

**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANA BİLİM DALI
İSLAM HUKUKU BİLİMDALI**

**SADREDDİN EFENDİ’NİN HUKUK-I AİLE KARARNAMESİNE
İLİŞKİN GÖRÜŞLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**Hazırlayan
Ahmet Yasin KÜÇÜKTİRYAKİ**

**Danışman
Prof. Dr. Salim ÖĞÜT**

ANKARA – 2009

**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANA BİLİM DALI
İSLAM HUKUKU BİLİMDALI**

**SADREDDİN EFENDİ’NİN HUKUK-I AİLE KARARNAMESİNE
İLİŞKİN GÖRÜŞLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**Hazırlayan
Ahmet Yasin KÜÇÜKTİRYAKİ**

**Danışman
Prof. Dr. Salim ÖĞÜT**

ANKARA – 2009

ONAY

Ahmet Yasin KÜÇÜKTİRYAKİ tarafından hazırlanan "*Sadreddin Efendi'nin Hukuk-ı Aile Kararnamesine İlişkin Görüşlerinin Değerlendirilmesi*" adlı çalışma 08.09.2009 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oy birliği ile başarılı bulunarak Temel İslam Bilimleri Anabilim/İslam Hukuku Bilim dalında Yüksek Lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

Danışman:

Prof. Dr. Salim ÖĞÜT

İmza:

Jüri Üyesi:

Prof. Dr. Ferhat KOCA

İmza:

Jüri Üyesi:

Prof. Dr. Şamil DAĞCI

İmza:

ÖNSÖZ

Osmanlı Devleti, kurulduğu dönemden itibaren İslam'ın koruyuculuğunu üstlenmiş, bu yolda mücadele etmiş ve geniş bir coğrafyada söz sahibi olmuştur. Dolayısıyla Osmanlı Devleti'nde herhangi bir alanda ortaya çıkan gelişmeler büyük bir bölgede etkili olmuştur.

Osmanlı Devleti'nde Tanzimatla birlikte başlayan dönemde birçok alanda yeni gelişmeler meydana gelmiştir. Bu alanlardan biri de hukuktur. Tanzimattan sonra hukukun neredeyse tüm alanlarında kanunlaştırmalar yapılmıştır. Bunlardan biri de 8 Muharrem 1336 (25 Ekim 1917) tarihli Hukuk-u Aile Kararnamesidir. Kararname Osmanlı Devleti'nde yaklaşık bir buçuk yıl yürürlükte kalmasına rağmen önemli bir etkiye sahip olmuştur.

Çalışmamız, Osmanlının son dönemlerinde aile hukuku alanında gelinen noktada hazırlanan Hukuk-ı Aile Kararnamesine yöneltilen eleştirilerin, bu eleştirilerin sebep ve sonuçlarının değişik açılardan değerlendirilmesi şeklindedir. O dönemde yapılan hukuki çalışmalarda nelerin etkili olduğunu, bunların ne şekilde bir tepkiyle karşılandığını görmemizi sağlaması açısından önemlidir.

Tanzimat sonrası hukuk alanındaki çalışmalardan biri olan Hukuk-ı Aile Kararnamesine değişik taraflardan, çeşitli sebeplerle eleştiriler yöneltilmiştir. Özellikle muhafazakâr hukukçular tarafından yapılan eleştiriler söz konusu kararnamenin yürürlükten kaldırılmasında büyük etkiye sahiptir.

Çalışmamızda aile kararnamesine yöneltilen eleştirileri ve özellikle Sadreddin Efendi'nin yapmış olduğu değerlendirmeleri ele aldık.

Sadreddin Efendi'nin hayatı hakkında detaylı bilgi bulunmamakla beraber muhaddis ve fakihliği ile şöhret bulmuş olup 18 Şubat 1328'de Dâru'l Fünûn Hikmet-i Teşri' müderrisliğine tayin edilmiştir. Dâru'l Fünûn'un İlahiyat

şubesindeki görevine 5 Mart 1329 tarihinde başlamış ve 1331 yılında düzenlenen oluşumla 13 Teşrin-i Evvel 1331'de görevine son verilmiştir.

Tetkik-i Mesahif ve Müellefat-ı Şeriyye meclisinde üyelik görevlerinde bulunmuştur. 20 Eylül 1336 (1920) tarihinde Darü'l Hikmeti'l İslamiyye üyeliğine tayin edilmiştir ve bu görevine de 16 Teşrinievvel 1336 tarihinde son verilmiştir.

Kısa bir süre Dâru'l-Hikmeti'l-İslamiyye üyeliği yapmış olan Sadreddin Efendi'nin bu kurumun yayınları arasında herhangi bir çalışması yer almamıştır.

Çalışmamızın giriş bölümünün ilk konusu Osmanlı Devleti'nde Tanzimat sonrası yapılan kanunlaştırma çalışmalarıdır. İkinci olarak söz konusu dönemde aile hukuku alanında yapılan çalışmaları ve giriş bölümünün son kısmında ise aile hukuku alanında Tanzimat sonrası yapılan en önemli çalışma olan Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ne değişik kesimlerden yöneltilen eleştirileri ele aldık.

Birinci bölüm, Sadreddin Efendi'nin aile kararnamesine yönelik genel eleştirilerini ve kararnamenin evlilik akdine dair olan maddeleri hakkındaki görüş ve değerlendirmelerini içermektedir.

İkinci bölümde ise kararnamenin boşanmayla alakalı maddelerine Sadreddin Efendi'nin yöneltmiş olduğu eleştirilerini ele aldık. Yine aynı bölümde Hukuk-ı Aile Kararnamesine yöneltilen ve özellikle çalışmamızın esas konusunu teşkil eden Sadreddin Efendi olmak üzere çeşitli taraflardan gelen eleştirilerin sonuçları üzerinde durduk.

Çalışmamız, giriş, birinci ve ikinci bölüm, sonuç ve bir de ekten meydana gelmektedir. Ekte, Sadreddin Efendi'nin Sebilü'r Reşad Mecmuasında seri halinde yayınlanan Hukuk-ı Aile ve Usul-ı Muhakemat-ı

Şeriyye Kararnameleri hakkındaki yirmi adet makalesinin, içerisinde geçen ayet ve hadisleri tahri ederek, latinizesini verdik.

Son olarak, tez çalışmam esnasında sonsuz teşvik ve desteğini gördüğüm danışman hocam sayın Prof. Dr. Salim Öğüt'e, ayrıca değerli hocalarım Prof. Dr. şamil Dağcı ve Prof. Dr. Ferhat Koca'ya, benden hiçbir zaman dua ve desteklerini esirgemeyen annem-babam Gazi-Rufe Küüktiryaki'ye ve bana maddi-manevi destek olan sevgili Müşerref Albayrak'a sonsuz şükranlarımı sunuyorum.

Ahmet Yasin KÜÇÜKTİRYAKİ

Ankara–2009

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	I
İÇİNDEKİLER	IV
KISALTMALAR	VII

GİRİŞ

OSMANLI DEVLETİNDE TANZİMAT SONRASI KANUNLAŞTIRMA ÇALIŞMALARI, AİLE HUKUKU ALANINDAKİ GELİŞMELER VE BU ALANDAKİ ÇALIŞMALARA YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLER

I- DAYANDIĞI KAYNAK AÇISINDAN TANZİMAT SONRASI KANUN ÇALIŞMALARI.....	1
A- YERLİ KANUNLAR	1
1. 1256 ve 1267 tarihli Ceza Kanunları	1
2. 1274 tarihli Arazi Kanunnamesi.....	2
3. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye	4
4. 1917 tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesi	7
B- BATIDAN İKTİBAS EDİLEN KANUNLAR	20
1. 1266 tarihli Ticaret Kanunnamesi	20
2. 1280 tarihli Ticaret-i Bahriye Kanunnamesi	21
3. 1278 tarihli Usul-ü Muhakeme-i Ticaret Nizamnamesi.....	21
4. 1274 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu	21
5. 1297 tarihli Usul-u Muhakemat-ı Hukukiye Kanunu	22
6. 1296 tarihli Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu	22
II- OSMANLI DEVLETİ'NDE TANZİMAT SONRASI AİLE HUKUKU ALANINDAKİ GELİŞMELER	23
III- HUKUK-İ AİLE KARARNAMESİ'NE YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLER...	24
A. Gayr-i Müslimlerin yönelttiği Eleştiriler	25
B. İslamcı Âlimler tarafından Yöneltilen Eleştiriler	26

BİRİNCİ BÖLÜM

SADREDDİN EFENDİ'NİN KARARNAMENİN GENELİNE YÖNELİK ELEŞTİRİLERİ VE EVLİLİK AKDİNE İLİŞKİN MADDELER HAKKINDAKİ GÖRÜŞ VE DEĞERLENDİRMELERİ

I- KARARNAMENİN GENELİNE YÖNELİK ELEŞTİRİLERİ.....	29
II-EVLİLİK KONUSUNDA YÖNELTTİĞİ ELEŞTİRİLERİ.....	36
A- Nikâh Ehliyeti İle İlgili Görüşleri.....	36
B- Küçüklerin Evlendirilmesine Dair Düşünceleri.....	39
C- Akli Dengesi Yerinde Olmayanların Nikâhına İlişkin Fikirleri.....	41
D- Velayet Konusundaki Görüşleri	43
E- Nikâhlanımları Haram Olanlarla İlgili Tenkitleri	44
F- Nikâh şahitleri Hususundaki Değerlendirmeleri.....	45
G- Nikâh Lafızlarına Dair Eleştirileri.....	46
H- İzinname Düzenlenmesiyle İlgili Tahlili	48
I- Çok Eşlilik Meselesinde Söyledikleri	51
J- Fasit ve Batıl Nikâhlara Dair Düşünceleri	54
K- Zorlamayla Yapılan Nikâha İlişkin Düşünceleri	56
L- Mehir Konusundaki Değerlendirmeleri	58

İKİNCİ BÖLÜM

SADREDDİN EFENDİ'NİN BOŞANMAYA İLİŞKİN MADDELER HAKKINDAKİ GÖRÜŞ VE DEĞERLENDİRMELERİ

I- BOŞAMA HAKKINDAKİ GÖRÜŞLERİ.....	61
A- Sarhoşun Boşamasıyla İlgili Görüşleri	61
B- Zorlamayla Yapılan Boşamaya İlişkin Değerlendirmeleri.....	63
C- Boşama Lafızlarıyla İlgili Tahlili.....	65
D- Bâ'in Talak ve Hülle Konusundaki Fikirleri.....	67
E- Boşanmaya Sebep Olan Hastalıklara İlişkin Eleştirileri.....	68
F- Kocanın Kaybolması Hususunda Söyledikleri.....	71
G- Aile Meclisi İle İlgili Görüşleri	74
II- ELEŞTİRİLERİN SONUÇLARI.....	77
SONUÇ.....	80

KAYNAKÇA.....	83
EK-1 MAKALELERİN METNİ.....	90
ÖZET	185
ABSTRACT	187

KISALTMALAR

a.g.e.	: adı geçen eser
a.g.m.	: adı geçen makale
A.Ü.H.F.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
a.y.	: aynı yer
B.A.A.K.	: Başbakanlık Aile Araştırmaları Kurumu
bkz.	: bakınız
c.	: cilt
DİA	: Diyanet İslam Ansiklopedisi
Ed.	: Editör
HAK.	: Hukuk-ı Aile Kararnamesi
İÜHFD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İM	: İslam Mecmuası
M.Ü.İ.F.	: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi
O.A.V.	: Osmanlı Araştırma Vakfı
s.	: sayfa
SR.	: Sebilürreşad Mecmuası
sy.	: sayı
Trc.	: Tercüme eden
T.T.K.	: Türk Tarih Kurumu
Vd.	: ve devamı
Yay.	:Yayınevi

GİRİŞ

OSMANLI DEVLETİ'NDE TANZİMAT SONRASI KANUNLAŞTIRMA ÇALIŞMALARI, AİLE HUKUKU ALANINDAKİ GELİŞMELER VE BU ALANDAKİ ÇALIŞMALARA YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLER

Osmanlı İmparatorluğu'nda çağdaş anlamda bir kanunlaştırma hareketi Gülhane Hattı Humayununun ilanıyla başlar. Gerek Gülhane hattı ve gerek Islahat fermanı ülkede eski düzenin yerine yeni bir düzen kurulduğunu ve bu durumun yeni kanunlarla teyit edilmesi gerektiğini ifade etmektedir.

I- DAYANDIĞI KAYNAK AÇISINDAN TANZİMAT SONRASI KANUN ÇALIŞMALARI

Bu dönemde çıkarılan kanunlar hazırlanmalarında esas alınan kaynaklar bakımından yerli ve müktebes olmak üzere iki grupta incelenmektedir.¹

A- Yerli Kanunlar

Kanunlar hazırlanırken yararlanılan kaynaklar tamamen ya da çoğunlukla milli ise bu kanunlar yerli kanunlar başlığı altında incelenmektedir.

1. 1256 Ve 1267 Tarihli Ceza Kanunları

¹ Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, “Kanunlaştırma ve Tanzimat”, Tanzimat I, Ankara, Maarif Vekaleti, 1940, s. 175

1839 tarihli Gülhane Hatt-ı Hümayünü "Kuran hükümlerine ve şer'i kanunlara riayet edilerek" yeni kanunlar yapılacağını vaat etmiştir. Bu vaat daha sonra çıkarılan çeşitli ceza kanun ve nizamnameleri ile gerçekleşmiştir.

1256 tarihli Ceza Kanunnamesi Sultan Abdulmecid devrinde, icra vekilleri, büyük âlimler, Meclis-i Valay-ı Adliye ve bazı devlet adamlarından oluşan 44 kişilik bir heyet tarafından hazırlanmış olup bir mukaddime, bir hatime, 13 fasıl ve 40 maddeden meydana gelmektedir.²

1256 tarihli ceza kanunu hazırlanırken bazı konularda batı mevzuatından yararlanılmışsa da bu kısmi bir şekilde gerçekleşmiştir ve yerli hükümler çoğunluktadır. Bu nedenle bu kanun Tanzimattan sonra hazırlanmış olan ilk orijinal kanun olarak kabul edilebilir. Şer'i hükümlere aykırı hükümler içermemektedir. Zaten, kanuna muhalefet, padişah ve devlete karşı işlenen suçlar, isyan, anarşi, dövme, sövme, hakaret, gasp, rüşvet ve benzeri tazir cezalarını düzenlemektedir. Kısas cezalarına sıkça atıf yapılmaktadır (I. Fasıl, m. 1; X. Fasıl, m. 2; XI. Fasıl, m. 3) Had cezaları ise bilindiği ve kadılarca hükmedile geldiği için kanunda yer almamaktadır.

1267 tarihli Kanun-u Cedid ise birincisi 17, ikincisi 7, üçüncüsü 19 maddeden oluşan üç fasıldan ibaret olup 1274 tarihli Ceza kanunnamesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.³

2. 1274 Tarihli Arazi Kanunnamesi

Bu kanun Ahmet Cevdet Paşa'nın başkanlığındaki bir heyet tarafından hazırlanmış olup Osmanlı Devleti'nde Tanzimattan sonra meydana getirilmiş

² **Düstur**, Birinci Tertip, I, 2-5; Sarkis Karakoç, **Külliyat-ı Kavanin**, Yay. Haz. M. Akif Aydın, Ankara, TTK, 2006, c. 1, s. 178; Reşat Kaynar, **Mustafa Reşit Paşa ve Tanzimat**, 1954, Ankara, s. 302-312

³ Sarkis Karakoç, **a.g.e.**, c. 1, s. 241

olan en orijinal ve en yerli kanundur.⁴ Kanunnamenin hükümlerinde batının ne mevzuatının ve ne de düşünce sisteminin etkisi söz konusu değildir. Kökleri tamamen millî ve şer'î hukuka dayalıdır.⁵

Osmanlı Devleti'nde arazinin nasıl bir düzenlemeye tabi tutulduğunu gösteren bu kanun arazi ile alakalı mevcut hükümlerden önemli bir bölümünü tedvin, bir kısmını tadil etmiş ve bir kısmını da yürürlükten kaldırmıştır.

Arazi kanununun bap ve fasıllarının konularına göre taksimi şöyledir;⁶

I. Bab : Miri Arazi (Dört Fasıldır)

I. Fasil : Miri Arazinin Kullanım Şekli

II. Fasil : Miri Arazinin suret-i ferağı

III. Fasil : Miri Arazinin intikal şekli

IV. Fasil : Miri Arazinin suret-i mahlulâtı

II. Bab: Arazi-i Metruke ve Mevat (İki Fasıldır)

I. Fasil : Arazi-i Metruke

II. Fasil : Arazi-i Mevat

III. Bab: Müteferrikât

* Değişik arazi çeşitlerinde kendiliğinden yetişen ağaçlar ve arazide bulunacak maddeler hakkında müteferrik hususlar.

-Hatime

Kanunnamenin birinci maddesi Osmanlı Devleti'nde mevcut araziye beş büyük kısma ayırıyor. Bunlar, Arazi-i Memluke, Miriye, Mevkufe, Metruke ve Arazi-i Mevattır.⁷ Arazi çeşitlerine göre yapılan bu taksim ve kanunun bap ve fasil taksimleri göz önüne alındığında bu kanun Osmanlı Devleti'ndeki

⁴ Ebul'ula Mardin, **Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa**, İstanbul, İÜHF Yay., 1957, s. 49

⁵ **Düstur**, Birinci Tertip, I, 165 vd.

⁶ **Düstur**, Birinci Tertip, I, 180

⁷ **Düstur**, Birinci Tertip, I, 180

bütün arazilerle alakalı hukuku değil, bunun sadece bir kısmını tedvin etmiştir.⁸

Kanunname Osmanlı'daki arazinin büyük bir kısmını oldukça sistemli bir şekilde düzenlemiş ve bunlarla ilgili hükümleri tedvin etmiştir. Fakat kanunun, tekniği ve içerdiği bazı hükümlerin sonuçları bakımından eksiklikleri vardır. Kanunnamenin bu düzenleme şekli bazı hukukçular tarafından eleştirilse de⁹ hem mülk toprakların varlığı azdır hem de bu topraklara ait esaslar fıkıh kitaplarında açıkça belirtildiğinden burada düzenlenmesine ihtiyaç duyulmamıştır.¹⁰

Arazi kanunu, kanunlaştırma hareketi bakımından arazi hukuku sahasında bir yenilik arz etmektedir. Zira arazinin çeşitlere ayrılması ve her çeşidin kendi içinde bir taksime tabi tutulması ve bunlarla alakalı hükümlerin dağınık halde bulunması sebebiyle eski arazi hukuku karışık bir halde iken arazi kanunnamesi bu dağınıklığa son vermiştir.

3. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye

Tanzimattan sonraki kanunlaştırma hareketinin şüphesiz en muazzam eseri Osmanlı medeni kanunu diyebileceğimiz Mecelle ismiyle meşhur olmuş Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye adlı kanunlaştırmadır. Mecelle, sadece İslam-Türk hukuk tarihinde değil, İslam hukuk tarihinde de ilk olma özelliği taşımaktadır.¹¹ Çünkü daha önce bu alanda görülen kanunlaştırma teşebbüslerinden hiçbirisinde, İslam hukukunun belli bir bölümünü bütün olarak düzenleyen ve mahkemelerde münhasıran uygulanan bir kanun metni ortaya konamamıştır.

⁸ Velidedeoğlu, **a.g.m.**, s. 182

⁹ Velidedeoğlu, **a.g.m.**, s. 185

¹⁰ Ömer Lütfi Barkan, "**Eser Tahlilleri**", İÜHFD, c. 7, sy. 2-3, s. 712

¹¹ Mehmet Akif Aydın, **İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları**, İstanbul, İz Yayınları, 1996, s. 59

Tanzimat dönemi Osmanlı devletinin askeri, idari, iktisadi, hukuki ve sosyal yapısında birçok köklü değişikliklerin meydana geldiği dönemdir. Ve bu dönemde en köklü değişiklikler hukuk ve kanunlaştırma alanında yapılmıştır. Bu dönemde hazırlanmış olan Mecellenin de doğmasına sebep olan bir takım etkenler mevcuttur. Yeni mahkemelerin kuruluşu, hâkimlerin yetersizliği, batının tesir ve baskısı, Hanefi mezhebinde farklı görüşlerin varlığı ve hukuki-sosyal ve iktisadi değişmelerin bir medeni kanuna ihtiyaç göstermesi mecelleyi doğuran etkenlerin önemlileridir.

Mecelle, başkanlığını Ahmet Cevdet Paşa'nın yaptığı ve Evkaf-ı Hümayun müfettişi Seyyid Bey, Şura-yı Devlet azası Seyfeddin, Divan-ı Ahkâm-ı Adliyye azası Ahmet Hulusi ve Ahmet Hilm-i, Şura-yı Devlet azası Mehmed Emin ve Mecelle cemiyeti azası İbn Abidinze Alaaddin efendinin de üyeliklerini yaptığı Mecelle komisyonu tarafından hazırlanmıştır.¹²

Mecelle, genel hükümler içeren bir mukaddime ile 16 kitabı içermektedir. Bu kitaplar baplara, baplar fasıllara ve fasıllar da maddelere ayrılmaktadır. Mecellenin kitap başlıkları şu şekildedir;¹³

*	Mukaddime	: 1 -100
I)	Kitabu'l Büy'u	: 101 – 403
II)	Kitabu'l İcarât	: 404 – 615
III)	Kitabu'l Kefale	: 616 – 672.
IV)	Kitabu'l havale	: 673 – 672
V)	Kitabu'l Rehin	: 701 – 761
VI)	Kitabu'l Emanet	: 762 – 832
VII)	Kitabu'l Hibe	: 833 – 880
VIII)	Kitabu'l Gasb ve'l İtlaf	: 881 – 940
IX)	Kitabu'l Hacr, ikrah, şufa	: 941 – 1044
X)	Kitabu'l Şirket	: 1045 – 1448

¹² **Düstur**, Birinci Tertip, I, 20; Ebu'l Ula, **a.g.e.**, s. 277

¹³ **Düstur**, Birinci Tertip, I, 20 vd.

XI)	Kitabu'l Vekâlet	: 1449 – 1530
XII)	Kitabu'l Sulh ve'l İbra	: 1531 – 1571
XIII)	Kitabu'l İkrar	: 1572 – 1612
XIV)	Kitabu'l Dava	: 1613 – 1673
XV)	Kitabu'l Beyyinat ve't tahlif	: 1676 – 1783
XVI)	Kitabu'l Kaza	: 1784 – 1851

Mecelle, medeni ilişkileri düzenleme bakımından tam bir medeni kanun mahiyetinde değildir. Zira bu kanun, aile, miras ilişkilerine ve aynî haklarla ilgili birçok önemli hususu içermemektedir.¹⁴ Burada Mecelle cemiyetinin ve Cevdet Paşa'nın söz konusu konuları hiç akla getirmedeği düşünülmemelidir. Mecelle Cemiyetinin, 16. kitaptan sonra Aile hukukunun tedviniyle meşgul olmayı planladığına dair işaretler vardır.¹⁵ Fakat müsait çalışma ortamının bulunamayışı ve Cevdet Paşa'nın ilk önce Mecelle'nin bitirilmesine gayret etmesi bu eksikliğin sebebidir. Bu eksiklikler çok geçmeden kendisini göstermeye başlamış ve bu boşluğu doldurmak için Hukuk-ı Aile Kararnamesi adıyla bir kanun çıkarılmıştır.¹⁶

Mecelle kuvvetli hukukçuların yetişemediği bir dönemde ve özellikle hukukçu olmayan üyelerden kurulu karma ticaret ve nizamiye mahkemelerinde uygulanmak üzere hazırlanmıştır. Dolayısıyla bu tip hâkimlere yol göstermek, hukuk öğretmek vazifesini de üstlenmiştir. Mecellede tarif ve açıklamaların bolca yer alması bu yüzdendir.¹⁷

Mecellede Hanefi mezhebinden ve bu mezhep içerisindeki en sahih görüşten esas itibariyle ayrılma olmamıştır. Bazı meselelerde Hanefi mezhebinde nispeten zayıf görüşler kabul edilmiştir ve bu durum özellikle de Cevdet Paşa'nın üzerine yıldırımların çekilmesine sebep olmuştur.¹⁸ Cevdet

¹⁴ Velidedeoğlu, **a.g.m.**, s. 191

¹⁵ Ebul Ula Mardin, **a.g.e.**, s. 154

¹⁶ Üçok, **a.g.e.**, s. 189

¹⁷ Mehmet Akif Aydın, **a.g.e.**, s. 132

¹⁸ Ebul Ula Mardin, **a.g.e.**, s. 80-82

Paşa Mecellenin hazırlanması esnasında çeşitli kesimlerden gelen itirazlarla da uğraşmak zorunda kalmış ve bu itirazların etkisiyle birkaç defa Mecelle cemiyetinden ayrılmak zorunda kalmıştır. Mecellenin hazırlanması esnasında Cevdet Paşa müsait bir çalışma ortamı bulamamıştır.

Mecelle, Fransız Code Civil'ini tercüme ederek kabul etmek isteyenlere karşı kazanılmış bir zaferdir.¹⁹

4- 1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi

Kararname öncesinde aile hukuku ile ilgili resmi kod Mülteka adlı fıkıh kitabı olarak devam etmektedir. Mecellede aile hukuku tedvin edilmemiştir fakat aile hukuku sahası tamamen başıboş bırakılmamıştır. Aile kararnamesi öncesinde fıkıh kitaplarındaki şeri hükümleri tamamlayıcı mahiyette ve Hanefi mezhebinin sınırları aşılmadan bazı hukuki düzenlemeler yapılmıştır. Bunlardan bazıları şu şekildedir;

a- 1289 (1870) tarihli Sicill-i Nüfus Nizamnamesiyle nikâhın tescili esası kabul edilmiş ve bu durum daha sonraki hukuki düzenlemelerle de teyit edilmiştir.²⁰

b- 1289/ (1870) tarihli bir kararname ile talakların da sicilli nüfus memurluğuna kaydedilmesi önemle belirtilmiştir.²¹

c- 1291 (1872) tarihli nizamname ile İran uyruklularla evlenme yasağı teyit edilmiştir.²²

d- 1291 (1872) tarihli fermanla mehir için alt ve üst sınır tayin edilmiştir.²³

¹⁹ Üçok, a.g.e., s. 189

²⁰ **Düstur**, Birinci Tertip, Zeyl, II, 15

²¹ **Düstur**, Birinci Tertip, Zeyl, II, 3

²² **Düstur**, Birinci Tertip, IV, 614

e- 1335 (1916) yılında kısa aralıklarla çıkartılan iki irade ve bu bunları takip eden hukuki düzenlemelerle, diğer mezheplerin görüşlerinden istifade edilerek, kadına kocasının kaybolması veya hasta olması gibi sebeplerle mahkemeye başvurarak tefrik talebinde bulunma hakkı verilmiştir.²⁴

Tanzimat'tan sonra Osmanlı Devleti'nde başlayan kanunlaştırma çalışmalarının son örneklerinden biri Hukuk-i Aile Kararnamesi'dir.²⁵ Daha önce yapılmış olan ve en önemli kanunlaştırma hareketi sayılan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'de aile hukukuna değinilmemişti. Bunun değişik sebepleri bulunmaktaydı. Dolayısıyla her hukuk dalında olduğu gibi aile hukuku alanında da bir kanunlaştırma ihtiyacı kendini göstermekteydi. Bu dönemde sıkça söz edilen ve her alanda etkisinin gözlemlendiği batıcılık düşüncesinin en az etkilediği alanlardan bir tanesi de aile hukukudur.²⁶

Hukuk-i Aile Kararnamesi Osmanlı hukuk tarihinde ve hatta İslam hukuk tarihinde aile hukuku alanındaki en önemli gelişmedir. Zira bu alandaki ilk kanunlaştırma örneğidir. Bu sebeple İslam Hukuku alanında önemli bir tedvin faaliyeti sayılmaktadır.²⁷

Isparta mebusu Seydişehir Mahmut Esad Efendi'nin başkanlığında Hafız Şevket Efendi, Said Bey, Ali Baş Hampa Efendi ve Mustafa Efendi'den oluşan komisyon²⁸ 157 maddeden oluşan kararnameyi hazırlamış ve hazırlanan metin, 8 Muharrem 1336/25 Ekim 1917 tarihinde Sultan Reşad tarafından tasdik edilerek yürürlüğe girmiştir. Kararname Kanun-i Esasi'nin 36. maddesinden istifadeyle muvakkat kanun olarak kabul edilmiştir.

²³ **Düstur**, Birinci Tertip, I, 736

²⁴ **Ceride-i Adliyye**, sy. 14, s. 66; sy. 18, s. 279; sy. 20, s. 353

²⁵ **Düstur**, İkinci Tertip, IX, 762-768; **Ceride-i İlmiyye**, sy. 34, s. 986 vd.

²⁶ Ahmet Akgündüz-Halil Cin, **Türk Hukuk Tarihi**, İstanbul, O.A.V. Yay., 1996, c.2, s.76

²⁷ Mehmet Akif Aydın, "**Osmanlılarda Aile Hukukunun Tarihi Tekâmülü**", B.A.A.K. Aile Yazıları, Ankara, 1992, c. 3, s. 448

²⁸ **Ceride-i Adliyye**, XII/149, s. 66

Kararname iki kitap içerisinde 9 bölüm (bab) ve 21 fasıldan oluşmaktadır. Birinci kitap evlenme (münakehat), ikinci kitap boşanma (müfarakat) hakkındadır. Kararname farklı hukuki esasların söz konusu olduğu durumlarda Museviler ve Hristiyanlar için ayrı hükümler ihtiva etmektedir.

Kararname ile şariat mahkemelerinin yetkileri genişletilerek, gayri Müslimlerin evlenme, boşanma, nafaka, drahoma²⁹ ve cihaz davaları için yetkili kılınmışlardır. Cemaatlerin ruhani liderlerinin yetkileri ilga edilmiştir. Kararnamede sadece evlenme ve boşanma ile alakalı hükümler yer almakta olup nesep, vesayet, nafaka ve mal rejimlerine ilişkin konular düzenlenmemiştir.³⁰

4.1. Kararnamenin İslam-Osmanlı Hukuku Tarihindeki Yeri ve Önemi

Tanzimattan sonra başlayan kanunlaştırma çalışmalarının en önemli halkasını 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi oluşturmaktadır. Arazi kanunu ve Mecelle ile başlayan medeni hukuk alanını kanunlaştırma çalışmaları, yaklaşık yarım asırlık bir aradan sonra ve en olumsuz şartlar içerisinde bir aile kanunun hazırlanmasıyla sona ermiştir. Aile hukukunun daha Mecelle'nin hazırlanması sırasında kanunlaştırılması, medeni kanunun bütünlüğünün yarım asır öncesi temin edilmesi bakımından şüphesiz daha iyi olurdu. Fakat devrin siyasi, sosyal ve hukuki şartları aile hukukunun yarım asır geç kanunlaştırılması zarureti doğurmuştur.

Yarım asırlık bir gecikmeyle de olsa aile hukukunun kanunlaştırılmasıyla Mecelle'nin tamamlanması yolunda önemli bir adım atılmış ve devrin hukukçularının medeni kanununun tamamlanması yolundaki en büyük

²⁹ Hristiyanlıkta geçerli olan bir uygulamadır. Evlenirken kadının erkeğe para vermesidir. İslam hukukundaki mehrin tam tersidir.

³⁰ Gülnihal Bozkurt, **Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi**, Ankara, T.T.K. Yay., 1996 s. 173

istekleri de böylece gerçekleşmişti. Kararname öncesinde aile hukuku alanındaki tekil gelişmeler³¹ kararname ile toplu ve köklü bir kimliğe kavuşmuştur. Bu bakımdan kararnamenin Osmanlı hukuk tarihinde önemli bir yeri vardır. Fakat hiç de uygun olmayan şartlar altında hazırlanan kararname, hazırlandığı devrin olumlu ve olumsuz izlerini de taşımaktadır. Bu uygunsuz şartlar kararnamenin bazı yenilikleri içermesinde zorlayıcı bir faktör olmuş, fakat yine bu şartlar onun birçok bakımdan eksik hazırlanmasına, uygulamanın ortaya koyacağı olumlu ve olumsuz yönleri anlaşılamadan kısa bir müddet sonra yürürlükten kaldırılmıştır. Bu bakımdan kararnamenin Osmanlı hukuk tarihinde layık olduğu yeri tam olarak alma fırsatını bulamadığı söylenebilir. Fakat yine de aile hukuku gibi dikenli bir sahayı büyük bir cesaretle ve birçok köklü değişiklik ve yenilikleri içerir bir şekilde kanunlaştırmakla devrin idarecilerinin son derece önemli bir görevi yerine getirdiklerini kabul etmek gerekir.

Kararname Osmanlı hukuk tarihinde oynadığı rolden daha büyüğünü İslam hukuk tarihinde oynamıştır. Osmanlı devletinde bir buçuk sene gibi kısa bir süre yürürlükte kalmasına rağmen Suriye, Ürdün, Lübnan gibi Ortadoğu ülkelerinde 1950'lere kadar uzanan ve bir kısmında hala devam eden bir hayatiyete sahip olmuştur. Kararname aile hukuku alanında İslam ülkelerinde yapılan ilk kanundur. Yine kararname, ilk defa diğer mezheplerden istifade yolunu açarak devrin ihtiyaç duyduğu birçok yeniliklerin İslam hukuku çerçevesinden ayrılmadan kanuna dâhil edilmesi yolunu açmıştır. Sonraları diğer İslam ülkelerinin de bu usulü kabul ederek kararnamenin getirdiği yeniliklerin hemen tamamını ufak değişikliklerle kabul ettikleri görülecektir.³²

Kararname, kendisini hazırlayanların hiç düşünmediği bir şekilde İslam hukuk tarihinde uzun bir hayatiyete ve etkiye sahip olmuştur.

4.2. Kararnameyi Doğuran Sebepler

³¹ Bkz. Bir önceki başlık.

³² Bkz. "Diğer Ülkelerdeki Etkisi" Başlığı, s. 16

Birinci dünya savaşının sıkışık günlerinde kararnamenin hazırlanmasına etki eden etkenleri dört ana grupta toplamak gerekir.

4.2.1. Hukuki Etkenler

Tanzimattan sonra başlayan kanunlaştırma hareketleriyle hukukun birçok dalı kanunlaştırılmış, bu alanların esasları, uygulama ve hukuk öğreniminde büyük kolaylık sağlayacak şekilde müstakil kanunlar halinde tespit edilmişti. Bu kanunlaştırmalarda sadece aile hukuku dışarıda kalmıştı. Şeriyye mahkemelerinde hâkimler davaları eskiden olduğu gibi muteber fıkıh kitaplarına ve fetva mecmualarına bakarak halletmekteydiler. Hâkimlerin hukuk nosyonu açısından yetersizliği ve her geçen gün ilgili davaların artması³³ aile hukukunun da bir kanun şeklinde tespit edilmesi ihtiyacını hissettirmektedir.

Dönemin hukukçuları bu ihtiyacı göz önüne alarak ve aynı zamanda Mecelle'nin de tamamlanmasını sağlamak için bir aile kanununun hazırlanması gerekliliğinin üzerinde durmaktaydılar. Celal Nuri aile hukukunun kanunlaştırılması gerekliliğini ifade edenlerdendir.³⁴ Bunun yanı sıra İbrahim Hakkı, Mansurizade Said, Ahmet Cevat ve Selahattin Asım gibi dönemin önde gelen hukukçuları da bir aile kanununun hazırlanması gerekliliği üzerinde durmuşlardır.³⁵

Öte yandan aile hukuku alanında yeni bazı uygulamalara ihtiyaç duyulmaktaydı. Ardı ardına girilen Balkan ve Birinci Dünya savaşlarının ortaya çıkardığı yeni şartların bu ihtiyacı artırdığı söylenebilir. Hâkimlerin sadece Hanefi mezhebinin en sahih görüşünü uygulamakla sorumlu olmaları, yeni ihtiyaçlara diğer mezheplerin görüşlerinden istifade ile cevap verme

³³ Ceride-i İlmiyye, sy. 28, 29, 30

³⁴ Celal Nuri, **Havaic-i Kanuniyyemiz**, İstanbul, 1331, s. 51

³⁵ Ziyaeddin Fahri Fındıkoğlu, **Aile Hukukumuzun Tedvini Meselesi**, İstanbul, 1943, s. 698

imkânını da önlemekteydi. İşte kararnamenin hazırlanmasında rol oynayan önemli bir etken, duyulan bir hukuki ihtiyaçtır.

Kararnamenin hazırlanmasında rol oynayan diğer önemli bir etken de imparatorluk içinde hukuk ve yargı çokluğuna son verme ve bu alanlardaki birliği sağlama ihtiyacıdır. Osmanlı devletinde hayli eski bir geçmişi olan kapitülasyonlarla devlet içinde aslında ticari amaçlarla bulunan yabancılara hukuki ve yargısal imtiyazlar tanınmıştı. Yabancılar özellikle medeni hukuk alanında kendi konsolosluk mahkemelerinde yargılanmaktaydılar. Osmanlı devleti imtiyazları tek taraflı kaldırdığında yargı alanındaki üçlü durum ikiye inmiş oluyordu.³⁶

Sonuç olarak bir kısmı müslümanlar, bir kısmı gayri müslimler diğer bir kısmı da devletin yargı yetkisiyle ilgili bu hukuki ihtiyaç kararnamenin hazırlanmasında önemli rol oynamıştır.

4.2.2. Siyasi ve Ekonomik Etkenler

Peş peşe gelen Balkan ve Birinci Dünya savaşları ve bu savaşların Osmanlı'nın ekonomik yapısında meydana getirdiği değişiklik de kararnamenin hazırlanmasında rol oynamıştır. Bu harplerden önce özellikle şehirlerde kadının ekonomik alanda aktif bir rol oynadığını söylemek zordur. Özellikle Birinci Dünya savaşına erkeklerin önemli bir kısmının katılmak zorunda kalması onların iş hayatındaki yerlerini kadınların doldurması gerekliliğini ortaya çıkarmıştır.³⁷ Artık kadın, özellikle büyükşehirlerde kocasından, kardeşinden boşalan yerleri dolduran memur veya işçi olarak iş hayatına atılan bir kimsedir.³⁸

³⁶ Mehmet Akif Aydın, **İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları**, İstanbul, İz Yay., 1996, s. 156

³⁷ Niyazi Berkes, **Türkiye'de Çağdaşlaşma**, Ankara, Bilgi Yay., 1973, s. 437

³⁸ Ziyaeddin Fahri Fındıkoğlu, **Hukuk Sosyolojisi**, İstanbul, 1958, s. 250

Bu durum hem toplumun kadınlık anlayışında mecburi bir değişikliğe sebep olmuş hem de bizzat kadınların psikolojilerinde büyük değişiklik meydana getirmiştir. Kadının ekonomik hayata bu ani girişi yeni yeni ortaya çıkmaya başlayan feminizm akımının aniden kuvvet kazanmasına ve bu yolla yarım asırda alacağı mesafeyi kısa zamanda almasına sebep olmuştur.³⁹

Bu şekilde kadının ekonomik hayat içerisinde daha önemli bir rol alması, kadınları yakından ilgilendiren aile hukukunun derli toplu bir şekilde ortaya konulması gerekliliğini hissettirmiştir. Bu yüzden bazı yazarlar kadının ekonomik hayata girişinin, kadınlık akımının gelişmesinde ve aile hukukunun kanunlaştırılmasında birinci derecede rol oynadığını iddia etmektedirler.⁴⁰ Bu ekonomik etkenlere birinci sırada yer verilmese bile aile kanunun çıkarılmasında etkisinin olduğunu söylememiz kaçınılmazdır.

4.2.3. Sosyal Etkenler

Tanzimattan sonra Batılılaşma hareketlerinin etkisiyle Türk toplumunun sosyal yapısı değişmeye başlamıştır. Klasik Osmanlı toplumunun yerini artık gittikçe daha çok batıya benzeyen bir toplum almaktadır.⁴¹ Özellikle İstanbul, Selanik ve İzmir gibi batının etkisine açık olan şehirlerde kıyafet, moda ve sosyal hayat üzerinde batı etkisi gittikçe artan bir şekilde görülmeye başlamıştır.⁴² Bütün bu gelişmeler kadını cemiyet içerisinde daha ön plana çıkarmaya başlamıştır.

Türk kadını bu dönemde artık pek çok sosyal faaliyetin de içine girmiştir. Dernekler ve kurslar açan kadınlar yurdun çeşitli köşelerine sosyal hizmet götürülmesinde önemli rol oynamışlardır.⁴³

³⁹ Fındıkoğlu, **a.g.e.**, s. 252

⁴⁰ Fındıkoğlu, **a.g.e.**, s. 251-252

⁴¹ Fındıkoğlu, **a.g.e.**, s. 252

⁴² Hilmi Ziya Ülken, "**Tanzimattan Sonra Fikir Hareketleri**", Tanzimat I, s. 758

⁴³ Fındıkoğlu, **a.g.e.**, s. 252

Diğer yandan peş peşe gelen savaşlar toplumda bir takım problemler de doğurmuştur. Birçok erkek savaştan geri dönmemiştir. Bir kısmının ölü ya da diri olduklarından haber alınamamıştır. Bu durum geride kalan kadınlar için hukuki açıdan büyük sıkıntılar doğuruyordu. İşte kararnamenin hazırlanmasında bu tip etkenler rol oynamış ve bu alanlarda köklü değişiklikler getirmiştir.

4.2.4. Kültürel Etkenler ve Feminizm Akımı

Duraklama ve gerileme devirlerinde bütün sahalarda olduğu gibi, Osmanlı eğitim müesseselerinde bir gerileme meydana gelmiştir. Medreselerin eğitim ve öğretim fonksiyonlarını gerektiği gibi yerine getirememeleri Tanzimat sonrası yeni eğitim kurumları kurmayı gerekli kılmıştır. Kurulan bu yeni eğitim kurumlarında kız çocuklarının da eğitimlerinin düşünüldüğü görülmektedir. İlk defa İstanbul'da bir kız rüşdiyesi ve yine İstanbul'da ilk defa bir kız öğretmen okulu açılmıştır.⁴⁴

Kadınların yavaş yavaş ilkokuldan üniversiteye kadar eğitim kurumlarının her seviyesine kabulleri, buralardan yetişen kadınların toplum içinde daha belirgin rol almaları kadınlık anlayışının değişimine ve özellikle 1900'lardan sonra toplumda feminizm akımının doğmasına sebep olmuştur.

Tefeyyüz, Cemiyet-i Hayriyyey-i Nisvan, Nisvan-ı Osmaniye ve Müdafaa-i Hukuk-ı Nisvan adlarındaki cemiyetler⁴⁵ Kadınlar Dünyası, Mehasin ve Demet gibi irili ufaklı dergiler kadın haklarını savunmak için bu devrede bu akımın etkisiyle kurulmuşlar ve bu akımın kuvvetlenmesinde rol oynamışlardır.

O dönemde İslamcılar, Batıcılar ve Türkçüler gibi farklı düşünce grupları bulunmaktaydı. Batıcılara göre geri kalmamız kadına gereken önemin

⁴⁴ Enver Ziya Karal, **Osmanlı Tarihi**, Ankara, TTK., 1996, c. 7, s. 172

⁴⁵ Berkes, **a.g.e.**, s. 437

verilmemesinden kaynaklanmaktadır. Aynı şekilde Batıcılar evlenme usullerinin, görücü usûlünün, çok eşliliğin ve küçük çocukların evlendirilmesinin terk edilmesi gerektiğini savunmaktadırlar.⁴⁶ İslamcılar ise tam tersi görüştedirler. Geri kalmanın, kadınların o günkü durumlarının İslam'ın suçu olmadığı aksine toplumun dinden uzaklaşmasının buna sebep olduğu görüşündedirler. Türkçüler daha ılımlı olsalar da görüş olarak batıcılara daha yakındadırlar ve çok eşliliğin yasaklanmasını istiyorlardı.⁴⁷

Sonuç olarak aralarında görüş birliği olmamasına rağmen her üç grup da kadın ve aile konusuyla meşgul olmuşlardır. Kararnamenin hazırlanmasında bu akımın da rolü olmuştur.

4.3. Kararnamenin Özellikleri

Aile hukuku alanında ilk olma özelliğine sahip Hukuk-i Aile Kararnamesi bazı yeni özellikler içermektedir. Bunlar şu şekildedir:

4.3.1. İlk Kanun Oluşu

Bu kararname kendi sahasında ilk kanunlaştırma örneğidir. Daha önce Kadri Paşa tarafından bir tasarı hazırlanmış fakat kanunlaşmamıştı.⁴⁸ Sudan'da da aile hukuku ile alakalı genelgeler çıkarılmış olsa da bunlar bir aile kanunu olmaktan uzaktır. Bu nedenledir ki kararname İslam ve Osmanlı hukuk tarihinde ilk olma özelliğini taşımaktadır.

4.3.2. Üçlü Karakteri

Söz konusu kararname Müslümanlar, Hristiyanlar ve Museviler için ayrı hükümler getirmiş ve böylece gayri Müslimlerin ahval-i şahsiyyelerine

⁴⁶ Berkes, **a.g.e.**, s. 435-436

⁴⁷ Berkes, **a.g.e.**, s. 440-442

⁴⁸ Aydın, **a.g.e.**, s.180: Cin, **Evlenme**, s. 93

müdahale etmeme yönündeki geleneksel sistemden ayrılmamıştır.⁴⁹ Bu yönüyle hukuk birliğini sağlayamamış imajı verse de bu alandaki hukuk birliğinin aynı din ve kültür yapısına sahip dinler için olduğu unutulmamalıdır. Osmanlı gibi kozmopolit bir devlette aile hukuku alanını tek bir hukuki yapı altında birleştirmek teoride güzel gibi gözükse de hukuken ve sosyal realiteyle bağdaşmaz. Dolayısıyla takip edilen yol Osmanlı Devleti için daha uygundur.

4.3.3. Diğer Mezheplerden Yararlanması (Eklektik oluşu)

Aile kararnamesinin en önemli özelliklerinden birisi de diğer mezheplerin görüşlerin istifade etmiş olmasıdır. Daha önce hazırlanmış olan Mecelle’de bu söz konusu değildi. Bu ise ancak geçen süre içerisinde değişen hukuki ve sosyal ahval ile izah edilebilir. Kararname diğer mezheplerin görüşünü almada oldukça radikal davranmıştır ve birçok hükümde bunu göstermiştir. Bu yönüyle İslam hukuk tarihinde ilk olma özelliğini taşımaktadır.

Osmanlı hukukunda diğer mezhep görüşlerinden istifade imkânının uzun asırlar kullanılmaması dolayısıyla özellikle savaş yıllarında eşleri şehit olan veya kaybolan kadınlar zor durumda kalmışlardır.⁵⁰

4.3.4. Yargı Birliğini Temin Etmesi

Osmanlı Devleti’nde 20. yüzyıla gelene dek üç mahkeme vardır. Şeriyye mahkemeleri, cemaat mahkemeleri ve konsolosluk mahkemeleri. Konsolosluk mahkemeleri kapitülasyonların tek taraflı ilgasıyla kapatılmış oldu. Yargı birliği yönündeki ikinci adım Hukuk-i Aile Kararnamesi olmuştur.

⁴⁹ Kararnamenin evlenme hakkındaki kitabının 2. Babının 2. Faslındaki 7 madde Museviler ve İsevilere hakkında nikâhı yasak olanlar konusunda, 3. Babının 2. faslındaki 5 madde İsevilere hakkında nikâhın akdi konusunda, 4. babının 5. faslı Musevi ve İsevilere ait nikâhın fesat ve butlanı konusunda, 5. babının 2. faslı İsevilere ait nikâhın hükümleri konusundaki hükümleri içermektedir. Yine kararnamenin boşanma hakkındaki kitabının 2. babı İsevilere ait boşanma hakkındaki hükümleri içermektedir. **Düstur**, İkinci Tertip, IX, 762-768; Aydın, **a.g.e.**, s. 245-264

⁵⁰ Ekmeleddin İhsanoğlu, **Osmanlı Devleti Tarihi**, İstanbul, 1992, c.2, s.404

Kararname cemaat mahkemelerinin ahval-i şahsiye alanındaki yargı yetkisini ilga ederek yargı birliğinin temini yolunda ikinci adımı atmıştır. Bu konularda Şer'iyye Mahkemeleri tek yetkili mercii kılınmıştır.

4.3.5. Evlenme ve Boşanmada Devlet Kontrolünü Sağlaması

Kararname evlenme ve boşanmaların devletin kontrolünde olması yolunda Osmanlı devletinin kuruluşundan itibaren devam etmekte olan gelişmeyi tamamlayarak, nikâhların hâkim ve naibinin huzurunda kıyılması ve mahkemece tescil edilmesi, boşanmaların da yine belirli bir süre içinde koca tarafından mahkemeye tescil ettirilmesi esasını getirmiştir.⁵¹

Kararname nikâhların önceden ilan edilmesini⁵² hükme bağlamıştır ki İslam ve Osmanlı hukuk geleneğine yabancı olan bu uygulamada batı tesiri düşünülebilir.

4.3.6. Çokevliliği Sınırlandırması

Kararname Osmanlı tarihinde ilk kez çok evliliği belirli ölçüde sınırlandırma yolunda önemli bir adım atmıştır. Batıcı ve Türkçüler çok evliliğin kaldırılması taraftarı idiler. Kararnameyi hazırlayanlar İslam hukuku çerçevesinden bu isteklere kısmen cevap verebilmek maksatlı kadının evlenirken kocasına evlilik boyunca tek eşi olması şartını koşabileceği esasını getirmiştir.⁵³ Bu ise Hanefi mezhebine göre mümkün olmayıp Hanbelî mezhebine göre mümkündür.

4.3.7. Kazaî Boşanmaya İmkân Vermesi

⁵¹ H.A.K. Madde 37: "Esnay-ı akitte hatip ve mahtubeden birinin ikametgahı bulunan kaza hakimi veya bunun izinname-i mahsus ile mezun kıldığı naip hazır bulunup akitnameyi tanzim ve tescil eder.", **Düstur**, İkinci Tertip, IX, 763; Aydın, **a.g.e.**, s. 249

⁵² H.A.K. Madde 33: "Akd-i nikahın icrasından evvel keyfiyet ilan olunur.", **Düstur**, İkinci Tertip, IX, 763; Aydın, **a.g.e.**, s. 248

⁵³ H.A.K. Madde 38: " Üzerine evlenmemek ve evlendiği surette kendisi veya ikinci kadın boş olmak şartıyla bir kadını tezevvüc ve şart muteberdir.", **Düstur**, İkinci Tertip, IX, 763; Aydın, **a.g.e.**, s. 249

Kararnamenin getirdiği önemli yeniliklerden biri de Kazaî boşanmadır.⁵⁴ Yani kadına belirli durumlar karşısında hakem kararıyla boşama yetkisinin verilmesidir. Bu durumlar, kocanın evliliğe mani bir ayıp veya cüzzam, baras, zührevi bir hastalıkla malul olması, akli bir rahatsızlığının bulunması veya karı-koca arasındaki şiddetli geçimsizliktir.

Üç Sünni mezhebe göre ailelerden oluşturulacak hakem heyetinin vazifesi, taraflar ayrı bir yetki vermediği surette sadece karı-koca arasını bulmakla sınırlıdır.⁵⁵ Fakat Malikilere göre hakem gerekli görürse tarafların arasını da ayırabilir. Kararname de bu görüşü tercih etmiştir.

4.4. Kararnamenin İçerdiği Konular

Kararname iki kitap içerisinde 9 bölüm (bab) ve 21 fasıldan oluşmaktadır. Birinci kitap evlenme (münakehat), ikinci kitap boşanma (müfarakat) hakkındadır. Kararname farklı hukuki esasların söz konusu olduğu durumlarda Museviler ve Hristiyanlar için ayrı hükümler ihtiva etmektedir.

Birinci kitap, Münakehat hakkındadır ve 6 baptan oluşur. Evlenme akdi ve sonuçlarını düzenler. Bu bölümde nişanlanmaya üç madde, evlenme ehliyetine dokuz madde ayrılmıştır. Bu kitabın ikinci bölümünün üçüncü faslı Müslümanlar, Yahudiler ve Hristiyanlardan kendileriyle evlenilmesi yasak olan kimselerle alakalıdır. Üçüncü bölüm nikâh akdiyle alakalıdır.

İkinci kitap ise Müfarakat unvanını taşır ve 3 baptan müteşekkildir. Evliliğin sona ermesiyle alakalı meseleleri tanzim eder. Bu kitapta boşama ehliyeti, ric'i ve bain talakla alakalı hükümler yer almaktadır.

⁵⁴ H.A.K. Madde 121, 122, 123, **Düstur**, İkinci Tertip, IX, 766; Aydın, **a.g.e.**, s. 259

⁵⁵ İbn Hümmam, **Fethu'l Kadir**, c.9, s. 97

Kararname Museviler ve İseviler hakkında ayrı hükümler getirmiştir. Bunun sebebi, İslam'a göre aile hukukunun dini bir nitelik taşıması ve her din mensubunun inançlarına hürmet gösterilmesidir. Kitap ve fasıl başlıkları bulunan kararnamede maddeler oldukça başarılı bir kanun tekniği ile kaleme alınmış olup kısa, özlü ve anlaşılır bir durumdadır.⁵⁶

4.5. Kararnamenin Diğer Ülkelerdeki Etkisi

8 Muharrem 1336/25 Ekim 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi (kısaca HAK) hem Osmanlı Devleti'nde ve hem de İslam ülkelerinde İslam Aile Hukuku sahasında ilk kanun olması ve sahasında köklü yenilikleri taşıması bakımından son derece önemli bir kararnamedir. İslam hukukuna modernist yasamanın müdahalesi bu kararname ile başlamıştır.⁵⁷

Kararnamenin tesiri daha ziyade Ortadoğu ülkeleri için söz konusu olmaktadır. Zira bu ülkeler umumiyet itibarıyla Osmanlı Devleti'yle aynı hukuk ekolüne sahiptir. Üstelik bu ülkelerden bir kısmı kararnameyi uzun müddet tatbik etmiş, bir kısmı da Osmanlı Devleti'nin bir parçası olarak bu devlet ve onun hukuk sistemi içerisinde yaşamışlardır.⁵⁸

Hukuk-i Aile Kararnamesi Suriye, Lübnan, Filistin ve Ürdün'de geçerli olarak kalmıştır. Kararname 1 Kasım 1953 tarihine kadar Suriye'de yürürlükte kaldı. Daha sonra yerini Suriye Ahval-i Şahsiye Kanununa bırakmıştır. Suriye'de uygulaması esnasında Fransız manda idaresinin kararıyla cemaat mahkemeleriyle ve gayri müslimlerle alakalı hükümler yürürlükten kaldırılmıştır.

⁵⁶ **Düştur**, İkinci Tertip, IX, 762-768; Aydın, **a.g.e.**, s. 244-264; Halil Cin, **İslam Hukukunda Evlenme**, s. 292-293

⁵⁷ Joseph Schacht, **İslam Hukukuna Giriş**, Trc: Abdulkadir Şener, Mehmet Dağ, Ankara, AÜİF Yay., 1986, s. 102

⁵⁸ Ahmet Bostancı" **Ürdün Ahval-i Şahsiyye (Hukuk-ı Aile) Kanunlarında Osmanlı Tesiri** , www.marife.org

Lübnan için de Suriye'deki durum aynen geçerlidir fakat bu ülkede Sünni Müslümanlar için kararname halen yürürlükte ve yardımcı kaynak olarak kullanılmaya devam edilmektedir.

Yine kararname 1921'de idari muhtariyet kazanan İskenderun sancağında ve daha sonra kurulan Hatay Cumhuriyetinde 1939 yılında Türkiye Cumhuriyeti'ne iltihakına kadar uygulanmıştır.

İngiliz idaresi altındaki Filistin'de kararname Müslümanlar için uygulanmıştır. İsrail'in kurulmasından sonra Şerriye mahkemelerinde sık sık başvurulmuş yardımcı kaynak olarak kullanılmıştır.

Ürdün'de de 1951'de Ürdün Ahval-i Şahsiye kanununun yürürlüğe girmesine kadar meri olmuştur. Osmanlı Devleti'nden ayrılan Irak'ta kararname uygulanmamış fakat 1916 tarihli irade-i seniyye uygulanmıştır.

