bu alanda evlenme bir medenî hukuk sözleşmesi olarak ele alınır, ve bunu düzenleme ödevi de sadece Devlet'e düşmektedir. Bütün diğer sözleşmeler gibi, adem-i îfa durumunda (pek fena muamele, ağır hakaret, zina gibi) veya karşılıklı rıza ile çözülebilir. Deneyler, daha sonra Fransızlara karşılıklı rıza ile boşanmanın kaldırılmasını ilham edecektir. Burada, «müeyyide olarak boşanma» (müeyyide - boşanma) nın tipik modeli karşısındayız.

Göz önünde tutulan bu hukuk sistemlerinde boşanmaya yer verilmesi, ayrılık imkânını selbetmemektedir. Ayrılık ve boşanma, ilgili tarafın seçeceği iki seçimli imkân görünümündedir.

Sosyalist evlilik modeli, sosyalist bir boşanma modeline de yol açmaktadır. Burada doğal olarak evliliğin lâik bir niteliği vardır. Ayrılık kurumuna yer verilmez. Boşanma kabul edilmiş, fakat yer yer müteaddit güçlüklerle kuşatılmıştır. Daha açık bir söyleyişle, bütün sosyalist devrimlerin, başlangıçta kolayca boşanma imkânını tanıdıklarını görüyoruz. Daha sonra (1944 Sovyet Hukuk reformu, halk demokrasilerinde 50 ve 60 yılları kanunları) hukuk düzeni boşanmayı dizginlemek için olanca imkânını kullanmaktadır. Son yıllarda Sovyetler Birliği'nde boşanmaya açık bırakı-

lan imkânlar yeni bir gelişme göstermiştir. Sosyalist ülkelerde boşanma, uyumsuzluğun çâresi, tedavi aracı olarak görülmektedir. Sosyalist mevzuatın daha katı olduğu yerlerde, karşılıklı rıza evlilik birliğinin çözülmesi için yeterli sayılmamakta, toplumun menfaatine aykırı olduğu takdirde boşanmaya hükmedilememektedir. Sosyalist mevzuatın daha «liberal» olduğu yerlerde karşılıklı rıza ile boşanma kabul edilmekte ve eşlerin uyumsuzluğu tesbit edildiğinde, toplum menfaati düşüncesi boşanmaya hükmedişmesini engellemektedir. Boşanmayı hukuk alanına çıkarmak için benimsenen yasama şemalarının neler olduğunu belirlemek kolay olsa bile, hukuk düzeninin boşanma karşısındaki güvensizliğini ifade eden hukukî biçimlerin neler olduğunu söyleyebilmek daha az kolaydır.

Rahatlıkla söylenebilir ki, hukuk düzeni boşanma kurumuna güvensizlikle bakmaktadır. Genellikle her yerde, karşılıklı rıza evlilik ilişkisine son vermek için yeterli görülmemiştir. Burada veya diğer bir yerde, toplum yararı boşanmaya karşı çıkar. Şurada veya başka bir yerde, çok yeni akdedilen bir evlilik her türlü tecavüze karşı korunmuştur. Kanunkoyucunun özenle korumak isteyeceği menfaatler şu halde nelerdir? Eşlerin çıkarları dışında menfaatler söz konusu olduğu açıktır. Belki bu hususda çocukların menfaati, düşüncesizce kararlaştırılmış evliliklerin şahsî bedbaht'ığa yol açabileceği tehdidi ile bu konudaki cesaretin kırılmasına ilişkin toplum menfaati zikredilebilir.

Son bir sorun daha ortaya atılabilir: Nitekim İtalyan Kanunkoyucusunun, sorunun bu görünümünü de göz önünde tuttuğu şüphesizdir. Evliliğin istikrarına ilişkin toplum menfaati varlığını sürdürmekte ise, boşanma hürriyetini sınırlamak için olağan olarak benimsenen silâhlar yeterli midir?

Çok sayıda ülkelerde, karşılıklı rıza ile boşanmanın kabulüne karşı çıkılmaktadır. Fakat eşler serbest kalmak için anlaşmaları takdirde, taraflardan birinin bir kusurunun de-

lilini, özellikle bir ikrar ile sahnelemeleri ve bu delilden boşanma hakkını elde etmeleri güç olmamaktadır.

İtalya'da benimsenen kural

İtalyan Kanunkoyucusu boşanma yolunu seçmeyi üstlenirken, teennî ile davranmayı tercih etmiştir.

Karşılıklı rıza ile boşanmayı kabul etmez ve «yıldırım boşanmaları» karşısındaki tutumu da son derece soğuktur.

İtalyan Hukuku'ndaki boşanma kurumu birisi çok az uygulanan, diğeri ise Uygulama'ya hâkim olma yolunda görülen iki kurala dayanmaktadır. Birinci kural, bazı özel ağırlık taşıyan suçların ve aile fertlerinin aleyhine olan kanuna aykırı davranışların, kusursuz olan eşe derhal boşanmayı talep hakkını verdiğini belirtir. İkinci kural, ayrılık belirli bir süre devam etmiş ise (olağanı beş yıl), ayrılan eşe boşanmayı talep hakkı verir.

