

ROMA HUKUKU'NDA BOŞANMA (*DIVORTIUM*)

*Dr. Fulya İlçin Gönenç**

Aile hukuku alanına giren ilişkiler, en eski dönemlerden itibaren her toplum tarafından üzerinde önemle durulan bir konudur. İnsanlık tarihinin en eski kurumu olduğu kabul edilen "aile"ye, siyasi otoritenin (devlet) yanısıra, dinler de müdahale etme gereğini duymuşlar ve şekil vermeye çalışmışlardır. İçerdiği maddi ve psikolojik unsurlar doğrultusunda, sosyal, ahlaki, dini ve hukuki boyutu olan evlilik, kadınla erkeğin biraraya gelmesinin yapısındaki doğallığa rağmen, kendi haline bırakılmamış, bir çok toplumsal kurumun ilgi alanına girmiştir.

Aile hukukuna giren ilişkiler, toplumsal olgu ve kurumların herbiri gibi, zaman içinde büyük değişiklikler göstererek değişime uğramıştır. Günümüzde nişanlanma, evlenme, boşanma, velayet, vesayet, nesep gibi saf aile hukuku ilişkilerini düzenleyen esaslar sürekli değişim göstermekte, farklı toplumlarda, farklı uygulamalar ortaya çıkmaktadır. Bugün, uzun yıllar boyunca en genel şekliyle, bir kadın ve bir erkeğin meydana getirdiği birlik olarak ifade eden "evlilik" tanımı dahi radikal değişimlere uğramıştır.

Ancak, nasıl tanımlanırsa tanımlansın ve ne şekilde kurulusa kurulsun, evlilik kurumu açısından değişmeyen tek şey, evliliklerinin yürümemesinin çağımıza özgü bir durum olmadığıdır. Evliliğin boşanma ile sona ermesine ilişkin kurallar, eski Babil, Yunan ve Roma'da yaygın biçimde yer almaktadır¹.

Roma hukukunda evliliği sona erdiren çeşitli sebepler sayılırken², "boşanma" (*divortium*), evlilik bağının ortadan kalkmasına neden olan bir durum olarak ayrıca ele alınmakta ve düzenlenmektedir.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

¹ Kiper, Osman: Tüm Yönleriyle Boşanma Davaları, Ankara 1997, s.22.

² Bunlardan en doğal olanı, bugün olduğu gibi eşlerden birinin ölümüdür. Romalılara özgü, *capitis demunitio maxima* veya *media* (hürriyetin veya vatandaşlığın kaybı)'da evliliğin artık geçerliliğini yitirmesi, yani *ius civile*'ye göre evliliğin ortadan kalkması sonucunu doğururdu. *Capitis demunitio* için bkz. Schwarz, Andreas: Roma Hukuku Dersleri, çev.Türkan Rado, İstanbul 1964, s.221 vd.

Herşeyden önce, bugün olduğu gibi Roma hukukunda da boşanmadan sözedebilmek için öncelikle taraflar arasında kurulmuş, geçerli bir evlilik bağının bulunması gerekir. Roma'da, evliliği, diğer birleşmelerden ayıran temel unsur, eşlerin yaşam boyunca karı koca olarak yaşamak konusundaki devamlı niyetleridir (*affectio maritalis*)³, diğer bir unsur ise bir erkekle kadının toplumda karı-koca olarak yerini almasını ifade eden *honor matrimonii* (evlilik şerefi)dir⁴. Bu unsurlar olmaksızın, kadın ve erkeğin birlikte yaşaması (*concubinatus*), “evlilik” olarak kabul edilmez ve bu şekilde yaşayan kimselerin ayrılması da boşanma değildir. Bu nedenle Roma hukukunda boşanma, taraflar arasındaki evlilik niyetinin sona ermesi halinde, evlilik bağının ortadan kalkması olarak tanımlanmaktadır⁵.

Romalılar, evliliğin kadın ve erkek arasında özel bir ilişki yarattığını düşünerek, prensipte bu birlikteliğe en az düzeyde müdahale etmişlerdir⁶. Türk hukukundan farklı olarak⁷, evlenme tarafların karşılıklı iradelerinin uyuşmasıyla (*consensus*) meydana gelir: İradelerin herhangi bir şekle bağlı olarak açıklanması gerekmez, tarafların evlenme iradesi (*affectio maritalis*) ile biraraya gelmeleri, toplumun bu kişileri evli olarak kabul etmeleri için yeterlidir⁸. *Consensus*'la kurulan evliliğin devam edebilmesi, taraflar arasında bu konudaki istek ve niyetin (*affectio maritalis*) devam etmesine bağlıdır. Bir başka ifade ile, evlilik karşılıklı rızaya dayandığından, evlilik konusundaki

³ Umur, Ziya: Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1984, (Lügat), s.21.

