



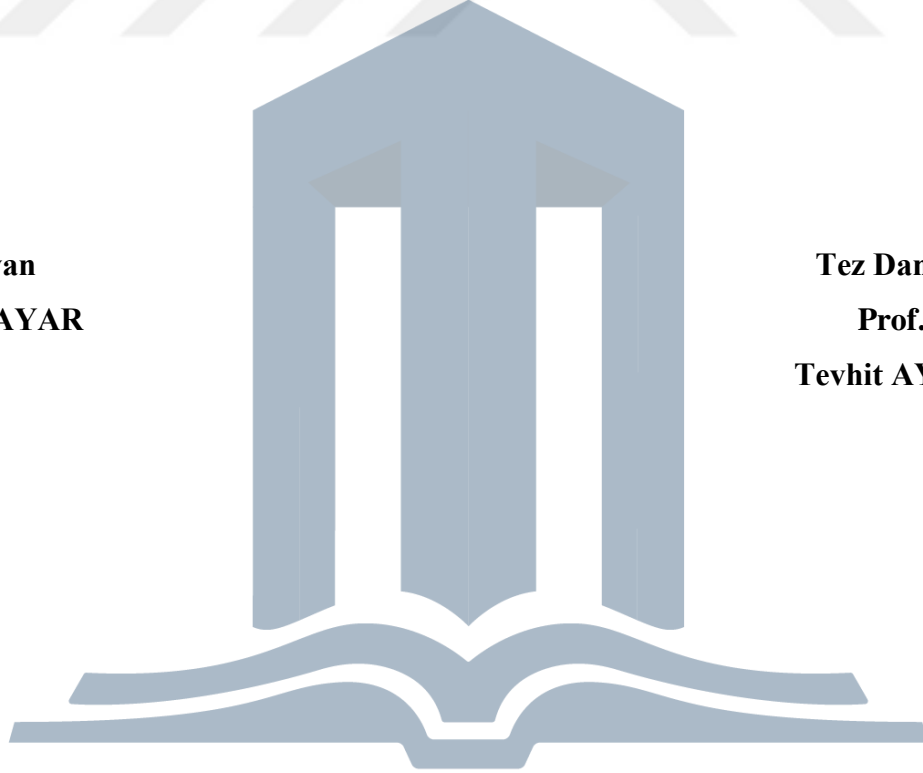
**T.C.
ÇANAKKALE ONSEKİZ MART ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI**

**İSLAM HUKUKU VE TÜRK MEDENİ KANUNU AÇISINDAN SAHİH EVLİLİK
AKDİ DIŞINDA OLUŞAN NESEP VE ORTAYA ÇIKAN SONUÇLAR**

Yüksek Lisans

**Hazırlayan
Sümeyye KAYAR**

**Tez Danışmanı
Prof. Dr.
Tevhit AYENGİN**



Çanakkale - 2018

TAAHHÜTNAME

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “İslam Hukuku ve Türk Medeni Kanunu Açısından Sahih Evlilik Akdi Dışında Oluşan Nesep ve Ortaya Çıkan Sonuçlar” adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını, özgünlüğünü ve bir başka mecraya sunulmadığını, yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu ve yararlandığım kaynak ve verilerde hiçbir bir çarpıtma yapmadığımı belirtir ve bunu onurumla doğrularım.



19/07/2018

Sümeyye KAYAR



Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne



Sümeyye KAYAR'a ait "İslam Hukuku ve Türk Medeni Kanunu Açısından Sahih Evlilik Akdi Dışında Oluşan Nesep ve Ortaya Çıkan Sonuçlar" adlı çalışma, jürimiz tarafından Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak oybirliği/oyçokluğu ile kabul edilmiştir.

Üyeler

İmza

Prof. Dr.
Tevhit AYENGİN
(Danışman)

Prof. Dr.
Şamil DAĞCI

Doç. Dr.
Nimetullah AKIN

Tez No : 10204565
Tez Savunma Tarihi : 19/07/2018

ONAY

Doç. Dr. Şerif KORKMAZ
Enstitü Müdürü

06/08/2018

ÖZET

İSLAM HUKUKU VE TÜRK MEDENİ KANUNU AÇISINDAN SAHİH EVLİLİK AKDİ DIŞINDA OLUŞAN NESEP VE ORTAYA ÇIKAN SONUÇLAR

Tezde İslam Hukuku ve Türk Medeni Kanunu'nda sahih/kanuni evliliğe dayanmayan ilişkiler sonucu nesep ve gündeme gelen hukuki sonuçların benzer ve farklılıkları sunularak hükümlerinin amaçları ortaya koyulmuştur.

Birinci bölüm, konuyla alakalı iki hukuk sisteminde bulunan/bulunmayan kavramları içermektedir. Kavramsal çerçeve altında yer alan başlıklar, nesep tayininde ve sonuçlarında gündeme gelen meseleler olduğu için ayrıntıya girilmeden sunulmuştur.

İkinci bölümde batıl evlilik, gayr-i meşru ilişki ve yapay döllenme alanları iki hukuk sistemi üzerinden, diğer gayr-i sahih evlilikler İslam Hukuku'na has olması hasebiyle tek taraflı izah edilmiştir. Gerçekleşen bu birleşmelerin nesebe olan etkisi daha sonra incelenen konuların hareket noktası olmuştur.

Üçüncü bölümde İslam Hukuku ve Türk Medeni Kanunu açısından nesebin bir evliliğe mebni olarak normal koşullarla kurulmadığı durumlarda sonradan sabit olma yöntemleri ele alınmıştır. Nesebi reddetme şekil ve sonuçları da aynı bölümde açıklanmıştır.

Dördüncü ve son bölüm, nesebin sabitliği veya meçhul olması ile meydana gelen fıkhi ve hukuki sonuçları ortaya koyan ve bu şekilde iki hukuk sisteminin benzer ve farklılıklarının yorumlandığı bölüm olmuştur. Bölümde gayr-i sahih evlilik, şüpheli birleşme, evlatlık, gayr-i meşru ilişki ve yapay döllenme sonuçları gruplandırılırken yer yer sahih evliliğe de göndermeler yapılmıştır.

Anahtar Kelime: Nesep, Türk Medeni Kanunu, İslam Hukuku, Evlilik Dışı, Gayr-i Sahih Evlilik

ABSTRACT

LINEAGE, THE PERSPECTIVE OF ISLAMIC JURISPRUDENCE AND TURKISH CIVIL LAW ON REGARDING OF THE ILLEGAL MARRIAGE CONTRACT AND CONSEQUENCE OF THEREOF

This thesis deals with a comparative study between the Turkish Civil Law and the Islamic law regarding illegal relationship and the related legal consequences in terms of Lineage, in order to highlight the differences between Turkish Civil Law and Islamic law.

The first Chapter deals with the jurisprudential and legal terms of Lineage, without going into details.

The second chapter deals the invalid marriage and the illegitimate relationship - and Intracytoplasmic sperm injection between jurisprudence and the Civil Law. The types of invalid marriage have been studied from the perspective of Islamic law only. And the impact of this on the issue of Lineage, I discussed them in the following chapters.

The third chapter deals with Islamic law and the Turkish civil law regarding the Verification of lineage in cases of the invalid marriage, and cases of slander lineage and its consequences. I divided it into sections.

The fourth chapter deals with the Verification of lineage or Anonymous descent in terms of the consequences and the similarities and differences between Islamic law and Turkish Civil law in this regard, and this section examined the issue of marriage - the illegitimacy relationship - Intracytoplasmic sperm injection and its results compared to the Legal marriage.

Keywords: Lineage - Turkish Civil Law - Rights in Islamic law - Reproduction outside the marital relationship - invalid marriage.

KISALTMALAR

Bkz.	: Bakınız
Çev.	: Çeviren
DİA	: Diyanet İşleri Ansiklopedisi
Dna	: Deoksiribo Nükleik Asit
EMK	: Eski Medeni Kanun
H.A.K.	: Hukuku Aile Kararnamesi
Hız.	: Hazreti
M.d.	: Madde
M.K.	: Medeni Kanun
R.a.	: Radiyallahu Anh
R.anha	: Radiyallahu Anha
S.	: Sayfa
S.a.v	: Sallallahu Aleyhi Ve Sellem
Sy.	: Sayı
TDV	: Türkiye Diyanet Vakfı
Thk.	: Tahkik
TMK	: Türk Medeni Kanunu
Ts.	: Tarihsiz
Vb.	: Ve Benzeri
Vs.	: Ve Saire
Yay.	: Yayınevi
YMK	: Yeni Medeni Kanun

ÖNSÖZ

Dar anlamda çocukla anne-babası arasındaki bağı, geniş anlamda kişiyle usulü arasındaki soybağını ifade eden neseb, gerek İslam Hukuku'nda gerekse diğer hukuk sistemlerinde önemli bir yere sahiptir. Nesebin sübutu ve meçhul kalması neticesinde ortaya çıkan hukuki sonuçlar, soybağının önemine binaen konulmuş hükümlerin muhteviyatına göre şekillenmiştir.

Tarih boyunca nesebe duyulan ehemmiyet günümüzde de gücünü ve önemini yitirmemiş, nesebin kutsal kabul edilen evlilikten oluşması gerektiği inancı, evlilik akdine verilen ehemmiyetin diri kalmasını sağlamıştır. İlişkilerin evlilik çerçevesinde gerçekleşmesine önem verilmediği toplumlarda her daim yozlaşmalar ve kargaşalar baş göstermiştir.

İslam öncesi cahiliye döneminde evlilik akdi gerekli görülmesine rağmen evliliğin maneviyatına aykırı eylemler akdin manasız kalmasına sebep olmaktaydı. Söz gelimi üvey anne ile yapılan evlilik akit niteliği taşısa da sonradan İslamiyet ile sağlanacak olan hısımlık bağına aykırı olmakta ve kadının duyguları yok sayılmaktaydı. İslamiyet sahih evlilik şartlarını tahsis ederken kişiler arası evlenme engellerini, kadın ve erkeğin birey olarak farklı oluşunu, toplumun ve ailenin hassasiyetini de vurgulayarak hüküm bina etmiştir. Bu şartların haiz olamadığı birleşmelerde evlilikten beklenen amaç yerine gelmemektedir.

TMK İslam Aile Hukuku ile aynı düzlemde hareket ederek evlilik içi ilişkilere değer vermiş, hukuki sonuçlar açısından bu birleşmeleri dikkate almıştır. Evlilik akdinin yasaların tayin ettiği şekilde gerçekleştirilmesi sonucunda hukukun belirlediği sonuçlar oluşmaktadır. Akdin yapılmaması halinde dünyaya bir çocuk dahi gelse taraflar, birleşmelerini kanun maddeleri gereğince hukuki bir zemine oturtmak zorundadırlar. Bunun dışında çocuk ile babası ya da taraflar arasında hukukun etkisi olmayacaktır.

Tezimizin ana çerçevesi İslam Hukuku'nda gayr-i sahih evlilik ve gayr-i meşru ilişkiler, TMK'da evlilik dışı olan ilişkilere atfedilmesi doğru olmasa da evlat edinen(in)lerin kendi evlilikleri sonucunda oluşmaması hasebiyle evlat edinmeye de bu bağlamda yer verilmiştir. Buna müteakip, evlat edinmenin “Nesebin Sonradan Sübutu” başlığı altında alınmasının sebebi, bir çocuğun tanınma veya dava ile tayin edilme yolları dışında evlatlık alınma suretiyle de neseb bağıının sonradan kuruluyor olmasıdır.

Evlilik içinde doğduğu kabul edilerek anne-babasına atfedilen çocukların dışında kalan nesebi meçhul çocuklar üzerinde ikrarda (tanıma) bulunma hakkı her zaman mevcuttur. İki hukuk sisteminde de gerekli durumlarda ikrarı destekleyen delillere ihtiyaç duyulmaktadır. Ayrıca İslam Aile Hukuku'nda gayr-i meşru ilişki sonucu yapılan ikrar, şer'an yasak olan bu eylemin gizli tutulması şartıyla değer kazanmaktadır.

İslam Hukuku'nda sahih evlilik akdine, TMK'da ise evlilik akdine dayanmayan birleşmeler sonucunda tarafların karşılıklı şer'i ve kanuni ilişkileri noksandır. TMK'dan farklı olarak İslam Aile Hukuku'nda maslahat gereği akrabalar arası evlenme engelleri oluşmakta ve neslin korunması amaçlı iddet süresi getirilmektedir. Bunun dışında muteber evlilik akdine dayanmayan birleşmeler, akdin niteliğine veya hiçbir akdin yapılmamasına göre çeşitli mahrumiyetleri gündeme getirmektedir.

Hanefilerin çoğunluğu, çocuğun yararını gözetmekle beraber tarafların evlilik akdine olan niyetlerini göz önüne alarak batıl evlilik dışındaki gayr-i sahih evliliklerde nesebin sabit olması gerektiğini, nesep bağının kurulması neticesinde de çocuğun annesiyle olduğu kadar babası arasında da hukuki rabitasının oluşacağını savunmuşlardır. Cumhurun ise evliliği, fasit-batıl ayırımına tutmadan akdin feshedilme sebeplerini akdin butlanına yormaları, nakıs evlilikleri batıl evlilik ağırlıklı kategorize etmelerine sebep olmuştur. Bu sebeple “Gayr-i sahih evlilik ve gayr-i meşru ilişkiler sonucu ortaya çıkan bazı meseleler” bölümünde, nesebin babaya bağlandığı noktalarda baba tarafından, bağlanamadığı noktalarda anne tarafından hukuki ilişkilerin oluşması esas alınarak kadının hukuki meselelerdeki sıfatı gereği ayrıca gündeme gelen mevzular asabe kavramı üzerinden incelenmiştir.

Tezimizin konusu şekillenirken ilk etapta, gayr-i sahih evliliklerde oluşan nesep ve bunun üzerinden gelişen aksiyonların ele alınması amaçlanmışsa da TMK ile beraber inceleneceği göz önüne alınarak gayr-i meşru ilişkilere de yer verilmesini uygun gördük. İlgili başlığın Türk Hukuk sistemi için her açıdan ele alınmasının tezi gereksiz bir hacme ulaştıracağı hesap edilerek konunun İslam Hukuku açısından incelenmesi akabinde TMK, mevcut ve varsa eski kanun maddeleri üzerinden “TMK'ya göre” şeklindeki başlıklarla izah edilmiştir.

Araştırma aşamasında ulaşılan her yeni bilgi, tezin amaç ve sınırlarına zarar vermeden özün beyan edilmesi amacıyla titizlikle incelenerek dâhil edilmiştir. Konuya eklenmesi arzulanmış ama tezi yorması amaçlı çıkarılmasına karar verilmiş meseleler olabildiği gibi değinilmesi icap edip ele alınmayan kısımların olması da muhtemeldir.

Konunun tespit edilmesinde, işlenişinde ve sonuçlandırılmasında her daim hoşgörü ve önerilerini esirgemeyen sayın danışmanım Prof. Dr. Tevhit Ayengin hocama, yazım aşamasında hiçbir zaman yardımlarını eksik etmeyen ve yüreklendiren aile büyüklerime ve eşime ayrıca beni sabırla bekleyen kızlarıma şükranlarımı sunmaktayım. Gayret bizden muvaffakiyet Allah'tandır.

Sümeyye KAYAR

Çanakkale,2018



İÇİNDEKİLER

ÖZET	i
ABSTRACT	ii
KISALTMALAR.....	iii
ÖNSÖZ.....	iv
İÇİNDEKİLER.....	vii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAMSAL ÇERÇEVE

1.1. Nesep	6
1.1.1 İslam Hukuku'na Göre Nesep.....	6
1.1.2. TMK'da Nesep.....	7
1.2. Süt Bağı.....	9
1.2.1 İslam Hukuku'nda Süt Akrabalığı	10
1.2.2. TMK'da Süt Akrabalığı	10
1.3. Hamilelik Müddeti.....	11
1.3.1. İslam Hukuku'nda Hamilelik Müddeti	11
1.3.2. TMK'da Hamilelik Müddeti	13
1.4. Evlenme Engelleri.....	14
1.4.1. İslam Hukuku'nda Evlenme Engelleri.....	15
1.4.2. TMK'da Evlenme Engelleri	18
1.5. Mehir.....	20
1.5.1. Mehr-i Müsemma ve Mehr-i Misil.....	21
1.5.2. Mehr-i Muaccel ve Mehr-i Müeccel	21
1.6. Talak	22
1.6.1. Ric'i talak.....	23
1.6.2. Bain Talak.....	23
1.7. İddet	24
1.7.1. İslam Hukuku'nda İddet.....	24
1.7.2. TMK'da İddet.....	26
1.8. Muhâlea	27
1.9. Tefrik	27

İKİNCİ BÖLÜM

SAHİH EVLİLİK İÇERİSİNDE DOĞMAYAN ÇOCUĞUN DURUMU

2.1. Gayr-i Sahih Evlilikler	29
2.1.1. Fasit Evlilik.....	29
<i>2.1.1.1. Akit esnasında Şahitlerin bulunmaması.....</i>	<i>33</i>
<i>2.1.1.2. Akitteki Rıza ve İhtiyar Noksanlığı.....</i>	<i>33</i>
<i>2.2.1.3. Taraflar Arası Evlenme Engellerinin Bulunması.....</i>	<i>34</i>
<i>2.2.1.4. Boşanmalar Sonucunda Evlenme Engellerinin Oluşması</i>	<i>36</i>
<i>2.2.1.5. Fasit Nikâh Sonucu Nesep</i>	<i>37</i>
2.1.2. Mevkuf Evlilik	38
2.1.3. Gayr-i Lazım Evlilik.....	40
2.1.4. Batıl Evlilik.....	41
<i>2.1.4.1. Evlenme Ehliyetinin Yok veya Noksan Olması</i>	<i>42</i>
<i>2.1.4.2. Meclis Birliğinin Sağlanamaması.....</i>	<i>43</i>
<i>2.1.4.3. Akde Aykırı Bir Şartın Bağlanması veya Geleceğe Atfedilmesi</i>	<i>43</i>
<i>2.2.4.4. Taraflar Arası Evlenme Engellerinin Bulunması veya Sonradan Oluşması</i>	<i>45</i>
<i>2.2.4.5. Batıl Nikâh Sonucu Nesep</i>	<i>46</i>
<i>2.2.4.6. TMK'ya Göre Mutlak/ Nisbi Butlan</i>	<i>46</i>
2.2. Evlilik Şüphesiyle Gerçekleşen Birleşme.....	50
2.2.1. Akit Şüphesi	50
2.2.2. Mülkiyet Şüphesi.....	51
2.2.3. Tarafların Tamamen Bilgileri Dışında Olan Birleşme.....	51
2.2.4. Şüphe veya Bilgisizlik İle Birleşme Sonucu Nesep	52
2.3. Yapay Döllenme	52
2.3.1. Taşıyıcı Annelik.....	55
2.3.2. Taşıyıcı Annelik ve Yapay Döllenme Yöntemleriyle Oluşan Nesep	58
2.3.3. TMK'da Taşıyıcı Annelik ve Yapay Döllenme Sonucu Nesep	59
2.4. Gayr-i Meşru İlişki	60
2.3.1. Gayr-i Meşru Birleşme Sonucu Nesep	61
2.3.2. TMK'da Evlilik Dışı Birleşme Sonucu Nesep	64
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	
NESEBİN SONRADAN SUBÛTÜ VE REDDİ	
3.1. Nesebin İspat Yöntemleriyle Subûtü	65
3.1.1. Nesebi Meçhul Çocuk İçin Nesep İddiası	67

3.2.1.1. Lakit Hakkında Bir Kişinin Nesep İddiası	68
3.1.1.2. Lakit Hakkında Köle, Gayr-i Müslim ve Kadının Nesep İddiası.....	68
3.1.1.3. Lakit Hakkında İki Kişinin Nesep İddiası	69
3.1.1.4. DNA Testinin Nesep İçin Delil Kabul Edilmesi	71
3.1.2. TMK'da Nesebin Sonradan Subûtü	74
3.1.2.1. Tanıma	75
3.1.2.2. Babalık Davası	77
3.1.2.3. Türk Hukuku Nesep Davalarında DNA Testinin Kullanılması	80
3.2. Evlat Edinme	81
3.2.1. İslam Hukuku'nda Evlat Edinme	81
3.2.2. TMK'da Evlat Edinme	87
1.2.1.1. Yaş Durumu	87
1.2.1.2. Altsoyu Bulunup Bulunmama	88
1.2.1.3. Gözetilme Süresi	88
1.2.1.4. Kabul Etme (Rıza).....	89
3.3. İslam Hukuku'nda Nesebin Reddi	89
3.3.1. Çocuğun Zina Ürünü Olduğunu Kanıtlama	90
3.3.2. Çocuğu Nesebinden Mülâane Yoluyla Reddetme	90
3.3.3. Çocuğu Nesebinden Mülâane'ye Gerek Kalmadan Reddetme	92
3.3.4. Çocuğu Nesebinden DNA Testi Sonucu Reddetme	93
3.4. TMK'da Soybağının Reddi	93
3.4.1. Kocanın Dava Açması	94
3.4.2. Çocuğun ve Diğer İlgililerin Dava Açması	95
3.4.3. Soybağının Reddi Davalarında Dna Testi	95

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

GAYR-İ SAHİH EVLİLİKLER VE EVLİLİK DIŞI İLİŞKİLER SONUCU GÜNDEME GELEN BAZI MESELELER

4.1. Mahremlik	97
4.1.1. İslam Hukuku'nda Mahremlik	98
4.1.1.1. Evlilik/Evlilikler Sonucu Oluşan Mahremlik	98
4.1.1.2. Zina, Şüpheli, Şehevi Cinsel Eylemler veya Li'ân Sonucu Oluşan Mahremlik	100
4.1.1.3. Yapay Döllenme Yöntemleriyle Oluşan Mahremlik	104
4.1.2. TMK'da Akrabalık	106
4.2. Nafaka	106
4.2.1. İslam Hukuku'nda Nafaka	107

4.2.1.1. Gayr-i Sahih Evlilikler Sonucu Nafaka	107
4.2.1.2. Evlilik Şüphesiyle Gerçekleşmiş Birleşmeler Sonucu Nafaka.....	108
4.2.1.3. Zina ve Müla'ane Sonucu Nafaka	109
4.2.1.4. Taşiyıcı Annelik Sonucu Nafaka.....	109
4.2.2. TMK'da Nafaka	110
4.2.2.1. TMK'da Evlat Edinme Sonucu Nafaka	110
4.2.2.2. TMK'da Evlilik Dışı Olan Çocuğun Nafakası.....	110
4.3. Miras	111
4.3.1. İslam Hukuku'nda Miras.....	111
4.3.1.1. Gayr-i Sahih Evlilikler Sonucu Miras	111
4.3.1.2. Evlilik Şüphesiyle Gerçekleşen Birleşme Sonucu Miras	112
4.3.1.3. Zina veya Müla'ane Sonucu Miras.....	112
4.3.1.4. Taşiyıcı Annelik Sonucu Miras.....	113
4.3.2. TMK'da Miras.....	114
4.3.2.1. TMK'da Evlat Edinme Sonucu Miras	114
4.3.2.2. TMK'da Evlilik Dışı Doğan Çocuğun Mirası.....	115
4.4. Velayet	115
4.4.1. İslam Hukuku'nda Velayet.....	116
4.4.1.1. Mallar Üzerinde Velayet.....	116
4.4.1.2. Evlendirme Velayeti.....	117
4.4.1.2.1. Nesep Yönüyle Babaya Sabitlenmeyen Çocuğun Evlendirme Velayeti	118
4.4.2. TMK'da Velayet.....	119
4.4.2.1. TMK'da Evlat Edinme Sonucu Velayet.....	120
4.4.2.2. TMK'da Evlilik Dışı Doğan Çocuğun Velayeti	120
4.5. TMK'da Yapay Döllenme Ve Taşiyıcı Annelik Sorunsalı	121
SONUÇ	125
KAYNAKÇA	130
ÖZGEÇMİŞ.....	136

GİRİŞ

Tezin Konusu Ve Amacı

İslam hukukunda nesebin tayin edilmesi en nihayetinde sahih evlilik ile mümkün olmaktadır. Ama sahih nikâhın yapılmadığı zamanlarda da çocuklar dünyaya gelebilmektedir. Dünyaya gelen bu çocukların anne-babası ve soyu ile bağlantı kurulması, karşılıklı hukuki ilişkileri, hısımlık bağları, sahih evlilikten doğan çocuktan farklı olacaktır. Buna paralel olarak, bu çocuğu dünya getiren kadının durumu ve haklarını izaha ihtiyaç vardır.