Kanunkoyucu, boşanmanın bir çare, bir tedavi vâsıtası olduğu görüşünü seçmek istemiştir. Tercihleri, Kanun'un 1. ci maddesinde belirtilmektedir. Bu madde gereğince :

«Hâkim, üçüncü maddede belirtilen sebeplerden biri dolayısı ile eşlerin maddî ve manevî birliklerinin sürdürülmesine veya yeniden kurulmasına imkân olmadığını tesbit ettiğinde, (evlilik birliğinin) çözülmesine hükmeder».

Üçüncü madde, hâkime boşanmaya hükmetme yetki ve ödevini tahdîdî olarak veren durumların listesini bize verir. Bu liste, Kanunun, boşanmayı bir çare olarak kullanıp, yaptırım olarak kullanılmasını reddetme şeklindeki plânına sadık kalabilip kalamadığını bize söyleyecektir.

Bir taraftan, eşlerden birinin aleyhine işlenen suç bu eşe boşanma hakkını veriyorsa, burada «yaptırım» düşüncesinin varlığını görmemek kolay değildir. Diğer taraftan, olayların hemen tümünde boşanmanın dayanağı ayrılık ise, boşanmanın kökenini ayrılığa esas olan olguda aramak mümkün olacaktır. Diyebilirdik ki, İtalyan Kanunkoyucu-

sunun kabul ettiği boşanma, ayrılığın bir «yaptırım» veya «çare» olması ölçüsünde bir yaptırım veya çaredir.

Boşanmaya ilişkin yeni Kanunun yürürlüğe girdiği sırada, ayrılık İtalyan Medenî Kanunu'nca düzenlenmekte idi. (Codice Civile). Bu Kanun, ayrılığın temeli olarak karşılıklı rızaların uyuşmasını, bazı ağır cezaî mahkûmiyetleri, zinayı, terki, cana kasd, ağır hakaret ve pek fena muameleleri görmekte idi. Ayrılık hususunda Kanun'un düzenleme biçimi, bir Fransız havası ve özellikle bir yaptırım ikliminin varlığını sezdirmekte idi.

1975 de gerçekleştirilen Aile Hukuku Reformu, Kanunkoyucuya, boşanma konusunda benimsediği temel ilkeler ile ayrılık konusunda izlenen ayrılık kurallarını uyumlu kılma fırsatını vermiştir. İtalyan Kanunkoyucusunun Fransız modelinden aktardığı eski «kusurlar» listesi, bundan böyle tek bir varsayıma yer vermektedir ki bu varsayımı Kanun çok genel bir formülde ifade etmiştir :

«Ortak yaşayışın sürdürülmesini imkânsız kılan veya çocukların eğitimi için ağır bir zarar tehlikesi doğuran olgular var olmakta iseler», ayrılığa hükmedilir.

Ayrılığı bir çare olarak yeni telâkki, Tasarı'yı kaleme alanlara, eşlerin kusuru dolayısı ile ayrılığa hükmetmekten hâkimi önleme fikrini ilham etmiş idi. Fakat, Boşanmaya İlişkin Kanun'un, birliğin bozulmasına yol açan eşin sorumluluğuna bazı sonuçlar bağlamakta olmasına göre, bu çözümün tâdil edilmesi gerekti.

Boşanmanın sonuçları

Hukuk sistemine boşanmayı alan İtalyan Kanunkoyucusu, sonuçlarını da belirlemek gereğini duymuştur. Boşanmış eşin şahsî durumu bir sorun yaratmaz. Boşanmış eş serbesttir. Buna karşılık, evlilik bağının çözülmesine rağmen malvarlığına ilişkin hak ve ödevler varlıklarını sürdürebilirler. Bu hak ve ödevler, hâkime çok geniş takdir yetkisi veren bir maddede belirlenmektedir. Eşlerden birine aşağı-

ğıda gösterilen varsayımlardan biri gerçekleştiğinde bir borç yüklendiğini; bu maddeyi yorumlayarak söyleyebiliriz.

--- Boşanma, birliğin bozulmasında sorumlu olmayan eş için nafaka talebi hakkı sağlamış ise

--- Borçlu eşin malvarlığının oluşmasında diğer eşin şahsi katkıları olmuş ise

--- Diğer eşin iktisadî durumu evliliğin ona yüklediği ödevler dolayısı ile sarsılmış bulunuyorsa vs.

Boşanmış eşin ölümü halinde, dula verilen aylık, kısmen ilk eşine tahsis edilebilir. Boşanma anında, Mahkeme, küçük çocukların gözetimini, yetkilerini vesayet hâkiminin denetiminde kullanmak üzere eşlerden birine tevdi eder. Böylece, boşanmış ana - baba, dul ana veya babanın mâruz kalmadığı bir güvensizlik karşısındadır.