⁴ *Honor matrimonii*, yaşam ortaklığı içinde birleşmiş kimselerin, gönütür ve açık tavır ve hareketleridir, toplum içinde karı-koca olarak görülmeyi ifade eder. *Honor matrimonii*, gerçekte başlı başına bir unsur olmayıp, “*affectio maritalis*”in karinesidir. Koschaker, Paul / Ayiter, Kudret: Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, İzmir 1993, s.303; Di Marzo, Salvatore: Roma Hukuku, çev. Ziya Umur, İstanbul 1959, s.177.

⁵ Berger, Adolf: A Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia 1953, s.439; Tahiroğlu, Bülent / Erdoğan, Belgin: Roma Hukuku Meseleleri, İstanbul 2001, s.220.

⁶ Roma hukukuna ait bugün elimizde olan metinler incelendiğinde, “aile hukukuna” ilişkin az sayıda metin olması dikkat çekmektedir. Burada, Roma hukukçularının, mevcut ve işleyen bir oluşuma müdahale etme konusundaki çekimser yaklaşımlarının izlerini görmek mümkündür. Özellikle karı-koca arasındaki ilişkilerin düzenlenmesi, onların karşılıklı anlayışlarına bırakılmıştır. Bununla birlikte, Roma'da, her zaman tek evlilik (monogami) prensibi geçerli olmuştur. Gaius (Institutiones 1.63), bir kadının iki kocası veya bir kocanın iki karısı olamayacağını, yani aynı anda birden fazla kişi ile evliliğin (bigami) mümkün olmadığını belirtmektedir. Tahiroğlu / Erdoğan, s.216.

⁷ Türk hukukuna göre evlenme, evlendirmeye yetkili bir görevli önünde iki şahitle birlikte ve bizzat tarafların huzuru ile aleni olarak yapılır Bkz.TMK.m.141-142.

⁸ Bu konuda bkz. Smith, William: “Matrimonium”, www.ukans.edu/history/index/europe/ancient_rome/E/Roman/Texts/secondary/SMIGRA*/home*.html (01.03.2003) (Matrimonium).

consensus sona erdiğinde, evlilik bağının boşanma ile ortadan kalkmış olacağı kabul edilir⁹. Bu durumda, evliliği sona erdirmesi bakımından, evlilik niyetinin eşlerden yalnızca birinde veya her ikisinde birden ortadan kalması bakımından bir fark yoktur, her iki durum da *divortium* olarak adlandırılmaktadır¹⁰. Bununla birlikte, eşlerden birisinin, diğerine evliliği sona erdirmeye arzusuna ilişkin olarak yaptığı beyana *repudium* adı verilmiştir.¹¹

Boşanmanın, devamlı bir anlaşma olarak görülen evlilik ilişkisinin, anlaşmanın ortadan kalkması ile meydana gelen doğal bir sonucu olarak görülmesi nedeniyle, Roma hukukuna göre boşanmamayı veya bir boşanma halinde ceza vermeyi taahhüt etmek mümkün değildir, hatta bu tür anlaşmaların yapılması hoş karşılanmamış, ayıp sayılmıştır¹².

Evliliği sona erdiren boşanmanın, Roma hukukunun en eski devirlerinden itibaren kabul edildiği anlaşılmaktadır. Kaynaklarda, Roma'daki ilk boşanma örneğinin çocuk sahibi olamayan karısından boşanan Carvillus Ruga olduğundan sözedilmektedir (M.Ö.234)¹³.

Yunanlı, meşhur yazar Plutarkos, Roma'nın kurucusu olduğu kabul edilen Romulus dönemine ait olan boşanma kurallarından söz ederken, Roma'nın eski dönemlerinde boşanma konusunda kadın-erkek bakımından farklı yaklaşımların olduğu şeklindeki görüşü destekler nitelikte bilgiler vermektedir. Plutarkos'un metnine göre (Romul. 22), Romulus tarafından yayınlanan kanunda, kadınlara eşlerini boşama izni verilmemektedir. Kocanın karısını boşaması ise ancak belli

⁹ Koschaker / Ayiter, s.303; Smith, Matrimonium.

¹⁰ Berger, s.439; Tahiroğlu / Erdoğan, s.42; Di Marzo, s.196.

¹¹ Önceleri eşlerden birisinin, diğer tarafa evlilik bağını çözdüğünü bildirmesi anlamında kullanılan *repudium*, daha sonraları tek taraflı irade beyanı ile evliliğin sona erdirilmesi anlamında kullanılmıştır. *Repudium*, aynı zamanda nişanlanmada, nişanın bozulması anlamında kullanılan bir tabirdir. Umur, Lügat, s.183; Berger, s.676.