İslam Hukuku ve TMK'da evlilik dışı doğduğu kabul edilen çocuk, anne-babasının evlilik akdini yaptıktan sonra en az altı ay sonra, evlilik akdinin son bulmasından sonra en uzun bir yıl içinde dünyaya gelmiş olmalıdır¹. İki hukuk doktrinde bu sürelerin az veya çok şaşma payları muhtemel görülmüştür. Öte yandan, tüm hak ve sorumlulukların oluştuğu hukuki sonuçların evlilik akdine bağlanıyor olması, her iki hukuk sisteminde de evlilik içi ilişkinin temenni ediliyor olduğunun göstergesidir.

Bir İslam Hukuku terimi olan sahih evlilik, taraflar arası rabitaların tam anlamıyla kurulduğu evliliktir. Sahi evliliği sağlayan şartlardaki noksanlıklar, kişilerin yaptığı evlilikleri etkilemektedir. Bu evlilikler bir akit niteliğinde değerlendiriliyor olsa da hukuki sonuç doğurma noktasında eksik kalmaktadır. Gayr-i sahih evlilik sonucu dünyaya gelen çocuğun yararı mevzu bahis edilerek nesebinin sabit olacağı görüşü hâkim olsa da sahih evlilik sonucu oluşan fikhî ve hukuki ilişkiler bu evliliklerde tam olarak kurulamamaktadır. Bu evliliklerin gerçekleştirilmesi aşamasında eksik veya yanlış olan durumlar, mezheplerin bu akitlere karşı takındıkları tavrı ve neticesinde verdikleri hükümleri farklı kılmıştır.

İslam Fukahası, kişilerin evlilik gerçekleştirme amaçlarına odaklanarak gayr-i sahih evliliklerde tarafların lehine bazı hükümler inşa etmiştir. Buna karşın TMK, evlilik akdinin varlığı ve yokluğu konusunda salt kanuni uygulamaları gerekli ve yeterli görmekte ve bu doğrultuda sonuç tahsis etmektedir. Evlilik akdinin gerek görülmesine rağmen doğan çocuğun yararına olduğu gerekçesiyle TMK'da evlilik dışı tanımlara olanak sağlanmıştır.

İslam Hukuku'nda evlilik akdine dayanmayan ilişkiler hiçbir zaman normal karşılanmamış ve bu anlayış doğrultusunda evlilik dışı birleşmeler cezalandırılmıştır. Ceza verilmesine müsamaha gösterilen gayr-i meşru birleşmeler dahi karşılıklı hukuki hakların

¹ Bkz. "İslam Hukuku'nda Hamilelik Müddeti", s. 14-15.

temin edilememesi noktasında kısıtlanmıştır. Evlilik dışı ilişkinin gizli tutulmadan yapıldığı nesep ikrarları, babanın biliniyor olması sonucunda dahi tarafların birbirleri ve çocukla ebeveyni arasındaki rabitanın sahih bir şekilde kurulmamasına sebep olmaktadır.

TMK’da evlilik veya sınırlandırılmış hamilelik müddetleri içinde doğmamış çocuk, babasının tanınması veya hâkimin tayin etmesi olmadan evlilik dışı çocuk olarak kabul edilmektedir. Evlilik dışı olan çocuklar, anne-babalarının sonradan evlenmesi sonucunda evlilik içi doğan çocuklarla aynı haklara sahip olmaktadır. Nesebine isnat ettirmek isteyen babanın yaptığı tanıma işlemi, İslam Hukuku’nda ikrar şeklinde yer almaktadır. Tanımanın gerçekleşmediği durumlarda hâkimin hükmüne ihtiyaç duyulan babalık davası İslam Hukuku’nda dolaylı ikrarla benzerlik arzetsede de dava açma hakkına sahip kişiler farklıdır.

İslam Hukuku’nda nesebi meçhul çocuk üzerine nesep ikrarı nesebin ispat yöntemleriyle beraber değerlendirilmektedir. Evlilik dışı ilişki sonucu doğan çocuk için nesep ikrarında bulunulması halinde bu gayr-i meşru ilişkinin aşikâr olmaması veya beyan edilmemesi üzerinden nesebin sübutu yönünde hüküm verilmektedir. Neyin neticesinde olursa olsun lakit kelimesi ile ifade edilen nesebi meçhul bir çocuk için nesep iddiası, iddia sahibinin sağlaması gereken şartların mevcudiyetiyle dikkate alınmaktadır. Bu şartlar, nesebi ispat yöntemleri mevzusunda mezheplerin farklı görüşleriyle beraber beyan edilmektedir.

İslam Hukuku ve TMK için tayin edilmiş hamilelik sürelerinin dışında doğan çocuğun nesebini reddetmek, ispat gerektirmeyen bir işlemdir. Bunun dışında evlilik içi doğduğu kabul edilen çocuklar için açılacak redd-i nesep davalarına sunulması gereken deliller ve nesebin sübutu ve reddi için DNA analizinin delil niteliği taşıması konusu iki hukuk sistemi açısından ele alınmıştır.

İslam anlayışı ve Türk Hukuk sisteminin ayrıldığı en önemli nokta şüphesiz ki süt akrabalığı ve evlat edinme müessesesidir. İslam Hukuku’nda süt akrabalığı, kan akrabalığı gibi ciddiyetle yaklaşılması icap eden bir mesele iken TMK’da evlenme engeli olarak ele alınmamasının ötesinde evlatlık ile evlat edinen arasında kurulduğuna inanılan bağın değerini dahi görememiştir. Zira Türk Hukuk sisteminde evlat edinme işlemi, evlenme engellerinin oluşmasına en önemli sebeplerdendir.

İslam Fukahasının çoğu tarafından, hısımlığa verilen ehemmiyet sebebiyle sahih evlilik kaynaklı olmayan zifafların da hüküm doğuracağı benimsenmiştir. Bu mesele tarafların ve gelecek nesillerin sıhhati açısından mühimdir. Zira hukuki ilişkiler birkaç nesille sonuçlanabilecek iken sıhri hısımlığın uzun bir akraba zincirine etki edeceği kesindir.

Gayr-i sahih evlilik ve gayr-i meşru ilişkiler, sonucunda taraflar arasında karşılıklı hukuki ilişkilerin tesis edilmemesine mani olmaktadır. Evlilik akdine verilen önemin sonucunda her iki hukuk sistemi de aynı doğrultuda hüküm vermişlerdir. Zira evlilik dışı birleşmeden doğan çocuğun babasıyla bağı kurulamamakta ve babası üzerinden hiçbir hakka sahip olmamaktadır. Aynı şekilde bu çocuğun babasına karşı hiçbir hukuki sorumluluğu bulunmamakla beraber bütün hukuki münasebetlerinin annesi cihetiyle cereyan edeceği noktasında da ortaktırlar. Farklılaştıkları ve ayrıldıkları meseleler evlilik dışı ilişkinin aleniyeti ve evlilik dairesinde kadın ve erkeğin her alanda eşit değerlendirilmesi noktasında yoğunlaşmaktadır.

Türk Hukuk sistemi velayet, nafaka, miras gibi meselelerde hak ve sorumluluklar yönüyle erkek ve kadını eşit görmektedir. Çocuğun velayetine sahip olma, nafakasını temin etme, mirastan aynı oranda pay alma gibi konularda İslamiyet, kadın ve erkeğin konumları ve görevleri gereği eşit olmalarının mümkün olmayacağını kabul etmiştir. Bundan dolayı İslam hukukuna göre kadının nafaka temin etmesi beklenmediği gibi mirastan aynı oranda pay alması da uygun görülmemiştir. Neticede babaya isnat edilmeyen çocuğun hukuki ilişkilerinde kimlerin söz sahibi, hak sahibi ve kimlere karşı sorumluluğu olacağı meselelerin genel kaideleri üzerinden şekillenmiştir.

Şunu söylemeliyiz ki ele aldığımız bu tez ne bir hukuk sistemini yermeye ne de bir diğerini baskın çıkarma amaçlı yazılmıştır. İslam Aile Hukuku'nun açıklandığı, bunun yanında TMK'nın da bu bağlamda incelenerek karşılaştırıldığı bir tez inşa edilmiştir. Kaldı ki dünyaya gelen bir çocuğun Türk Hukuk sistemindeki yerine tüm istisnai karar ve hükümlerine değinerek yer vermek hem fazla bilgi ile özün kaybedilmesine hem de tezimizin alan ve amacından sapmaya sebep olacaktır.

Gayr-i sahih evliliklerin akde zarar veren eksiklikleri üzerinden örneklendirilmesi ve gayr-i meşru birleşme olarak kabul edilen ilişkilerin çocuk esaslı değerlendirilmesi, evliliklerin veya birleşmelerin temel alınarak nesebin akıbeti bağlamında oluşan sonuçlarına değinilmiş bir çalışmaya rastlayamadık. Daha ziyade sahih evlilik sonucu oluşan nesep çalışmalarına ulaşmış olup bu çalışmalarda gayr-i sahih evliliklere, tanımların açıklanması şekliyle küçük bir alan verildiği görülmüştür. Gayr-i meşru ilişkiler içinde en çok ele alınan zina eylemi ve bizim sahih evlilik dışı gündeme gelen meseleler olarak ele aldığımız fihhi ve hukuki ilişkiler, ana başlıklar altında ayrı bir tez konusu olarak incelenmiştir. İnceleme konusu hukuki sonuçların, sahih evlilik temelli ele alınması ve mevzuyu açıklığa kavuşturacak özde müteşamil bulunmaması bizi bu tezi yazmaya sevketmiştir. Bütün bunların

dışında İslam Hukuku açısından izah edilmeye çalışılan konuların, Türk Hukuk sistemindeki yansımalarına ve farklılıklarına iki hukuk sistemi açısından değinilmemesi sebebiyle birbirinden uzak tutulan iki hukuk anlayışını beraber değerlendirilmesi amaçlanmıştır.

Tezin Kapsamı Ve Sınırları

İki hukuk sisteminin birlikte izah edildiği tezimizde İslam Hukuku açısından gayr-i sahih evlilikler olarak kategorize edilen kısımda fasit, mevkuf, gayr-i lazım, batıl ve şüpheyile yapılmış evlilikler ele alınmıştır. Gayr-i sahih evliliklerde sahih evliliğin oluşmasını sağlayan şartların bulunmaması, gerçekleştirilmesi arzu edilmeyen ilişkilere sebep olsa da tarafların akit yapmış olmalarına binaen birleşmelerinin zina olarak nitelendirilmesinde ittifak edilmemiştir. Gayr-i meşru ilişkiler bahsinde, hiçbir evlilik akdine ve şüphesine dayanmaması sebebiyle İslam Hukuku için cezanın söz konusu olduğu zina eylemi incelenmiş, zina olarak kabul edilmese de hiçbir evlilik akdine mebni olmayan fiil şüphesiyle gerçekleştirilen birleşmelere de yer verilmiştir. Her ne kadar neslin mevzu bahis olacağı bir cima söz konusu olmasa da şehvetle yapılan eylemlerin de kişiler arası mahremiyete etki ettiği görüşü üzerinden gayr-i meşru ilişkiler başlığı altında izahı yapılmıştır.

Nesebin sonradan sübutu mevzusu, dünyaya gelen çocukların ebeveynine evlilikle bağlantılı olarak bağlanamadığı durumlarda sonradan isnat edilmesini içermektedir. Bu konunun iki hukuk doktrinindeki ispat yöntemlerinin sunulması, benzer ve farklılıklarının gösterilmesi noktasında yol gösterici olmuştur. Evlat edinme yöntemine bu başlık altında yer verilmesinde, bu uygulama sonucu evlatlığın doğumla gelen nesep bağından farklı olarak, evlat edinen kişiyle de nesep ilişkisinin kurulması rol oynamıştır.

Evlilik içinde doğum veya evlilik içinde olduğu varsayılmasına rağmen evlilik taraflarına atfedilme ihtimali düşük olan doğumların neseplerini reddetme işlemi iki hukuk sisteminde farklı değerlendirilmiştir. Nitekim İslamiyet, redd-i nesep davasının netleşmemesi halinde tarafları mülâ'aneye çağırmaktadır. Bu uygulama, TMK'da bulunmamasıyla beraber günümüz İslam ülkelerinde de yerini tıbbi ispat yöntemlerine bırakmıştır.

İslam Hukuku için sahih evlilik, Türk Hukuku için evlilik akdi neticesinde oluşacak şer'i ve hukuki ilişkiler, ön bilgi amaçlı kısa bir şekilde ifade edildikten sonra sahih evlilik dışı/evlilik dışı ilişki sonucu gündeme gelen kısımlarının üzerinde durulmuştur. Sahih evlilik dışında gerçekleşen doğumların sonuçları ele alınırken mahremiyet meselesinin en öne alınarak önemle vurgulanması amaçlanmıştır. Bu kısım açıklanırken sadece doğan çocuğun hısımlığı değil, gerçekleştirilen zifaf üzerinden taraflar ve akrabaları arasında oluşan hürmet-i

müşahereye de değinilmiştir. Hukuki sonuçların olduğu başlıklara nazaran bu başlıkta, önemine ve sahîh evlilik dışı ilişkilerin dahi evlenme engellerini oluşturacağı yönündeki görüş çokluğuna binaen daha çok akraba ilişkisine yer verilmiştir.

Nesep yönüyle babaya isnat edilmeyen çocuğa ait hukuki işlemlerin, baba tarafından eksik kalan yönleri ve anneye isnat edilmesine müteakip değişen hükümleri, son bölümde ele alınması uygun görülen meseleleri sınırlandırmıştır. Bu bağlamda nesebi meçhul çocuğun hukuki durumlarında, sahîh evlilik/evlilik sonucu doğan çocuğa ait hak ve sorumluluklardan farklılığı ile dikkat çeken yanları tezimize dâhil edilmiştir.

Klasik İslam Hukuku eserlerinin nikâh bahsinde geçen köle ve cariyelere tezimizde müstakil olarak yer verilmemiş, gayr-i sahîh evlilikler bahsinde evliliklerin örneklendirilmesi aşamasında misal olarak gösterilmiştir. İslam Hukuku'nda geniş bir alana sahip olan bu uygulamanın, TMK ile beraber değerlendirdiğimiz bu tezimizde ayrıntısıyla incelenmesine gerek duyulmamıştır.

Tezimizde İslam Hukuku açısından ele alınan kısımlar, Hanefî, Maliki, Şafii ve Hanbeli olacak şekilde dört mezhep üzerinden değerlendirilmiş yer yer İbn Teymiyye'nin ve Şia'nın dikkat çeken görüşlerine yer verilmişse de tezin kapsamı ve kaynak incelenmesi dört mezhep üzerinden yapılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAMSAL ÇERÇEVE

1.1. Neseb

Neseb, Arapça nispet ve münasebet kelimeleriyle aynı kökten gelerek bir şeyi bir şeye bağlamak, yakınlık, soy, baba tarafından olan soy bağlantısı, akrabalık, çocuğu ana-babasına ve ailesine bağlayan kan bağıını ifade eden bir terimdir². Lügat manası ile alındığında hısımlık, bir şahısla usûl ve furû arasındaki feriyet bağı, bir şahsın mensup olduğu nesil ve soy mefhumlarını karşılamaktadır. Başka bir ifadeyle neseb, bir şahsı ana ve babasına veya kanunî bir faraziye mucibince ana ve babası addedilen şahıslara, bağlayan hukukî veya tabii yahut bu iki vasfa aynı zamanda sahip olan bir bağıdır³.

Dar anlamda ise meşru nikâh sonucu doğan çocukla anne-babası⁴, geniş anlamda kişiyle kan bağı ile bağlı olan akrabaları (annesi-babası, dedeleri, torunları, torunlarının torunları vs.) arasındaki soybağıını anlatmaktadır⁵. İslam hukukunda ve günümüz hukuk incelemelerinde daha çok dar anlamında ele alındığı görülmektedir⁶.

1.1.1 İslam Hukuku'na Göre Neseb

Nesebin ehemmiyeti doğrultusunda evliliğin en büyük nimeti olan soyun devamı, Ayet-i Kerim'de şu şekilde vurgulanmıştır:

- *İnsan türünü sudan yaratıp onların arasında soy ve sıhriyet bağı kuran da O'dur. Rabbin üstün kudret sahibidir⁷.*

İslamiyet, kurulan neseb bağıının karmaşık ve rencide edici bir hal almaması için sahîh nikâh akdini çoğu yerde vurgulamıştır. Nikâh neslin sebebidir. İslam Hukuku'nda sebebin

²Hamdi Döndüren, *Delileriyle Aile İlmihali*, Altınoluk Yay., İstanbul 2011, s. 297; Ebu'l-Fazl Muhammed b. Mükerrrem b. Ali el-Ensârî İbn Manzûr, "neseb" md., *Lisânü'l-Arab*, Daru Sa'dır, Beyrut 1993, I, 755.

³Selahattin Sulhi Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi 1990, 7. Baskı, s. 392; Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, "Neseb" md., Ensar Neşriyat, İstanbul 2010, 3. Baskı, s. 452.

⁴Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuku İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*, Bilmen Yayınevi, İstanbul, ts., II, 395; Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., 2. Baskı, Ankara 1983, s. 301.

⁵Abdülkerim Zeydan, *el-Mufasssal fî Ahkâmî'l-mer'e vel Beyti'l-Müslim fî Şeriatî İslâmiyyi*, er- Risale, Beyrut, 1993, c. IX, s. 315.

⁶İbrahim Kâfi Dönmez, "Neseb" md., *DİA*, XXXII, 573.

⁷Furkân, 25/ 54.

olduğu yerde hüküm vardır, sebebin olmadığı yerde hüküm yoktur. Bundan dolayı nesep meselesinde, nikâh varsa nesep vardır, nikâh yoksa sebep yoktur.

Sosyal yaşamda hukuki bir zemine oturması gereken baba- çocuk ilişkisinin hukuki bağı olarak kabul edilen soybağının subûtu, anne ile çocuk arasında sağlandığı kadar doğal ve kolay tespit edilememektedir⁸. Zira doğan çocuğun onu doğurana ait olduğu anlayışıyla ana ile soybağı kurulurken⁹ baba ile soybağı bazen karmaşık olabilmektedir. Bu yüzden baba tarafından nesep tayini, konunun temelini oluşturmaktadır.

Genel kabule göre bir çocuğun nesebinin annesiyle beraber babasına da ait olabilmesi için bu çiftin arasında sahih bir evlilik sonucu cinsi münasebet meydana gelmiş olmalıdır¹⁰. Sahih evlilik yapıldıktan sonra bu evlilik içerisinde doğan çocuk, baba ister kabul etsin ister kabul etmesin kendisine nispet edilmektedir. Sahih evlilik gerçekleştikten sonra vefat ya da boşama vuku bulursa doğacak çocuğun nesebinin bu evlilikteki erkeğe bağlanabilmesi için evlilik tarihinden en az altı ay sonra/ vefattan ya da boşanmadan sonra en fazla üç yüz gün¹¹ sonra doğum yapılmış olması gerekmektedir. Bu sınırlama evlilik dışı ilişkilerden doğan çocuğu, sahih evlilik içinde oluşmaya başlamış olan çocuktan ayırt etmek için konulmuştur.

Sahih olmayan evlilikten veya evlilik dışı doğmuş çocuğun nesebi nasıl tayin edilecek, hangi hukuki sonuçlar ortaya çıkacak, bunlar için hangi şartlar değerlendirilecektir? Bu birleşmelerin mahiyeti, nesebe ve sonuçlarına olan etkisi müstakil başlıklar olarak sunulacaktır.

Sonuç itibariyle tezin şekillendiği ve ana konusunun belirlendiği kısımlar, çocuğun ana-babaya ya da sadece anaya nispet edildiği durumlardır diyebiliriz.

1.1.2. TMK’da Nesep

EMK, çocuğun anne-babanın evli olduğu sırada ana rahmine düşmesini sahih nesep olarak adlandırmaktaydı. Evlilikten itibaren yüz seksen gün veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün içerisinde doğan çocuğun babasının koca olacağı yönündeki kararı

⁸ Dönmez, “Nesep”md., *DİA*, XXXII, 573; Ahmet Yaman, *İslam Aile Hukuku*, İfav Yay., 11. Baskı, İstanbul 2013, s. 65, 66.

⁹ M.K. md. 282.

¹⁰ Hayreddin Karaman, *Anahatlarıyla İslam Hukuku (Aile Hukuku)*, Ensar Neşriyat, İstanbul 2011, II, 97.

¹¹ Hamilelik için genel olarak, günümüz tıp verileri en fazla üç yüz günü bulabildiğini göstermektedir. Hamileliğin azami müddeti için farklı görüşler de mevcuttur. Bunun için Bkz. “Hamilelik Müddeti”, s. 12-15.

günümüzdeki kanun maddeleri¹² ile de devam ettirilmiştir. Evlilik dışı doğmuş olmasına rağmen anne-babasının sonradan evlenmeleri veya mahkemenin bazı durumları göz önüne alarak nesebin sabit olmasına karar kılması sebebiyle de gayr-i sahih olacak nesep sahih nesep olarak düzetilebilmekteydi. Bütün bunların dışında kalan çocuğun, babanın tanınması veya babalığa hüküm verilmesi neticelerinde de gayr-i sahih nesebli olarak kalması kabul edilmişti¹³.

22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı YMK, Eski Medeni Kanun’la mukayese edildiğinde nesep konusunda çok fazla değişimin söz konusu olduğu kanun maddelerini barındırmaktadır. EMK’daki sahih nesep-gayr-i sahih nesep ayrımının evlilik içi ve evlilik dışı ilişki sonucu doğan çocuk olarak açıklandığı görülmektedir¹⁴. Evlilik dışı ilişkiye atfedilen çocuğun kanunun belirlediği yollarla tanınmasının ardından anne-babasına kanunun bütün yönleriyle bağlanmasına ve hukuki haklarının sağlanmasına imkân veren bir düzen getirilmiştir¹⁵.

Bir çocuk evlilik birliği içinde doğmuşsa babası onu doğuran kadının kocasıdır¹⁶. Bunun dışında bir erkeğin çocuğun babası sayılması için doğumdan sonra belli yollarla ve kurallarla ancak baba olduğunun tespiti gerekir.

Görüldüğü üzere TMK’daki çocuğun evlilik içinde meydana geldiğini gösteren sınırlamalar İslam Hukuku’na uzak değildir. İslam Aile Hukuku’nda hamileliğin azami¹⁷ ve asgari süreleri içinde gerçekleşen doğum, kocanın babalığına karine olarak kabul edilmektedir. Bu müddetlerin dışında gerçekleşen doğumlarda tarafların sonradan evlenmeleri de nesebin kurulmasını sağlamaktadır.

Medeni kanuna göre birkaç şekilde çocuk ile baba arasında nesep bağıni kurmak mümkündür. 4721 sayılı medeni kanunun 282/2 ve 3. md. uyarınca; “Çocuk ile baba arasında soybağı, anne ile evlilik, tanıma veya hâkim hükmüyle kurulur. Soybağı ayrıca evlat edinmeyle de kurulur.” denerek soybağının kurulma yolları gösterilmiştir.

¹² M.K. md. 287.

¹³ Kemal Oğuzman, Mustafa Dural, *Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, 3. Baskı, İstanbul 2001, s. 199-206, 326, 336.

¹⁴ Evlilik dışı doğan çocuklara ilişkin yapılmış bu değişim 2001 yılı mevzuatıyla sağlanmamıştır. Sadece EMK ile YMK arasındaki ifade farkının gösterilmesi amacıyla bu şekilde yazılmıştır.

¹⁵ Osman Fazıl Berki, “Türk Hukukunda Sahih Nesepten Doğan Kanun İhtilafları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 1993, s. 512-523.

¹⁶ M.K. md. 285.

¹⁷ İslam âlimlerinin çoğuna göre bu süre ortalama üç yüz ilâ üç yüz altmış beş gündür.

Yani özü itibariyle dört şekilde baba ile çocuk arasında soybağının tesis edilmesine ilişkin yollar yasada açıkça yazılmıştır.

1.2. Süt Bağı

Kur'an, doğumla kazanılan kan akrabalığı ve evlenmeden doğan kayın akrabalığı yanında, bir başka hısımlık yolu daha belirlemiştir ki bu, süt emme ve emzirmeden doğan süt akrabalığıdır.(karâbetü'r-radâ')¹⁸ Nesep hısımlığı ve sıhrıyyet (evlenmeden doğan hısımlık) sebebiyle birbirlerine haram olanlar süt emme yoluyla da haram olmaktadır. Yani süt emme yoluyla birbirleriyle akraba olanlar kan akrabalığında olduğu gibi birbirleriyle evlenememektedirler.

Süt hısımlığı ile süt emziren kadın, sütü emenin sütannesi, o kadının kocası sütbabası, emzirenin bütün çocukları (gerek nesep gerek süttten olsun) sütkardeşidir. Sütanne-baba tarafından dede ve nineleri ayrıca sütkardeşlerin çocukları da (sütanne-babanın torunları olduğu için) süt emen ile süt akraba olmaktadır. Sütanne-babanın usûlünün ilk furû olan amca, dayı, teyze, hala; sütanne-babaya sahip eşin usûlü olan kayınvalide-kayınpeder; sütanne-babaya sahip eşin süttten kardeşleri olan baldız-kayın ile de süt akrabalığı meydana gelmektedir¹⁹. Örneğin, sütannesi bulunan bir kadınla evlenen erkek, o kadının sütannesi ile akrabadır ve aralarında evlenme engeli mevcuttur. Ayrıca bu evlendiği kadının sütannesinin başka kızları varsa bu kızlar ile de karısını aynı nikâhta birleştiremez. Çünkü bu kızlar karısının süttten kardeşidir. Kadın tarafından örnek vermek gerekirse; sütannesi olan bir erkekle evlenen kadın, kocasının sütbabasına mahremdir ve kayınpederi gibidir.

Süt emme ile hısımlığın oluşmasının illeti teabbüdi olup Allah-ı Teâla'nın takdiridir. Hikmet ve illeti üzerinde tahminlerde bulunulabilirse de Allah'ın nassla beyan ettiğini var mıdır-yok mudur diye tartışma konusu yapmak doğru değildir²⁰. Anne sütü ile gıdalanan bir bebeğin bir nevi onun parçasından yararlanması, fizyolojik gelişimine katkı sağlaması veya manevi olarak aralarında anne-çocuk bağı oluşması süt akrabalığının hikmeti üzerine akli delillerden sayılabilmektedir.

¹⁸ İbn Manzûr, "Rada' " md., *Lisânü'l-Arab*, VIII, 126.

¹⁹ Döndüren, *Delileriyle Aile İlmihali*, s.319; Karaman, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, II, 87.

²⁰ Şamil Dağcı, "İslam Aile Hukukunda Evlenme Engelleri- Sürekli Evlenme Engelleri", *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Ankara 1999, XXXIX, 216.

1.2.1 İslam Hukuku'nda Süt Akrabalığı

İslâm hukukunda süt emme ile oluşan akrabalık dâimi evlenme engelidir. Bildiğimiz kadarıyla emzirmenin evlenme engeli oluşturması İslamiyet'e mahsustur. Süt emme ve emzirme üzerine süt akrabalığının meydana gelebilmesi için sütü veren, sütü emen ve verilen süt bakımından bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir²¹.

Süt emzirmeden doğan hısımlık, hukuki açıdan kan bağı ile kurulan hısımlığın yerini tutmamaktadır. Süt emmenin evlat edinmede olduğu gibi herhangi hukuki bir hakkın elde edilmesi veya sorumluluk yüklenilmesi açısından bir etkisi yoktur. İslam Hukuku açısından süt akrabalığı, evlenme engelinin oluşması ve anne-baba, dede-nine vb. akrabalıkları kan bağı olmadan kurması hasebiyle önemlidir. Bunun dışında herhangi bir hukuki ilişki oluşturmamaktadır.

Evlatlık alınan çocuk ile evlat edinenin diğer çocukları arasında hiçbir durumda kardeş bağı konulamazken süt emen ve süt emzirenin çocukları arasında süt akrabalığı üzerinden kardeşlik ilişkisi kurulmaktadır²².

1.2.2. TMK'da Süt Akrabalığı

İslam Hukuku'nda süt akrabalığı öz evladın hukuki sonuçlarını doğurmasa da evlenme engelleri açısından öz evladın hükümleriyle aynıdır. TMK'da süt akrabalık, herhangi bir kanunda geçmemesiyle beraber evlilik engellerini oluşturmadığı da kesindir. Bazı çağdaş Türk hukukçularına göre süt akrabalığı, çağın getirdiklerine ters düşen bir evlenme engelidir. Aynı anneden emen kişilerin kardeş olmamaları halinde birbirleriyle evlenmelerinde bir yasak ve sakınca getirmek mantıksızdır²³.

Günümüzün en merak edilen ve önemli bir sorunu haline gelen süt bankaları, süt akrabalığının doğurduğu mahremiyete önem veren kesimler tarafından yeterince ehemmiyet verilmeyen bir alan olarak kabul edilmektedir. Diyanet İşleri Başkanlığı bu tehlikeyi dikkate alarak mahremler arası evliliği engelleyecek bazı kriterler açıklamıştır. Bunlar arasında hangi

²¹ Süt veren kadın evli veya bekâr olsun, adet görsün-görmesin dokuz yaşını geçkin ise sütanne, emzirdiği de süt oğlu/kızı olmaktadır. Süt emmenin ağızdan, burundan veya biberondan olması fark etmez. Süt akrabalığının oluşması için; Hanefiler ve Malikiler için az-çok süt müsâvidir. Şafii, Hanbeli ve Zahiriler için bu, en az beş doyurucu ve fasılalı emme olmak zorundadır. Bunun dışında süt emenin yaşı; Ebu Hanife'ye göre otuz aylık, Ebu Yusuf, Züfer İmam Muhammed ve Şafii'ye göre yirmi dört aylık (iki yaş), Malikilere göre yirmi dört ay veya yirmi altı aylık olmalıdır. Bkz. Murat Kumbasar, "Süt Akrabalığı", *Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sy. 16, Erzurum 2001, s. 321

²² Bilmen, *Hukuku İslâmiyye...*, II, 81-87.

²³ Kumbasar, "Süt Akrabalığı", s. 322.

çocuğun hangi kadından süt emdiğinin tespiti ve bunun kanunen tescil edilmesi yönünde bir madde de mevcuttur. Sağlık Bakanlığı bu konuda Diyanet İşleri Başkanlığı'na danıştıklarını, ilgili uyarıları dikkate alacaklarını bildirmiş olsa da, uygulamada bu kriterlerin üzerinde ne derece duracakları konusunda haklı endişeler devam etmektedir.

Türk Hukuku'nda yer bulamayan süt akrabalığı, TMK'nın hazırlandığı ilk dönemlerde gündeme gelmiş ve madde olarak eklenmiştir. Daha sonradan yapılan düzenlemelerle kanun maddesine ilave bilgi olarak eklenmiş akabinde süt akrabalığına dair hükümler maddeden çıkarılmıştır²⁴. Döneme şahit olan sosyolog Z.F. Fındıkoğlu, kitabında şu satırlara yer vermiştir:

-TMK'mızın 1926 yılında kabulü sıralarında "Sütana ve kardeşler arasında" ilavesi ile İslam Hukuku'ndaki ve 1917 Aile Kararnamesindeki süt akrabalığı da göz önüne almıştı. Bir hukukçumuzun "Süt akrabalığı meselesi TMK ile İsviçre Medeni Kanunu'nun aynı olmadığına ispat yolunda bir delildir." şeklindeki beyanı sütanne ilavesinin kanunun kabulünden bir kaç ay sonra Borçlar Kanunu'na bağlı düzeltmelerle beraber kaldırılmasıyla sonuçlanmıştır. İlavenin yapılışında güz önüne alınan örfün bu suretle bertaraf edilmesinin ne gibi sebeplere dayandığı hakkında bilgiye sahip değiliz. Bildiğimiz bir şey varsa o da canlı hukuki örfler arasında süt akrabalığı muhtevasının reel varlığıdır. Binaenaleyh bize göre sonradan yapılan düzeltme, gerek hukuk sosyolojisi zaviyesinden ve gerek buna müstenit bir hukuk politikası görüşü ile temelsiz görünmektedir²⁵.

1.3. Hamilelik Müddeti

1.3.1. İslam Hukuku'nda Hamilelik Müddeti

Nesebin tespitine etki eden hususların başında hamilelik süresi gelmektedir. Hamilelik süresi doğan çocuğun hangi erkeğin sulbünden geldiğini veya evlilik akdine dayanıp dayanmadığını gösteren önemli delillerden sayılmıştır.

Hamileliğin altı ay olduğu hususunda fukaha ittifak etmiştir²⁶. Alt sınır kabul edilen altı aylık hamileliğin, doğacak çocuğun yaşamını sürdürebilmesi için muhtemel en kısa zaman

²⁴ 17 Şubat 1926 tarihli Türk Medenî Kanunu'nda m. 92, 112'de süt akrabaları arasındaki evliliğin mutlak butlanla batıl olacağı hükmü benimsenmişti. Bkz. Feyzi Necmettin Feyzioğlu, *Aile Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Yay., 2. Baskı, İstanbul 1979, s. 115.

²⁵ Tam metin için Bkz. Ziyaeddin Fahri Fındıkoğlu, "Türk- İslam Hukukunda Ekzogami", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, sy.2, İstanbul 1947, XIII, 685.

²⁶ Ebu Muhammed Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed b. Muhammed İbn Kudâme, *el-Muğnî*, Mektebetü'l-Kahira, Kahire 1968, VIII, 121; Dönmez, "Nesep" md., *DİA*, XXXII, 575.

olduğu beyan edilmiştir. Nitekim günümüz tıp verilerine göre altı ay sonra doğan ve kilosu 500 ila 1000 gr arası değişen bu bebekler, tıbbi yardım almadan hayatta kalamamakta ve yaşama olasılığı çok düşük olmaktadır²⁷.

Altı aylık hamileliğin başlangıcı olarak kabul edilecek zaman ihtilaflı kalmıştır. Cumhur, cima ihtimalinin kuvvetinden dolayı halvette kalınma vaktini başlangıç olarak belirlemiştir. Ebu Hanife, cima veya halveti kriter olarak görmemekte evlilik akdinin gerçekleştiği zamanı başlangıç kabul etmektedir²⁸.

Hamileliğin asgari süresini belirleyecek delillerin aslında süt akrabalığı konusunun geçtiği ayetler olduğu görülmektedir:

- *İnsana, anne ve babasına iyi davranmasını emrettik. Annesi onu zahmete katlanarak taşıdı ve zorluk çekerek doğurdu. Karnında taşıması ve süttten kesmesinin süresi otuz aydır...²⁹*
- *“Emzirmeyi tamamlamak isteyen için analar çocuklarını tam iki yıl emzirirler...³⁰”*

Birinci ayette ifade edildiği üzere taşıma ve emzirme süresi toplam otuz aydır. İkinci ayette ise emzirme süresinin yirmi dört ay olduğu açıklanmıştır. İkinci ayet ilk ayetle beraber değerlendirildiğinde altı aylık sürenin hamileliğin asgari süresi olduğu ortaya çıkmaktadır³¹.

Asgari süreye göre dikkate alınacak mesele, bir kadının bir erkek üzerinden nesep iddiasında bulunabilmesi için bu erkekle çocuk doğurmasından en az altı ay önce zifaf, halvet ya da nikâh gerçekleştirmiş olması gerektiğidir.

Hamileliğin azami süresini belirleyen bir nass mevcut değildir. Bir seneden yedi seneye kadar hamilelik süresinin olabildiğine dair pek çok görüş bulunmaktadır³². Bir seneden

²⁷ İlhan Önder, *Kadın-Doğum Propedötik*, Yargıçoğlu Yay., Ankara 1985, s. 365.

²⁸ Alâuddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd el-Kâsânî, *Bedâiu's-Senâi fî Tertîbi's-Şerâi*, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1986, III, 211,212; Ebu'l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Muhammed İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*, (Terc. Ahmed Meylânî) İstanbul 1976, II, 155; Zeydan, *el-Mufasssal*, c. IX, 326.

²⁹ Ahkaf, 46/ 15.

³⁰ Bakara, 2/ 233.

³¹ İbrahim Yılmaz, “İslâm Aile Hukukunda Nesebin (Soybağının) Reddi”, *Marife*, Bahar, Nevşehir 2014, s. 35.

³² İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 121.

fazla hamileliğin sürebileceği yönündeki görüşlerin sebebi, muhtemelen az da olsa gerçekleşmiş uzun hamilelik haberleri³³ veya müctehidlerin ihtiyatla hareket etmesidir³⁴.

Hanefi Mezhebine göre hamileliğin azami müddet iki yıldır. Hz. Aişe (r.anha)’dan rivayet edildiğine göre:

- “Hiçbir çocuk annesinin rahminde yün eğirmekte kullanılan bir kirmenin dönüşü kadar dahi bir süre bile olsa iki yıldan fazla kalmaz³⁵.”

Diğer üç mezhebe göre hamileliğin en uzun süresi dört yıldır. Zühri’ye göre altı ila yedi sene dahi sürebilmektedir³⁶.

Tüm bu iddialara rağmen genel görüş, hamilelikte azami sürenin ortalama üç yüz gün olduğudur³⁷. Günümüz İslam ülkeleri sapma paylarını da hesap ederek bu süreyi üç yüz altmış beş gün olarak kabul etmiştir³⁸. Ne var ki tıbbi veriler bu konuya daha net ışık tutacağından onun verilerine göre hareket etmek en isabetlisi olacaktır.

Hamileliğin olabilecek en uzun süresinin belirlenmesine müteakip boşanma veya kocanın vefat etmesinden sonra azami müddet içerisinde gerçekleşen doğumlar, çocuğun nesebinin kocaya sabitlenmesi için yeterlidir. Hanefilere göre ric’i bir talak sonrası kadın, iddetinin bittiğini belirtmeden doğumunu azami süre geçtikten sonra yapmış olsa da bu durum nesebin subûta mani değildir. Çünkü ric’i talaktan geri dönülme ihtimali yüksektir³⁹.

1.3.2. TMK’da Hamilelik Müddeti

4721 sayılı TMK’nın 285. md. “Boşanmadan sonra üç yüz gün içerisinde doğan çocuğun babası kocadır.” diyerek hamileliğin üst sınırını üç yüz gün olarak belirlemiştir.

³³ Tasvir-i efkar gazetesinin Birinciteşrin 1943 nüshasındaki bir yazıya göre, Adana’da bir öğretmen on altı aylık çok zinde bir çocuğu dünyaya gelmiştir. Tıp dünyasında ilk defa görülen bu çocuğun omuzlarında kıllar mevcuttu. Bebeğin boyu 80 cm kilosu 7 kg civarındadır. Bkz. Bilmen, *Hukuku İslâmiyye...*, II, 398.

³⁴ Dönmez, “Nesep” md., *DİA*, XXXII, 574.

³⁵ Bunu Darekutni ve Beyhaki sünenlerinde rivayet etmişlerdir.

³⁶ Bilmen, *Hukuku İslâmiyye...*, II, 398.

³⁷ Önder, *Kadın-Doğum...*, s. 365.

³⁸ Konuyla ilgili Mısır Adalet Bakanlığı tarafından yöneltilen soruya Mısır Adli Tıp Kurumu, tüm nadir durumları da içerisine alması için hamileliğin en üst sınırının 365 gün olduğu şeklinde cevap vermiştir. Bkz. Muhammed Muhyiddin Abdülhamid, *el-Ahvâlü’ş- Şahsiyye fi’ş-Şeri’atü’l- İslâmiyye*, el-Mektebetü’l- İlmiyyetu, Beyrut 2013, s. 371.

³⁹ Abdülhamid, *el-Ahvâlü’ş- Şahsiyye*, s. 372.

Bu hüküm, koca aleyhine, çocuk lehine bir karineden ibarettir. Bu karineden dolayı koca, nesebin reddi davalarında davacı ise kocanın bu delili çürütmesi istenmektedir. Bu da ancak ispat ile mümkündür. İspat, çocuğun anne rahmine düştüğü zaman kendisinin çocuk yapma gücünden yoksun olduğunu tıbben gösterme veya çocuk yapma eyleminin imkansız olacağı mekan ve durumu (farklı ülkede, yataklı hasta olma vb.) öne sürme ile olabilmektedir⁴⁰.

“Evlenmeden başlayarak en az yüz seksen gün geçtikten sonra doğan çocuk evlilik içinde ana rahmine düşmüş sayılır⁴¹.” maddesi TMK’nın hamilelik için belirlediği alt sınırı belirtmektedir.

Bu madde koca lehine olmaktadır çocukla ana-baba aleyhine karine içermektedir. Zira evlenmeden itibaren yüz seksen günden evvel doğan çocuk yahut gebe kaldığı zaman kocasından ayrı olduğuna hükmedilen kadından doğan çocuk, kocanın çocuğu sayılmamaktadır. Bu hallerde, çocuğun kocanın nesebine ait olduğuna dair ispat külfeti kadın ve çocuğa ait olmaktadır.

Hamile kaldığında boşanmış olan kadın, hamileliğin alt süresinden önce doğum yapmış olsa da boşanma sonrası birlikte yaşamaya devam ettiklerini kanıtlaması halinde nesebin reddi için delil getirme zorunluluğu kocaya geçecektir. Bu ispatlar önceden beyan edildiği gibi kısırlık vb. durumlardır⁴².

1.4. Evlenme Engelleri

Kişiler arasındaki evlenme engelleri evlenme yasağının sebebi noktasında dâimi/ geçici veya kesin/ kesin olmayan olarak derecelendirilmektedir. Bu derecelerin kesinliği ve niteliği değerince gerçekleşen birleşmelerin sonuçları farklılık göstermektedir. Dâimi, kat’i diye nitelendirilen engellerin başında en nihayetinde kandan akrabalar olan kişiler gelmektedir. Kandan (neseb) akrabalar arasındaki evlilikler çoğu dinde yasaklanmış, örfün ve törenin etkili olduğu toplumlarda da yasaklığı etkisini korumuştur. İslam Hukuku’ndaki evlenmeden kaynaklı sıhrî hısımlıklardan babanın eşleri ile evlenmek, Yahudilikte de men edilmiş Hıristiyanlık ile bu yasak devam ettirilmiştir⁴³. Buna karşın İslam öncesi cahiliye

⁴⁰ Şakir Berki, “Medeni Kanunda Nesep Hısımlığı”, *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, s.38.

⁴¹ M.K. md. 287.

⁴² Berki, “Medeni Kanunda...”, s. 40.

⁴³ Levilliler, 18 / 6-8; Korintoslular, 1. Mektup, 5/1-2.

döneminde hoş karşılanmamakla beraber bir erkeğin babasının vefatı sonucu üvey anneleriyle evlenme âdeti mevcuttu⁴⁴.

Kan akrabalığından sonra akrabaları birbirine bağlayan, kişiler arası iletişimi ve münasebeti kolaylaştıran akrabalık bağı sıhrî akrabalıktır. Kişinin evlenmesiyle söz konusu olan bu hısımlık, beraber yolculuk yapma, aynı ortamı paylaşma, tesettüre riayet etme gibi tabii ihtiyaçlar noktasında kişinin hayatını kolaylaştıran ve yapaylıktan kurtaran bağa ve işleve sahiptir⁴⁵.

Kanaatimize göre kadınların hassas ve duygusal yapıları, erkeklerin karı ve kızlarına olan üstün koruyuculuğu, İslam Hukuku'ndaki geçici evlenme engellerinin hikmetlerindendir. Geçici evlenme engelleri genellikle, bir evlilik devam ederken (nikâhları cem etme) veya son bulmasıyla yapılmak istenen evlenmelerde gündeme gelmektedir. İki yakın kadınla evlenmenin geçici evlenme yasaklarından olması, mukayese ve husumetlerin oluşmasına zemin hazırlayarak sıla-i rahimi bozabilmektedir. Ayrıca bir erkeğin evlendiği kadınlarla ilgili boşanma ve evlilik hayatı, fitneye konu olma sebebiyle kan bağı ile bağlı kadınların kuvvetli bağlarını zedeleyebilmesi muhtemeldir⁴⁶. Aynı şekilde bir erkeğin evlendiği kadının, kendi oğlu için evlenilmesi yasak kadınlardan olması baba-oğul arasındaki muhabbet ve merhamet açısından son derece yerindedir. Annesinin önceden evlendiği erkek ile yapılan evlilikler de anne-kızın samimiyetini ve şefkatini tahrip edebilecek evliliklerdendir⁴⁷.

1.4.1. İslam Hukuku'nda Evlenme Engelleri

- “Geçmişte olanlar bir yana, babalarınızın nikâhladığı kadınlarla evlenmeyin; çünkü bu bir edepsizliktir, iğrenç bir şeydir ve kötü bir yoldur⁴⁸.”
- “Anneleriniz, kızlarınız, kız kardeşleriniz, halalarınız, teyzeleriniz, erkek kardeşin kızları, kız kardeşin kızları, sizi emziren anneleriniz, sütbacılarınız, eşlerinizin anneleri, kendileriyle birleştiğiniz eşlerinizden olup evlerinizde bulunan üvey kızlarınız size haram kılındı. Eğer onlarla birleşmiş değilseniz (nikâh ortadan kalktığında) kızlarını almanızda size bir sakınca yoktur. Kendi sulbünüzden olan

⁴⁴ Ebu'l Feda İsmail bin Umer İbn Kesir, *Tefsiru 'l-Kur'ani'l-'Azim* (Thk. Sami bin Muhammed Selame), Daru'l-Tayyibe, Riyad 1999, II, 245.

⁴⁵ Süleyman Uludağ, *İslam'da Emir Ve Yasakların Hikmeti*, TDV Yay., Ankara 1995, s. 162, 163.

⁴⁶ Zeydan, *el-Mufasssal*, VI, 206.

⁴⁷ Bilmen, *Hukuku İslâmiyye...*, II, 99.

⁴⁸ Nisa, 4/ 22.

oğullarınızın eşleri ve iki kız kardeşi birden almak da size haram kılındı; ancak geçen geçmiştir, Allah çok bağışlayıcı ve esirgeyicidir⁴⁹.”

Yukarıdaki ayetlerde geçen evlenilmemesi emredilen kadınlar, İslam Hukuku’ndaki dâimi yasak kişilerdir.

Ayetten yola çıkarak dâimi evlenme engellerini oluşturan üç sebep vardır: Kan yoluyla, evlenme yoluyla (sıhrî), süt yoluyla akrabalığın kurulduğu görülmektedir. Bunlar tezin “mahremiyet” başlığı altında ayrıntısıyla ele alınacağı için burada kısaca değinilecektir. Hanefilerin dışında kalan cumhurun, li’an yapan eşlerin arasında da dâimi evlenme engeli oluşacağı görüşü⁵⁰ ile bu kişileri de bu kategoriye dâhil edebiliriz.

Kan akrabalığı, Arapça karabet kelimesine karşılık gelerek hem çocuk ile anne- babası arasındaki usûl-furû ilişkisini; hem de aynı sulpte birleşen yakın akrabalar arasındaki akrabalık bağıını ifade etmektedir. Ayrıca nesep akrabalığı olarak da geçmektedir⁵¹.

Erkek esas alındığında erkeğin annesi ve onun yukarıya doğru soyu (nineleri), erkeğin kızı ve onun aşağıya doğru soyu (torunları), erkeğin dede ve ninesinin birinci dereceden akrabası (amca, dayı, hala, teyze), erkeğin anne-baba bağlantılı kız kardeşleri ve onun aşağıya doğru soyu (yeğenler ve onun çocukları) kan bağı ile bağlı evlenmesi yasak kadınlardır⁵². Amca, dayı, teyze, hala çocukları dede-ninenin birinci dereceden akrabası olmadıkları için bu erkeklerle kan akrabalığı oluşmaz⁵³.

- “Nesepçe haram olanlar süt cihetiyle de haram olurlar⁵⁴.”

Kandan kurulan akrabalık süttten de kurulmaktadır. Süt akrabalığını kan akrabalığından ayıran tek şey süttten oluşan evlenme engellerinin sadece süt emen kişiyi ilgilendirmesidir. Yani, oluşan evlenme yasağı süt emen kişi ile onu emzirenin akrabaları arasında kurulmaktadır. Süt emenin kardeşleri ya da ana-babası gibi yakın akrabaları dahi bu akrabalıktan etkilenmez. Süt akrabalarının kim olduğunu yukarıda “süt bağı” başlığında izah ettiğimiz için burada ayrıca yer vermeyeceğiz.

⁴⁹ Nisa, 4/ 23.

⁵⁰ Kâsânî, *Bedâiu’s-Senâi*, III, 245.

⁵¹ Zeydan, *el-Mufasssal*, VI, 206.

⁵² Seyyid Muhammed Emîn bin Ömer bin Abdülazîz İbn Âbidîn, *Reddü’l-Muhtâr ‘Aled-Dürriü’l-Muhtâr* (Terc. Ahmed Davudoğlu), Şamil Yay. İstanbul 1983, V, 300.

⁵³ Abdülhamid, *el-Ahvâlû’s-Şahsiyye*, s. 46.

⁵⁴ Buhârî, Şehâdet, 7; Müslim, Radâ, 1.

Kan ve süt akrabalığının dışında kurulan dâimi evlenme engellerinden birisi de sıhrî hısımlıktır. Buna birisinin eşi olmakla oluşan akrabalık bağı da diyebiliriz. Sıhrî hısımlıkta boşanma veya ölümle evlilik sona erse bile sıhrî akrabalık ortadan kalkmaması bu hısımlığın mutlak bir evlenme engelini teşkil etmesine sebeptir⁵⁵.

Erkek baz alındığında eşin yukarıya doğru kadın akrabaları (kayınvalide ve onun anneleri), aşağıya doğru bütün kızları (kızı ve torunları) kadın baz alındığında kocasının yukarıya doğru erkek akrabaları (kayınpeder ve onun babaları), aşağıya doğru bütün oğulları (oğul ve torunları) dır. Bunun dışında babaların eşleri diye tarif edilen baba ve dedelerin eşleri de sıhrî akrabalarındandır⁵⁶.

Dâimi engellere nazaran bazı hallerin devam etmesiyle var olan, son bulmasıyla ortadan kalkan evlenme engellerine geçici evlenme engelleri denir. Temel olarak Müslüman kadının sadece Müslüman erkek ile evlenebilmesi, Müslüman erkeğin ise Müslüman kadın veya ehl-i kitap kadın ile evlenebilmesi, üç defa boşadığı karısı, iddet bekleyen kadın (özellikle ric'i talak iddeti), evli kadın, yakın akraba kadınların nikâhlarını cem etmek şeklinde özetlenecek yasak kadınlar geçici evlenme manisi olan kişilerdir. Bu kişilerle olan evlilik yasağı şahısların kendilerinden değil dış etkenlerden kaynaklıdır.

Örneğin, Nisa suresinin 23. ayeti ve pek çok hadiste⁵⁷ men edilen yakın kadınlarla aynı anda evlilik, kadınlardan birisinin nikâhını sonlandırıldığında diğeri ile evlenme yasağının kalkması açısından geçicidir. Yakın kadın olarak görülse de gelin ve kayınvalidesinin nikâhlarını birleştirmek caizdir⁵⁸.

Yakın kadınlar için “Biri erkek farz edildiği takdirde diğeriyle evlenmesi caiz olmayan kadınların aynı nikâhta birleştirilmeleri yasaktır” kaidesi üzerinden hüküm tahsis edilmektedir. Aynı anda nikâhlanması caiz olmayan kız kardeşlerin nesep yoluyla kardeş olmaları şart değildir. Sütten kurulan kız kardeşlik de müsâvidir⁵⁹.

Konunun ayrıntıları evlilik çeşitleri bölümünde yeri geldiğinde açıklanacaktır.

⁵⁵ Karaman, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, II, 85, 86.

⁵⁶ Şemsüleimme Ebû Bekr Muhammd b. Ahmed b. Sehl es- Serahsî, *el-Mebsût*., Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrût, 1993, IV, 201, 202.

⁵⁷ “Hz. Peygamber (s.a.v.) kadınla hala ve teyzesini aynı nikâhta birleştirmeyi yasakladı.” Bkz. Buhârî, Nikâh, 28.

⁵⁸ Bilmen, *Hukuku İslâmiyye...*, II, 101.

⁵⁹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VII, 113.

1.4.2. TMK’da Evlenme Engelleri

Medeni Kanun’da iki tür evlenme engeli kabul edilmektedir. Bunlar kesin evlenme engeli ve kesin olmayan evlenme engeli şeklindedir. Konunun ayrıntıları M.K. 129. md. ile 133. md. arasında düzenlenmiştir.

”Üstsoy ve altsoy arasında, kardeşler arasında, amca, dayı, hala, teyze arasında evlenme yasaktır⁶⁰.” Kişinin üçüncü dereceden akrabasına kadar evlenmesi yasaktır. Bu evlenme engeli, İslam Hukuku’nda kabul edilen dâimi evlenme engellerinin bir kısmına denk gelmektedir. Nitekim TMK, üçüncü dereceden akraba olan kişilerin çocuklarını, dördüncü dereceden akraba olmaları sebebiyle evlenmesi yasak olan kişilerden kabul etmemiştir. Sözelimi, TMK açısından bir erkeğin dördüncü dereceden akrabası olan yeğeninin kızı ile evlenmesi mümkündür. Buna karşın İslam Hukuku, ayette geçen "...kardeşlerin kızları..." şeklindeki hüküm gereği yeğenlerin kızlarını ve onların aşağı doğru giden kızlarını mahrem (evlenilmesi yasak) saymıştır.

”Kayın hısımlığını meydana getirmiş olan evlilik sona ermiş olsa bile, eşlerden biri ile diğerinin üstsoyu ve altsoyu arasında evlenme yasaktır⁶¹.” Buna göre evlilik sona erdiği zaman kişi, sadece eşinin altsoyu ve üstsoyu ile evlenememektedir. Kayın hısımlığı yasağı da İslam Hukuku’yla bir parça aynıdır. En önemli ayırım, üvey kız ile evlenilmesinin şarta bağlanması noktasındadır.

”Yeniden evlenmek isteyen kimse, önceki evliliğinin sona erdiğini ispat etmek zorundadır⁶².”

”Akıl hastaları, evlenmelerinde tıbbi sakınca bulunmadığı resmi sağlık kurulu raporuyla anlaşılmadıkça evlenemezler⁶³.” Burada sözü edilen akıl hastalığı ayırt etme gücünü ortadan kaldırmayan akıl hastalığıdır. Ayırt etme gücünden yoksun akıl hastalığı olan kişi evlenme ehliyetine sahip olmadığından dolayı zaten evlenemeyecektir.

Bir diğer kesin evlenme engeli ise YMK’da bulunan “Evlat edinen ile evlatlığın veya bunlardan biri ile diğerinin altsoyu ve eşi arasında evlenme yasaktır⁶⁴.” ifadesi ile 4721 sayılı TMK’nın 129/ 3. bendinde kabul edilmiştir. 743 sayılı EMK’da evlatlık ile evlat edinen

⁶⁰ M.K. md. 129.

⁶¹ M.K. md. 129.

⁶² M.K. md. 130.

⁶³ M.K. md. 133.

⁶⁴ M.K. md. 129.

arasındaki evlenme yasağı çok da işlevsel değildi. Zira bu yasağa rağmen evlatlıktan doğan evlenme engeli bulunan kişiler evlenebilmekte ve evlilik geçerli olmaktaydı⁶⁵. Evlenmesi yasak kişilerin yaptıkları bu evlilik sadece evlatlık ilişkisinin yok olmasıyla cezalandırılmaktaydı. Buna mütekip sallantıda kalan bu evlenme engeli YMK'nın evlenme engeline uyulmaması halinde evliliğin mutlak butlanla sonuçlanacağı hükmüyle kesinleşmiştir.

Evlatlık ile evlat edinenin karşılıklı altsoyu ve eşi arasındaki evlenme yasağı İslam hukukuyla kesinlikle bağdaşmayan bir uygulamadır. Neticede İslam, evlatlık diye bir kavramı kabul etmemiş ve böyle bir evlenme yasağını lüzumsuz bir helali haram yapma işlemi olarak görmüştür. Bununla beraber son dönemlerde çok ses getiren bu evlenme yasağının İslamiyet'te olmamasına kılıf aranmış, İslam hükmünün savunucuları eleştirilmiştir. İslamiyet'in bu kişilerin evliliklerine cevazını sırf uzun yıllar beraber yaşamaları ve anne-baba-çocuk ilişkisi kurmalarını dayanarak göstererek yadırgamak ve hatta dışlamak doğru değildir. Her ne olursa olsun şunu açık bir dille söyleyebiliriz ki bir şeye mübah olarak hüküm vermek onun farz veya vacip gibi değerlendirilip yapılması gerektiği anlamına gelmemektedir. Evlatlığın onu himaye eden kişilerle evlenmesi şer'an geçerli ise de ahlaken doğru değildir. Bu kişilerin evlenmelerinin mümkün olduğu hükmüne aynı evi paylaşan yabancıların mahremiyet ve tesettür noktasında dikkatli davranmaları cihetiyle önem verilmelidir.

Kesin olmayan evlenme engelleri üzerinden gerçekleştirilen evlilikler evliliği sakatlamamakta yani mutlak butlana sebep olmamaktadır. Bazı geçici durumlar yok olduğunda veya özel olarak hüküm verildiğinde yasaklık ortadan kalkacaktır. Bunlar, bulaşıcı hastalıklar ve bekleme süresi (iddet) dir.

Genel Sağlığın Korunması Hakkında Kanun bazı bulaşıcı hastalıkları evlenme engeli olarak belirtmiştir. Frengi, bel soğukluğu, cüzzam gibi hastalıkların bulaşma ihtimalinin yüksek olmasından dolayı hekim raporu ile belgelenmediği sürece bu kişilerin evlenmeleri doğru bulunmamıştır. Ancak yasağa rağmen yapılan evlilik kanunen geçerli olacaktır.

TMK'nın dikkatle üzerinde durulan hastalıkların arasında AIDS hastalığını eklememeleri bizce çok şaşırtıcıdır. Tedavisi zor hatta bazen mümkün olmayan bu hastalığın çok sayıda kişinin hayatını kararttığı kesindir. Genellikle geçmişteki gayr-i meşru ilişkinin sonucu olarak karşımıza çıkan bu hastalık, gereken önemin verilmeyip önlem alınmaması

⁶⁵ Öztan, *Aile Hukuku*, s. 348.

halinde temiz, sağlıklı, iyi niyetli eşin zarar görmesiyle sonuçlanmaktadır. Cüzzam hastalığının vahametini göze almış olan sağlık kanununun AIDS hastalığı için de aynı hassasiyeti göstermesini beklemekteyiz.

Evlenme engelleri mevzusunda her iki hukuk sisteminin de benzer yasaklar koyduğu buna karşın İslam Hukuku'nun daha çok ayrıntıyı ele aldığı göze çarpmaktadır. Zira İslam Aile Hukuku'nda sıhrî hısımlardan üvey kızın yasalığına şart getirilmiş, geçici evlenme engellerinden Müslüman olup/ olmamama, evliliğin geçerliliği için bir kriter olarak kabul edilmiştir. Erkeğin karısını üç defa boşaması TMK için kanunlaştırılacak bir mesele değilken İslamiyet'te, kadının başka bir erkekle gerçek bir evlilik yapması şartını getirecek kadar sorumsuz ve nahoş bir alışkanlık olarak değerlendirilmiştir. Buna ek olarak İslam Hukuku'nda iddet bekleyen kadının evliliğinin TMK'ya nazaran daha katı bir şekilde engellendiği "iddet" başlığımızda görülecektir. "İslam Hukuku'nda dâimi evlenme engelleri" başlığında vurguladığımız süt akrabalığı, TMK'da yakın zamanda görmek istediğimiz evlenme engellerinden olmaktadır.

1.5. Mehir

İslam Hukuku'nda kadına verilen değer bir örneği olan mehir, erkeğin karısına vermekle yükümlü olduğu bir bedeldir⁶⁶. Ecr, sadak, nihle, sadaka, atıyye diye de isimlendirilmektedir⁶⁷. Mehir ücrete tabi bir mal olmak zorunda değildir. Hanefiler mehrin en az miktarını on dirhem, Malikiler saf üç gümüş dirhem olarak belirlemişlerse de Şafii ve Hanbeliler bir sınırlama getirmemiştir⁶⁸.

Fakihlerin çoğu tarafından mehir olarak sadece mütekavvim⁶⁹ malın kabul edilebileceği bir kısmına göre mütekavvim olmayan malın da mehir olabileceği kabul edilmiştir. Mütekavvim olmayan mal, mehir olabilmesi için bilinen bir mal olmalı, hileli olmamalı ve bölündüğü zaman ayrı ayrı mal olarak kabul edilebilecek değerde olmalıdır⁷⁰.

⁶⁶ Döndüren, *Delileriyle Aile İlmihali*, s. 221.

⁶⁷ Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, "Mehr" md., s. 356.

⁶⁸ Vehbe Zuhaylî, *İslam Fıkıhı Ansiklopedisi* (Terc. Ahmet Efe, Beşir Eryarsoy, Fehmi Ulus, Abdurrahman Ural, Yunus Vehbi Yavuz, Nurettin Yıldız) Feza Yay., İstanbul 1994, IX, 203.

⁶⁹ Mütekavvim mal, dayanıklı ve değerli manasına gelmektedir. İslam hukuku'nda şer'an yararlanılmasının caiz olması ve elde edilmiş olması şeklinde malın sıfatını ifade eder. Buna göre şarap, domuz eti, usûlünce kesilmemiş hayvan, denizdeki balık, henüz avlanmamış av hayvanı vs. mütekavvim mal sayılmamıştır. Bkz. Hasan Hacak, "Mal" md., *DİA*, XXVII, 462.

⁷⁰ Kâsânî, *Bedâiu's-Senâî*, II, 277, 278.

Günümüzün yanlış bilinen geleneklerinden olan maddi değeri yüksek gayr-i menkul, kilolarca altın-gümüş vs. mehir dayatmaları, İslamiyet kaynaklı bir zorunluluk değildir.

Hanefi, Hanbelî ve Şafii mezhebi, özelliklerinden dolayı mal gibi kabul edilebilecek menfaatlerin de mehir olabileceğini belirtmişlerdir⁷¹. Söz gelimi, erkeğe ait bir hayvandan istifade etme mehir olabilecek menfaatlere dendir.

Zifaf gerçekleşikten sonra ayrılık olsa bile kadının mehir hakkının devam ettiği aşağıdaki ayette ifade edilmiştir:

- “Elinizin altında bulunan câriyeler müstesna, evli kadınlar da size haram kılındı; Allah’ın size emri budur. Bunlardan başkasını, iffetli yaşamak ve zina etmemek kaydıyla, mallarınızla (mehir ile) istemeniz size helâl kılındı. Onlarla karı-koca ilişkisi yaşamamanıza karşılık kararlaştırılmış olan mehirlerini verin. Mehir kesiminden sonra karşılıklı anlaşmanızda size günah yoktur. Şüphesiz Allah ilim ve hikmet sahibidir⁷².”

Zifaktan önce boşama gerçekleşirse kadına mehrin yarısının verilmesi gerekmektedir⁷³.

Mehrin miktarı üzerinde anlaşılma anlaşmama veya evlilikten önce tamamının verilip verilmemesi cihetiyle farklı başlıkları bulunmaktadır.

1.5.1. Mehr-i Müsemma ve Mehr-i Misil

Miktarı üzerinde az ya da çok anlaşma sağlanmış mehir, mehr-i müsemma olarak adlandırılır. Miktarının belirlenmediği zamanlarda ya da akdin durumuna göre söz konusu olabilen mehirlere mehr, mehr-i misil denilmektedir⁷⁴. Mehr-i misil, baba tarafından kadınlar veya memleket halkı esas alınarak yaş, güzellik, bekâret, tahsil gibi özelliklerde kendisine denk olanların aldıkları mehre hak kazanmadır.

1.5.2. Mehr-i Muaccel ve Mehr-i Müeccel

Nikâh akdinden önce tamamının verilmesinin şart koşulduğu ve bundan dolayı mehrin verilmemesi halinde kadını zifaf konusunda muhayyer bırakan mehirlere mehr-i muaccel denir. Akitten önce bir bölümünün verilip zifaktan sonra kocası tarafından tamamının

⁷¹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VII, 211-216, Ebu Zekeriyâ Muhyiddîn Yahyâ bin Şeref ed-Dımişkî en-Nevevî, *Minhâcu't- Tâlibin ve Umdetü'l- Müftiyn*, Daru'l-Minâc, Beyrut 2005, s. 400; Kâsânî, *Bedâiu's-Senâi*, II, 279.

⁷² Nisa, 4/ 24.

⁷³ Heyet, *Fetâvâyi Hindiyeye Ansiklopedik İslâm Fıkhi* (Terc. Mustafa Efe), Akçağ Yay. Ankara ts., II, 422.

⁷⁴ Bilmen, *Hukuku İslâmiyye...*, II, 118.

ödenmesi gereken mehirler ise mehr-i müeccel denir. Vefat ve boşanma ile muaccel hale gelmektedir⁷⁵.

İslam Hukuku'nda yer bulmuş bu uygulama, eski Türk toplumlarında yer etmiş “başlık parası” adı altında kocaya yüklenmiş borçla karıştırılmaktadır. İki uygulamada kocanın ödemekle yükümlü olduğu kişiler farklıdır. Başlık parasında kız babası veya ataları erkekten kendileri için para istemekte ve bu parada kadının herhangi bir hakkı bulunmamaktadır. Buna karşın mehir, tamamen kadının hakkı olmakla beraber ailesine mehrinden pay verme zorunluluğu yoktur. Ayrıca başlık parası tamamlanmadan evliliğin gerçekleştirilememesi erkek için evliliği zorlaştırmasına rağmen mehirde belirlenen miktarın hepsini verme külfetine sokulmamıştır⁷⁶.

Mehir İslamiyet'in kadın lehine şart koştuğu bir güvencedir. Boşanma olsa dahi kocanın, vaad edilen mehrin tamamını verme zorunluluğu, keyfi boşamalara engel olan sebeplerden sayılabilmektedir⁷⁷.

1.6. Talak

Talak, sözlükte boşa çıkarmak, aradaki bağı kaldırmak, serbest bırakmak anlamına gelmektedir.⁷⁸ Eşler arasındaki evlilik bağının dâimi ya da geçici olarak sonlanmasına sebep olan bu uygulamayı, Hz. Peygamber hoş karşılamamakla birlikte helal olduğunu da ümmetine bildirmiştir⁷⁹.

Hadisler ışığında usûlüne uygun olmadığı belirtilen boşamalara bid'i boşama denir. Bu boşamalar sünnete uygun gerçekleşmese de sonuçları itibariyle hüküm doğurmaktadır. Bir temizlik döneminde yapılan üç talak, cinsi münasebetten sonra veya ay halinde yapılan boşamalar bunlardandır⁸⁰. Bunun aksine temizlik halinde boşama gibi Hz. Peygamber (s.a.v)'in tavsiye ettiği zaman ve şekilde yapılan boşamalara Sünni talak denilmektedir⁸¹.

⁷⁵ Bilmen, *Hukuku İslâmiyye*..., II, 118.

⁷⁶ Hüseyin Tekin Gökmenoğlu, “İslam Hukuku'nda Mehir”, sy. 2, *Mehir*, 1998, s. 25.

⁷⁷ Ahmet Akgündüz, Halil Cin, *Türk Hukuk Tarihi (Özel Hukuk)*, Selçuk Üniversitesi Yay., 2. Baskı, Konya 1995, s. 84.

⁷⁸ H. İbrahim Acar, “Talak” md., *DİA*, XXXIX, 496.

⁷⁹ “Allah katında en sevilmeyen helal, boşanmadır” Bkz. Ebû Dâvûd, *Kitâbu't-Talâk*, 3.

⁸⁰ İbn Kudâme, *el- Mugnî*, VII, 364-366; Abdullah bin Mahmud bin Mevdûd bin Mahmud Ebu'l-Fadl Mecdüddin el-Mevsilî, *el- İhtiyâr metni el-Muhtâr fi'l-Fetvâ* (Çev. Tevhit Ayengin) Ravza, İstanbul 2016, s. 351.

⁸¹ Sahnûn b. Abdisselâm Sa'd et-Tennûhî, *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ*, (Thk. Hamdî Muhammet), el-Mektebetü'l-Asriyye, Beyrût 1999, V, 101.

Şafiiler'e göre cinsel ilişkinin olmadığı temizlik döneminde yapılmış boşama suni iken hayızlı iken (ayhali) yapılmış boşamalar bid'i (mekruh) boşama olmaktadır. Bu sebeple peş peşe yapılmış boşamalar boşamayı bid'i kılmayacaktır⁸².

İslam Aile Hukuku'nda evlilik akdini sonlandırması yönüyle talaklar dönüşlü ve dönüşsüz olarak ikiye ayrılmaktadır. Dönüşlü talak, ric'i talak olarak adlandırılan, boşayan kocaya takdir edilmiş süre bitmeden karısına tekrar dönüş hakkı tanıyan boşamaları ifade etmektedir. Bain talak ise dönüşsüz talaktır ve kocanın boşadığı karısıyla yeniden evlenebilmesi için yeni bir evliliğe ihtiyaç duyulur.

1.6.1. Ric'i talak

İddet bahsinde geçecek süreler içerisinde koca, dolaylı yoldan veya cinsi münasebetle eşine yeni bir nikâh yapmadan dönebilmektedir⁸³. Talağın ric'i talak sayılabilmesi için karısı ile gerçek bir evlilik hayatı geçirmiş olması gerekmektedir. Bu da cima ile mümkündür. Ayrıca koca karısını karineli boşama ifadeleriyle boşamış olmalıdır⁸⁴.

1.6.2. Bain Talak

Kocanın boşama üzerine kinaye götürmeyecek şekilde açık ve şiddetli ifadelerde bulunması, dönüşsüz bain talağı gündeme getirmektedir. Dönüşsüz ifadesinden kastımız, kocanın yeni bir nikâh akdi yapmadan karısına dönemeyeceğidir⁸⁵.

Cinsel ilişkide bulunmadan gerçekleşmiş boşamalar bain talak sayılmaktadır. Bununla beraber kadının isteği üzerine kocası lehine bir menfaat karşılığında anlaşarak ayrılmalar da (muhalea) bain talağa dâhil edilmiştir.

Üç talakla boşanan kadın, boşandığı kocası ile yeniden bir evlilik gerçekleştirmek isterse başka bir erkek ile gerçek bir evlilik yapması gerekmektedir. Âlimlerin çoğu bunda hemfikir olmuşlar ve sonradan şart koşulan evliliğin cinsel ilişkinin bulunduğu bir evlilik olması yönünde de ittifak etmişlerdir⁸⁶. Bu zorlamanın amacı kadını korumaktır. Erkek ve

⁸² Ebu Abdullah Muhammed bin İdris bin Abbas bin Osman eş-Şâfiî, *el-Umm*, Daru'l-maârifî, Beyrut 1990, V, 193.

⁸³ Mevsîlî, *el-İhtiyâr*, s. 371.

⁸⁴ Karaman, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, II, 115; Muhammed bin Ahmed Ebu Bekir Alaaddin es-Semerkandî, *Tuhfetü'l-Fukahâ*, Darul Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut 1994, II, 178; Nevevî, *Minhâc*, 426, 427.

⁸⁵ Mevsîlî, *el-İhtiyâr*, s. 373, 375.

⁸⁶ Kâsânî, *Bedâiu's-Senâî*, III, 187.

kadın için kabul edilmesi zor bir durumun söz konusu olması, talağın keyfi kullanılması ve kadın duyguları istismarını engelleyecektir.

1.7. İddet

İddet, sözlükte saymak, sayılan şeyin miktarı, adet anlamlarına gelirken⁸⁷ terim olarak, boşanmış veya kocası ölmüş bir kadının, yeniden evlenebilmesi için geçmesi gereken zaman dilimini ifade etmektedir⁸⁸.

1.7.1. İslam Hukuku'nda İddet

Bir kadın iddet beklemekte iken boşandığı erkek dâhil olmak üzere hiçbir erkek ile evlenemez⁸⁹. Eğer iddeti bitmeden evlenmesi halinde zifaf vuku bulmadan ayrılmaları gerektiği hususunda ittifak edilmiştir⁹⁰. Zifaf gerçekleşmiş ise çoğunluğun görüşü, tarafların ayrılmaları ve kadının iddet süresi nihayetinde tekrar evlenebileceği yönündedir. Bu görüşün aksine, tarafların haram bir eylemde bulunmalarını sebep göstererek tekrar evlenemeyeceklerini iddia eden âlimler de mevcuttur⁹¹. Maliki mezhebi bu doğrultuda hüküm vermiştir⁹².

Hanefî, Şafîi ve Hanbelîlere göre iddete başlama zamanı talağın gerçekleştiği zaman veya kocanın vefat tarihidir. Eğer iddet fasit nikâh sonucu beklenecekse başlangıç vakti olarak tefrik zamanı değerlendirilmektedir⁹³.

Kadının iddet beklemesi gereken süre, içinde bulunduğu hal üzere farklılık göstermektedir. Evlendiği halde cinsi münasebet olmadan ayrılık olursa kadının herhangi bir iddet beklemesine gerek yoktur⁹⁴. Bunu şu ayet-i kerime beyan etmiştir:

- “Ey iman edenler! Mümin kadınlarla evlenme akdi yapıp da sonra, birleşmeden onları boşadığınızda onlar üzerinde, hesaplayıp bekleteceğiniz bir iddet hakkınız yoktur. Onları bir şeyler vererek memnun ediniz ve güzellikle boşayınız⁹⁵.”

⁸⁷ İbn Manzûr, “İdd” md., *Lisânü'l-Arab*, III, 284.

⁸⁸ Muhammed Ebû Zehrâ, *Ahvâlu'sh-Şahsiyye*, Daru'l- Fikri'l- Arabi, Kahire ts, s. 371.

⁸⁹ Bilmen, *Hukuku İslâmiyye...*, II, 368, 369.

⁹⁰ Nevevî, *Minhâc*, 447; Tennûhî, *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ*, V, 121.

⁹¹ İbn Kudâme, *el- Muğnî*, VIII, 125; Şamil Dağcı, “İslam Aile Hukukunda Evlenme Engelleri-II (Geçici Evlenme Engelleri)”, *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Ankara 2000, XXXXI, 178.

⁹² İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 62.

⁹³ Mevsîlî, *el- İhtiyâr*, s. 391.

⁹⁴ Yaman, *İslam Aile Hukuku*, s. 107.

Hanefilere göre sahih halvet cinsel ilişki olabilme ortamını oluşturduğu için, cima gerçekleşmemiş olsa dahi sahih halvet⁹⁶ iddetini gerektirmektedir⁹⁷. Hanbelîler iddetin lüzumuna sadece sahih halvet değil, herhangi bir halvette kalmış olmanın bile sebep olacağını ileri sürmüşlerdir⁹⁸. Şafiiler her iki görüşü de savunmuşlarsa da ekserisi sahih halvetin iddeti gerektirmediği yönünde görüş bildirmişlerdir⁹⁹.

Cinsi münasebet gerçekleşirse adet gören kadının üç adet görmesi sonunda, adet görmeyen kadının ise üç ay sonunda iddetleri son bulur. Bunu şu ayet-i kerim ifade etmektedir:

- *“Boşanan kadınlar kendi başlarına (evlenmeksizin) üç âdet (kuru’) süresince beklerler. Allah’a ve âhiret gününe iman ediyorsa, Allah’ın rahimlerinde yarattığını gizlemeleri onlara helâl olmaz...”¹⁰⁰”*

Yukarıdaki ayette özellikle yazdığımız kuru’ kelimesi, ay halinin veya temizlik halinin karşılığı olması yönüyle ihtilaflıdır. Şafii ve Malikiler bu ifadenin temizlik süresi olduğunu savunurken Hanefiler ve son görüşleri doğrultusunda Hanbelîler, bunun hayız halini ifade ettiğini söylemişlerdir. Bu hükümler arasındaki farkı ric’i talak sonucunda kocanın tekrar karısına dönmesi meselesinden örnek verebiliriz. Eğer kuru' temizlik demek ise, ric'i talak ile boşanan kadın üçüncü hayzını görürken kocası artık onun nikâhlısı değildir ve geri dönmek isterse yeni bir evlilik gerçekleştirmesi şarttır. Eğer kuru’ hayız demek ise kadın dördüncü temizlik dönemine geçtiğinde kocasıyla dönüşüz boşanmış olacaktır¹⁰¹.

Hamile kadınlar için beklemeleri gereken iddet süresi hamileliklerinin son bulmasıdır. Bu hüküm şu ayette açıkça geçmektedir:

- *“Kadınlarınızdan âdetten kesilmiş olanlar ile âdet görmeyenler hakkında tereddüt ederseniz onların bekleme süresi üç aydır. Hamile olanların bekleme süreleri ise*

⁹⁵ Ahzab, 33/ 49.

⁹⁶ Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü* , “Halvet-i Sahih” md.,s. 176.

⁹⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, VI, 19.

⁹⁸ İbn Kudâme, *Muğnî*, VIII, 99.

⁹⁹ Nevevî, *Minhâc*, s. 445.

¹⁰⁰ Bakara, 2/ 228.

¹⁰¹ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 120; Nevevî, *Minhâc*, s. 445.

*doğum yapmalarıyla sona erer. Kim Allah'a saygısızlıktan sakınırsa Allah ona işinde bir kolaylık verir*¹⁰². ”

Kocası vefat eden kadının, aşağıdaki ayette beyan edildiği şekilde dört ay on gün beklemeleri şarttır¹⁰³:

- “İçinizden ölenlerin geride bıraktıkları eşleri kendi başlarına (evlenmeksizin) dört ay on gün beklerler...”¹⁰⁴”

Fukaha kocası gaip olan kadının iddeti konusunda mutabık kalamamışlardır. Verilen hükümlere bakıldığında bu kadınlar için en az dört yıl bekleme süresi öngörülmüştür. Kocasından haber alınma ihtimalleri veya kocasının kaybolma hikâyesi üzerinden bu süre kocasından net bilgi gelinceye kadar uzayabilmektedir. Bunun sebebi, kocasının hayatta olma halinin aksine bir kanıtın getirilememesindendir¹⁰⁵.

Muhâlea yöntemi ile boşanmış kadının iddeti boşanmış kadın iddeti kadardır. Bundan amaç kadının hamile olup olmadığının netlik kazanmasıdır¹⁰⁶.

1.7.2. TMK’da İddet

TMK, nesebin karışmaması için evli bir kadının boşandıktan hemen sonra evlenmesini sınırlamıştır.

Evlilik sona ermişse, kadının evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün geçmedikçe evlenmesi geçici evlenme engellerindendir. Hamilenin doğum yapması ile bu süre sona erer. Kadının önceki evliliğinden gebe olmadığının anlaşılması veya evliliği sona eren eşlerin yeniden birbirleri ile evlenmek istemeleri hallerinde mahkeme bu süreyi kaldırır¹⁰⁷.

Hamilelik müddetlerinde açıklandığı üzere kadın için konulmuş iddet zorunluluğu, nesebin zedelenmemesi içindir. Bundan dolayı gebelik testi ile hamile olmadığını kanıtlayan kadının iddet beklemesine gerek yoktur. Eski koca ile tekrar evlenme ile de nesebin karışması söz konusu olamayacağından iddet beklenmesi gerekmeyecektir.

¹⁰² Talak, 65/ 4.

¹⁰³ Şâfiî, *el-Umm* V, 332; Semerkandî, *Tuhfetü'l-Fukahâ*, II, 243, 244.

¹⁰⁴ Bakara, 2/ 234.

¹⁰⁵ Suat Erdem, “İslam Hukukuna Göre İddet ve İddet Bekleyen Kadının Nikâhı”, Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, , sy. 2, Sivas 2013, XVII, 82,83.

¹⁰⁶ Fahrettin Atar, “muhâlea”, *DİA*, XXX, 399.

¹⁰⁷ M.K. md. 132.

TMK’da iddet beklemenin kesin evlenme engellerinden olmaması iddet bekleyen kadının evlenmesini engellememektedir. Fakat iddetin kaldırılması için başvuruda bulunmama veya iddeti tamamlamamanın sonuçları bazen ağır olabilmektedir. Nitekim iddeti içerisinde evlenip bu evlilik içerisinde çocuk doğuran kadın, eski evliliğinden hamile olup olmadığını netleştirmede için çocuğunun babası yeni kocası sayılacaktır¹⁰⁸.

1.8. Muhâlea

Karı-kocanın anlaşarak çoğu kez bedel olarak kadının mehrinden vazgeçmesiyle anlaşarak ayrılmasına denir. Bu bedel mehrin tamamı karşılığında olması hul’, mehrin bir kısmı karşılığında olması sulh, daha fazla mal karşılığında olması fidyе, kocası üzerindeki tüm haklardan feragat etme ile yapılması halinde mübare’e terimleri ile ifade edilmektedir¹⁰⁹. Bedel vermekten imtina eden kadın için hâkim ve hakem gibi farklı çözüm yolları da mevcuttur.

Hanefi ve Malikiler bu ayrılığı boşamadan sayarken Şafii ve Hanbelîler akdin iptali mahiyetinde olduğunu düşünerek fesih saymışlardır¹¹⁰. Her iki görüşte de bu ayrılığın sonucun beklenmesi icap eden iddet süresi üç hayız/temizlik kadardır. Eğer anlaşma şartlarında mevcut değilse iddet içinde nafaka hakkı geçerliliğini korur¹¹¹.

Ebu Hanife’ye göre muhâlea sonucu nikâh ilişkisinden doğan karşılıklı tüm mali hak ve borçlar sona ermektedir. Ebu Yusuf ve diğer üç mezhebe göre, muhâlea anlaşmasında bedel olarak belirtilmedikçe hiçbir hak ve borç düşmez¹¹².

1.9. Tefrik

İslam Hukuku için bazı durum ve şartlar altında eşin mahkemeye başvurarak boşanması mümkündür. Hanefiler bu hakkın sadece kadına ait olduğunu söylese de çoğunluk iki tarafında hakkı olduğunu kabul etmiştir.

Mahkeme yolu ile boşanma için sunulacak sebepler başlıklar halinde şöyledir:

¹⁰⁸ M.K. m.d. 290.

¹⁰⁹ Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri*, “Hul’ “md., s. 204.

¹¹⁰ Karaman, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, II, 120.

¹¹¹ Fahrettin Atar, *DİA*, “muhâlea”, XXX, 402.

¹¹² Heyet, *İslam Hukuku El Kitabı*, s. 503, 504.

Erkeğe ait cinsel hastalıklar, cüzzam, akıl hastalığı, alaca hastalığı gibi karşı tarafın tahammül etmesi zor hastalıklar boşanmaya sebeptir. Ama Ebu Hanife ve Ebu Yusuf sadece cinsel hastalığın tefriğe sebep olabileceğini savunmuşlardır¹¹³.

Kocanın nafakasını bilerek karşılamaması ve fena muamele etmesi cumhura göre bir tefrik sebebidir. Hanefiler bu sorunların mahkemeye taşınmasını gerekli görmeyerek başka yollarla çözülebileceğini düşünmektedirler¹¹⁴.

¹¹³ İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, VII, 122; Heyet, *İslam Hukuku El Kitabı*, s. 506.

¹¹⁴ Mevsîlî, *el- İhtiyâr*, s. 347; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 68, 69.

İKİNCİ BÖLÜM

SAHİH EVLİLİK İÇERİSİNDE DOĞMAYAN ÇOCUĞUN DURUMU

Çocuğun anne-babasının belli olması, akla ve zamana uygun olacak şekilde nesebinin bağlanması nesebin subûtunu ifade etmektedir.

Doğal hamilelik süreci sonrasında gerçekleşen doğuma şahit olan(lar)ın bilgisiyle doğan çocuk, doğuran kadına ait olmaktadır. Bu annenin çocuğu reddetmesi mümkün değildir. Burada önemli olan mevzu babanın ve onun soyuna bağlanacak çocuğun, nesep bağlantısı kurabilmesi için gerekli şartların oluşup oluşmadığı noktasında yoğunlaşmaktadır.

Akit esnasında gerekli olan şartların eksiksiz olarak sağlanması akdi sahih kılmakta eksik olan şartın niteliği ve değerlendirilmesi akdin gayr-ı sahih evlilik olarak kalmasına neden olmaktadır. Sahih evliliğin söz konusu olmadığı nikâh akitlerinde fasit, batıl, mevkuf, gayr-i lazım, şüpheli evliliklerden söz edilecektir.

Aşağıda yer verdiğimiz “Gayr-i Sahih Evlilikler” başlığı altındaki batıl evlilikler, her iki hukuk sistemi tarafından ele alınacak diğer gayr-i sahih evliliklerin İslam Hukuku’nun kapsamına ait olmasından dolayı TMK açısından izahı yapılmayacaktır.

2.1. Gayr-i Sahih Evlilikler

2.1.1. Fasit Evlilik

Fasit evlilik, akdin rükün ve in’ikad şartlarının kâmil olmasına rağmen sıhhat şartlarındaki noksanlığından dolayı meydana gelmektedir¹¹⁵. Genel kabule göre evliliğin sıhhat şartları; taraflar arasında evlenme manilerinin bulunmaması, gerektiği durumlarda velinin bulunması, şahitler/ ilan ve ihtiyar /rızadır. Hanefilerce sıhhat şartları olarak gösterilen bu şartlar, Hanefilerin dışındaki diğer üç mezhep ve İmameyn’in yaygın görüşlerinde akdin yürürlük kazanması için gereken şartlardır. Yani bu şartlara haiz olmayan evlilik akdi batıl olacaktır. İki farklı görüş üzerinden akitlerin doğurduğu hukuki sonuçların farklılaşması, Hanefilerin küçük hatalarla evliliğin tamamen iptal edilmemesi, cumhurun ise evlilik gibi önemli bir anlaşmada bulunan hataların hafife alınamaması gerektiği yönündeki amaçlarından ileri gelmiştir.

¹¹⁵ Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, s. 204.

Cumhura göre gerek ibadetler bölümünde gerekse muamelatta fasit ve batıl aynı anlama gelmektedir. Dolayısıyla fasit veya batılın söz konusu olduğu durumlarda amelin ve akdin hiçbir şekilde geçerliliği yoktur. Aynı etken nikâh hükümlerinde de kendini göstermiştir¹¹⁶. Söz gelimi, evlenme manilerine dikkat edilmeden gerçekleştirilen nikâhlar cumhura göre batıl ve hiçbir hukuki sonuç doğurmamaktadır.

Hanefî mezhebi, fasidin, "aslı yani rükünleri itibariyle meşru olan, vasfı itibariyle meşru olmayan", batılın ise "aslı ve vasfı itibariyle meşru olmayan (muamele) olduğu" görüşündedirler. Yani fasit akitte akdin rükünleri bulunmasına rağmen akdin eksikliği akdin bazı vasıflarındadır. Bazı eksik vasıfların kaldırılması veya düzeltilmesi akitteki fesadın yok olmasını sağlayabilmektedir. Örneğin, Borçlar Hukuku'nda fiyat belirsizliği üzerine yapılan alışveriş, akdin fesadına sebep olmakta iken akitten sonra yapılacak fiyat anlaşması alışverişteki sıhhat eksikliğini gidererek anlaşmanın sahih hale gelmesini sağlamaktadır¹¹⁷.

Hanefî âlimlerinin akitlerin değerlendirilmesinde gözettikleri fasit-batıl ayrımı, muamelat hükümlerine net bir şekilde yön vermekteyken nikâh bahsinde evlilik çeşitlerine dair Hanefî mezhebi imamlarının ihtilafı yorum getirmelerine sebep olmuştur. Sözgelimi nikâh akdi şartlarındaki bazı eksiklikler Ebu Hanife tarafından akdin fesadına yorulmaktayken İmameyn'in butlanla sonuçlandığı görülmüştür. Bununla beraber Ebu Hanife ve İmameyn Hanefilerce batıl olduğu konusunda ittifak edilen bazı akitlerde de taraflara had cezasına sebep olması noktasında ayrılmışlardır. Dâimi evlenme engeli bulunarak gerçekleştirilen evlilikler Hanefî kaynaklarının çoğunda batıl olarak nitelendirilse de bazı kaynaklarda fasit, geçersiz, haram ifadeleriyle de anılmıştır. Ayrıca bazı klasik eserlerde Hanefilerin nikâh bahsinde geçirdikleri fasit ve batıl kavramlarının aynı sonucu doğurduğu, bu ayrımın daha çok alışveriş bahsinde işlevsel olduğu da söylenmiştir¹¹⁸.

Hanefiler arasındaki fasit-batıl ihtilafı yukarıda da geçtiği üzere, evlilik akdindeki tarafların aralarındaki evlenme engelleri üzerinde yoğunlaşmaktadır. Ebu Hanefî gibi düşünen Hanefî fukahası tarafından aralarında evlenme engeli bulunarak yapılan evliliklerin fasit olarak kabul edilmesinin sebebi, akdin mahalli olan kadının değerlendirilme farkıdır. Ebu Hanefî'ye göre akdin rüknü olan taraflar sağlandıktan sonra akdin mahalli konumunda olan kadının varlığı evlilik maksadını (neslin devamı vb.) yerine getirmektedir. Akdin tarafında bir

¹¹⁶ Abdülhamid, *el-Ahvâlî's- Şahsiyye*, s. 42.

¹¹⁷ Abdülkerim Zeydan, *el-Vecîz fî Usûli'l-Fıkh*, er- Risale Nâşirun, Dımeşk 2014, s.61; Orhan Çeker, "İslam Hukuku'nda Akidler", *Selçuk Üniversitesi Doktora Tezi*, Konya 1999, s. 99.

¹¹⁸ İbn Âbidîn, *Reddû'l-Muhtâr*, V, 523, 524.

kadının bulunması akdin kurulmuş olması için yeterlidir. İmameyne göre ise akdin mahalli olan kadın her ne kadar maksada binaen mevcut olsa da mahal hüküm olarak değerlendirildiğinde (cima etmenin helal olması vb.) evlenmesi haram kişilerce yapılmış evlilik akdi mün'akid olmamaktadır¹¹⁹.

Bu görüşler ışığında söyleyebiliriz ki Ebu Hanife, evlilik akdini salt akdin oluşup oluşmadığı yönünde ele alarak her kadını akdin tarafı için yeterli saymıştır. Bu hükümde evlenme manisi bulunan kişilerin varlığını, akdin sıhhat şartlarındaki noksanlık olarak görmesinin etkili olduğu düşüncesindeyiz. Zira evlenmesi haram kişilerin evlilik akdi sebebiyle yaptıkları cinsel birleşme zina olarak kabul edilmemiştir¹²⁰. Bununla beraber Ebu Hanife'nin evlenme yasağının kuvvetli olduğu evlilikleri batıl olarak nitelendirmesi de yaygındır.

İmameyn Ebu Hanife'nin aksine, evlenmesi yasak kişilerce yapılan evlilik akdinde in'ikad şartlarının kurulamaması neticesinde haram bir birleşmenin söz konusu olduğunu savunmuş ve hatta bu kişilerin zina cezasına çarptırılması gerektiğini belirtmiştir. Ebu Hanefi'nin sıhhat şartlarından olduğu kabul edilen “taflarca evlenme engelinin bulunmaması” kriterinin İmameyn tarafından akdin in'ikad şartlarından kabul edilmesi, cumhurun evlenme engelleri noktasındaki görüşleri ile paralel seyretmiştir.

Sahih nikâhta zıfâf gerçekleşmese bile sahih halvet zıfâf yerine geçmektedir. Çünkü sahih nikâhta Allah'ın uygun gördüğü nikâh ve onun hakları cereyan edecektir. İhtiyatlı davranılarak sahih halvetin zıfafa bir neden olduğu kabul edilmiş ve sahih halvetin de iddetine hüküm verilmiştir. Ama zıfâfın haram olduğu fasit nikâhta sahih halvetin yeri aynı değildir. Zira orada sahih halvet aslında hakiki değildir¹²¹. Fasit nikâhta meseleler, çiftler arası sahih halvetin oluşması ile değil zıfâfın gerçekleşip gerçekleşmediği üzerinden sonuçlanmaktadır. Fasit nikâhta zıfâfın gerçekleşmesi, fasit nikâh söz konusu bile olsa bazı hükümlerin gündeme gelmesine sebep olmaktadır. Bunun gerçek sebebi nikâh değil oluşan mülkiyettir. Mülkiyet de menfaatlerle sabittir¹²².

Sahih halvet gerçekleşmiş ama cinsi münasebet vuku bulmamışsa bu durumda kadın, hiçbir hak ve sorumluluğa sahip değildir. Cinsi münasebet gerçekleştirmeyen kadının sahih

¹¹⁹ Günay, *Evlenme Akdinde Batıl-Fasit Ayrımı*, s. 48-51.

¹²⁰ İbn Âbidîn, *Reddû'l-Muhtâr*, VI, 54.

¹²¹ Kâsânî, *Bedâiu's-Senâî*, III, 191.

¹²² Kâsânî, *Bedâiu's-Senâî*, II, 335.

halvet iddeti beklemesine de gerek yoktur. Bununla beraber tamamlanmamış mehrin geri kalanı için de hak sahibi olamaz¹²³. Bundan gaye, fasit nikâhta gerçekleşmiş sahih halveti istenmeyen bu evliliğe teslim etmemektir. Cinsi birleşmenin vuku bulması halinde, konuşulan bir mehir yoksa mehr-i misil verilmelidir. Üstüne konuşulmuş bir mehir varsa emsal mehir ile mukayese edilerek hangisi azsa o verilir¹²⁴. İmam Züfer'e göre fasit evlilikte mehr-i misilin verilmesi vaciptir.

Fasit nikâhta hâkimin yetkisi ile ayrılık gerçekleşmektedir. Bu ayrılık boşama sayılarında bir eksiklik oluşturmaz. Ancak ayrıldıktan sonraki cima zina sayılmaktadır. Fasit nikâh içinde cima gerçekleşmişse bu kadının muhsan kabul edilmemesinden¹²⁵ dolayı zina cezası gündeme gelmemektedir.

Fasit evlilikte talak/ ayrılık öncesi zifaf gerçekleştirmiş olan kadın, sahih nikâhın sona ermesinde olduğu gibi üç hayız, hamile ise doğuma kadar beklemelidir¹²⁶. İddet süresinin başlangıcı ayrılığın gerçekleştiği zamandır¹²⁷. Kadının iddet beklemesinin gerekliliği, zifafın neticeleri doğrultusunda maslahattan kaynaklıdır. Buradaki maslahat neslin korunması ve kaybolmasını engellemektir. Müslüman, köle, ehl-i kitap kadınların hepsi için geçerlidir¹²⁸.

Fasit evliliğin son bulmasıyla kadına iddet nafakası verme ve ikamet zorunluluğu dışında herhangi bir nafaka gündeme gelmemektedir¹²⁹. İddet süresince iddet nafakasının gerekli olduğu görüşü Hanefilere aittir. Diğer üç mezhebe göre bu evlilikler, evlilik sayılmadığından nafaka gibi bir sorumluluğa gerek yoktur.

Kadının fasit evliliğini sonlandırması neticesinde üzüntüsünü göstermek için koku ve misk sürünme, ziynet malzemeleri takma, sürme çekme, kına yakma, parfümlü kıyafet giyme gibi eylemleri terke etmesine (ihdad yapmasına) gerek yoktur¹³⁰. Örneğin, sahih nikâhta ric'i talağın oluşması halinde kadının ihdad yapmasına gerek yoktur. Çünkü bu boşama ile tam bir

¹²³ Semerkandî, *Tuhfetü'l-Fukahâ*, II, 244.

¹²⁴ Karaman, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, II, 103.

¹²⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 45.

¹²⁶ Semerkandî, *Tuhfetü'l-Fukahâ*, II, 245.

¹²⁷ Semerkandî, *Tuhfetü'l-Fukahâ*, II, 248.

¹²⁸ Kâsânî, *Bedâiu's-Senâi*, III, 192.

¹²⁹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 235.

¹³⁰ Abdu'l-Ganî bin Tâlib bin Hamâda bin İbrahim el-Meydani, *el-Lübab fî Şerhi'l-Kitab* (Thk. Muhammed Muhyiddin Abdülhamid) El-Mektebe'l-İlmiyye, Beyrut ts., III, 85.

boşanma gerçekleşmemektedir. Hal böyle iken fasit nikâhta tarafların ayrılmaları sonucu bu evlilikte kadının ihdad yapması masiyetten kurtulma sevincine terstir¹³¹.

2.1.1.1. Akit esnasında Şahitlerin bulunmaması

Şahitler huzurunda gerçekleştirilmeyen nikâh, çoğunluğa göre fasit olmaktadır. Şahitsiz evliliğin akdin rüknüne değil sıhhatine zarar verdiğini kabul edenler şahitsizliğin akdin rükün ve in'ikad şartları için koyulmuş olan kriterlerin dışında kalması sebebiyle bu hükmü vermişlerdir¹³². Çoğunluğun aksine Şafilere göre şahit bulunması akdin unsurlarındandır.

Malikiler şahit bulundurmanın keyfiyetine binaen yapılan nikâhın, şahitlerle alenileştirilemeyeceğini savunarak evliliğin sıhhat şartlarına ilan şartını getirmişlerdir. Şahitlikle sağlanacak evlilik maksadı, ilan edilme ile daha kuvvetli olacaktır¹³³.

2.1.1.2. Akitteki Rıza ve İhtiyar Noksanlığı

Hanefî mezhebinin dışındaki cumhura göre zorlama (ikrah) esnasında evlilik gerçekleştirmek, tarafların rıza ve ihtiyarlarına zarar verme olarak değerlendirilmiştir. Çünkü zorlama, tehdit, korku ile şahsın iradesi sakat kılınmaktadır. Bundan dolayı, zorlama ve korku üzerine kıyılmış bir nikâh geçersizdir. Bu görüşlerin dayanağı şu hadis olmuştur:

- “Allah-u Teâla, ümmetinden yanılma, unutma ve zorlandıkları şeyin hükmünü kaldırmıştır¹³⁴.”

Hanefiler için ikrah veya şaka üzerine yapılan akitlerde irade tamamen yok olmamakta sadece rıza sınırlandırıldığı için akit her koşulda sonuç doğurmaktadır¹³⁵. Kişi kendi iradesiyle bir yöne doğru tercihini kullanmıştır. Hanefiler bu yönde beyanlarına aşağıdaki hadisi delil getirmektedirler:

- “Üç şeyin ciddisi de ciddi, şakası da ciddidir. Nikâh, talak ve cayılabilir boşamada eşine dönme¹³⁶.”

¹³¹ Kâsânî, *Bedâiu's-Senâî*, III, 209; Abdurrahman Bin Süleyman Maruf Bi Şeyhizade Damad Efendi, *Mecmau'l- Enhur fi Şerhi Mülteka'l- Ebhur*, İhyai et-Turasi'l-Arabi, Beyrut ts., I, 472.

¹³² H. Yunus Apaydın, “Fesad” md., *DİA*, XII, 418.

¹³³ Serahsî, *el-Mebsût*, V, 31; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 24,25.

¹³⁴ İbn Mace, Talak, 16.

¹³⁵ Döndüren, *Delileriyle Aile İlmihali*, s. 164; Zeydan, *el-Vecîz*, s. 126.

¹³⁶ İbn Mace, Talak, 13.

1917 tarihli Osmanlı Hukuku Aile Kararnamesi, ikrah kaynaklı evlilikleri fasit olarak kabul etmiştir¹³⁷. Zannımızca bu evliliklere batıl değil de fasit denilmesinin sebebi, gelecek neslin korunması amacıyladır. Cumhurun nikâh şartlarında bulunan eksikliklere çoğunlukla butlan sonuçlarını yüklemesine karşın bu nikâhları fasit olarak nitelemesi de aynı maksada mebni olduğu fikrine sahip olmaktadır.

2.2.1.3. Taraflar Arası Evlenme Engellerinin Bulunması

Bir evliliğin fasit olarak nitelendirilmesine sebep olan noksanlıklardan en önemlisi de hiç şüphesiz aralarında evlilik manisi bulunan kişilerin bu yasağa rağmen evlenmeleridir. Önceki başlıkta izah edildiği gibi evlenmeleri yasak kişilerin yaptıkları evlilikler cumhurun kat'i ve kesin hükümleriyle sonuçlanmaktayken Hanefiler'in mezhep içi ihtilaflarına konu olmaktadır.

Ebu Hanife, kişiler arasında evlenme engellerinin bulunmaması şartını evliliğin sıhhat şartlarından sayarken İmameyn, dâimi evlenme engellerini akdin in'ikad şartı olarak kabul etmektedir. Neticede bu ayırım, sütkardeşi olan kadınla evlenmenin misal olacağı şekilde, evlenilmesi yasak olan bu kadının akdin sıhhatini bozması üzerinden fasit, akdin in'ikad şartını sağlamaması üzerinden batıl olarak değerlendirilmesine sebep olmuştur. Bununla beraber bazı Hanefî kaynaklarında, Ebu Hanife'nin dâimi evlenme engeli bulunan kişilerce yapılan nikâhlar için batıl ifadesi kullandığı, evlenme yasağının ikinci kadınla evlenme gibi dış etkenlerden oluşması durumlarında fesat ile sonuçlandığı görülmüştür¹³⁸. Bu durum, “dâimi evlenme engelleri batıl evliliğe, geçici evlenme engellerinin varlığı fasit evliliğe sebep olur” kaidesinin Hanefilerin benimsediği görüş olarak genelleşmesine zemin hazırlamıştır¹³⁹.

Cumhur, geçici ve dâimi şeklinde ayırım gözetmeden aralarında evlenme engeli bulunan kişilerin yaptığı bütün evlilikleri batıl olarak kabul ettiği için fasit nikâh başlığı altında sunacağımız evlenme engeli ve boşanmalar sebebiyle oluşmuş fasit evlilik örneklerinin Hanefî mezhebi merkezli görüşler olduğunu belirtmek önemlidir. Zira bu kişilerce yapılan evlilikler çoğunluk tarafından batıl evliliklerdendir¹⁴⁰.

Sahih olan bir evlilik devam ederken sonradan gerçekleştirilmiş olan fasit evlilikler derhal sonlandırılması gerekir. Bu nikâhlardan ilk nikâha zarar gelmez. Misal olarak, bir adam

¹³⁷ H.A.K. md. 57.

¹³⁸ Heyet, *Fetâvâyi Hindiyîye*, II, 465-473.

¹³⁹ Zuhaylî, *İslam Fıkhi Ansiklopedisi*, IX, 52; Döndüren, *Delileriyle Aile İlmihali*, 160

¹⁴⁰ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 139; Serahsî, *el-Mebsût*, IV, 194-198.

evli ilen mevcut karısının kardeşi (baldızı) ile veya karısının teyzesi ile yaptığı ikinci evlilik fasittir. İlk karısı ile olan nikâhı geçerliliğini korurken sonraki evliliklerin sonlandırılması lazımdır.

- Dahhak b. Feyruz babasından şöyle naklediyor: “Hz. Peygamber'in (s.a.v.) yanına geldim. Dedim ki: ”Ey Allah'ın Resulü, ben nikâhımda iki kız kardeş olduğu halde Müslüman oldum.” O da buna karşın: “Dilediğini seç, diğerini boşa.” dedi¹⁴¹.”
- “Kadın, halasının üzerine nikâhlanamaz. Hala da kardeşinin kızı üzerine nikâhlanamaz. Yine kadın teyzesi üzerine nikâhlanamaz. Teyze de kız kardeşinin kızı üzerine nikâhlanamaz. Küçük büyüğün üzerine, büyük de küçüğün üzerine nikâhlanamaz¹⁴².”

Yukarıda geçen hadisler ışığında Hanefilerin çoğu böyle yakın akrabaları bir nikâhta cem etmeyi yasaklamış fakat fasit evlilik sonuçlarının doğmasını uygun görmüştür. Bu şekilde yapılan nikâhlar aynı anda olmuşsa ikisi de fasittir ve iki kadından da ayrılmak gerekmektedir. Fakat evlilikler fasılalı gerçekleştirildiyse ilk nikâh sahih olurken sonraki nikâh veya nikâhlar fasittir¹⁴³.

Ebu Hanife'nin cumhurdan ayrıldığı görüşlerden en dikkat çeken bir erkeğin şehvetle baktığı, okşadığı veya dokunduğu kadının kızıyla yaptığı nikâhın fasit kabul edilmesidir¹⁴⁴. Fakat erkek bu kızla cima etmeden boşanırsa bu sefer annesiyle nikâhlanmasında bir sakınca yoktur. Bu görüşlerin hareket noktası, Hanefilerin şehvetle yapılan cinsel eylemlerin akrabalık/evlenme engeli doğuracağını savunmaları olmuştur.

İslam Hukuku'nda Müslüman bir erkeğin ancak ehl-i kitap veya Müslüman bir kadınla evlenmesi caizdir. Bundan dolayı müşrik gibi evlenilmesi haram olan kadınlarla yapılan evlilikler caiz değildir¹⁴⁵. Din farklılığı mevzusu kadın için olduğu durumlarda evlilik fasit olmaktadırken koca yönündeki din farkı ileride geçeceği üzere butlanla sonuçlanmaktadır.

Hür kadın, köle erkekle evlenebilmektedir. Ama köle olan erkek, hür kadının kölesi ise bu ikisinin gerçekleştirdiği evlilik fasittir. Aynı şey sahip olduğu cariyesi ile evlenen erkek

¹⁴¹ Ebu Davud, Nikâh, 25.

¹⁴² Ebu Davud, Nikâh, 13.

¹⁴³ Mevsîlî, *el- İhtiyâr*, s. 329; Bilmen, *Hukuku İslâmiyye...*, II, 101, 102.

¹⁴⁴ Zuhaylî, *İslam Fıkıhı Ansiklopedisi*, IX, 108.

¹⁴⁵ Mevsîlî, *el- İhtiyâr*, s. 331.

için de geçerlidir. Karı-koca arasında bazı hak ve sorumlulukların gündeme geldiği nikâh akdinin köle/cariye için mevzu bahis olması mülkiyetin mahiyetine uymayacaktır¹⁴⁶.

2.2.1.4. Boşanmalar Sonucunda Evlenme Engellerinin Oluşması

Koca, karısını üç talakla boşaması halinde eski karısı başka bir erkekle gerçek bir evlilik gerçekleştirmeden onunla yeniden evlenememektedir. Bu sebepten dolayı cumhur, erkeğin bain talak ile süresiz ayırdığı karısıyla yeniden evlenmesini akdin mahal noktasında noksan kalması sebebiyle batıl kabul etmişlerdir¹⁴⁷. Bu evlilikte erkek için geçici evlenme yasağında bulunan bu kadın, akdin unsurlarını taşıyor olması yönüyle Hanefilere göre fasit, akdin mahallini bozduğu ve şartları sağlamadığı gerekçesiyle cumhur tarafından batıl evlilik sonuçlarını doğuracaktır.

Bain talakla evliliğe yöneltilen iki farklı görüşün akabinde ric'i talak için kabul edilmiş hukuki sonuçlar farklı olmuştur. Hanefiler ister ric'i ister bain talak sonucu olsun iddet bekleyen kadınla yapılan evliliği yasaklamıştır¹⁴⁸. Bu yasaklama akdin mahalline kadını koyması ve geçici evlenme engellerinden olması hasebiyle akdi fasit seviyesinde tutmuştur. Ama Ebu Hanife ve İmam Muhammed'e göre bilgisi dışında gelişen bir nikâh ise evlilik sahîh olmaktadır. Ebu Yusuf'a göre her şekilde sahîh değildir¹⁴⁹.

İddet bekleyen kadınla evlenmenin yasaklığı, onun eski kocası ile nikâhının tam olarak sonlanmadığı düşüncesinden ileri gelmektedir. Bu haseple Hanefi ve Hanbeliler, bir erkeğin boşadığı karısının iddeti bitmeden o kadının kız kardeşi, halası veya teyzesi ile evlenmesini nassta yasaklanan iki yakın kadının nikâhlarını cem etme olarak görmüşlerdir. İddet bekleyen kadının durumuna eski eşlerinden birisinin iddeti bitmeden beşinci kadınla evlenen erkeği de örnek getirmişlerdir¹⁵⁰. Bundan dolayı iddet içinde yapılmış bu türden evlilikler, akdin mahalli olan kadının mevcudiyeti sebebiyle kurulmuş sayılsa da sıhhatteki bozukluktan dolayı fasit olarak kalmıştır¹⁵¹.

Hanefi ve Hanbelilerden farklı olarak Şafii ve Malikiler ric'i talak sonucu iddet beklemeyi kocanın karısı üzerindeki haklarının sona ermemesi üzerinden değerlendirerek

¹⁴⁶ Heyet, *Fetâvâyi Hindiyîye*, II, 300.

¹⁴⁷ Kemalüddin Muhammed bin Abdilvahid es-Sivâsi İbnü'l Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, Daru'l-Fikr, Ürdün ts., III, 470.

¹⁴⁸ Heyet, *Fetâvâyi Hindiyîye*, II, 290.

¹⁴⁹ Bilmen, *Hukuku İslâmiyye*..., II, 405.

¹⁵⁰ İbn Âbidîn, *Reddû'l-Muhtâr*, VII, 141; Dağcı, "İslam Aile Hukukunda...(Geçici)", s. 179.

¹⁵¹ Heyet, *Fetâvâyi Hindiyîye*, II, 294.

mutlak butlana sebep olacak evlenme engeli olarak görmüştür. Velakin bain talakla eski koca ile ayrılık netleştiği ve kocanın kadına geri dönme ihtimali ortadan kalktığı için başka bir evliliğin gündeme gelmesi caizdir¹⁵².

2.2.1.5. Fasit Nikâh Sonucu Nesep

Fasit evlilik sonucu doğan çocuğun nesebinin sabit olması için nikâh değil cinsi münasebet şartı aranmaktadır¹⁵³. Sahih halvetin gerçekleşmiş olması bu durumu değiştirmeyecektir. Çoğunluğa göre nesep tayininde evlilik akdinin tarihi temel alınmaktadır. İmam Muhammed'e göre nikâh tarihi değil cima vakti önemlidir¹⁵⁴.

Fetvanın hükmü doğrultusunda nesebi sabitlenecek çocuğun nikâhtan sonra değil zifaktan sonra en az altı ay içerisinde dünyaya gelmiş olması gerekmektedir¹⁵⁵.

Ebu Hanife'ye göre bir kimsenin kendisine haram olan¹⁵⁶ biriyle evlenmesi halinde doğacak çocukların nesepleri sabit olmaktadır. Çünkü bu evlilik fasittir. Fasit evlilikte ne olursa olsun nesebin korunması temenni edilerek doğacak çocuğu erkeğe nispet etme söz konusudur. Fakat İmameyn¹⁵⁷ yukarıda da beyan edildiği gibi bunun aksi düşünceyle evlenmesi yasak kişilerce yapılan bir nikâhın batıl olduğunu ve nesebin sabit olamayacağını savunmaktadır¹⁵⁸.

Fasit nikâhtan sonra nesebin belirlenmesi için cimanın şart olmadığını, nikâhın yeterli olduğunu savunanlar da mevcuttur. Osmanlı Aile Hukuku Kararnamesi de bu görüşü benimseyerek "Mücerred akid ile memnûiyyet-i musahere sabit olacağı gibi takarrub vuku bulsun bulmasın ale'l-ıtlak nikâh-ı fasid ile dahi memnûiyyet-i musahere sabit olur¹⁵⁹." demişlerdir.

¹⁵² İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VII, 13; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 80,81.

¹⁵³ Heyet, *Fetâvâyi Hindiyye*, II, 443; Zuhaylî, *İslam Fıkıhı Ansiklopedisi*, IX, 89.

¹⁵⁴ Heyet, *Fetâvâyi Hindiyye*, II, 444.

¹⁵⁵ Ebu Zehrâ, *Ahvâlu's-Şahsiyye*, 387.

¹⁵⁶ Eser analizleri yapıldığında buradaki haramlığın üç talakla boşadığı karısıyla tekrar evlenme gibi şüpheyi mahal veren veya geçici haramlıklar olarak kabul edildiği söylenilebilir.

¹⁵⁷ Ebu Yusuf ve İmam Muhammed için kullanılmaktadır.

¹⁵⁸ Bilmen, *Hukuku İslâmiyye...*, II, 404.

¹⁵⁹ H.A.K. md. 23.

2.1.2. Mevkuf Evlilik

Unsurları, in'ikad şartları ve sıhhat şartları tam olarak kurulmasına rağmen yürürlük şartlarında eksiklik olan akitlere mevkuf akit denir. El-Lübâb'da¹⁶⁰ Nûr Suresi 32. ayetin mevkuf akide delil olduğu ifade edilmektedir:

- *“İçinizden evli olmayanları, köle ve câriyeleriniz arasından da elverişli olanları evlendirin. Yoksulluk içinde iseler Allah lütfu ile onları ihtiyaçtan kurtarır. Allah'ın hazinesi geniştir, her şeyi bilmektedir.”*

Mevkuf akitlerde olduğu gibi mevkuf evlilikler de veli gibi yetkili kişilerin onayını beklemektedirler. Mevkuf nikâhta sonradan düzeltilmesi mümkün olan eksiklikler giderilerek yürürlük kazanabilmesi, akit üzerindeki hak sahibinin iznine ya da icazetine muhtaçtır. Bu durumda yetkili kişinin izni ve icazeti yerine gelmedikçe evlilik fasit olarak kalacaktır¹⁶¹. Mesela, velinin iznine muhtaç olan bir nikâhın velinin izni alınmadan kıyılmış olması durumunda bu nikâh mevkuf olmakta ama gerekli izin alındığında nikâh sahih hale gelmektedir¹⁶².

İmam Şafii'ye göre fuzulinin yaptığı tüm işler batıldır. Buna nikâhı da dâhil etmektedir. Eğer durum böyle kabul edilmeseydi herkes herkesin malı hakkında rahatlıkla tasarrufta bulunabilirdi. Tasarrufun rüknü olan icap ve kabul ise işin ehlinen sadır olmalıdır. Akıl-baliğ olmayan kişinin, işin ehli olmaması buna bir örnektir¹⁶³. Hanefiler fuzulinin yaptığı akitleri mevkuf kabul etmiştir¹⁶⁴.

Mevkuf nikâhı ana hatlarıyla şu vecihlere ayırabiliriz. Bunlar: Erkek çocuğun nikâhı, kız çocuğun nikâhı, erkek kölenin nikâhı, kadın kölenin nikâhı, müdebberin nikâhı, müdebberenin nikâhı, mukâtebin nikâhı, mukâtebenin nikâhı, iki kişi arasındaki kölenin nikâhı, iki kişi arasındaki kadın kölenin nikâhı, çocuk sahibi olmuş kölenin nikâhıdır¹⁶⁵.

¹⁶⁰ Meydani, *el- Lübâb*, II, 666.

¹⁶¹ Abdülhamid, *el-Ahvâlü 'ş- Şahsiyye*, s. 26; Zuhaylî, *İslam Fıkhi Ansiklopedisi*, IX, 86.

¹⁶² Hanefilere göre mevkuf/fasit evliliktir. Cumhur, batıl evlilik olarak kabul eder.

¹⁶³ Şâfiî, *el-Umm*, VII, 51.

¹⁶⁴ Mevsîlî, *el- İhtiyâr*, s. 337.

¹⁶⁵ Ebu'l- Hasen Ali bin Hüseyin bin Muhammed es-Sugdi, *en-Nutef fi'l-Fetâva* (Thk. Selahattin En Nâhi) Daru'l-Furkan, Ürdün 1984, I, 282.

Şayet bir köle efendisinin izni olmadan kendi başına evlenirse bu evliliği efendisinin icazeti gereken mevkuf bir nikâh olmaktadır¹⁶⁶. Ebu Hanife'ye göre bu evlilik mevkuf bile değil batıl bir nikâhtır¹⁶⁷.

Dul kadın onayı alınmadan velisi tarafından evlendirilemeyeceği kabul edilmiştir. Evlilik için dul kadının onayı alınmadan yapılmış nikâh mevkuf başlarken dul kadından alınan icazet evliliğin sahih hale gelebilmesi için yeterlidir.

Hanefilerin dışındaki diğer üç mezhebe göre kızın evliliği için velisinin izni şarttır. Velinin izni dışında yapılmış evlilikler mevkuf hükmündedir. Velinin bu evliliğe sonradan izin vermesi nikâhı sahih duruma getirir¹⁶⁸.

Evlenme ehliyeti olmayan küçüğün ister kız ister erkek olsun, evliliği velisinin iznine muhtaçtır¹⁶⁹. Bu kişilerin yaptıkları nikâh, bazı kaynaklarda mevkuf bazı kaynaklarda ise “mevkuf bile değil merduttur” denilmiştir¹⁷⁰.

Bir erkek eğer kendi nikâhını kendisi yapmaya yetkili değilken velisinin izni ile bir evlilik gerçekleştirirse nikâhı mun'akittir. (şartları tamamlanmış nikâhtır.) Buna karşın velisinin izni olmadan yapmış olduğu evlilik akitleri velisinin izne muhtaç mevkuf bir akit. Eğer veli icazet ederse akdi caiz, icazet etmezse batıl olacaktır. Eğer veli ne icazet verme ne de vermeme durumunda kalırsa akit, erkeğin ergen olmasına kadar mevkuftur. Çünkü bir erkek ergen olduktan sonra kendi nikâhını kıymaya kendisi yetkili olmaktadır. Mevkuf haldeki evliliğini buluş çağına geldiğinde devam ettirmek isterse akdi sahih bir nikâh olarak devam eder. Mevkuf olarak başlamış akdini devam ettirmek istemediğinde nikâhını iptal etme hakkına sahiptir. Önceden zifaf gerçekleştirdiği evliliğini devam ettirmeyip iptal etmesi durumunda ise kadına mehir verilmelidir¹⁷¹.

Mevkuf olarak kalmış nikâh gereken izin ve icazetten geçtikten sonra nafiz hale getirilmekte ve sahih nikâh olarak sonuç doğurmaktadır. İcazet yetkisine sahip olan kişinin onayına kadar fasit nikâh hükümlerine tabidir.

¹⁶⁶ Ebu'l-Hasan Ahmed bin Muhammed bin Cafer el-Hemedânî Kudûri, *Kelime Anlamli ve Açıklamalı Kuduri Tercümesi*(Terc. Orhan Ençakar, Abdülkadir Yılmaz) Yasin Yay, İstanbul 2012, II, 50; Sugdi, *en-Nutef fi'l-Fetâva*, I, 285-290.

¹⁶⁷

¹⁶⁸ Döndüren, *Delileriyle Aile İlmihali*, s. 165.

¹⁶⁹ Ebu Zehrâ, *Ahvâlu 'ş-Şahsiyye*, s. 58.

¹⁷⁰ Sugdi, *en-Nutef fi'l-Fetâva*, I, 283.

¹⁷¹ Sugdi, *en-Nutef fi'l-Fetâva*, I, 283.

2.1.3. Gayr-i Lazım Evlilik

Evlilik akdi tek taraflı feshedilebilen bir akit değildir. Ama bazı durumlar evlilik akdinin feshedilebilmesini mümkün kılmaktadır. Bu durumlardaki nikâh akdi gayr-i lazım (bağlayıcı olmayan) nikâh olmaktadır¹⁷². Bu nikâhta zifafın gerçekleşmesi akdin feshedilme zamanına kadar fasit olarak devam etmesine sebeptir¹⁷³. Nikâhlanan kadının hamile kalması, bu evliliğin feshedilebilmesini yok edecektir¹⁷⁴.

Feshedilme veya onay verilme zamanına kadar fasit olarak kalan bu nikâhın, hamile olma durumunda feshedilemez olması gayr-i lazım nikâhı fasit nikâhtan ayıran önemli farklardandır. Zira fasit evlilikte hamileliğin akdin gidişatını değiştirmeye etkisi yoktur. Gayr-i lazım evliliğe bu hükmün verilmesinde çocuğun maslahatı gözetilmiştir.

Hanefî mezhebine göre akıl-baliğ olan kız her ne kadar velinin iznine başvurmadan kendi başına evlenebiliyor olsa da velinin bu akdi bazı durumlarda feshedebilmesi mümkündür. Mesela; veli, kızının denk olmayan bir erkekle evlenmesi halinde ya da benzerlerinin aldığı mehirden daha az mehiri kabul etmesi durumunda bu evliliği kabul etmeyip feshedebilmektedir. Bu durumda evlilik her türlü şartları sağlamış olmasına rağmen bağlayıcılığını sürdürebilmesi için velisinin bu hakkından caymasına bağlıdır. Çünkü müctehidlerin de savunduğu üzere, kızın dengiyle evlenmemesi ya da layık olduğu mehirden daha azını kabul etmesi çevre halkı tarafından kızın ahlaki eksikliğine yorulabilmektedir¹⁷⁵. Ebu Yusuf ve İmam Muhammed' göre ise mehir miktarındaki azlık¹⁷⁶, evliliği gayr-i lazım akit olarak değerlendirilmesine sebep değildir.

Buluğ çağından önce babası ve dedesi dışında birisi tarafından evlendirilen kızın, bu evliliğini daha sonra feshetme hakkı vardır¹⁷⁷. Çünkü bu evlilik gayr-i lazım evlilik olarak kalmıştır. Buluğa ermiş kadın dilerse hâkime başvurup nikâhını feshedebilir. Feshetmezse veya feshedinceye kadar evlilik, sahih nikâh olarak kabul edilmektedir. Bazı âlimlere göre küçüğün bu şekilde yaptığı evliliğe sessiz kalması onun feshetme hakkını zayi etmektedir.

¹⁷² Bilmen, *Hukuku İslâmiyye...*, II, 61–62.

¹⁷³ Kâsânî, *Bedâiu's-Senâi*, II, 236.

¹⁷⁴ Karaman, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, II, 81.

¹⁷⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, V, 25,26.

¹⁷⁶ Kâsânî, *Bedâiu's-Senâi*, II,315.

¹⁷⁷ Sugdi, *en-Nutef fi'l-Fetâva*, I, 283.

Kadının evlilikten önce kendisine mehr-i misilden daha az verilmemesini talep edebilme hakkı vardır. Bu şartına rağmen koca bu mehri vermediği halde karısının talebine de olumlu yanıt vermezse kadın nikâhın feshi için hâkime gidebilmektedir. Ayrıca evlendikten sonra kocasının iktidarsızlığını öğrenen kadının bu cinsel kusurdan dolayı evliliğini feshedebilmesi de mümkündür¹⁷⁸.

2.1.4. Batıl Evlilik

Unsurlarında (rükünlerinde) ve in'ikad şartlarında eksiklik bulunan evlilik batıldır. Batıl evlilik akdi herhangi bir hukuki sonuç doğurmamaktadır. İn'ikad şartları; tarafların evlenme ehliyetine sahip olmaması, aralarında evlenme engellerinin olmaması, evliliğin meclis birliğinde gerçekleşmesi ve akde aykırı bir şartın birleştirilmemesi şeklindedir¹⁷⁹.

Şafiilerin diğer mezheplere nazaran akitte şahitlerin bulunmasını akdin oluşmasını sağlayan unsurlardan görmeleri, şahitsiz evliliğin de batıl olarak kabul edilmesine yol açmıştır.

Bu evlilik içerisinde gerçekleştirilmiş olan cinsi münasebetin zina olup olmadığı konusu tartışmalı bir konudur. İmameyn ve Ebu Yusuf bu birleşmenin zina olduğunu ve bu kişilerin zâni olduğundan dolayı cezaya çarptırılmaları gerektiğini kabul etmişlerdir. Ebu Hanife ise bu görüşün aksini kabul etmektedir¹⁸⁰. Çoğunluğun bulunduğu Şafii, Hanbelî ve Malikiler, İmameyn ve Ebu Yusuf gibi düşünerek şüpheye dayanmayan batıl nikâhın haram ve hadde müstahak olduğunu savunmuşlardır. Yalnız batıl nikâhın sebebi olan evlenme engeli ihtilaflı bir engel ise had cezasına gerek yoktur¹⁸¹.

Batıl evliliğin; tarafların kendi aralarında, çocukları arasında veya akrabalarının arasında evlenme engeli oluşturup oluşturmayacağı konusunda ihtilaflar mevcuttur. Zinanın hurmete sebebiyeti meselesine yaklaşımlar batıl evlilik sonucunda hısımlığın oluşup oluşmama savunmalarıyla paralel gitmiştir. Ama genel kaide bu evliliklerin de hurmet oluşturacağı yönündedir.

Batıl evliliğe çok katı yaklaşan çoğunluk dahi bu evliliğin bilgisizce gerçekleşmesi halinde bazı mevzuların gündeme geleceğini belirtmişlerdir:

¹⁷⁸ Zuhaylî, *İslam Fıkhi Ansiklopedisi*, IX, 71.

¹⁷⁹ Bilmen, *Hukuku İslâmiyye...*, II, 36.

¹⁸⁰ Heyet, *İslam Hukuku El Kitabı*, s. 469, 470.

¹⁸¹ Mehmet Günay, *Evlenme Akdinde Batıl Fasit Ayrımı*, Nûn Yay., İstanbul 2008, s. 50, 51.

Hataen yapılmış batıl nikâh sonucu taraflar ve akrabaları arasında evlenme hısımlığı oluşmaktadır. Ayrıca kadın, fasit nikâhta olduğu gibi mehre hak kazanmaktadır. Mehr-i misil ve mehr-i müsemmadan hangisi az ise o verilmelidir. Malikiler, mehr-i müsemma üzerine karar verilmişse, o miktarda mehrin verilmesini gerekli görmektedir.

2.1.4.1. Evlenme Ehliyetinin Yok veya Noksan Olması

Evlenme ehliyetindeki eksiklik temyiz gücüne sahip olmama seviyesinde ise yapılan batıl, temyiz gücüne sahip ama buluğa ermeme aşamasında ise velinin icazetini bekleyen mevkuf bir nikâhtır¹⁸².

Mezhep imamları, mümeyyiz olmayan kişilerce yapılan evliliklerin batıl olduğu konusunda ittifak etmişlerdir¹⁸³. Çünkü bu kişilerin evlenmeleri evliliğin maksadına aykırıdır ve tam ehliyetsizlik söz konusudur. Genel olarak yedi yaşından küçüklerin dâhil edildiği çocuklar ve akıl hastalığı ile temyiz gücünü kaybetmiş kişiler bu kategoriye girmektedir.

Tam ehliyetli erkeğin tek başına yaptığı evlilik akdi, hiçbir izin ve icazetin bağlayıcı olamayacağı şekilde sahihtir. Bu konuda İslam fukahası ittifak etmişse de tam ehliyetli kızın evliliğine dair farklı görüşler ortaya atılmıştır. Hatta öyle ki tam ehliyetli kızın evlenme kararı, velinin kızıdan onay alması mevzuları iç içe girerek mezhepler kendi içinde ihtilaflı görüşler sunarak çözüm üretmeye çalışmışlardır.

Cumhura göre dul olmayan kızın, velisinin izni olmadan yaptığı evlilik batıl olmaktadır¹⁸⁴. Hanefiler bu görüşün aksine tam ehliyetli kızın evlilik kararını velisinin iznine bağlamamıştır. Onlara göre tam ehliyetli kızın yaptığı evlilik ancak gayr-i lazım evlilik olarak değerlendirilmesi üzerinden feshedilebilmektedir. İmam Muhammed, kızın rızası ve velinin onayının müşterek olacağı bir görüşte bulunmuştur. Ona göre velisinden izinsiz evlenen kızın nikâhı velisinin onay vermesiyle geçerli, reddetmesiyle batıl olacaktır. Velinin izin vermediği durumda hâkim kızın evlendiği erkeğin denkliğine bakarak yeniden nikâhlarını gerçekleştirebilir. Bu şekilde veli tarafından yapılan haksız eylemin önüne geçirmiş olmaktadır¹⁸⁵.

Mezheplerin kabul ettikleri görüşlerine delil olarak sundukları ayet ve hadislerle şunlar gösterilebilir:

¹⁸² Atar, “Nikâh” md., *DİA*, XXXIII, 115.

¹⁸³ Zeydan, *el-Vecîz*, s. 89.

¹⁸⁴ İbn Âbidîn, *Reddû'l-Muhtâr*, V, 159.

¹⁸⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, V, 10.

- Hz. Âişe (r.anha) Hz. Peygamber (s.a.v.) in şöyle buyurduğunu rivayet etmiştir: “Velisinin izni olmadan herhangi bir kadın kendini nikâhlarsa, nikâhı bâtıldır, bâtıldır, bâtıldır¹⁸⁶.”
- “*Kadınların kendileri hakkında yaptıkları meşru işlerde size bir günah yoktur*¹⁸⁷.”
- Bir bakire kız Hz. Aişe (r.anha)’nın yanına geldi ve ”Babam beni kardeşinin oğluyla evlendirdi ki, benimle kendi konumunu yükseltsin. Ama ben bundan hoşlanmıyorum.” dedi. Hz. Aişe, “Allah’ın Elçisi gelinceye kadar otur.” dedi. Sonra Allah’ın Elçisi geldi; kız durumu ona bildirdi. O, hemen babasına bir adam gönderip çağırttı. O konudaki yetkiyi kıza verdi. Kız dedi ki: “Ey Allah’ın Elçisi! Aslında ben babamın yaptığına izin vermiştim ama bu konuda kadınların bir hakkı var mı, yok mu; onu öğrenmek istedim¹⁸⁸.”

2.1.4.2. Meclis Birliğinin Sağlanamaması

Meclis birliğinde kastedilen, irade beyanlarının aynı toplantıda ortaya konmasıdır. Bundan amaç, taraflar veya üçüncü kişilerin bu akitten vazgeçtikleri ihtimalini ortadan kaldırmaktır¹⁸⁹. Araya fasıla, şüpheye mahal verecek bir hareket girmemesine dikkat edilmektedir. Mesela erkeğin vermek istediği mehir üzerinden icap ve kabulün araları açılmış olmasına rağmen mecliste evlilik mevzusunun gündemini kaybetmemesi meclis birliğinin devam ettiğini göstermektedir. Genel görüşlere nazaran Şafiiler, bu şekilde olan fasılların dâhil meclisi dağıttığını savunmaktadırlar¹⁹⁰.

2.1.4.3. Akde Aykırı Bir Şartın Bağlanması veya Geleceğe Atfedilmesi

İslam Hukuku’nda akitler şartlara bağlanabilmektedir. Yeter ki şartlar, akdin özelliğine göre geçerli şartlardan (sahih şartlardan) olsun. Akdin muhtevasına engel, dine aykırı, şer’an yasak, anlamsız olmayan her şart geçerlidir.

Nikâh akdinde tek taraflı yararlanmanın mevcut, diğer tarafın zarar gördüğü şartlar muteber değildir. Mezheplerce bu şartlar, görüşleri doğrultusunda fasit ve batıl diye adlandırılmışlardır. Akde zarar vermesi noktasında en meşhur şart, nikâh akdi veya tarafların anlaşmaları esnasında belirli bir sürenin sunulmasıdır.

¹⁸⁶ Ebu Davud, Nikâh, 20.

¹⁸⁷ Bakara, 2/ 234.

¹⁸⁸ İbn Mace, Nikâh, 12.

¹⁸⁹ Ebu Zehrâ, *Ahvâlu’ş-Şahsiyye*, s. 40.

¹⁹⁰ Nuri Kahveci, *İslam Aile Hukuku*, Hikmetevi Yay., İstanbul 2017, s. 107, 108.

Sürelî evlilikler muvakkat ve mut'a nikâhı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu iki nikâh bazı yerlerde birbirleriyle ilişkilendirilerek kapsamlarına dâhil edilmiş olsa da muvakkat nikâhta şahitler önünde sürenin belirlenmesi ayrıştırıcı rol oynamıştır. Zira mut'a nikâhında şahitlere ihtiyaç hissedilmeden erkeğin kadına sürelî cinsel ilişki teklifi ve kadının bunu belirli bir ücret karşılığı kabul etmesi söz konusudur¹⁹¹.

Ebu Hanife, İmam Muhammed ve Ebu Yusuf'a göre akit şahitlerle desteklenmiş olsa da süre şartının konulması akdin fasit olmasına sebep olmaktadır. Üç imamın bu şekilde beyanlarına karşın Ebu Hanife'nin öğrencilerinden İmam Züfer, bu türden şartları fasit kabul ederek akdin şahitler huzurunda irade beyanları üzerinden süresiz olarak yürürlük kazandığını savunmuştur¹⁹².

Cumhur için muvakkat ve müt'a nikâhları müsâvidir. Neticede evlilik akdine uygun olmayan tek taraflı yararlanmanın söz konusu olduğu bir şart getirilmiş ve bu akdin butlanına sebep olmuştur¹⁹³. Mut'a nikâhı için İmam Züfer'e ait görüş istisna edildiğinde Hanefiler'in de cumhur gibi düşünerek akdi batıl olarak nitelendirdikleri görülmektedir¹⁹⁴.

Osmanlı Hukuku Aile Kararnamesi de sürelî evlilik akitlerinin (muvakkat ve müt'a) geçersiz olacağını karara bağlamıştır¹⁹⁵.

İslam âlimi tarafından müt'a nikâhın ihtilaflı kalması, Hz. Peygamber (s.a.v) zamanında meşru sayılan bu akdin halifeler döneminde ortadan kaldırıldığı veya daha halife dönemine gelmeden nüzul döneminde nesh edildiği görüşlerinin çakışmasından ileri gelmiştir¹⁹⁶. Bu konu ehl-i sünnet ve Şia arasında halen daha sıcaklığını koruyarak İslam fukahası tarafından tartışma konusu olmaktadır.

Akit esnasında geçmiş veya şimdiki zaman kipleri üzerinde icap ve kabuller muteber sayılırken gelecek zamanlı kipler akdin kurulmasını engelleyici ifadelerdir. “Seni karım olarak kabul ettim.”, “Seni kocam olarak kabul ediyorum.” ifadeleri akdin oluşmasını sağlamaktadır. Neticede akdin unsurlarından olan icap ve kabul yerine gelmiştir. Buna karşın “Üç ay sonra senin karın olmayı kabul ediyorum” lafzı geleceğe atfedilen bir kabul

¹⁹¹ Çeker, “İslam Hukuku'nda Akidler”, s. 251, 252.

¹⁹² Kâsânî, *Bedâiu's-Senâî*, II, 256.

¹⁹³ Şâfiî, *el-Umm*, V, 86; İbnü'l Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, III, 246.

¹⁹⁴ Meydani, *el-Lübab*, III, 20.

¹⁹⁵ H.A.K. md. 55.

¹⁹⁶ Çeker, “İslam Hukuku'nda Akidler”, s. 252.

olduğundan dolayı akit oluşmamış ve batıl kalmıştır. Şahitlerin bunu desteklemesi veya velinin onaylaması farketmez.

İcap ve kabulde velinin onayına ihtiyaç duyulan evlilik akitlerinde velinin gelecek zaman kipli onayları da evliliğin kurulamamasıyla ve akdin batıl olmasıyla sonuçlanmaktadır¹⁹⁷.

2.2.4.4. Taraflar Arası Evlenme Engellerinin Bulunması veya Sonradan Oluşması

Cumhur, evlenmesi yasak olan kişilerin birbirleri ile evlenmesini her şekilde batıl olarak kabul etmiştir¹⁹⁸. Farklı yönde yorumlanması mümkün olmakla beraber Hanefiler tarafından dâimi olmayan dış etken kaynaklı evlenme engellerinin değil ancak dâimi evlenme engellerinin batıl nikâha sebep olacağı yönünde sınırlama getirildiğini söyleyebiliriz. Bu sebeptendir ki batıl evliliklere verilecek evlilik örnekleri cumhura göre batıl sayılırken Ebu Hanefi gibi düşünen Hanefilerce bazen fasit olarak kabul edilebilmektedir.

Müslüman bir erkek ehl-i kitap olması şartıyla Müslüman olmayan bir kadınla evlenebilir ve bu evlilik sahih bir nikâhtır. Velâkin gayr-i müslim'in, Müslüman bir kadınla evlenmesi yasaklanmıştır. Müslüman bir kadın sadece Müslüman bir erkekle evlenebilir. Nikâh akdinin tarafı olan kadın aynı zamanda akdin konusu da olabilmektedir. Erkek ancak akdin tarafı konumundadır. Hal böyle olunca, Hanefilerin kabul ettiği taraf eksikliği ile akdin unsurları var olamamış ve evlilik kurulamamıştır¹⁹⁹.

Müslüman bir erkek, Müslüman veya ehl-i kitap olan kadınla evlenebilmektedir. Bu durumda putperest, ateşe tapan, ateist vb. bir kadınla Müslüman bir erkeğin evlilikleri batıl kabul edilmiştir²⁰⁰.

Bir kimse, Allah'a, peygambere sövmek, Kuran-ı Kerim'i yere atmak gibi küfre girecek bir söz veya fiilde bulunması onun Müslümanlıktan çıkmasına sebep olduğu için Müslüman kadına olan nikâhı batıl olmaktadır. Tövbe edip İslam'a döndüğünde yeni bir nikâh yapması gerekmektedir.

Müslüman erkeğin ehl-i kitap olan karısının dinini değiştirmesi irtidat olarak değerlendirilmiştir. Şöyle ki bu, Hristiyan kadın dinini değiştirerek Yahudi olursa veya

¹⁹⁷ Bilmen, *Hukuku İslâmiyye...*, II, 37, 41.

¹⁹⁸ Zuhaylî, *İslam Fıkı Ansiklopedisi*, IX, 43.

¹⁹⁹ Günay, *Evlenme Akdinde Batıl-Fasit Ayrımı*, s. 92–94.

²⁰⁰ İbn Âbidîn, *Reddû'l-Muhtâr*, V, 340.

Yahudi kadın dinini değiştirerek Hristiyan olursa nikâhı mürted kadının nikâhı gibi Müslüman erkek için caiz değildir ve batıldır. Buna bir örnek de müşrik erkek ile kitap ehli kadından olma kızla evlenen Müslüman erkeğin nikâhının batıl kabul edilmesidir²⁰¹.

Bunun dışında önceden izah ettiğimiz üzere cumhur için kan, süt, sıhrî akrabalar ile evlenme, ric'i talak bekleyen kadınla evlenme, yakın akraba kadınlarını cem etme, üç talakla boşadığı karısıyla yeniden evlenme, evli kadının evlenmesi, beşinci kadınla evlenme gibi akitler batıl olmaktadır²⁰².

Bir kişi sahih veya fasit evlilik sonucu doğan çocuğu ile evlenmesi haramdır. Çünkü bu evliliklerden doğan çocukların nesepleri erkeğe bağlanmakta²⁰³ ve aralarında evlenme engelleri oluşmaktadır. Bundan dolayı bir erkeğin fasit ve sahih nikâh sonucu doğan çocuğu ile evlenmesi batıldır. Hanefiler buna, evlilik engellerinin oluşması sebebiyle batıl nikâh sonucu doğan çocuğu da dâhil etmiştir.

2.2.4.5. Batıl Nikâh Sonucu Nesep

Batıl evlilikten doğan çocuk, babasının nesebine bağlanamamaktadır. Buna karşılık, doğan çocuğun babası ile arasında evlenme engelinin oluşturduğu çoğunluk tarafından kabul edilen bir görüştür. Çünkü batıl da olsa ortada gerçekleştirilmeye çalışılmış bir evlilik mevcuttur. Bu evlilik sonucunda bir nesebin gelmesinin arzulanmış olma ihtimali yüksektir. Bundan dolayı bizim kanaatimiz, doğan çocuğun babası ile arasında hürmet ilişkisinin oluşması gerektiği yönündedir.

Şafiilere göre batıl nikâhta bilgisizlik söz konusu değilse bu evlilikten doğan kızın, babası ile arasında evlenme engeli oluşmamaktadır. Çünkü batıl nikâh gerçekleşirken herhangi bir mazeretin olmaması, cimayı zina olarak varsaymayı gerektirmektedir. Bu konu zina sonucu olan çocuğun da işlendiği mahremiyet başlığında ayrıntısıyla izah edilecektir.

2.2.4.6. TMK'ya Göre Mutlak/ Nisbi Butlan

TMK'nın 145. md. bir evliliğin mutlak batıl olarak kabul edilmesini şu sebeplere bağlamıştır:

1. Eşlerden birinin evlenme sırasında evli bulunması,

²⁰¹ Nevevî, *Minhâc*, s. 386.

²⁰² Zuhaylî, *İslam Fıkhi Ansiklopedisi*, IX, 93-97.

²⁰³ Bkz. "Fasid Nikâh Sonucu Nesep", s. 38, 39.

2. Eşlerden birinin evlenme sırasında sürekli bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun bulunması,

3. Eşlerden birinde evlenmeye engel olacak derecede akıl hastalığı bulunması,

4. Eşler arasında evlenmeye engel olacak derecede hısımlığın bulunması.

Bu gerekçelerden yola çıkarak evli iken boşanma davası açan kişinin, yeni bir evlilik gerçekleştirmeden önce davasının sonuçlanması veya ikinci eşe ait iyi niyetin söz konusu olması gerekmektedir²⁰⁴. Türk Hukukçuları tarafından tartışılan mevzu, ilk evliliğin mahkemede olması veya önceki eşin ölü olduğuna karar verildikten sonra hayatta olduğunun anlaşılması durumlarında arada kalan ikinci evliliğin akıbetidir. Çoğunluğun görüşü bu hadiselerin vuku bulması sebebiyle ikinci evliliğin butlanına hüküm verilmesi gerektiğidir. İkinci evliliği yapan tarafların ilk eşin ölmediğine dair bilgiye sahip olmamaları, yukarıdaki görüşten ayrı tutularak evliliklerinin butlanla sonuçlanmamasına sebep olduğu da savunulmuştur²⁰⁵.

İkinci ve üçüncü maddede ifade edilen evliliği batıl kılan dâimi ayırt etme yoksunluğuna, akıl hastalığı girebildiği gibi mümeyyiz olmayan küçük çocukların idrak ve tecrübe zayıflığı da eklenmektedir. Akıl hastalığına sahip kişinin yaptığı evlilikler hâkim veya ilgililer tarafından iptal edilebilmektedir. Akli noksanlığın evliliğin amaç ve düzenine aykırı olduğu belirtilmiştir. Akıl noksanlığına sahip kişinin sonradan temyiz kudretine sahip olmasıyla evliliğine dair iptal hakkı sadece karı ve kocaya ait olmaktadır²⁰⁶.

YMK'da yeni getirilen düzenlemeden önce erkek çocuk için on dört, kız çocuk için on üç yaşından küçük çocukların velilerinin izni dahi olsa yapmış olduğu evlilikler batıl olarak kabul edilmekteydi²⁰⁷. Yapılan değişiklikle erkek ve kadının yaşları eşitlenmiş ve evlenme için alt sınır on altı yaş olarak belirlenmiştir. Bu yaş olağanüstü bir durumun (kadının hamile olması gibi) söz konusu olduğu zamanlarda geçerli olmakla beraber velinin izin vermesi halinde dahi cezai müeyyideye tabi olunmaması için evlenilebilecek olan yasal yaş, on yedi olarak sınırlandırılmıştır.²⁰⁸

²⁰⁴ M.K. md. 147.

²⁰⁵ Oğuzman, Dural, *Aile Hukuku*, s. 94,95.

²⁰⁶ M.K. md. 147.

²⁰⁷ Oğuzman, Dural, *Aile Hukuku*, s. 95.

²⁰⁸ M.K. md. 124.

Son maddede aralarında evlenme engeli bulunan kişilerin yaptıkları evliliklere mutlak batıl denilmiştir. Eski Medeni Kanun için evliliği batıl yapan evlenme engelleri, kan ve sıhrî akrabalar olarak sınırlandırmıştı. YMK’da evlenmesi kesin yasak olan kişilere evlatlık ile evlat edinmenin karşılıklı alt ve üst soyları ile eşi dâhil edilmiştir.

TMK’da evliliği batıl yapan sebeplerin geçici, zoraki, hatalı ve hileli olması, butlanı nisbi hale getirmektedir. Bundan kastedilen, butlana sebep olan durumun öğrenilmesi veya etkisinin sona ermesi neticesinde dava açmanın süreli olması ve dava hakkına sahip kişinin dava açmadan ölmesinin dava meselesini yok etmesidir. Nisbi butlan olarak hükmedilebilecek evliliklere şu şekilde örnek verilebilmektedir:

Aşırı alkol ve uyuşturucu etkisiyle yapılan evlilikler²⁰⁹, evlilikten önce hile, tehdit²¹⁰ veya evlilik akdinde evlenmeyi istemediği kişi için hataen yapılan kabul²¹¹ bu babdandır. Bunlarla beraber erkekteki iktidarsızlık, kadının bakire olmaması, kendi cinsine meyletme ve yüz kızartıcı eylemde bulunma vs. durumlar, tarafların eşleri üzerinde yanıldıklarını beyan ederek nisbi butlan davası açmaları için kabul edilebilecek sebeplerden sayılmıştır. Namus hassasiyetine dayanan aldatmalar sonucu evliliği kabul veya tarafların ve neslin sıhhatine büyük oranda zarar verecek bir hastalığın gizlendiği durumlar evliliğin hileli gerçekleştirilmesine sebep olduğu gerekçesiyle davaya konu olabilmektedir²¹². Küçük veya kısıtlıların yasal temsilcilerinin izni olmadan evlenmeleri, izni alınmayan yasal temsilcilere evliliği iptal hakkı vermektedir. Küçüğün on sekiz yaşına gelmesi, kısıtlının reşit olması ve kadının hamile kalması iptal hakkını sakıt edecektir²¹³.

“Mutlak butlanda dava hakkı süresiz iken nisbi butlanda iptal davası açma hakkı, iptal sebebinin öğrenildiği veya korkunun etkisinin ortadan kalktığı tarihten başlayarak altı ay ve her hâlde evlenmenin üzerinden beş yıl geçmekle düşer²¹⁴.”

TMK için batıl olan bir evlilik hâkimin sonlandırmasına kadar geçerli bir evliliğin bütün hükümlerine tabi olmaktadır. Hâkimin batıl olarak sonuçlandığı bu evliliklerde hâkimin hüküm vermesine kadar ve karardan sonra üç yüz gün içinde doğan çocukların

²⁰⁹ M.K. md. 148.

²¹⁰ M.K. md. 151.

²¹¹ M.K. md. 149.

²¹² M.K. md. 150.

²¹³ M.K. md. 153.

²¹⁴ M.K. md. 152.

nesebi, batıl hükmü verilen evlilikte dahi sahih nesebli çocuklarla aynıdır²¹⁵. