

HUKUKÎ BİLGİLER MECMUASI

SAHİP VE BAŞMUHARRİRİ:
Paris Hukuk Fakültesi Doktora
AVUKAT
GAD FRANKO MİLÂSLI

Adres: Galata, Bahtiyar han Bay Gad Franko yazıhanesi

Telefon: 43009

Bir nüshanın bedeli 25 kuruştur.

Bir senelik abonemanı posta ücretile beraber
250 kuruştur.

Türkiye harici için 300 kuruştur.

İSTANBUL
MARİFET BASİMEVİ

Boşanmanın genişlenmesi [*]

1 — Bu tettebbülarım aleliltlak boşanmanın tevsiine mütedair olup bu meyanda en mühim mevkii rızayı tarafeyn ile boşanmanın kabul edilmesi esasına hasredilmişse de yine ayrılığın kaldırılması dahi boşanmayı teshil edecek meselelerden olmakle bu bapta bazı mülâhazalar dermeyanını faideli buluyorum.

2 — Bu noktai nazardan tetkikatımızı ileri götürdükte ayrılığın sebeb ve hikmeti göze çarpmaz; ayrılık nazariyesi, izdivacın hiçbir vakit feshedilemeyeceği ve Allah namına tesis edilen evlenme rabıtalарının asla ve kat'a çözülemeyeceği nazariyesinin bir neticesidir. Halbuki kanunu medenî, izdivacı bu gibi dinî esaslara istinat ettirmemiştir; Evet, izdivaç mahiyet ve gayesi itibarile, daimî hüküm ifade eden bir mukaveledir; fakat buna karşı da, medenî ahkâm, boşanmayı - sırf temin ettiği faideler ve mahzurlar noktasından - tetkik ederek kabul etmiş ve izdivaç mukavelesinin ademi feshi fikrini bertaraf etmiştir.

Kanun, idare edeceği cemiyetlerin, beşeri fertlerden müteşekkil olup aralarında hiç bir ihtilâf ve niza doğmayacak meleklerden müteşekkil olmadığını göz önünde tutmaktadır; Kanun, beşer tabiatının noksanlarını unutmayarak yaşayış cereyanını temin etmek ister; karı kocanın birliğini bozan kanun değildir; kanun karı koca arasındaki birliğin bozuluşunu yalnız kaydeder, ve bizzat zevceynin ve ekseri ahvalde çocukların ve hattâ kurumun ve umumî ahlâkın menfaatını koruyacak şekilde bilfiil mevcut aile bozukluğunun neticelerini tayin eder. Mutlak surette izdivacın ademi feshi ailelerin menfaati aleyhine

[*] Bu mekaleler selselesi yekdiğerinin mütemmimi ise de ayrı ayrı ve müstakıl bir bahis şeklinde okunmasını mümkün kılacak surette yazılmıştır; Binaenaleyh evvelkiler okunmadan bu mekalelerin okunması kabildir.

olduğu kadar devletin menfaati umumiyesine muhaliftir; Binaenaleyh (Pothier) nın dediği gibi izdivaç siyasi nizama dahil olmakla boşanma dahi aynı hakka girer; boşanma bizzat izdivacın bir neticesidir; zevceyne boşanma hakkı tanındıktan sonra, her ikisine bir daha evlenmek imkânını açık bırakmak en tabii bir neticedir.

3 — İzdivaç bir aile birliğini temine müsaade eden bir müessese ise boşanma bilfiil ortadan kalkmış olan bu birliğin feshini kayıt ettikten sonra yeni bir birliğin doğmasını temin eden bir müessesedir; bu noktai nazardan boşanma her halde ayrılığa faikdir; çünkü ayrılık, zevceynin, izdivaç mefhumuna daha yakın yeni bir birliğin doğuşuna müsaade etmez; ayrılık izdivaç rabıtasının tamamen zail olduğunu kabul etmemekle beraber izdivacın yalnız lâfzı şeklini muhafaza etmektedir; bu ise her iki tarafın tabii ihtiyaçlarını nazarı itibara almamak suretile ahlâkî mahzurdan salim değildir. Zaten medenî kanunların kaynağı sayılabilen Fransız medenî kanununa ayrılık müessesesi ilâve edilmiş ise ancak boşanmayı kabul etmiyen Katolik dinine mensup vatandaşların hislerine hürmet içindi. Filvaki gerek boşanma gerek ayrılık aynı marazın devası, artık beraberce yaşamının tahammülsüz olmak felâketinin çaresi olarak gözüktüyor; fakat bu iki çare katiyen yekdiğerine benzemiyor; birisi evlenmeyi muhafaza eder iken diğeri o rabitaları kırıyor; binaenaleyh her iki hal için aynı sebeplerin nazarı itibara alınmasına imkân olması lâzım gelir; halbuki halihazırda, bahusus bizde, talâk için aranan sebepler ayrılık için esas tutulmaktadır.