D.50.16.191: "*Inter divortium et repidium hoc interest, quod repudiari etiam futurum matrimonium potest, non recte, autem sponsa divortisse dicitur, quod divortium ex eo dictum est, quod in diversas partes eunt qui discedeunt*" = "*Divortium*" ile "*repudium*" arasında şu fark vardır ki, *repudium* evlenmeden sonra da yapılabilir, halbuki nişanlı bir kadın *divortium* yaptı denilemez." Türkçe metin, Di Marzo, s.197 dn.58.

¹² Digesta 45.1.19; Codex 6.46.2, 8.38.2, 5.4.14. Bkz. Di Marzo, s.197.

¹³ Aulus Gellius bu boşanmadan söz ederken (Noctas Atticae IV.3), evlenirken çocuk sahibi olma ve evlat yetiştirme gayesi güden ve bu konuda yemin eden Carvilius Ruga'nın, karısını çok sevmesine ve ahlaken ondan memnun olmasına rağmen, bu kararı vermek zorunda olduğundan söz etmektedir. Somer, Pervin. "Dar Anlamda Roma Aile Hukukunun Esasları", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yayın no.2, İstanbul 2002, s.175 dn.99; Smith, William: "Divortium", www.ukans.edu/history/index/europe/ancient_rome/E/Roman/Texts/secondary/SMIGRA*/home*.html (01.03.2003)(Divortium).

bir takım sebeplere dayanması halinde mümkündür. Aksi taktirde, karısını boşayan erkek, mallarının yarısını boşandığı karısına, diğer yarısını da dini mabetlere bırakmak durumunda kalacaktır¹⁴.

Plutarkos tarafından verilen bilgilerin doğruluğu kesin olmamakla birlikte, Roma hukukunda boşanma konusunda, kadın ve erkek bakımından farklı uygulamalar olduğu konusu her zaman gündeme gelmiştir. Bu görüşün asıl kaynağını Roma'da geçerli olan evlilik türlerinde aramak gerekir.

Roma hukukunun, farklı evlenme şekillerini tanıması, doğal olarak, bu evlenmelerin sona erdirilmesini sağlayan boşanmaların da farklı şekillerde yapılmasını gerektiriyordu. Ancak burada evlenme bakımından sözünü ettiğimiz şekil, evliliğin şekle bağlı bir merasim ile ortaya konan irade sonucu gerçekleşmesi anlamında değildir. Belirtildiği gibi, Roma hukukunda evlenme aktinin belirli bir şekle uyularak yapılması gerekmez, tarafların karşılıklı iradesiyle meydana gelir. Ancak, kadının kocasının ailesine dahil olabilmesi, daha doğrusu kocasının [veya kocasının aile reisinin (*paterfamilias*)] hakimiyeti altına girebilmesi (*manus*¹⁵) için, *coemptio*, *conferratio* veya zamanla *manus* altına girmeyi ifade eden *usus* adı verilen üç işlemten birisinin yapılması gerekiyordu¹⁶. Kadını *manus* altına sokan bu muamelelere genel olarak *conventio in manum* adı verildi. Ancak bu muameleler, evlenmeden ayrı muamelelerdir; zira evlenme *manus*'lu olabileceği gibi, *manus*'suz da olabilmektedir¹⁷. Evlenme ile *manus* altına giren kadın (*uxor in manu*) ile, *manus* altına girmeyen evli kadının hukuki durumları bakımından farklılıklar sözkonusu olmaktaydı¹⁸. Kadının, evlenme

¹⁴ Stephenson, Andrew: A History Of Roman Law With A Commentary On The Institutes Of Gaius And Justinian, Colorado 1992, s.32; Somer, s.175. Smith, Plutarkos'un verdiği bilgilerin tam olarak güvenilir olamayacağını belirtmektedir (Divortium).

¹⁵ *Manus*, hakimiyet anlamına gelmektedir. Eski devirlerde, aile reisinin aile evlatları ve köleler üzerindeki mutlak hakimiyetini ifade eden *manus*, daha sonra, hakimiyet altına sokan işlemlerden birisini yaparak evlenmiş (*conventio in manum*) olan bir kadının üzerinde, kocasının veya kocası hakimiyet altında ise, onun aile reisinin sahip olduğu hakimiyeti ifade eden bir anlam kazanmıştır. Umur, Lügat, s.134.

¹⁶ Bu işlemler için bkz. Buckland, William Warwick: A Text-Book Of Roman Law From Augustus To Justinian, Cambridge 1932, s.118 vd.

¹⁷ Umur, Ziya: Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Umumi Mefhumlar-Hakların Hima-yesi, İstanbul 1979, (Roma Hukuku), s.394.