Hukuk-i Aile Kararnamesi Abdullah Sicalic tarafından Boşnakçaya tercüme edilmiş ve Bosna-Hersek Müslümanları için yardımcı kaynak olarak kullanılmıştır.⁵⁹

B- Batıdan İktibas Edilen Kanunlar

Tanzimattan sonra yapılan kanunlarda yalnız millî ve dinî esaslar kaynak teşkil etmemiş, batıdan ve özellikle Fransa'dan bazı kanunlar alınmıştır. Kanunlar bütün olarak alınmamış olup bazen tercümede yapılan özet ve müsamaha ve bazen de şeriata aykırı olmaları sebebiyle birçok maddeler de eksik olarak alınmıştır.⁶⁰

⁵⁹ Mehmet Akif Aydın, “**Hukuk-i Aile Kararnamesi**” DİA, c. 18, s. 318

⁶⁰ Velidedeoğlu, **a.g.m.**, s. 196

1. 1266 Tarihli Ticaret Kanunnamesi⁶¹

Bu kanun hususi hukuk alanında yapılan ilk büyük kanundur. Kanun, Fransız ticaret kanunu esas alınarak hazırlanmıştır.⁶²

1266 tarihli ticaret kanununa 1276 tarihinde “Ticaret Kanunname-i Hümayununa Zeyl” adı altında bir ilave yapıldı ve bu kanun gereğince Ticaret bakanlığının gözetim ve idaresinde ticaret mahkemeleri kuruldu.⁶³

2. 1280 Tarihli Ticaret-i Bahriye Kanunnamesi⁶⁴

Bu kanun eklektik bir kanundur. Kanunu hazırlayanlar Fransız deniz kanununu esas almış olmakla beraber İtalyan birleşmesinden önceki Sardunya ve Sicilya gibi bazı küçük İtalyan hükümetlerinin ve Felemenk ve Belçika, İspanya ve Prusya’nın deniz ticareti kanunlarından da yararlanılmıştır.⁶⁵

3. 1278 Tarihli Usul-Ü Muhakeme-i Ticaret Nizamnamesi⁶⁶

Bu kanunda da yine Fransız kanunu esas alınmıştır. Kanun, 1297 tarihli Usûl-ı Muhakemat-ı Hukukiye kanununun yayınlanmasına kadar hem ticaret mahkemelerinden hem de nizamiye hukuk mahkemelerinde uygulanmıştır.⁶⁷ Ticaret mahkemelerinin olmadığı yerlerde Umur-ı Mülkiye Meclisleri görevlendiriliyordu. Bu nizamname bu mahkemelerin nasıl çalışacağını belirlemektedir.⁶⁸

⁶¹ **Düstur**, Birinci Tertip, I, 375-445

⁶² Velidedeoğlu, **a.g.m.**, s. 196

⁶³ **Düstur**, Birinci Tertip, I, 445; Velidedeoğlu, **a.g.m.**, s. 197

⁶⁴ **Düstur**, Birinci Tertip, I, 466-536

⁶⁵ Velidedeoğlu, **a.g.m.**, s. 198

⁶⁶ **Düstur**, Birinci Tertip, I, 780-810

⁶⁷ Velidedeoğlu, **a.g.m.**, s. 198

⁶⁸ **Düstur**, Birinci Tertip, I, 785

4. 1274 Tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu⁶⁹

Bu kanunun esasları da yine Fransa'dan alınmıştır. Kanun, 1255 ve 1267 tarihlerinde çıkartılan ceza kanunlarına göre daha etraflı ve kapsamlıdır. Yine ilk iki kanunun aksine laik hükümleri içermektedir.⁷⁰

Kanun, bir mukaddime ve üç baptan oluşmaktadır. Mukaddimede genel hükümler, bazı kayıtlar, suçların taksimi, cezaların neveleri birinci babda ammeye karşı, ikinci babda şahıslar aleyhine suçlar ve üçüncü babda kabahatler konu edilmektedir.⁷¹

5. 1297 Tarihli Usul-u Muhakemat-ı Hukukiye Kanunu⁷²

Mecelle Cemiyetinin hazırladığı tasarı ile 1807 tarihli Fransız Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun birleştirilmesiyle meydana getirilmiştir.⁷³ Kanun hem nizamiye hem de ticaret mahkemelerinin ihtiyacını karşılamak üzere hazırlanmıştır. 1911 yılında bu kanuna bir de ek yapıldı.⁷⁴

Bu kanunun esası da 1807 tarihli Fransız hukuk usulü muhakemeleri kanunudur.⁷⁵

6. 1296 Tarihli Usul-u Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu⁷⁶

Bu kanun hemen hemen Fransız usul-ü muhakemat-ı cezaiye kanununun aynıdır. Bu kanunlar için yazılmış olan şerhlere de Fransız kitapları modellik etmiştir.⁷⁷

⁶⁹ **Düstur**, Birinci Tertip, I, 537-596

⁷⁰ Taner Tahir, **a.g.m.**, s. 230

⁷¹ Velidedeoğlu, **a.g.m.**, s. 231

⁷² **Düstur**, Birinci Tertip, IV, 261-332

⁷³ Ebul'ula Mardin, **a.g.e.**, s. 149, 226

⁷⁴ Gülnihal Bozkurt, **Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi**, Ankara, TTK Yay., 1996, s. 103-105

⁷⁵ Velidedeoğlu, **a.g.m.**, s. 198

⁷⁶ **Düstur**, Birinci Tertip, IV, 136-231

⁷⁷ Velidedeoğlu, **a.g.m.**, s. 199

Daha sonraları pek çok düzenlemeler yapılan bütün bu müktebes kanunlar, Cumhuriyetten sonra yeni kanunlar kabul edilinceye kadar yürürlükte kalmıştır.

II- OSMANLI DEVLETİ'NDE TANZİMAT SONRASI AİLE HUKUKU ALANINDAKİ GELİŞMELER

Tanzimat, Osmanlı devletinde 1839'da Gülhane Hatt-ı Hümayununun okunmasıyla başlayan ve 1876'da I. Meşrutiyetin ilanına kadar devam eden döneme ve bu dönemde yapılan ıslahat ve batılılaşma hareketlerine verilen isimdir. Bu dönem Osmanlı devlet düzeninde hukuki, ekonomik ve sosyal alanlarda köklü değişikliklerin yapıldığı, devletin batılılaştırılmaya çalışıldığı bir dönemdir.

Bu dönem birçok bakımdan önemli olduğu gibi hukuk tarihi bakımından da önemlidir. Kuruluşundan 19. asrın ortalarına kadar devam eden klasik Osmanlı hukuk düzeni, ilk defa Tanzimat döneminde gerek mahkemelerin yeniden düzenlenmesi ve gerekse bu mahkemelerde uygulanmak üzere yeni kanunların hazırlanmasıyla köklü bir değişikliğe uğramıştır. Bu dönemde yapılan kanunlaştırma çalışmalarından daha önce bahsetmiştik. Şunu belirtmemiz gerekir ki Tanzimattan sonraki kanunlaştırma hareketleri sırasında aile hukukunun bu hareket dışında tutulduğu ve kanunlaştırılmadığı görülmektedir. Mecelle Cemiyetinin ve Cevdet Paşa'nın bunu hiç hatıra getirmedeği düşünülemez.⁷⁸ Cevdet Paşa'nın, Mecelle'nin 16. kitabından sonra aile hukukunun tedviniyle meşgul olmayı düşündüğüne dair

⁷⁸ Aydın, a.g.e., s. 133

işaretleri kendisinin II. Abdulhamid'e yazdığı durum değerlendirme raporunda görmekteyiz.⁷⁹

Aile hukukunun kanunlaştırma hareketinin dışında tutulmasının birkaç sebebi vardır. Birincisi, Osmanlı Devletinde çeşitli din ve mezheplerden insanların bir arada yaşaması ve çeşitli dini hukukların aile hukuku üzerinde etkili olmaları, hepsini kapsayan bir aile kanunu hazırlamanın zor olmasıdır. İkinci sebep aile hukukunun tedvini sırasında ortaya çıkması muhtemel itirazlara maruz kalmamak düşüncesidir.⁸⁰ Üçüncü sebep ise o dönemde aile hukuku alanında kanunlaştırmaya gidilmesinin acil bir ihtiyaç olmayışıdır. Çünkü Osmanlı ailesi devrin sosyal ve ekonomik yenilikleri karşısında henüz köklü bir değişikliğe uğramamıştır.⁸¹

Saydığımız bu üç sebep dolayısıyla aile hukuku Mecelle'de yer almamış ve bu alanın kanunlaştırılması yarım asır gecikmiştir. Tanzimat sonrasında aile hukuku alanındaki en önemli gelişme olan Hukuk-ı Aile Kararnamesi hakkında detaylı bilgi daha önce ilgili başlık altında verilmiştir.

III- HUKUK-I AİLE KARARNAMESİNE YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLER

Osmanlı Devleti'nde Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin yürürlüğe girdiği tarihe kadar üç çeşit mahkeme bulunmaktaydı. Müslümanların davalarına bakan Şeriyye mahkemeleri, gayri müslimlerin davalarına bakan cemaat mahkemeleri ve konsolosluk mahkemeleri. İşte Hukuk-i Aile Kararnamesi'yle bu üç mahkeme birleştirilmiş, Müslüman ve gayri Müslimlerin davalarıyla tek bir mercii ilgilenmeye başlamıştı. Bu uygulamayla yargısal birlik temin

⁷⁹ Aydın, **a.y.**

⁸⁰ Fındıkoğlu, **a.g.e.**, s. 692-693

⁸¹ Fındıkoğlu, **Hukuk Sosyolojisi**, s. 241

edilmeye çalışılmıştı. Fakat Osmanlı gibi birçok millet ve dinden halkları bünyesinde barındıran bir devlette bu o kadar da kolay olmamıştır.

Cemaat mahkemelerinin kaldırılması, asırlardır devam eden yargı yetkisinin ve bunun sağladığı imtiyazların kararnameyle aniden ellerinden alınması Rum, Ermeni ve Yahudi cemaatlerin ruhani reislerinin yoğun tepkisine yol açmıştır.⁸²

Kararname sadece gayri müslimlerin tepkisini çekmemiş içerden de tepkiler yükselmeye başlamıştı. Kararnamenin değişik özellikleri dolayısıyla bazı muhafazakâr hukukçular da yoğun tepkiler göstermiştir.

A. Gayri Müslimlerin yönelttiği Eleştiriler

Asırlardır devam eden yargı yetkisinin ve bunun sağladığı imtiyazların kararname ile birdenbire ellerinden alınması Rum, Ermeni ve Yahudi cemaatlerinin ruhani reislerinin fevkalade tepkisini doğurmuştur. Bu dönemde İstanbul'un itilaf devletlerinin işgali altında bulunması da bu tepkinin etkili olmasında başlıca rolü oynamıştır. Ruhani reisler özellikle 156. maddenin kaldırılması için bir taraftan doğrudan Osmanlı Devleti'ne başvururken diğer taraftan da Avrupa Devletleri'nin İstanbul'daki büyükelçilerine müracaat ederek onların yardımlarını talep etmekteydiler. Osmanlı Devleti'nin içinde bulunduğu fevkalade şartların gayrimüslim cemaatlerin ve Avrupa Devletlerinin baskılarına direnmeyi zorlaştırdığı inkâr edilemez. Bu konuda itilaf devletleri yüksek komiserliğinin Osmanlı Devleti'ne doğrudan müdahalesi söz konusu olmuştur. İşte Kararname aleyhinde gayri müslim cemaatlerin gösterdikleri bu devamlı çabalar onun ilgasında büyük ölçüde rol oynamıştır.⁸³

⁸² Mehmet Akif Aydın, *İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, s.187

⁸³ Aydın, *a.g.e.*, s.188

Gayri müslimler yargı yetkilerinin ellerinden alınmasına tepki gösterirlerken içerden bazı âlimler de bu uygulamanın yanlışlığına dikkat çekerek uygulamayı eleştirmişlerdir. Çalışmamızın asıl konusu olan ve aile kararnamesi hakkındaki değerlendirmelerini ele aldığımız, Darul Fûrun hocalarından Sadreddin Efendi bu konuyla ilgili olarak şöyle der: “Binaenaleyh Avrupa devletlerince de bahusus riayet edilmekte olup ehl-i islâmın aralarında bu misilli mesail-i diniyyeye dair tekevvün eden daavanın fasıl ve rüyeti müftülerine ve müftüleri taraflarından nasp olunan kaziyyelerine terk edilmiş ve ahkâm-ı şeriyye ile amel olunup vech-i aharla taarruz olunması da taraf-ı devlet-i aleyhten mümkün olan ahitnamelere de idhal ve salık oldukları mezheb-i Hanefi haricinde mükellef tutulmamaları dahi derc olunmuştur.”⁸⁴ Sadreddin Efendi’nin eleştirilerine göre Avrupa’da yaşayan müslümanlar kendi müftülerince yargılanmakta ve hatta kendi mezheplerinin haricindeki bir mezheple dahi mükellef tutulmamaktadırlar. Dolayısıyla gayri müslimlerin, en nazik konulardan olan nikâh ve talak vb. konularda müslümanlarla aynı kanuna ve mahkemeye tabi olmaları büyük bir yanlışlıktır.

Gayri müslimlerin yaptığı eleştiriler kararnamenin ilgasında elbette etkili olmuştur. Fakat tümüyle ilga sebebidir dersek hata etmiş oluruz. Zira Suriye’de de yürürlükte olan kararnameden, Fransız mandasının etkisiyle sadece gayri müslimlerle alakalı 156. madde yürürlükten kaldırılmıştır.⁸⁵ Filistin’de de kararnamenin tümü değil yine gayri müslimlerle alakalı maddesi ilga edilmiştir. Dolayısıyla kararnamenin ilgasında sadece dışarıdan gelen eleştiriler etkili olmamıştır. Kararnamenin bazı özellikleri ve getirmiş olduğu bazı yenilikler dolayısıyla muhafazakar bazı hukukçular da şiddetli tepkiler göstermiştir. Kararnamenin tümüyle ilga edilmesinde bu ikinci gurubun etkisi

⁸⁴ Sadreddin, "Hukuk-ı Aile ve Usul-u Muhakemat-ı Şeriyye Kararnameleri Hakkında", Sebilü'r-Reşad Mecmuası, c.15, s. 321

⁸⁵ Aydın, a.g.e., s. 187

daha fazladır. Kararnamenin ilgasını onaylayan kişinin Mustafa Sabri Efendi olması da bu görüşü destekler mahiyettedir.⁸⁶

B. Muhafazakâr Hukukçuların Yönelttiği Eleştiriler

Hukuk-i Aile Kararnamesi'nin özelliklerinden ve getirdiği yeniliklerden daha önce bahsettik. Yargı birliğini temin etmesi, eklektik oluşu gibi özellikleri ve çok eşliliği yasaklama, evlenme için yaş sınırı koyma gibi getirdiği yenilikler eleştirilere sebep olmuştur. Çünkü Osmanlı Devleti'nde o ana kadar İslam Hukuku uygulanmış ve Hanefi mezhebi devletin resmi mezhebi olarak kabul edilmişti. Kararnamenin ilgasında etkili olan iki gruptan bahsetmiştik. Birincisi Osmanlı Devleti'nde yaşayan gayri müslimler ve ikincisi İslamcı âlimler. Gayri müslimler yargıda birliği temin eden 156. maddeyi eleştirmişlerdir. Bu konuyu bir önceki başlıkta işledik. Muhafazakar hukukçular ise kararnamenin neredeyse geriye kalan tüm özelliklerini ve getirdiği yenilikleri eleştirmişlerdir. Zaten daha önce de bahsettiğimiz gibi dönemin hâkim fikirlerinden birini temsil eden İslamcılar, konu ile ilgili düşüncelerini doğrudan değil de, daha çok Batıcı ve Türkçülere reaksiyon olarak ve onların düşünceleri karşısında mevcut fıkıh kültürünü savunma şeklinde ortaya koymuşlardır. Diğer bir ifadeyle bunlar, Batıcıların ve Türkçülerin, İslam dinine ve hukukuna aykırı gördükleri görüşlerini reddetmeyi görev bilmişlerdir. Mesela, İslamcı âlim İzmirli İsmail Hakkı, hem Gökâlp'in hem de Mansûrîzâde'nin ictihad hataları konusundaki görüşlerine⁸⁷, Ahmet Naim ise yine İslamcı bir âlim olan Mansûrîzâde'nin taaddüd-i zevcât konusundaki görüşlerine çeşitli eleştiriler yöneltmiştir.⁸⁸

⁸⁶ Aydın, a.g.e., s. 188

⁸⁷ İzmirli İsmail Hakkı, "İctimai Usul-ı Fıkıh'a İhtiyaç Var mı?" SR, sy. 298, s. 211-214; İzmirli, "Örfün nazar-ı Şeriat'taki mevki", SR, sy. 293, s. 132; İzmirli, "Amel-i Ehli Medine", SR, sy. 294, s. 137; İzmirli, "İcma, Kıyas ve İstihsanın esasları", SR, sy. 295, s. 154

⁸⁸ Ahmed Naim, "Teaddüd-i Zevcat İslamiyet'te Men' Olunabilir mi?", SR, sy. 298, s. 219-221

Kararnameye en şiddetli eleştirileri Sadreddin Efendi yöneltmiştir. Gayri müslimlerin eleştirilerine sebep olan kararnamenin yargı birliğini temine yönelik olan 156. maddesiydi. Sadreddin Efendi ise kararnamenin daha çok eklektik oluşunu yani diğer mezhep görüşlerinden faydalanılarak hazırlanmış olmasını eleştirmiştir.⁸⁹

⁸⁹ Sadreddin Efendi'nin eleştirilerini çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde geniş bir şekilde ele alacağımızdan bu bölümde kısaca değindik.

BİRİNCİ BÖLÜM

SADREDDİN EFENDİ'NİN KARARNAMENİN GENELİNE YÖNELİK ELEŞTİRİLERİ VE EVLİLİK AKDİNE İLİŞKİN MADDELER HAKKINDAKİ GÖRÜŞ VE DEĞERLENDİRMELERİ

I- KARARNAMENİN GENELİNE YÖNELİK ELEŞTİRİLERİ

Tanzimat sonrası kanunlaştırma çalışmalarından biri olan ve Aile Hukuku alanında hazırlanmış olan Hukuk-ı Aile Kararnamesi bazı özellikleri dolayısıyla eleştirilere sebep olmuş ve yürürlüğe girdikten bir buçuk yıl sonra yürürlükten kaldırılmıştır. Kararnameye eleştiri yönelten Dâru'l Fünûn müderrislerinden Sadreddin Efendi çeşitli açılardan kararnameyi eleştiriye tabi tutmuştur. Sadreddin Efendi'nin kararnameye yönelik eleştirilerinin genel sebeplerini şu şekilde sıralayabiliriz:

1- Sadreddin Efendi, giriş mahiyetindeki konuyla alakalı ilk makalesinde kararnamenin bazı maddelerinin, Kuran ve sünnet başta olmak üzere şeri delillere aykırı olduğunu savunmaktadır. Müellif bu görüşünü şu şekilde dile getirmektedir: “Bir takımları şer-i maluma, nususa, icmaa muhalif ahkâmı muhtevi”⁹⁰ Buna örnek olarak ise kararnamenin maddelerinden⁹¹ bazılarını örnek göstermektedir: “Münakehatın birinci babının fasl-ı saniyesiyle müteallik olan 53. maddesi ve müferakatın 130. maddesi, 75. maddeyle müfesser olan 19. maddenin fıkra-ı ahîresi gibi.”⁹²

Yine, kararnamenin maddelerinden bazılarının hiçbir şeri kıymet taşımadığını söylemektedir: “Bazıları da kıymet-i şeriyyeden arî kanun

⁹⁰ Sadreddin, SR, **a.g.m.**, c. 15, s. 321

⁹¹ Kararname maddeleri çalışmamızın ileriki bölümlerinde ayrı ayrı ele alınacağından burada metinlerine yer verilmemiştir.

⁹² Sadreddin, SR, **a.g.m.**, c. 15, s. 321

şekline vaz' olunmuş.”⁹³ Bunun yanı sıra maddelerin insanların zararlarına olabilecek şekilde olduğunu savunmaktadır: “İzrar-ı nâsı müeddi: 33.37.110. maddeleri gibi.”⁹⁴

2- İkinci olarak, kararname maddelerinden birçoğunun fıkıhta ihtilaflı olarak bilinen konularla alakalı olması ve bunun yanı sıra tercih edilen görüşlerin delillerinin gösterilmemesi: “Birçoğu da mesail-i ihtilafiyeden. Lakin edilmesine nazar ile tarik-i şerisiyle tercih olunmuş akval değil.”⁹⁵

3- Maddelerden çoğunun nadiren meydana gelebilecek durumlarla alakalı olması: “Ve ekserisi nadiru'l vuku' olan umura müteallik”⁹⁶ Bununla beraber maddelerin halkın faydasına olabilecek hiçbir özelliğinin bulunmadığını da söylemektedir: “Kabullerinde nas için öyle faide me'mul değil.”⁹⁷ Aksine halkın maslahatlarını ihlal edebileceğini de ileri sürmektedir: “Bilakis menafilerini ihlal edecek.”⁹⁸

4- Sadreddin Efendi, maddelerden bazılarının içerdiği hükümlerde kabul olunmaları için bazı şartların gerekte olduğu müctehid kavillerinin bu şartlar terk olunarak alınmış olduğunu ve telfiki mümkün olmayan kavillerin bir arada kullanıldığını söylemektedir: “Kuyûd ve şürûtu terk olunarak alınmış akval ve şer'an cem'i caiz olmayan kavillere istinat ettirilmiş maddelerde var.”⁹⁹

5- Bazı maddelerin çağın gerekleri dolayısıyla yürürlüğe konulduğunu ve bu maddelerle ilgili olarak ikinci işlemin fıkıhçıların görüşlerine müracaat etmek olduğunu dolayısıyla ilahi emrin ikinci plana atılmış olması: “Kararnameyi tanzim ederken komisyon heyetinin tuttukları meslekte hata

⁹³ Sadreddin, SR, **a.g.m.** , c. 15, s. 321

⁹⁴ Sadreddin, SR, **a.g.m.** , c. 15, s. 321

⁹⁵ Sadreddin, SR, **a.g.m.** , c. 15, s. 322

⁹⁶ Sadreddin, SR, **a.g.m.** , c. 15, s. 322

⁹⁷ Sadreddin, SR, **a.g.m.** , c. 15, s. 322

⁹⁸ Sadreddin, SR, **a.g.m.** , c. 15, s. 322

⁹⁹ Sadreddin, **a.g.m.** , SR, c. 15, s. 322

etikleri anlaşıyor. Esbab-ı mucibe layihasının ibarat-ı sarihasından¹⁰⁰ müsteban olunacağı üzere icâbât-ı medeniyeden addolunarak ona binâen tertip olunan kanunlar bir kere de akvâl-ı fukahaya nazar olunup bazılarına istinat ettirilirse artık meşruiyet iktisap eder ve bununla vazife-i diniyye ifa edilmiş olur... Zan olunmuş. Bu ise galattır. Çünkü ahkâm-ı şeri'yye ikinci dereceye bırakılmış oluyor. Hâlbuki birinci derecede ve lizatihâ mültezim olması, mahzâ' edille-i şeri'yyenin medlûlü Kitâbullah ve Sünnet-i Nebeviyyenin mefadı olduklarından dolayı ahz ve kabul edilmeleri Dîn-i İslâmın esasından olarak matluptur. “فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا”¹⁰¹ ayet-i celîlesi bu bapta nass-ı kâtı'dır. Bir kaziyyeyi ahkâm-ı ilahiyeden dolayı teslim ve kabul etmek başka, icâbât-ı medeniyedir yahut maslahat-ı nâsa erfaktır diyerek tahsin ve tasvip edilip te ona muvafık kavli ihtiyar ve teşri' edelim demek başkadır.”¹⁰²

Sadreddin Efendi'nin Hukuk-ı Aile kararnamesi hakkındaki görüş, değerlendirme ve eleştirileri Sebilü'r Reşad mecmuasında yirmi seri makale şeklinde yayınlanmıştır. İlk makalesi kararname hakkındaki genel bir değerlendirmeyi kapsamaktadır. Bu değerlendirmeleri yukarıda sırasıyla verdik. Sadreddin Efendi'nin bu söz konusu değerlendirmelerini tahlil edebilmek için kararnamenin hazırlanmasına etki eden, o dönemki fikir akımlarının İslam Hukuku ve özellikle de aile hukuku hakkında ne düşündüklerini ve kararnameye ne ölçüde etki ettiklerini bilmek gerekmektedir. Bilindiği gibi Sadreddin Efendi o dönemde muhafazakar hukuk görüşüne sahip âlimler arasındaydı.

Kararnamenin hazırlanmasında Batıcılar, Türkçüler ve İslamcılar etkili olmuşlardır. Çünkü bu üç grup da aile hukukunun kanunlaştırılması konusunda hem fikirdirler.

¹⁰⁰ Aydın, **İslam-Osmanlı Aile Hukuku**, İstanbul, MÜİF Yay., 1985, s. 269

¹⁰¹ Nisa, 3/65

¹⁰² Sadreddin, **a.g.m.** , SR, c. 15, s. 323

Baticılardan hukuk alanında en çok yazan Celal Nuri olmuştur. Celal Nuri genel olarak hukukla ilgisinin yanı sıra aile hukuku ile yakından ilgilenmiştir. Aile hukuku ile ilgili bazı görüşleri şu şekildedir. Ona göre nikâhlar nikâh memurlarının huzurunda ve bizzat tarafların katılımıyla kıyılmalıdır. Özellikle cahil imamlar nikâh üstüne nikâh kıymakta ve pek çok karışıklığa sebep olmaktadır.¹⁰³ Ayrıca küçük çocukların evlendirilmesine karşı çıkmaktadır. Evlenme için asgari bir yaş sınırı konulmalıdır.¹⁰⁴ Celal Nuri çok eşliliğin de karşısındadır. Ona göre esasen İslam çok eşliliğe karşıdır. Halife çok eşliliği yasaklayabilir görüşündedir.¹⁰⁵ Celal Nuri geçerli boşama usulünün de düzenlemeye ihtiyaç duyduğunu, erkekler gelişi güzel eşlerini boşayamamalı ancak mahkeme tarafından sebebi haklı görülürse eşini boşayabilmeli görüşündedir. Şayet çocukları varsa ailenin iki taraf da boşanmayı isteseler dahi bazı durumlarda boşanmaya imkân verilmemelidir. Kadınlara boşanmak için yargı yolu açılmalıdır.¹⁰⁶ Görüldüğü gibi Celal Nuri aile hukuku sahasında köklü değişiklik taraftarıdır. Ona göre İslam'ın itikat ve ibadete dair kısmı ve muamelat kısmı vardır. Muamelat ile alakalı olan kısmı kökten değişebilir.¹⁰⁷

Türkçülerden ise hukuk alanında en çok yazan Ziya Gökalp olmuştur. Gökalp hukukta laikleşme taraftarıdır. Bu görüşünü yazılarında apaçık ortaya koymaktadır.¹⁰⁸ Gökalp aile hukukunun laikleştirilmesini İslam hukukunun mefhumlarından yararlanarak gerçekleştirmeye çalışmıştır. Gökalp'e göre İslam hukukunun iki kaynağı vardır, birincisi Nas ikincisi ise örfdür. Ona göre Nas varken örf ile amel edilmez fakat bazı fakihler şayet nas örften kaynaklanmışsa nassın bulunduğu yerde de örfe itibar edilebilir.¹⁰⁹ Yine Gökalp İmam Malik'in önem verdiği amel-i ehli Medine ve Ebu Hanife'nin

¹⁰³ Celal Nuri, **Kadınlarımız**, s. 190-191

¹⁰⁴ Celal Nuri, **a.g.e.**, s. 193-194

¹⁰⁵ Celal Nuri, **a.g.e.**, s. 143-145

¹⁰⁶ Celal Nuri, **a.g.e.**, s. 154-156

¹⁰⁷ Celal Nuri, **İttihad-i İslam**, s. 45-47

¹⁰⁸ Ziya Gökalp, **Türkçülüğün Esasları**, s. 174

¹⁰⁹ Ziya Gökalp, **"İctimai Usul-ı Fıkıh"**, İM, sy. 2, s. 42-43

önem verdiği istihsan delilleri örften başka bir şey değildir.¹¹⁰ Gökalp bütün bu çıkarımlara ulaşırken yaptığı şeyin İslam hukukuna uygun olup olmadığı noktasında herhangi bir kaygı taşımamaktadır. Çünkü İslam hukukunda örfün alanını Kitap hariç tüm delilleri silecek şekilde böylesi bir genişletme daha önce hiçbir kimse tarafından yapılmamıştır. Gökalp İslam hukuku çerçevesinde kalır gözüükerek bütün fikirlerini bu çerçeveye sokmak istemiştir. Türkçülerden Mansurizade Said çok eşliliğe karşıdır.¹¹¹ Hatta bu alanda İslamcı âlimlerle Türkçüler arasındaki kavgayı Mansurizade Said başlatmıştır. Fakat o, İslam hukukunu Gökalp gibi çok geniş bir yoruma tabi tutarak çarpıtmış değildir, kabul edilmiş bazı hukuk kuralları ile çok eşliliğin yasaklanabileceği veya sınırlanabileceği görüşündedir.

Muhafazakar hukukçular ise görüşlerini daha çok Türkçü ve Batıcılara cevap yahut reddiye mahiyetinde kaleme almışlardır. İzmirli İsmail Hakkı Gökalp ve Mansurizade'nin görüşlerine karşı yazılar kaleme almıştır.¹¹² Yine bir İslamcı âlim olan Ahmed Naim ise Mansurizade Said'in çok eşlilik hakkındaki görüşlerine karşı görüşlerini kaleme almıştır.¹¹³ Görülmektedir ki İslamcılar örfün keyfi yorumunu ve örf vesile edilerek ve İslam hukuku çerçevesinde kalınıyormuş izlenimi verilerek İslam hukukunun yozlaştırılmasına ve çok eşliliğin yasaklanmasına karşı çıkmaktadırlar.

Kararname hazırlanırken devrin bu üç hâkim fikrine değişen oranlarda yer veren telifçi bir yol izlediği söylenebilir.¹¹⁴ Dönemin Adliye Nazırı Halil Bey yalnız medeni kanunda diğer milletlerden yararlanılacağı ve aile hukuku alanında İslam hukukuna bağlı kalınacağı bilgisini veren bir konuşma

¹¹⁰ Ziya Gökalp, "İctimai Usul-ı Fıkıh", İM, sy. 3, s. 85

¹¹¹ Mansurizade Said, "Teaddüd-i Zevcat İslam'da Men' Olunabilir", İM, sy. 8, s. 236

¹¹² İzmirli İsmail Hakkı, "İctimai Usul-ı Fıkıh'a İhtiyaç Var mı?" SR, sy. 298, s. 211-214; İzmirli, **Örfün nazar-ı Şeriat'taki mevki**", SR, sy. 293, s. 132; İzmirli, "Amel-i Ehli Medine", SR, sy. 294, s. 137; İzmirli, "İcma, Kıyas ve İstihsanın esasları", SR, sy. 295, s. 154

¹¹³ Ahmed Naim, "Teaddüd-i Zevcat İslamiyet'te Men' Olunabilir mi?", SR, sy. 298, s. 219-221

¹¹⁴ Fındıkoğlu, **Hukuk Sosyolojisi**, s. 261

yapmıştır.¹¹⁵ Buradan anlaşılmaktadır ki Batıcıların kararnameye etkileri diğer iki gruba nazaran çok sınırlı olmuştur.

Türkçülerden Celal Nuri'nin bazı görüşleri kararnameye etki imkanı bulmuştur. Evlilik ve boşanmanın kayıt altına alınması, çok eşliliği sınırlandırma yolunda bazı adımlar atılmış ve kadınlara boşanma için yargı yolu açılmıştır. Fakat kararname komisyonunu bu maddeleri koymaya iten başlıca sebep bir takım grupların etkisi değil günün şartlarıdır.

Evliliğin önceden ilanı ve çok eşliliğin sınırlandırılmasında Batıcı ve Türkçülerin ortak etkisi söz konusudur.

Türkçüler kararnameye en çok etki eden grup olmuştur.¹¹⁶ Kararnamede Gökâlp'in teklif ettiği gibi örfün alanının aşırı gelişmiş hali görülmemektedir. Fakat örf yani günün gereklilikleri diğer mezheplerden yararlanılarak kararnameye dâhil edilmiştir. Aile meclisi, nikâh akitlerine devletin müdahalesinin daha açık ve etkili hale gelmesi gibi konularda Gökâlp'in etkisi görülmektedir. Fakat biz, geçmişteki hukuki geleneğin ve İslam hukuku alanında başlamış olan bir dizi gelişmenin kanun koyucuları bu noktaya getirdiği görüşündeyiz.

İslamcılar ise kararnamede hâkim rolü üstlenmişlerdir. Bir kere kararname hazırlanırken İslam hukukunda ayrılma olmamıştır. İhtiyaç duyulan konularda diğer mezheplerden yararlanılmıştır fakat İslam hukuku dışına çıkmamıştır. Bu konuyla ilgili olarak bilinmesi gereken şudur ki kararname meşrutiyet devrinin ruhunu taşımakla beraber bir taraftan yeniye yönelirken eskiye de tamamen gözünü kapamamaktadır.

Asıl konumuz olan Sadreddin Efendi'nin kararname hakkındaki eleştirileri, genel olarak yukarıda vermiş olduğumuz bilgiler ışığında cevap

¹¹⁵ *Ceride-i Adliyye*, XII/149, s. 66-67

¹¹⁶ Tarık Zafer Tunaya, *İslamcılık Cereyanı*, İstanbul, 1962, s. 103

bulmuş olmaktadır. Kararname hakkındaki hâkim görüş, hazırlanırken İslam hukukuna aykırı herhangi bir durumun söz konusu olmadığıdır.

Sadreddin Efendi'nin maddelerden bazılarının Kitap, Sünnet ve icmaya aykırı olduğu, bazı maddelerin hiçbir şer'î kıymet taşımadığı ve fıkıhta tartışmalı konularda delillerin usulsüz kullanıldığı yönündeki eleştirilerini ilgili başlıklarda değerlendirdik. Genel olarak, Hanefi mezhebinin terki dışında, kararname herhangi bir şekilde İslam hukukuna aykırı hükümler içermemektedir. Elbette Hanefi mezhebinin bazı konularda terki de İslam hukukuna aykırı değildir.

Sadreddin Efendi'nin diğer bir eleştirisi ise kararname hazırlanırken çağın gereklerinin ön plana alındığı ve İslam hukukunun ikinci planda kaldığı eleştirisi de cevabını bulmaktadır. Çünkü az önce de bahsettiğimiz gibi her ne kadar bazı konularda Batıcılar ve Türkçülerin etkisinden söz edilebilse de bu etkenler kararnamenin hazırlanmasının başlıca sebebi değildir. Kararnamenin I. Dünya savaşı ve Balkan savaşları sonrası oluşan günün şartları içerisinde hazırlandığı düşünüldüğünde ne denli önemli olduğunu anlamak zor olmasa gerektir. Ve tekrar etmek gerekirse kararname hazırlanırken İslam hukuku çerçevesinden çıkılmamıştır. Ayrıca kararname komisyonunun başında bulunan Mahmud Esad'ın samimi bir İslam hukuku taraftarı ve İslamcı bir hukukçu olması¹¹⁷ Sadreddin Efendi'nin İslam hukukunun ikinci plana itildiği görüşünü zayıflatmaktadır.

Sonuç olarak, Batıcılar ve Türkçülerin bazı düşünce ve önerilerinin kararnameye yansıdığı şüphesi, Osmanlı Devleti'nde ilk defa olarak Hanefi mezhebi dışına çıkılması, çok eşliliğe getirilen sınırlandırma ve benzeri açılımlar genelde İslamcı âlimlerin özel de ise Sadreddin Efendi'nin eleştirilerine sebep olmuştur diyebiliriz.

¹¹⁷ Aydın, a.g.e., s. 180

II- EVLİLİK AKDİNE İLİŞKİN HUSUSLARA YÖNELTİĞİ ELEŞTİRİLER

A- Nikâh Ehliyeti İle İlgili Görüşleri

İslam hukukunda kişilerin kendi iradeleri ile gerçekleştirmiş oldukları nikâhın geçerli olabilmesi için tarafların nikâh ehliyetine sahip bulunmaları gerekmektedir.

Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nin nikâh ehliyeti ile alakalı maddeleri şu şekildedir:

4. Madde: "Ehliyet-i nikâhı haiz olmak için hatibin on sekiz mahtubenin on yedi yaşını itmam etmiş olmaları şarttır."

5. Madde: "On sekiz yaşını itmâm etmemiş olan murâhık bâliğ olduğunu beyân ile müracaat ettikde hali mütehammil ise hâkim izdivacına müsaade edebilir."

6. Madde: " On yedi yaşını itmâm etmiş olan murâhıka bâliğa olduğunu beyân ile müracaat ettik de hali mütehammil ve velîsinin izni munzim ise hâkim izdivacına müsaade edebilir."

Sadreddin Efendi bu maddeyi değişik açılardan eleştirmektedir. Sadreddin Efendi'nin bu eleştirilerini şu şekilde maddeleştirebiliriz:¹¹⁸

¹¹⁸ Sadreddin, **a.g.m.**, sy. 383, s. 337-339

1- Maddenin hükmünün, İslam hukuku'nun ilk kaynağı olan Kitap (Kuran-ı Kerim) hükmüne uymaması;

2- Maddenin lafzının taşıdığı manaya uymaması. Madde ile nikâh ve sonrasındaki eşlerin zifafa kabiliyetli olup olmadıkları kastedilmiş olsa bile on sekiz yaşından önce akıl-baliğ olanları da kapsamı ve onların da dinin kendilerine vermiş olduğu nikâh ehliyetini ellerinden alması;

3- Maddenin, erkek veya kızlardan on beş yaşını bitirenlerin gerçekleştirmiş oldukları akitleri geçerli sayan İmam Azam'ın ikinci kavli ve mezhep imamlarının çoğunluğunun görüşüne göre yazılmış olan mecellenin 986 ve 987. maddelerine aykırı olması. İki farklı görüşü farklı akitler hakkında uygulamanın, nikâh akdi için farklı bir görüşü ve diğer akitler için farklı bir görüşü tercih etmenin keyfi bir uygulama olması;

4- Sadreddin Efendi kararname komisyonunun, maddenin gerekçe layihasında nikâh ehliyetinin kişiye verilmesinin geciktirilmesini şeriatın ihtiyatlı hareket etmesiyle ve nikâhın mühim bir akit olmasıyla açıklamasını da eleştirmektedir.

5- Sadreddin Efendi beşinci maddeye göre nikâh akdinin gerçekleştirilebilmesi için alınması gereken izinnameyi de eleştirmektedir.

6- Son olarak altıncı maddenin de uygulanmasının mümkün olmadığını belirten Sadreddin Efendi maddeyi eleştirir.

Bilindiği gibi İslam hukukçularının çoğuna göre nikâh akdinin geçerli olabilmesi için kişinin bülûğa ermiş olması şart değildir. Yine çoğu âlim baliğ olmamış bir küçüğü velisi veya bunun vekili tarafından evlendirebilmesini ve bunun geçerli olacağını kabul etmişlerdir.¹¹⁹

¹¹⁹ Hayrettin Karaman, **Mukayeseli İslam Hukuku**, İstanbul, İz Yay., 2003, c. I, s. 299

Büluğ çağına girmiş kimselerin yapmış oldukları nikâh akitleri ise âlimlerin çoğunluğuna göre geçerlidir. Yedi yaşından büluğ çağına kadar olan süredeki temyiz sahibi çocukların nikâhları velilerin izni ile geçerlidir.¹²⁰

Yapılan nikâh akdinin geçerli olabilmesi için İslam hukukunun öne sürmüş olduğu şartlar bahsettiğimiz şekildedir. Kararnamenin nikâh ehliyeti ile ilgili olan maddesini eleştiren Sadreddin Efendi yukarıda değindiğimiz gibi maddeyi değişik açılardan ele almıştır.

Sadreddin Efendi söz konusu maddenin Kitab'ın hükmüne aykırı olduğunu savunmaktadır. Çünkü Kuran-ı Kerim'e göre büluğ çağına girmiş kişilerin nikâh akitleri geçerlidir.

Müellifin ikinci eleştirisi ise madde hükmünün lafızları ile taşıdığı hükmün birbirine uygun olmadığıdır. Belirttiğimiz gibi büluğ çağına girmiş kimselerin nikâh akitleri geçerlidir. Madde hükmüne göre ise nikâh akdinin geçerli olabilmesi için erkeğin on sekiz, kızın on yedi yaşını tamamlamış olması gerekmektedir. Zira dinin hükümlerine göre büluğ çağına girmiş kimselerin nikâhları geçerlidir. Nikâh ehliyeti için yaş sınırı konulması ise buna aykırıdır. Her ne kadar madde kendilerinde büluğ eseri bulunmayanlar için konulmuş olduğu anlaşılrsa da bu belirtilmediği için daha küçük yaşta baliğ olan kimselerin nikâhlarının da geçersiz olduğuna hükmetmektedir.

Beşinci maddeye göre nikâhın gerçekleşebilmesi için alınması gerekli olan izinnamenin İslam Hukuku açısından herhangi bir önemi yoktur. Kararname öncesinde yapılan bazı düzenlemelerle de nikâh ve talakların kayıt altına alınmaya başlanmıştı. Bu uygulama elbette bir ihtiyaca binaen uygulama alanına çıkmıştır ve getirdiği faydaların inkârı mümkün değildir. Bu

¹²⁰ Karaman, a.g.e., c. I, s. 302

açından, gelinen noktada izinname konusunda kararname maddesinin önemli bir ihtiyaç ve zarureti izale ettiği söylenebilir.

Maddenin gerekçe layihasında¹²¹ da belirtildiği üzere kız çocuklarının erken yaşta evlendirilmeleri sonucu ortaya çıkan istenmedik sonuçlar, devletin evlenmek isteyen gençleri gelişigüzel hareket etmelerini engellemesinin faydası göz önüne alındığında maddenin konulmasına sebep olduğu anlaşılmaktadır.

B- Küçüklerin Evlendirilmesine Dair Düşünceleri

İslam hukukunda bülüğ çağına girmemiş, mümeyyiz olmayan küçüklerin nikâh ehliyetleri yoktur. Velilerinin izni ile dahi bizzat kendileri evlenemezler. Ancak velileri tarafından evlendirilebilirler.¹²²

Kararnamenin küçüklerin evlendirilmesi ile alakalı maddesi şu şekildedir:

7. Madde: “On iki yaşını itmâm etmemiş olan sağır dokuz yaşını itmâm etmemiş olan sağıre hiçbir kimse tarafından tezvic edilemez.”

Maddenin gerekçe layihasında hükmün Abdullah İbn Şübrüme ve Ebu Bekir el-Asam’ın görüşlerine dayandırıldığı belirtilmektedir.

Sadreddin Efendi'nin madde ile ilgili görüş ve değerlendirmelerini şu şekilde sıralayabiliriz:¹²³

1- Sadreddin Efendi, ilk olarak hükmün nass ve icmaya aykırı olmasını;

¹²¹ Aydın, **a.g.e.**, s. 277

¹²² Karaman, **a.g.e.**, c. 2, s. 242-245

¹²³ Sadreddin, **a.g.m.**, sy. 383, s. 337

2- İbn Şübrüme'ye ait olduğu belirtilen görüşün ona ait olduğuna dair sıhhatli bir bilgi bulunmamasını;

3- Son olarak, hükmün gerekçesinde belirtilen kız çocuklarının erken yaşta evlendirilmelerinin zararlı olduğu yönündeki görüşü de eleştirmektedir.

Az önce de bahsettiğimiz gibi bülûğ çağına girmemiş, mümeyyiz olmayan küçüklerin nikâh ehliyetleri yoktur. Velilerinin izni ile dahi bizzat kendileri evlenemezler. Ancak velileri tarafından evlendirilebilirler.¹²⁴ Kararnamenin gerekçe layihasında da belirtildiği gibi Osman el-Betti, İbn Şübrüme ve Ebu Bekir el-Esam gibi hukukçulara göre ise küçükler velileri tarafından da evlendirilemezler.¹²⁵

Sadreddin Efendi, kararnamenin dokuzuncu maddesi gereği, akli dengesi yerinde olmayan kişilerin velilerin talebi ve hâkimin müsadesiyle ihtiyaç duyulursa evlendirilebilmeleri nasıl mümkünse küçüklerin de gerektiği takdirde evlendirilebilmeleri gerektiğini savunur. Sadreddin Efendi aksi halde ortaya çıkabilecek bazı tehlikeler olduğunu savunur. Ona göre bu hal fuhuş ve zinanın artmasına ve bu sebeple değişik hastalıkların ortaya çıkacağını savunmaktadır.

Ayrıca küçüklerin evlendirilmesinin ülkede az rastlanan bir durum olduğunu da söyleyen Sadreddin Efendi nass ve icmaya aykırı olan bu maddenin küçükken evlendirilmeleri maslahatlarına olan birçok yetimlerin zararına olacağını savunur.

Sonuç olarak Sadreddin Efendi bu makalesinde maddenin içerdiği hükmün nass ve icmaya aykırı olduğunu, alınan görüşlerin sıhhatli olmadığını savunmaktadır. Yine hükme kaynak olarak gösterilen görüşün sahibi Ebu

¹²⁴ Karaman, **a.g.e.**, c. 2, s. 242-245

¹²⁵ Ebu Zehra, **el-Ahval**, 113-114; Karaman, **a.g.e.**, 242

Bekir el-Asame'nin bir müctehid olmadığını dolayısıyla geçerli olamayacağı görüşündedir. Tersini kabul edilse bile hakkında nass ve icma bulunan bir konuyla ilgili olarak müctehid görüşü dahi olsa bir kıymet taşıyamayacağını da görüşlerine ekler.

O dönemin şartları dikkate alındığında ve her ne kadar aynı şartlar olmasa da günümüzde de örneklerini gördüğümüz gibi küçüklerin evlendirilmeleri büyük faydalar taşımamaktadır. Fakat Sadreddin Efendi'nin de belirttiği gibi zaruret dolayısıyla akli dengesi yerinde olmayanların evlendirilebilmeleri gibi küçüklerle alakalı olarak da bazı istisnai durumlar göz önüne alınarak zaruret halinde küçüklerin de evlendirilebilmesinin önünü açan ifadeler maddede yer almalıydı. Çünkü küçüklerin evlendirilmeleri ülkemizde hem bir vakiadır ve hem de nadiren de olsa ihtiyaç hissedilebilen bir durumdur. Dolayısıyla madde genel itibarıyla yerinde olmakla birlikte Sadreddin Efendi'nin belirttiği istisnai durumları göz önüne almaması dolayısıyla bir eksikliği hissettirmektedir.

C- Akli Dengesi Yerinde Olmayanların Nikâhına İlişkin Fikirleri

İslam hukukunda akli dengesi yerinde olmayan kimseler nikah akdini bizzat gerçekleştiremezler fakat velileri bazı durumlarda onları evlendirebilmektedir.

Kararnamenin akli dengesi yerinde olmayanların evlendirilmeleri hakkındaki maddesi şu şekildedir:

9. Madde: "Mecnûn ile mecnûnenin bir zarurete mebni olmadıkça nikâhları câiz değildir. Zaruret bulunduğu takdirde hâkimin izniyle nikâhları velîleri tarafından akdolunur."

Sadreddin Efendi'nin bu madde ile ilgili eleştirileri ise sırasıyla şöyledir:

1- Maddenin gerekçesinde Şafii mezhebine göre mecnun ve mecnunenin nikâhının caiz olmadığı ve bir zarurete binaen mebnî caiz olduğu görüşünü Sadreddin Efendi reddetmektedir. Ona göre Şafii mezhebinde de velilerinin bunları evlendirmeleri caizdir.

2- Müellif, ihtiyaç yokken hiçbir velinin mecnun ya da mecnuneyi evlendirmeyeceğini belirtir ve zaruret ile bu şekildeki çocuklarını evlendirmek isteyenlere hâkimin gerekli müsadeyi vermek zorunda olduğunu söyleyerek maddenin boş yere konulmuş olduğunu savunur.

Akli dengesi yerinde olmayanlar, çocuklar gibi velilerinin izni ile dahi kendi başlarına evlenemezler. Fakat bunları velileri evlendirebilir. Hanefi hukukçulardan Züfer'e göre akıl hastalığı bülüğdan sonra olmuşsa hastayı kimse evlendiremez. Şafii ise akıl hastalarının kadın ve erkek oluşuna göre evlendirme yetkisini değişik kimselere tanımaktadır. Hasta kadınsa babası veya dedesi, erkekse, hâkim bazı şartlarla evlendirebilir.¹²⁶

Görüldüğü gibi Şafii mezhebine göre akli dengesi yerinde olmayan şahıs erkekse evlendirilebilmesi hâkimin iznine bağlıdır. Sadreddin Efendi'nin bu konuyu reddetmesi madde hazırlanmasında Hanefi mezhebi dışına çıkılmasından kaynaklanmaktadır. Fakat Sadreddin Efendi'nin diğer bir eleştiri noktası, velilerin bu gibi hastaların evlendirilmesi noktasında hissetmiş olduğu zarureti hâkimin her zaman tasdik etmeme ihtimalidir. Layihada bu gibi kimselerin evlendirilmeleri sonucu rahatsızlıklarının onlardan doğacak nesillere sirayetinin söz konusu olabileceği ve evlilikteki diğer güzel maksatların böyle bir evlilikte imkânsız olduğu gibi olumsuz sebepler sıralanmaktadır.

¹²⁶ Karaman, a.g.e., s. 243-244

D- Velayet Konusundaki Görüşleri

İslam fıkhında nikah akdi için velayet gerekli olup kişinin velisi ya akrabalarıdır veya duruma göre devlet idaresidir.¹²⁷

Konuyla alakalı kararname maddesi şu şekildedir:

10. Madde: " Nikâhta velî ale't tertip binefsihi asabe olan kimselerdir."

Sadreddin Efendi'nin eleştirileri ise şu konulardadır:

1- Maddenin gerekçe layihasında, maddenin kabul edilmesine esas olarak alınan İmam Muhammed'in görüşünün tercih delili sebebi ile değil de maslahata uygun olması dolayısıyla tercih edildiğinin belirtilmesi Sadreddin Efendi tarafından eleştirilmiştir.

2- Sadreddin Efendi, nikâh akdinde kadınlardan olan velilerden, asr-ı saadetten bu yana kendilerine verilen söz söyleme haklarının madde ile ellerinden alınmasını eleştirmektedir. Müellif bunun velayet sahiplerinin azaltılarak gençlerin evlenmelerine -genç yaşta- bir nevi engel teşkil ettiğini savunmaktadır.

Bilindiği gibi asabeden sayılan (binefsihi asabe olan) veliler, velisi olduğu kişi ile veli arasına kadın girmeyen akrabalarıdır. Sadreddin Efendi'nin de belirttiği gibi madde ile kadınların nikâh hususunda velayet hakları ellerinden alınmaktadır. Kararname maddesiyle İmam Muhammed'in görüşü esas alınarak Hanefi mezhebinin o zamana kadar geçerli olan görüşü terk edilmiştir.¹²⁸ Sadreddin Efendi'nin eleştirisine sebep olan asıl durum da budur. Zira o, Hanefi mezhebinin o zamana kadar geçerli olan görüşünün

¹²⁷ Ömer Nasuhi Bilmen, **Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu**, İstanbul, Bilmen Yay., 1968, c. 2, s. 69

¹²⁸ Aydın, **İslam-Osmanlı Aile Hukuku**, s. 186-187

terk edilmesini eleştirmektedir. Bu yapılanın hiçbir maslahata dayanmadığını ve gençlerin erken yaşlarda evlenebilmelerinin önünde bir engel olduğunu savunur. Maddeyle, velayetin çerçevesi daraltılmış olmakla beraber Hz. Peygamber devrinde ellerinde olan bir yetkiyi kadınların ellerinden almış olmaktadır. Nitekim bir anne kızını evlendirdiğinde ve bunun haberi Hz. Ali'ye iletildiğinde Hz. Ali bu evliliğin geçerli olduğuna hükmetmiştir.¹²⁹ Aynı şekilde Hz. Aişe'de kardeşi Abdurrahman'ın kızı Hafsa'nın Münzir b. Zübeyr ile evliliğini bir kadın olarak bizzat kendisi üstlenmiştir.¹³⁰ Bu ve benzeri nakiller evlilikte kadınların da velayet yetkisine sahip olabildiklerini göstermektedir.

E- Nikâhlanılmaları Haram Olanlarla İlgili Tenkitleri

İslam hukukuna göre bazı erkek ve kadınların birbirleriyle nikâhlanmaları ya ebediyyen veya geçici olarak haramdır.

Kararnamenin konuyla alakalı maddeleri 13, 14, 15, 16, 17, 18 ve 19. maddelerdir.¹³¹ Bu maddelerde nikâhı ebediyyen yasak olanlar teker teker sayılmış, sadece zina konusunda Şafii mezhebine uyulmuştur. Hanefi mezhebine göre zina ile kan hısımlığı (hurmet-i musahere) meydana gelir. Şafiilerde ise zina kan hısımlığı meydana getirmez.

Sadreddin Efendi, kölelik ve cariyelik ile ilgili olan geçici nikâh manilerinin, liandan doğan evlenme yasağının kararname maddelerinde zikredilmemelerini eleştirmektedir. Ona göre bu durum birçok kişiye göre artık bu tür nikâhların yasaklanmış olmaktan çıktığı anlamına gelecektir, bu durumda da birçok olmadık dava ortaya çıkacaktır. Aynı zamanda Sadreddin Efendi, kan hısımlığı konusunda Hanefi mezhebinin görüşünün terk edilmesinin kimin için, hangi maksatla yapıldığını sorarak bu durumu da eleştirileri arasında saymaktadır.

¹²⁹ Mevslî, **el-İhtiyar**, c. 3, s. 91

¹³⁰ Malik b. Enes, **el-Muvatta**, "Talak", 15; İbn Hacer, **Fethu'l Bari**, c. 9, s. 186; Serahsi, **el-Mebsut**, c. 7, s. 12; İbn Rüşd, **Bidayetü'l Müctehid**, c. 2, 9

¹³¹ Aydın, **a.g.e.**, s. 246-247

Nikâhı yasak olanlar üzerinde bütün mezheplerin genel bir ittifakı vardır. Fakat kararname maddeleri hazırlanırken sadece zinanın kan hısımlığı meydana getirmeyeceği şeklinde olan Şafii mezhebinin görüşü esas alınmıştır. Nikâhı geçici olarak haram olanlardan üç grup muhtemelen işlerlikleri kalmadığı düşüncesiyle kararnameye dâhil edilmemiştir. Kararnamenin hazırlandığı dönemde kölelik cariyelik hemen hemen tamamen kalktığı için, kişinin sahip olduğu cariyeyi nikâhlanması ve hür karısı üzerine cariyeyi nikâhlanması hakkındaki muvakkat (geçici) evlenme yasakları zikredilmemiştir. Aynı şekilde din farkı da Osmanlı devletinde Musevi ve Hristiyanlardan başka diğer dinlere mensup olan bulunmadığı için burada evlenme yasağı olarak sayılmamıştır. Bir müslüman kadının gayri müslimle evlenmesinin yasak oluşu ise başka bir maddede zikredilmiştir.¹³² Sadreddin Efendi'nin belirttiği gibi zinanın kan hısımlığı meydana getirmesi yönündeki Hanefi mezhebinin görüşünün hangi sebeplerden dolayı terk edildiği belirtilmemektedir. Aynı şekilde az önce her ne kadar ortadan büyük ölçüde kalktığını söylemiş olsak da kölelik ve cariyelik gibi kurumların tamamen kalkmış olmadığı düşünülerek kararnameye dâhil edilmesi gereği göze çarpmaktadır.

F- Nikâh Şahitleri Hususundaki Değerlendirmeleri

Nikâh akdi gerçekleştirilirken nikâhı ispat konusunda iki şahit gereklidir. İslam hukukuna göre nikâh esnasında bulunan şahitlerin iki erkek yahut bir erkek, iki kadın olması gerekmektedir.

Konuyla alakalı kararname maddesi şu şekildedir:

34. Madde: " Akd-i nikâh esnasında mükellef iki şahidin huzuru nikâhın sıhhatinde şarttır."

¹³² HAK. Madde 58: "Gayri müslimin bir müslimeyi tezevvücü batıldır."

Sadreddin Efendi bu maddeyi açık bir şekilde yazılmaması dolayısıyla eleştirmektedir. Aynı şekilde şahitlerin müslüman olmaları gerekliliğinin de maddede zikredilmemesinin bir eksiklik olduğu görüşündedir.