3 — Bu iki yoldan yani boşanma ile ayrılıktan hangisi murracahtır? Esasen boşanmaya muhalif olanlar bu yollardan en az zecrisi (*radical*) bulunan ayrılığın tercih edilmesini isterler; çünkü nihayetülemir ayrılık izdivaç rabıtasını ibka etmektedir. Fa-

kat hakikatta ayrılık evlenme bağlarını koruyormu? Zahiren koruyor; Çünkü ayrılığa rağmen zevceyn evli kalıyorlar; Fakat hakikat halde hiç öyle değildir; evlenme nedir? Boşanmanın en büyük düşmanlarından biri olan *Père Didon* izdivacı en derin, en kapsal (âm ve şamil) bir vahdet ve iştirak deye tarif ediyor; izdivactan sonra, bu rabita ile bağlanmış olan iki kişinin her şeyleri, itikatları, fikirleri, faziletleri, acıları, sevinçleri, ümitleri aynı olacaktır; bu iki kişiyi ihata eden vahdet kudretinden hiç bir şey kurtulmaz; malları, hayatları birdir; Adeta iki ayrı vücutte aynı bir ruh yaşamalıdır.

İzdivacı teşkil eden bütün bu unsurların ve hususiyetlerin hiç biri ayrılığın ilânından sonra kalmıyor; evlenmenin en esaslı şartı olan beraberce ikamet mecburiyeti bertaraf edildikte ve ilk gayesi olan cinsî münasebat imkânsız kılındıktan sonra izdivaç rabitasının halâ baki olduğu iddia edilir mi? Demek ki bu rabita ayrılıktan sonra hakikatta değil farazi olarak (*fiction*) baki kalıyor. O halde asıl şey ortada yok iken, ismini muhafazada ne faide olur? Ayrıldıktan sonra ne kocanın bir zevcesi ne kadının bir zevci vardır.

4 — Bizim kanunumuzda söylendiği gibi (madde 138) dava boşanmaya dair olsa bile karı - kocanın barışmaları ihtimali bulunduğu takdirde hâkim ayrılığa hükmedebilir; bu suretle İsviçre kanunu ve ona tabean kanunumuz ancak ayrılığı tekrar barışmak imkânı ile haklı göstermek istiyor; fakat istatistiklere göre yapılmış ayrılıklardan sonra tekrar barışmaların adedi azın azıdır; zaten boşanmadan sonra karı kocanın tekrar evlenmelerine ne mani vardır? Evvelce gerek Fransada ve gerek Belçikada böyle mani mevcuttu; o vakit belki, tekrar barışmaları mümkün görülen kimseler arasındaki rabitayı tamâmile kesmemek için yalnız ayrılmaları yoluna gidilebildi; bu mani olmadıktan sonra ay-