¹⁸ Roma ailesi, *ius civile*'ye göre, aynı baba egemenliği altında bulunan kişilerden oluşuyordu. *Ius civile*'nin tanıdığı tek hısımlık olan "*agnatio*" hısımlığı bu egemenlik ilişkisine dayanıyordu. Bu nedenle, evli kadın, kocasının veya kocası hakimiyet altında ise, onun aile babasının egemenliği altına girmezse, kocasının ailesi dışında kalıyordu. Bu durumda, ne kocası ne de çocukları ile hısım sayılmıyordu. Bu durumun yaratacağı sakıncalar ancak kadının kocasının hakimiyeti altına girmesi ile ortadan kaldırılabilirdi. Karadeniz-Çelebicin, Özcan: Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar- Genel Kavramlar

ile kocanın hakimiyetine girmeyerek, kendi aile reisinin (*pater familias*) hakimiyeti altında kaldığı durumlarda, evlilik birliğinin kadının aile reisi tarafından sona erdirilebileceği kuralı uzun süre devam etti¹⁹. Aile reisi bu hakkını kadının rızası olmasa dahi kullanabilmekteydi²⁰.

Coemptio ve usus, evlenen kadının kocasının hakimiyeti altına girmesini sağlayan işlemler olmaları nedeniyle, evlilik birliğinin gerçek anlamda sona erdirilebilmesi için, *remancipatio* adı verilen hakimiyetten çıkarma işleminin yapılması gerekiyordu²¹. Gerçekte, kocanın karısını hakimiyetinden çıkarılması bir boşanmadan (*divortium*) çok, evliliği sona erdirmeye arzusuna ilişkin olarak yaptığı beyan (*repudium*) niteliğini taşımaktadır²². Diğer yandan kadının, kocasının izni olmaksızın onun hakimiyetinden çıkabilmesi mümkün görünmemektedir. Bu nedenle, bu tür evliliklerde, kadının boşanmayı talep etme yetkisi olmadığı gibi, reddetme yetkisi de olmadığı düşünülmektedir. Roma hukukunun ilk dönemlerinde, boşanma hakkının kadına tanınmadığı yönündeki yargının temel sebebi de bu durumdan kaynaklanmaktadır.

Evlenen kadının *manus* altına girmesini sağlayan diğer bir muamale olan *conferratio*, on şahit huzurunda, belirli sözlerin söylenmesi ve rahiplerin katılımı ile gerçekleşen dini bir törendir. Bu merasimle kurulan evlilik bağının ve kadın üzerindeki hakimiyetin ortadan kaldırılabilmesi için, *conferratio*'nun tersi olan ve *differratio* adı verilen dini törenin yapılması gerekiyordu²³. Zira, Roma hukukuna göre, yapılmış olan bir hukuki muamelenin ve sonuçlarının ortadan kaldırılabilmesi, ancak bu muamelenin tersi olarak kabul edilen başka bir muamelenin (*actus legitimi*) yapılması ile mümkündür.

Roma'da en eski devirlerde evlenmelerin daima *manus*'lu olduğundan şüphe edilmemekle birlikte, henüz XII Levha Kanunu'nda (M.Ö.451-449) dahi *manus*'suz

Şahsın Hukuku-Hakların Himayesi, Ankara 1997, s.164; Bkz. Muirhead, John Spencer: An Outline Of Roman Law, London 1947, s.72,73.

- 19 Aile reisine tanınan bu hak, erkek evlat için erken bir dönemde ortadan kalkmakla birlikte, kız evlat bakımından uzun süre devam etmiş, ancak bu yetkinin etkisi azaltılmaya çalışılmıştır, Di Marzo, s.198; Smith, Cicero'nun, kızını bir başkası ile evlendirmek için, bu hakkını kullandığını belirtmektedir (Divortium).
- 20 Hernekadar aile reisi tarafından, hakimiyeti altında bulunan kadın ve onun kocası arasındaki evlilik bağının sona erdirilmesi, geçerli bir boşanma olarak kabul edilse de, aile reisinin, eşleri fiilen ayırması mümkün değildi. Buckland, s.117; Stephenson, s.357.
- 21 Stephenson, s.139.
- 22 Sohm, Rudolf: A Textbook Of The History And System Of Roman Private Law, çev. J. Ledlie Crawford, New Jersey 1970, s.475.
- 23 Smith, Divortium; ayrıntılı bilgi için bkz. Sohm, s.475.

evlilikten sözedilmektedir²⁴. Zaman içinde, Roma'da değişen koşullarla birlikte, evli kadın üzerinde hakimiyet kurulması (*manus*) giderek önemini yitirmiş ve *manus*'suz evlilikler hızla artmıştır. *Manus*'suz bir evlenmede, karı ve kocanın birlikte arzusu ile (*divortium communi consensu*) veya taraflardan yalnız birinin isteği ile evlilik birliğini sona erdirmek mümkündür. Fakat, eşlerden birinin, evlilik birliğini sürdürme konusundaki niyet ve isteğinin ortadan kalkmış olduğunun, diğer eş tarafından açıkça anlaşılabilmesi gerekmektedir. Eşlerin boşanma istekleri konusundaki beyanlarını (*repudium*) açık olarak sözle, davranışlarla veya bir elçi aracılığıyla karşı tarafa bildirmeleri mümkündür²⁵. Örneğin kocanın, karısından evin anahtarlarını geri alması ve karısını kapının dışına çıkarması gibi davranışlar, kocanın karısına "mallarını götürebilirsin" veya "malların sende kalabilir" tarzındaki beyanları, boşanma iradesinin açıklanması anlamına gelirdi²⁶.