Kararnameye göre nikâh akdi esnasında mükellef iki şahidin hazır bulunması şarttır. Madde bu şekliyle açık değildir. Mükellef şahit derken lafzının delalet ettiği gibi iki erkek şahit mi kastedilmektedir yoksa kadın erkek ayırt etmeksizin iki şahidin varlığı yeterli midir? Bu konu açık değildir. Kanunun metni iki erkek şahidin gerektiğini anlamaya daha müsaittir. Eğer böyle ise Hanefi mezhebinin görüşünden ayrılmış olmaktadır. Zira Hanefi mezhebine göre bir erkek ve iki kadın da nikahda şahit olabilmektedir. Maddenin gerekçe layihasında da konuya herhangi bir açıklık getirilmemiştir. Şayet kadın erkek ayırt etmeksizin iki şahit şart koşuluyorsa bu durum zaten İslam Hukukunda hiç söz konusu olamayacak bir durumdur. Sadreddin Efendi söz konusu maddede bu ayrıntıların gerek kadın-erkek ve gerekse müslüman-gayri müslim eşitliği adına dile getirilmemesinin hata olduğunu savunur. Ona göre ülkemizde yaşayan gayri müslimler müslümanların dini işlerine karışmak istemezler ve kendi dini işlerine de müslümanları karıştırmazlar. Nitekim kararnamenin gayri müslimlerle ilgili 40.¹³³ ve 62.¹³⁴ maddelerinde bu hususun açıkça belirtilmiş olmasını eleştirisine delil olarak alır.

Bu konuda kanun metninin eksikliği bir gerçektir.

G- Nikâh Lafızlarına Dair Eleştirileri

Fıkıh âlimleri nikâh yapılırken kullanılan lafızların sarîh ya da kinayeli, hangi zaman veya hangi kipte olmaları gerektiği konusunu da araştırmışlardır. Nikâh ve tezvic gibi kelimeler sarîh ifadelerdir. Bey', şıra,

¹³³ "İsevilerin nikâhı ayin-i dinileri dairesinde memurin-i ruhaniye tarafından icra olunur."

¹³⁴ "Akd-i nikâhta hazır bulunan şühud evsaf-ı matlubeyi haiz bulunmazsa nikâh fasid olur."

hibe, sadaka gibi kelimeler de kinayeli ifadelerdir. Nikâhta aslolan sarîh ifadelerle olmasıdır.

Nikâh lafızları ile kararname maddesi şu şekildedir:

35. Madde: “Nikâhta icab ve kabul tenkih ve tezvic gibi sarîh ifadelerle olmalıdır.”

1- Sadreddin Efendi bu maddenin yanlış anlamalara açık olduğunu savunmaktadır. Nikâh akdinin sarîh lafızlarla yapılması tercih edilse de kinayeli lafızlarla da nikâh gerçekleştirilebilmektedir. Fakat maddeye göre kinayeli lafızlarla kısıtlanan nikahların geçerli olmayacağı anlaşılabılır. İşte bu yüzden madde iyi anlaşılamamaktadır. Daha açık ifadeler kullanılması gerektiğini savunan Sadreddin Efendi maddenin bu şekilde yürürlükte olmasının bir takım yanlış davaların oluşmasına sebep olacağı görüşünü taşımaktadır.

Sadreddin Efendi maddeyi bu şekilde eleştirdikten sonra maddenin nasıl olması gerektiğiyle ilgili olarak öneride de bulunmaktadır. Ona göre madde “Nikâhta icab ve kabul, elfaz-ı kinaye ile olabilirse de tezvic ve tenkih gibi sarîh elfaz ihtiyar olunmalıdır.”¹³⁵ şeklinde yazılmalıdır

Kararnameye göre nikâhta, evlenmek üzere olan erkek ve kadının birbirlerine olan teklif ve kabullerini sarîh, açık ifadelerle dile getirmeleri gerekmektedir. Kararname bu hükümle kinayeli lafızlarla da nikâhın gerçekleşebileceği yönündeki Hanefi mezhebinin görüşünü terk etmiş olmaktadır. İmam Şafii ve Ahmet b. Hanbel'in görüşünü kabul etmiş olmaktadır. Maddeyle ilgili olarak gerekçe layihasında nikâhın açık ifadelerle gerçekleşmesinin her türlü şüpheyi def edeceği açıklaması da yer almaktadır.

¹³⁵ Sadreddin, **a.g.m.**, c. 15, sy. 387, s. 400

Maddenin koymuş olduğu hüküm yerine getirilmesi zorluk içeren bir durum değildir. Hem gerekçe layihasında belirtildiği gibi bir şeyin açıkça belirtilmiş olması her türlü şüpheyi o şey üzerinden kaldırmaktadır. Nikâh İslam dininde en önemli konulardandır bu nedenle böylesi önemli bir konuda hiçbir şüpheyi mahâl bırakmayan açık ifadelerin kullanılması gerekliliğinin maddede zikredilmesi gayet yerindedir.

H- İzinname Düzenlenmesiyle İlgili Tahlili

İslam hukukunda nikâh akdi gerçekleştirildiğinde her hangi bir belge düzenleme gereği söz konusu değildir. Fakat devletler bazı durumlarda hak kaybı, karmaşa vb. istenmedik durumların önüne geçebilmek için nikâh ve boşanma sonrası izinname alınması zorunluluğu getirmektedirler.

Kararnamenin nikâh öncesinde izinname alınması ile alakalı olan maddesi şu şekildedir:

37 Madde: “Esna-i akitte hâtıb ve mahtûbeden birinin ikametgâhı bulunan kaza hâkimi veya bunun izinnâme-i mahsus ile me’zun kıldığı naib hazır bulunup akitnameyi tanzim ve tescil eder.”

Sadreddin Efendi'nin madde ile alakalı görüş ve eleştirilerini ise şu şekilde sıralayabiliriz:

1- Sadreddin Efendi nikâh için izinname alma usulünün Avrupa devletlerinde uygulandığını belirterek bunun ülkemizde de uygulanmasının gerekmediğini savunur. Ona göre Avrupa devletlerince bu usulün uygulanmasının sebebinin onların mezheplerinin hükümlerinin açık olmaması olduğunu ileri sürmektedir.¹³⁶

¹³⁶ Sadreddin, **a.g.m.**, c. 15, sy. 387, s. 400

2- Maddenin yürürlüğe konuluş gerekçesinde geçen ifadeleri¹³⁷ de eleştiren Sadreddin Efendi bu açıklamaların da hatalı olduğunu savunmaktadır. Sadreddin Gerekçe layihasında Osmanlı devletinde nikâhın düzensiz bir hal aldığı ve şer'an birbirlerine haram olanların evlendiklerinin öne sürülmesini de kabul etmemektedir. Ona göre bu tür yanlışlar ülkemizde çok nadir olup, bunların failleri de ancak birkaç edepsizdir der. Bunun önü bu madde ile değil buna cüret edenlerin cezalandırılması ile mümkündür diyerek eleştirir.¹³⁸

3- Sadreddin Efendi, nikâh için daha önce zaten köy ve mahalle imamlarının düzenledikleri bir belgenin bulunduğunu hatırlatarak hâkimin izinname ile göndereceği vekilinin düzenleyeceği belge ile aralarında bir fark bulunmadığını savunur¹³⁹

4- Sadreddin Efendi ülkede nikâhlarda vekâlet usulünün yaygın oluşu dolayısıyla da birçok sorun çıkacağı kanaatindedir. Ona göre yapılan nikahların çoğunda gelin nikaha bizzat katılmaz, erkeklerden biri ona vekalet eder. Bunun sebebi gelinin yakınlarının, onun ne imam ne de başka bir memur tarafından görülmesini istememelerindendir ve şayet madde ile bu usul getirilirse hakim bizzat gelini görmek isteyecektir. Ailelerden kimileri buna tahammül edemeyecektir. Bu yönüyle de Sadreddin Efendi maddeyi eleştirmektedir.¹⁴⁰

5- Maddeyle getirilen yeni usul gereği her nikâh yapılacak olan yere bir hâkimin yahut kâtibin gitmesi gerekecektir. Sadreddin Efendi yeterli sayıda hâkim veya kâtibin bulunamayacağını bunun da ayrı bir sorun olduğunu savunur. Bununla beraber görevlendirilen hâkimlerin ve kâtiplerin

¹³⁷ Aydın, **İslam-Osmanlı Aile Hukuku**, s. 274

¹³⁸ Sadreddin, **a.g.m.**, s. 401

¹³⁹ Sadreddin, **a.g.m.**, c. 15, sy. 387, s. 401

¹⁴⁰ Sadreddin, **a.y.**

harcırahları dolayısıyla da bu usulün ekonomik olarak da külfet getirdiğini savunmaktadır.¹⁴¹

Bilindiği gibi İslam hukukunda nikâh akdi gerçekleştirilmeden önce yahut sonra herhangi bir belge düzenlenmesi gibi bir uygulama söz konusu değildir. Gelin ve damadın teklifi, kabulü ve şahitlerin hazır bulunmasıyla nikah akdi gerçekleşir. Fakat müslümanların sayılarının çoğalması, bazı uygulamaların kişiler tarafından kötüye kullanılması ve devletin bu duruma müdahale etmek istemesi sonucu İslam Hukukunda olmayan fakat bahsettiğimiz konuda yeni bazı düzenlemeler getirilmiştir. Osmanlı Devletinde Hukuk-ı Aile Kararnamesinde de örneğini gördüğümüz ve ondan önce de uygulamaya konulan Sicilli Nüfus Nizamnameleri gibi evlenenlerin yahut boşananların bu durumlarını hâkime bildirmeleri uygulaması getirilmiştir. Bu durum elbette bazı istenmeyen durumları ortadan kaldırmıştır. Karışıklıklara engel olmuştur. Az önce bahsettiğimiz gibi Hukuk-ı Aile Kararnamesi 37. maddesi evlenecek kişilerin izinname almaları uygulamasını getirmiştir. Sadreddin Efendi'nin bu konudaki görüş ve değerlendirmelerini yukarıda sıraladık. Sadreddin Efendi'nin elbette haklı olduğu bazı noktalar bulunmakla birlikte daha önce de örneği görülen bir uygulamanın geliştirilerek kanunlaştırılması elbette bir güzelliştir. Zira bahsettiğimiz gibi pek çok aksaklık ve karışıklığa engel olmaktadır.

Nikâh akitlerine bu şekildeki bir devlet müdahalesinin kararname ile daha açık ve tesirli bir şekilde sağlanmış olmasını bazıları, Türkçülerden olan ve İslam Hukukunda örfün alanını aşırı derecede genişletme taraftarı olan Ziya Gökalp'ın kararname üzerindeki etkisine bağlamaktadırlar.¹⁴² Burada belirli bir ölçüde Gökalp'ın etkisi olmuş olabilir. Fakat tamamıyla onun etkisiyle olduğunu söylemek Osmanlı Devletinde o zamana kadar meydana gelen bir dizi gelişmeyi görmemek olur. Kararnameden önceki hukuki gelişmelerin ve başlamış olan bir dizi yeniliklerin kanun koyucuları bu noktaya

¹⁴¹ Sadreddin, a.y.

¹⁴² Aydın, a.g.e., s. 178

getirmiş olabileceği gözden uzak tutulmamalıdır. Sadreddin Efendi'nin eleştirdiği diğer bir nokta gelinin hâkim tarafından görülmek istenmesi İslam Hukukuna aykırı bir durum değildir. Sadreddin Efendi az önce bahsettiğimiz gibi Türkçülerden olan Gökalp'ın madde üzerindeki etkisi ile alakalıdır. Bu durumla alakalı değerlendirme ise yukarıda bahsettiğimiz şekildedir.

I- Çok Eşlilik Meselesinde Söyledikleri

Bilindiği gibi İslam hukukuna göre erkek aynı anda birden fazla kadınla evlenebilmektedir. Fakat bir erkeğin dörtten fazla kadınla evlenmesi haramdır.

Kararnamenin konu ile alakalı maddeleri şu şekildedir:

38. Madde: : “Üzerine evlenmemek ve evlendiği sûrette veya ikinci kadını boş olmak şartıyla bir kadını tezvic sahih ve şart-ı muteberdir.”

74. Madde: " Müteaddid zevcesi olan kimse onlar beyninde adalet ve müsavata mecburdur.”

Sadreddin Efendi bu madde ile alakalı eleştirilerini şu şekilde sıralamaktadır;

1- Sadreddin Efendi maddenin açık bir şekilde yazılmadığını ileri sürmektedir. Maddede geçerli olacağı savunulan konulan şart mıdır yoksa yapılan ikinci nikâh mı? Bu mesele kapalı bırakılmıştır. Eğer geçerli kabul edilen nikâh için konulan şartsa bunun âlimlerden kimin görüşüne dayandığı belirtilmesi gerektiğini savunur.¹⁴³

¹⁴³ Sadreddin, **a.g.m.**, c. 15, sy. 388, s. 418

2- İkinci olarak nikâh akdinin şarta bağlanmasının Şafii ve Hanbelî mezhebinde geçersiz, Hanefi ve Maliki mezhebinde ise mekruh olduğunu belirterek bu türlü kerahet içeren hallere ülkede yaşayan hiçbir müslüman erkek ve kadının yanaşmayacağını savunur.¹⁴⁴

3- Sadreddin Efendi'ye göre bu madde orta halli vatandaşlar için birçok zararları içermektedir. Ona göre kadınlardan kimi çocuk doğuramaz, kimi ev işlerini yapamayabilir yahut kocasına karşı vazifelerinde kusurları olabilir. Bu yüzden kocasının ikinci kez evlenmesine izin dahi verse bu sefer kendisinin boş olması gerekecektir. Bu ise kadın için gayet tehlikelidir. Bu sebeple de Sadreddin Efendi maddenin yersiz olduğunu savunmaktadır.¹⁴⁵

4- Sadreddin Efendi, 74. madde ile ilgili olarak, birden fazla hanımı bulunanlar için her konuda eşitliğin şart olmadığını gerekli şartın eşlerden her birinin sosyal durumu ve şanına göre nafaka, giyim-kuşam ve konaklama ihtiyaçlarının giderilmesi gerekir görüşündedir.

Kararnameye göre kişinin ilk hanımı üzerine evlenmemek veya evlendiği takdirde kendisi yahut ikinci karısının boş olması şartıyla evlenmek geçerli bir şart olup, muteberdir. Kararnamenin hazırlanmasında önceki yıllarda Türkçülerle İslamcılar arasında çok eşliliğin kaldırılması hususunda çetin bir mücadelenin geçtiği görülmektedir. Bu mücadelenin kararname hazırlanırken de iki grup arasında geçtiği gerekçe layihısından anlaşılmaktadır. Kararname komisyonunda İslamcılardan Mahmut Esad ve Türkçülerden de Mansurizade Said bulunmaktaydı. Mansurizade bu gibi cevaz hükmü içeren konularda sultanın tasarruf etme yetkisinin bulunduğunu savunur. Sultanın çok evliliği yasaklamasının veya ilk hanımın rızasına bağlamak gibi bazı kayıtlara tabi tutmasının mümkün olduğu ve bunun gerektiği ileri sürülmüşse de çok eşliliğin bazı faydaları ve savaş sonrasında kadınların erkeklerden fazla olduğu ve dolayısıyla toplumun buna ihtiyacı

¹⁴⁴ Sadreddin, **a.g.m.**, a.y.

¹⁴⁵ Sadreddin, **a.g.m.**, a.y.

olduğu göz önüne alınarak tamamen yasaklanması yönünde karar alınmamıştır. İkinci evlilik, bu müesseseyi tamamen ortadan kaldırır endişesiyle ilk eşin rızasına da bağlanmamıştır.¹⁴⁶

Bunların yerine kararname çok eşliliğe makul bir sınır getirebilmek amacıyla Hanbelî mezhebinin kabul ettiği bir imkândan faydalanarak kadının evlenirken kocasının evlilikleri boyunca tek eşli kalması şartını ileri sürmesini kabul etmiştir. Böyle bir şart Hanefi mezhebine göre fasit sayıldığı halde, Hanbelî mezhebine göre muteber ve yerine getirilmesi gereklidir.

Kararnameye bu maddenin alınması o dönemin şartları içerisinde önemli bir hadisedir. Başta Sadreddin Efendi olmak üzere muhafazakâr hukukçular maddenin Kitap, Sünnet ve icmaya aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir.¹⁴⁷ Madde Türkçülerle İslamcılar arasında telifçi bir yol izlemiştir. Türkçülerin isteklerine İslam Hukuku çerçevesi içerisinde kalınarak belirli bir ölçüde cevap verilmiştir.

Sadreddin Efendi'nin eleştirileri tamamen maddenin hazırlanmasının Türkçülerin etkisi ile çıkarılmış olması düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Oysaki bahsettiğimiz gibi durum öyle değildir. İslam Hukuku çerçevesinden çıkılmamıştır.

Çok eşli olanların eşleri arasında eşitliğe atıfta bulunan maddeye Sadreddin Efendi'nin getirdiği eleştiri aslında kendi açıklamalarıyla sıkıntılı hale gelmektedir. Zira müellif adalet ve eşitlik ile davranmanın diğer insanlara karşı da vacip olduğundan bahseder.¹⁴⁸ Çok eşlilikten maksat sadece bazı duyguların tatmin ve teskini değildir, birçok hikmet içermektedir. Aynı şekilde bir kadının mutlu edilebilmesi ne sadece erkeğin bazı gecelerini onunla geçirmesi ile ve ne de maddi ihtiyaçlarının karşılanması ile mümkündür.

¹⁴⁶ Aydın, **a.g.e.**, s. 276

¹⁴⁷ Sadreddin, **a.g.m.**, c. 15, sy. 388, s. 418

¹⁴⁸ Sadreddin, **a.g.m.**, c. 6, sy. 391, s. 6

J- Fasit ve Batıl Nikâhlar Dair Düşünceleri

Konuyla alakalı kararname maddeleri şu şekildedir:

52. madde: "Hin-i akitte tarafeynden biri şerait-i ehliyeti haiz bulunmazsa nikâh fasid olur."

53. Madde: "Onaltıncı madde mucibince nikâhta cemleri memnu' olan iki kadından biri taht-ı nikâhta iken ikincisinin nikâhı fasittir."

54. Madde: "Nikâhlarının memnu'iyeti 14, 15, 16, 17, 18 ve 19 uncu maddelerde beyan olunan kadınlardan birinin nikâhı fasittir."

55. Madde: "Nikâh-ı Mut'a ve muvakkat fasittir."

56. Madde: "Bilâ şühud akdolunan nikah fasittir."

57. Madde: "İkrah ile vukû bulan nikâh fasittir."

58. Madde: "Gayri müslimin bir müslimeyi tezevvücü batıldır."

Sadreddin Efendi'nin maddelerle alakalı görüş ve eleştirileri ise şu şekildedir:

1- Sadreddin Efendi 52. maddede kullanılan "fasit" lafzını eleştirmektedir. Sadreddin Efendi'ye göre bu lafız Hukuk-ı Aile Kararnamesi yayınlanmadan önce kullanılmış olsa sorun olmayacaktır. Ama bu maddede kullanılan "fasit" kelimesi kararnamenin ilk babının ikinci kısmında kullanılan "batıl olmaz" anlamıyla aynı anlamda kullanılmıştır ki bu yanlıştır. Çünkü

nikah ehliyetine sahip olmayan mecnunun, matuhun ve mümeyyiz olmayanların akdettikleri nikahlar batıldır.¹⁴⁹

2- Sadreddin Efendi 53, 54, 55, 56 ve 57. maddeleri tek bir noktadan eleştirmektedir. O da hükümlerinde kullanılan terimler ve bu kavramların ifade ettiği hükümlerin yine kararnamenin 75 ve 76. maddelerinde ayırt edilmesi dolayısıyladır. Bunlar fasit ve batıl kavramlarıdır. Sadreddin Efendi'ye göre bu iki terimin fıkıh kaynaklarında birbirlerinin yerlerine kullanıldığını savunmaktadır. Ve kararname hazırlayan komisyonunun “batıl” kelimesi yerine “fasit” kelimesinin kullanılmasındaki amacının sanki “fasit” olanı biraz daha masum (ehven) gösterme çabası olduğunu savunmaktadır.

3- Sadreddin Efendi'ye göre maddenin hükmü gereğince nikâhı yasak olanlarla yapılan tüm nikâh akitlerinin fasit olarak anlaşılması gerekirken 58. madde de batıl lafzının kullanılmasını da eleştirmektedir. Ona göre İslam ülkesinde yaşayan bir kadınla İslam ülkesi olmayan bir ülkede yaşayan kadınların durumu farklıdır. İslam ülkesi olmayan bir ülkede yaşayan bir kadın haram olduğunu bilmeden bir gayri müslimle evlense ve sonrasında kocası da müslüman olduktan sonra İslam ülkesine taşınırsalar çocuklarına veled-i zina (gayri meşru çocuk) muamelesi yapılmasının doğru olmayacağını savunmaktadır.¹⁵⁰

Batıl ve fasit nikâhlara bir fasıl ayıran kararname Hanefi mezhebindeki batıl-fasit ayrımına böylece aile hukukunda da yer vermiştir. Ne var ki bu ayrımda Hanefi mezhebindeki hâkim görüşün kabul ettiği kıstaslara riayet etmemiş, nikâhın ini'kad ve sıhhat şartlarından hangisine riayet edilip edilmediğine bakılmaksızın gayri müslim erkeklerle yapılan nikâh dışındaki bütün nikâhlar fasit kabul edilmiştir.¹⁵¹ Gerekçe layihası bu konuda

¹⁴⁹ Sadreddin, **a.g.m.**, c. 15, sy. 388, s. 436

¹⁵⁰ Sadreddin, **a.g.m.**, a.y.

¹⁵¹ HAK. Mad. 52-58

Ebu Hanife'nin görüşüne uyulduğunu söylemekteyse de böyle bir görüşün Ebu Hanife'ye aidiyeti şüphelidir.¹⁵²

Bahsettiğimiz gibi gerekçe layihasında maddelerin Ebu Hanife'ye ait olan görüşe dayandırıldığı bilgisi bulunmaktadır. Oysaki Ebu Hanife'ye yapılan bu isnat şüphe taşımaktadır. Bu şekilde bir kanun maddesinin yürürlüğe konulması beraberinde elbette tartışmaları da getirecektir.

Sadreddin Efendi'nin üçüncü eleştirisi ise nadiren meydana gelebilecek bir durumla alakalıdır. Kanunlar çoğunluk esas alınarak düzenlenir ve yürürlüğe konulur. Sadreddin Efendi'nin bahsettiği şekilde bir kadının İslam ülkesi olmayan bir beldede nikâhın hükmünü bilmeksizin evlenmesi ve sonraki durumların ortaya çıkması bizce istisnaî bir durumdur.

K- Zorlamayla Yapılan Nikâha İlişkin Düşünceleri

Hanefi mezhebine göre zorlamayla yapılan nikâh geçerlidir. Şafii mezhebine göre ise bu şekildeki nikâh geçersizdir. Aile kararnamesine kadar Osmanlı devletinde Hanefi mezhebinin görüşü geçerlidir.

Zorlamayla yapılan nikâh akdi hakkındaki kararnamenin 57. maddesi “İkrah ile vuku bulan nikâh fâsıdîr.” şeklindedir.

Sadreddin Efendi konuyu değişik açılardan değerlendirmiş ve eleştirmiştir;

1- Sadreddin Efendi maddeyi değerlendirirken, maddenin gerekçesindeki açıklamalardan yola çıkmaktadır. Maddenin gerekçesinin açıklamasında özet olarak Hanefi mezhebinin zorla yaptırılan nikâhın geçerli olduğu yönündeki görüşünün kişilere cesaret verdiği ve kötü sonuçlara

¹⁵² Zekiyyüddin Şa'ban, *el-Ahkamu's Şer'iyye li Ahvali's Şahsiyye*, s. 134-136; Sadreddin, *a.g.m.*, sy. 389, s. 425-426

sebebiyet veren kızların kaçırılması sonucunu doğurduğu, ailelerin kızlarını kurtaramaması dolayısıyla bu görüşün terk edildiği ve Şafii mezhebinin görüşünün tercih edildiği belirtilmektedir. Sadreddin Efendi buna karşı çıkmaktadır.¹⁵³

2- Sadreddin Efendi meydana gelen kız kaçırma olaylarının iki şekilde olduğunu ve bu iki şekilde de zorlamayla yapılan nikâhın geçerli olduğu yönündeki görüşün insanların daha yararına olduğunu savunmaktadır.

Sadreddin Efendi'ye göre kız kaçırma hadiselerinde ilk şekil kızın rızasıyla olanıdır. Bu durumda yapılan nikâhın geçerli olması kızın nikahsız bir şekilde ellerinde tutmaktan ve istenmeyen şeyin o şekilde yapılmasında daha hayırlı olduğunu savunmaktadır. İsterlerse velilerin nikâha itiraz haklarının bulunduğunu da belirtmektedir.

Kaçırmaların ikinci şeklinde ise kızın rızası yoktur zorla alıkonulmuştur. Sadreddin Efendi'ye göre bu tür hadiselerde erkeğin kıza ilişmemesi çok nadirdir. Burada da insanların faydasına olanın, zorla yapılan nikâhı kabul eden görüş olduğunu savunmaktadır.¹⁵⁴

Kararname zorla gerçekleşen nikah konusunda yeni bir hüküm getirmektedir. Hanefi mezhebine göre zorlamayla gerçekleşen nikah sahihtir, geçerlidir. Kararnameye kadar da Osmanlı devletinde bu görüş yürürlükte kalmıştır. Kararname bu hususta İmam Şafii'nin görüşünü kabul ederek zorlamayla gerçekleşen nikâhı fasit saymıştır.

Sadreddin Efendi bu eleştirilerini yaparken kızın zorla kaçırılması gerçeği kabullenmekte ve sonraki süreç için zorlamayla yapılan nikahın insanların faydasına olduğunu savunmaktadır. Fakat, zorlamayla yapılan nikahın geçerli olması durumunun kızlar için çok haksız sonuçlara yol açtığı

¹⁵³ Sadreddin, **a.g.m.**, c. 6, sy. 391, s. 5

¹⁵⁴ Sadreddin, **a.g.m.**, a.y.

görülmektedir. Zira bazı mahalli idarecilerin çeşitli maddi menfaatler elde etmek için genç kızları diledikleri kimselerle evlenmeye zorladıkları görülmektedir. Çeşitli adaletnamelerde böyle idareciler tarafından zorla yapılan nikâh ve talakların önlenmesine ait hükümler vardır.¹⁵⁵

Bakıldığında bu tür durumlardaki ailelerin çoğunluğu, kaçırılan kişinin kaçırılan kızlarına zarar verdiğini görüp, istemeyerek de olsa kızlarıyla kaçırılan kişi arasında nikâh yapmaktadırlar. Madde bazı haksızlık ve kötü sonuçları engellemektedir.

L- Mehir Konusundaki Değerlendirmeleri

Kadının evlilikle kocasından almaya hak kazandığı mal yahut karşılığı olan meblağdır.

Kararnamenin ilgili maddeleri şu şekildedir:

80. Madde: “Mehir ya mehr-i müsemmadır ki tarafeynin az veya çok tesmiye ettikleri maldır.”

90. Madde: “Bir kızı tezvic veya teslim için ebeveyn veya akrabasının zevcten akçe ve eşya-ı sâire almaları memnudur.”

Sadreddin Efendi'nin görüş ve değerlendirmeleri;

1- Hanefi mezhebine göre mehrin asgari miktarının 10 dirhem olduğunu hatırlatan Sadreddin Efendi böyle basit bir mesele için mezhep değiştirmenin anlamsız olduğu görüşündedir.

¹⁵⁵ Aydın, a.g.e., s. 99-100

2- Sadreddin Efendi kararnamenin mehirle alakalı olan 6. babının ilk faslındaki hükümlerin gayri müslimler için geçerli olmadığı hükmünü içeren 91. maddesinin hata eseri olarak kararnameye dâhil edildiği görüşündedir. Zira gayri müslimler hakkında Mehir hükümlerinin zaten geçerli olamayacağı görüşündedir.

Kararname mehir için kaleme almış olduğu 12 madde genel itibariyle Hanefi-İslam hukukuna uygun olarak kaleme alınmıştır. Kararname mehir için bir alt sınır tespit etmeyerek bunun 10 dirhem olmasını kabul eden Hanefi mezhebinden ayrılmıştır. Gerekçe layihasında 10 dirhem çok önemsiz bir miktar olduğu, ülkenin hiçbir yerinde bu kadarcık bir mehirle artık nikah kısılmadığı, bu yüzden Hanbeli mezhebine uyularak mehr-i müsemmada bir alt sınır tespit edilmesinin terk edildiği belirtilmektedir.¹⁵⁶

Burada mehr-i müsemmaya bir üst sınır da getirilmemiştir. Hâlbuki Tanzimattan sonra memleketin ekonomik şartlarıyla ilgili olarak Osmanlı toplumu dört sınıfa ayıran, her bir sınıf için mehirde üst sınır tespit eden bir ferman yayınlanmıştır.¹⁵⁷ Öyle anlaşılmaktadır ki o zaman dahi uygulama imkânı bulmuş olduğu şüpheli olan bu karar, kararnamenin hazırlanması sırasında hiç hatırlanmamış İslam hukukundaki geçerli uygulamaya devam edilerek üst bir sınır getirilmemiştir. Sadreddin Efendi'nin daha önceki konularda eleştirdiği nokta olan evlenmenin önündeki zorluklar cümlesinden sayılabilecek olan mehre alt bir sınırın olmaması Sadreddin Efendi'nin evliliğin kolaylaştırılması gerektiği yönündeki görüşüyle paralellik arz etmektedir.

Kararname ayrıca anne babanın veya diğer akrabaların düğün karşılığında kocadan para veya mal almalarını da yasaklamıştır. Burada söz konusu olan başlık parasıdır. Mehir tamamen kadının malı olduğu halde başlık kadının ailesine verilir. Fakat mehir ve başlık parasının zaman zaman

¹⁵⁶ Aydın, a.g.e., s. 277

¹⁵⁷ **Düştur**, Birinci Tertip, I, 736

birbirine karıştırıldığı bir gerçektir. Başlık bugün bile Anadolu'nun köy kesiminde yaşayan bir uygulamadır.

İKİNCİ BÖLÜM

SADREDDİN EFENDİ'NİN BOŞANMAYA İLİŞKİN ELEŞTİRİLERİ

I- BOŞANMA HAKKINDAKİ GÖRÜŞLERİ

A- Sarhoşun Boşamasıyla İlgili Görüşleri

Talak, nikâhla kurulan evlilik bağına çözmek, ortadan kaldırmaktır. İslam hukukçuları eşini boşayan erkeğin sarhoş olması durumunda talakın geçerli olup olmadığı konusunda farklı görüşlere sahiptirler.

Konuyla alakalı kararname maddesi şu şekildedir:

104. Madde: “Sarhoşun talakı muteber değildir.”

Sadreddin Efendi madde ile alakalı değerlendirmeleri ise şu şekildedir:¹⁵⁸

1- Sadreddin Efendi İmam Şafii'nin bahsedilen görüşünün bu konuyla alakalı olmayıp zihar hakkında olduğunu, Muhammed İbn Selam'ın görüşünün ise hatalı olduğunu savunur.

2- Sadreddin Efendi sahabenin büyük çoğunluğunun haram yolla meydana gelen sarhoşlukla yapılan talakın geçerli olduğu görüşüne sahip olduğunu belirterek maddeyi eleştirir.

¹⁵⁸ Sadreddin, **a.g.m.**, SR, c. 16, s. 67-68

3- Sadreddin Efendi maddenin kadınların zararına olacağını savunmaktadır.

Âlimlerin çoğu sarhoşun boşamasının sahih olmadığı görüşündedir. Bir grup da sahih olduğunu söylemişlerdir ki, Müzem ile İmam Ebû Hanife'nin tabilerinden bazıları bunlardandır.

Bu ihtilâfın sebebi, sarhoş da deli hükmünde midir, yoksa sarhoş ile deli arasında fark var mıdır diye ihtilâf etmeleridir. İkisinin hükmü birdir. Çünkü ikisi de şuursuzdurlar. Şuur ise mükellefiyetin şartıdır diyenler, sarhoşun, karısını boşaması sahih değildir demişlerdir. İkisi arasında fark vardır, çünkü sarhoş kendi eliyle şuurunu gidermiştir. Deli ise yaradılıştan şuursuzdur diyenler ise, sahihtir demişlerdir ki, bu sarhoşu bir nevi cezalandırmaktır.

Âlimler, sarhoş için geçerli olan ve olmayan bütün hükümlerde ihtilâf etmişlerdir. İmam Mâlik sarhoş karısını boşadığı zaman karısı boş olur, kölesini azat ettiği zaman kölesi azat olur, birisini yakaladığı ve yahut öldürdüğü zaman ona kısas lazım gelir. Fakat evlenmesiyle alım-satımı sahih değildir demiştir. İmam Ebû Hanife'ye göre ise her şeyi sahihtir, Leys b. Sa'd da ise diliyle yaptığı hiçbir şey sahih değildir. Karısını boşarsa karısı boş olmaz, kölesini azat ederse kölesi azat olmuş sayılmaz, birisiyle evlenirse evlenmesi caiz olmaz, bir alım-satımda bulunsa alış veriş sahih olmaz, birisine zina isnat ederse ona iftira cezası lazım gelmez. Fakat vücudunun diğer organlarıyla işlediği her fiilden sorumludur. Şu halde içki kullanmaktan, adam öldürmekten, zina işlemekten, hırsızlık yapmaktan dolayı ona ceza lazım gelir demiştir. Hz. Osman da sarhoşun boşamasını geçerli saymazdı. Âlimlerden bazıları, ahabtan hiçbirinin Hz. Osman'a bu hususta muhalefet etmediğini ileri sürmüşlerdir.

İmam Şafii'den de bu hususta iki görüş rivayet olunmuştur. Tabiinin çoğu, çoğunluğun görüşüne uygun olan kavlini tercih etmişlerdir. Tabiinden

olan Müzenî ise sarhoşun, kadını boşamasının sahih olmadığı görüşünü tercih etmişlerdir.¹⁵⁹

Muhammed b. Selam ve Hanefi âlimlerinden Tahavi ve Kerhi'de sarhoşun boşamasının geçerli olmadığı görüşündedirler.¹⁶⁰ Kararname maddesi de zaten bu âlimlerin ve İmam Şafii'nin ikinci görüşü esas alınarak hazırlanmıştır.¹⁶¹

Konuyla alakalı âlimler arasındaki görüş farklılıkları bu şekildedir. Görüldüğü gibi çoğunluk sarhoşun boşamasının geçerli olmadığı görüşünde birleşmektedirler. Madde kadınların zararına değil tam tersine faydasıdır. Çünkü koca ister kendi eliyle ister elinde olmadan sarhoş olsun eşini boşadığı takdirde bu boşamanın geçerli sayılması geçimini sağlayacak bir geliri olmayan ve baba evine dönmesi çoğu zaman mümkün olmayan kadınlar için zararlıdır.

B- Zorlamayla Yapılan Boşamaya İlişkin Değerlendirmeleri

Talak için ikrah, erkeğin eşini boşaması için zorlama, tehdit ve benzeri durumlara muhatap olması durumudur. İslam hukukunda bu şekilde gerçekleşen talakların geçerliliği konusunda farklı görüşler mevcuttur. Bu görüşleri konunun ilerleyen kısımlarında belirttik.

İlgili kararname maddesi şu şekildedir:

105. Madde: "İkrah ile vuku bulan talak muteber değildir."

Sadreddin Efendi'nin madde ile ilgili değerlendirme ve eleştirileri:¹⁶²

¹⁵⁹ İbn Rüşd, **Bidayetü'l Müctehid**, c. 2, s. 69

¹⁶⁰ Mevslî, **el-İhtiyar li Ta'lili'l Muhtar**, c. 3, s. 155

¹⁶¹ Aydın, **a.g.e.**, s. 277-278

¹⁶² Sadreddin, **SR, a.g.m.**, c. 16, s. 84-86

1- Sadreddin Efendi'ye göre maddenin gerekçe layihasında maddenin hazırlanmasına esas teşkil ettiği belirtilen et-Telviḥ kitabı fıkıḥ kitabı değildir.

2- Müellif, İmam Malik'in mezhebinin de bu şekilde olmadığını savunmaktadır.

3- Sadreddin Efendi'ye göre madde istenmeyen durumlara yol açmaktadır.

Kararnameye göre zorlamayla gerçekleşen boşama geçerli değildir. Kararname bu hükmüyle Hanefi mezhebinden ayrılmaktadır. Bu konuda diğer üç mezhebin görüşüne uyulmaktadır. Ve maddenin gerekçe layihası bunun dönemin şartlarına daha uygun olduğunu belirtmektedir.¹⁶³

İmam Malik, Şafii, Ahmed b. Hanbel, Davud ez-Zahiri, sahabeden Hz. Ömer, İbn Ömer, İbn Zübeyr, İbn Abbas ve Hz. Ali'ye göre zorlanan kimsenin boşaması geçerli değildir. Çünkü Resulullah (s.a.v.): "İğlak (tazyik, tehdit ve gazab) halinde boşama muteber değildir" buyurmuşlardır.¹⁶⁴

Fakat Nehai, Servi, Ömer b. Abdulaziz, Ebu Hanife gibilere göre ise bu şekildeki boşama geçerlidir. Çünkü zorlanan kimsenin rızası olmamakla birlikte irade ve ihtiyarı vardır, şerrin ehvenini tercih etmiştir.¹⁶⁵

Sadreddin Efendi'nin diğer bir değerlendirmesi olan et-Telviḥ adlı eser ise Ömer et-Taftazani'ye ait olup Sadruşşeria'nın et-Tavdiḥ adlı fıkıḥ usulüne dair eserinin meşhur bir haşiyesidir.¹⁶⁶

Zorlamayla yapılan boşama kişilerin zararına değil aksine çoğu zaman faydasınadır. Çünkü daha önce de bahsi geçtiği gibi çeşitli

¹⁶³ Aydın, **a.g.e.**, s. 277-278

¹⁶⁴ Ebu Davud, **Sünen**, c. 2, s. 225; İbn Kudame, **el-Muğni**, c. 7, s. 382; İbn Rüşd, **a.g.e.**, c. 2, s. 67

¹⁶⁵ İbn Hümam, **a.g.e.**, c.3, s. 39

¹⁶⁶ Ahmet Özel, **Hanefi Fıkıḥ Alimleri**, TDV yay., Ankara, 1990, s. 87

adaletnamelerde bazı idareciler tarafından kişilere zorla nikâh ve talak yaptırıldığı bilinmektedir.¹⁶⁷ Madde bu durumu düzeltmektedir.

Her değerlendirme ve eleştirinin bazı yönlerden doğruluk payı bulunabilir fakat maddenin dönemin şartlarına uygun olduğu görüşü ağırlık kazanmaktadır.

C- Boşama Lafızlarıyla İlgili Tahlili

Fıkıh âlimleri erkeğin eşini boşarken kullandığı lafızların sarîh ya da kinayeli olması durumunda boşamanın geçerliliği konusunda farklı görüşlere sahiptirler.

İlgili kararname maddesi şu şekildedir:

109. Madde: “Talak elfâz-ı sarîha ile vaki olur. Mütearîf olan elfâz-ı kinâyeye dahi sarîh hükmündedir. Ama mütearîf olamayan elfâz-ı kinâyeye ile talakın vuku’u ancak zevcin niyetine mütevakkıfdir. Zevcin talaka niyet edip etmediği hakkında tarafeyn ihtilaf etseler zevc yeminiyle tasdik olunur.”

Sadreddin Efendi'nin değerlendirme ve eleştirilerini şu şekilde sıralayabiliriz:¹⁶⁸

1- Sadreddin Efendi maddenin hiçbir mezhebin görüşüne uymadığını, maddeye esas alınan Şafii mezhebinin görüşünün ise bağlamından kopartılarak kullanıldığını ileri sürmektedir.

2- İkinci olarak Sadreddin Efendi, kinayeli lafızla eşini boşayan kimsenin niyetini kimsenin bilemeyeceğini, bunun vicdani bir mesele olduğunu, boşamanın gerçekleştiği anki durumun kişinin niyetinden daha

¹⁶⁷ Aydın, **a.g.e.**, s. 99-100

¹⁶⁸ Sadreddin, **SR, a.g.m.**, c. 16, s. 84-86

kuvvetli bir karine olduğunu savunarak maddenin Hanefi mezhebinin görüşünün terk edilerek düzenlenmesini eleştirmektedir.

Kararname bu maddede bilinmeyen, meşhur olmamış kinayeli lafızlarla boşama gerçekleştiğinde sadece kocanın niyetine itibar ederek İmam Şafii'nin görüşüne uymuştur. Maddeye göre Hanefi mezhebinin görüşü olan halin boşamaya delaletine itibar edilmez. Kararname komisyonu Hanefi mezhebinin görüşünün insanların maslahatlarına uygun olmadığını savunmaktadır.¹⁶⁹

Konuyla alakalı âlimlerin görüşleri şu şekildedir.¹⁷⁰ İmam Malik'e göre bu deyimlerden bazıları açık, bazıları muhtemel kinayerelerdir, İmam Malik'in açık kinayereler hakkındaki görüşü, sarîh deyimler hakkındaki görüşü gibidir.

İmam Şafii'ye göre ise kinayerelerde kişinin niyetine başvurulur. Eğer niyeti boşanma ise, boşanmadır, niyeti üç talâk ise üç talâktır, bir talâk ise bir talâktır. Kısacası kişi ne derse kabul olunur. Sadreddin Efendi'nin de belirttiği gibi Şafii mezhebinde kinayeli lafızlar meşhur ya da meşhur olmayan şeklinde ayrılmamaktadır.

İmam Ebû Hanîfe de Şafii ile paralel görüştedir. Ancak onun prensibine göre eğer kişi, bir veya iki talâk kastetse, bir kesin talâk vaki olur. Eğer boşanmayı gösteren bir karine bulunduğu halde adam, ben boşanmayı kastetmedim derse, kabul olunmaz. Görüldüğü gibi Ebu Hanîfe halin delaletine daha önem vermektedir. Yani kişi ile karısı kavgalı oldukları bir anda koca kinayeli lafızlarla hanımını boşasa, her ne kadar niyetim boşamak değildi dese de bu niyetine itibar olunmaz, hanımı boş sayılır.

Şafii mezhebinde kinayeli lafızlarla alakalı bir ayrım bulunmamaktadır. Ve Maddeye göre karı-koca arasında şiddetli geçimsizlik, kavga ve

¹⁶⁹ Aydın, a.g.e., s. 278-279

¹⁷⁰ İbn Rüşd, a.g.e., c. 2, s. 75

gürültünün bulunduğu bilinse ve erkek bu şekilde kinayeli bir lafızla hanımını boşasa ve mahkemede niyetim boşamak değildi dese -her ne kadar kadın kocasından şikâyetçi bile olsa- hâkim boşanmaya hükmedemeyecektir. Bu ise kişinin aynı duruma defalarca düşmesine sebebiyet verecektir. Hâlbuki Resulullah (s.a.v) talakın da aralarında bulunduğu üç şeyin ciddisinin ciddi, şakasının da ciddi olduğunu belirtmektedir.¹⁷¹

D- Bâ'in Talak ve Hulle Konusundaki Fikirleri

Bain talak, yeni bir mehir tespit ederek nikâh kıymadıkça karı koca arasındaki evlilik bağı kesip, nikâhtan doğan karşılıklı hak ve görevlere derhal son veren boşama türüdür. Hulle ise üç talak ile birbirlerinden ayrılmış eşlerin birbirleriyle yeniden evlenebilmeleri için, kadının başka bir erkekle muteber bir şekilde evlenmesi, ölüm veya boşanma ile bu ikinci evliliğin sona ermesiyle kadının ilk kocasına tekrardan helal olmasıdır.

Ba'in talak ve hülle hakkındaki kararname maddesi şu şekildedir:

118. maddede: "Beyninet-i katiyye zevcenin iddeti murur eyledikten sonra maksad-ı tahlil ile olmayarak zevc-i ahare varıp ba'dettakarrup ondan iftirak ve iddetinin mururu ile zail olur"

Sadreddin Efendi maddeye tahlil "helal olmasını sağlama" kaydının konulmasının gereksiz ve bu şekilde üç talakla boşandıktan sonra tekrar aynı kişiyle evlenmek isteyecek olanların çok nadir olduğunu savunarak maddeyi eleştirir.¹⁷²

İslam hukuku ailenin sağlam esaslara oturması, boşama hakkının kötüye kullanılmaması vb. sebeplerle boşayıp tekrar evlenme sayısını

¹⁷¹ Ebu Davud, **Sünen-i Ebû Davud**, c. 8, Hadis No: 2194; Tirmizi, **Sünen-i Tirmizi**, c. 2, Hadis No: 1184; İbn Mace, **Sünen-i İbn-i Mace**, c. 5, Hadis No:2039

¹⁷² Sadreddin, SR, **a.g.m.**, c. 16, s. 164-166

sınırlamıştır. Ba'in talak sonucu kadın, kocası için artık evlenilmesi helal olmayan yabancı bir kadın vasfını kazanır. Ba'in talak sonucu eski kocasına haram olan kadının ilk kocasıyla tekrar evlenebilmek için başka bir erkekle evlenip ondan tekrar boşanmasına hülle veya şer'î tahlil denilmektedir.

Kararnameye göre ile ba'in talak sonra kesin ayrılığın kalkması için kadının hülle niyeti olmaksızın bir başka erkekle evlenmesi ve bu evliliğin ölümle veya talakla son bulması gerekmektedir. Hanefiler dışında üç mezhebinde görüşü bu yöndedir. Ebu Yusuf ve Muhammed'in görüşleri de bu paraleldedir. Ebu Hanife'ye göre böyle bir niyetle yapılan nikâh mekruhtur. Fakat Hanefilere göre böyle bir şart yok kabul edilerek nikâh geçerli sayılmaktadır. Talak veya ölümle son bulması durumunda ise kadın ilk kocasıyla evlenebilmektedir.¹⁷³ Konuyla alakalı âlimlerin görüşleri bu şekildedir.

Ebu Hanife'ye göre dahi tahrimen mekruh olan ve çoğu âlime göre ise geçerli olmayan bir nikâh elbette engellenmelidir. Herhangi bir durumun az olarak meydana gelmesi o şey hakkında verilmesi gerekli olan hükmü değiştirmemelidir.

E- Boşanmaya Sebep Olan Hastalıklara İlişkin Eleştirileri

İslam hukukunda kocasının cüzam, baras ve benzeri tedavisi zor ya da imkânsız olan hastalıklardan birine yakalanmış olduğunu evlendikten sonra öğrenen veya kocası söz konusu hastalıklara evlendikten sonra yakalanan kadın hakkında da hükümler bulunmaktadır. Fakat farklı görüşler mevcuttur.

Konuyla alakalı kararname maddeleri şu şekildedir:

¹⁷³ İbn Hümam, **a.g.e.**, c. 3, s. 174-178; İbn Kudame, **a.g.e.**, c. 7, s. 180-183; İbn Rüşt, **a.g.e.**, c. 2, s. 71

122. Madde: "Cüzzam ve baras ve illet-i zühreviyye bilâzarar ikamet mümkün olmayan illetlerden birinin zevcte vücuduna ba'den-nikâh muttali" olur veya muahharen böyle bir illet tehaddüs ederse zevce hâkime bilmüracaa tefrikini talep edebilir. İlet-i vakıa'nın zevâli ümit olunursa hâkim tefriki bir sene tecil eder. Bu müddet zarfında zail olmadığı ve zevc talaka razı olmayıp zevce dahi talebinde musır olduğu takdirde hâkim tefrike hükmeyleyler."

123. Madde: "Akd-i nikâhtan sonra zevc tecennün edip de zevce hâkime bilmüracaa tefrikini talep etse hâkim tefriki bir sene müddetle tecil eder. Bu süre zarfında cinnet zail olmadığı ve zevce musır bulunduğu halde tefrike hükmeyleyler."

Sadreddin Efendi'nin maddelerle alakalı görüş ve eleştirileri ise şu şekilde sıralanabilir:¹⁷⁴

1- Sadreddin Efendi madde hükmünün Hanefi mezhebindeki tercih edilen görüşe uymaması ve madde de bahsedilen söz konusu tecil uygulamasının dahi diğer mezheplerin görüşlerine uymadığını savunarak maddeyi eleştirmektedir.

2- Sadreddin Efendi, 122. maddede geçen "birlikte yaşamak mümkün değilse" kaydının içine hangi hastalıkların gireceğinin netleştirilmediği ve böyle bir maddenin kişileri, eşlerini hasta yataklarında terk edip boşanma için hâkime koşmaya teşvik edeceğini savunarak yine maddeyi eleştirir.

Kararnameye göre, kocasının maddede bahsedilen hastalıklardan birine yakalanmış olduğunu evlendikten sonra öğrenen veya kocası söz konusu hastalıklara evlendikten sonra yakalanan kadın hâkime müracaat ederek ayrılma talebinde bulunabilir. Şayet hastalığın iyileşme ümidi varsa

¹⁷⁴ Sadreddin, SR, a.g.m., c. 16, s. 216-218

hâkim ayrılığı bir sene erteler. Bu süre zarfında koca iyileşmezse, kadın ayrılma talebinde ısrar ederse ve koca da boşamaya yanaşmazsa hâkim ayrılığa hükmeder. Bu Hanefi mezhebinde İmam Muhammed'e ait olan görüştür.

Kocasının hastalığı sebebiyle kadının ayrılma talep edip edemeyeceği hakkındaki âlimlerin görüş farklılığı içinde olmalarının sebebi evliliğe bakış açılarıyla ilgilidir. Bu hakkı kadına verenler evlilikten maksadın eşler arasındaki anlaşma, sevgi ve saadet olduğu görüşünü taşımaktadırlar. Kadının bu ve benzeri durumlarda mahkeme aracılığıyla ayrılma hakkı olmadığını savunanlar ise evlikten maksadın neslin devamı olduğu ve eşler bu hedef uğrunda bazı sıkıntı ve zorluklara katlanmalıdır görüşündedirler.

Delilik, cüzzam, baras ve zührevi rahatsızlıklar gibi hastalıkların tefrik sebebi olmasını Hanefi mezhebi hukukçularından İmam Muhammed kabul etmektedir fakat Ebu Hanife ve Ebu Yusuf kabul etmemektedirler.¹⁷⁵

İmam Şafii, Malik ve Ahmet b. Hanbel'e göre ise söz konusu hastalıklardan taraflardan hangisinde bulunursa bulunsun diğerinin tefrik talep etme hakkı olduğu görüşündedirler.¹⁷⁶

Sadreddin Efendi kararname maddeleriyle iyileşme ümidi olan hastalıklar için tefrikin bir sene tecil edilmesinin yalnızca Maliki'lerde olduğunu savunmaktadır. Hanefi'ye göre de iyileşme ümidi olan hastalıklarda hâkim, kocanın tedavi olması şartı ile tefriki bir sene tecil uygulaması vardır.¹⁷⁷

¹⁷⁵ Kasani, **Bedai'us Sana'i**, c. 2, s. 327; İbn Rüşt, **a.g.e.**, c. 2, 51

¹⁷⁶ Karaman, **a.g.e.**, c. 1, s. 369

¹⁷⁷ Ömer Nasuhi Bilmen, **Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu**, c. 2, s. 253

Bu konuda bazı hukukçular karşı tarafta nefret uyandıran veya karşı tarafa zarar veren her türlü kusur ve hastalığın hem kadın ve hem de erkek için tefrik sebebi olduğunu kabul ederler.¹⁷⁸

Görüldüğü gibi âlimlerin konuyla alakalı görüşleri birbirlerinden farklılık arz etmektedir. Fakat az önce bahsettiğimiz gibi evlilikten maksat ister neslin devamı ister eşler arası anlaşma ve mutluluk olsun iki taraftan birisi ayrılma gibi bir girişimde bulunmaya kalkarsa açıktır ki evliliğin her iki maksadı da zarar görecektir. Madde hükmü âlimlerin çoğunluğunun görüşüne paralellik arz etmektedir.

F- Kocanın Kaybolması Hususunda Söyledikleri

İslam hukuku kocası kaybolan kadın hakkında da bir takım hükümler getirmiştir. Bu konuda da İslam hukukçuları farklı görüşlere sahiptirler. İlerki cümlelerimizde konuyla alakalı detaylı bilgi verdik.

Kocası kaybolan kadının durumu hakkındaki kararname maddeleri şu şekildedir:

126. Madde: " Bir kadının zevci ihtifa ve yahut müddet-i sefer veya daha garib bir mahalle giderek tegayyüb edip veya mefkud olup nafaka tahsili mutezer olur ve zevce tefriki talep ederse hâkim tahkikat-ı lazîme icrasından sonra beynlerini tefrike hükmeder"

127. Madde: "Nafaka cinsinden mal terk etmediği halde tegayyüb eden bir kimsenin zevcesi hâkime bilmüracaa tefrikini talep etse hâkim o kimse hakkında icra-i tahkikat eyler. Nerde olduğuna ve hayat ve mematına dair haber alınmasından ye's hâsıl olursa ye's tarihinden itibaren dört sene tecil eder. İşbu müddet zarfında haber alınamadığı ve zevce talebinde musır

¹⁷⁸ Karaman, a.g.e., c. 1, s. 369

bulunduğu halde tarafını tefrik eder. Eğer zevc muharebede gaybubet etmiş ise hâkim tarafeyn-i muharibinin ve esranın yerlerine avdetinden itibaren bir sene mürur eyledikten sonra tefrike hükmeder. Her iki halde zevce hüküm tarihinden itibaren iddet-i vefat bekler.”

Sadreddin Efendi'nin maddeyle ilgili alakalı görüşleri ise aşağıdaki gibidir:¹⁷⁹

1- Sadreddin Efendi'ye göre 126. madde hiçbir mezhebin görüşüne uymamaktadır.

2- Sadreddin Efendi, kayıplık ve ihtifanın özürsüz meydana gelmesinin çok nadir bir durum olduğunu dolayısıyla geçerli bir özür ile bu durumda olan kimselerin eşlerinin madde ile ayrılma talebinde bulunmaya teşvik edilmesinin uygun olmadığını savunmaktadır.

Kocayla alakalı söz konusu durum iki şekilde olabilmektedir. Koca ya mefkuddur yani kaybolmuştur, kendisinden haber alınamaz ve ölü mü diri mi olduğu hakkında bilgi yoktur veya gaiptir yani evini terk edip gitmiştir, hayatta olduğu halde evine dönmemektedir.¹⁸⁰

Kararname yalnızca mefkud için hüküm getirmiş olup, gaip olan kimse için her hangi hüküm getirmemiştir. Kocanın kaybolması dolayısıyla ortaya çıkan durumu iki şekilde ele alınmıştır.

İlki kocanın nafaka bırakmadan kaybolması; Kararnameye göre, koca gizlenir, uzak ya da yakın bir yere giderek kaybolur ise ve kadın için nafaka temin etmek zorlaşırsa, kadının talebi üzerine gerekli araştırmaları yaptıktan sonra hâkim tefrike hükmeder. İkinci durum ise kocanın nafaka bırakarak kaybolması; koca kaybolduğunda kadının nafakasının bırakılmış olması her

¹⁷⁹ Sadreddin, SR, **a.g.m.**, sy.20, c. 17, s. 21-22

¹⁸⁰ Karaman, **a.g.e.**, c. 1, s. 371

zaman için tatmin edici bir durum değildir. Komisyon üyeleri, keyfi veya bir mazerete mebni evini terk eden koca için, nafaka bıraktı diye karısının 90 sene beklemeye mahkûm edilmesinin kadın için bir yıkım olduğunu kabul edilerek bu konuda da Hanefi mezhebinin görüşünden ayrılmışlardır. Kararname bu konuda Maliki mezhebinin görüşünü esas alarak kadına tefrik talebinde bulunma hakkı vermiştir. Şurası var ki kararname iki ayrı durumda kadın için ayrı bekleme süreleri belirlemiştir. Koca mefkud ise haber alınmasında ümit kesildiği tarihten itibaren 4 sene süre verilir, bu süre zarfında kocadan haber alınamazsa ve kadın da ayrılma talebinde ısrar ederse hâkim ayrılığa hükmeder.

Şayet koca, bir savaşta kaybolmuşsa hâkim boşanmayı, her iki tarafın askerlerinin ve esirlerinin yerlerine dönmesinden sonra bir sene erteler. Bu bir sene geçtikten sonra kadının talebi üzere tefrike hükmeder. Kadın her iki durumda da vefat iddeti bekler.

Bu esasların Maliki mezhebinden istifade edilerek kanuna alınmasında şüphesiz peş peşe gelen Balkan ve I. Dünya savaşlarının ve bunların sebep olduğu sosyal çalkantıların büyük rolü vardır. Maliki mezhebinde kocanın hapse düşmesi ve benzeri durumlarda da tefrike hükmedildiği halde kararname böyle bir hüküm getirmemiştir.

Konuyla alakalı olarak hukukçuların görüşleri ise şu şekildedir;

Mefkud için Ebu Hanife ve İmam Şafii'ye göre yaşitlarının hayatı kadar bir müddet beklenir. İmam Malik'e göre ise karısının ayrılma talebinde bulunabilmesi için dört yıl beklenmelidir. Ahmet b. Hanbel ise mefkudun ölümü kuvvetle muhtemel ise dört yıl, aksi halde ise kadın ömür boyu beklemelidir görüşündedir.¹⁸¹

¹⁸¹ İbn Rüşd, **a.g.e.**, c. 2. s. 52; Karaman, **a.g.e.**, c. 1, s. 371

Savaşların meydana geldiği, şehitlerin ve esirlerin bulunduğu günün şartları dikkate alındığında kadınların, Hanefi mezhebinin görüşü uygulandığında ne denli zor durumlara düşebildiklerini kestirmek zor değildir. Kararnamenin gaip yani evini özürsüz, bilerek terk eden ve geri dönmeyen şahıslar için bir hüküm getirmemesinden de söz konusu maddenin bir zaruret bir zorunluluk sebebiyle konulduğu anlaşılmaktadır.

G- Aile Meclisi İle İlgili Görüşleri

Ailede geçimsizlik söz konusu olduğunda şayet bu geçimsizliğin sebebi kadın ise erkeğin talak hakkı vardır. Fakat söz konusu duruma erkek sebep olursa ve talak veya muhalaa ile eşini eşler arasında ayrılık söz konusu olabilmektedir. İslam hukukunda, aile içerisinde meydana gelen huzursuzluk, geçimsizlik gibi durumlarda aile meclisi oluşturarak soruna çözüm arama uygulaması mevcuttur. Fakat İslam hukukçuları söz konusu aile meclisinin yetkileri konusunda farklı görüşlere sahiptirler.

Konuyla alakalı kararname maddesi şu şekildedir:

130. Madde: “Zevceyn beyninde niza ve şikak zuhur edip de tarafeynden biri hâkime müracaat ederse hâkim tarafeyn ailelerinden birer hakem tayin eder. Bir veya iki taraf ailesinden hakem tayin olunacak kişi bulunamaz veya bulunup da hakem olacak evsafı haiz olmazsa hariçten münasiplerini tayin eyler. Bu sûretle teşekkül eden aile meclisi tarafeynin ifadat ve müdafaatını tetkik ile beynlerini ıslaha çalışır. Kâbil olmadığı sûrette kusur zevce de ise beynlerini tefrik eder ve zevce de ise mehrin tamamı veya bir kısmı üzerine muhâla'a eyler. Hakemler ittifak edemezlerse hâkim evsaf-ı lazîmeyi haiz diğer bir heyet-i hakemiyye veya tarafeyne garabeti olmayan üçüncü bir hakem tayin eyler. Hakemlerin verecekleri hükm-ü kati veya nâkâbili itirazdır”

Maddenin gerekçe layihasında Maliki mezhebinin görüşünün esas alındığı, Hanefilere göre oluşturulan aile meclisinin karı koca arasını ayırmaya yetkili olmadığı dolayısıyla sorunun çözümünde yetersiz kaldığı ifade edilmektedir.¹⁸²

Sadreddin Efendi'nin madde hakkındaki değerlendirme ve eleştirileri ise şu şekildedir:¹⁸³

1- Sadreddin Efendi maddenin gerekçe layihasında geçen, gerekli durumlarda aile meclisi oluşturmanın vacip olduğu hissi verilmesini, bunun sadece müstehap bir konu olduğunu ve Hanefi mezhebine göre aile meclisinin sorunu çözmede yetersiz kaldığı görüşünü, durumun tam tersi olduğunu belirterek eleştirmektedir.

2- Sadreddin Efendi yalnızca Hanefilerin değil Şafii ve Hanbelîlerin de aile meclisinin karı koca arasını ayırma yetkisinin bulunmadığı görüşüne sahip olduklarını savunarak Kitap ve Sünnet'e uygun olanın da bu yöndeki görüş olduğunu savunmaktadır.

3- Sadreddin Efendi madde ile getirilen, aile meclisi karı kocanın ifadelerini aldıktan sonra barış gerçekleştiremezlerse aralarını ayırır şeklindeki bir uygulamanın asıl olarak madde hazırlanırken görüşü esas alınan Maliki mezhebine de uymadığını savunmaktadır.

4- Sadreddin Efendi, kararnamenin gayri müslimler alakalı bazı maddelerinin onların bağlı bulundukları mezhebin görüşlerinin geçerli olduğundan yola çıkarak İslam ahalisinin neden mezhebi değiştirilmek isteniyor. Onlar da kendi mezhepleriyle amel etmek istemezler mi sorusunu yöneltmektedir.

¹⁸² Aydın, **a.g.e.**, s. 280-281

¹⁸³ Sadreddin, SR, **a.g.m.**, sy. 439, c. 17, s. 181-183; Sadreddin, SR, **a.g.m.**, sy.445, c. 18, s. 29-31

Kararnamenin getirdiği önemli hükümlerden biri olan ailede meydana gelen bir geçimsizlik durumunda kadına tefrik hakkını tanımasıdır. Bilindiği gibi geçimsizliği kadın çıkartırsa erkeğin talak hakkı vardır. Fakat söz konusu duruma erkek sebep olursa ve talak veya muhalaa ile eşini boşamaya yanaşmazsa Hanefilerin görüşüne göre kadının yapabileceği hiçbir şey yoktur. Gerçi aralarını düzeltmek için yüne hakemler tayin edilir fakat bu hakemlerin karı kocanın arasını ayırmak gibi bir yetkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle kararname maddesi hazırlanırken Maliki mezhebinin görüşünü esas almıştır.

Maddeye göre eşler arasında geçimsizlik çıktığında eşlerden birisi hâkime müracaat ederse hâkim her iki tarafından ailelerinden birer hakem tayin eder. Bu hakemler eşlerin arasını düzeltmeye çalışır, bu mümkün olmazsa ve kusur kocada ise aralarını tefrik eder. Şayet kusur kadında ise mehrin tamamı veya bir kısmı üzerine muhalaaya hükmeder. Hakemler ittifak edemezlerse hâkim üçüncü bir hakem veya yeni bir hakem heyeti tayin eder. Yine maddeye göre hakemlerin verecekleri karar kesin olup, itiraz imkânı bulunmamaktadır.

Konuyla alakalı âlimlerin görüşleri ise şu şekildedir:

Nisa suresindeki ilgili ayetten hareketle âlimler eşler arası bir geçimsizlik durumunda toplum ve devleti temsilen hâkimin iki hakem görevlendirip eşlerin arasını düzeltme teşebbüsünde bulunmalarını istemesinin gerekliliği hükmünde birleşmişlerdir.¹⁸⁴ Bu durum, eşler arasında geçimsizlik meydana gelmesi durumunda hakem heyeti oluşturulması hakkında bulunan Kitap hükmünün yanı sıra âlim ve müctehidlerin de bu konuda bir icma içerisinde olduklarını göstermektedir.

¹⁸⁴ Bilmen, **a.g.e.**, c. 2, s. 288; Karaman, **a.g.e.**, c. 1, s. 373

Hakem heyeti oluşturulması konusunda görüş birliği içinde olan âlimler hakemlerin yetkileri konusunda görüş ayrılığına düşmüşlerdir.

Ebu Hanife ve bir rivayete göre Şafii ve Ahmed b. Hanbel'e göre hakemler vekil durumundadır. Müvekkilleri neye yetki vermişlerse ancak o tasarrufları geçerlidir görüşündedir. Eşlerin arasını -vekâlet verilmemişse- ayırma yetkileri yoktur. İmam Malik ve diğer bir rivayete göre Ahmed b. Hanbel ile Ali, İbn Abbas, Şa'bi, Nehai ve Evzai gibi müctehidlere göre hakemler hâkim durumundadırlar. Karı kocanın yetki vermesine gerek kalmaksızın aralarını düzeltme, bedel karşılığında veya bedelsiz tefrik şıklarından birini tercih onlara aittir. Söz konusu ayet ve sahabe uygulamaları buna işaret etmektedir.¹⁸⁵ Görüldüğü gibi madde Maliki mezhebinde mevcut olan bir uygulamayı yürürlüğe koymuştur.

II. ELEŞTİRİLERİN SONUÇLARI

Bazı eksikleri olmasına rağmen alanında ilk olma özelliği olan ve birçok yenilikleri içeren Hukuk-ı Aile Kararnamesi Osmanlı Devletinde çok kısa ömürlü olmuştur. Peki, kanun neden bu kadar kısa ömürlü olmuştur? Bu sorunun cevabı dönemin siyasi ve sosyal şartlarında ve getirmiş olduğu yeniliklerde karşımıza çıkmaktadır.

Kanun genel olarak kabul görmesine rağmen iki kesim tarafından şiddetle eleştirilmiştir. Bu iki kesim gayri müslimlerin ruhani liderleri ve muhafazakâr İslamcılardır. Bu iki grup kararname aleyhinde bir ortam oluşturmuşlar ve Osmanlı Devleti'nin içerisinde bulunduğu siyasi durum, muhafazakârların hükümet nezdinde, gayri müslim ruhani liderlerin de itilaf devletleri nezdinde etkisini büyük ölçüde artırmıştır. Bu nedenledir ki

¹⁸⁵ Malik, *el-Muvatta*, s. 584; İbn Kudame, *a.g.e.*, c. 7, s. 321; İbn Rüşd, *a.g.e.*, c. 2, s. 81

kararnamenin yürürlükten kaldırılma sebebinin bu iki grubun etki ve gayretleri olduğu görüşü genel kabul görmektedir.

Gayri müslimlerin ruhani liderlerinin kararnameye karşı çıkmaları, Osmanlının o dönemde bulunduğu siyasi durum da göz önüne alındığında kararnamenin ilga edilmesinde etkili olduğu kesindir. Fakat söz konusu durum kararnamenin yalnızca gayri müslimler ilgili olan kısmının yürürlükten kaldırılmasını açıklayabilirse de kararnamenin bütünüyle kaldırılmasını izah edemez. Nitekim Fransız manda idaresindeki Suriye'de kararname yürürlükten kaldırılmamış yalnızca ruhani liderlerin yargı yetkilerini ellerinden alan 156. madde yürürlükten kaldırılmıştır. Aynı şekilde Filistin'de gayri müslimlerle alakalı kısmı hariç diğer hükümleri uygulanmaya devam etmiştir. İlga kararnamesine dair Şuray-ı Devlet Tanzimat mazbatasında kararnamenin içeriğindeki eksiklikler sebebiyle yalnız müslümanlar için yürürlükte kalmasının sakıncalı olduğu yönünde ifadeler yer almaktadır.¹⁸⁶ Buradan da anlaşılmaktadır ki özellikle çalışmamızın konusu olan Sadreddin Efendi'nin başını çekmiş olduğu İslamcı ulema tarafından kararnameye yöneltilen eleştiriler kanunun tamamen yürürlükten kaldırılmasında önemli rol oynamıştır. Hukuk Fakültesi müderrislerinden Abdurrahman Münip konuyla alakalı şöyle demektedir: "Teessüf edeceğimiz bir nokta var ki cemaat-ı gayri müslimeye müteallik Hukuk-ı Aile Kararnamesinde mevcut ahkâmın ilgası sırasında, bizim esasat-ı fıkhiyyemize tamamen, harfi harfine mutabık olduğu her zaman kemal-i muvaffakiyetle müdafaa edilebilen Müslümanlara ait ahkâm da vahi bir mütalaa ile ilga edilmiştir. İşbu kararnamede Müslümanlara ait mesailin bir kısmının bazılarının iddiasına rağmen ekseriyetinin hilaf-ı şer'i şerif olduğu furuhtesi işbu ilga için sebep-i müessir olmuştur."¹⁸⁷

Hukuk-ı Aile Kararnamesine yöneltilen eleştirilerin sonuçlarıyla alakalı olarak, gayri müslimlerin ruhani liderlerinin karşı çıkmaları sonucu kanunun gayri müslimlerle ilgili maddelerinin ve muhafazakâr hukukçuların özellikle de

¹⁸⁶ Ansay, **Eski Aile Hukukumuz Bir Nazar**, s. 55

¹⁸⁷ Abdurrahman Münip, **Hukuk-ı Medeniye**, İstanbul, 1340, c. 5-6, s. 9

Sadreddin Efendi'nin kararnameye yöneltmiş olduğu eleştirileri kararnamenin tümünün yürürlükten kaldırılmasında etkin rol oynadığını söyleyebiliriz.

SONUÇ

Tanzimat dönemi birçok bakımdan olduğu kadar hukuk tarihi bakımından da önemlidir. Kuruluşundan 19. asrın ortalarına kadar devam eden klasik Osmanlı hukuk düzeni ilk defa Tanzimat döneminde gerek mahkemelerin yeniden düzenlenmesi ve gerekse bu mahkemelerde uygulanmak üzere yeni kanunların hazırlanmasıyla köklü bir değişikliğe uğramıştır.

Tanzimat döneminde yapılan kanunlaştırmalar iki ana gruba ayrılmaktadır. Bunlar, klasik Osmanlı hukukunun kanunlaştırılmasıyla ortaya çıkan milli kanunlar ve Batıdan ya aynen veya kısmi değişikliklerle alınan batı kaynaklı kanunlar.

Tanzimat sonrası yapılan onlarca kanunlaştırma hareketi esnasında aile hukuku bu hareket dışında tutulmuş ve kanunlaştırılmamıştır. Aile hukukunun kanunlaştırılmamasında bir takım sebepler rol oynamıştır. Aile hukuku sahası bu bir takım sebepler dolayısıyla kanunlaştırılmamış fakat tamamen de başıboş bırakılmamıştır. Dolaylı yollarla da olsa bu sahayı düzenlenmeye çalışılmış ve Aile Kararnamesine uygun zemin hazırlanmaya çalışılmıştır.

Aile kararnamesi öncesinde nikâh, talak ve ölümlerin nüfus memurluğuna bildirilmesi, izinnamesiz kıyılan nikâhlara yönelik cezalar, kızın velisinin haksız yere izin vermemesi durumunda kadı'nın nikâha izin vermesi, İran uyruklularla evlenme yasağı, mehir konusunda getirilen sınırlamalar gibi hususlarda kanuni düzenlemeler yapılmıştır. Böylece Tanzimat sonra birkaç özel kanun maddesiyle de olsa devletin evlenme ve boşanma işlemlerindeki kontrolü artmış olmaktadır.

Tanzimattan sonra başlayan kanunlaştırma çalışmalarının son büyük halkası Hukuk-ı Aile Kararnamesidir. Söz konusu dönemde aile hukuku

alanında görülen münferit gelişmeler aile kararnamesiyle toplu ve köklü bir hüviyete bürünmüştür.

Aile kararnamesi pek çok yenilik içermektedir. Kararnamesi sahasında ilk olma özelliği taşımaktadır; Müslümanlar, Hristiyanlar ve Museviler hakkında ayrı hükümler içermektedir; yine kararname ilk defa Hanefi mezhebine bağlı kalma geleneğinden ayrılarak, ihtiyaç duyulan noktalarda diğer mezheplerden de faydalanma yoluna gitmiştir; cemaat mahkemelerinin yetkilerini kaldırmış bu sahada yargı birliğini gerçekleştirmiştir; Evlenme ve boşanmada devlet kontrolü getirmiştir; Kadınların bazı durumlarda mahkeme yoluyla boşanmalarının önünü açmıştır; Çok eşliliği sınırlandırmış ve evlenme için asgari yaş sınırı getirmiştir. Görüldüğü gibi kararname pek çok yenilikler içermektedir.

Saydığımız bu özellikleri dolayısıyla kararname iki kesim tarafından eleştirilmiştir. Gayri müslimlerin ruhani liderleri kararnamenin mahkemelerinden yargılama yetkilerini ellerinden alan maddesini eleştirmişlerdir. Osmanlı devletinin o dönemde içinde bulunduğu siyasi durum bu eleştirileri daha da etkili hale getirmiştir. Gayri müslimlerin liderleri tarafından yöneltile eleştiri şüphesiz kararnamenin hayatiyeti noktasında olumsuz etkiye sahiptir. Fakat bu nokta kararnamenin bütünüyle kaldırılması hususunu açıklayamamaktadır.

Kararnamenin kısa ömürlü olmasında asıl etken muhafazakâr hukukçuların kararnameye yöneltmiş olduğu eleştirilerdir. Kararnamenin biraz önce saydığımız bütün özellikleri muhafazakâr hukukçular tarafından sert eleştirilere tabi tutulmuştur. Çalışmamızın konusu olan Sadreddin Efendi bu konuda en şiddetli eleştirilerin sahibidir. Gördük ki Sadreddin Efendi'nin kararnameye yöneltmiş olduğu eleştirilerinin asıl sebebi kararname hazırlanırken o güne kadar Osmanlı Devleti'nin resmi mezhebi olan Hanefi mezhebinin terk edilmesidir. Bunun yanı sıra Sadreddin Efendi, kararname hazırlanırken İslam hukuku hakkında mesnetsiz görüşlere sahip ve asıl

maksatları söz konusu hukuk sisteminin muhafazası olmayan Ziya Gökalp ve benzeri kişilerin görüşlerinin kararnameye yansıdığını düşünmektedir. Ve bu da Sadreddin Efendi'nin eleştirilerine sebep olmaktadır.

Sadreddin Efendi kararnamenin yüz dört maddesini eleştirmektedir ve eleştirilerinin eksenini Hanefi mezhebinin terki konusudur. Değerlendirmelerinde teknik olduğu kadar fikri noktada da eleştiriler bulunmaktadır.

Bilmekteyiz ki kararname olumsuz şartlar içinde hazırlanmıştır. Doğal olarak da hazırlandığı dönemin olumlu ve olumsuz izlerini de taşımaktadır. Söz konusu olumsuz şartlar kararnamenin bazı yenilikler içermesinde zorlayıcı bir faktör olmuş olup, aynı şartlar kararnamenin birçok bakımdan eksik hazırlanmasına da sebep olmuştur.

Sonuç olarak, Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ne yönelik eleştirilerini değerlendirdiğimiz Sadreddin Efendi'nin eleştirilerinin asıl sebebi, o güne kadar Osmanlı Devleti'nin resmi mezhebi olan Hanefi mezhebinin terk edilmesidir. Kararname hazırlanırken İslam hukuku hakkında mesnetsiz görüşlere sahip olan ve Sadreddin Efendi'nin, İslam hukukunun muhafazası noktasında samimi olmadıklarına inandığı kişi veya grupların kararname üzerindeki etkili olduklarını iddia etmesidir. Hâlbuki az önce de bahsettiğimiz gibi getirilen yeniliklerde dönemin şartları zorlayıcı bir faktör olmuştur. Kararname hazırlanırken İslam hukuku çerçevesinden de çıkılmamıştır. Sadreddin Efendi'nin düşündüğü gibi Batıcı yahut Türkçüler kararname de muhafazakâr hukukçular kadar etki sahibi olamamışlardır.

Devrin idarecileri, aile hukuku gibi dikenli bir sahayı birçok köklü değişiklik ve yeniliği içerecek şekilde kanunlaştırarak önemli bir görevi yerine getirmişlerdir.

KAYNAKÇA

ABDURRAHMAN MÜNİB; **Hukuk-ı Medeniye**, İstanbul, 1340-41

ABDURREZZAK, Ebu Bekr Abdurrezzak b. Hemmam Abdurrezzak es-San'ani, **el-Musannef**, Beyrut, el-Meclisü'l İlmî, 1983

AHMED NAİM; **"Teaddüd-i Zevcat İslamiyet'te Men' Olunabilir mi?"**, Sebilü'r Reşad Mecmuası, sy. 298

AKGÜNDÜZ, Ahmet; **Türk Hukuk Tarihi, I-II**, İstanbul, O.A.V. Yay., 1996

ANSAY, Sabri Şakir; **Medeni Kanunun 25. Yılı Münasebetiyle Eski Aile Hukukumuz Bir Nazar**, Ankara, 1952

ALBAYRAK, Sadık; **Son Devir Osmanlı Uleması, I-V**, İstanbul, Medrese Yay., 1980

_____; **Son Devrin İslam Akademisi**, İstanbul, Yeni Asya Yay., 1973

AYDIN, Mehmet Akif, **İslam-Osmanlı Aile Hukuku**, İstanbul, M.Ü.İ.F. Yay., 1985

_____, **İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları**, İstanbul, İz Yayınları, 1996

_____, **"Osmanlılarda Aile Hukukunun Tarihi Tekâmülü" B.A.A.K. Aile Yazıları, c. III**, Ankara, 1992

_____, **"Osmanlı Hukukunun Genel Yapısı" Osmanlı Devleti Ve Medeniyeti Tarihi, I-II** Ed. Ekmeleddin İHSANOĞLU, İstanbul, 1998

_____, "Hukuk-ı Aile Kararnamesi" **DİA, c. XVIII, s. 318**

BERKES, Niyazi; **Türkiye'de Çağdaşlaşma**, Ankara, Bilgi Yayınevi, 1973

BEYHAKÎ, Ebu Bekir Ahmed b. Hüseyin b. Ali; **Sünenü'l Kübrâ, I-XI**, Beyrut, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1994

_____; **Ma'rifetü's Sünen ve'l Asar**, Karaçi, Camiatü'd Diraseti'l İslamiyye, 1991

BİLMEN, Ömer Nasuhi, **Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahât-ı Fıkhiyye Kamusu, I-VIII**, İstanbul, Bilmen Yayınevi, 1968

BOSTANCI, Ahmet; " **Ürdün Ahval-i Şahsiye (Hukuk-ı Aile) Kanunlarında Osmanlı Tesiri**" <http://www.marife.org>

BOZKURT, Gülnihal; **Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi**, Ankara, T.T.K. Yay., 1996

BUHARÎ, Ebu Abdullah Muhammed b. İsmail; **Sahihu'l Buhari: el-Camiu's-Sahih; I-IV**, Beyrut, Daru İhyau't-Turasi'l Arabî, 1992

Ceride-i Adliyye; İstanbul, 1325 (1949)

Ceride-i İlmiyye; İstanbul, 1332-1341

CİN, Halil; **Eski Hukukumuzda Boşanma**, Konya, Selçuk Üniversitesi Yay., 1988

DAREKUTNÎ, Ebul Hasan Ali b. Ömer b. Ahmed, **Sünen**, Medine, Daru'l Mehasin, 1966

DEVELLIOGLU, Ferit; **Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat**, Ankara, Aydın Kitabevi Yay., 2002

DÜSTUR, İstanbul-Ankara, Başvekalet Neşriyat ve Müdevvenat Dairesi Müdürlüğü, 1322

EBU DAVUD, Süleyman b. Eş'as b. İshak el-Ezdi es-Sicistani, **Sünen**, Beyrut, Daru'l Cinan, 1988

_____; **el-Merasil**, Beyrut, Müessesetü'r Risale, 1988

EBU ZEHRA, Muhammed b. Ahmed b. Mustafa; **İslam Hukuku Metodolojisi**, Trc: Abdulkadir ŞENER, Ankara, Fecr Yay., 1994

_____; **el-Ahvalu's Şahsiyye**, Beyrut, Daru'l Fikri'l Arabiyyi, 1957

EMİNEFENDİZADE KÜÇÜK, Ali Haydar, **Dürerü'l-Hükkâm Şerh-i Mecelleti'l-Ahkâm, I-IV**, Beyrut, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1895

FINDIKOĞLU, Ziyaeddin Fahri; **"Tanzimatta İctimaî Hayat" Tanzimat I**, Ankara, Maarif Vekâleti, 1940

_____, **Hukuk Sosyolojisi**, İstanbul, 1958

_____; **"Aile Hukukumuzun Tedvini Meselesi" Ebu'l Ula Mardin'e Armağan**, İstanbul, 1943

GÖKALP, Ziya; **Türkçülüğün Esasları**, İstanbul, Varlık Yayınevi, 1955

_____; **"İctimai Usul-ı Fıkıh"** İslam Mecmuası, sy. 3

HEYSEMÎ, Ebul Hasan Nureddin Ali b. Ebi Bekr b. Süleyman, **Mecmau'z Zevaid ve Menbau'l Fevaid**, Beyrut, Daru'l Kitabi'l Arabi, 1967

İBN ABÎDÎN, Muhammed Emin b. Ömer b. Abdulaziz ed-Dimeşkî, **Reddû'l-Muhtar Alâ Dürri'l Muhtar, I-V**, Bulak, Matbaatu'l-Kübra, 1272

İBN HACER, Ebu'l Fazl Şehabeddin Ahmed el-Askalani; **Fethu'l Bari fi Şerhi Sahihi'l Buhari**, Kahire, 1988

İBN HÜMAM, Kemaleddin Muhammed b. Abdülvahid b. Abdulhamid; **Fethu'l Kadir, I-IX**, Beyrut, Dar-u İhyau't-Turasi'l Arabi, 1990

İBN KUDAME, Ebu Muhammed Muvaffakuddin Abdullah b. Ahmed, **el-Muğni**, Hecr li't Tıbaa ve'n Neşr, Kahire

İBN MACE, Ebu Abdullah Muhammed b. Yezid er-Rebeî el-Kazvinî, **Sünen-ü İbn Mace, I-II**, Daru İhyau't-Turasi'l Arabî, 1975

İBN RÜŞD, Ebu'l Velîd Muhammed b. Ahmed, **Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l Muktasid, I-II**, Beyrut, Daru'l-Kütübi'l-İslamiyye, 1982

İHSANOĞLU, Ekmeleddin; **Osmanlı Devleti Tarihi, I-II**, İstanbul, 1992

İMAM MALİK, Ebu Abdullah el-Asbahi el-Himyari Malik b. Enes; **el-Muvatta**, Beyrut, Müessesetür Risale, 1992

İZMİRLİ, İsmail Hakkı; **"İctimaî Usul-ı Fıkha İhtiyaç Var mı?"** Sebilü'r Reşad Mecmuası, sy. 298

_____; **"Örfün Nazar-ı Şeriattaki Mevkii"** Sebilü'r Reşad Mecmuası, sy. 293

_____; " **Amel-i Ehl-i Medine**" Sebilü'r Reşad Mecmuası, sy. 294

_____; "İcma, Kıyas ve İstihsanın Esasları" Sebilü'r Reşad Mecmuası, sy. 295

KARAKOÇ, Sarkis; **Külliyat-ı Kavanin**, Yay. Haz: M. Akif Aydın, Ankara, TTK, 2006

KASANİ, Ebu Bekr Alaaddin Ebu Bekr b. Mesud b. Ahmed, **Bedai'us Sanai fi Tertibi's Şerai**, Mısır, Matbaatu'l Cemaliyye, 1910

KAYNAR, Reşat; **Mustafa Reşit Paşa ve Tanzimat**, Ankara, 1954

KARAL, Enver Ziya; "Tanzimat Öncesi Batılılaşma Hareketleri" **Tanzimat I**, Ankara, Maarif Vekâleti, 1940

_____; **Osmanlı Tarihi**, Ankara, TTK, 1996

KARAMAN, Hayreddin; **Mukayeseli İslam Hukuku, I-III**, İstanbul, İz Yayıncılık, 2003

_____, **İslam'ın Işığında Günümüz Meseleleri, I-II**, İstanbul, Nesil Yay., 1993

_____, **Yeni Gelişmeler Karşısında İslam Hukuku**, İstanbul, Nesil Yay., 1992

KAHRAMAN, Abdullah; " **Mansûrîzâde Said'in Klasik Fıkıhçılara Yönelttiği Bazı Eleştiriler**" <http://www.cumhuriyet.edu.tr>

MALİK B. ENES, Ebu Abdullah el-Esbahi el-Himyari, **el-Muvatta**, Beyrut, Müessesetü'r Risale, 1993

MANSURİZADE, Said; **"Teaddüd-i Zevcat İslamiyette Men' Olunabilir"**
İslam Mecmuası, sy. 8

MARDİN, Ebu'l Ula; **Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa,**
İstanbul, İ.Ü.H.F. yay., 1957

MES'UD, **Mir'ât-ı Mecelle,** İstanbul, Matbaa-i Osmaniye, 1882

MEVSİLÎ, Ebu'l Fazl Mecdüddin Abdullah b. Mahmud b. Mevdud, **el-İhtiyâr li-Ta'lîli'l-Muhtâr, I-IV,** Beyrut, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1972

NURÎ, Celal; **Havaic-i Kanuniyyemiz,** İstanbul, 1331

_____; **Kadınlarımız,** İstanbul, 1331

_____; **İttihad-ı İslam,** İstanbul, Yeni Osmanlı Matbaası, 1331

ONGUNSU, Ahmet; **"Tanzimat Amillerine Genel Bakış"** Tanzimat I,
Ankara, Maarif Vekâleti, 1940

ÖZEL, Ahmet; **Hanefi Fıkıh Alimleri,** Ankara, TDV yay., 1990

SADREDDİN; "Hukuk-ı Aile ve Usûl-i Muhakemât-ı Şer'iyye Kararnâmeleri
Hakkında" **Sebîlü'r-Reşâd Mecmuası, I-X,** sy. 382–445, İstanbul, 1958

SERAHSÎ; Ebu Bekr Şemsu'l Eimme Muhammed b. Ahmed b. Sehl; **el-Mebsut,** Beyrut, Daru'l Marife, 1993

SCHACHT, Joseph; **İslam Hukukuna Giriş,** Trc: Mehmet DAĞ-Abdulkadir
ŞENER, Ankara, A.Ü.İ.F. Yay., 1986

ŞA'BAN, Zekiyyüddin; **el-Ahkamu's Şer'iyye li Ahvali's Şahsiyye**, Bingazi, Camiatu Karyunus, 1993

ŞEVKANÎ; Ebu Abdullah Muhammed b. Ali b. Muhammed el-Havlani, **Neylû'l Evtar**, Kahire, 1971

TANER, Tahir; " **Tanzimat Devrinde Ceza Hukuku**" **Tanzimat I**, Ankara, Maarif Vekâleti, 1940

TİRMİZÎ, Ebu İsa Muhammed b. İsa b. Sevre es-Sülemî, **el-Câmiu's-Sahîh**, Beyrut, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1992

_____; **Sünenü't Tirmizi**, Beyrut, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1992

TUNAYA, Tarık Zafer; **İslamcılık Cereyanı**, İstanbul, 1962

ÜÇÖK, Coşkun; **Türk Hukuk Tarihi Dersleri**, Ankara, A.Ü.H.F. Yay., 1972

ÜLKEN, Hilmi Ziya; "**Tanzimattan Sonra Fikir Hareketleri**" **Tanzimat I**, Ankara, Maarif Vekâleti, 1940

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, "**Kanunlaştırma ve Tanzimat**" **Tanzimat I**, Ankara, Maarif Vekâleti, 1940

**EK.1. SADREDDİN EFENDİ'NİN HUKUK-I AİLE VE USUL-U
MUHAKEMAT-I ŞERİYYE KARARNAMELERİ HAKKINDAKİ
MAKALELERİNİN METNİ**

**I- HUKUK-I AİLE VE USUL-U MUHAKEMAT-I ŞERİYYE
KARARNAMELERİ HAKKINDA¹⁸⁸**

Hukûk-ı Âile ve Usûl-u Muhakemat-ı Şer'îyye kararnâmeleri hakkında¹⁸⁹ Dâru'l Fünûn mülgâ İlahiyat Şubesi Hikmet-i Teşri' müderrisi mütebahhirîn ulemâdan muhaddis, fakîh-i şehîr Sadreddin Efendi hazretleri tarafından evvelce kaleme alınıp, hükûmet-i sâbıkaca neşrine müsaade edilmeyen lâyihayı kemâl-i ehemmiyetine mebni derç ediyoruz. Meselenin meclis-i mebusanca mevzu-ı bahs olduğu şu günlerde milletvekillerinin bu lâyihayı mevzunun ehemmiyetiyle mütenâsib sûrette takip ve tetkîk edecekleri kaviyyen me'muldur.

Hukûk-ı Âile Kararnâmesi, komisyon-ı mahsûsu tarafından tanzim edilmiş olan esbâb-ı mûcibe lâyihasıyla beraber mütâlaa olundu. Taallukuna mebnî Usûl-ı Muhâkeme-i Şer'îyye kararnâmesi de gözden geçirildi. Hukûk-ı Âile kararnâmesinin heyet-i umûmiyyesi ve ruhunu teşkîl eden maddeleri, ümid olunduğu gibi, halkın mesâlih ve menâfi'lerine hâdim, örf ve âdât ve âdâb ve ahlâk-i milliyyelerine muvâfık değil. Teemmül olundukça kavâid-i dîniyyemiz ile kâbil-i te'lif olmayıp, binâen aleyh Kânûn-i Esasî'ye de mutâbık olmadığı zâhir oluyor.

Ehl-i İslam'a taalluk eden yüz üç maddenin kırktan ziyadesi alûd. Ber tafsil-i beyân olunacağı üzere bir takımları şer-i ma'lûma, nusûsa, icma'a

¹⁸⁸ Müellifin, Sebîlû'r Reşâd Mecmuasında bu başlık altında dizi halinde 20 adet makalesi yayınlanmıştır. İlk 12 makale evlenme, sonraki 8 makale ise boşanma ile alakalıdır. Makalelerin orijinal metinleri için bkz. Sadreddin, "**Hukuk-ı Aile ve Usul-ı Muhakemat-ı Şer'îyye Kararnameleri Hakkında**" Sebîlû'r Reşâd Mecmuası, sy. 382-445

¹⁸⁹ Birinci Makale, Sadreddin, **a.g.m.**, Sebîlû'r Reşâd, sy. 382, s. 321-323

muhâlif ahkâmı muhtevî: Münâkehâtın birinci bâbının fasl-ı sâniyesiyle müteallik olan 53. maddesi ve müfârekâtın 130. maddesi, 75. maddeyle müfesser olan 19. maddenin fıkra-ı ahîresi gibi. Bazıları da kıymet-i şer'îyyeden arî kânûn şekline vaz' olunmuş, izar-ı nâsı müeddi: 33, 37, 110. maddeleri gibi. Birçoğu da mesâil-i ihtilâfiyyeden. Lakin edillesine nazar ile tarîk-i şeri'siyle tercih olunmuş akvâl değil. Ve ekserisi nâdiru'l vuku' olan umûra müteallik. Kabullerinde nâs için öyle faide me'mûl değil. Bilakis menâfi'lerini ihlal edecek, kuyûd ve şürûtu terk olunarak alınmış akvâl ve şer'an cem'i câiz olmayan kavillere istinât ettirilmiş maddelerde var.

Kararnâme'yi tanzim ederken komisyon heyetinin tuttukları meslekte hata ettikleri anlaşılıyor. Esbâb-ı mûcibe lâyihasının ibârât-ı sarîhasından müstebân olunacağı üzere îcâbât-ı medeniyyeden addolunarak ona binâen tertîb olunan kânûnlar bir kere de akvâl-ı fukahâya nazar olunup bazılarına istinat ettirilirse artık meşru'iyet iktisâb eder ve bununla vazife-i dîniyye ifâ edilmiş olur... zan olunmuş. Bu ise galattır. Çünkü ahkâm-ı şeri'yye ikinci dereceye bırakılmış oluyor. Hâlbuki birinci derecede ve lizatihâ mültezim olması, mahzâ' edille-i şeri'yyenin medlûlü Kitâbullah ve Sünnet-i Nebeviyyenin mefadı olduklarından dolayı ahz ve kabul edilmeleri dîn-i islâmın esasından olarak matluptur. “فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا”¹⁹⁰ (Hayır, Rabbinde andolsun ki aralarında çıkan anlaşmazlık hususunda seni hakem kılıp sonra da verdiği hükümden içlerinde hiçbir sıkıntı duymaksızın (onu) tam manasıyla kabullenmedikçe iman etmiş olmazlar.) âyet-i celîlesi bu babda nass-ı kâtî'dir. Bir kaziyyeyi ahkâm-ı ilâhiyyeden dolayı teslîm ve kabul etmek başka, îcâbât-ı medeniyyedir yahut maslahat-ı nâsa erfaktır diyerek tahsin ve tasvib edilip de ona muvâfık kavli ihtiyar ve teşrî' edelim demek başkadır.

Evet, her müstakil olan devlet hakk-ı teşrî'i haizdir. İsteddiği din ve şeriatı dilediği kânûnu kabul yahut tanzim eder. Başkaları ona müdahale

¹⁹⁰ Nisa, 4/65

edemez. Lakin bir dini kabul eylemiş olan hükûmetin teşri' edeceği kavâninin de o din ve şeriatın ahkâmı dairesinde, ânın usûl ve kavâidi üzere vaz' olunması da lazım gelir. Nezd-i fukahâda bir kavlin maslahat-ı nâsa erfak olması da esbâb-ı tercihtendir. Lakin mansûs ve mücma' aleyh olan mevazı'da değil. Ancak müctehid fih olan umurda akyısey-i fıkhiyyenin müteâriz olup vech-i âharla tercih mümkün olmadığı mesâilde olur.

Tarikat-ı meslûke-i dîniyyeden olan cemâat-i eimmenin kavli-meşhûrundan udûl ile edille-i şer'îyyeye nazar etmeksizin garâib akvâli tercih etmek; akvâl-i eimmeye nazar ile tercih ederken ol babtaki edille-i şeri'yye ve nusûs ve âsâr ve akvâl-i nebeviyyeyi terk ve ihmal ve itrâh eylemek câiz olmadığı zarûriyyât-ı dîniyyeden olarak ma'lum ve mücma' aleyhtir. Müctehid de bazen hata eder. Mevzı-ı nassta ictihâd etmiş, nass kendisine bâliğ olmamış olur. Kendisi bu babta mazurdur. Lakin delîl zâhir olduktan sonra onu taklit eylemek câiz olmaz ve onun bu hatasıyla mesele ictihâdiyyât menzilesine inmez. Hilâfı ihtilaftan ma'dûd olamaz. Erbâb-ı saltanat ve hükûmet onla amel olunmasını emreyleyip hâkimler mucibince hükmetselerse o hükümler şer'an sahih ve nafiz olmaz.

Bir kavli ile ahz-i emr olunabilmek için evvel emirde onun hakîkaten mevzu-ı ictihâd olan bir meseleye dair olması şarttır ve bu şartın tahakkukundan sonra da o kavli ve mezhepte mura'î olan kuyûd ve şurûta dikkat olunmak elzemdir. Birisi terk ve ihmal olunarak alınırsa mesele değişir. O kavli artık müctehid kavli değildir.

Edille-i şeri'yye tafsîle müsâid olmakla eimme-i kirâmın mutlak ve gayr-i mütecezzi olan kavillerini keyfi taksimât ile ortalarından bölmek, her birini vukuâtın bir kısmına tahsis etmek, yekdiğerinin zıddı olup birisinin indallah hata olduğu müteyakkin olan iki kaville böyle ma'an emreylemek edille ve akvâl-ı eimmenin cemi'an hilâfını iltizam olur ki elbette meşru' olmaz, icmaen bâtıldır.

Murûr-ı zamanın da bu babta bir tesiri olamaz. Meğerki o müctehidlerin fetavâları teğayyürü ezmân ile teğayyür etmiş olan hadisâta müteallik ve zamanlar ile mukayyed olsun. Nitekim İmâm-ı Azam rahimehullâh zamanında hanelerin odaları yekdiğerine mutâbık inşa edilir olduğundan birisini rü'yet etmesiyle müşterinin hıyârı sakıt olacağına iftâ buyurmuş onun zamanından sonra adet değişip odaların muhtelif sûretlerde bina olunması ma'ruf olduğundan İmâmeyn rahimehumallâh birini görmek kifâyet etmez demişler ve cemî'an fetavâlarında isabet etmişlerdir, çünkü verdikleri hükümler yekdiğerine muhâlif değil, hep zamanlarına mahsûs ve iki zamandaki hadiselerin nev'i ve mâhiyetleri muhteliftir. Aynı hadise gibi zannediliyor olmaları ancak onları tasvîr eden suallerin her biri zamanındaki örf ve âdete göre ve ona binâen sûret-i mutlakta îrad olunup mânay-ı örfileriyle değiştiği halde lâfzen muttehid olmalarından nâşî olduğu aşikârdır. Mecellede "ezmânın teğayyürü ile ahkâmın teğayyürü inkâr olunamaz." denilmesi de ancak bu olduğu mazbatasında musarrah olup zikrolunan misaliyle de izah ve beyân edilmiştir. Ahkâm-ı şer'îyyenin kâbil-i teğayyür olmayıp fetavâdaki hükümlerin teğayyürü muhtelif hadiselere müteallik olduklarından ileri geldiği, hep suale göre fetvâ verilmiş olmaktan ibaret idi ki gösterilmiştir. Bununla beraber müntesibîn-i hukuktan bazıları mecellede ki o cümleye iğtirâr ile asl ve manasını anlamadıklarından hîl ve hurmet teğayyür eder zannediyorlar. Zaman-ı saâdetde nesholunmayan ahkâm-ı şer'îyyenin ilâ yevmi'l kıyâmeh baki olduğu zarurât-ı dîniyyeden olarak ma'lum olduğundan gaflet ederek erbâb-ı saltanat ve hükûmet zaman geçtikçe onları keyfe mâ yeşâ teğayyür ve tebdil edebilirler, akıllarıyla tensib ettikleri şurûtu ve ilaveyi ve istedikleri kaydın ref'ine salâhiyetleri vardır, zihâbında bulunuyorlar. Lâyhada " Velîy-i emrin umûr-ı mubâhada hakk-ı tasrifi müsellemtandır." denilerek teaddüd-i zevcâtın men'i bile câiz olacağından bahs olunması komisyon heyetinin de böyle düşünmüş olduklarını gösteriyor. Hâlbuki pek yanlış. Şeriatta evliyây-ı umûrun ehl-i hilâfet ve hükûmetin hukuk ve vezâifleriyle onların âra' ve tedâbirine ihale ve tefviz olunan ebvâb ve fusûl-u kesire bienva'ihâ muayyen ve ma'lum olup ziyadeyi kâbil olmadığı bedîhîdir. Nikâh hususundaki tasarrufları da velîy-i hâsları bulunmayan kızları velâyet-i

‘âmmeleri hissiyle tezvic eylemek ve – Emîrû'l Mü'minîn Ömer radiyallahu anh'den İbn Ebî Şeybe'nin Musannef'inde mürselen menkul ve Serahsî'nin Mebsut'unda mezkûr ve meşrûh olan eserinden de müstebân olmak üzere – küfüvlerin ihtiyar ile küfüvleri olmayandan men' eylemek gibi mesâlihe maksûr olduğu emr-i celîdir.

İmâm-ı müşârun ileyh zamanında bazılarının tesmiye ve itâ eylemekte oldukları mehirlerin kemiyetini istiksâr ile israfa hamlederek men'ine teşebbüs eylemesi üzerine bir Sahabe-i Celilenin ona:

Senin kavline mi yoksa Allah'ın Kitabına mı itba' olunacak? diye hitap ederek: “وَأَنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَأَنْتُمْ أَحْدِيهِنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِنَّمَا مُبِينًا”¹⁹¹ (Eğer bir eşi bırakıp da yerine başka bir eş almak isterseniz, onlardan birine yüklerle mehir vermiş olsanız dahi ondan hiçbir şeyi geri almayın. Siz iftira ederek ve apaçık günah işleyerek onu geri alır mısınız?) âyet-i kerîmesini tilâvet eyleyip men'ine hak ve salâhiyeti olmadığını tezkar edince İmâm-ı müşârun ileyh radiyallâhu anh hemen tasdik ile zühûl ve hatasını ikrar ve azminden rücu' eyledikten sonra minbere çıkarak ilan ettiği kütüb-ü sahîhe-i hadîsede esânidiyle mazbût ve müştehirdir.¹⁹²

Nass-ı Kuran'la helal edilmiş olan bir şeyin, değil erbâb-ı hükûmet ve selâtin yahut Hulefây-ı Râşidîn, vahiy ile nesholunmadıkça Peygamber-i zî-şân sallallâhu aleyhi vesellem Efendimiz bile kendiliğinden onun tahrim ve men'ine kadir olamayacağını, delîl-i şer'îsiyle sabit olan ibâha ve sıhhat-ı hükmünün tebdil ve tağyîri 'ibâd için mümkün olmayacağı yine zarurât-ı dîniyyeden olarak ma'lum olan ahkâm-ı mütevâtiredendir. “قُلْ مَا يَكُونُ لِي أَنْ أَبَدِّلَهُ”¹⁹³ (De ki: Onu kendiliğimden değiştirmem benim için olacak şey değildir. Ben, bana vahyolunandan başkasına uymam.) nass-ı celîli de bu hükmü ilan eylemektedir.

¹⁹¹ Nisa, 4/20

¹⁹² Şevkânî, **Neylû'l-Evtâr**, c. 6, s. 168; Heysemî, **Mecmau'z-Zevâid**, c. 4, s. 283

¹⁹³ Yunus, 10/15

Mecellenin o maddesi bir âyetin yahut bir hadisin tercemesi değil, bir müctehid kavli kuvvetinde de değildir. Bazı müteahhirîn kelimelerinden fazla bir şey olmayıp mücerred mesâil-i fıkhiyyenin zabtına, akvâl-i müctehidin fehmine hâdim olmak üzere tertip olunan cümlelerden olduğunu heyet-i mecelle mazbatalarında da tasrîh eylemişler, balâda zikrolunduğu üzere manası da misaliyle izah ederek tağyîrin hakikatte hadiselerin ihtilaf ve tağyîrine raci' olup nefis-i kavâid ve ahkâm-ı şer'îyyenin kâbil-i tağyîr olmadığı ihtar ve birinci maddesinin metninde de tekid ederek kavânîn-i müeyyede olduklarını tekrar beyân ve izbâr eylemişlerdir.

Mecellenin o kaidesi mantûkunca bugün teğayyür-ü ezmân ile teğayyür etmiş denilebilip zikre şâyân olan ahkâm gayr-i müslim vatandaşlarımıza taalluk eden bazı umûra münhasırdır. Onların vatanda ve hukuk ve vezâifinde ve emr-i hükûmette müşterek oldukları Tanzimâta dair olan Hatt-ı Hümayunla ilan ve Kânûn-u Esâsî ile teyid olunduğundan artık haklarında ehl-i zimmete mahsûs olan ahkâmın kâbil-i tatbik olmasında, kütüb-ü aliyye-i fıkhiyyede gösterilen va'd ve incâz aslına, kânûnun beyân eylediği kâide-i müsavâta mürâcaat olunmasında kalır. Yoksa ehl-i İslâmın muâmelâtına ve bâhusus en nazik mesâil-i dîniyyeden nikâh ve talaka dair olan ahkâm-ı şer'îyyenin ihdâs-ı kavaninle bi'l ihtiyar tağyîrine ve bir harfinin bile tebdîline mesâğ-ı şer'î olmadığı yâr ve ağyârın malumudur.

Binâenaleyh Avrupa devletlerince de bâhusus riâyet edilmekte olup ehl-i İslâmın aralarında bu misilli mesâil-i dîniyyeye dair tekevvün eden daavânın fasıl ve rü'yeti müftülerine ve müftüleri taraflarından nasp olunan kaziyyelerine terk edilmiş ve ahkâm-ı şer'îyye ile amel olunup vech-i âharla taarruz olunması da taraf-ı devlet-i aleyhten mümkün olan ahitnâmelere de idhâl ve salik oldukları Mezheb-i Hanefî haricinde mükellef tutulmamaları dahi derc olunmuştur.

Nass-ı muhkem ile helal olan cem'i zevcâtın men' ve tahrimi mümkün olacağını iddia etmek ve aralarında adl ve tesviyenin matlup olan miktarı “وَلَنْ

¹⁹⁴تَسْتَطِيعُوا أَنْ تُعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرُوا هَآ كَالْمُعَلَّقَةِ (Üzerine düşüp uğraşsanız da kadınlar arasında âdil davranmaya güç yetiremezsiniz; bâri birisine tamamen kapılıp da diğerini askıya alınmış gibi bırakmayın.) âyet-i kerîmesiyle beyân buyurulup emr-i kalbîye münhasır olmayan fazlası af ve iskât olunmuş iken hilâfını iltizam eylemek ve hiçbir zaman mümkün olmayan derecesine her zaman mümkün olanıyla karıştırıp şimdi müteassir ve belki müteazzir oldu demek, izdivâcın sıhhat ve tamamından sonra zevc üzerine terettüp eden bir vazife-i dîniyyeyi nikâhın şart-ı cevâzı sûretine ifrâğ eylemek, ilâ kıyâmi's sâ'ah bâki olan hal ve sıhhat-ı hükmünün bekası için illet-i cedîde taharrîsine düşmek, nikâh-ı sâni için zevce-i ulânın muvafakatına bakılmayacağı Kitap ve Sünnet-i mütevâtire ile ma'lum ve mücma' aleyh olduğu yine şart imiş gibi nazar-ı itibara alıp da ondan sonra bi'd delâle rızasını iddia ve hakikatten âri olan bu davayı da 38. maddede¹⁹⁵ gösterilen şart-ı meşûm-u mekrûhun muhtelif fih olan sıhhatine bina etmek gibi ahvâlin yakışır ciheti olmayıp usûl-u İslam ile kâbil-i tevfiik olmadığı müstağni-i azade-i beyândır.

Lâyiha münderecâtında isabet yok. Binâenaleyh karnâmenin ruhunu teşkîl eden cihetleri bozuk, ekser-i ebvâb ve fusûlu büyük hataları müştemil, muktezây-ı maslahat denilen maddeleri maslahattan hâli bulunuyor. Bütün bu hataları birer birer beyân edeceğiz.

1) ¹⁹⁶Münâkehâtın birinci babının faslı saniyesine dâhil olan dördüncü maddesinde: "Ehliyet-i nikâhı haiz olmak için hâtıbın on sekiz mahtûbenin on yedi yaşını itmâm etmiş olmaları şarttır." denilmiş. Lakin lafzı manasına muvâfık değil. Kitap kavline de uymuyor. Çünkü şeriatta hâssaten ehliyet-i nikâh için sin şartı yoktur. Meğerki bu tabirle fiil-i nikâha kâbiliyet ve zıfaf ve takarrûbe ehliyet manası kast olunsun. Lakin onun şartı da on iki ve dokuz yaşlarını bitirmektir. Gerçi bu mana murâd olunmuş değildir. Lafzından zâhir

¹⁹⁴ Nisa, 4/129

¹⁹⁵ HAK. Madde 38: "Üzerine evlenmemek ve evlendiği surette kendisi veya ikinci kadın boş olmak şartıyla bir kadını tezevvüc ve şart muteberdir."

¹⁹⁶ İkinci Makale, Sadreddin, a.g.m., Sebülü'r Reşad, sy. 383, s. 337-339

olmayan manası onu velyeden maddeler ile lâyihadaki ebhâstan müstebân oluyor. Kendisinde bülûğ âsârı görmeyen bu bülûğunu inkâr eden şahsın bâliğ olduğuna hükmolunarak akd-i nikâha sâlih olması manasına vaz' ve isti'mal olunduğu anlaşılıyor. Lakin yine maddenin vaz'ı hatadan hâli değil. Vakien lâyihada İmâm-ı Azam kavline istinad ettirildiği ve fukahâdan bazılarının yirmi iki ve bazılarının yirmi beş yaşında bulunmakla meşruttur demiş oldukları zikrolunuyor. Burası da doğru. Beyne'l fukahâ buluş hükmünü haddinde ihtilaf olunduğu gibi aslında da İmâm-ı Malik'in hilâfı vardır. Bülûğunu münkir olan kimsenin kaç yaşında olursa olsun bülûğuna hükmolunamaz demiş olduğu keza lik mutebarâtta menkuldür. Komisyon buna vakıf olmamışlar. Lakin iş orada da değil. Kararnâmenin bu maddesi zükûr ve ünâstan on beş yaşını ikmâl edenlerin her halde bâliğ ve icra eyledikleri ukûd ve ekârîrin muteber hükmolunmak lazîm geleceği hakkındaki İmâm-ı Azam'ın ikinci kavli ve cumhûr-ı eimmenin mezhepleri üzere yazılmış olan mecellenin 986¹⁹⁷ ve 987.¹⁹⁸ maddelerine muhâliftir. Maksat bunu terk olunmakta değil. 'Ukûd-ı sâire hakkında kemâkân mer'î olsun. Yalnız nikâh ondan istisna olunsun, deniliyor. Ehl-i İslâmın erken evlenmeleri kesret-i tenâsüllerine bâis olmakta bulunduğu garîben zikredilecek olan kavâidi sâiresi gibi bin üç yüz bu kadar senelik tecrübe ile de ma'lum ve aşikâr iken her nasılsa komisyonun nazarında mesâibden addolunmuş bulunması şu istisnaya sebep-i müstakil olduğu da ma'atteessüf lâyiha da tasrîh olunuyor. Hâlbuki böyle kavleyn-i muhtelifeyn ile ma'an emrolunarak birinin 'ukûdun bir nev'ine, diğerinin sâirlerine tahsis edilmesi keyfî olur. Akvâl-i fukahâ ve edille-i şeri'yye ona müsaid değildir. Şeri'at-ı Garrâ'da bir şahsın bülûğuna hükmeylemek başka ehl-i nikâh olduğuna hükmeylemek başka değildir. Birbirinden ayırmak nassen ve icma'en bâtıldır.

¹⁹⁷ "Sinn-i bülûğun mebdei, erkekte tam oniki ve kııda tam dokuz ve muntehası ikisinde dahi tam onbeş yaşıdır. Ve bir erkek oniki ve bir kız dokuz yaşını tekmil edip de baliğ olmasa baliğ oluncaya dek mürâhik ve mürâhike denilir"

¹⁹⁸ " Muntehâ-yı sinn-i bülûğa varmış iken kendisinde âsâr-ı bülûğ zahir olmayan kimse hükmen baliğ addolunur."

Lâyihada: Kendisinden rûşd âsârı zâhir olmadan bâliğ olan eytâma mallarının hemen itâ olunması mücma' aleyh olduğu zikrolunarak şer'i şerîfi hukuk ve vezâif tahmilinde teenni ile hareket ediyor, nikâh ile mala kâbil-i kıyas olmayıp her on beş yaşını ikmâl edene hakk-ı izdivâc bahşetmek nikâh-ı layık olduğu ehemmiyetle nazar-ı itibara almaktır denilmiş. Bu, daha yanlış. Hem de hür olan insanlara hakk-ı izdivacı Allah-ü Teâlâ bahşeylemiştir. Başkası bahşedecek değil. İnsanların böyle bir hakk bahşetmeleri köleleri için olabilir. Evet, hukuk ve vezâif tahmilinde şu tabir câizse şer'i şerif teenni ile hareket etmektedir. Nikâh da mala kâbil-i kıyas değildir. Lakin muahhar olan nikâh hususu değil, teslim-i mal cihetidir. Çünkü bit- tecrübe rûşdü ma'lum olmayan bir murâhikin bülûğuna hükmedilince birçok emvâlin birden yedine teslim olunuvermesi hatardır. İsrafa kalkışıp o malı tazyi' etmesine ve belki menhiyâta talub-u zinaya bile cüret eylemesine sebep olur. Nikâh da ise israf olmaz. Belki nikâh mâni'i sarftır. Hiç mahzuru yoktur. Allah-u Teâlâ “وَابْتَلُوا”¹⁹⁹ (Evlilik çağına gelinceye kadar yetimleri (gözetip) deneyin, eğer onlarda akılca bir olgunlaşma görürseniz hemen mallarını kendilerine verin.) buyurmuş, ehliyet-i nikâh ve bülûğ nikâh manasının sübûtu şart-ı mukaddemi olduğunu kendi kelamıyla bildirmiştir. Komisyon heyetinin bu mebhaste ihtiyar ettikleri meslek sarih-i Kur'anın zıdd-ı tâmı oluyor. Demek zühûl edilmiş. Ey düşünülmemiş, teşri' edilmek istenilen şu istisnaya göre on beş yaşını itmâm edip de bülûğunu münkir olmayan şahsın, hâkim, hem bâliğ olduğuna hüküm ederek 'ukûd-u sâiresine müteber tutacak, hemde o mecliste, o saatte “sen bâliğ değilsin” diyerek. Akdeylediği nikâhın fesâdını hükmeyleyecek. Ahad-i hükmünün elbette hata olup rızay-ı Bâriye muhâlif olduğunu yakînen bildiği halde ikdâm edecek. Ehliyet-i nikâhın şart-ı mukaddemi olup 'ukûd-u sâirenin infâzı nassen ve icma'en bülûğ-u nikâhla meşrût olduğu da ma'lum. Artık o hükümlere nasıl hüküm-ü şer'î denilebilir? Ve menşeleri olan bu maddenin ber vech-i meşrû' istisna kabul ve teşrî'i nasıl mümkün olur? Ve niçin kabul ve teşri' olunuyor. Hiçbir semeresi de olmayacak. Maksat izinnâme verilmesin

¹⁹⁹ Nisa, 4/6

demek ise on beş yaşını ikmâl etmiş ve evlenmeyi tasmîm eyleyip alacağı kızın ailesini irda' eylemiş olan yiğit “biz bâliğiz” demesini bilmez mi? Ve hâkim efendi den nasıl müsaade alınabileceğini öğrenemez mi?

Bir de izinnâme almamış olsun. Bizzat akitte bulunup ta bâliğ olduğunu ikrar etmiş olması tasavvur olunur mu? Tarafeyn yekdiğerini musaddik oldukları halde hâkim ona “bâliğ olmamıştın” diyemez ya. Muahharen araları açılıp da birisi öyle bir inkârda bulunsa bile sebk eden ikrâr ve ifadelerini sami'înin şهادetleri ile ispat eylemek şer'an mümkün ve akit ve tevkîle ikdam etmiş olmalarının ikrâr-ı mezkûrun vuku'una karîne-i vâziha ve delîl-i kâfi olacağı da zâhir.

Hani bu maddenin bir faidesi? Bir hükm-ü şer'îyyi teşvîşe müncerr olan o kadar tekallüfât ve te'allülâtın mahsülü yine tesvîd olunan sahâifte kalıyor.

2) Beşinci maddede: “On sekiz yaşını itmâm etmemiş olan murâhık bâliğ olduğunu beyân ile müracaat ettikde hali mütehammil ise hâkim izdivacına müsaade edebilir.” denilmiş. Murahik tabiri madde-i sâbıkadan müteferri' ve binâenaleyh hata akil bâliğ olan hür izdivaca mintarafillah mezun olmakla hâkimin müsadelerine muhtaç olmadığı aşikârdır.

Alacağı izinnâmenin kıymet-i şeri'yyesi yoktur. Nitekim komisyon da bu hususu lâyhada tasrîh etmişler. Milel-i sâire akdin rüesâları tarafından icrası şart olup olmadığında ihtilaf ve münakaşâta dûçâr oldukları halde Dîn-i Mübîn-i İslâm'ın meseleyi asla tereddüt bırakmayacak sûrette hallederek alakadârın muâkedeleri kâfi olduğunu ilan eylemiş olduğunu mefâhir-i islâmiyyeden olmak üzere yâd' eylemişlerdir.

Ma'azalik izinnâme alacaksa hâkim efendi de onu elbette verecektir. Re'yine menût imiş gibi (müsaade verebilir) denilmesi sû-i isti'mâlâta kapı açar. İşin rengine ve tarafeynin mevki ve servetlerine göre erbâb-ı iğraz' ve

itma'ın tesvilâtına, me'murin-i mülkiyye ve sâirenin müdahalâtına da sebep olur. Kimi müsaade verilsin kimi verilmesin derler. Ehl-i ta'affüfden olan hâkimi de müşekkel mevkide bırakırlar.

Akit icra olunmuş ise bunu da şerâit-i ehliyetten imiş zannederler, sonradan nikâhın fesâdını iddia edenler bulunur. Bir takım davay-ı fariğa tekevvün eder. Ve hükkam içinde bu elfâzın zâhirine kapılıp o yolda hüküm edenler de olur. Hâlbuki verecekleri hüküm icmaen bâtıldır. Ve o yolda tefsir olundukları sûrette madde-i kânûniyye sarîh şer'i'ate muhâlifdir.

Bu kadar mefâside karşı öyle bir maslahatı da mütazammin olmadığı meyan da.

3) Altıncı maddede: “ On yedi yaşını itmâm etmiş olan murâhıka bâliğa olduğunu beyân ile müracaat ettik de hali mütehammil ve velîsinin izni munzim ise hâkim izdivacına müsaade edebilir.” denilmiş.

Madde-i sâbıkadaki mehâzir bi'cma'ihâ bunda da mevcut olduğu gibi üslûbu da bozuk. Velîsi dururken kız izinnâme almak için huzûr-u hâkime çıkarılacak! Bu ise ahlâk-ı millîye ve âdâb-ı islâmiyye ile kâbil-i telif olmadığı vâreste-i beyândır.

Lâyihada bu gibiler hakkında nikâhın nefâzı için izn-i velînin şart olduğuna zâhib olan İmâm-ı Muhammed rahimehullâhın kavli kabul olduğuna da gösterilerek “izdivacına müsaade itâsı velînin icazetine talik olundu.”denilmiş. Kavl-i mezkûr ancak bu husus hakkında mı kabul edilmiş! Yalnız izinnâme verilerek mi tatbik olunacak? Yoksa kendisini mehr-i misliyle küfüvvüne tezvîc etmiş olup da velîsi ta'neten izin veriyorsa nikâhın fesâdına mı gidilecek? Kararnâmede beyân olunmayıp kapalı bırakılmıştır ki bu da layık değildir.

Gerçi 48. madde de hiç bir şeyle mukayyed olmayarak zikrolunan bir kebîre lafzı her bâliğaya şamil olmakla kemakân İmâm-ı Azam ve sâhib-i akdeminin mezhepleri ve İmâm-ı Muhammed'in de mervî olan ikinci kavli üzere nikâhın sıhhatine hükmedilmek lazîm geleceğini erbâb-ı ilim ve tetkik anlarlar. Ve eimme-i müşârun ileyhim rahimehumullâhın mezheb-i şeriflerinde bu hükmün on yedisini itmâm edenlere ihtisâs-ı olmadığı gibi İmâm-ı Muhammed'in kavli-i evvelinde nikâhın izn-i velîye mevkûf olması da on yedisinden, yahud on beşinden gün alanlara mahsus olmayıp sini efzûn olanlara da 'âm olduğunu akvâl-i fukahâ ve edille-i şer'îyyenin böyle tafsile müsaîd olmayıp dokuz yaşını itmâm ederek bünyesi mütehammil olduğu halde bülûğunu ihbar eden kızın henüz on üç yaşına girmiş olmakla on yedisini, yahud yirmi sekizini geçmiş olması beyinde hiçbir fark olmadığı müttefekun aleyh olup kaç yaşında olursa olsun izn-i velîyi münzim olan nikâhın hükmünde ihtilaf olunduğunu ve hangi kavlin 'indallâhi Teâlâ musib ise diğerinin hata olup birisinin kabul ve ihtiyarından diğerinin terki lazîm geleceği, hadisâtın bir kısmında öyle ve bir kısmında öyle hükmetmeyi ilzâm eylemek ne bir hâkim-i şer'î ve ne de nasp eden amir için câiz olmayacağını; cem' olunmalarında hata ve muhalefet-i hükm-ü hüdâ müteyakken olduğu halde ikisiyle ma'an hüküm ve emreylemek maslahat babından olmayıp masiyet olacağı ve binâenaleyh hükûmet-i seniyyemizin de elbette onu kabul etmeyeceğini bilirler. Lakin ekser-i 'avâm ve bazı hükkâm buralarını idrak edemezler. On yedisini itmâm etmeyenler hakkında ahkâm teğayyür etmiş zâ'm edenleri; bundan sonra hâkimlerin müsaade almadıkca izn-i velî münzim olmadıkça şerâit-i ehliyeti haiz olmamış sayılacak; kararnâmenin 56. maddesinde²⁰⁰ tevîken akdin fesâdına gidilecek zihâbına düşenleri bulunur. Bir takım dava-ı fâside ve ahkâm-ı bâtıla tehdâdüs ederek nâsın derecât-ı mehâkimde sürünmelerine sebep olur. Ve herkes bu derecâta kadir olamayacaklarından en nazik olan böyle mesâilde ziya'ı hukukla helal ve haramın mültebis olmasını mûcib olur.

²⁰⁰ HAK. Madde 56: "Bila şühud akdolunan nikah fasiddir."

Esasen icra-i akit için hâkimin müsaadesini izn-i velîye ta'lik etmek ve bunu İmâm-ı Muhammed'in kavline isnad ettirmek de doğru değil. Hiçbir zaman İmâm-ı Müşârun ileyh öyle velî izin vermiyorsa hâkim de müsaade etmesin dememiştir. Bilakis mehr-i mislini verecek talib-i küfûv olup da velî-yi akrab ta'neten razı olmuyorsa ona menû't olan hakkın 'ale'ttertib ondan sonraki velîlere velâyet-i hâssa ashâbından hiçbir kimse yoksa velâyet-i 'amme ashâbına intikal eyleyip onlarında izin vermeleri lazîm geleceği Hulâsatu'l Fetavâ ve sair muteberât-ı fıkhiyyede musarrahtır.

On yedisini ikmâl ettiğinden dolayı bâliğayı mehr-i misil ve küfüvvünden mahrum etmek icmâ'en meşru olmaz. Bâhusus nikâh öyle her vakit mübah ve müstehab derecelerinde bulunan umûrdan olmayıp bazı ahvalde şer'an vaciptir.

Evet, velîlerde kendi mezheblerince ve bâhusus ve her mezhebin de vücûh-u kefâeti haiz olan küfûv talip olmuşken ta'neten izin vermekten imtina etmezler. Hâkim efendinin müsaadesi de istihsâl olunur. Arkası olan maksuduna nâil olur. Lakin bu maddede şartlara bakılırsa velîsi olmayanlara hâkimin müsaade vermeyeceği ve 9. maddeye²⁰¹ nazaran asabeden olmayan akrabânın da velî sayılmayacağı anlaşılıyor. İzzinnâmesiz teehhül eylemekte kânûn-u cezaya zeyledilen maddelerle şedîden men' olunuyor. Şu sûrette bîkes ve bîvâye olup en ziyade izdivacla setr ve selamete muhtaç olan genç kızlar bu nimetten mahrum kalacaklar, sefil ve sergerdân olacaklar. Ahlâkları bozulacak. Fakr ve zarurette te'ammüm edecekler. Memleketimizde fuhşiyâtın ve bi'l vâsita emrâz-ı zühreviyyenin izdiyâd ve teksîrini müntic olacak. Bunun maslahat neresinde.

4)²⁰² Yedinci maddede:" On iki yaşını itmâm etmemiş olan sağîr dokuz yaşını itmâm etmemiş olan sağîre hiçbir kimse tarafından tezvic edilemez."

²⁰¹ HAK. Madde 9: "Mecnun ile mecnunenin bir zarurete mebni olmadıkça nikahları caiz değildir. Zaruret bulunduğu takdirde hâkimin izni ile nikahları velileri tarafından akdolunur."

²⁰² Üçüncü Makale, Sadreddin, **a.g.m.**, Sebilü'r Reşad, sy. 384, s. 355-357

denilmiş. Ve mezheb-i ma'rufe-i islâmiyyede hariç olan bu hükmün bazı kütübde müctehidîn-i eslaftan Abdullah bin Şübrüme rahimehullâh ile Ebu Bekr el-Asam'e nisbet olunan bir kavle istinad ettirildiği lâyhada gösterilmiş ve müctehid kavli olsa da nass ve icmâ'a muhâlif olmakla taklidi câiz olmayıp anla emir ve hüküm olursa da şer'an sahih ve nâfiz olmayacağından gaflet edilmiştir.

Bu naklin İbn-i Şübrüme'den sıhhati de yoktur. Ebu Bekr el-Asam ise komisyonca zan olunduğu gibi eimme-i dînden bir müctehid değil, mu'tezile-i kaderiyyeden bir mübte'iddir. İ'râza mevcut tesmiyesini inkârla “ لا اعلم الا الجسم ” الطويل العريض العميق ” demiş olmasıyla ehl-i kelam arasında iştihar eylemiştir. İsmi Abdurrahman bin Keysan. Bu söz yalnız onun kavli ve yahut rivâyeti olabilir. Kütüb-ü mezkûrede ma'an zikrolunmaları da buna delâlet eylemekte olup hilâfın ihtilafât-ı mu'tebereden olmadığına, kavli mübte'id derekesinden bulunduğu işarettir.

Filozof İbn-i Rüşd de Bidâyetü'l Müctehid'de bu naklin İbn-i Şübrüme'den sahih olduğunu kabul etmiyor. Çünkü Nass-ı Kur'ana ve Sünneti Mütevatire-i Nebeviyye'ye ve icmâ'ı sahabe-i kirâma muhâlif olduğu aşikârdır. Hakk Celle ve 'Alâ Kitab-ı Kerîm'inde “ وَاللّٰى يَيْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ اِنْ ”²⁰³ “ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ اَشْهُرٍ وَاللّٰى لَمْ يَحْضُنَّ (Kadınlarınız içinden âdetten kesilmiş olanlarla, âdet görmeyenler hususunda tereddüt ederseniz, onların bekleme süresi üç aydır.) buyurmuş. Hayızdan kalmış ve hiç hayız görmemiş olan zevcât-ı mutallakâtın iddetlerinin üç ay olacağını ferman etmiştir. Hiç hayız görmemiş olan zevceler velîleri tarafından tezvic edilmiş olan sağırelerden başka kimler olabilir?

Resûl-ı Ekrem sallallâhu aleyhi vesellem Efendimizin Ümmü'l Mü'minîn Sıddîka radiyallâhu anha'yı henüz altı yaşında iken peder-i mükerremleri olan Sıddîk-i 'Azam radiyallâhu anh'ın bi'lvelâye tezvici ile

²⁰³ Talak, 65/4

nikâh etmiş oldukları emr-i mütevâtir²⁰⁴ ve binâenaleyh Ümmü'l Mü'minîn Zeynep radiyallâhu anhâ ona ve sâir Ezvâc-ı Tâhirât'a hitâben “زوجكن اهاليكن”²⁰⁵ diye iftihar eder olduğu da kütüb-i sahiha-i hadîsiyyede mazbût ve müştehirdir.

Hamza radiyallâhu anh'ın kerimesini velîyy-i hâssı olan Resûl-ü Ekrem sallallâhu aleyhi vesellem Efendimiz Seleme İbn-i Ebî Seleme el-Mahzûmî radiyallâhu anhumâ'ya ikisi de sağır iken tezvic eyleyip mûmâ ileyhânın kable'z zifaf vefat etmiş olduğu²⁰⁶ ve Nebî-i Muhterem sallallâhu aleyhi vesellem Efendimizin büyük kerîmesi Zeynep radiyallâhu anhâ'nın kızı İmâme binti Ebi'l As ibni'r Rebî' el-Abşemî radiyallahu anhâ'yı hâl-i sağırında pederinin vasîsi velîlerinden olan Zübeyr bin Avvam radiyallâhu anh'ın akdi ile ve teyzesi olan Fatımatü'z Zehra radiyallahu anhâ'nın vefatından sonra Ali bin Ebi Talip (r.a) nın tezevvüc eylediği²⁰⁷ ve Fatımatü'z Zehra'nın kerimesi Ümmü Gülsüm radiyallahu anhâ'yı kezaik hal-i sağırından Emiri'l Mü'minîn Ömer bin Hattap radiyallâhu anh pederi Ali bin Ebî Talip'ten isteyip ânın akdiyle mecma'ı sahabe-i kirâmda tezevvüc ettiği bütün müteberât-ı hadîsiyye ve kütüb-i dîniyyede mazbût ve kemâl-i şöhretle menkul ve mahfuzdur.²⁰⁸

Umûr-u mezkûrenin her biri bir delîl-i şerî' teşkîl eylemekte iken etbâ-ı tabiin ulemasından olan İbn-i Şübrûme'nin bunların cümlesinden gafil olarak hilâfına zâhib olduğuna nasıl kanaat olunabilir? Ondan bu nakilde galat var. “Sağır ve sağıreleri pederleri tezvic edemezler. Ederlerse akdin hükmü yoktur, nâfiz olmaz.” demiyor. Kelamı da mahfuzdur. İmâm Tahâvî lafzıyla nakil ve hikâye ediyor. “لا يجوز و لهن الخيار إذا بلغن” Yani geçmiş olmaz. Kızlar bâliğ olunca hakk-ı fesihleri vardır. demiş. Hafız Alaattin Mağlatayı ve Hafız Bedreddin el-Aynî'nin Buhari şerhleri gibi fukahâ-i müteahhirin kitaplarında

²⁰⁴ Beyhaki, *Sünenü'l Kübra*, c. 7, s. 114

²⁰⁵ Buhari, *Sahih-i Buhari*, n. 6870

²⁰⁶ Ebu Davud, *Merasil*, c. 1, s. 269

²⁰⁷ Beyhaki, *a.g.e.*, c. 7, s. 70

²⁰⁸ Abdurrezzak, *el-Musannef*, c. 6, s. 163

mazbût ve matbu' olan ikinci şerhin dokuzuncu cildinin 419. sahifesinde mevcuttur. Hilâfı bundan ibaret olup o da Sünnet-i Mütevâtire ile merduttur.

Hâsılı mesele mansûs ve mücma' aleyh olup eimme-i ümmetten hiç birisinin öyle “sağîr ve sağîreyi tezvic edemezler. Ederlerse nafiz olmaz, cel ifade etmez.” demiş olduğu sabit değildir. Ve böyle bir hilâfın vuku'u farzolunsa da sâbikan ve lâhikan mukarrar ve mütevâtir olan icmanın hükmünü ihlal edemeyeceği zâhirdir.

Sığârın velîleri ve bâhusus peder-i müşfikleri taraflarından akd-i nikâhlarında hiçbir mahzur olmayıp mahza mesâlih ve menâfi'leri için, temin-i istikballeri için ileride aile teşkîl edeceklerini, ana-baba olacaklarını bilip ona göre çalışmaları ve öylede i'dâd ve terbiye edilmeleri için hayrı me'mul olan eldeki hâtıbın kaçırılıp da kızların sonra bîkes ve bîvâye kalmaları için Hakîm-i Mûteâl'in eser-i rahmeti olarak teşrî' buyurulmuştur.

Layiha komisyonunun “Teşkîlât-ı bedenîyyesi tekemmül etmemiş bir bîçare kız valide olmakla asâb-ı ilâ ahiri'l ömr perişan oluyor. Çocuğu cılız ve pek asabi oluyor.” diyerek bunun unsur-u islâmın esbâb-ı tedennîsinden olduğundan bahsetmeleri şâyân-ı teessüf bir galattan, tetabbüb ile memzûc bazı mukaddemât-ı hayâliyyeden başka bir şey değildir.

Nikâhın mücerred akdine dair olan bu faslın ahkâmıyla pek irtibatı da yok. Çünkü akd-i şer'î meselesi başka, nikâhlı nikâhsız tekarrub ve îlâd üzerine terettüb eder denilen netâyic bahsi başkadır. Din-i Mübîn-i İslâm'da sığârın akd-i nikâhlarına velîleri mezundur. Lakin teşkîlât-ı bedenîyyeleri tekemmül etmeyip hadd-i layıkına resîde olmayan kızların zifaflarına müsaade verilmemiştir. Şer'an memnu' olduğu gibi ehil ve akrabaları da tab'an ona rıza vermezler. Binâenaleyh vuku'u da ender-i nevâdirden olup kânûnla memnu' olan ef'âlin her hangi nev'ine nisbet edilse yok mesabesinde kalır. Nitekim “bundan tevellüd ediyor. Unsur-u islâmın tedennisine sebep oluyor.” Denilen netayic-i müzırrada öyle ehli İslam ailelerinde mevcut ve

şay-i olan ahvelden olmayıp, çoğu düşman tasnîatı ve müfteriyatıdır. Böyle elfâz ve meani ekseriya avrupanın cezviyetleri, misyonerleri, dinsizlikte mütaassıb olanlarının hayal hanelerinde ve İslam aleyhindeki neşriyat-ı fâsidelerinde, hâsılı hep o gibi menabide görümüş ve hatırlarda kalmış olmakla doğru zannolunarak her nasılsa bila teemmül nakil olunmuşa benziyor.

“Ebeveyn alel ekser çocuklarının terbiyelerini bilküllüye ihmal ederek beşikte iken nişanlıyorlar. Bîçarelerin dünyalarını görmeksizin felaketlerine düğünlerle vaz-ı esas ediyorlar. Mekteblerde bulunmaksızın emr-i dine dair bir kelimeye muttali’ olmaksızın teşkîl edegeldikleri aileler zifaflarının ilk aylarında infisaha mahkûm oluyorlar.” denilmesi de böyle. “Dünyalarını görmeksizin” tabiride müphem. Bu babta kütüb-i fıkhiyyenin tafsilatı ve mehâkim-i şer’iyyenin sicillâtıyla istişhâd olunmuş. Bu, daha garib. Adeten komisyonda hizmet-i kazada bulunmuş ve mehâkimin ahvâline hakkıyla vakif olmuş bir zatın bulunmadığına delalet ediyor. Çünkü sicillat-ı şer’iyye o misilli davanın kesretine değil, kemali nedretine şahittir. Yirmi, otuz sene hizmeti kaza ve mehâkimde bulunan zevatın pek çoğu öyle kablel bülûğ velîleri tarafından nikâh edilmiş olmalarından şikâyet edeni görmedikleri gibi, bu misilli davalara ancak ömürde bir, ya iki defadan fazla tesadüf etmemişlerdir.

Adet-i seyyie-i ecnebbiyyeden masun ve binâen aleyh ilel-i ifrinciyyeden me’mun olan memleketlerde ehl-i İslam evlatları öyle cılız, sinirli, zaifu’l bünye nesiller değil; bilakis ekserisi aba ve ecdad-ı salifeleri gibi sağlam ve tuvana erleridir; mutad olan sinn-i mükellefiyete bile henüz vasıl olmaksızın hizmet-i askeriye kâbiliyetli ve varlığımızı yar ve ağyara karşı isbat eylemiş olan dilâverlerdir.

Din-i islâmla müdeyyin olan ebeveyyin ve akraba-i evlad ve eytamlarının terbiyelerini bil külliye ihmal etmezler. Onların necip evlatları ve kızları da terbiyesiz vasfını asla kabul eylemezler. İçlerinde beşikte iken inşalanmış, hatta akitleri icra edilmiş olanları bulunabilir. Lakin hiç birisi

zaman-ı bülûğ ve zifaflarına kadar üzerlerine lazım ve mümkün olan tahsilden geri durmazlar. Fakr ve zaruret mani olmazsa ve mevalarında mektep bulunursa kıraat ve kitabetide öğrenirler. Sonradan da ikmâl-i tahsile çalışanları vardır. Hele hadd-i bülûğa vasıl olupta dinlerini bilmeyen, musaddik ve mukir olanları yoktur. Bilakis din aleyhinde bir kelimeyi muttali' ve mültefit olmayanları bihamdillahi teâlâ pek çoktur. Hücetlerini lisanen takrire mukterir olmasalarda akaid-i imaniyyeleri yine burhanıdır.

Evet, zamanımızda ecanib ile ihtilatı çoğalan, bazı bilad-ı mütemeddine her nasılsa aba ve akrabalarının emr-i dine ihtimâm etmediklerinden erkek ve kız çocuklarını ecnebi mürebbiler ve muallimeler ellerinde büyötmeye başladıklarından meslek-i marufu zayı ettiler. Vaktiyle tezcic edilemediklerinden ve bir İslam ailesi teşkîl etmek için idat olunamadıklarından yoldan çıktılar. Gerdan, göğüs açık, saçlar, kulaklar meydanda, düzgünlü allıklı yüzleriyle sokaklara düştüler. Fariza-i tesettürden gafil, nehy-i ilahiden bîhaber mecâmi-i nâsa dalıp genç erkeklere harfendazlık ve sarkıntılığa, önüne gelenlerle mulâtafa ve mudâhakaya, bazıları da muâşaka ve mekâtibe çıkıştılar. Filhakika asabları mütezelzil olmuş, bünyeleri zayıflamış, hatta verem illetine mübtela olmuş genç kadınlar bu kızlar adeta tekessür eyledi. Lakin bi'l-müşahede hâdis olan bu fecayi'in esbâbını evvelden beri cari olan adât ve ahkâm-ı islâmiyyede aramak doğru değildir. Buhtan olur. Malul illetten fasl-ı zaman ile tehalluf edemeyeceğinden esbâbını da yine umur-ı muhdisede aramak icab eder. Emr-i dîne ihtimâmları olmayıp tekalid-i felsefiyyeye tabi olan âbâ ve akrabalarının onları sevk etmekte oldukları yollarda teharri eylemek lazîm gelir. Bu netayic ve haymenin menşe-i faraiz ve âdâb-ı islâmiyyeden gafil ve mahrum bırakılan o biçare çocukların, o zavallı kızların icabat-ı medeniyye za'miyle edebiyât-ı garbiyyeye, asabı tehyic ve berbat eden romanlara dökölmelerinde ve hergün sinamalarda tiyatrolarda facialar, dramlar, muaşakalar temaşasına dalmalarına ve öğrendiklerini kemal-i itikad ile yavaş yavaş nefislerinde tecrübe ve tatbika başlamalarıdır. Şer'an ve aklen mahzur ve menfûr olan şu ahvâlin kânûnla önü alınmak lazım gelirken bir de vaktiyle velîler

tarafından tezvic olunmak men olunuyorsa, hükkam-ı zamanın müsaadelerini tahsile ve bülûğ iddiasına ta'lik ve tas'ib edilirse, her velî kızını yahud yetîmesini tezvic edecek oldukta "Gelsin, görelim: Bâliğa olduğunu söylüyor mu? Bünyesinin tahammülü var mı? keşfedelim." denilecek olursa müntec hayır olur mu? Ve memleketimizde ki akvam-ı islâmiyenin âdâb ve ahlâklarıyla bu hükmün telifi mümkün müdür? Komisyon heyeti buralarını düşünmemişler, ahkâm-ı islâmiyye hakkında pek yanlış zihâblarda bulunmuşlardır.

Kararnâmenin dokuzuncu maddesinde²⁰⁹ müstebân olacağı vecihle mecnûn ve mecnûnenin bile bazen muhtac-ı tezvic oldukları tasdik ve velîlerine müsaade verileceği tasrîh olunurda sağîr ve sağîrenin bu haklarından mahrum edilmeleri layık olur mu? Bunların temin-i istikballeri, ziya'dan vikayeleri lazîm değil midir? Bîkes olan bir sağîreyi tâlib-i küfüvvü olan âmzâdesi yahud dayızâdesinden nikâh tarikiyle men edip de yine onun elinde nikâhsız bırakmak yakışır mı? Amca yahud dayısının damat etmek istediği çocuğun akd-i nikâhına müsaade vermeyipte yine onun hanesinde fakat daima kendisine yetîm olduğunu hissettirecek vaziyette halinde bulundurmak reva mıdır?

O amca ve dayı vefat ederse artık o yetîm ve yetîmenin halleri nasıl olur? Velî-yi mücber olmayan akrabanın mehr-i misliyle yetîmeyi tezvic ve zevce me'zun olmaları da onun maslahat ve menfaati için teşri' buyurulmuştur. Hiçbir mahzuru yoktur. Çünkü lieb kardeşi, yahud âmzadesi onu tezvic etmek ister de validesi, yahud hemşiresi men' edecek olurlar, yahud kız kendiliğinden arz etmezse hîn-i bülûğunda hakk-ı feshi vardır. Zaten bünyesini tekâmül ederek sinn-i bülûğa varmadıkca emr-i zifaf da icra olunamayacaktır. Her ne zaman olsa velîler tarafından akdin icrasında ve erken olunmakta hiçbir zarar yoktur. Bilakis münâkehâtın dairesi ne kadar

²⁰⁹ HAK. Madde 9: "Mecnun ile mecnunenin bir zarurete mebni olmadıkça nikahları caiz değildir. Zaruret bulunduğu takdirde hakim izni ile nikahları velileri tarafından akdolunur."

tazyik olunursa o nisbette fuhşiyât ve zinânın tevessu'una ve dolayısıyla da birçok mazaratların, ilel ve emrâz-ı habîsenin intişâr ve teksîrine sebep olur.

Ma'azâlik henüz mürâhik olmayanların akidleri icrası da memleketimizde pek az vaki olur. Hilâf-ı şer' olan bu maddeyi vaz' eylemekten adetleri kalîl ve bîkes olan bazı eytâm ve yetâmâyı perişan etmekten başka ne hâsıl olacak.

5)²¹⁰ Sekizinci maddede: “On yedi yaşını itmâm etmemiş olan kebîre bir şahıs ile tezevvüc etmek üzere müracaat ettikte hâkim keyfiyeti velîsine tebliğ eder ve velî itiraz etmediği veya itirazı varid görülmediği halde izdivacına müsaade eyler.” deniliyor.

Bunun da vaz'ı pek uygunsuz. Çünkü memleketimizde velîleri dururken mahtûbeler izinnâme almak için mahkemeye gitmezler. Erkekler ile kendileri söz kesmezler. Bunlar velîlerin vezâifindendir. Hâtıblar onları velîlerinden isterler. Velîleri de kendilerinden istiyzan ederler. Bakireler razıye olduklarında söylemezler, hayâ ederler. Sükût etmeleri izin ve tevkildir. Mekarim-i ahlâkı tetmim için meb'ûs olan Peygamber-i zî-şân (s.a.v) efendimiz: “والبكر تستأمر واذنها صماتها”²¹¹ buyurmuş; ümmet-i necibesi de böyle alışmış, bi hamdillâhi teâlâ âdâb-ı aliyye ile tahalluk eylemişlerdir.

Gerçi bâliğanın istediği hâtıbe velîlerinin razı olmadıkları da vuku buluyor. Lakin eksariya ânın küfüv olmadığından, hayırlı görülmediğindendir ve herhalde şu maddenin vaz'ına lüzum olmayıp maslahata da muvâfık değildir. Zira gösterilen bu tarikle kızın müracaatı üzerine icra edilecek olan tebliğata karşı velînin cevap vermeye şer'an mükellefiyeti yoktur. İziname verilip akit icra olunduktan sonra da hakk-ı itiraz ve hakk-ı feshi bakidir.

²¹⁰ Dördüncü Makale, Sadreddin, **a.g.m.**, Sebilü'r Reşad, sy. 385, s. 366-369

²¹¹ Beyhaki, **Sünen**, c. 7, s. 115

Lâyhada bu usûlün Malikîlerde cari olduğundan bahis olunmuş. Hâlbuki onların buna ihtiyaçları mezheplerinde nisânın nikâhında icab ve kabulleri muteber olmayıp kızlar kendi nefislerini küfûvlerine de tezvice selahiyetdar olmadıklarındandır. Bizde ise buna hacet yok. Hakiki bir faide temin etmez. Bilakis büyük mazarrâtta olur.

Çünkü bu misilli bâliğaların mahkemelere koşup velîlerine ilan-ı husumet eylemeleri memleketimizde me'lûf olmayıp şimdiye kadar en heveskâr olanlarının cüret edebildikleri hal ancak akraba ve evdâdtan birinin hanesine iltica ederek onları tevsît eylemek ve en mütecasireleri hâtibin nezdine giderek kable'l akid ve olamadığı sürette selahiyet-i şeri'yyelerine binâen akidlerini icra ettirdikten sonra yine musallihin tevsitiyle valideyn, yahud her kimse akrab olan velîlerinin irda ve iskat edipte mümkün oldukça ehil ve ciran arasında işi bitirmek ve o aralık müracaat edenler bulunmuş ise hükûmete karşı da: "nikâh icra olundu gayri meşru bir hal yoktur." diyerek selameti bulmak hususlarından ibaretti.

Şimdi ise münâkehâtın her halde hâkimin müsadeseyle icrası kararnâmenin bu faslında ekiden emrolunuyor ve kânûn-u cezaya zeyledilmek istenilen mevad ile de teyid ve mütacasirleri ağır cezalarla tehdit ediliyor. O yollar artık mesdûd olacak, kız için başka çare olmayıp bu madde de gösterilen tarikle huzur-u hâkime kadar gidecek, hâkimde pederine, yahud mevcut olan diğer velîsine: "kızınız falana varmak isitiyor. Bir itirazınız varsa beyân ediniz." Diyerek keyfiyeti resmen tebliğ ve ilan edecek. Lakin bu hal onların tabine pek girân gelecek. Müsmir olsun, olmasın bir takım mutâin ve müfteriyata teşebbüs etmelerine de sebep olacak yahud hâtib ve ailesini tehvide kalkışacaklar. Musaherâttan evvel adâvet teessüs edecek ve ye's ve gayret bazılarını cinâyetlerine bile sevk eleyecek. Her halde kızdaki ebeveyn ve ailesinin kemal-i nefretlerini mûcib olacak. "şıllık bizi mahkemelere düşürdü." diyecekler. Gerçi galibiyet ekseriya kızda kalacak. Hâkim efendi hayırlı, hayırsız, Salih, fasık demeyip onu sevdiğine verecek. "Ala kavl küfûvüdür." diyecek. Lakin herif hevesini aldıktan sonra atarsa ona atacak

değil. Yine valideyn ve evliyasının hanelerine dönecek. Lakin bu kere onlardan re'y-i kabul görmeyecek. :”O bizim kızımız değil. Müracaat ettiği mahkemeye gitsin, diyecekler. Aile perişan olduğu gibi en ziyade o kız bivâye ve bîkes kalıp mütezarrıra olacak. Anadolu’muzun türk, kürd, arab ahali-i memleketimizin ve bâhusûs bu gibi ahvâle maruz olacak köylerimizin mütetabbi’ oldukları tebai’ ve me’luf oldukları adâtın muktezası budur. Nikâh emrinde şeriatın tayin ettiği hududun haricinde kavâid ve kaavanin ihdası layık olmadığı gibi halkın maslahatlarına da muvâfık olmaz. Velînin izni bulunduğu sûrette hâkimin müsadesine hiç ihtiyaç olmadığı ma’lum ve mücma” aleyhtir. Şer’an bunlar için bir lüzum ve faidesi yok ise de yine izinnâme alsınlar, denildiğine göre de ileri gidilmemeli. Çünkü herkes için müteyessir olmayıp bazen muzır olur, nihâyet tenbihata muhâlif bir hareketten dolayı emr-i mesnun nikâhı ceraim menzilesine indirmek, âkid ve şahidlerini habs ile mücazat etmek usûl-u şeriat-i islâmiye ile kâbil-i telif olmaz. Fiil ve ceza beynlerinde mutedile bulunayınca onu hüküm ve tatbik edecek olan hâkimin de vicdanları tazyik ve ta’zib edilmiş olur. Buraları etraflıca düşünölmelidir. Böyle tebliğat ve ilanata hacet yok. Dâi-i mazarat olur. Kızın akrab olan velîsi razı olmayıp da müracaat olundukta hâkim efendi bir haber-i âdi ile ikinci velîsini davetle keyfiyetini ondan, mahalle İmâm ve muhtatından istiğnaf ve işin hüsn-ü sûretle tesviyesini onlara havale de edebilir. İktizasına göre izinnâme verir. Mesele edep dairesinde dağdağasız halledilmiş olur.

Mehr-i misliyle talip olan şüphesiz küfüv olup da velî-i akrab ta’neten razı olmuyorsa ona ait olan hal zaten ikinci velîye intikal edecektir. Velîler mevcut iken kable’n nikâh hâkime şer’an nöbet de gelmez. En doğrusu ve ahalimiz için erfak ve aslah olanı hâkime nöbet gelmedikçe ve bâhusûs bâliğalar için bu izinnâme usûlunu ilga edilmesi ve nüfûs kayıtlarının tesviyesi için de vukuât-ı sâirede gibi mahallât ve kura heyât-i ihtiyariyelerinin mazbataları ile iktifa olunmasıdır.

Hakikaten muhâlif-i şeriat ve cidden mûcib-i tazir ve ukubet olan ef'ale cüret edecekler bulunursa herhalde mücazat olunurlar. Böyle birkaç kişi için onlarla beraber bî-günah olan bunca halkın da “Hâkim efendiden müsaade almamışsınız.” Diyerek hilâf-ı meşru' bir harekette bulunmuşlar gibi cezalandırılmaları reva değildir.

Nâsın kendi nefis ve ailelerine ait ve kimseye mazaratı olmayıp şer'an me'zun olmalarıyla sahih ve nafiz olan tasarrufâtını men' ve hacre kıyam etmek, hâkimin izin ve müsaadeleriyle takyid eylemek ahrar-ı müslimîni erbâb-ı hükümetin köleleri menzilesine tenzil eylemektir. Kânûn-u Esasi ile ilan olunan kaide-i hürriyette bunu icap etmez. Hükûmet-i meşrutumuzda elbette bunu kabul etmeyecektir. Komisyon heyât-ı muhteremesi hata etmişler. Müraci'-i ulyâsından kariben ıslahı me'mûl ve muntezirdir.

6) Dokuzuncu maddede: “Mecnûn ile mecnûnenin bir zarurete mebni olmadıkça nikâhları câiz değildir. Zaruret bulunduğu takdirde hâkimin izniyle nikâhları velîleri tarafından akdolunur.” denilmiş ve lâyhada:

“Bunların velîleri tarafından nikâhları mezheb-i Hanefî'de tecviz olunmuş olup ise de nikâhtan maksat mücerret arzuy-u cismaniyi tatmin değildir. Onun üzerine bir çok makasîd terettüp eder. Hal-i cinnet onların idrakine manidir. Kâbiliyet-i tevarüsiyesi de vardır. Mezheb-i Şafîi'de esas itibariyle gayr-i câiz olup ancak bir zarurete mebni tecviz edilmektedir. Ve bu rey de efkâr-ı zamana muvâfık görülmektedir.” Denilerek maddenin bu esas üzerine kaleme alındığı gösterilmiştir. Hâlbuki her cihetten yanlış. Çünkü bunların velîleri tarafından nikâhları yalnız mezhebimiz de değil, her mezhepte câizdir ve nikâhtan maksat mücerret kazay-ı şehvet olmayıp birçok mesâlihi tazammun ettiği âmme-i kütüb-i fıkhiyyede ve bâhusûs kütüb-i Hanefiyyede zikrolunur. Sağîr ve sağîrenin nikâhları hakkında İbn Şibrime ve el-Asam'ın nakil ve iddia olunan muhalefetleriyle bunların nikâha muhtaç olmayacakları tevehhümünü red ve izale için best ediliyor.

Mecnûn ve mecnûnenin nikâhları da öyle yalnız arzularını teskin için değil, kendilerinin hüsn-ü irade ve iaşesi gibi mesâlihi de mütezammın olduğundan teşri' buyurulmuştur. Mezheb-i Şafii'de budur. Esasen gayr-i câiz dedikleri yok. Akde makrun olsun, sonradan hadis olsun. Ancak Sübut-u hıyâra sebep olabileceği de kitablarında musarrah. Peder ve büyükpederlerinin maslahat-ı nikâh için onları tevzice selahiyetdar olduklarını ve böyle velîleri bulunmadığı halde hâkimin de onarlı temin- i nafaka bir hacet üzerine tezvic etmesi lazîm geleceğini beyân ediyorlar. Hakk-ı hıyâr istimal olunmadığı sûrette velîleri tarafından akdolunurken zaruret yok imiş, diyerek nikâhın fesâdına gidilmek icmaen bâtıl olur.

Vakien buradaki zarurettten maksat yine bir hacet ve maslahat demek olacaktır. Deliyi hal-i cinnetinde lüzumu yok iken kimse de evlendirmez. Lakin o lüzum ve maslahatı eylemek velîsine aittir. Velî varken hâkimin suale bile hakkı yoktur. Resmen izinnâme istenildikte resmini alıp vermesi lazîm gelir. Fahs ve tahkik etmesin, denilmek hiçbir maslahat temin etmez. Ve illetin tabiat-ı tevarüsiyesini de tebdil edemez. Mübtela erbâb-ı servetten ise bir takım müdehalat ve su-i istimalata kapı açar. Velî acezeden değilse er geç izinnâme de çıkar. Vukuu pek nadir bir mesele için muhâlif-i şer' olan bu maddeyi vaz' eylemekten bilmem ne fayda beklenilmiş.

7) Onuncu maddede: "Nikâhta velî ale't tertip binefsihi asabe olan kimselerdir." denilmiş ve lâyhada bu hasrın İmâm-ı Muhammed'in kavline muvâfık olduğu gösterilmiştir. An delîl-i tercih edilmiş olsa bir şey denilmez. Lakin yalnız muktezayı maslahat deniyor.

Fakat Ümmü'l Mü'minîn Sıddıka (r.a) nın biraderi Abdurrahman (r.a.)ın gaybetinde kerimesi Hafsa'yı Münzir b. Zübeyr (r.a.) a tezvic eylemiş olduğuna dair olan eser-i sahih²¹² meşhur İmâm-ı Azam ve Zâhiri'r Rivaye ve onunla beraber olan İmâm-ı Ebu Yusuf'un kavillerini müeyyed olup taife-i

²¹² İmam Malik, **el-Muvatta**, c. 4, s. 796; Beyhaki, **es-Sünenü'l Kübra**, c. 7, s. 1432

nisanında emr-i nikâhta ibarelerinin muteber ve hakk-ı tekellümleri sabit olduğu gibi asabâtta olan akrabanın hazır ve salik oldukları sûrette dahi bu hakkı isti'male selahiyetleri bulunduğunu arâe eylemektedir.

Kıyas-ı sahih ve maslahat-ı hakiki de bunu icap eder. Gerçi kadınlar asabe kadar emr-i kefaetine itina etmeseler bile kızlarının refah ve saâdetini aramakta çoklarından, hele ecenbi olan hâkimden geri kalmayacakları validenin ziyade-i şefkati gibi umur-u bedihiyedendir. Ehl-i İslam kadınlarını asr-ı saâdetten beri teslim olunagelen böyle bir hakk-ı ictimaîlerinden mahrum edip de buna “asr-ı hazırın icab-ı maslahatıdır.” denilmek, doğrusuya, hiç yakışmıyor.

Komisyon heyeti burasını bilmezler değil. Lakin “efkâr-ı zamanın icabı, maslahat-ı zamanın muktezası” demekten maksatları bi'tteemmül lâyiha münderecâtından müstebân oluyor. Efrad-ı ahali ve aileler arasında cereyanı tabi olan münasebetin hep hükûmetin ittilâna makrun ve müsaadatına merhun olması istenilmiş ve ehl-i islâmın genç yaşarında teehtül etmeleri memleket için muzır addolunarak men olunmaları gaye ittihaz edilmiş ve izinnâme usûlunun teyid ve teşdid olunmasıyla iktifa olunmayıp hariçte vuku bulacak münakahatın iptal-i çaresi düşünülmüş. Ve ehliyet-i nikâhın sinle takyid ve hadd-i meşruundan tehir olunması bundan neşet eylemiş olduğu gibi velâyet-i hasa dairesinin tazyik olunarak taife-i nisadan sair akrabanın ıskatına dair olan İmâm-ı Muhammed'in kavli de bundan dolayı kabul olunmuştur.

Hâlbuki İmâm-ı Müşarun ileyh “asabesi bulunmayan kızlar izdivac edemez.” demiyor. Ancak “velâyet-i hâkime intikal ve hâkim tarafından tezvîc olunmaları lazîm gelir.” diyor. Ve bu hususu icra edecek hâkim bulunmadığı mahalde bâliğa sair akrabasından yahut sair müsliminden birini velî ittihaz veya tevkil ederek nikâhını akdettirebileceğini de beyân ediyor ki bu tarikin muhtac-ı tezvîc olan sağıreler için de tatbik olunması şu aslın iktizasındandır. Nitekim kütüb-i Malikîye ve sâire de bu husus izah olunarak tezvîc edecek

hâkim-i şer'î bulunmadığı sûrette onları komşuları olan cemaat-i müsliminin tezvic edebilecekleri tasrîh olunuştur. Hükûmet-i Celile-i İslamiyenin şanına düşen bivayeganın maişet-i istikballerini temin eylemektir. Yetîm ve yetîmelerin velîsini bırakıp sebeb-i vikaye ve saâdetleri olacak nikâhtan men' ile süründürmek değildir.

İşte bu faslın ehl-i İslama taalluk eden sekiz maddesinden yedisi muvâfık-ı şeriat ve maslahat olmadığı görülüyor.

8)²¹³ İkinci maddenin fasl-ı evvelinde nikâhı memnu olanlardan bir kısmı terk olunmuş milk-i yeminin ve ona mebni olan istifraşın mansûs ve mücma" aleyh olan ahkâmı ve ezcümle hurmet-i musahereyi mûcib olduğu gösterilmemiştir. Gerçi " Bu kararnâme yalnız ahrarın münâkehâtına mahsustur." Denilebilir. Lakin 19. maddenin²¹⁴ ahirinde "Nikâhlı nikâhsız tekarrub ve devâîsi hurmet-i musahereyi mûcib olur." Denilmek lazım gelirken, hilâfı iltizam olunarak "Nikâh-ı fâsid üzerine tekarrub memnuiyet-i musahere husûle getirir." Denilmiş, Nikâh-ı fâsid müsemmasında dâhil olmayan, şüpheyne binâen vaki olan tekarrubun da hurmet-i mezkûreyi husûle getireceği mücma" aleyh olduğu halde meskût anı bırakılmıştır.

Lâyihada zinanın da mezheb-i muhtar üzere hurmet-i musahereyi mûcib olduğu tasrîh olunmakla beraber Şafii hazretlerinin "nimet-i sıhriyyet fiil-i memnu üzerine terettüp etmez" demiş olduğu naklolunuyor. Ve isbatının müteassir olup maazalik esbâb-ı muhrime babında naklolunursa bir takım bisûd olan daavaya vesile edileceği mulahaza olunduğu ve şu mütalaâta mebni o meyanda ta'dâd olunmadığı gösteriliyor. Ve daava hakkında "Umur-u vicdaniyeden olup hükmü de muhtef fih olmakla ondan bahsolunmadı"

²¹³ Beşinci Makale, Sadreddin, **a.g.m.**, Sebül'r Reşad, sy. 386, s. 385-387

²¹⁴ HAK. Madde 19: "Bir erkek ile beynlerinde musaheret bulunan kadınların tezevvücü müebbeden memnu'dur. Bu kadınlar dört sınıftır: Birincisi gelinlerdir ki erkek evlad ve ahfadının zevceleridir; ikincisi kayınvalidelerdir ki zevcesinin anası ve ale'l ıtlak ceddattır; üçüncüsü üvey validelerdir ki babasının ve cedlerinin zevceleridir; dördüncüsü üvey kızlardır ki zevcesinin kızları ve zevcesinin evlad ve ahfadının kızlarıdır. Lakin bu dördüncü sınıfta memnu'iyet için zevceye tekarrub lazımdır. Nikah-ı fasid üzerine tekarrub memnu'iyet-i musahara husule getirmez."

deniliyor. Halbuki mahal-i hilâf ve ihtilaf olmakla delîl-i şer'îyyeye müstenid olan hükmün terki icmaen câiz olmaz. Devâînin cemian yahut galiben vicdanieye raci olan nev-i hafifine hasrolunması hüccetten halidir. Bazen onlarında bilmuhakeme hal olunması lazım gelir.

Maksad hükm-ü şeriyyi tağyîr olmayıp mütalaat-ı mezkûreye mebni ancak ta'dâd ve tasrîh olunmalarından sarf-ı nazar edildi, demek olsa mesele hafifleşecek. Lakin yine muvâfık maslahat değil. Çünkü bir takımlarının: "Hükm-ü şer'îyi tağyîr etti. Bu misilli enkihanın artık sıhhat ve bekalarına hükmolunacak." diyerek cürette bulunmalarına sebep olur. İrtikâp ettikleri efal-i rezileyi ikrar ve ilan edenler bulunur. Ve onlara karşı gayreti tahammül etmeyen akraba ve evliyadan men' ve zecre kıyam eyleyenler ve ileri gidenler bulunur. Bâhusûs kararnâme ve lâyihasında yalnız devaî hususu hala müphem bırakılarak zina hakkında cumhûr-u eimmenin mezhepleri terk edilmiş olduğu nikâh-ı bâtıla dair olan 75. maddesinden²¹⁵ anlaşılıyor.

Gerçi şu nikâh-ı bâtılın vukuu ve nadir ve zinanın ikame-i had için sübûtu müteasserdir. Lakin bu kadarcıkla yahut devaînin umur-u vicdaniyeye irca' ile ahkâm-ı şer'îyyenin tağyîri, vacibü'l itba' olan kavli-i sahihin terki tecviz olunamaz.

Bunlar mahkemelere düşecek işlerden değil, zan olunuyorsa evrak züerinde bu tağyîr ve tebdilin ne faidesi olacak? Halkın o sûrette hissiyatına dokunarak rencide eylemekten başka hiç bir maslahatı mütezammın olmadığı gibi birçok mehazire de sebep olacaktır. Kayınvalidesine saldıran, yahut o ki kızına sarkıntılık eden mecusi meşreb alçakları zevceleri de elbette istemezler. Akraba ve evliyalı da kabul etmezler. Onlar zararı diyerek efal-i habiselerini ikrar eylemekten çekinmez olur, bunlar da mehâkime müracaattan meysus bulunurlar ise cinayat ve mukatilatı bile mûcib olur.

²¹⁵ HAK. Madde 75: "Takarrub vuku bulsun bulmasın ale'l ıtlak nikah-ı batıl ile henüz tekarrub vuku bulmayan nikah-ı fasid asla hüküm ifade etmez. Binaenaleyh beynlerinde nafaka, mehir, nesep, iddet, hurmet-i musahere ve tevarüs gibi nikah-ı sahih ahkamı sabit olmaz."

Devaînin bilatafsil hurmet-i musahereyi mûcib olduğu fi'l asl kitab-ı evvel-i ilahinin ahkâmından olup bu hükmü mukarrer ve feran mütevatir olan “ملعون من نظر الي فرج امرأة و ابنتها” hadis-i şerifi gibi asar-ı mahfuze-i sariha ile sabittir.²¹⁶ “ولا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ”²¹⁷ (Geçmişte olanlar bir yana, babalarınızın evlendiği kadınlarla evlenmeyin) âyet-i kerimesi akit ve fiil ve envaina şamil olup lugaten cemi ve dam manasına olan nikâh lafzı fiil hakkında ezhar ve binâen aleyh zinanın da hurmet-i musahereyi olduğuna nasdır. Nitekim İmâm Ebu Hanife ve ashab-ı kiramıyla beraber İmâm Malik ve Ahmed bin Hanbel gibi bunca eimme de onun üzerine ittifak etmişlerdir. Evet, Nikâh-ı meşruun mûcibi olan sıhriyetin müfid olduğu meveddet ve tenasur nimeti zina ile hâsıl olmaz.

Lakin o nimetin bulunmasıyla mahrumiyette musal olması lazîm gelmez. Nitekim münşi helal olan rada üzerine terettüp eden ülfet ve muhabbet nimeti de tarik-i memnu' ile hâsıl olmaz.

Lakin zinanın irtikâp ettiği fiil-i haramın eseri olan süt ile emzirilen tıfıl onun radaen kızı olup kendisine ve biraderine nikâhı mezheb-i Şafii üzere de haram olduğu müsellemdir. Müşarun ileyh hazretlerinin lâyhada mezkûr o misli nikâhları Tahsin manasına olmayıp ancak kendisine belîğ olan edille ile hurmetini kat' etmemesindendir. Şüpheli olduğu ve fesâdına hükmolunduğu sûrette hilâfın mürtefi' olacağı sadât-ı şafiyyenin mezheblerinden olup Kitaplarında musarrahtır.

Bu misli nikâhların vuku' ve şüyuunu ehli islâmdan arzu eden yoktur. Bu maddeler kimin için böyle yapılıyor?

Kânûnda “Nikâh-ı bâtıl hiç hüküm ifade etmez.” denilerek hurmet-i musahereyi nefiy eylemekten maksat insan sulbünden olan bir kızı kendisi yahut oğlu veya hafidi nikâh edebilir demek ise bunun vebalı daha büyüktür.

²¹⁶ Beyhaki, **Marifetü's Sünen ve'l Asar**, c. 11, s. 333; Abdurrezzak, **a.g.e.**, c. 7, s. 94

²¹⁷ Nisa, 4/22

Çünkü bu nevin hurmeti yalnız sübût-u musaheret babından değil, hükm-ü radaanın illeti olan cüziyyet manasının bitariki'l ula sübûtuyla ol babtaki nass-ı celilin delalet-i bi'd delaleti ve ²¹⁸“حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ” (Analarınız, kızlarınız, kızkardeşleriniz size haram kılındı.) nazm-ı celilinin lügaten helal ve harama 'âm olan elfâz ve ibaresiyle de sabittir. Ve herhangi neviden olursa olsun mahllin hille kâbiliyei olmakla nikâhın sıhhatine hükmolunsa da batinen nafiz olmayacağı bedihidir.

9) Bab-ı saliste 33. maddede: “Akd-i nikâhın icrasından evvel keyfiyet ilan olunur.” denilmiş. Lâyhada “Nikâhın ilanı emr-i mesnun olup evvelden beri memalik-i islâmiyede cari olup, hin-i akitte şahidlerin huzuru şart olması da buna mebni olduğundan” bahsolunarak “Kable'l akid ilan olunması vücud-u melhuz olan müddeileri ve tarafeyn beyninde rada' bulunduğu muttali' olanları haberdar eylemek gibi mesâlihi muhtevî olacağı mütalaasıyla bu maddenin vaz' olunduğu” gösterilmiştir.

Halbuki mesnun olan ilan hin-i akitte meşrut olan eşhad ile ondan sonra kabul-i tehenni ve ittihaz-i velîme Sûretiyle icra olunagelen ziyade-i işaadan ibarettir. Yoksa “akit icra edilmek isteniliyor. İddia ve itirazı olanlar gelsin.” Diyerek mahkeme kapılarına ve sokak başlarına yafta yapıştırmak gibi ahvâlin millet-i islâmiyede görülmüş şeylerden olmayıp bidat müsemmasından olacağı bedihidir.

Hiçbir faidesi de olmayacağı gibi izinnâme talebinde bulunanları bu uzak yerlerden gelen ve merkez kazada me'vaları bulunmayan biçare köylüleri “ilan icra olunacak!” diyerek tekrar tekrar gidip gelmeye, işlerini güçlerini bırakıp kahvelerde, han köşelerinde sürünmeye mecbur edeceği ve mahz-ı hayr olan bir emrin bila mucip günlerce tehir ve ta'vikine badi olup masrafca da erbâb-ı mesâlihin bu halleri mütehammil olmayan fukaranın ızrarını mucep olacağı ziyade-i beyândan müstağnidir.

²¹⁸ Nisa, 4/23

Bir takım erbâb-ı iğraz ve itma'ın hiç olmazsa işi ta'vik ve alakadarını tazib için "başkasına nikâhlıdır yahut aralarında rada vardır " gibi bir takım ihbarat ve davaya kıyam ve Tasniat ve tezvirata da ikdam etmelerine ve bir taraftan da akit irtibat etmekte bulunan aileler arasında türlü kılû kal ihdasıyla tahm-u fesat ilga eylemelerine vesile olacaktır ki bundan büyük bir mazarrat da olamaz.

Bu usûl avrupada cari ise onların kendi ahlâk ve avaidlerinin asar ve mukteziyatından olacaktır. Memleketimiz için taklide şayan değildir. Hıristiyan vatandaşlarımız cemaatlerince de kabul edilmiş olmayıp nihâyet akdi icra edecek kilisedeki memura ihale ile iktifa olunduğu 41. madde²¹⁹ münderecatından anlaşılıyor. Komisyon heyet-i muhteremesi ehli İslam için bu usûlün kabulünden cidden hata etmişler.

10) 34. maddede "Akd-i nikâh esnasında mükellef iki şahidin huzuru nikâhın sıhhatinde şarttır." denilmiş. Bu da noksan ve hatadan hali değil. Çünkü bir erkek ve bir kadın gayr-ı kâfi, iki erkek huzuru da gayr-ı zaruridir. Şahidlerin hürrü'l asl olsun, mu'tek olsun, hürriyet-i şeriyeyi haiz olmaları ve müselmanın nikâhında ehl-i islâmdan olmaları da şarttır. Çünkü nikâhın onun ehl-i milletinden mektum olması matluptur.

Komisyon bu şartın zikrinden, ahkâm-ı müsavata dokunur tevehhümüyle sarf-ı nazar etmişlerse bu daha yanlış. Bunda öyle bir şey yoktur. Bâhusûs gayri Müslim olan vatandaşlarımız da ehl-i islâmın umur-u dîniyyelerine ve emr-i dinden olan nikâh ve talak işlerine karışmak istemezler. Ve kendi nikâhlarını isbatına da ehl-i islâmın duhüllerini de arzu etmezler. Hatta Hıristiyanlar kendi nikâhlarında şahitlerin kendi milletlerinden olmasıyla da iktifa etmeyip papazları tarafından icra olunması ve Yahudiler şühudun

²¹⁹ HAK. Madde 41: "Memurin-i ruhaniye tarafından hüviyeti müşir evrak-ı sübutiyyeyi ba'de't-tedkik tahkikat-ı lâzımede bulunacağı gibi mebaid kapılarına ilannameler taliki veya suver-i saire ile keyfiyeti ilan eder."

kendi dinlerince matlup olan evsafı haiz olmaları şartlarını beyândan çekinmeyip 40.²²⁰ ve 26.²²¹ maddelere de saraheten derc etmişlerdir.

11) 35. maddede: “Nikâh meclis-i nikâhta tarafeynin veya vekillerinin icab ve kabulüyle akdolunur.” Mantukuna diyecek yok. Lakin muhtac-ı tekildir. Herkes icazet-i lahikanın vekalet-i sâbika hükmünde olduğunu bilmez. Mefhum-u muhalefete temessük edenler, mecellenin 1453. maddesinden²²² de gafil olanlar, yine ahkâmın tebdil ve tağyîr olunduğunu zanneyleyenler bulunur.

Gerçi mefhum-u muhalefetin maksud olmadığı karnâmenin bab-ı rabiinden istihrac olunabilir. Ve öyle olsa lâyhada esbâbının da gösterilmesi iktiza ederken bir şey denilmemiş olmasıyla da istidlal olunur. Ve ahkâm-ı umumiye hakkında mansûs ve mücma’ aleyh olan ahkâm ve müfta bih olan akvâl ile amel olunacağı da yine lâyhada musarrah olmakla işkal-i vakiin ref’i müteyesser olur.

Lakin her davacı ve her hâkim buralarını idrak edemez. Bir takım davay-i fâside tekviniyle alakadaranın bu yüzden derecat- mahkemede dolaşmalarına ve halleri mütehammil değil ise birçoklarında ziya-ı hukuklarına sebebiyet verir. İbarat-ı kânûniye böyle ibham ve işkalden salim olmalı ve bu maddenin nihâyetinde: “Akid eğer fuzûlîler tarafından icra olunmuşsa zevceyn, ya vekillerinin ve henüz bâliğ değillerse velîlerinin icazetlerine mevkuf olur.” denilmelidir.

12)²²³ Otuz beşinci maddede: “Nikâhta icab ve kabul tenkih ve tezvîc gibi sarîh ifadelerle olmalıdır.” denilmiş.

²²⁰ HAK. Madde 40: “İsevilerin nikahı ayin-i dinileri dairesinde memurin-i ruhaniye tarafından akdolunur”

²²¹ HAK. Madde 26: “Rıda mevani-i nikahtan ma’dud değildir.”

²²² “İcazet-i lahika vekalet-i sabıka hükmündedir.”

²²³ Altıncı Makale, Sadreddin, **a.g.m.**, Sebilü’r Reşad, sy. 387, s. 400-402

Bunda öyle bir işkal mevcut, fazla olarak mefhum-u muhâlif de kastolunmuş gibi görünüyor. Gerçi kararnâmenin bab-ı rabii yine hilâfına delalet eder. Lakin esbâb-ı mûcibe lâyihasında: “Nikâhta ihtilafa bais olacak kinayatı kalbe zaruret olmadığından ve mezheb-i Şafii ve hanbelide bu lafızlar ile elsine-i sâiredeki mukâbilleri şart olduğundan bahisle müşarun ileyhimanın reyi, yani esna-i akitte onların reyine imtisal olunması nikâhın her türlü şüphattan vareste kalmasını temin ettiğinden madde-i mezkûre bu esas üzerine tanzim edildi.” Denilmiş. Matlab bir kat daha iğlak olunmuştur.

Değil erbâb-ı mesâlih, hükkam-ı zamanın birçoğu da bu kuyud ve ter kibatin mezayasına varamazlar. Maksat ancak esna-i akitte böyle yapılsın, nikâh şüphe-i hilâftan vareste olsun, demek olduğunu anlayamazlar. Artık kinayatla enkihenin münakid olduğuna hükmedilecek zihâbına düşerler. Mevcut olan niyet ve zâhir olan karine ile onların da sarihe müsavi olacağı lâyiha da biel musarrah olduğuna, karine kâtı'aya karşı mekabire câiz olmayacağına bakmazlar. Bir takım davay-ı fariğa ve ahkâm müşevvişe tekevvününe, erbâb-ı mesâlihin mağduriyetlerine vesile olur.

Hâlbuki bu işkâl ve iğlaka, böyle bir madde-i müpheme vazına hiçbir lüzum ve ihtiyaç yok. Mümkün oldukça şüphattan tevakki maksadı zaten hasıl. Kitabatta cevazı gayr-i mektum olan halde her tarafta amme-i münekahat evvelden beri elfâz-ı sariha ile icra oluna gelmektedir.

Kânûn yapılacaksa açık ibarelerle yazılmalı. Nası müşkilata düşürmemeli. “Nikâhta icab ve kabul, elfâz-ı kinâye ile olabilirse de tezcic ve tenkih gibi sarih elfâz ihtiyar olunmalıdır.” denilmelidir.

13- 37. maddede “Esna-i akitte hâtıb ve mahtûbeden birinin ikametgâhı bulunan kaza hâkimi veya bunun izinnâme-i mahsus ile me’zun kıldığı naib hazır bulunup akitnameyi tanzim ve tescil eder.” denilmiş.

Ve “bu hususun şeran bir kıymet-i matlubeyi haiz olmayıp sıhhat-i nikâh için mahzar-u şühudda tarafeynin muakedeleri kâfi olduğu ve bu hükmü hiçbir şüpheyi mahal bırakmayacak sûrette din-i mübinimiz beyân ve ilan etmiş olup bununda mefahir-i islâmiyeden bulunduğu” lâyhada tasrîh edilmiştir.

Hal böyle iken yine şu maddenin vaz ve tesis olunması esbâbına gelince, milel-i sâirede nikâhın akd ve isbatı hakkında hükm-ü mezhebi muttarid ve munzabıt olmakla aralarında bir takım müşkilat tevellüd eylemekte ve bazen keyfi hükümler verilmekte olduğundan ve Avrupa devletlerinden gerek nikâh-ı medeni usûlünü kabul ve tedvin eylemiş olan ve gerek münhasıran nikâh-ı mezhebîyi muteber tanıyan devletlerde hep münekehatın emr-i tescili tahte’z zubbata alınmış idiğinden bahisle bizce böyle mutavassıt bir üsulun takibi maslahata erfak görülmüş idi ki zikrolunuyor. Ve memleket-i osmaniyede nikâhın icrası intizamsız bir hale girmiş olmasıyla birçok yolsuzluklar husûle gelmiş ve mevaki-i şer’iyyesi olan nice kadınların icra-i akitleriyle alakadaranın hukuklarının iptaline gidildiği dermeyen olunarak esnayı akitte ahkâm-ı nikâha vakıf olan bir zatın huzuruyla akitname tanzimi bir emr-i mendup olduğu ve böyle bir akitname tanzim ve tescil edilmiş olması ilerde gerek akit vukuu, gerek mehrin miktarı hakkında zuhur edebilecek olan ihtilafatın önünü alacağı gösteriliyor. Ve bu vazifenin nüfûs ve belediye memurlarına yahut katib-i adllere tevdi ciheti de düşünülmüş ise de akitnamenin bilabeyyine mazmunıyla amel edilmesi mukteza olan vesayık cümlesinden olması da mültezim olmakla her hususta velâyet-i ammeyi haiz olan ahkâma tahmili daha münasip addolunduğu beyân olunuyor.

Halbuki nikâhta mesnun müstehap olan ahkâmına vakıf olanlardan biri, yahut bir hükûmet memuru marifetiyle icra olunması değil, erbâb-ı salah ve adaletten şahitler bulundurulup temennüyen ehl-i fazl ve takva yediyle akdolunmasıdır.

Akitname yazılması da me'sur olmayıp mehr-i muaccel adetinin şüyuundan sonra hadis olmuş ve medayinat-ı sâirede de olduğu gibi şahitlerin hadiseyi tezekkür etmelerine vesile olacağından dolayı ihtiyar olunmuş ve şu faidesine nazaran umur-ı mendube adadına dahil olmuştur. Lâyihada menkul olduğu üzere "menduptur" denilmesi de yalnız öyle terğib için değil, vacibat ve sünen mertebesinde itikad edilmesinden tahzir içindir. Ve illa mendubiyet de mürtefa' olup terki evla olacağı nezd-i fukahâda cay-i tereddüt değildir. Nerede kalır ki feraizden imiş gibi canib-i hükûmetten ilzam olunarak halk onunla mükellef tutulmak ve hükkâmın yahut nüfûs ve belediye memurlarının yed-i inhisarına verilmek biçaregan ahalinin bu yüzden uğrayacakları müşkilat, haraç ve meşakkatlerinin derecesi ve elbette malen ve bedenen mütazarrir olacakları her nasılsa layıkıyla teemmül edilemeyip kânûnu ceza ile de teyidine gidilmek? Bu halat ile beraber değil tanzim olunacak akitnameye menduptur denilmek bu maddenin şariat-i islâmiye ile telifi kâbil olmaz.

Avrupada bu usûlün cari olmasıyla bizim de onları taklid etmemiz icap etmez. Onların ahkâm-ı mezhebiyeleri munzabıt olmadığından bu usûle muhtaç olmuşlar ise bizim ona hiçbir lüzum olmayıp şer-i enver her türlü müşkilatın refine kafi olduğu bedihidir. Defatir-i nüfûsa kaydı lazîm gelen menakilat-ı vukuat-i sâire ile münekehat arasında hiçbir fark olmayıp onlar için muteber olan mahallat ve gura mezabiti bunun içinde elbette kâfi ve izinnâme aramaktan bile muğnidir. İziname aramak, vesika-i şer'îyye beklemek devâir-i nüfûsun tesisinden maksut olan gayeyi temin etmez. İşkâl ve ihlal eder. O gayeyi temin edecek olan yol münekehata akd-i mücerredin vukuu, meşruiyeti tevellüdatta ensabın sıhhati değil, zifaf ve veladetin vukuu ile hanelerde bulunanların artıp eksilmeleridir. Nikâh ve nesebin sahih ve meşru olduğu ma'lum olunca olduğu gibi, meçhul ve meşkûk ise ol vecihle yazılması, kuyudun vaktiyle yürütülmesidir. Fazlasının teybin ve tescili ancak ashabının menafine hadim olacağından onu da kendileri aramak lazîm gelir.

Lâyiha memleket-i Osmaniye de nikâhın pek intizamsız bir hale girmiş olduğuna, nice kadınların mevani-i şer'îyyeleri varken akitlerinin olduğuna kail olmaları cidden yanlış ve mübalağalı ve bu madde ile tehdid edecek olan ihtilafatın önü alınacağına ve mûcibince hükkam ve irsal edecekleri naibler tarafından tanzim ve tescil edilecek olan akitnamelerin bilabeyne maznuniyle amel olunur vesaik teşkîl edeceğine kani ve zâhib olmaları da hatadan gayri halidir.

Medar-ı necat ve mebahatımız olan din-i mübinimizin ilan eylemiş olduğu usûl üzere akdoluna gelen enkihe-i islâmiyeye intizamsız bir hale girmiş denilmek nasıl yakışıyor. Mevani-i şer'îyyeleri bulunduğu halde tezvic olunmuş memleketimizde kaç kadın bulunabilir? Böyle şeyler binde, onbinde değil, belki yüzbinde bir olur. Bunun önü de o madde ile değil, müteammid olan mütecasirlerinin cezalandırılmasıyla alınır. Maazalik olacak yine olur. Bu maddenin onlara tesiri olmaz. Bilakis üç beş edepsizin yüzünden bigünah olan milyonlarca halkın, bunca erbâb-ı salah ve namusun bila mucip ve bilvücu mutazarrır olmalarını muciptir. Hiçbir kaidesi olmayacaktır. Hükkamın biizinnâme göndereceği memur ettikleri mahallat ve gura eimmelerinin yazdıkları beyinde fark nedir? Bunların da mahkemelere gönderilip sicile kaydolunmaları evvelden biri mümkündü. Ve heralde hâkim efendi o kuyudun sıhhati, mehr-i müsemmaların megadirine varıncaya kadar dikkat üzere tescil edildiğini tetkik edecek değil ve edemez. Nihâyet kâtibine yahut mukidine itimat edecek ve icap ettikçe kânûn yerini bulsun diye mehrini de ona verip mühürletecektir. Nitekim aynı hal hala mehâkim-i nizamiyyede caridir. Heyat-i hâkime o sicillatı daima yahut ekseriya okumadan temhir eder yahut ettirirler. Ve ilamatın birçoğu vaktiyle kaydolunamadığından tebeddül ve ihlal vukuunda müşkilat artar. Vefat edenler mehirleri getirilip basıldığını bilmiyorum. Lakin kuyudun hitamını beklemeye vakitleri müsait olmamakla bırakıp giden ve emr-i nezaretle geri çevrilip sicilleri yine okunmadan temhir edip gelenler eksik değildir.

Bir de mazmuniyle bilabeyne amel olunabilir denilen mehâkim kuyudu sicillatı an mehâkim tescil yani sıhhatine hükmolunduğu kaydolunan evkaf-ı

kadime gibi hâkimin bitaraf olup hâkimiyetleri hasbiyle tescil umur-u zaruriyeye münhasırdır. Nikâh ise böyle değildir. Kızın velî-yi hâss-ı yok ise hâkim onun velîsi olacak. Ve illa şeran hiçbir mevkii olmayıp ancak bir şahit menzilesinde kalacaktır.

Artık onun yahut naibinin yazacağı varaka ve tutacağı deftere nasıl sicil-i hâkim denilebilir. Ve ehem-i umur-u din olan nikâh hakkında nasıl onun mazmuniyle bilabeyne amel olunabilir? Bâhusûs esnayı akitte ekseriya tarafeyn kendileri de bulunmazlar, kimin üzerine hacet hüccet ittihaz olunacak? Hele ehli İslam öyle cem-i gafîrin huzuruna kızlarını çıkaramazlar. Ve ehil ve akrabası tarafından vekaleti alınır iken ne kadar olsa ecanibten olmakla İmâm ve hal müşavirini bilmedikleri memur efendiyi de bulundurmak istemezler. Bir mutad ihbarları üzerine akit icra olunur.

Memur efendi de buna muvafakat etmeyip de “kızı göreceğim” yüzünü açsın, gibi tekliflerde ısrar edecek olursa müşkilatı dai olur. Ve ahalimizin bir kısmı hoş görüp tahammül etseler de birçok yerlerde edepsizliğe hamlolunarak bir takın halat nâ-merziyeye bâis olur.

Kaza memurlarından, mahkeme ve nüfûs kâtiplerinden vazife-i kânûniyesini harfiyyen icra etmek isteyen, mesleğinde bu kadar taassup gösterenler bulunmaz değil. Lakin ekserisi yahut birçokları da umuru ibtidasından mekadiriyle takdir ederek müşkilat çıkarmak, Şikayat ve münazaata sebebiyet vermekten ise hasbû'l icap işi bitirmeyi, erbâb-ı maslahatın hacetlerini reva kılıp emr-i nizamı yerini buldu diyerek mutiben avdet etmeyebilirler.

Kaza merkezinden bâ-izinnâme gönderilecek memurların tanzim ve tescil edecekleri akitnameler bu misilli tesahul-i asardan, şüphe-i tasni' ve hatadan daima, yahut ekseriya salim olur demek teshulden, hatadan salim değildir.

Akitname ânifen beyân olduğu üzere ancak şahitlerin hadiseyi tehattur etmelerine hadim olduğu için tanzim olunur. İmâm efendilerin yanında bildikleri kifâyet eder. Fazlasına hacet yoktur. Böyle izinnâmelere, akitnamelere rabt olunan ve ciran ve oda toplanıp bir mutad bir cemiyet içinde akdolunagelen nikâhlarda ihtilaf zuhur etmez ve binde bir vaki olsa da hazirunun şehadetleriyle bir nehc-i şeri hal ve fasl olunur. Bâhusûs nikâh hakkında şöhret ve tesamu üzerine Şehadet câiz ve makbuldur. İsbat-ı müddei o izinnâmelere muhtaç olmaz. Onların tevsik ve tesciline çalışmak abes olur.

Lihikmeh yahut liilleh izinnâme almaksızın iki üç şahit huzuruyla ibtidaen, yahut tecdiden ve şifahen icra olunan nikâh davalarında onların şehadetlerini istima ve adaletleri zâhir bulunduğu sûrette mûcibinc hükmolunması da feraizi diniyemizdendir. Tutulacak olan münekehat sicillatı isbaten yahut nefyen hiç faide-i şer'îyye temin edemez.

Bu maddenin teşri' ve teyid olunması beyhude, ahalimizin ızrarını mucip olur.

Bizim için erfak ve aslah olan şeran muhtaç ileyh olmayan izinnâme usûlünün kaldırılması ve hiç olmazsa talak babından sonra tecdid-i akit edenlerinbu mükellefiyetten affolunması ve ibtidaen nikâh olunacaklar için verilecek izinnâmelerinde kemâkân eimmeye gönderilmesidir.

Memur mahsus irsali mehaziri kesireyi de müstecap olacak. Ve merkez kazada öyle her nikâh icra olunacak mahale ve garyelere dağıtılacak kader-i kâtib de bulunamaz.

Bâhusûs birçok yerlerde akitlerin de mevsim-i mahsusu var gibidir. Başlıca hasat zamanından sonra kışa karşı her hafta birçok nikâhlar maen ve müteakiben icra olunur.

Ve her ne zaman olsa memurların harç ve masrafları olacak. Düşün yapmaya kıyam eden zavallı köylü ona ve onunla beraber komşularına bir ziyafet vermese de olmayacak.

İzinname harcı, memurun yevmiyesi, masarîf-i zaruriyesi yüzünden o senenin vergisi tezauf edeceği misilli kendisini üzecek olan düşün masrafı da iki katı bulacak.

Sebak eden ilan, itiraz ve tana uğramış, vekillere muhamilere muhtaç olmuş, hükûmet kapılarında sürünüp hilâf-ı meşru para vermeye mecbur edilmiş ise o da başka.

Memleketimizde fakr ve zaruretlerin ne kadar tevessü etmiş olduğu hem meydanda. Hukûk-ı Âile Kararnâmesinin ruhunu teşkîl eden bu ve bu gibi maddeler ile mükellef tutulmaya ahalimizin takatleri yoktur. Yazık olur.

14)²²⁴ 38. madde de: “Üzerine evlenmemek ve evlendiği sûrette veya ikinci kadını boş olmak şartıyla bir kadını tezvic sahîh ve şart-ı muteberdir.” denilmiş. Bu da hâlel ve iphamdan hâli değil. Muteber denilen, üzerine evlenmemek şartı mıdır? Yahut ona zam edilen talak-ı muzaf mıdır? İzah olunmalı. Nefs-i şart muteber denilmek isteniliyorsa fukahdan kimin kavlidir. Ahze şayan mıdır? Ve muteber olur da ne yapılır? Beyân olunmalıydı.

Yok, şartın sahîh olmadığı kabul ve itiraf olunuyor da yalnız talak-ı muzafın muteber olacağı murâd olunuyorsa eimmemizin zâhîrîrivayedeki kavilleriyle mezheb-i malikîye müstenid olmakla bu hükme diyecek yoktur. Lakin böyle yazılmaz. Bu, kararnâmenin 102. maddesinin²²⁵ ahkâmına dâhildir. Onun için ayrıca bir madde-i kânûniyye yapılmaz. Kaide ve maslahata layık olmaz. Kable’n Nikâh talik-i talak umur-u ihtilafiyeden olup mezheb-i Şafîi ve Hanbelide sahîh ve muteber olmadığı gibi, bu misilli şurut

²²⁴ Yedinci Makale, Sadreddin, **a.g.m.**, Sebilü'r Reşad, sy. 388, s. 418-419

²²⁵ HAK. Madde 102: "Talakin ehli mükellef olan zevctir."

ve iman ile akdolunan nikâhler ittifaken merğub ve müteyemmin olmayıp mezheb-i Hanefî ve Malikîde dahi menfur ve müstekrah olduğu, kerahet-i tahrimiyye derekesinde bulunduğu kütüb-i mutebere-i fıkhiyyede edille-i şer'îyyesiyle beraber mezkûr ve musarrahtır.

Komisyonun bu maddenin neşriyle güya zaruri varmış gibi teaddüdi zevcâtın taklil ve tahdidini arzu etmiş ve bu tarikin nisa ve ehl-i nisaya talim-i veraesi hayırlı olur zanneylemiş oldukları lâyiha münderecatından anlaşılıyor.

Halbuki ehl-i islâmdan erkek, kadın akılları başlarında olup ahkâm-ı dîniyyelerini bilen ve onunla mütemessik olanlar, öyle umur-u mekruheden ictinab edenler teşe'üm değil, hayr addetmez, hayır ve meymenet beklemezler. Cahilleri ise teşe'üme kail olup nikâh vaktinde talak lafzının kale alınmasını istemezler.

Layıkıyla teemmül olunursa bu şartlar zannolunduğu gibi kadınlar için maslahat değil, zaruri nefi'nden azamdır.

Gerçi erbâb-ı servet ve gınadan olan bazılarına faidesi olmaz değil, lakin böyle şartlar, yeminler altına girerek onları tezvic edenlerin çoğu bu şart olmasa da onların üzerine evlenecek değildir.

Evsat-ı nas ve fukaraya gelince bu madde onlar için gerçekten muzır ve daima mehatirelidir. Çünkü kadının bazen çocuğu olmaz; bazen hastalıklı olur; yahut tedbirsiz beceriksiz olup umur-u beytiyeyi idare edemez. Vazife-i zevciyyeyi hakkıyla ifa edemez. Zevci tekrar evlenmeye muhtaç olur. Maazalik onu da terk etmek istemez. Hukukuna riâyet eder. Kadında üzerine evlendiğine rıza gösterir. Bazen nöbetini ortağına bağışlar. Beraber geçinir giderler. Lakin arada böyle şart-ı talik bulunursa işin rengi değişecek. Zevci onu terk etmeye muztar kalacak. ve bir kere bıraktıktan sonra da tekrar almayacak. Kadının menfaati zannıyla koyduğu şart onun harabı ve

perişaniyesini intac edecek. Bîkes ve bivaye sefalette kalıp “sebeb olanlar hayır ve felah bulmasın” diyecektir.

Erkeklerle gelince birçokları bittab’ buralını ibtidasında düşünecek. Öyle bir şart-ı mekruh altına girmeyi istemeyeceklerdir. Kızın ailesi tarafından teklif ve ısrar olduğu sûrette ekseriya kabul olunmayacak; tarafeyn yekdiğerini beğenmiş, akdin icrası tasmim olunup aralarında güzel bir ittihad temeli atılmış iken bu şart-ı menfurun yüzünden bozulup yerine bir tebağuz ve münafirat esası kaim olacaktır.

Muktezası maslahat bu misilli şurut-u reddiyenin intişar ve şüyuuna hizmet eylemek değil, bikaderil imkan önünü almaktır. Erbâb-ı hükûmete layık olan o gibi mekruhatı tervic ve tescil eylemek değil, kendiliklerinden tescil ettirmek isteyenler olursa “siz yapacaksınız başkalarını işhad ediniz, biz öyle şeylere şahid olmayız.” demektir.

Bu ma’razda bir madde-i kânûniye yazılacaksa “üzerine evlenmek şartı gibi mukteza akdi müekked olmayan bir şart ile nikâh sahih ve şart bâtıldır.” denilmelidir. “Meğerki talik-i talakı tazammun eyleye” ibaresi de ilave olunmak mümkün olur. Fakat fazladır. Muvâfık-ı maslahat değildir. Lüzumu yoktur.

İşte faslın muhtevî olduğu yedi maddeden hiç birinin şeran ve maslahaten şayan-ı kabul olmadığı zâhir oluyor.

15) Fasl-ı salise dâhil olan 45. maddede: “ Mal ve hırfet gibi hususatta erkeğin kadına küfüv olması nikâhın lüzumunda şarttır. Malda kefaet zevcin mehr-i muacceli itaya ve zevcenin nafakasını tedarike muktedir olmasıdır. Hırfette kefaet ise zevcin süluk ettiği ticaret veya hizmetin şerefçe zevce velîlerinin ticaret ve hizmetleriyle munkarib olmasıdır.” denilmiş. Bunda da birkaç türlü hâlel var.

Evvelen: Kefaetin şart-ı lüzum itibar olunması ancak zevcenin bâliğa ve akile olduğu sûrette olabilir. Ve illa velîyi gayri mücberin sağîreyi tezvicinde zevcin küfûv olması icmaen şart-ı sıhhattir. Mecnûneyi de hâkimin izni munzım olsun, olmasın küfûv olmayana tezvic ederse kezalik nikâhı sahih olmaz.

Komisyon bu maddeyi de yazarken 9. maddeden zühul etmiş. Sığarı kimse tezvic edemeyeceğini natık olan 7. maddeye²²⁶ bina etmiş oldukları anlaşılıyor. O maddenin istinad ettirilmiş olduğu kavlin sıhhati olmayıp şeran muteber olmadığı balada tafsilen beyân olundu.

Saniyen: Mal ve hırfet gibi hususattan maksat fahr ve şeref babında demek ise nesep ve diyanet gibi sair vücu-u mutebereye de şamil olacağından doğru olur. Lakin lafzın bu cihetler hakkında müphem bırakılması muvâfık-ı maslahat değildir. Birçok münazaat ve teşviş-i ahkâm ve ziya-i hukuka sebebiyet verir. Ve illa hırfette tekarub arayıp da nesep ve hasebte kefaeti inkâr eylemek lakit ve veled-i zinaya varıncaya kadar önüne geleni eşirrâf-ı nasa mefharet ve vecahet babında ve bâhusûs maksudu nesep olan nikâh hususunda beraber tutmak mekabireye varır. Asıl masnusu terkle ona makis olan ferin ispatını mutazammın olup akvâl-ı fukahâdan hiç birisine uymaz.

Salah ve takva hususunun vücu-u kefaetten olmasında beyne'l eimme ihtilaf olunmuş ise de fıskını ilan ederek nasın istihfafından çekinmeyen sakıt-ı mürüvvet kesânın erbâb-ı ırz ve namusa küfûv olamayacakları da mücma' aleyhtir.

Salisen: Zevcin nafaka tedarikiyle mehr-i muacceli itaya muktedir olmasından maksat kütüb-i fıkhiyyede mezkûr olduğu üzere mehrin emsaline nazaran tacili mutad olan miktarını itaya muktedir olması mıdır? Yoksa her ne

²²⁶ HAK. Madde 7: "Oniki yaşını itmam etmemiş olan sağır ve dokuz yaşını itmam etmemiş olan sağire hiçbir kimse tarafından tezvic edilemez."

tesmiye edilmiş ve miktarı tacil olunmuş ise velevki bir kuruştan ibaret olsun onu verebilmek kefaet eder demek ve 48. madde²²⁷ de olduğu gibi bu babta da mehr-i mislin hükmünü iskat eylemek mi murâd olunuyor? Beyân edilmeyip yine müphem bırakılmıştır ki maddeyi kânûniyenin bu haliyle kabul edilmesi yine gerek erbâb-ı mesâlih ve gerek hükkamın tağlit-i ezhanıyla teşevvüş-ü ahkâmı mucip olacağı derkârdır.

Rabia'n: Hırfette kefaet ehl-i hizmet ve sanat aralarında ve onlarla ehl-i ticaret beyrinde mümaselet ve tekarüb demektir. Yoksa tüccar beyrinde ve enva-ı ticaret arasında mukayeseye gidilmek, kefaet-i maliye de bir vech-i meşruh tedarik-i nafaka ve ita-i mehre iktidarıyla iktifa olunarak servet ve gına hususunun nazar-ı itibardan ıskatıyla mütenasip olmadığı gibi, mezâhib-i fukahâdan hiç birine de muvâfık değildir. Hamiş²²⁸

16)²²⁹ 47. maddede: “ Bir kebîre velîsini ketm ile rızasını istihsal etmeksizin nefsinin ahara tezvic etse nazar olunur; Eğer küfüvüne tezvic etmiş ise akit lazîm olur. Vele ki mehri mislinde noksan ile olsun.” denilmiş. Ve lâyhada bu hükmün mezheb-i muhtara muhâlif olduğu bade't tasrîh güya zamanımızda mehrin noksanı mûcib-i ar olmayıp bilakis bundan dolayı nikâhın feshi velîler için ar olur mütalaasıyla kabul ve ihtiyar olunduğu gösterilmiştir.

Hâlbuki şu mütalaa ehl-i zühd ve salahın galip oldukları zaman-ı evvel için dermeyeran edilmiş olsa pek de yakışmaz değil. Lakin zamanımızda erbâb-ı şeref ve cah ve ağniyanadan olan ailenin kızı gider, nefsinin elli altmış kuruşa birine tezvic ederse onların nefislerine girân gelmez haysiyetlerine

²²⁷ HAK. Madde 48: "Veli kebireyi rızasıyla adem-i kefaetini ikisinin de bilmedikleri bir erkeğe tezvic ettikten sonra küfüv olmadığı tebeyyün etse hiç birinin itiraza selahiyeti olmaz. Ama hin-i akitte kefaet şart kılınmış veya zevc küfüv olduğunu kable't-tezvic ihbar etmiş olup da muahharan adem-i kefaeti sabit olsa her biri hakime müracaatla nikahı feshettirebilir."

²²⁸ Hamiş: Müşahede Mucma'ası Talak mesaili hakkında henüz bir mütalaada bulunulmadığını söylüyor. O meselelere dair icab eden mütalaat ve intikadat birkaç hafta sonra neşredilecek maba'dlerde mevcuttur.

²²⁹ Sekizinci Makale, Sadreddin, **a.g.m.**, Sebül'r Reşad, sy. 389, s. 434-436

dokunmaz. Kendilerini tahkir edilmiş addetmezler. O nikâhın feshiyle namuslarını ikmâle çalışmazlar demek, doğrusuya zamanımızda ve memleketimizde ahalinin efkârına layıkıyla vukuf değil âdem-i ittilayı iş'ar ediyor.

Bu misilli mütala'ât ile eimme-i din arasında muhakemeye kalkışıp mezheb-i muhtârı terk eylemek revâ değildir. Kararnâme neşrolunacaksa bu madde de tashih olunmalı. "Eğer küfüvüne varmış ise akit lazîm olur." meğerki mehr-i mislinden noksan ile tezvic etmiş olup da itmâmından imtina eylese bu sûrette veyahut zevc küfüv değilse velî hâkime nikâhı feshettirebilir." denilmiş. Ve maddenin ibtidasındaki "bir kebîre" tabiri yerine "bir bâliğa" lafzı kullanılmalıdır. Gerçi ikisi bir manaya ise de ehliyet-i nikâh faslında on yedisini itmâm etmeyenlere mecaz kevni tarikiyle mürâhika denilip kebîre lafzı sinn-i mezkûru itmâm edenlere tahsis olunmuş gibi istimal olduğundan fıkha intisabı olmayan erbâb-ı masalih sinnin ihtilafıyla hükmün muhtelif olacağı zihâbına düşecek, beyhude bir takım münazaat ve daavaya sebebiyet verecektir. Kânun yapılacaksa doğru yazılmalıdır.

17) 48. maddede "Velî, kebîreyi rızasıyla adem-i kefaetini ikisinin de bilmedikleri bir erkeğe tezvic ettikten sonra küfüv olmadığı tebeyyün etse hiç birinin itiraza salahiyeti olmaz. Ama hin-i akitte kefaet şart kılınmış veya zevc küfüv olduğunu kable't tezvic ihbar etmiş olup da muahharen adem-i kefaeti sabit olsa her biri hâkime müracaatla nikâhı feshettirebilir." denilmiş, ve bu meseleyi fetavâyı velvaleciyeden naklen İbn Abidin'de zikrelemiştir. Lakin orada mezkûr olan ancak velînin nikâhı feshettirebilmesidir. Vechi de esasen sabit olan hak itirazı iskat etmemiş olmasıdır.

Zevce ise böyle değildir. Nefs-i akit onun hukukundan olmakla bir de onun üzerine hak itiraza malike olmadığı bedihidir. Şu kadar var ki Fetvâyı Zâhiriye ve Dürrü'l Muhtar'da "Hâtıb bir düzme nesep iddiasında bulunarak, yahut gayri merzii olan mezhebini ketm ile riyakarlık edip sûreti haktan görünerek, yahut nafakasından aciz olduğu halde kadir olduğunu ihbar

ederek kadını tağrir etmiş ise onun da bu yüzden hakk-ı feshi vardır.” deniliyor. Ve bu hali ile beraber onunla ikamete kadirtiyab olamaz diye bu hükmün talili olunduğu da rivâyet olunuyor. Lakin hırfette kefaet hakkında böyle bir nakil yoktur. Meselenin kefaet meselesi olmayıp ancak tağrir meselesi olduğunu dahi İbn Abidin'den Babu'l uneyn ahirinde beyân ve tenbiye ediyor. Binâenaleyh hükmün vücut-u kefaete tamimi ve hırfet farkına varıncaya kadar teşmil olunması hatadan hali olmayıp bir takım daavay-ı fariğa ve musanna'a tekevvününe bais olacağı da kaviyyen melhuzdur.

18) Bab-ı rabide 52. maddede: “Hin-i akitte tarafeynden biri şerâit-i ehliyeti haiz bulunmazsa nikâh fâsid olur.” denilmiş. Eğer şu cümle kararnâmenin tertibinden evvel, herkesin ma'lumu olan ıstılah-ı şeri üzere yazılmış olsa mantuk ve mefhumu doğru olacak, hiç diyecek bulunamayacaktı.

Lakin şimdi öyle değil. Buradaki şerâit-i ehliyet bab-ı evvelîn fasl-ı sanisinde mezkûr olan “bâtıl olmaz” manasında kabul ve istimal edilmiş olduğuna göre bu da başkaca bir yanıştır. Çünkü şerâit-i ehliyeti haiz olmayan mecnûn, matuh ve sabi gayri mümeyyizin akdettikleri nikâhlar her manasıyla bâtıldır.

19) 53. maddede: “Cemleri câiz olmayan kadınlardan ikincisinin”, 54. maddede: “13, 14, 15, 16, 17, 18, 19. maddelerde²³⁰ beyân olunan

²³⁰ HAK. Madde 13: "Başkasının menkuhe yahut muteddesiyle izdivac memnu'dur."

Madde 14: "Menkuhe yahut mutedde olarak dört zevcesi bulunan kimsenin diğer bir kadın ile izdivacı memnu'dur."

Madde 15: "Bir kimse üç talak ile tatlik ettiği kadını beynunet-i kat'iyye baki oldukça tezevvüc edemez."

Madde 16: "Neseben veya rıda'an yekdiğerine mahrem olan iki kadını nikahta cem' etmek memnu'dur. İki kadının yekdiğerine mahrem olması ikisinden hangisi erkek farzedilirse diğeriyle tezevvücü müebbeden memnu' olmakla malum olur; iki hemşire gibi. Ama yalnız biri erkek farzedildiği halde diğeri tezevvüc etmesi memnu' olup emr berakis edildiği takdirde memnu' olmazsa iki nikah da cem' edilebilir; kız ile üvey validesi gibi."

Madde 17: "Bir erkek ile beynlerinde karabet-i nesebiyye bulunan zi-rahm mahrem kadınların nikahı müebbeden memnu'dur. Bu kadınlar dört sınıftır: Birincisi erkeğin validesi ve ceddeleri; ikincisi kız evlad ve ahfadı; üçüncüsü ale'l ıtlak kız kardeşleri ve kardeşlerinin kız evlad ve ahfadı; dördüncüsü ale'l ıtlak ammeleri ve teyzeleridir."

kadınlardan birinin yani mutallaka veya muteddesinin ve dört zevcesi bulunan kimseye beşincisinin talak-ı selasede beynunet-i katiyye baki oldukça mutallakasının ve garâbet yahut rada veya musaharat cihetiyle haram olanlardan birisinin nikâhı, 55. maddede: "Nikâh-ı muta ve muvakkat" ve 56. maddede "Bila şühud akdolunan nikâh fâsidtir." denilip 57. maddede "Gayri müslimin bir müslimeyi tezvici bâtıldır." denilmiş.

Bu nikâhın adem-i sıhhati müttetekun aleyh olmakla bu cihetten bir diyecek yok. Ancak bu babta calib-i dikkat olup cay-ı teemmül olan bazılarına fâsid ve bazısına bâtil tesmiye olunarak, 75 ve 76. maddelerde hükümlerinin tefrik olunması: "Nikâh-ı fâsidte tekarrub vuku bulmuşsa mehir ve iddet lazım gelir. Nesep de sabit olur. Nikâh-ı bâtil asla hüküm ifade etmez." denilmiş ve tefrik olunan bu hükümlerin lâyhada gösterildiği üzere mücerred bu fark-ı ıstılahinin kütüb-i fıkhiyyede mevcudiyetine bina edilmiş olmasıdır.

Hâlbuki nezd-i fukahâda takarrur etmiş öyle bir ıstılah-ı kati yoktur. Bilakis eimme zamanından biri şayi ve meşhur olan münâkehâtta butlan ve fesat arasında fark gözetilmeyip her ikisinin de "hal ifade etmez" manasında elfâz-ı müteradife kâbilinden istimal olunmalarıdır. Muteberat-ı fıkhiyenin birçoğunda buna tenbih olduğu gibi İmâm Muhammed'in Camiu Sağîr ve kütübü sâiresi de buna şahittir. Her nikâh-ı bâtila fâsid denilmek sahih olduğu gibi her fâsid olana da bâtil ıtlak olunur.

Bununla beraber bâtil lafzının daha ehas olan manada istimal olunması da hiç olmamış değildir. Ona binâen tekarrub vaki olsa da şüphe-i nikâh addolunmaz, denilmek murâd edilmesi de vakidir. Nitekim mecmau'l

Madde 18: "Bir erkek ile beynlerinde rıda'an karabet bulunan kadınların tezevvücü madde-i sabıkada muharrer zi rahm mahrem kadınlar gibi müebbeden memnu'dur."

Madde 19: " Bir erkek ile beynlerinde musaheret bulunan kadınların tezevvücü müebbeden memnu'dur. Bu kadınlar dört sınıftır: Birincisi gelinlerdir ki erkek evlad ve ahfadının zevceleridir; ikincisi kayınvalidelerdir ki zevcesinin anası ve ale'l ıtlak ceddattır; üçüncüsü üvey validelerdir ki babasının ve cedlerinin zevceleridir; dördüncüsü üvey kızlardır ki zevcesinin kızları ve zevcesinin evlad ve ahfadının kızlarıdır. Lakin bu dördüncü sınıfta memnu'iyet için zevceye tekarrub lazımdır. Nikah-ı fasid üzerine tekarrub memnu'iyet-i musahara husule getirmez."

fetavânın lâyhada ibaret olunan ibaresinde de bu manaya kullanılmıştır. Lakin bu kadarcıkla her hangi Kitapta olursa olsun bir kere bâtil denilen nikâhı bu hükme idhâl eylemek ve bir mevzi’de fâsid itlak olunan enkiheyi daha ehven görmek câiz olmaz.

Eimmeden “İl’ân, kızı ve kız kardeşi gibi meharimden birini nikâh eylemek fâsiddir, bâtil değildir.” diyen yoktur. Ve eimmeden hiç birisinin “böyle bir nikâhla haram olduğunu bilerek bir kimse tekarrube cüret ederse kadına iddet lazîm gelir, yahut onunla neseb sabit olur.” demiş olduğu da naklolunmamıştır. Bilakis İmâmeyn ile mezâhib-i selasenin eimmesinin hilâfını tasrîh eylemiş oldukları mahfuz ve beyne’l eimme haddin lüzumunda ma’lumdur. İmâm Ebu Yusuf ve İmâm Muhammed ile İmâm Malik ve İmâm Şafii “Had olunur.” deyip İmâm Ahmet B. Hanbel de bir kavlinde onlara muvafakat eylemiş ve ikinci kavlinde “Sahabe-i kiramdan bir zatın onu validesini nikâh eden bir şahsın katline memur edilmiş olduğuna dair rivâyet olunan bir hadise binâen katli lazîm gelir demiş.” Ve İmâm Azam radiyallâhu anh “Bu rivâyetin isbat-ı hüküm için kâfi olamayıp ancak sûret-i akdin vücuduna nazarandır. Haddi muktezi olacağından şedîden tazir olunur.” demiştir.

İddetin âdem-i lüzum ve nesebin adem-i sübûtunda onun da sair eimme ile müttefik olduğu ezhar-ı emreyn ve eşher-i kavleyn olup hilâfı ehl-i tahricten bazı ulemanın reyinde kaldığı Hidaye şüruhu gibi kütüb-ü muteberede gösteriliyor.

Haddin sükûtuyla mehrin lüzumu zaruri olmayıp lüzum-u iddete sebep olan nikâh-ı fâsidte tekarrub zevcenin ikrahıyla vuku bulmuşsa ne had ne de mehir lazîm gelmeyeceği ma’lumdur.

Nası haramdan men’ ve tenfir için zaniyi hukuk-ı ebûviyyetten iskat eylemek mûcib-i hikmet ve ayn-ı isabet olduğu gibi bu matlab hâsıl olduktan sonra bîgünah olan çocuğun da nesepsiz bırakılmaktan sıyaneti kezalik

şeran matlup olup bu da lâyhada zikrolunduğu vecihle İmâm-ı Azam'ın kendi reyî değil sair eimme-i kiramın da onunla beraber kail oldukları ahkâm-ı ilahiyedendir. Lakin bu kadarcıkla nikâh-ı meharim fâsidtir, bâtil değildir, demek lazîm gelmez. Ve İmâm-ı Azam'ın buna kail olduğunu isat etmek mümkün olmaz. Evet, ânifen işaret olunduğu üzere ehl-i tahriçten buna zâhib olanlar vardır.

Lakin bunların reyine göre her nikâhta böyledir. Müebbeden haram oldukları mansûs ve mücma' aleyh olan mehârim-i nikâhın ahbes enkihe olduğunda şüphe ve ihtilaf yoktur. Bu nikâhlara yalnız fâsidtir, lüzum-u iddet ve sübût-u nesebe sebep olabilir, denilince Mecmau'l Fetavâdaki nikâha bâtildir denilmek mümkün olamaz. Ona bâtil denilmesi ötekilerine bâtil denildiğine göredir. Onlara yalnız fâsid denilince bitariki'l ula buna da fâsid denilmek lazım gelir. Bâhusûs bilad-ı islâmiyede yaşayanlar ile bilad-ı ecnebiyede ihtida edip ahkâm-ı şer'îyyeden bihaber olan bir kadının hükümleri bir değildir. Haram olduğunu bilmediğinden dolayı, yahut bir Yahudi veya bir nasraniye varmış olur ve birkaç sene sonra zevci de ihtida ederek bilad-i islâmiyyeye hicret ettikleri sûrette asıl meselede hilâftan hali olmadığı halde çocuklarına veled-i zina muamelesi yapmak ittifaken muvâfık-ı şariat olmayacağı gibi muvâfık-ı maslahat olmadığı da müstağni-i beyândır.

Her halde bu maddelerin tağyîr ve tashihi vacibattan olup bu nikâha bâtildir denilmekte ısrar olunacaksa "haram olduğunu bilerek tezevvüc etmişlerse" kaydı ilave olunmalı ve 54. maddede²³¹ mezkûr olan nikâh-ı meharim hakkında da böyle denilmeli. Ve cümlesine fâsid denilecekse diğerin taht-ı nikâhında olan bir kadınla bilittifak bilerek icra-i akit tekarrube cüret eden zaniden neseb sabit olamayacağı ve gusüllerinin mahz-ı zinadan başka bir şey olmadığı da beyân edilmelidir.

²³¹ HAK: Madde 54: "Nikâhlarının memnu'iyeti 14, 15, 17, 18, 19 uncu maddelerde beyan olunan kadınlardan birinin nikadı fasiddir." Sayılan maddeler için bkz. Bir önceki dipnot.

20)²³² 57. maddede: “İkrah ile vuku bulan nikâh fâsıdır.” denilmiş. Lâyhada mezheb-i Şafiye müstenid olduğu gösteriliyor. Hâlbuki velîsi tarafından ikrah olunan bîkr-i bâliğanın nikâhı her mezhepte sahihtir. İhtilaf ancak hakk-ı velâyeti olmayan bir kimse tarafından ikrah vukuundadır.

İki tarafın delîlleri kütüb-ü fıkıh ve eser de mezkûr olup ittibaya ehak olanı ehlinin ma’lumudur. Burada onun tafsilatına girmeye mahal görülmedi. Komisyonunda bu cihetten bahsetmiyor. Mezheb-i muhtarın delîl ve mehazî kuvvetli değildir, demiyor. Ancak ona karşı bazı metain ve itirazatı reva görüyor. “Bir takım işrâyâ cüret vermiş, nice muhedderatın kaçırılması ve aileleri onları kurtarmayıp felaketlerini intaç eylemiştir.” deniyor. Ve kavli-i ahirin kabul olunduğu sûrette hep bu fenalıkların önü alınır, mütalaasında bulunuyor.

Lakin bunlar hep yanlış ve mübalağalı. Gerçi bu misilli fenalıklar hiç olmuyor değil. Bazen vaki oluyor. Lakin menşei - hâşâ - ahkâm-ı dîniyye ve mezhebiyyeden değildir. Böyle zannetmek büyük hatadır. Bu gibi zünun ancak vekayii uzaktan haber alan kahvehanelerde ve kıraathanelerde işitip hakken yakine vakıf olmayanların ezhanında caygir olmuştur. İşin künhüne agâh olan erbâb-ı besair böyle demezler ve böyle düşünmezler. Eşirrânın kaçırıp bilfarz ikrah ile nikâh ettikleri kızları aileleri ve velîleri niçin onlardan kurtaramaz olsunlar? İşra ehl-i salâhın küfüvleri değildir. Kefaet yalnız mal ve hırfet gibi hususatta değil, kavli-i muhtar üzere adalet ve diyanet cihetinde de muteberdir. Kızı ikrah ederek değil, eşirrâdan biri onu rızasıyla nikâh etmiş olsa bile velîleri itiraz ederek feshettirmek hakkını haizdir. İmâm-ı Muahmmmed’in mezhebinde ise onların icazetleri lahik olmadıkça nikâh nafiz değildir derler. Şeri şerifin eşirrâyâ cüret vermediği ve böyle musab olan ailelere felaket götürmediğini, bilakis onlar için bir tabib-i müdavi ve devay-ı şafi mertebesinde nafi’ meded-res olup bâis-i necat ve saâdetleri olduğunu da bilirler.

²³² Dokuzuncu Makale, Sadreddin, a.g.m., Sebilü'r Reşad, sy. 391, s. 5-6

Erbâb-ı fazl ve basiret için buralarını her ne zaman olsa takdir eylemekte düşva olmayıp, ancak vekâyî'in sûret-i cereyânını layıkıyla bilmeye ve etrafıyla öğrenmeye vabestedir. Binâenaleyh tasvir ve beyân edeceğiz.

Bu misilli ahvâl ekseriya köylerde ve nadiren bazı kasabatta vuku bulur. Ve iki türlü tekevvün eder.

1- Kızın rızasıyla olur. Sevmiş olduğu delikanlı ile sözü bir edip kaçarlar. Ailesinin şikâyetleri üzerine tutulup hükûmete getirildiklerinde “çocuk beni kaçırmadı ben ona kaçtım. Ve ona vardım yahut varacağım” der. Vukuatın ekserisi de bu kâbildendir.

2- Kızın rızası bulunmaksızın kaçırılmış olmasıdır ki nadiren vuku bulur. Ve erkeğin hırs ve yeisiyle kudret ve kuvvet ve kemal-i tuğyan ve ihanet hasalarını cem etmiş olmasına tevakkuf eder ki bu sûrette kızı eline geçirdiği gibi saklamış ilişmemiş olması pek vaki değildir. Meğerki ikrahın ikrah ile nikâhın münakid olacağını bilen takımdan olup da onunla iktifa eylemiş ve ona iğtirar ile ziyadesini düşün vaktine talik eylemiş olsun. Hâlbuki tutulup getirildiği vakit velîler bir vech-i meşruh nikâhı feshettirebileceklerinden fasık o hevesine nail olamayacak. Kız bekaretiyle elinden kurtarılacak. Ve ailece nail oldukları bu necat ve saâdeti ikrahla nikâhın fâsid olduğuna değil şeran münakid olduğuna medyun kalacaklar.

Gelelim nikâh vaki olsun, olmasın tekarrub vaki olmuş ise işin rengi daha ziyade değişir. Evvelen her iki aile için musibet pek feci ve muzlim olarak revnema olur.

Erkek tarafı kızın velîlerinin şikâyet ve davalarının neticesinden, çocuğun giriftar olacağı cezanın şiddetinden lerzan, kızın velîleri ise uğradıkları belaya karşı dembeste ve hayrandırlar. Şikâyetlerinde ısrardan ziyade işi temizlemeyi düşünür ve yavaş yavaş öteki aile ile batınen hem fikir

olurlar. Değil nikâh olmuş ise hakk-ı itirazlarını isti'mal eylemek, olmamış ise icat etmek isterler.

Ve bir aralık muslihin tevassut ederek iki aile gizlice birleşir, akit yoksa icra edilir. Lakin yar ve ağyara karşı bunu olduğu gibi izhar edemezler. Namuslarını bikaderilimkan tathir için “nikâh kızın kaçırıldığı zaman icra edilmiş imiş.” derler. Kızın rızasıyla olmuş denilmesi de işlerine gelmediğinden ağyara karşı “ikrahla vuku bulmuş, lakin müftiye danıştık, olur diyor. Ne yapalım? Biz de hükmi şeriye razı olduk.” diyerek beyân-ı mazerete çalışırlar. Ve mahkemeye karşı da iktizasına göre nikâhın vukuunu, yahut kızın rızasını ileri sürüp işin içinden çıkarlar.

Vekayiin hep bu yollarda cereyan etmekte olduğuna devair-i istintakiye ve mehâkim-i adliyenin evrakı şahittir. Düşünelim, ikrahla nikâhın münakid olması eşirrâyâ cüret mi veriyor, yoksa erbâb-ı salah için namuslarını muhafazaya bir vesile mi oluyor?

Bu hükmün tağyîr ve tebdilinden kızları kaçırılıp musab olan aileler için bir maslahat ve menfaat hasıl olmaz. Bilakis bir kat daha müşkilata maruz kalmalarını intaç eyleyecek. Bundan böyle kızlarının bekaretiyle avdet etmesi memul ve muntazır olmadığından emr-i vakie karşı bu yönlerini anıp mahkemede “kızın rızasıyla nikâh olmuşlar.” demek de onları mecbur edecek.

Bu misilli vakayiin önünü almak için bu maddenin hiçbir tesiri “evrak üzerinde hükmi şeri tağyîr etti, mezheb tebdil olundu” denilmekten başka hiçbir semeresi olmayacaktır.

Bu gibi fenalıkların bir dereceye kadar önünü almak ve mümkün oldukça tahfif ve taklil olunmak ancak mütecasirlerinin ve muavinlerinin mücazat edilmeleri ile olabilir. Kız kaçırmak ve nikâha ikrah eylemek fiili ise mûcib-i tazir olur. Bundan dolayı nikâhın inikadı üzerine terettüp eden

mesâlih ve menafi feda ederek fesâdına gitmeye, müberhen olan mezheb-i muhtarı terk etmeye yahut onlarla beraber her izinnâmesiz nikâh edenleri ve şahitlerini hapis ile cezalandırmaya sebep yoktur.

21) 73. maddede: “Zevc zevcesiyle hüsn-ü muaşerete, zevce dahi umur-u mübahada zevcine itaate mecburdur.” denilmiş. Hüsn-ü muaşerete diyecek yok. Lakin zevcesinin vazifesi zevcinin evamir-i meşruasına itaat eylemektir. Umur-u mübahada her neyi emrederse yapmak değildir. Umur-u mübaha Hak Celle ve Ala’nın kullarını kendi reyi ve maslahatlarına göre fiil ve terkine mezun kıldığı şeyler demektir. Bir fiilin mübah olmasından dolayı hiç kimsenin diğerine onunla emretmek, yahut ondan nehyetmeye salahiyeti yoktur. Emrin meşru ve muta’ olması da ehinden sadır olmasıyla memur bih olan emrin onun hakkından yahut ikamesine memur olduğu hukuk-u ilahiyeden bulunmasıyla olur. Erkek zevcesine tetahhür ve iğtisal etmesi, namaz kılması, zinetlenmesi ve firaşına gelmesi gibi hususları emreder. İzni olmadıkça hanesinden çıkmaktan da nehyeder. Lakin bir şeyi filana sat, şu fakire ver. Ve bilâ- mucip ayakta dur, yahut mindere oturma yahut oğlunu evlendirme diyemez. Diyecek olursa itaat etmeyebilir. Umur-u mübahada itaat meslek-i sufiyede müridan için aranılır. Müridan şeyhin işareti tabi olmalıdırlar, denilir. Bu da Allah’ın mübah ettiğini şeyhin icap ve tahrime salahiyetdar olduğundan, salık kabul etmezse âsim olacağından değil. Mürşidin işaret-i vakiasının bir maslahat-ı şer’îyyeyi mütezammın olması melhuz ve mürid onu bilmesede de imtisal eylemekte bir mahzur olmayıp kendisi için hayırlı olacağı memul olmasındandır, menduptur, demektir. Umur-u mübahada itaat başka türlü tasavvur olunamaz.

22)²³³ 74. maddede: “Müteaddid zevcesi olan kimse onlar beyninde adalet ve müsavata mecburdur.” denilmiş. Ve lâyhada muhabbet-i kalbiyyeden başka her hususta tamamıyla adl ve müsavata riâyetin matlup olduğu kaziyeye-i müselleme halinde gösterilmiş, hatta zamanımızda

²³³ Onuncu Makale, Sadreddin, **a.g.m.**, Sebülü’r Reşad, sy. 3393, s. 36-37

müteassir ve belki de müteazzir olduğundan bahs olunmuştur ki bunun ne kadar hata olduğu balada zikir ve beyân olunmuştu.

Tamamıyla adalet yalnız zevcelere değil, sair nas aralarında da matlup ve herkesin üzerine vaciptir. Hiç birine zulmetmemek manasınadır. Bazıları fazla ikram ve ihsan eylemeğe mani değildir. Zevcelerde böyledir. Aralarında müsavata riâyetin vücubu beynunet hakkında olur. Gecelerini beyne'l harâir o vecihle taksim eylemekten ibarettir. Yoksa her husus ve keyfiyette müsavat ile amel etmek lazım değildir. Matlup ve vacip olan her birinin hal ve şanına göre nafaka, kisve ve süknalarını temin eyleyip hiç birisinin ifayı hukukunda taksir etmemektir. Yoksa birisinin erbâb-ı yesar ve gınadan olmasıyla istihkakının kıymetçe fazla olduğundan diğerini de müstehak ve meluf olduğu sûret-i maişeti değiştirip onun mertebesine is'ad etmek icap etmez. Kezalik evvelki hareminin zat-ı evladı olduğundan ve sebk eden hukuk ve hizmetinden dolayı ona fazla ihsanda bulunursa yenisine de bir mislini ver, denilemez. Her birinin münferit bulunduğu sûrette istihkakına ise müteaddid oldukları zamanda dahi o kadardır. Fazlası zevcin fazlına ve vicdanına raci olup erbâb-ı hükûmet ve hükkamın müdahale edebilecekleri umurdan olmadığı mücma' aleyhtir. Kânûnların su-u tefsire mahal kalmayacak ve niza' ve ihtilafata bais olmayacak kadar açık yazılması da elbette matlup olduğundan böyle bir kânûn yazılacaksa bu maddenin de tashih olunarak "müteaddid zevceleri olan kimse haklarında icrayı adalet etmek ve hal-i hazırda gecelerini aralarında müsavat üzere taksim etmek lazîmdir." denilmelidir.

23) 75. maddede "Tekarrub vuku bulsun bulmasın ale'l itlak nikâh-ı bâtil ile henüz tekarrub vuku' bulmayan nikâh-ı fâsid asla hüküm ifade etmez. Binâenaleyh beynlerinde nafaka, mehir, nesep, iddet, hurmet-i musahara ve tevarüs gibi nikâh-ı sahih ahkâmı sabit olmaz." denilmiş.

Tevarüsün kimisi vasiyetin adem-i nefâzı olacak. Lakin kelimasında bozuk. Çünkü nikâh-ı bâtil unvanıyla, ehlinden sadır olmayıp sabi,

gayri mümeyyiz ve mecnûn ve naim gibi gibilerin elfâzında kalan, yahut mahall-i meşrû'unda vaki' olmayan, yahut icma'en mahallinde bulunmayan, yahut ebeden kâbiliyeti olamayan, yahut medhul olan bir mahalde ika' edilen nikâh sûretleri, yahut bu mahiyetlerden birisi murâd edilmeyip bilakis her türlü ve en ziyade bâtil tesmiyesine ehak olanları bunun mukâbili olan fâsid müsemmâsına idhâl olunmuş ve içlerinden yalnız 58. maddede²³⁴ mezkûr olan ve bihasbî'l ma'îyye diğerlerinden tefriki mümkün olmayıp ancak burada zikrolunan hüküm ile tefrik edilen nikâh hariçte bırakılmıştır ki artık şu nikâh-ı bâtil lafzını o nikâhın alem-i mürtecili olarak kabul eylemek yahut aslen hüküm ifade etmeyen nikâh manasına kullanılmamıştır, demek lazım gelir. Ve hâsıl-ı mana: Aslen hüküm ifade etmeyen nikâh aslen hüküm ifade etmez, demek oluyor.

Maksadımız komisyonun ibarâtında münakaşa etmek, lafzın manası yok, kânun böyle yazılmaz demek değil. Hüküm yanlış. Ahkâm-ı şer'îyyede tasarruf âsân olur, fıkıh kolaydır, zannedilmiş. Mevzuat-ı mesâil mahiyet-i şer'îyyeleri ile bilinmeksizin fâsid ve bâtil demek mümkündür, zihâbında bulunmuşlar. Bu hatalar hep o tesahül ve tehavünden ileri geliyor. Maksat burasını izah eylemektir.

Mahallinde beyan olduğu üzere teammüd harama makrun olmadıkça o nikâh fâsid kısmındandır. Bilakis diğerinin bi'l icma halilesi yahut muteddesiyle tezevvüc eden zaniyeden neseb olmayacağı da mücma' aleyhtir. Onlara iddet değil, had lazîm gelir. Bi'l icma' ebeden kendisine haram olanlarla tezevvüc edenlerde ale's sahih ittifaken böyle. Yukarıda gösterildiği üzere yalnız haddin lüzumunda ihtilaf olunmuş. Fiil-i hudud ile tekfir olunacak seyyiattan eşed olmakla beraber ol babta rivâyet olunan hadis ve sûret-i nikâhın vücuduna nazaran İmâm-ı Azam: Dünyacası şedîden tazir olunur demişlerdir. Ondan neseb sabit olacağına, iddet ve mehir lazım geleceğine dair eimmeden hiçbir rivâyet yoktur. Haram olduğunu bildikleri

²³⁴ HAK. Madde 58: "Gayri müslimin bir müslimeyi tezevvücü batıldır."

halde müslimin müşrikeyi, müşrikin müslimeyi ve talak-ı seniyyede beynûne kat'ıyye bulundukça insan mutallakasını ve zevcesinin kız karındaşı tezevvücle tekarrubun da hükmü ale's sahih böyledir.

Nesebin sübûtu ve mehir ve iddetin lüzumu bunların madununda mahal-i şüphe, yahut cay-ı ihtilaf ve ictihâd olan enkihe-i fâside olur.

Hurmet-i musahereye gelince bab-ı saninin şerhinde beyân olunduğu üzere nikâha mütevakkıf olmayıp şüpheyeye makrun olsun olmasın bir kadına tekarrub ile yahut mahallinin dâhiline nazar ve iştiha yahut fiil-i şeni'i yahut bedenini şehvetle mulsak ile de hasıl olacağı ahkâm müberhene-i şeri'yyedendir. Madde-i kânûniyye bi'lvücuhatayı müştemil olduğu gibi bu misilli hadisatın kemal-i nedreti düşünülürse hiçbir maslahatı mütezammın olmadığı da aşikâr olur.

24) 76. maddede: "Nikâh-ı fâsidde tekarrub vuku bulmuş ise işbu tekarrub üzerine yalnız mehir ve iddet lazım ve nesep ve hurmet-i musahere sabit olur. Fakat nafaka ve tevarüs gibi ahkâm sabit olmaz." denilmiş.

Eğer şu nikâh-ı fâsid tabiriyle kütüb-ü fıkhiyyede olduğu gibi mahallinde vaki' olup şürûtu câmi olmayan yahut mahallinde olmayıp ancak mahallinde olmadığı bilinemeyen yahut mahall-i hilâf olan yahut te'biden haram olmayan yahut âharın mülk ve hakkıyla meşgul bulunmayan mahalde vaki' olan nikâh sûret ve mahiyetlerinden birisi murâd edilmiş ise doğru eğri hükmü beyân edilmiş olacak. Lakin öyle değil. Ancak bu hükümdeki nikâh manasına kullanılmış ve 52, 53, 54, 55, 56 ve 57. maddelerde²³⁵ isti'mal olduğu mananın tasvirinden ibaret bulunmuş olduğu halde bu da ayrı bir madde olarak yazılmıştır.

²³⁵ HAK. Madde 52: "Hin-i akitte tarafeynden biri şerait-i ehliyeti haiz bulunmazsa nikah fasid olur."

Madde 53: "Onaltıncı madde mucebince nikahda cemleri memnu' olan iki kadından biri taht-ı nikâhta iken ikincisinin nikâhı fasiddir."

Madde 57: " İkrâh ile vukubulan nikah fasiddir."

Mevâd-ı mezkûreden iktiza edenleri tashih olunur. Ve bâhusûs 54. maddenin müştemilâtından olup 13. maddede²³⁶ mezkûr olan nikâhların bâtil kısmından olduğu itiraf edilir de tabir-i mezkûr ile işaret olunan mahiyetlerden biri mi murâd olunarak onun unvanı olursa bu da hüküm ifade eder bir cümle haline gelir. Ve ahze şayan olsun olmasın akvâl-ı fukahâdan birine istinad ettirilmiş olur. Hele yalnız şartı bulunmayan yahut mahallinde olmadığı mevda'ı hafa ve mahal-i hilâf olan nikâh manasına kabul edilirse isabet de tahakkuk eder. Lakin hüküm ciheti de tashihe muhtaç. Çünkü hurmet-i musaherenin sübûtu nikâha mütevakkıf olmadığından burada zikri fazla olduğu gibi nikâh-ı fâsidle tekarrub kadın tarafından ikrahla vukû' bulmuşsa mehir lazîm gelmeyecektir.

25)²³⁷ 77. maddede: "Ale'l itlak nikâh-ı bâtil ve fâsidde tarafeynin zevciyyet üzere bakiyyeleri memnudur. Mufareket etmedikleri sûrette bi'l muhâkeme beyinleri tefrik olunur." denilmiş. Şer'an sahih ve nafiz olmayan nikâhlarda tarafeynin zevciyyet üzere bulunmaları câiz değildir. Kendileri ıftirak etmezlerse hâkim beyinlerini cebren tefrik eder. Lakin ictimaen câiz olmayan enkihe ile muhtelif fih nikâhlar bu babta bir değildir.

Hâkim tarafından cebren tefrik olunmak velînin itirazı, yahut zevceynden birinin davası üzerine nikâhın fesâdına, yahut lüzumundan dolayı feshine hükmedilmiş, yahut ictimaen câiz olmayan bir nikâha cüret edenler bulunup da ala tariki'l hasbe ihbar vuku bulan ihbar üzerine celb olunmaları lazım gelerek bi'l muhakeme nikâh-ı vakiin ol vecihle butlan ve fesâdı tebeyyün etmiş olduğu sûrette vacib olur.

Şimdiye kadar memleketimizde cari olan teamülde bu merkezde olup mezâhib-i erbaadan birisinde hilâftan hali olmayan ve bâhusûs mahal-i ihtilaf ve ictihâd olduğu ma'lum olan münâkehâta zevceyn velîleri tarafından bir

²³⁶ HAK. Madde 13: "Başkasının menkuhe ve muteddesiyle izdivac memnu'dur."

²³⁷ Onbirinci Makale, Sadreddin, **a.g.m.**, Sebilü'r Reşad, sy. 394, s. 52-53

dava vuku bulmaksızın hâkimin müdahale ve taarruzları vaki olmamış ve reva görülmemiştir.

Madde-i kânûniye buralarını tefrik etmiyor. Kararnâmede gayri sahih itibar olunan nikâhları zevceyn evliyyâtın bir davaları olmayıp cemian razı oldukları halde hâkimin müdahale ederek bi'l muhakeme o nikâhların ifsadıyla tefrikine gideceklerini gösteriyor.

Halbuki gayri sahih itibar edilen nikâhlardan velîleri tarafından tezvic olunan sığarın ve pederleri tarafından ikraha makrun olan ibkar-ı bâliğanın nikâhları gibi bir kısmı nassen ve icmaen sahih, ve maksad-ı tahlile makrun izdivaç ve onunla beynunet-i katiyyenin zevaline mebni olan nikâh gibi bir kısmı da ahalimizin hemen umumen mutekid oldukları Hanefî ve Şafi mezheplerinde câiz ve muteberdir.

Bu misilli Münâkehâtın ifsat ve men'ine kıyam etmek, Nasa "Mezheb ve itikadınızı terk ediniz!" demektir. Nasıl muvâfık-ı şariat yahut muktezayı maslahat olabilir? Kânûn-i Esasi ile ilan olunan kaide-i hürriyetin zâhir ve mefhum olan manası da elbette bunu icap etmez.

Lâyihada Avrupa devletlerinden bazılarının yalnız nikâh-ı mezhebiyi ve azılarının her ikisini kabul etmiş olduklarından bahs olunarak bizim içinde böyle bir mutavassıt meslek ittihaz olunacağı mezkûrdur.

Nikâh-ı mezhebinin adem-i kabulüne müncir olan bu ve bu gibi maddelerin vazı o va'de bile muvâfık değil. Bu misilli teklif ahalimizin tab'larına da giran gelir. Hissiyat-ı mukaddeselerine dokunur. Onlar böyle kânûn istemiyorlar. Hatta Şafi ve Hanbelî mezheplerinde bulunan ihvanımız sakın oldukları memleketimizde aralarında tehaddüs edecek daavay-ı şer'îyyenin faslı için içlerinden birer kadı bulundurulmasını, müftülerine mezuniyet verilmesini bile arzu ediyorlar. Şimdi hem mezheplerinin, hem meluf ve muhteremleri olan İmâm Azam mezhebinin terk olunarak hiç birine

uymayan ahkâma maruz olurlarsa nasıl güçlerine gitmez? Mezâhib-i İslamiyye erbâbı cemi'an bundan müteallim olacaklardır.

Komisyon heyet-i muhteremesi buralarını düşünememiş, hata etmişler. Hiç olmazsa Hıristiyan vatandaşlarımızın hükkamın böyle re'sen müdahalelerine rıza vermeyip nikâh-ı fâsidte tefrik için dava vukuunu şart ittihaz ederek 76. maddeyi²³⁸ ve sûretle yazdırmış olmalarından mütenebbih olmaları bu müsaadeden ehl-i islâmı mahrum etmemeleri îcâb ederdi. Hâsılı bu kânûn böyle çıksa madde-i mezkûre de tashih olunmak lazîmdır. "Müfareket etmedikleri sûrette dava vukuunda yahut nikâh icmaen ve bila hilâf fâsid olduğu halde hâkim onları celb ile bi'l muhakeme beynlerini tefrik eder." denilmelidir.

26) 80. maddede: "Mehir ya mehr-i müsemmadır ki tarafeynin az veya çok tesmiye ettikleri maldır." denilmiş. Verilecek şey bir kabza taam yahut yamalık bir parça bezden ibaret olsa da mal sayılabilir. Emr-i nikâhı i'zaz için Kuran-ı Azîmü's şan'da nass-ı hasla mafrud olan mehr-i tam o kadarcıkla eda edilmiş olur. Bila mehir nikâh edilip kable'd duhul tatlik olunanlara verilecek olan ekal mutadan dîn olsa da kifâyet eder zannedilmiş. Hiç olmazsa fukaraya verilen ekal zekatın za'fına ve nisab-ı sirkate bâliğ olması lazım geleceği ve kütüb-ü hadisiyyede²³⁹ isnad-ı maruf muttasıl ile menkul ve kurun-u uladan beri hadis-i şerifin de bu hükmü natık olup ondan on dirhemden aşağı olamayacağı bilinmemiş.

Lâyihada bu maddenin mezheb-i hanbeliye istinad ettirildiği beyân olunuyor. On dirhem için mezhebtan çıkılıp hanbeliye kadar gidileceği hiç hatıra gelmezdi. Bu da îcâbât-ı medeniyyeden değil ya.

²³⁸ HAK. Madde 76: "Nikah-ı faside takarrub vuku bulmuş ise işbu takarrub üzerine yalnız mehir ve iddet lazım ve nesep ve hurmet-i musahere sabit olur. Fakat nafaka ve tevarüs gibi ahkam sabit olmaz."

²³⁹ Beyhaki, **Sünen**, c. 7, s. 241

Esbâb-ı mûcibesi olmak üzere bunun zamanımızda kıymeti bir şey-i hasis olduğundan bahisle “kimse o kadar mehir tayin etmez ve sadr-ı islâmdaki kuvvet-i iştiraiyesi nazar-ı itibara alınsa şimdi çoklarının tediye edemeyeceği bir hadde ve asl olur.” Deniliyor. Bu, daha garip! Hatanın hep bu fikirden neşet ettiği anlaşılıyor. Komisyon heyet-i muhteremesi Devlet-i Aliye-i Osmaniye meskûkâtından olan akçe kıymetinin mürur-u zaman ile bir tedenni ettiğini iştmişler. Miktarını sabit zannettiklerinden bunu gümüşün evvelden beri tedenni eder olduğuna hamleylemişler.

Hâlbuki iş öyle değil. Evvelki akçeler büyük ve ağır ve halis, sonrakiler mağşuş olup gittikçe gaşiy artmış, veznleri azalmış, kıtaları küçüldükçe küçülmüştür. Ber-vech-i meşru’ mütegayyir olan akçe müsemması başka, miktarı her zaman sabit olan dirhem başkadır. Evet, asr-ı hazırda bir takım gümüş madenleri bulunup tekessür etmesiyle altına nispetle kıymetine noksan geldi. Halisi mağşuş menzilesine inerek fiyatı tenezzül etti. Lakin başka türlü bir tedenni yoktur. Dünkü kıymeti neyse sadr-ı islâmdaki kıymeti de odur. Zekât ve diyatın mekadir-i şer’iyyeleri yekdiğeriyle mukayese edilirse hakikat münkeşef olur. On dirhem gümüşün, altının bir miskaline, bir ufak devenin kıymetçe ancak aşırına, bir sağîrin humsuna, iki re’s ganem yahut keçiye muadil olduğu tebeyyün eder.

İşte on dirhem gümüşün sadr-ı islâmdaki kuvvet-i iştiraiyesi öyle i’zam edilecek bir şey değil. Bugün bilfarz ahalimizden birçokları iki kuzu yahut keçiye kudreyab olmuyorlarsa yar ve ağyara karşı bunu lâyhaya derç etmek, bundan dolayı tebdil-i mezheb eylemek mi lazım geliyor? Fıkıh, muktezay-ı fıkıh bu mudur? Nasın şu zayıf ve iftikarları zamanında gümüş kıymetinin de tenezzül etmesi haklarında bir rahmet telakki olunamaz mı? İla kıyami’s saah baki olan şeriat-i ilahiyyenin her zamanın maslahatı kafil olduğuna bir âyet olamaz mı? Terk ve hicrana mahkûm edilmek istenilen mezheb-i şerifin indallahi Teâlâ savab olduğuna teğayyürü ezman ile zâhir olmuş bir delîl daha teşkîl edemez mi? Sevad-ı A’zam ümmetin, bunca eimme ve meşayih-i kiramın makbul ve muhtarı olan bir mezhebin laf ile hedmine yürümek erbâb-ı

ilme yakışmaz. Fukahâ mertebesi, erbâb-ı tercih mansıbı büyüktür. Kolaylıkla idrak olunamaz. On dirhem gümüşün sadr-ı İslamda pek pahalı bir şey olduğu zan ve zihâbına düşmek o mansıb-ı celilin alât ve madanından sayılmaz.

Komisyon heyet-i aliyyesi devletçe de hiçbir lüzumu olmayan böyle şeylerle iştigâl etmeseler, mansıb-ı fukahâ demek olduğunu ve kendi derecelerini takdir ederek ona göre memur oldukları mesâili Kitap kavli üzere yazmış olmasalar halkın din itikat ettikleri ve ona göre temessük etmekte oldukları mezheblerine karşı vacip olan tazîm ve ihtiramı ifade bulunsalar; kah haşa eşirrâya cüret veriyor, kah unsur-u islâmın tedennisine sebeptir gibi beht ve tehamûlat ve tecavûzat-ı lisaniyyeden ictinab ve teşviş-i ahkâmdan ihtiraz etseler elbette hem kendileri için hem de nas için hayırlı olurdu. Maatteessüf tuttıkları meslekte yanılmışlar. Tertip eyledikleri ebvab-ı Münâkehâtın buraya kadar ehl-i islâm taalluk eden kırk üç maddesinden yirmi altısı hâlel ve hatadan gayri salim. Şeriat maslahata muvâfık değil. Çoğu böyle devlet ve hükûmetçe hiçbir lüzumu olmayan mesâil-i nadireye müteallik ve bir kısmı da nas için enva-ı meşakkat ve zararı mucip olacak şeyler teşkîl ediyor.

Umarım ki onların hatalarını heyet-i teşri'ye ve belki hükûmet-i seniyyemiz izale edecek, bu kararnâmenin istirdadıyla ilgasına inâyet buyuracaktır.

27) 85. madde akd-i fâsidte tekarrub vuku bulursa mehr-i müsemma ve mehr-i misilden hangisi lazım geleceğine dair olup 76. maddenin mücmeli olan u cihetini tafsilden ibarettir.

Vakia zevce tarafından ikraha makrun olursa mehir lazım gelmeyeceği yine gösterilmemiş. Madde-i mezkûrenin mevzu itibariyle de ne derece muhtel olduğu da mahallinde tafsil ve beyân edilmiş olmakla tekrarına hacet görülmedi.

28) 90. maddede: “Bir kızı tezvic veya teslim için ebeveyn veya akrabasının zevcten akçe ve eşya-ı sâire almaları memnudur.” denilmiş. 91. madde dahi: “İşbu fasıl ahkâmı gayri müslimler hakkında cari değildir.” deniliyor. Hâlbuki doksanıncı maddenin zikrolunan hükmü mecellenin 97. maddesi²⁴⁰ ile beyân olunan ahkâm-ı umumiye cümlesinden olup bundan da tavaif-i gayri müslimenin müstesna tutulmalarını kendi dinlerince de icap eder bir hal olmakla doksan birinci maddenin ona teşmil edilmiş olması eser-i sehiv olsa gerek.

29)²⁴¹ Müferakatın bab-ı evvelînin fasl-ı evvelinde 104. maddede: “Sarhoşun talakı muteber değildir.” denilmiş. Ve lâyhada bu maddenin Muhammed İbn Selam hazretlerinin reyine ve İmâm Şafii’nin iki kavlinden birine istinad ettirildiği gösterilmiştir.

Hâlbuki İmâm Şafii’nin o kavli zihar hakkındadır, talak hakkında değil. Bu naklin ondan galat olduğunda ulema-i şafiiyye şek etmezler. Muhammed İbn selam hazretleri de ashab-ı mezâhib olan eimme-i müctehidinden olmayıp Tahavi akranından ve Kerhi gibi tabaka-i salise ricalindendir. Belh ulemasından olup Ebu Nasr künyesiyle meşhurdur. H. 305 tarihinde vefat eylemişlerdir.

Bu kavli dört yüz sene sonra Endülüs’te neşet eden İbn Hazm ez-Zâhiri, mezhebimizin erkânından olan İmâm Züfer rahmetullâhi aleyhe de azv eylemiştir. Bu nakle itimat eylemek câiz olsa şu maddenin ona bina edilmesi câiz olur ona istinad ettirilmesi lazîm gelirdi. Komisyon ona vakıf olmamışlar. Yahut adem-i zikrini evla görmüşler. İsabet olmuş, çünkü sıhhati olsa evvelden beri ehl-i mezhebinden ve ehl-i biladından olan fukahâ ve ulema beyninde maruf olması icap edecek. Galat olduğu meydanda.

²⁴⁰ "Bila sebab-i meşru birinin malını bir kimsenin ahz eylemesi caiz olmaz."

²⁴¹ Onikinci Makale, Sadreddin, **a.g.m.**, Sebilü'r Reşad, sy. 396-7, s. 67-68

Lâyhada İmâm zi'n Nûreyn radiyallâhu anh efendimizden de böyle bir rivâyet olduğu dermeyan olunuyor. Evet, öyle bir rivâyet-i garibe var. Musannif sahibi İbn-i Ebi Şeybe münferiden Veki'den nakil ve isnad eylemiştir. Lafzından da tarik-i haramla vaki olan sekrin murâd olduğu ma'lum olamayıp tarik-i mübah hakkında olması muhtemeldir. Nitekim İbn-i Abbas radiyallâhu anhdan da tarikine haml olunarak beynleri tevfik olunmuş, iki kavi mervidir. Tarik-i harama müştemil olsa bile garibü'r rivayeden olmakla sahih ve sabit nazarıyla bakılamaz. Bâhusûs ashâb ve tabi'în eimme ve fukahâsının çoklarından hilâfı mahfuz ve meşhur olup emirül müminin Ömer b. Hattab, Ali b. Ebi Talip, Muaviye b. Ebi Sufyan, Abdullah b. Ömer, Abdullah b. Abbas, Şerihu'l Kadı, Ömer b. Abdülaziz, İbrahim en-Nehai, Meymun b. Mehran, Said b. Müseyyeb, Ata, Mücahid, Süleyman b. Yesar, Hamid (İbn Abdurrahman, Hasan, Muhammed b. Sirin) Şa'bi, Zühri gibi bunca ecilla radiyallâhu anhum hep tarik-i haramla vaki olan sekrin sıhhat-i talaka mani olmadığına kail oldukları kütüb-ü eserde mazbût ve maruftur. Sahih-i Tirmizi'de muhreç ve mütevatir olan "كل طلاق جائز الاطلاق المعتوه"²⁴² hadis-i şerifi de bu bapta nas olmakla mezâhib-i erbaa eimmesi de onun üzerine ittifak eylemişlerdir.

Artık hilâfına fetvâ vermek, emr-i sultanı istihsal edilerek halkı tebdil-i mezhebe davetle bunu teklif-i kânûni haline getirmek layık olur mu? Bunca ecille ve eimmenin icma etmiş oldukları bir meselede "fiil ile hüküm arasında münasebet tasavvur olunamıyor" demek ehl-i ilme yakışır mı? Komisyon heyetinin şu "tasavvur olunamıyor" dedikleri münasebet ise ketm ve inkârı mümkün olmayacak kadar vâzih ve celidir. Asinin nasihat kabul etmeyip ihtiyarı ile dâhil olduğu turuk-ı muzlimede başına getirdiği beladan elbette kendisi mesul olup muafiyeti icap eder. Hiçbir mazeret-i sahihesi bulunmamasıdır.

²⁴² Tirmizî, **Sünen-i Tirmizi**, c.4, s. 441

Sarhoşu mecnûna teşbih etmek, sekr ve hezeyan haline istiare tarikiyle cinnet-i muakkete tesmiye eylemekle onun için bir mazeret teşkîl edilmiş olmaz. Çünkü hakikat ne ise odur. Lafla tebdili mümkün olamaz. Sarhoşluk hali başka, kesret-i sekre ibtila yüzünden bazılarının dimağı bozularak giriftâr oldukları maraz-ı cinnet başkadır.

Gerek kâbil-i şifa olmayan mutabbak nevinden olsun, gerek gayr-i mutabbak nevinden olup zevali mümkün bulunsun. Şiddet-i sekr için istiare tarikiyle cinnet denilmek lazım gelirse ona cinnet-i ihtiyariye demeli. İşraya cüret vermemeli. Sü-u avakibinden şeran ve aklen mesul olacakları ehl-i sekr olan fıska önüne gelene şetm ve ihanet eder. Hükûmet aleyhinde tekavvülat-ı muzırda da bulunurlar. Casuslara esrar-ı askeriye faş ederler. Maazalik ordunun inhizamına sebep olurlarsa sarhoşluklarına mükâfaten muaf mı tutulacaklar?

Yine lâyhada zamanımızda fıskın şayi olduğundan bahsolunarak “artık sekrin tarikinin mübah yahut haram olduğunu aramak münasip olmaz” denilmiş. Ya fısk erbâbı çoğaldıysa ehl-i salah ve diyanete “siz de mezhebinizi terk ve tebdil ediniz” demek daha münasebetsiz olmaz mı?

Talak-ı sekranın mutebere olması ailelerin mahvına sebebiyet veriyormuş. Bu da mukaddemat-ı hayaliyyeden bina edilen galatlardan. Belki sebep-i necatları olur. Biçare kadını zalimin esaretinden tahlis eder. Hakkında bir nimet-i gayrı murtakabe yahut bir fırsat-ı muntazıra olabilir. Neden mahvına sebep olacakmış? Rızık onun nafakasına münhasır değil ya. Hak Celle ve Ala ²⁴³ “و ان يتفرقا يغن الله كلا من سعته” (Eğer -eşler- birbirinden ayrılırsa Allah, bol nimetinden her birini zenginleştirir.) buyurmuş. Kadınlara mehir ve müta verilmesini emretmiş. Akrabaları tarafından infak olunmalarını da teşri’ buyurmuş. Mirastan nasibedar olabılıp erkekler gibi onlara da ticaret ve mekasibi helal eylemiştir. Ekseriya kendi masraflarıyla da mükellef

²⁴³ Nisa, 4/130

olmadıkları ve bununla beraber arazi-i emiriyyenin de intikalatında bilâ-mûcib erkeklere müsavi tutuldukları ma'lum.

Bir de düşünelim, sarhoş, talakın muteber sayılmayacağını duymuş olur ve zevcesini tatlik ettiği sırada tahattur ederse mutlaka “Karı, senden bununla da kurtulamayacağım” diyerek üzerine atılacak. İhnak ve itlafa teşebbüs edecektir.

Kadınların lehinde zannıyla vaz edilmiş olan bu madde layıkıyla teemmül olunursa sarf onların aleyhindedir. Çünkü kadın sarhoşun tıvar ve mezaliminden çoktan beri bizar olmuş da ayrılmak istiyorsa şimdi ayrılamayıp taht-ı itisafından kalacak. Hem de kendisinin tedeyyün ettiği mezheb ve itikadınca nikâhsız olarak onunla yatıp kalkması lazîm gelecek. Bunu da elbette vicdanına yediremeyeceğinden nafakasından vazgeçip kendisiyle geçinmeye çalışacak, yahut mutekid olmadığı diğer bir mezhebten istianeye kararnâmede gösterilen aile meclisinden istifadeye mecbur olarak bu kere de Hakk-ı Sarihi olan mehrinden mahrum olacaktır.

Yok, her kötülüğüyle beraber zevc ve zevce yekdiğerinden razı olup bir arada kalmak istiyorlarsa bunları tecdid-i nikâh eylemek gibi talak-ı sekranın adem-i sıhhatine zahip olan bazı ulemanın kavline kanaatle kendilerinden onu ihtiyar etmek gibi bir tarik ile beynlerinde uyuşur giderler. Ve böyle olduğu da çoktur.

Bu maddeye hacet yok. Bu gibi davayı ihtilafiyede dava yokken hâkimler müdahale etmez. Nasın hususiyatının ahvâllerinden olan Mezâhib ve itikadatına erbâb-ı hükûmet taarruz eylemezler ise aileler mahvolmak değil rahatlarına bile halel gelmez.

Ezher-i cihet halkın menfaatleri, tarafeynin maslahatları aranıyorsa hâkimi de rey ve vicdanlarıyla karşı tazyik etmemek, dava vukuunda eimmelerinin müberhen olan mezhepleri ile itikatları fikhınca hüküm v amel

edebilmelerini yemin eylemektir. Yoksa böyle kânûnlar vaz'ıyla yahut taraf-ı fetvâ-penâhîden emr-i sultanı istihsaliyle onu tağyîr etmek değildir.

Şurasını da izah edelim ki makam-ı meşîhata getirilen zevât öyle makbul ve mehcür, râcih ve mecrûh olan akvâlden her hangisiyle olsa ifta etmeleri için o makama getirilmiyorlar. Çünkü minelkadim memur ve müste'cir oldukları vazifeleri, yahut salahiyetleri dairesinde idi ki farz olursa bile fetavâları hud-bihud arz ederek mûcibince emr-i sultanı istihsal etmeleri kaide-i meşrutiyete münafidir. Onların re'sen arz edebilecekleri mevad ancak umur-ı idareye ve maiyetlerindeki memurunin azl ve naspları gibi kavanin-i mevzuaya müstenid olan şeylerden ibarettir.

Hata edilmiş. Umarız ki tekrar etmez. Heyet-i teşri'ye ve hükûmet-i seniyyemizce lazîm gelen tedabir ve mukarrarat ittihaz olunur. Tekrarına mahal bırakılmaz. Emr-i dinde tesahül câiz olmayıp her vecihle itina elzem. Hüsn-ü muhafazası evliyayı umur üzerine farz-ı muhtemeldir.

30)²⁴⁴ 105. maddede: "İkrah ile vuku bulan talak muteber değildir." denilmiş. Ve lâyhada bu kavlin haşiyesinde mezkûr olan ikrar meselesine ve Telvîh'in bir ibaresiyle İmâm Malik B. Enes el-Ahmesi hazretlerinin reyine istinad ettirildiği gösterilmiştir.

Hâlbuki mükrehen ikrar başka, inşây-ı talak başkadır. Telvih ise kütüb-i fıkhiyyeden olmayıp İmâm Malik'in mezhebi de bu türlü değildir.

Tehdidini ika'a muktedir olan kimsenin ikrahı üzerine zevcesini tatliki ihtiyar eden zevcin talakı sahih ve nafiz olduğu kütüb-ü malikîyyede musarrahtır. Mezhebi Şafii ve Hanbelî de ona muvâfık olup eimme-i din ve erbâb-ı Mezâhib beyinde bu hususta ihtilaf yoktur. İhtilaf ancak ika'ı talakı kastetmeksizin lafzını telaffuz eden mükrehin talakı hakkındadır ki bu da

²⁴⁴ Onüçüncü Makale, Sadreddin, **a.g.m.**, Sebilü'r Reşad, sy. 398-9, s. 84-86

nevadir den olup herkes için müteyessir olmaz. Lafzın tesiri olmaz, itikadında bulunup da ika'ına kastetmemek hemen o mezheb üzere fakîh olmaya tevakkuf eder. Bi'n netice lafz-ı sarihi kinâye menzilesine indirmek hükmündedir. Mezheb-i mezkûr ihtiyar ve kabul olunacaksa madde-i kânûniye böyle yazılmamalı "Talak-ı mükreh muteberdir. Meğerki ikrah olunan kimse tatliki niyet etmemiş olsun." denilmeliydi.

Edille-i şer'îyyeye gelince buna da müsait değil. Huzeyfe b. Yeman ve pederinin radyallâhu anhumâ gaza-ı Bedir'de bulunmalarına dair mükreh olarak ettikleri yeminin muteber tutulması, telaffuzlarının niyete makrun olup olmadığından sual olunması gibi mezheb-i muhtar-ı cumhûru müfid ve müeyyid olan âsâr-ı şerife çoktur.

Talak-ı mükrehin şeran sahih ve muteber olmasının tazammun hikmet ve maslahat da pek büyük ve zâhirdir. Mübtela olanın sebep-i hayat-ı ve bais-i necatıdır. Garecini tahsil uğrunda onu ikraha cüret eden, tehdidini ika'a muktedir olan zalim ikrah ile vuku bulacak telaffuzun müsmir olmayacağı itikadında bulunursa o biçareyi itlaf eder. Komisyonca tasavvur olunduğu üzere buna karşı çare bulmaktan aciz kalmayalım, talakın iptaline gidelim, demek maruz-u ikrah olacak biçarenin hayatlarını tehlikeye ilga etmektedir.

Maazalik çaresi de bütün bütün yok değildir. Taraf-ı aharden ikrah olunup da zevcesi kendisinden hoşnut ise tecdid-i nikâh asan olduğu gibi inde'l ikrah ika'ı kastetmemiş ise mezheb-i mezkûre kendilerinin kani olmaları kafidir. Mesâil-i ihtilafiye dava vuku bulmadıkça taraf-ı hükûmetten taarruz edilmezse maksat hasıl olur. Mükreh tevriyeye muktedir olup lafzın muhtemel olduğu manayı ahari kastetmiş bulunursa mezheb-i muhtar üzere de diyaneten musaddaktır. Eğer zevcesi kendisinden müteneffire bulunur, yahut ikrah onun tarafından olursa bu kerede onun çaresini aramak abes olur. Çünkü aralarında intizam-ı maişet aramak mümkün olmayacaktır. Zevc hakkında hayırlı olan bu vesileyle onun muaşeretinden ve mehrinden kurtulmaktır.

Her halde hükm-ü şerinin tağyîrine mezheb-i cumhûrun terk ve tebdiline bir sebep-i makul yoktur. İcab-ı maslahat değil, bilakis mehatirelidir. Ânifen işaret olunduğu üzere cinâyete de bais olur.

Tehdit ve ikrah zaten ef'âl-i memnûeden olup faili ele geçirilirse tazir ve hapsiyle cezasını göreceği de ma'lumdur. Kesiru'l vuku olan umurdanmış gibi önünü almak için talakın çare-i iptali aramaya, mezhebtan çıkmaya, hacet yok.

Layihada: Emsal-i teşviktir, denilmesi su-i zan ve tevehhümden başka bir şey değildir, bi't tecrübe bâtıldır. İkrahlâ talak acaba sadr-ı islâmdan beri kaç kere maki olmuştur. Hele asrımızda ve memleketimizde vukuu bile mesmu değil.

Bu kânûnla biz kendimizi yok yere teşhir ediyoruz. Avrupa halkı: "Ehl-i islâm arasında ikrahla talak pek çok vaki olur imiş, tebdîl-i mezhebtan başka çaresini bulamamışlar." diyeceklerdir. Dinimize ve ahlâkımıza karşı sû-i itikadleri artacak. Fehasbunallah ve ni'mel vekil.

Komisyon buralarını da düşünememişler. Bilmem, bu gibi nevadir-i umur ile niçin iştigal eylemişler. Bu maddenin de tashihine ihtiyaç yok, tayyi evladır.

31) 109. maddede "Talak elfâz-ı sarîha ile vaki olur. Mütearif olan elfâz-ı kinâye dahi sarîh hükmündedir. Ama mütearif olamayan elfâz-ı kinâye ile talakın vuku'u ancak zevcin niyetine mütevakkıfdir. Zevcin talaka niyet edip etmediği hakkında tarafeyn ihtilaf etseler zevc yeminiyle tasdik olunur." denilmiş. Ve lâyhada mezheb-i şafiye göre tanzim olunduğu gösterilmiştir.

Halbuki Mezheb-i Şafi'de kinayat-ı mütearife yok. Hiçbir mezhebe uymuyor. Mezheb-i müşarun ileyhin ancak elfâz-ı kinâyeden talakta isti'mali

kalî olup kesb-i marufiyet etmeyen elfâz hakkında kabul edilmiş, mütecezzi olmayan kavillerin yine birer cüzü alınmış olduğu anlaşıyor.

Delalet-i hal ise kesret-i istimalden akvadır. Zevcin öyle bir niyeti yok iken halin delaletine binâen sözünden maksudu olmayan talakın vukuuna kail olmak muvâfık-ı maslahat görülmemiş. Hayat-ı ailenin, nikâhın mümkün mertebe halelden vikayesi kaidesine muhâlif imiş. Bu da acaba mümkün olan mertebeden midir? Zevcin öyle bir niyeti olmadığı neden ma'lum oluyor. Halin delaletini ikrarla beraber sözünden maksudu değil idi demek masadire, yahut tenakuza müncir olmuyor mu? Delalet-i hal ve bisat-ı makal ekseriya karine-i kâtî'a teşkîl eder, müfid-i yakın olur. "Senin taht-ı nikâhından kalmak istemiyorum" diyen zevcesine karşı zevcin "benden beri ol – yahut – işte bağıni çözdüm." Demesi, keزالik müzakere-i talak esnasında yahut gazap halinde "günlerini say yahut işte seni başımdan attım" demesi tatlikten başka neye haml olunabilir? Hali gören ve kendisine hitap edilmiş kadın bu manayı anlayıp cezm ederek hâkime şikâyet edip de zevcesi de hadisenin sûret-i mahkiyede cereyanını ikrar ederse talak vukuunda hâkim için tereddüde mahal kalır mı? Ve bu hal ile beraber müddei aleyhin "niyetim yok idi" demesine itibar edilir mi? Nasıl o kadını his ve vicdanının hilâfına mecbur edecek ve kendinin de mezheb ve vicdanına muhâlif olan şöyle bir hükme ikdam etmesi nasıl câiz olacak? Bir de hâkim havf-i bari ile amel olmayıp da öyle hüküm etsin. Ya o hükmü şeran nafiz olur mu?

Diyaneti bilen ve elbette sorup öğrenecek olan kadın onun hükmüyle nefsinin o şahsa teslim eder mi?

"Elfâz-ı kinâyede talakı niyet etmemiştim" diyen kimse yalnız diyaneten musaddaktır. Müftü ona "mükezzzebsin" diyemez. Çünkü tekzip eden yoktur. Kadın talakın vukuuna cezm ederek kadıya müracaatla dava etmemiş, ancak şüphelenerek müftüye müracaat eylemiştir. Bizzat müşahede eylediği halin delaletine kendisini cezm ediyor mu da zevcin sözüne kanaat ile yorsa ona ne denilebilir? Zevcin diyaneten musaddak olmasının hakikati budur. Kendi

vicdanlarına bırakılır. Zevcesi onu vicdanen tekzip etmiyor. Tasdik ediyorsa muaheze olunmaz demektir. Bilakis gördüğü halin delaletine binâen onu tekzip ederek kadıya müracaatla dava ikame eylemiş ise elbette ona “nassı tekzip etme, tasdik et, muaheze olunmazsın” denemez. İfta meselesi başka, kaza meselesi başkadır.

Şimdiye kadar bu misilli vekayi’de kadın talakın vukuuna cezm eylediği halde dava etsin, etmesin ekseriya muslihin tavassutuyla tecdid-i nikâh olunurdu. Bundan sonra bir kere mahkemeye müracaat ederler için bu tarikle hayat-ı aileyi muhafaza eylemek de pek müşkül olacak. Çünkü bu madde-i kânûniyyeye binâenaleyh hâkim efendi zevci kavliyle tasdik edecek. Lakin kadıncağz bizzat müşahede ettiği karine-i haliyeye karşı bu hükme kanaat getirmeyecek. Belki hâkim de mezheb ve vicdanını ezerek mücerred dünya mansıbını muhafaza için ona ikdam ettiğini bilecek. Yahut burasını da hâkim efendi tefhim edecek. “Gerçi mezheb ve itikadımıza muhâliftir. Lakin kânûn böyledir” denecek. Tarafeyn bu hal üzere mahkemeden çıkacaklar. Nihâyet kadın mehrini nafaka-ı iddetini feda ederek muhâla’aya mecbur olacak” Yahut tecdid-i nikâh edilmek üzere barışacaklar. Lakin hâkimin müsaadesi alınmaksızın nikâh icrası memnu. Şahitler bile mücazat olunacak. Hâkimden müsaade istenebilecek olursa o da ilama kalkışacak. Birçok zaman ve masrafa mütevakıf. Belki hâkim “Ben akd-i nikâh için müsaade verip memur göndermem, kânûnen talak vali olmadı” diyecek. Yahut zevcin gelip evvelki ifadesinden kazip olduğunu ikrar etmesini teklif edecek. Zevc ise yar ve ağyara karşı evvelki yemininden sonra buna cesaret edemeyecek. Ve sıkılıp başka çare bulamazsa yeniden bir talak ikrar ve tescil ettirmeye mecbur olacak. Hayat-ı aile halelden vikaye böyle mi olur? Bu kânûnun muvâfık-ı maslahat olan neresidir?

32)²⁴⁵ 110. maddede: “Zevcesini tatlik eden zevc keyfiyeti hâkime beyân etmeye mecburdur” denilmiş. Bu, mücerred bir teklif-i kânûnidir. Bir

²⁴⁵ Ondördüncü Makale, Sadreddin, **a.g.m.**, Sebilü'r Reşad, sy. 403-3, s. 115

dava-ı sahiha vuku bulmadıkça mutallakın gidip hâkime haber vermeye şeran hiçbir mecburiyeti yoktur. Dava vukuundan sonra da kadının hilâf-ı şer-i şerif hükmedeceğini yahut kendi mezheb ve itikadında vaki olmayan bir talakla kendinin ilzam edeceğini anlayıp da ketm ve inkâr etse ve “tatlik ettim” diyerek yemin eylese muaheze olmaz.

Tecdid-i nikâh ile telafi etmek istediği talakı ihbar ve işaa etmek zevce için külfet ve meşakkati, zevce ve evlad için mazarratı dai olur. Konu komşu esbâbını tefahhus ve taharriye kıyam ederler. Bir çok gilu gala bais olur. Maksudun fevt ve hayat-ı ailenin sönüp mahvolmasına sebebiyet verir.

Bâhusûs her talak her mezhebe göre sahih ve vaki değildir. Ahal-i İslamiye salik oldukları Mezâhib-i mutebere-i eimmeden istifade etmek isterler. Kendi mezheb ve kanaatlerince vaki olmayan bir talakı nasıl gidip hâkime tescil ettirebilirler.

Komisyon hiç buralarını düşünmemişler. Bu maddeyi istinad ettirecek gil-u kavli de bulamamışlar. Avrupa kavanininden alınmış. Ceza kânûnuna zeyl edilmek istenilen bir madde ile de teyid olunarak ihbar ve tescil için yalnız on beş gün tayin ediliyor.

İddetin inkizasına kadar olsun tehirine ruhsat verilmiyor. Teklif cidden ağır. Hükûmet-i seniyye de bu ciheti nazar-ı iltifata almış. Neşrolunan bir nizamname ile talak-ı ricide bu müddetin inkiza-ı iddetten muteber tutulmasına müsaade olunmuş. Nikâha rücu olunduğu sûrette ihbara hacet kalmayacak. Burası güzel. Lakin zevce kabul ederse esna-ı iddette hal-i nikâha avdet talak-ı bainde de olur. Ve ehem ve elzem olan da böyle tecdid-i akit ile nikâha avdetin esbâbını teshil ve temhid eylemektir. Talak-ı riciden ziyade talak-ı bainin tesri-i tescili zaruridir.

Bâhusûs talak-ı bain babı muhtelif fih olup mezhebimizde bain olan talaklar mezâhib-i sâirede ricî addolunur. Onlar ne yapacaklar. Mezheblerine

riâyet olunamayacak mı? Elbette nizamnamenin şu müsaadesinden istifadeleri lazım gelecek. Bu sûrette Hanefîleri mahrum etmek layık olur mu? Hanefî mezhebinde bulunduklarından dolayı mühlet verilmeyip cezalandırılmaları tecviz olunamaz ya. O zaman içlerinden tebdil-i mezheb ettiğini iddia edenler, mezheb-i aheri taklit etmiş olanlar da bulunacaktır.

Bu müşkilat hep şu maddenin muvâfık-ı maslahat olmadığından, Esas-ı sahihe müstenid bulunmadığındandır. Evet, vukuat-ı nüfûsun layıkıyla kayıt ve zaptı devletçe matlup ve mutena bih olan kazayadan olmakla münâkehât ve müferakatın vaktiyle haber verilmesi lazîm gelir. Avrupa devletlerince de bu hususun ehem ve elzem-i umurdan görüldüğü şüphesizdir. Lakin onların kayıt ve tesciline ihtlâmâm gösterdikleri hadiseler başka, bu maddelerde bahs olunan vekayi' başkadır. Onların münâkehât ve müferakatı bizimkiler gibi değil, mahiyeten farklıdır. Emr-i manevi olup mahz-ı hal ve hurmete raci olan nikâh ve talak onlarda yoktur. Onların münâkehâtı merasimlerinin icrasıyla beraber hissen izdivac eylemek, Tevhid-i maişetle ikamet etmektir. Müferakatları da vuku bulursa bilmuhakeme yahut bir muamele-i resmiyye ile beraber hissen ve hakikaten ayrılmaktır. Kayıt ve zaptına itina ettikleri de bu vekayidir.

Yoksa sarf-ı umur-u maneviye takip eylemekten, vaktiyle tesciline uğraşmaktan devlet ve hükûmet için maddi bir faide hasıl olmaz.

Binâenaleyh bizim için de aranılacak, itina olunacak cihet evvelce de zikrolunduğu üzere, akd-i nikâhın değil, emr-i zifafın; talakın, yahut inkiza-ı iddetin değil, ondan sonra an-mehâkime yahut bitterazi tarafeynin yekdiğerinden kat-ı alaka ile hissen ayrıldıklarının vaktiyle daire-i iadesine bildirilmesi, vaktiyle kaydın yürütülmesidir. Kânûn ona göre tanzim olunmalı ve bu misilli tekalif ve evamir-i hükûmet umur-u dîniyyeden olan hal ve hurmet ahkâmına karıştırılmamalı. Sicilli nüfûs kânûnuna derc olunmalıdır.

33)²⁴⁶ Fasl-ı saniyeden 118. maddede: “Beynunet-i katiyye zevcenin iddeti murur eyledikten sonra maksad-ı tahlil ile olmayarak zevc-i ahire varıp ba’dettakarrup ondan iftirak ve iddetinin mururu ile zail olur” denilmiş.

Mantukuna diyecek yok. Lakin “maksad-ı tahlil ile olmayarak” kaydının mefhumu doğru değil. Maksad-ı tahlil ile zevc-i ahire varmış ise ne olacak? O zevc değil midir? Kable’l iftirak birisi vefat ederse aralarında tevarüs cari olmayacak mı? Ba’detakarrup boşarsa talak sayılmayacak mı? Niçin beynunet-i katiyye zail olmasın? Hak Teâlâ “حتي تتكح زوجا غيره”²⁴⁷ (ondan başka bir erkekle evlenmedikçe) buyurmuş. “لم يقصد التحليل” (hülle kastedilmeksizin) kaydı yok. Lâyihada da bu kaydın hiçbir kavle istinad ettirildiği gösterilmemiştir. Müberhen olan mezheb-i cumhûra muhâlif olduğu da aşikâr. Bâhusûs kadının ikinci zevcine varırken öyle bir maksat ve niyette bulunmuş olmasının hiç hükmü olmayacağı mezâhib-i erbaada cay-ı hilâf olmayıp mecma aleyhtir. İhtilaf ancak tahlilin şart edildiği ve zevc-i saniyenin o niyetle tezevvüc ettiği sûretlerdedir. Saraheten şart-ı tahlil ile akdolunan nikâhın misalen nikâh-ı mutaya benzediğinden fâsid olacağına dair İmâm Ebu Yusuf’tan kavli meşhurine muhâlif bir rivâyet var. İmâm-ı Şafinin mezhebi olup kavli kadimi deniliyor. Lakin müşabehet-i mezkûre gayr-i muteber olan şart-ı mezkûre riâyet olunduğu sûrette kalıyor. Hele akitte şart olunmaksızın zevc-i sani o maksatla almışsa bunda kıyas-ı mezkûrun mümkün olmayacağı eimme-i mezâhib beyinde cay-ı ihtilaf değildir.

Nikâh-ı mezkûrun fesâdına kail olan ulema-i hanbeliyye sıhhatine kail oldukları “لعن الله المحلل و المحلل له”²⁴⁸ hadisiyle istidlal eylemişlerdir. Talak ile feshi lazım geleceğine zâhib olan fukahâ-i malikîyye o nikâhın beynuneti izale etmeyeceği hakkında mezheblerini müeyyid olduğunu zikreylemişlerdir. Tahlilin nikâhta şart olunduğu sûrette bu cihete İmâm Muhammed’in de muvafakat ettiği ettiğine dair bir rivâyet var. Lakin zâhiri’r rivayede mahfuz

²⁴⁶ Onbeşinci Makale, Sadreddin, **a.g.m.**, Sebilü’r Reşad, sy. 408-9, s. 164-166

²⁴⁷ Bakara, 2/230

²⁴⁸ Ebu Davud, **Sünen**, n. 1778, İbn Mace, **Sünen**, n. 1926

olan kavline muhâliftir. İmâmeynin bu meselede sahih ve sabit olan kavilleri İmâm-ı Azam'ın mezhebi sahih-i meşhuruna ve İmâm-ı Züfer ve sair ashab-ı kiramın kavillerine muvâfık olup nikâhın maalkerahe sahih ve şart-ı mezkûrun gayri muteber olması, tekarrüb vukuunda beynunet-i katiyyenin zail olmasıdır.

Kütüb-i hadisiyyede Abdullah İbn Ömer gibi bazı sahabe-i kiramın r.a. kavilleri olmak üzere mervi olan eser-i mezkûrun müfadi sahihi de budur, ve merfuan sübûtu bu hükme mütevakkıfdir. Şartla tahlilin mümkün olduğu ahd-i nebevide bilinmiş ve ona binâen zikrolunup da vüsûka şayan görülmemiş olmasını icap eder. Şeran muhallil ve muhallel leh yok iken onlara vücud verilerek levm olunmaları mümkün olmaz. Şart-ı tahlil ile olan nikâh-ı sahih yahut müfid-i tahlil olmayıp da bunu bildirmek murâd olsa “لا نكاح للمحلل” yahut “المحلل لا يحلل حتي تنكح من لم ينو التحليل” buyrulurdu.

Eser-i mezkûrde muhallil ve muhallel leh lafızlarını zâhir olan manalardan ihraç ile tahlil edemeyen ve tahlile nail olamayan kasıtlar manasına haml ve tevil etmek lâ-ekal bu hükmün daha evvel bilinmesine mütevakkıfdir. Onu bununla isbat eylemek devr-i kablîyi istilzam eder. Bu manada kullanılmaları ihtilafın zuhurundan sonra hadis ve o mezhepte bulunan fukahânın elfâz ve ıstılahında vaki ve şayi olmuştur. Eserinde kavli-sahabi olması muhtemel lakin yine ihtilaf zâhirdir. Her halde onunla nas üzerine ziyade câiz olmaz.

Talak-ı selasenin mansûs olan hükmü bila mucep ona cüret eden zevc ve tekrar ona rağbet eden zevcenin cezaları ve ye'si tam ile erahe edilmeyip zeval-i hurmetin nikâh-ı ahire talik olunması gibi mekruh olan tarik-i tahlilin kendileri için mümkün bir halde bırakılması da tamam cezalarıdır. Onun üzerine mürettip olan levm ve zem ancak nefislerine ait olup müstehak oldukları ukubat-ı ilahiyeden fazla bir şey değildir. Layık oldukları cezanın tamamından kendileri tevakki etmeleri lazîm gelirken nefislerinde buna

istidatları olmayanları tarikinden hacr etmenin muktezisi yoktur ki beynûnet-i müzeyyel olan nikâhu'l gayr manasından nikâh-ı muhallil şer'le istisna edilsin.

Erbâb-ı hükûmet içinde bu gibilerin şanına itina ile tekellüfata düşmek mezheb-i sahihin terk ve tebdiliyle tas'ibata kıyam etmek nabimahaldir. Layık olmaz. Beklenen faydasından ziyade su-i tesiri olur. Ne kadar mekruh olduğu ma'lum olan bu tariki ihtiyar eden ailelere: "Bu tahlil sahih değildir" denilmekle onlar maksatlarını terk etmeyecekler. Belki ikinci bir tahlilin çaresini düşünecekler. Evvelce nikâh-ı muhallil mahkeme haricinde icra olunur, mümkün oldukça mahfi tutulurdu. Bundan sonra maksadı ketm ile hâkimden müsaade isteyenler, itirazata uğrayanlar, ba'del akit ihbar olunup ceza görenler, tefrik edilenler bulunacak. Şüyû'u ve vukû'undan bed-ter olmakla bu haller o kadınların her vecihle namus ve haysiyetlerinin berbat olmasına ve fahişeliğe kadar tenezzül etmelerine sebep olacak.

Evet. Bu yüzden mutazarrır olacaklar çok değildir. Lakin bunların azlığı bu kânun ile mütecâsirlerin azalacağından değil, memleketimizde bu nikâhların evvelden beri nadiru'l vuku' olduğundandır. Bir insanın zevcesinin üç kere boşaması pek az olur. Ve ondan sonra tekrar almak isteyenler de bi'ttab' daha azdır. Bunların da çoğu iş o dereceye gelince her mezhepte her nikâhın sahih ve her talakın vaki olmayacağını düşünerek mezâhib-i erba'a ahlâflarından istifadeye dökülüyorlar. Ekseriya şafiler bu tariki istimal eylemekte oldukları gibi ulema-i Hanbeliyeden talak-ı bid'î meselesinde İsmail b. Aliye'nin kelime-i vahide ile selase-i mücma'a meselesinde Haccac b. Artat'ın mezhepleriyle ifa edenler bulunmuş, ikinci meselesi Hanefîyeden Muhammed Mukatil'in de beraber olduğu rivâyet olunmuştur. Nas onları da taklit ediyorlar.

Gerçi bunlar akvâl-ı şâzzedendir. İttiba'a şayân olamazlar. Lakin kararnâmenin münakahata dair olan birinci babının ve yedinci maddesinin müstenid ileyhi olan İbn Şibrime'nin hilâf-ı menkulunden daha aşağı değil, hata ise hiç olmazsa akvâl-ı müctehidinden olduğu sabittir. Ona kanaat

getirip kabul edenlere bir şey denilemiyor. Dense de tesiri olmuyor. Maksud-ı tahlil ile tezewvüc vaki olmuyor gibidir.

Komisyonun bu hususa da lüzumundan ziyade ihtimâm göstermişler. Avrupalılardan husemâmızdan bu maddeyi kânûniyyeyi görenler ahlâkımıza ta'n edecekler. Ehl-i İslam içinde böyle şeyler güya pek çok vaki olur imiş de hükûmet çaresini bulamayıp tebdil-i mezhebe muhtaç olmuşlar, her ne türlü düşünülse bu fıkranın tay olunması evladır. Halkın vicdan ve mezheblerine ait olan bu misilli umura erbâb-ı hükûmetin taarruz etmesi, takibata düşmesi muvâfık-ı maslahat olmaz.

Hükûmetçe matlup olup sicil-i nüfûsun inzibatı gayesi nikâh üzerine teessüs ve talak üzerine teferrük eden ailelerin evvelce beyân olunduğu üzere bilfiil teessüs ve bilfiil tefriklerini mühlet-i münâsebe zarfında kaydetmek ve ettirmek hususundan ibarettir.

34)²⁴⁹ Fasl-ı salisten 166. madde de: "Cüzzam ve baras ve illet-i zühreviyye bilâzarar ikamet mümkün olmayan illetlerden birinin zevcte vücuduna ba'den nikâh muttali" olur veya muahharen böyle bir illet tehaddüs ederse zevce hâkime bilmüracaa tefrikini talep edebilir. İlet-i vaki'anın zevâli ümit olunursa hâkim tefriki bir sene tecil eder. Bu müddet zarfında zail olmadığı ve zevc talaka razı olmayıp zevce dahi talebinde musır olduğu takdirde hâkim tefrike hükmeyleyler." denilmiş ve 123. maddede²⁵⁰ akd-i nikâhtan sonra tecennün ederse aynı muamelenin icra olunacağı gösterilmiş ve bunların hiçbir kavle istinad ettirildiği lâyhada zikrolunmamıştır.

Mezhebimizde mesaibden dolayı tefrik câiz olmaz, şu kadar var ki İmâm Muhammed'den yalnız cüzzam ve baras cünun hakkında iki rivâyet var: Birincisi İmâm-ı Azam ve sair ashab-ı kiramın mezheblerine muvâfık olan

²⁴⁹ Onaltıncı Makale, Sadreddin, **a.g.m.**, Sebilü'r Reşad, sy. 414-15, s. 216-218

²⁵⁰ HAK. Madde 123: "Akd-i nikahtan sonra zevc tecennün edip de zevce hakime bi'l müracaa tefrikini talep etse hakim tefriki bir müddetle tecil eder. Bu müddet zarfında cinnet zail olmadığı ve zevce musır bulunduğu halde tefrike hükmeyleyler."

kavlidir ki kitab-ı hücecte edille-i şer'îyyesiyle beraber zikredilmiştir. İkincisi metn-i Kuduri ve kütüb-ü sâirede meşhur olan rivayettir ki zevcenin zevci bu halde bulursa taleb-i tefrike hakkı olmasıdır. Lakin böyle bir sene tecil olunur ve onunla iktifa olunup etibba şifasından kat-ı ümid etmeseler de zevcinden tefrik olunur, sözü yok. Bu üç illetten dolayı bir sene tecil ancak kütüb-ü Malikîyede görülüyor. Onlar zevcenin mani'i tekarrüb mevzii bir illetle ma'lûle olduğu yahut kendisinde şu üç illetten biri kable'l akit mevcut olup da zevcinin evvelce muttali' olmadığı sûrette onunda nikâhı feshe hakkı olacağına zâhib olarak bazı âsâr-ı mevkufe-i münkatı'a ile ihticac etmişler ve bu üç illetin evlada teaddi ve intikalinden korkulduğu gibi mûcib-i 'âr olup kefaeti muskit olduğuna ve binâenaleyh mahtûbe rıza verirse de velîlerinin onu izdivaçtan men'e hakları olacağına kail olmuşlardır.

Mezheb-i Şâfi'î'de hıyârın sübûtu mâni-i tekarrüb olan âfât-ı 'uzviyye ile şu üç illete münhasır olduğu gibi Müdevvene'de mezkûr olduğu üzere İmâm Malik'in mezhebi de buna garib olup ancak nisaya mahsus olan afattan ifda ve netn-i mevzi'îyi de mani-i tekarrüb addeylemiş âsârı vakt-i mücâmi'âtta mahall-i mücavirde zâhir ve müneffir olan "adîta" illeti de tarafeynden her hangisinde bulunursa mezheblerinde hükme dahil olup bundan başka hiçbir illetin fesh-i nikâhı mucib olmayacağı kitaplarında tasrîh olunmuştur.

İmâm Malik mezhebinin Said b. Müseyyeb gibi bazı ulemâ-i tabiinin akvâline muvâfık ve müstenid olup hep bu daireye münhasır olduğunu kendisi de zikrelemiştir.

Mezheb-i Hanbeliye'de memeli basur ve nâsûr yani fistulda aditaya kıyas olunup ilel-i selâsede hıyârın sübûtu asarının zâhir olup emr-i tekarrubu vaktinde ihlal eder olmasıyla talil edilip onlar da mani-i tekarrüb babına idhâl edilmiş ve bu manadan erkekte husyenin kesilmiş, nez' edilmiş olmasıyla kadında istihaze ve her hangisinde olsa şe'el yani sarsaklık ve kar'u metn ve bahr-u fem ayıplarının da bu baba dahil olacağına zihâb olunmuş ilel-i

selase-i mezkûrenin emr-i tekarrubu ihlal eder olmalarından başka balada işâret olduğu üzere sirâyetlerinden korkulur olması da velîler için hakk-i men'in sübûtuna medar olur bi sebeb-i müşeddid itibar edilmişlerdir.

Müctehidin-i kiramın akvâlı bunlardan ibaret olup hiçbir illetin sirâyet ve intikalinden korkulur olmasını isbat-ı hıyâr için sebeb-i müstakil olabilir diyen, cünun ve barasa kıyas eyleyen yoktur. Bilakis sill-ür-rie gibi emraz-ı batinenin hiçbir taraf için müsbit-i hıyâr olamayacağı ma'lum ve musarrahtır. Binâenaleyh şu maddedeki "Bilazarar birlikte ikamet mümkün olmayan illetler" tabiri bunlara teşmil edilecekse elbette muhâlif-i şeriat olur. Ve sirâyetlerinden korkulan emrazın kesreti de ma'lum olmakla bunun neticesi her kim böyle bir derde giriftar olursa zevceleri onları döşeklerinde bırakıp tefrik için, zevc-i ahire tevassul için mahkemelere şitab etsinler demek olur. Fesâd-ı ahlâka dai ve elbette muhâlif-i maslahattır. Elbette ki hükûmet-i seniyyemiz de buna razı olmayacaktır.

Komisyon heyetinin de bunu murâd etmemiş olmaları lazîm gelir. Lakin iare pek elastiki olmakla türlü tefsire uğratılarak birçok daava-i fâside tekevvününe ve zıya-i hukuka bais olacaktır.

Komisyonun (cüz zam, baras ve ilel-i zühreviye gibi bilazarar birlikte ikamet mümkün olmayan illet) lerden maksatları ancak bu illetlerin kendileri olup "ilel-i zühreviye" lafzıyla frengi ve bel soğukluğu murâd edilmiş olacak. Lakin yine yanlış. Çünkü bel soğukluğu cüz zam ve parsa benzemez. Kâbil-i şifa bir hastalık olduğunda erbâb-ı tıp müttetiklerdir. Mezâhib-i islâmiyyenin hiç birisinde esbâb-ı tefrikten değildir. Hristiyan ve Yahudilerce de böyle bir hükmü olmadığı 132, 138. maddelerden²⁵¹ anlaşılıyor.

²⁵¹ HAK. Madde 132: "Esbab-ı atiyeden birinin tahakkukunda tarafeynden biri hâkime müracaatla müfarakatını talep eder. Evvelen: Zevceynden birinin fiil-i zinayı irtikâbı. Şu kadar ki müfarekat davası ittilaı tarihinden itibaren bir sene, vukuu tarihinden itibaren beş sene müruruyla sakıt olur. Saniyen: Hayat-ı zevceynin devamını müteazzir kılacak surette zevceynden birine arız olan cinnetin üç sene zarfında zail olmaması. Salisen: Cerim-i adiyeden dolayı zevceynden birinin beş seneden fazla ceza ile mahkum olması. Rabian: Zevceynden biri müddet-i sefer baid bir mahalde bulunup da beş sene müddet hayat ve mematından haber alınamaması. Hamisen: Zevceynden biri diğerini beş

Frengi ise şu isminden de zâhir olduğu üzere kadîmen bilâd-i İslâmiyye de maruf olmayıp rivâyet olunduğuna göre Avrupaya da Amerikadan gelmiş olmakla bittabi' kelam-ı eimmede zikri yoktur. Ancak usûlu ma'lumeye kıyas ve kavâid-i külliyyeye irca' olunması sill ve saraca gibi ilel ve emraza ve bâhusûs lûgat-ı arabîyyede "takibe" denilen bel soğukluğuna mı benzer, yoksa tefrik meselesinde asıl müttefik aleyh olan innet veya muhtelif fîh olan cüzzam ve baras manasına mıdır? Teemmül edilmesi lazım gelecek. Hâlbuki innet manasından ba'îd. Mezhebimizde yahut mezheb-i Şafîî'de ona kıyas olunması mümkün olmadığı gibi mevzi-i tekarrüb ve etrafına mahsus olan müneffirattan değil ki mezheb-i Malikî üzere ona kıyas edilebilsin. Cüzzam ve barasın mûcibat-ı tefrikten olmalarının illeti de bu mezheplerde tamamıyla müdrik olmadığından onlara kıyas olunması da sahih olmayacak.

Yalnız mezheb-i Hanbeli kalıyor ki onlara göre bu usûllerde illet tamamıyla müdrik olup sirâyet korkusunu mütezammın uyûb-u müneffereden bulunmaları ve binâenaleyh kemal-i tefrike mani olarak innet babına mülhak olmalarıdır. Kıyas mümkün olup sıhhati sıhhati meani-i mezkûrenin mıkıyasda bulunmasına mütevakkıftır. Artık frenginin evsafı teemmül olunmak lazîm gelecek. O habîs illette ise bu manalar hiç yok değil. Lakin sirâyet korkusu birinci devresine mahsus, ondan sonra ne ahad-i zevcinden diğerine, ne de evlada intikal etmeyeceğini erbâb-ı fen müttefikten beyân ediyorlar. Ve o devresinde emarz-ı batine kâbilinden olup kemal-i tekarrubu ihlal edecek asar-ı münefferesi bulunmuyor. Kendilerini tedavi ettirmeyenlerin burunları ve ağızları yahut sair mahallerinde bıraktığı 'uyûb ancak ikinci ve üçüncü devrelerinde oluyor. Bunlar da İmâm Muhammed'in mevani-i tekarrubdan addettiği kokular, kellik gibi bahr-i fem gibi değil, onlardan ziyade hesm ve

seneden fazla bir müddet terk etmesi. Sadisen: Zevceynden biri kable'n nikâh firengi ve sara ile malul olup da diğerinin ba'de'l-izdivac muttali olması. Sabian: Zevceynden biri diğerinin hayatını tehlikeye ilka edecek ef'ale mücasereti. Bu surette hakk-ı da'va tarihi vakadan itibaren beş sene mürurunda sakıt olur.

Madde 138: "Talakın zevc tarafından izn-i hâkime ta'liki halinde mevadd-ı salife ahkâmı Musevilerde dahi cari olur. Zevcenin esbab-ı mezkureden dolayı tefrikini talebe hakkı vardır."

cerh âsârına, körlüğe yahut saracaya benziyor. Cüzzam ve barasa kıyas olunması bu mezhebe de uyacak gibi görülmüyor. Komisyonun bu hükmü nereden aldığı anlaşılmıyor. Doktorların tecaribi ilerledikçe bilmualece önü alınacağı müntehi oluyor.

Hele Doktor Wessrman'ın bugünlerde keşfettiği usûl-ü tedaviden bahseden fennin rükn-ü azîmi Süleyman Numan Paşa Akdâm gazetesinin 5 Cemaziye'l Evvel 1332 tarih ve 7551 numaralı nüshasında neşrolunan makalesinde:

“Frengiye gelince bu, gizli bir hastalık olmaktan çıkmıştır. Frenginin ayıp telakki olunması da doğru olmayacaktır. Bu artık intani bir hastalık sırasına geçmiştir. Nasıl hummâ-yı râcia tedavi edilmekte ise bu da bir, iki ay hatta on sekiz, yirmi günde tedavi edilmekte bulunmuştur.” diyor.

Bir de böyle olmasın. Hiçbir mezhebe, hiçbir nakle isnat edilmeksizin onu mûcibat-ı tefrike ilhak etmek nasıl meşru olabilir? Bununla öyle bir menfaat da temin edilemez. Çünkü illetin sirâyetinden korkulduğu zaman âsâr-ı muayyebesi zâhir olmadığından mübtela olan zevc onu ketmedecek. Zevcesi kable'z zifaf ona muttali' olamayacak. Ba'dez zifaf muttali' olsa da hastalık sirâyet etmiş olacağından tefrikin faydası kalmayacaktır. Hele zifaf-ı resmiden evvel yekdiğeriyle görüşmüş, gizli sohbetlere başlamış olurlar ise sirâyet daha esra' olacaktır. Nitekim illetin mevatın-i aslisinde ahad-i zevcinden diğerine intikali hemen böyledir. Onlarda kaç güç olmayıp birileriyle tanışıp vaktinden ve belki daha evvelden her manasıyla ihtilat eder olmaları onu her hangisi daha evvel kapmış ise diğerine de zerk ettiğinden resmi izdivacın icrası vaktinde ekseriya hem hal olduklarında şüphe edilmemelidir.

Hastalığın gerek aralarında intişarı, gerek memleketimize intikaline sebep olan nikâh-ı şeri değil, zamanın serbest bırakılıp umumhanelerin keşade bulundurulması, oradakilerin arasına muayeneye tabi tutulmaları

men'i intişarına kifâyet eder addolunarak sebep-i husûlünün her yerde ve her zaman için umur-u mübaha menzilesine getirilmiş olmasıdır. Bu misilli ilel ve emrazın men'i intişarı matlup olunca fiil-i zina ve esbâbı taife-i nisanın açık saçık gezerek rical ile ihtilatı kânûn ile men' olunmalıdır.

Hastalığın men'i sirâyeti için hâkimlerin izdivaç edecek olanlardan sıhhatlerine dair rapor talep etmekte oldukları, muhadderâtın ve bâkirâtın da kable'n nikâh muayeneye tabi tutuldukları söyleniyor. Bu hususa dair geçen sene makam-ı meşihattan bir emirname ısdar edilmiş olduğu da gazetelerde görülmüş yahut işitilmişti. Tedabir-i sıhhiyye hadd-i zatında güzel şeydir. Lakin bununla maksat hasıl olmaz. Nikâhtan meysus olanlar zinaya dökülecekler. Hastalığın intişarı maaziyyade devam edecek. Ve bunların yüzünden bunca tahirin ve tahiratın münâkehâtı düçar-ı müşkilat olacak. Ahali-i islâmiyyenin âdâb ve ahlâkıyla kâbil-i telif olmayıp, erbâb-ı hayâ ve gayretin tabiatına elbette girân gelecek olan şu teklifin meşakkatini elbette onlar çekecekler, onlara inhisar edecektir. Her yerde tatbiki dahi müteyessir olmayacağı gibi bir çok su-i istimalata da sebebiyet verecektir. İzdivaç edeceklerin ilel-i sariyeden salim olduklarını tahkik eylemek kendilerin ve ailelerine düşer, hâkimlere değil. Erbâb-ı hükûmet ve ilim için bu babda yapılacak olan şey nasa lazım gelen ihtarat ve vesaya ile mümkün olan teshilatın ifasından ibarettir. Tarafeyn lüzum görürler de isterlerse bu misilli uyub ve ilelden selameti nikâhlarında şart eylemek mezheb-i malikî de câiz olduğu gibi zevce ve zevcinde böyle bir uyubun vücuduna yahut hüdusuna ittilaında hakk-ı hıyâr olmasını akit esnasında şart ve talik ettirmek mezhebimizde de mümkündür. Bundan fazlasına hacet yoktur. Hastalığın lizatihi mûcibat-ı tefrikten addolunmasını teklif eylemek bî lüzum olur. Ahkâm-ı şer'îyyeye istenilen hükmün ilavesinin şer'an câiz olmayacağı bedihidir. Talakın şart-ı taliki sahîh olduğuna dair olan 102. maddenin²⁵² ahkâmı bu maddenin vaz'ından muğnadır. Hastalığın kâbil-i tedavi olduğu hakkındaki etibbânın beyânatı yine başka.

²⁵² HAK. Madde 102: "Talakın ehli mükellef olan zevcdir."

35)²⁵³ 123. maddede: “Akd-i nikâhtan sonra zevc tecennün edipte zevce hâkime bilmüracaa tefriki talep etse hâkim tefriki bir sene müddetle tecil eder” denilmiş. Madde-i sâbıkada olduğu gibi müddet-i tecil mezheb-i malikîden alınmıştır. Nikâhtan evvel tecennün edenin hâkimden sükut olunması da kararnâmenin dokuzuncu maddesinde mecnûnun izdivacının izn-i hâkime talik edilmiş olmasına mebni ve onun bu haliyle beraber mahtûbe razı olmadıkça hâkim nikâhlarına müsaade vermez, vaki olamaz fikrinden naşi olsa gerek.

Hâlbuki madde-i mezkûre doğru olmayıp hâkimin müsadese olmaksızın mecnûn velîsinin tezvic edebileceği ve ânın bu haline zevcesi sonradan muttali’ olursa hakk-ı hıyârında beyne’l eimme ihtilaf olunup ve illa nikâhın fesâdına gidilecek olursa hiçbir mezhebe uymayacağı mahallinde beyân olunmuştu.

Kable’l akit, ya ba’de’l akit kable’d duhül zevc tecennün ederse zevcenin taleb-i tefrike hakkı olması İmâm Muhammed’den mervi olan ahad kavline muvâfık olup lakin ba’de’d duhul hadis olan cinnet ve illet böyle değildir. Malikî mezhebinde de muhtelif fih olup ba’de’d duhül hadis olan cinnet, yahut cüzzam ve barastan dolayı tefrik hükmünün nafiz olması için hâkimin o mezhebi mutekid olması lazımdır. Mezheb-i Hanefî ile mütedeyyin olup tefrikin adem-i sıhhatini munakid olan hâkim için mümkün olamaz. Bu misilli maddeler hakkında en ziyade bu cihetin nazar-ı dikkate alınması lazîm gelir. Çünkü mesele din meselesi, hıl ve hurmet meselesidir. Maddenin metni de ba’de’d duhul hadis olan illet hakkında pek sarîh değil. Her halde ba’de’d duhul lafzı ilave edilir ve müddet-i tecil bir seneye hasr olunulmayıp ara-i etıbbanın ittifakıyla şifasından ye’sin tahakkukuna talik olunursa bundan daha münasip olur.

²⁵³ Onyedinci Makale, Sadreddin, **a.g.m.**, Sebilü’r Reşad, sy. 419-20, s. 21-22

36) 126. maddede: “Bir kadının zevci ihtifa ve yahut müddet-i sefer veya daha garib bir mahalle giderek tegayyüb edip veya mefkud olup nafaka tahsili mutezer olur ve zevce tefriki talep ederse hâkim tahkikat-ı lazîme icrasından sonra beynlerini tefrike hükmeder” denilmiş ve hiçbir kavle istinad ettirildiği lâyhada zikrolunmamıştır.

Mezhebimize muvâfık olmadığı gibi musir olan bir kimsenin nafaka cinsinden bir mal terk etmeksizin tegayyüb veya fukdanından dolayı zevcesinin tefrikine gidilmek mezheb-i şafiye de uymaz. Malikî ve Hanbelî mezheblerinden alınmış olacak. Lakin yine doğru değil. Çünkü maddeden tebadür ettiği üzere tamam-ı nafakanın tahsili mutezir olmak, hükm-ü tefrik için onların mezheblerince de kâfi olmaz. Tefriki onlar ancak sedremak edecek bir kuru ekmek bulamadığı sûrette tecviz eylemişler. Ve maazalik bu tefrikin de bir hükm-ü kati mahiyetinde olmadığı Kitapların tasrîh etmişlerdir. Erkek zuhur edip de vaktiyle nafaka bırakmış olduğu yahut kadının nafakasının iskat eylemiş bulunduğunu bir nehc-i şeri iki şahit adliyle isbat ederse tefrikin bâtil olacağını, zevce iddet beklemiş ve ondan sonra başkasına varmış ve zevc-i sani duhul etmiş olsa da nikâhı muteber olmayıp evvelki nikâhla zevc-i evvelîn olacağını beyân eylemişlerdir.

Reddü'l Muhtar'da menkul olan müteahhirinden kari-i hidayenin bahsi o mezheblerin ahkâmına tamamıyla vakıf olmadığına delalet ediyor. Bu meseleye mutabık olmayıp ancak nafaka terk etmediği iddia olunan gaibin musir olduğuna dair beyyine ikame edilerek ondan dolayı tefriki câiz gören mezhebin kadısının hükmü hakkındadır. Zevc ondan sonra gelip de ikame etmek istediği beyyinesi birinci beyyineye muhâlif olacağından mesmu' olmak lazım gelir diyor. Musirin beyyinesi bu kâbilden değildir. Onun nafaka terk etmemesi nefy-i mahz olur. Onun üzerine beyyine ikame edilmiş olmak mümkün olamayacağı bedihidir.

Hâsılı şu madde hiçbir mezhebe muvâfık olmayıp 128. maddenin²⁵⁴ buna dair hükmü ictimaya muhâliftir.

Komisyonun heyet-i aliyesinin buralarına vakıf olmadıkları ve etrafıyla düşünemedikleri anlaşılıyor. Bu maddenin vaz' ve teşri'inden öyle fayda ve maslahat beklenemez.

Memleketimiz ahalisinden öyle tegayyüb ve ihtifa ederek hükûmet-i seniyyeyi kendilerini bulup meydan çıkarmaktan aciz bırakmış olanlar çok değil, belki hiç bulunmaz gibidir. Zevcesinin nafakasını vermekten bahleden kimseler bunu yapamazlar. Ve buna hacet görmezler. Ricalin böyle uzak yahut yakın yerlerde ihtifa ve tegayyüb etmeleri ekseriye bir özr-i sahiha müstenid olur. Nitekim istibdat zamanlarında birçoklarının maruz oldukları iftiralar yüzünden kâh memleketimizde ihtifaya ve kâh Avrupa diyarına iltica ile tegayyübe mecbur olmuşlar idi ki bugün onlara madurin-i siyasiyye deniliyor. Tegayyüb ve ihtifa hiçbir zaman sebebsiz olmaz. Ve her ne sebebe mebni olursa olsun böyle sefer yahut ihtifaya muhtar olanların uğradıkları musibet dai-i şefkat iken bir de hal-i tegayyüblerinde haremlerine göz koyanlar, onarlı taleb-i tefrike sevk edenler bulunursa bile tazaüf edecek, bu madde o gibilerine cüret verecektir. Buraları etrafıyla teemmül edilmek lazîm gelir. Nafaka evvel ve ahir tahsil olunabilir. Zevcin böyle bir musibete giriftar olduğu zaman zevcesi kendi malıyla ve sa'yiyle geçinir. Ehil ve akrabaları da ona bakacaklardır. Bu maddeye lüzum yok. Ne akvâl-ı fukahâyâ ne de maslahat-ı ammeye muvâfık değil.

37)²⁵⁵ 127. maddede: Nafaka cinsinden mal terk etmediği halde tegayyüb eden bir kimsenin zevcesi hâkime bilmüracaa tefrikini talep etse hâkim o kimse hakkında icra-i tahkikat eyler. Nerde olduğuna ve hayat ve mematına dair haber alınmasından ye's hâsıl olursa ye's tarihinden itibaren

²⁵⁴ HAK. Madde 128: "Mevaadd-ı sabıka mucebince tefrikine hükmolunan kadın ahar bir şahısla tezevvüc ettikten sonra zevc-i evvelin zuhuru nikah-ı ahirin infisahını mucib olmaz."

²⁵⁵ Onsekizinci Makale, Sadreddin, **a.g.m.**, Sebilü'r Reşad, sy. 431-32, 117-118

dört sene tecil eder. İşbu müddet zarfında haber alınamadığı ve zevce talebinde musır bulunduğu halde tarafını tefrik eder. Eğer zevc muharebede gaybubet etmiş ise hâkim tarafeyn-i muharibinin ve esranın yerlerine avdetinden itibaren bir sene mürur eyledikten sonra tefrike hükmeder. Her iki halde zevce hüküm tarihinden itibaren iddet-i vefat bekler.” denilmiş.

Mezheb-i Hanefî ve Şafiye muhâlif olup lâyhada zikrolunduğuna göre mezheb-i Malikî’den alınmıştır. Mezheblerimiz nikâhın mahfuziyeti esasına müstenid ise de zevcenin hukukunu asla nazar-ı itibare almamakta imiş. İmâm Malik’in zevceler hakkındaki reyi zamanın efkâr ve icabatına muvâfık görülmüş. Hâlbuki nikâhın mahfuziyeti zevc ile beraber zevcenin de maslahatını da tazammun eder. Ve böyle ahad-i tarafeynin hukukunu nazar-ı itibare almak mezheblerin vazifesi ve eimmenin salahiyetleri dairesinde değildir. Çünkü ahkâmı onlar kendileri icad etmiyorlar. Edille-i şer’îyyeye nazar ederek hükm-ü rabbani ne ise onu fehm ve beyân etmeye bezl-ü cehd ediyorlar. Mezhebimiz Ali el-Mürteza ve Abdullah İbn Mesud r.a.’dan mehuz ve menkul olup kitabullah ve Sünnet-i nebeviyyenin itlakat ve umumatına müsteniddir. Zaman-ı Peygamberide böyle bir tecil ve tefrik vaki olmadı. İbtida Ömer el-Faruk zamanında r.a. zamanında bir mefkudun zevcesine dört sene murur ettikten sonra iddet-i vefat ile emrolunup badehu izdivacın tezvic olunduğuna dair bir rivâyet var. İmâm Malik ve Ahmet onunla ahz ve temessük eylemişlerdir. Lakin kadın izdivac ettikten sonra evvelki zevci gelmiş ve isterse kadın kendinin zevcesi olduğuna hükmedilmiş olduğu tamam-ı rivâyettendir. Binâenaleyh Hidaye şüruhunda “Ömer r.a. kavli evvelînden rücu etti. Adem-i tefrik üzerine icma olundu.” Denilmiştir. Bundan asıl maksat da fi’l asl ihtilaf ve kavâidinde isbat eylemiş İmâm Faruk evvelce şu dört senenin mururu mefkud hayatta olsa bile tefrite sebep olur, reyinde bulunmuş da o vecihle hükmetmiş demek değildir. Çünkü öyle olsa kadına iddet-i vefat ile değil, eb’ad-i ile emrolunmak lazîm gelirdi. Yalnız iddet-i vefat ile emrolunması çölde kaybolan o kimsenin ahvâl-i hususiyyesine nazaran mevtine karine ittihaz edilmiş olduğuna delalet eylemektedir. Kavli-i evvelden

rücu o istidlalin irtifadan kinâye olup her halde hüküm meselede icmanın zâhir olduğunu beyândır.

Mefkudun zevcesi hakkında “هي امرأته حتي يأتيها البيان” hadis-i şerifi de var, Sünen-i Darekutni de muhreçtir.²⁵⁶

Tecil ve tefrik hiçbir mezhppte mahiyet-i katiyyeyi haiz olmayıp kadın iddet-i vefat beklediğinden ve zevc-i ahare vardıktan sonra kable'd duhul zevc-i evvel zuhur etse onun olduğu müttetekun aleyhtir. Ancak ba'ded duhul gelecek olursa İmâm Malik: “Artık alamaz” demiş. İmâm Ahmed: “Yine onundur” deyip dört senelik tecilin mefkudun çölde yahut denizde kaybolması gibi vefatına delalet eden ahvâle münhasır olduğuna ve binâenaleyh malının da taksim olunacağına da kail olmuş. Bir taraftan hay itibar olunarak malı vereseden saklamak ve bir taraftan zevcesine iddet-i vefat ve ondan sonra izdivaç ile ifta eylemek hususlarının cem'i sahih olmayacağını nazar-ı dikkate almıştır. Nazarında musayyeb olduğu da aşikâr olup ancak bunu mevadi'de mefkud olanların her hangisi için olsa dört sene tecile hacet olamayacağı gibi yakın, uzak her nede olsa mevtine kanaat için bu müddetin kâfi olmayacağı da zâhirdir. Müddet-i intizar ihtilaf-ı eşhas ve ahvâl ile muhtelif olmak lazîm gelir. Mezheb-i sahih-i Haneî de budur.

Lâyhada zikrolunduğu üzere her halde mefkudun doksanı bulması aranmaz. Doksan seneyle tahdid ehl-i tahridden bazı ulemanın kvlinde vaki olmuş ve içlerinden yetmiş ve altmış, hatta otuz sene de kâfi olur diyenler bulunmuştur. Maksat mefkudun vefatına kanaat-i tamme husûlüdür. Eimmemizden zâhiri'r rivayede sabit olan hiçbir müddet tayin olunmaksızın inkiraz-ı akranın nazar-ı itibare alınacağının zikrolunmasıdır. Bu da Karain-i sâire bulunmadığı halde son delîl olacağındandır. Ve illa her şahsın ahvâl-ı sıhhiyesi ve şân ve mevkii gibi bulunduğu ve tegayyüb ettiği mevziin kurb ve ba'di gibi umurun hep layıkıyla teemmül olunarak kanaat-ı matlube

²⁵⁶ Darekutni, **Sünen**, c. 3, s. 312

husûlünde değil dört sene, daha az bir müddet de kifâyet edeceği kütüb-ü fıkhiyyemizde mebsut ve musarrahtır.

Cihet-i mevti tercih eder esbâb bulunmadığı sûrette mefkudun inkiraz-ı akranını beklemek mezheb-i Hanefî ve Şafiye muhtas olmayıp Hanbelî ve Malikî mezheplerinde de vardır. Mezheb-i Malikî'de esir olsun, olmasın selameti galip olan ahvâlde bilad-ı ecnebiyyede mefkud olanların gerek malları ve gerek zevceleri hakkında bir hüküm verebilmek için yetmiş ve ala kavl seksen yaşını bulmaları şarttır bu da lâyiha komisyonunun zannettikleri gibi esir olmayanların esir addolunduklarından ve zevcelerinin hukukuna itibar olunmayacağından değil, orada bulunanların hayat ve mematinın memleketimizdekilerin ahvâli gibi fahs ve tahkik-i hükkamın makduru olamayacağı her zaman için aşikârdır.

Mezheb-i Malikî'de münferid olduğu tecil ve tefrik hükmü bilad-i islâmiyyede mefkud olanlara mahsustur. Binâenaleyh bu madde ona da muvâfık olmayıp bilad-ı ecnebiyyede mefkud olanlara teşmili icmaya muhâliftir.

Bilad-i islâmiyyede yahut matlup olan tahkikata kâbiliyeti olan havza-i hükûmet-i osmaniyede mefkud olanlara maksur olsa da bu reyin kabulünü, müberhin ve muallel olan mezheb-i cumhûrun terkinini mukteza yoktur. Zamanın efkâr ve icabatına muvâfık demek esbâb-ı tercihten değildir. Mezheb-i cumhûru mu'tekid olan hükkam için onunla hükmeylemek meşru olmaz. Hassaten onun mamul bih olması emrolunduğu sûrette gerçi hilâfında ma'zul olup kendi mezhepleriyle de mezuniyetleri olmadığından hükmedemezler. Lakin onun hükmedebilmeleri de laegal rıza-i bari'ye muhâlif olacağı zan ve zihâbında bulunmakla meşruttur. Ve illa icmaen nafiz olmaz. Gaibin hakkı bakidir. Ve her kim tarafından hükmolunsa ezvac için hayırlı olmadığı gibi bu tefrik öyle zannolunduğu gibi zevcât için de maslahat-ı sahiha temin etmez. Çünkü iptidaen katiyeti haiz olmadığı gibi her vakit için de şüphelidir. Memleketimizde meluf olmayıp sekene-i asliyye meyanında

malikî mezhebi şayi ve maruf olmadığından pek garip görülecek. O kadını zevceliğe kabul edecek olan da hemen bulunmayacak. "Zavallı insan diyar-ı gurbette kim bilir ne yapıyor, Vefasız şıllık, beş sene bile bekleyemedi" diyecekler. Hele kendini bilen, din ve nezhebiyle mutekid olan, hayrı memul olanlardan hiçbir kimse ona rağbet etmeyecek. Bu tefrik onun dul kalmasına ve o zamana kadar almakta olduğu nafakadan bilahere zevcesinin mirasından mahrum olmasına sebep olacaktır. Komisyon buralarını da teemmül etmemişler.

38)²⁵⁷ 128. maddede: "Mevad-ı sâbika hükmünce tefrikine hükmolunan kadın ahar bir şahısla tezevvüc ettikten sonra zevc-i evvelîn zuhuru nikâh-ı ahirin infisahını mucip olmaz" denilmiş. Kadın iddet beklerken yahut iddetin inkizasından sonra ahare nikâh olunmaksızın zevc-i evvelîn zuhuru sûretinde ne yapılacağı izah olunmayıp işkâl ve i'cam edilmiş ve hükm-ü tefrikin herhalde baki olacağı ibham olunmuştur.

Hâlbuki o maddelerin istinad ettirildiği Malikî ve Hanbelî mezheplerinde tefrik ibtidaen kati bir mahiyette olmayıp kadının iddet beklemiş ve şahs-ı aherle akd-i nikâh etmiş olmasıyla da katiyet iktisap etmez. O mezheblere istinad eden 126. madde²⁵⁸ mûcibince tefrik olunan bir kadının muahharen zevc-i evvelî zuhur ederek ona nafaka bırakmış yahut vaktiyle nafakasını iskat etmiş olduğunu ispat ederse zevce kendisinin olacağı, zevc-i sani duhul etmiş olsa da nikâhın muteber olmayacağı ahkâm-ı icmaiyyedendir. Yalnız mezheb-i malikîye istinad ettirilen 127. madde mûcibince tefrik olunan kadının ikinci zevciyle zifaflarından evvel zevc-i evvelî zuhur ederse hak onun

²⁵⁷ Ondokuzuncu Makale, Sadreddin, **a.g.m.**, Sebilü'r Reşad, sy. 439, s. 181-183

²⁵⁸ HAK. Madde 126: "Bir kadının zevci ihtifa veyahut müddet-i sefer veya daha karib bir mahalle giderek teğayyub edip veya mefkud olup nafaka tahsili müteazzir olur ve zevcesi tefriki talep ederse hakim tahkikat-ı lazıme icrasından sonra beynlerini tefrike hükmeder."

Madde 127: "Nafaka cinsinden mal terk ettiği halde teğayyüb eden bir kimsenin zevcesi hakime bi'l müracaa tefrikini talep etse hakim o kimse hakkında icray-ı tahkikat eder. Nerede olduğuna ve hayat mematından haber alınmasından ye' hasıl olursa ye's tarihinden itibaren dört sene tecil eder. İş bu müddet zarfında haber alınamadığı ve zevce talebinde musır olduğu halde tarafeyni tefrik eder. Eğer zevc muharebe de ğaybubet etmiş ise hakim tarafeyn muharibinin ve üseranın yerlerine avdetinden itibaren bir sene mürur eyledikten sonra tefrike hükmeder. Her iki halde zevce hüküm tarihinden itibaren iddet-i vefat bekler."

olduğu keزالık mücma' aleyhtir. Zevc-i sani onun geldiğini duymuş yahut hayatını haber almış da bilerek zıfak ve duhul eylemiş ise mezheb-i malikî de kadın kendisine ebeden meharimi gibi haram olup zevci evvel-i terk veya vefat etse de nikâhı câiz olmaz.

Bir husus için bir mezheb ve kavil ihtiyar ve kabul edilecekse tamamıyla ma'lum olmalı, etrafıyla düşünölmeli. Tanzim edilecek bir madde hiç olmazsa hükm-ü icma'a muhâlif olmamalıdır. Bu maddeler öyle tanzim edilmemişler.

39) 130. maddede: "Zevceyn beyninde niza ve şikak zuhur edip de tarafeynden biri hâkime müracaat ederse hâkim tarafeyn ailelerinden birer hakem tayin eder. Bir veya iki taraf ailesinden hakem tayin olunacak kişi bulunamaz veya bulunup da hakem olacak evsafı haiz olmazsa hariçten münasiplerini tayin eyler. Bu sûretle teşekköl eden aile meclisi tarafeynin ifadat ve mudafaatını tetkik ile beynlerini ıslaha çalışır. Kâbil olmadığı sûrette kusur zevcte ise beynlerini tefrik eder ve zevce de ise mehrin tamamı veya bir kısmı üzerine muhâla'a eyler. Hakemler ittifak edemezlerse hâkim evsaf-ı lazîmeyi haiz diğerk bir heyet-i hakemiyye veya tarafeyne garabeti olmayan üçüncü bir hakem tayin eyler. Hakemlerin verecekleri hükm-ü kati veya nâkâbili itirazdır" denilmiş.

Mezheb-i Malikî'ye istinat ettirildiği lâyhada mestur olup heyet-i hakemiyyenin lüzum-u teşkîli me'mur bih olduğu ve memleketimizde tatbik olunmadığı ve sebebi inde'l Hanefîyye vazifeleri ıslah-ı beyn olup vükelaları olmadıkça tefrike selahiyetdar olmadıkları ve tarafeynin de bi'r rıza vekalet vermez olduklarından ibaret idi ki ve mezheb-i malikî kabul olunursa aileler içinde tehdüd eden pek çok uygunsuzlukların mündefa' olacağı ve zevclerin i'tisafatına nihâyet vereceği mütalaatı dermeyen edilmiştir.

Hâlbuki hep yanlış. Heyet-i hakemiyye teşkili öyle lüzum ve vücub derecesinde me'muriyye değil, ancak def-i şikak için teşri' olunmuş umur-u

müstahabbedendir. Ve maazalik memleketimizde metruk olmayıp her tarafta bihamdillâh ma'mul bihdir. Gerek hükkama müracaattan sonra, gerek daha evvel tarafeyn ehil ve akrabalarından emin oldukları zevata işlerini tefviz ve ihale eyledikleri ve onların marifet ve himmetleriyle haneyi yıkmaksızın, aile ve evladı perişan etmeksizin tehaddüs etmiş olan uygunsuzluğu def ve izale yahut tatlılıkla tatlik ve muhâla'aya rabt ile işi bitirdikleri her tarafta meşhud ve her zaman kesiru'l v'ukûdur.

Mezheb-i Hanefî ile mütediyyin olan ehl-i iman memur bih olan bir hususun tatbikine mezheblerinin mani bulunması töhmetini kabul etmezler. Bühtandır. Komisyon düşünmeden yazmışlar. Mezheb-i celilin kadrini takdir etmemişler. Hükûmet-i seniyyeyi de hataya sevk etmişler derlerse haklıdırlar.

Vekâleti haiz olmayan bir heyet tefrike salahiyetdar olamaz demeleri de doğrudur. Ve yalnız kendilerinin değil, onlarla beraber sadat-ı şafiyye ve Hanbeliyyenin de mezhebleridir. Kitap ve Sünnetin umumat ve ıtlakatı hep buna delildir. Muhâlifinin ihticac etmek istedikleri hakemeyn âyet-i kerimesi de bunu müeyyiddir. Hak Celle ve 'Alâ: “ فَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ حَكَمًا مِنْ ”²⁵⁹ ”²⁵⁹ buyurmuştur ki manası “Eğer zevceynin yekdiğerine meşakkat vermesinden korkarsanız onun ehlinden bir hakem ve onun ehlinden de bir hakem gönderiniz Islah etmek murâd ederlerse Allah aralarını Tevfik eder” demektir. Bundan öyle talak ve muhâla'aya mezun olmayan ve fasl-ı dava için intihab edilen hakemlerin kendilerinden tefrik ve hulua salahiyetdar olacakları nasıl çıkar? Ve tarafeynden tahkim olunmayıp hâkim tarafından tayin olunan naiplerin de hakem müsemmasına dâhil olacakları nasıl kabul olunabilir? Lügat buna müsait midir? Hakemeynin derece-i salahiyetleri beyne's selef ihtilaf olunup bazılarının “بِهِمَا يَجْمَعُ اللَّهُ وَبِهِمَا ”²⁵⁹ dedikleri mervidir. Lakin naipler ve ecnebiler hakkında değil. Tarafeynin sûret-i mutlakada tahkim ettikleri ehilleri, eminleri hakkındadır. Bu kavil Ali el-Mürteza radiyallahu anh'ın kalamından olduğu Müdevvene'de menkul olup

²⁵⁹ Nisa, 4/35

İmâm Malik ve etbai onunla istişhad eylemişlerse de Kufe'de birisinin hakem tayin ederken hulua tevkiil etmediğini söylemesi üzerine ona da izin vermek lazım geleceğini ve illa zevcesinin de kendisine itaate mecbur olmayacağı tefhim ettiğine dair olan eser-i mahfuzu mana-i maksudu izah eylemekte. Zevcin vekâletini haiz olmayan kimselerin tefrike salahiyetdar olamayacaklarını göstermektedir. Artık mezheb-i cumhûru terkle mezheb tefrike nasıl layık olur. Bâhusûs memleketimizde ahali-i islâmiyyenin kısm-ı azamı Hanefî, bazılarının Şafii ve Irak ve Suriye de bir kısım Hanbelidir. Sekene-i asliyye bunlardan teşekkül eder. İçlerinden hakem tayin olunanlar acaba bunu kabul edip de mezheblerini terk eyleyip münakid olmadıkları bir mezheble amele cüret edecekler mi? Ve cüret edenleri bulunursa hükümleri mezheb-i Malikî üzere sahih olacak mı? Kella. Çünkü hakemeynin udul ve fukahâdan olmaları şart olup ve illa hükümleri nafiz olmayacağı kütüb-ü Malikîyyede musarrahtır. Adl ve fakîh olan kimselerin mütedeyyin oldukları mezheblerini bırakıp bilahacet onun hilâfına hükmetmeleri nasıl mümkün olur. Ve ederiz diyenlere adil ve fakîh demek nasıl sahih olur. Bir de farz edelim ki mezheb-i Malikînin de sıhhati kail olsunlar da o mezhebe göre hükümleri sahih olsun. Lakin hakemler hâkim manasında olmayıp ihtilafın mürtefa olmayacağı ve beyne'l eimme nefsi hükmün sıhhati muhtelif fihi olmakla hiçbir tesiri olamayacağı ve binâenaleyh kadın iddet beklemiş ve zevc ahare varmış olsa da mezâhib-i Hanefîyye ve şafiiyye ve hanbeliyyede o nikâhın sahih olmayıp hala evvelki zevcinin taht-ı nikâhında kalmış olacağı şüphesizdir. Meğerki ondan sonra bir kadı-i Malikî'nin huzuruna giderek yeniden muhakemeleri icra olunup da o hükmün sıhhatine hükmeyleye.

Buraları etrafıyla teemmül edilmek lazîm gelirken hiç düşünülmemiş. Mezheb-i Malikî üzere aile komisyonları teşkîl edilsin. Onların verecekleri hükümler sicillere kaydolunsun. İtiraz mesmu olmasın. Denilmekle mesele hallolundu zannedilmiş. Emr-i nikâhta hil ve hurmet ahkâmı tefik-i mezâhib vadisinden yok yere teşviş edilmiştir.

Bunda zevcât için de hayır ve maslahat yoktur. Öyle zevcine ilan-ı husumetle hilâf-ı mezheb ayrılmış olan kadını ahalimizden kim alacak. Ona tekarrub etmeye havas ve avam eğer zina demezlerse elbet şüpheli tanıyacaklardır. Mağrib diyarına yahut Sudan'a gidip Malikîlere varacak değil ya. Daha etraflı düşünülürse onu Malikîlerin de kabul etmeyecekleri anlaşılır.

Çünkü bu madde o mezhebe de muvâfık değil. Öyle heyet-i hakemiyye tarafeynin ifadatını bittetik ıslah edemezlerse tefrik ediverirler. Zevce de kusur varsa mehrin bir miktarı ve nihâyet tamamı üzerine muhâla'a ederler. Demek hiçbir mezheb de yok. İcmaya muhâliftir. Zevc hakkında saraheten gadri mutezamın olduğu gibi suçlu olan zevceye de cüret verir. Hakemler tayininden maksut ve muntazar olan emr-i ıslaha mani teşkîl eder. Akıl ve tecrübesi nakıs genç bir kadın zevcine gazap etmiş olduğu bir zamanda yahut hariçten iğfal ve itma' edilmiş bulunduğu sûrette kendisi ısrar edince komisyonun tefrike mecbur olduklarını ve aldığı mehirden fazla bir şey vermeyeceğini biliyorsa artık sulhe icabet eder mi? Bu maddenin meali zevc nasıl talaka malik ise zevce de mehri iade etmeye razı olursa zevcinden boşanmaya maliktir demeye varıyor. Şeriat-i islâmiyye bu mudur? Yahut mezheb-i malikî böyle midir? Haşa. Bu sûretle tefrik onlara göre ancak zevcin verdiği mehirden başka bir zarar iddiasında bulunmadığı ve tarafeynin mufarakata da razı olup da ancak mehrin yahut bir kısmının iadesine zevcenin rıza göstermediği halde olur. Yoksa zevc verdiği mehrin birkaç mislini onun için sarf eylemiş, düğün yapmış ve ba'dez zifaf ağır urbalar, elmaslar, inciler ihda etmiştir. Bununla beraber hanım yine kendisini sevmemiş ve bir ay geçmeden ben seni istemem diye niza ve şikaka başlamış ise bunları da iade ve tazmin etmeyecek, olur mu? Ya birkaç sene geçmiş zavallı zevc onu bir zevce-i müşfike zannıyla emlakını da kendisine ferağ ve temlik eylemiş ise bunlar nerede kalacak. Kadın erbâb-ı nüfuz-u desayisden birinin dam-ı mekrine kapılmış yahut daha genç ve daha güzel birisini sevmiş ise bu emvali de ona mı yedirecek? Cebren tefrik olunan o zavallı da uzaktan seyirci mi kalacak? Verdiği mehri tamamen istirdad

eylediği kâfidir mi denilecek? Bu tefrik-i cebri zulüm olmazsa zulüm nasıl olur? Şeri'at-i İlâhî bundan münezzehtir. "Bu bahis bitmedi"

40)²⁶⁰ Hiçbir mezhebde câiz olmaz. Mezheb-i Malikî'de değil yalnız zevcin zararını tazmin ettirmek, îcâb-ı hâle ve kadının derece-i isâatına göre hakemler onun cemî'i mâ-meleki üzerine muhâla'a ve tefrik ve emr-i muhâla'ayı mücma' emvâlinden vazgeçmesine talik edebilecekleri; musâlahaya kadir olamadıkları sûrette fi'lhal tefrike de mecburiyetleri olmayıp münasib gördükleri halde "Tefrik etmeyeceğiz, zevcine itaat edeceksin" hükmünü verip ona da hüsn-ü muâşeret ve sabır ile tavsiye ederek halleri üzerine terk eylemeye de salahiyetdâr oldukları; tefrik ve muhâla'a son çare olmakla onu yalnız hâlen değil, istikbâlen ve ebeden ıslâh-ı beynin mümkün olmayacağı, müddet-i medîde tecârib-i tâmmeden sonra teyakkun eyledikleri vakitte icra edebilecekleri hep kütüb-ü fıkhiyyelerinde mezkûr ve musarrahtır. Zevce bir nizâ' ve şikâka girişince zevcinden ayrılacak ve heyet-i hakemiyyenin zevc hakkında en büyük adaletleri mehrin istirdâdından ibaret olacaksa o heyetin teşkîline hacet kalmaz. Zevce ibtidâsından mehri iade ederim diyebilir. Bununla muhâla'a lazım olsa tefrik câiz olsa hakemeyn intihabı abes olmak, meşru olmamak lazîm gelirdi.

Değil zevcâta hiçbir mezhepte olmayan böyle bir salahiyet icad edip vermek, hakemeynin zikrolunan salahiyet-i vasiaları hakkındaki mezheb-i Malikîyi kabul eylemek bile büyük mehaziri daidir. Erbâb-ı nukûd ve gınâdan olan ashab-ı itma'ın gözlerine kestirdikleri genç ve güzel kadınları iğfal ve ifsad ederek nice fukara ailelerinin berbat ve perişan olmalarına sebebiyet verir.

Vakîa ehl-i İslam kadınları fuhuş irtikâbından havf ve 'âr ederler, kabul etmezler. Lakin genç yaşında bittabi' refahiyet arzu eden kafiye zevcinde görmediği bir nimete nail olacağı, erbâb-ı servetten parlak bir kimseye zevce

²⁶⁰ Yirminci Makale, Sadreddin, **a.g.m.**, Sebilü'r Reşad, sy. 445, s. 29-31

olacağı vasıta-i münasibe ile mesela eli tesbihli bir koca nine ağzından evvela ima ve tekmihi ve yavaş yavaş nasihat vadisinde tasrîh olunur ve çekinecek bir hal olmayıp işin mahkeme-i şer'îyye marifetiyle hallolunacağı ve hemen hanede bir niza ihdasına mütevakkıf olduğu tefhim ve "erkek zevcesini boşar da niçin kadın zevcini boşayamasın?" gibi iblisin felsefesinden hamiyet-i cahiliyyeyi tahrik edecek bazı mukaddemat muğalataya de telkin ve talim edilirse o metanet kalmaz. Kolay iğfal olunabilir. Bâhusûs zevci kesb-i yevmiyyesiyle teayyüş eden fukaradan, amele ve rençber gürûhundan yahut ekser-i evkatini berây-ı ticaret bilad-ı sâirede geçirmeye mecbur olan esnaftan olur yahut harp cephelerinde elini, ayağını, gözünü, kulağını, burnunu, çenesini, dudağını zayi ederek muayyeb ve malul ve zaifü'l bünye kalan mükellefiyet-i askeriye erbabından bulunur da musallat olan çapkın daha genç, dinç ve yakışıklı olur ve bittabi' süslenerek kendini servet ve kudretli gösterirse kalbini cezp eder. O zaman değil kendisini yalnız zevce tercih ettirmek, meyil ve muhabbet tedricen izdiyad edeceğinden evladı bile unutturur. Hain hevesini aldıktan sonra kendisini atıvereceğini gafile kadın düşünemez. Ehil ve akrabasının nasihatini işitmez olur. Öğüdü yalnız tesbihli neneden almak, sözün çıkarını hariçten intihab olunacak mahkeme memurlarından yahut avukatlardan teşekkül edecek komisyondan duymak ister. Onun böyle beladan, bu misilli iğfal ve iğvadan masune kalması ve hasbe'l cehale aldanmış ise namusuyla kurtarılması, aklına başına toplayıp kemakân zevc ve evladına sarılması emr-i talak ve iftirakın kendi yedinde olmadığını bilmesiyle, niza ve şikakın müfid olmayacağını derk ve teyakkun etmesiyle olur. Hakemler mezheb-i Malikî üzere ahdelatine terettüp eden vazifelerini tamamıyla ifaya mezun olup işin bevatınına nüfuz edecek kadar ittiab-ı zihin ederek tefrik olunamayacaklarını, zevcine itaat etmesi lazîm geleceğini sûret-i katiyyede kendisine tefhim ederlerse yine ıslahı fikretmesi me'mul olur. Lakin şu tefrik-i cebri usûlünün kabulü her ne sûretle olsa mahzurdan salim olmaz. Hangi heyet-i hakemiyye öyle işin bevatınına sarf-ı zihin edecek? Bakalım zevc onlara her sırrını faş edebilecek mi? Kadın başkasını istiyorsa zevci de ondan vazgeçiversin derler. Zevcinin ona ibtilasını, düşmenin maksudunu is'af etmemekte haklı olacağını, kadının

murur-u zamanla ıslah-ı fikir edeceğini, aile ona muhtaç ve onu kurtarmak lazîm olduğunu düşünmezler. Niza'ın mürettibi erbâb-ı n'ukûd ve gınadan olursa belki ondan da çekinirler. Ve tervic-i merama da hizmet ederler. Hasılı ekviya için zuafa ve fukara ailelerinden göz koyduklarını iğfal ve itma' ederek bu usûl ile ellerinden almak her vakit mümkün olacak, mağdur olanlar saika-i gayretle hiss-i intikama düşecek, cinâyetlere yol açılacaktır.

İşte nikâh-ı medeni kânunun ruhunu teşkîl eden maddelerden birisinin neticesi! Hükûmet-i seniyyemiz elbette buna razı olmaz. Hükûmetçe matlup olan ailelerin bünyanının muhkem olması, uygunsuzluklardan salim olmasıdır. Yoksa uygunsuzluğu ref' için haneleri temelinden yıkmak, ocak söndürmeye şıtab eylemek değil. Aileleri mahv ve perişan etmek için tebdil-i mezheb maslahattan olur mu? Zamanın efkârı ve icabatı bu mudur? Komisyon ne hata etmişler! Din-i islâm'da talak ve iftirak kadınların elinde olmadığından erkeklerin onlara i'tisafâtta bulundukları dermeyan olunmuş. Bu da din ve memleketimiz aleyhinde neşriyatta bulunan misyonerlerin âsârında ve o gibi menabî'den alınmışa benziyor. Yoksa memleketimizde zevciyle niza edip de sulh etmemiş, i'tisaf görüp de bilahere mufarakat eylemiş kaçkadın bulunabilir? Islah-ı beyn olamazsa talak ve muhâla'a meşru olmakla tabiat-ı maslahat onları tefrik eylemektedir. Mezheb değiştirmek istemez. Bila mucip tacil olunarak yıkmayan aileleri de yıkmak, ana baba kucaklarında yaşayacak çocukları da öksüz bırakmak layık olmaz.

Bu maddenin vaz'ından maksat hürriyet kaidesinde kadınları erkeklere müsavi tutmak ise kânûn-i esasi'de kabul olunan hürriyet bu müsavatı iktiza etmez. Çünkü Din-i İslâm'la mukayyedir. Örf ve adatın da muhafaza olunacağı da madde-i mahsusa ile beyân ve tasrîh edilmiştir. Kadınların erkeklere her vecihle müsavi olması, talak ve iftirakın ellerinde bulunması Avrupada da yoktur. Onlar kadınları zevclerinin izin ve reyi olmaksızın kendi mallarında bile tasarruf ettirmiyorlar. Onların ruhları bünyeleri ile mütenasip olup kuvvet ve metanetçe erkekler gibi değil. Tabiatla onlara müsavi değiller ki her hükümde onlara müsavi olsunlar. Nafakaları da zevcleri üzerine farz

edilmiş. Kuran-ı Azîm'de “الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض و بما انفقوا”²⁶¹ (Allah'ın insanlardan bir kısmını diğerlerine üstün kılması sebebiyle ve mallarından harcama yaptıkları için erkekler kadınların yöneticisi ve koruyucusudur.) buyurulmuştur. Erkekler gibi kadınlar da mufarakata kadir, tatlike mezun olsalar aileler teessüs ederken yıkılır ve bundan en ziyade ve en evvel kendileri mutazarrır olurdu.

Tarafeyne bigâne olan kimselere, hükkam-ı zamana, heyet-i hakemiyyelere böyle bir hak vermek daha muzır olur. Balada gösterildiği üzere türlü su-i istimalat ve cinayata kapı açar. Bu bapta da beşer için şeriatımızdan, mezhebimizden aslah ve eslem bir tarik olamaz. Hem niçin ahalimizin mütedeyyin oldukları hükm-ü şeri ma'mul bih olmasın? Hanefî, Şafii, Hanbelî bunca halk mezheblerinden istifadeden ve memleketlerinde bulunmayan bir mezhebe mahkûm edilsinler. Yazık değil mi? Bâhusûs bu teklif ehl-i İslama tahsis edilmiş. Talak ve iftirak Yahudilerde ve bazen hıristiyanlarda da mevcut iken mebhus anı olan usûl onlara teşmil edilmemiş. Hıristiyanlar için teşkîl olunacak olan aile komisyonlarının vazifelerini ıslah-ı beyne maksur olduğu 136. madde²⁶² ve Yahudilerde zevcenin tefrik talebinde bulunması ancak zevcin emr-i talakı izn-i hâkime talik etmiş olduğu sûrette olabileceği 138. maddede²⁶³ gösterilmiş, hep kendi meluf ve mütedeyyin oldukları ahkâm ile muamele olunacakları, hukuk-u mezhebilerinin kemâkân mahfuz olacağı ilan olunmuştur. Artık ahali-i islâmiyyemizin mu'tekid ve mütedeyyin oldukları mezheblerinin hukuku da muhafaza olunmak icap etmez mi? Onlarda umur-u mezhebiyyelerinde serbest olmalarını, kemakân istifade etmelerini istemezler mi? Memleketlerinde maruf olmayan mezheb-i Malikîye tabi tutulmalarını isteyen bulunmaz. Bu maddenin ona da muvâfık olmayıp kısmen muhâlif-i icma' olduğu da gariben beyân olundu. Mukteza-i maslahat olmayıp yok yere

²⁶¹ Nisa, 3/34

²⁶² HAK. Madde 136: "Müfakat davası vukuunda mahkemece evvel emirde tarafeyn ailelerinden müntehap birer muslih veya rüesay-ı ruhaniye marifetiyle ıslah-ı beyne tevessül olunur. Islah-ı beyn mümkün olmadığı surette davay-ı vakia ale'l usul rüyet ve fasl edilir."

²⁶³ HAK. Madde 138: "Talakın zevc tarafından izn-i hâkime taliki haline mevaadd-ı salife ahkâmı Musevilerde dahi cari olur. Zevcenin esbab-ı mezkureden dolayı tefrikini talebe hakkı vardır."

birçok ailelerin perişanlığına sebep olacağı da zikrolundu. Kararnâmenin ehl-i İslam aileleri için en mehatireli maddesi de budur.

Sadreddin

ÖZET

KÜÇÜKTİRYAKI, Ahmet Yasin; "Sadreddin Efendi'nin Hukuk-ı Aile ve Usul-ı Muhakemât-ı Şer'iyye Kararnameleri Hakkındaki Görüşleri ve Değerlendirilmesi" Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2009

Osmanlı Devleti, kurulduğu dönemden itibaren İslam'ın koruyuculuğunu üstlenmiş ve bu yolda mücadele etmiştir. Geniş bir coğrafyada söz sahibi olmuştur. Dolayısıyla Osmanlı Devleti'nde gerçekleşene hukukla alakalı çalışmalar büyük bir bölgede etkili olmuştur.

Osmanlı Devleti'nde Tanzimat'tan sonra başlayan kanunlaştırma hareketlerinden biri 8 Muharrem 1336 (25 Ekim 1917) tarihli Hukuk-u Aile Kararnamesidir. Osmanlı Devleti'nde yaklaşık bir buçuk yıl yürürlükte kalmasına rağmen önemli bir etkiye sahip olmuştur.

Çalışmamız, Osmanlının son dönemlerinde hukuk alanında geline noktada yapılan bazı kanunlaştırma çalışmalarına yöneltilen eleştiri, bunun sebeplerini ve bunların değişik açılardan değerlendirilmesi şeklinde olacağından, o dönemde yapılan hukuki çalışmalarda nelerin etkili olduğunu, bunların nasıl ve ne şekilde bir tepkiyle karşılandığını görmemizi sağlayacak olması açısından önemlidir.

Tanzimat sonrası hukuk alanındaki çalışmalardan biri olan Hukuk-i Aile ve Usul-i Muhakemat-ı Şer'iyye Kararnameleri'ne değişik taraflardan, muhtelif sebepler dolayısıyla eleştiriler yöneltilmiştir. Özellikle İslamcılık fikrine sahip âlimler tarafından yapılan eleştiriler Kararnamelerin ilgasında büyük etkiye sahiptir.

Biz çalışmamızda bu eleştirileri ve özellikle Sadreddin Efendi'nin yapmış olduğu eleştirileri İslam hukuku açısından değerlendirdik ve müellif hakkında bilgi vermeye çalıştık.

Anahtar Sözcükler

- 1- Kanunlaştırma
- 2- İslam Aile Hukuku
- 3- Tanzimat Sonrası Kanunlaştırma Çalışmaları
- 4- Hukuk-ı Aile Kararnamesi
- 5- Sadreddin Efendi'nin Eleştirileri

ABSTRACT

KUCUKTIRYAKI, Ahmet Yasin; "Evaluating of Sadreddin Efendi's Articles About Family Law Decision" Master Thesis, 2009

Ottoman Empire taked on defense of Islam since its foundation. It was in force in a wide district in the world. So, development in the law that happened in the Ottoman Empire affects in a wide geography.

Family Law Decision that brong into force in 25 October 1917 is one of the actions of enacting law (codifications) appeared after Tanzimat in Ottoman Empire. It has an important effect despite of its short validiting.

Family Law Decision has a short validiting in the history. Because it was criticized by many parts of region. Because it has many new original features in the Islamic Law. Especially critiques of scientists who they have Islamism thought effected Family Law Decision's abolition.

We evaluate that critiques and especially Sadreddin Efendi's critiques and his biography in our thesis.

Key Words

- 1-** Codification
- 2-** Islamic Family Law
- 3-** Codification After Tanzimat
- 4-** Family Law Decision
- 5-** Sadreddin Efendi's Critiques