rımanın sebep ve hikmeti kalmıyor. İzdivacın bir faraziyesi (*fiction*) zevceyn için, çocuklar için, korum (cemiyet) için izdivacın faidelerini temin edebilir mi, ve ayrılık boşanmadan daha az zararlı mıdır? Hayır; bilâkis ayrılmış kadının yeniden çocuk sahibi olması halını tasavvur ediniz de bu halın neticelerini düşününüz; eğer kadın ayrı yaşayan kocasına bir çocuğu olduğunu bildirirse kocası hemen nesebini reddetmesi ve mahkemelerle uğraşması lâzım gelir; yoksa çocuk kendisine nisbet edilir. Filvaki ayrı yaşamaları koca için davasını ispatta güçlük çekilmeyecek bir delil temin ediyorsa da yine bir davaya ihtiyaç vardır (K. M. 244). Zaten ayrılığa karar verinceye kadar o aile, umumî fikirler önünde her türlü şerefe dokunur manzaralara, mahkemelerdeki mücadelelere maruz bırakıyor; ayrıldıktan sonra bir çocuk doğarsa yeni rezaletlere (*scandale*) mahal verilecektir. Denilebilir ki ayrılıkta masum olan taraf, diğer tarafın sui hareketinden daima müte'zi olmuş mevkiindedir.

5 — Ayrılığı tercih eden zevce veya zevce ya dinî itikadlara hasebile yahut izdivaca karşı kendilerinde hasıl olan nefret dolayısıyla tekrar evlenmemeye karar vermiş olabilirler; fakat ayrıldıktan sonra bu kanaatin değişmesi ve bu kararın tebeddülü mümkün değil mi? Hatta kabahatli taraf için bile artık yaşın ve ilk arkadaşile geçen maceranın kendisinde doğurduğu yeni duygular sayesinde tekrar evlenirse vazifesini lâıykile yapacak ve faideli bir yuva teşkil edebilecektir denilemez mi? Filvaki bu mahzurları gören kanun-koyanlar (vaziikanunlar) ayrılığı bir müddetle - bizde bir seneden üç seneye kadar - tahdit etmişlerdir; fakat bu tedbirin faydasını kabul etmekle beraber boşanma ile ayrılıktan hangisinin, prensip itibarile, muraccah olduğunu inceleyen bu yazıda bu tedbir hakkında söz söylemek istemiyorum; bunu sonraya bırakıyorum. Yalnız diyebilirim ki ayrılık

denilen ahlâka ve kurumun faidesine aykırı hali bertaraf etmek için kanun - koyan bile tedbir aramak mecburiyetinde kalmıştır ve şu neticeyi çıkarıyorum : Gerek ahlâk noktasından gerekse karı kocanın menfaatleri noktasından boşanma ayrılıktan hayırlıdır.

Çocukların menfaatını göz önüne alalım : tabii karı - kocanın kavgalarından en çok zarar gören çocuklardır ; fakat ayrılıkta çektikleri zahmetler daha az mıdır ? Her iki halde ana ve babaları beraber yaşamıyorlar ve çocuklar için elzem olan aile havası kalkıyor ; binaenaleyh ayrılık boşanma kadar, çocuk yuvasını yıkıyor. Ve eğer, ana ve babanın başka birisinden yeni çocukları olacak ise bunun yeni ve müntazam bir izdivaçla olması ilk çocuklar noktasından dahi daha hayırlıdır. Hatta bir çok hallerde yeni izdivaç ilk çocuklara bir aile yuvası teşkil etmek için akdedilecektir ; binaenaleyh çocuklar için dahi, ana ve babalarının ayrılıklarından ziyade boşanmaları daha tavsiye edilecek bir hal suretidir ; çocuklar eza görüyorlarsa bu ne boşanmanın ne ayrılığın neticesi değildir ; karı koca arasında mevcut imtizaçsızlıktandır. Boşanma, ezalarını ayrılıktan ziyade artıracak değildir. Kendileri için en zecri çare yine boşanmadır.

Kurum noktasından dahi boşanma müraccahtır ; çünkü her iki tarafa yeni bir yuva teşkiline müsaade etmekle bir çok ah-lâksızlıkların önü alınmış olur.

5 — *Treilhard*'ın bir sözü ile şu notları bitiriyorum : İhtirasa kapılmayan ve hususî bir menfaat takip etmeyen her kimse izdivaç rabitasını kırıp yeni bir rabita tesisine imkân bırakan boşanmayı, bu rabitanın yalnız ismini muhafaza eden ve karı kocayı içinden zor çıkılan daimî mücadeleler önünde bırakan ayrılığa tercih etmek mecburiyetindedir. [*]

Gad Franko Milâshi

[*] Boşanma ve ayrılık ; Yazan Arthur Piérard cilt 1. S. 20.