Roma hukukunda, boşanmanın belirli sebeplere dayanması gerekmiyordu²⁷. Boşanmanın herhangi bir sebebe dayanması, hatta hiçbir sebebe dayanmaması mümkündür²⁸.

²⁴ Koschaker / Ayiter, s. 309; Buckland, s.118.

²⁵ Boşanma, anlık bir öfkenin sonucu olan bir karar veya kısa bir terk değil, evliliği sona erdirmeye ciddi bir kararın sonucu olmalıydı. Örneğin, bir kimse üçüncü bir kişiyi, boşanma iradesini beyan eden bir yazıyı eşine götürmekle görevlendirdikten sonra, pişman olur, fakat üçüncü kişiyi haberdar etme olanağı bulamazsa, mektubun teslim edilmiş olması ile boşanma gerçekleşmiş olmaz, evlilik devam ederdi. Di Marzo, 197; Honig, Richard: Roma Hukuku, çev.Şemseddin Talip, İstanbul 1938, s.169.

²⁶ Stephenson, s.139; Somer, s.179; Tahiroğlu / Erdoğan, s.221 dn.42; Çeşitli kaynaklarda (Berki, Şakir: Roma Hukuku, Ankara 1949, s.171), boşanma iradesinin yedi şahit huzurunda yazılı veya sözlü olarak yapılması gerektiği belirtilmekle birlikte, bu konu tartışmalıdır. Sohm, boşanma iradesinin yedi şahit huzurunda yapılmasından sözeden "*lex Julia de adulteris*"de yer alan hükmün, ispat bakımından getirildiğini, boşanmanın geçerliliği bakımından böyle bir zorunluluk olmadığını belirtmektedir, s.475. Berger (s.439) ve Smith (Divortium) bu durumdan, bir zorunluluk olarak değil, genellikle uygulanan bir yöntem olarak söz etmektedir.

²⁷ Bugün yürürlükte olan ve boşanmayı kabul eden hukukların çoğunda boşanma, sınırları kanunkoyucu tarafından tespit edilmiş sebeplere dayanır. Öyle ki kanunda yazılı olmayan bir sebebe dayanarak boşanma mümkün görülmemektedir. Mahkeme dışı boşanmayı kabul etmeyen Türk Medenî Kanunu, bazı olguları mahkemeye başvurma bakımından özel boşanma sebebi olarak saymıştır. Yeni Medenî Kanunda da, eski Medenî kanunda olduğu gibi "boşanma", (EMK. m.129-134; YMK. m.161-166) halinde, evlilik "mahkeme kararı" ile sona erecektir. Medenî Kanunda, "Boşanma" başlığını taşıyan ikinci bölümde boşanma sebepleri ve boşanmanın sonuçlarıyla ilgili bazı değişiklikler yapılmıştır. Boşanma sebepleri ve yapılan değişiklikler konusunda bkz. Özdamar, Demet; Türk Hukukunda Özellikle Türk Medenî Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukukî Durumu, Ankara 2002, s.356 vd.

²⁸ Honig, s.169. Romalılar boşanmanın belirli sebeplere dayanmasını aramamışlardır, eşler arasında, genel anlamdaki fikir veya kişilik ayrılıkları yeterli görülmüştür. Digesta 24.2.2

Manus'suz evliliklerin yaygın hale gelmesi, bu tür evliliklerde mevcut olan boşanma olanaklarının *manus*'lu evlenmelerde de kullanılmaya başlanması ve özellikle kadının da *repudium* hakkını elde etmesi ile boşanmalar giderek daha kolay ve yaygın hale gelmişti²⁹.

Cumhuriyet döneminin sonlarında ve özellikle imparatorluk döneminde boşanmalar çok artmıştı³⁰. Kocası tarafından boşanan kadın, evlilik nedeniyle kocanın mülkiyetine getirdiği malları (*dos*³¹) geri alarak evden ayrılıyor, fakat çocuklar genellikle babanın evinde kalıyorlardı³². Pek çok ailede farklı kadınlardan doğan çocuklar birarada bulunuyorlardı. Boşanmalar ve yeniden evlenmeler, toplum tarafından doğal karşılanmaktaydı³³.

Roma'da, evliliklerin boşanma ile sona ermesinin çok yaygın hale gelmesi karşısında, bu durumun engellenmesine yönelik olarak dolaylı tedbirlerle başvuruluyordu, ancak evliliğin sona ermesinde kusurlu olan eşe uygulanan para cezaları dışında boşanmayı engelleyici hükümler mevcut değildi³⁴.

pr.: “*Divortium auyem vel a divarsitate mentium dictum est vel quia in diversas patres eunt, qui distrahunt matrinoium* = Boşanma fikirlerin farklılığına veya evliliği sona erdirenlerin farklı olmalarına denir”, Türkçe metin, Tahiroğlu / Erdoğan, s.221.

- 29 Sohm, s.476. Ancak, azatlı bir kadın (*libertus*) ile onu azad eden efendi (*patronus*) arasında, önceleri yasak olan evlilikler daha sonraki dönemlerde kabul edilmekle birlikte, bu tür evliliklerin boşanma ile sona erdirilmesine ilişkin olarak getirilen sınırlamalar devam etmiştir. Bu konuda bkz. EVANS-GRUBS, Judith, “Marriage more shameful than adultery: slave-mistress relationships, ‘mixed marriages’, and roman law”, [ftp://ftp.epas.utoronto.ca/pub/cch/phoenix/v47.2-1993/Grubbs.html](http://ftp.epas.utoronto.ca/pub/cch/phoenix/v47.2-1993/Grubbs.html) (01.03.2003).
- 30 ARIÉS, Philippe / DUBY, Georges: A History Of Roman Private Law From Pagan To Byzantium, London 1987, s.34.
- 31 *Dos* (cihaz), kadının veya onun yerine başka birisinin, evlenme sebebiyle kocanın mülkiyetine getirdiği malları ifade etmektedir. *Manus*'lu evliliklerin kural olduğu eski dönemlerde gelenekler kadının aile reisinin, kocaya kazandırmada bulunmasını öngörüyordu. Zamanla kocanın bu mallar üzerindeki tasarruf yetkisi azalmıştır. *Manus*'suz evliliklerin kural haline gelmesi ile cihaz verilmesi usulü ortadan kalkmadı, ancak evliliğin sona ermesi halinde, *dos*'un kadının geçimini sağlaması unsuru önem kazandı. Umur, Lügat, s. 61; Bu konuda bkz. Ayiter, Kudret,: Roma Hukuku Dersleri- Aile Hukuku, s.20 vd.
- 32 Boşanmanın kocanın kusurundan veya ona isnad edilebilen bir sebepten ötürü gerçekleşmesi ya da babanın çocuklara yönelik kötü davranışlarının sözkonusu olduğu hallerde, çocukların babaları ile bırakılmaması mümkün olabiliyordu. Berki, s.173.
- 33 Boşanma ve yeniden evlenme, özellikle Roma'nın üst tabakası arasında çok yaygındı. Örneğin, Ceasar, Cicero, Cladius üçer kez evlilik yapmışlardır. Ayrıca, Romalı erkekler, boşanmış bir kadınla evlenmekten kaçınmıyorlardı, hatta pek çok imparatorun boşanmış kadınlarla evlilik yaptıkları bilinmektedir. Bununla birlikte tek bir erkeğe bağlı kalan bir eş, her zaman takdirle karşılanırdı. Ariés / Duby, s.40.
- 34 Somer, s.179; Honig, s.169.

Klasik hukuk dönemi boyunca, boşanmanın yalnız belirli sebeplerin varlığı halinde geçerli olabileceği ve bunların dışında cezai yaptırımların uygulanacağı fikri hiçbir zaman tam olarak benimsenmedi³⁵.

İmparatorluk döneminin başlarında, evlilik kurumu ciddi ölçüde yıpranmaya başlamıştı. Eskiden evlenmek ve çocuk sahibi olmak, ahlaki açıdan her Romalı için topluma karşı olan bir görev niteliğinde görülürken, bir taraftan boşanmaların yaygınlaşması, diğer taraftan bekarlığa ve çocuk yapmamaya yönelik eğilimler, aile birliğini sarsmıştı³⁶. Bu durumun yaratabileceği sakıncaları ortadan kaldırmaya yönelik katı düzenlemeler getirilmeye çalışılmıştır. Bunlar içinde Augustus tarafından yayınlana iki kanun önem taşır. Bunlardan birincisi, bekarlıkla mücadeleyle amaçlayan *Lex Iulia Maritatis Ordinibus*, diğeri ise aynı nitelikte olan *Lex Papia Pappaea* adlı kanundur. Bu kanunlarda yer alan hükümler ile, 20-50 yaş arasındaki erkeklerin ve 25-60 yaş arasındaki kadınların evlenme yükümlülüğü altında olduğu belirtilmekte, dahası evlenen herkesin çocuk sahibi olması gerektiği kabul edilmekteydi. Bu zorunlulukları yerine getirmeyenler için ağır şartlar konmuştu. Bu kanunlar ile, evliler ve çocuk sahibi olanlar korunuyor, bekarlar özellikle miras hukukuna ilişkin bazı haklardan mahrum edilmek suretiyle bir anlamda cezalandırılıyorlardı³⁷.

Aile birliğinin korunması konusundaki çabalar, hıristiyan imparatorların, özellikle boşanmaları konu alan düzenlemeleriyle devam etti. Ancak bu dönemde dahi, boşanmanın yasaklanması mümkün olmadı. Yapılan düzenlemeler, boşanmaların belirli sebeplere bağlanması yönünde oldu. Erkeğin evlilik birliğini tek taraflı olarak sona erdirebilmesini (*repudium*) mümkün kılan sebepler, kadınlar bakımından iyice sınırlandırılmıştı. Hernekadar yapılan düzenlemede yer almayan sebeplerle veya sebepsiz olarak yapılan boşanmalar geçerli olarak kabul edilse de, evliliğin bu şekilde sona ermesine neden olan tarafa maddi bir takım yaptırımlar uygulanmaktaydı³⁸.

İmparator Constantinus, kadına boşanma hakkının ancak belirli durumlarda verileceği kuralını getirdi. Belirtilen sebeplerden birine dayanmaksızın boşanan kadın, evlenme nedeniyle getirdiği cihazı (*dos*) ve en küçük eşyaya

³⁵ Di Marzo, s.199.

³⁶ Honig, s.170.

³⁷ Bekarlar (*caelibes*) vasiyetname ile kendilerine bırakılan şeyleri iktisap edebilme hakkından yoksun bırakılmışlardı. Evli olmakla birlikte, çocuk sahibi olmayanlar (*orbi*) da kendilerine bırakılanın ancak yarısını iktisap edebilmekteydiler. Buna karşılık, çok çocuklu aileler ve özellikle kadınlar pek çok haktan yararlanabilmekteydi. Ancak, bu kanunlar dahi beklenen sonuçları vermemiştir. Bkz. Honig, s.170,171; Sohm, s.478.

³⁸ Buckland, s.117.

kadar, kocasından aldığı herşeyi terketmek durumundaydı³⁹. Aynı şekilde, koca da ancak belirli sebeplerle karısını boşayabilirdi, aksi takdirde *dos*'u karısına iade etmek zorunda kalacağı gibi, ikinci defa evlenmesi de yasaklanmıştı. Bu yasağa uymayarak tekrar evlenmesi halinde, boşanmış olduğu eski eşi, ikinci eş tarafından getirilen *dos*'a elkoyma hakkına sahip olurdu.

Boşanmanın serbestliğine karşı yapılan bu sınırlamaları çok sert bulan II.Theodosianus, evliliği bozma iradesinin şekli bir beyana tabi tutulmasını öngörerek, daha önceki kanunları yürürlükten kaldırdı ve boşanmayı yeniden, karşılıklı evlilik iradesinin mevcut olmamasına dayandırmak istedi. Bununla birlikte, on yıl sonra aynı imparator, hukuki sebep bulunmayan boşanmaları yasakladı, ancak sebepsiz boşanmalara ilişkin cezalar hafifletmişti. Hukuki bir sebep bulunmaksızın boşanan kadının, boşanmadan itibaren beş yıl içinde evlenmesi yasaklanmıştı, aksi takdirde *infamia* (şerefsizlik)'ya maruz kalırdı. Daha sonra, eşlerin anlaşarak boşanmaları halinde bir yıllık bir bekleme süresi getirildi⁴⁰. Kadınlar için getirilen bu bekleme süresi dışında, boşanan kadın ve erkeğin yeniden evlenmesi konusunda bir engel yoktu⁴¹.

Nihayet, Iustinianus döneminde boşanma sebepleri dört ana başlık altında toplandı:

-*Divortium bona grita*: Iustinianus döneminde, eşlerden bir tanesinin, taraflara kusur yüklenmesi mümkün olmayan bir sebepten dolayı evlilik birliğini sona erdirmesi durumudur. Eşlerden birisinin fiziksel yetersizliği nedeniyle çocuk sahibi olamama, kocanın savaş esareti nedeniyle beş yıl boyunca evinden uzak olması, eşlerden birinin akıl hastalığına yakalanması gibi durumlarda sözkonusu olan boşanmalardır.⁴²

- *Divortium ex iusta causa*: Taraflardan birinin kusurlu davranışına dayanan boşanma sebebidir. Kadının zinası⁴³ veya ahlaka aykırı davranışlar,

³⁹ Di Marzo, s.199.

⁴⁰ Dul bir kadının kocasının ölümünden sonraki on ay içinde evlenemeyeceği şeklindeki eski hukuk kuralı, daha sonra boşanmaları da içine alacak şekilde genişletilmiş ve süre on aydan bir yıla çıkartılmıştır. Bu kural ile amaçlanan, doğacak çocuğun nesebini tayinde herhangi bir karışıklık ve tereddütte (bu duruma, *turbatio sanguinis*= kanın karışması denmekteydi) yer verilmemesi isteğidir. Türk Medenî Kanunu'nda da yer alan bu kurala göre, kadın için bekleme süresi evliliğin sona ermesinden itibaren üçyüz gündür (MK. m.132).

⁴¹ Smith, *Matrimonium*.

⁴² Berger, s.440; Umur, *Lügat*, s.60; Berki, s.172.

⁴³ Roma'da kadının zinası, koca için her zaman kabul gören, haklı bir boşanma sebebi olmuştur. Kendisi de eşi Marcia'dan boşanan Cicero, zina iddiası ile karısı Mucia'dan boşanan Pompeus'un davranışının onaylandığından söz etmektedir (Cic. ad Att. 12,18), Smith, *Divortium*.

erkeğin eşi dışında bir kadınla *concupinatus*⁴⁴ hayatı sürmesi, cana kast gibi nedenler burada yer almaktadır⁴⁵.

- *Divortium sine iusta causa*: Hukuki bir sebebe dayanmaksızın yapılan boşanmalardır. Bu tür boşanmalar geçerli olmakla birlikte, boşanmayı isteyen taraf malvarlığına ilişkin cezai birtakım yaptırımlarla karşılaşmaktadır⁴⁶.

- Karşılıklı rıza: Iustinianus, önceleri eşler arasında karşılıklı rızaya dayanan boşanmaları, aralarındaki anlaşmalara bırakmıştı. Ancak, daha sonra boşanmaları kolaylaştırmış olma endişesi ile bazı sınırlamalar getirmeye çalışan Iustinianus, karşılıklı rızaya dayanan boşanmaları yasaklamaya çalıştı.⁴⁷

Boşanmaları sınırlamak yönünde yapılan tüm bu düzenlemelerin, Roma'da yerleşmiş olan anlayış karşısında etkisiz kalacağına açıkça görülmesi üzerine M.S.566'da boşanmaya ilişkin sınırlandırmalar büyük ölçüde ortadan kaldırılmıştır⁴⁸.

Görüldüğü gibi, Roma'da hristiyanlığın kabulüne kadar, boşanmalar bakımından prensip olarak tam bir serbestlik hakimdi. Hatta, hristiyanlığın etkisi ile getirilmek istenen kısıtlamalar hiçbir şekilde başarıya ulaşamamıştır. Bu durum, klasik hukuk döneminin “*manus*”suz ve yalnız “*consensus*”a dayanan evlilik anlayışının, Roma'nın en yerleşmiş kurumlarından biri olmasının sonucuydu. Bu yerleşmiş inanış doğal olarak, boşanmayı sınırlama yönündeki eğilimle uyuşmuyordu. Hernekadar, bugün olduğu gibi, Roma'da da evlilik “karı-kocanın bölünmez bir yaşam ortaklığı içinde birleşmeleri⁴⁹” olarak görülse de, “hiçbir ortaklığın sonsuza dek süremeyeceğini⁵⁰” kabul eden Romalılar bakımından, evlenme gibi, boşanmanın da serbestliği ilkesi her zaman hakim oldu.⁵¹

44 *Concupinatus*, evlilik birliğini kurmaksızın kadın ve erkeğin birlikte yaşamasıdır. Bu ilişkide, *affectio maritalis* ve *honor matrimonium* olarak ifade edilen, evlenmeye ilişkin unsurlar yer almaz. Roma'da, evli bir erkeğin, eşi dışında bir kadınla, böyle bir ilişki içinde bulunması yasaklanmıştır. Bkz. Buckland, s.128 vd.

45 Berger, s.440; Somer, s.180.

46 Berger, s.440.

47 Di Marzo, s.201.

48 Di Marzo, s.201; Somer, s.179.

49 Institutiones 1.9.1: “*Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vita continens*: Evlenme (*nuptiae* veya *matrimonium*), karı ile kocanın bölünmez bir hayat iştiraki içinde birleşmeleridir”. Türkçe metin Umur, Ziya: Iustinianus, Institutiones, İstanbul 1968, s.33.

50 Digesta 17.2.70: “*Nulla societatis in auternum coitio est*: Hiçbir ortaklık sonsuza kadar devam etmek üzere kurulmaz”.

51 Tahiroğlu / Erdoğan, s.221; Sohm, s. 476.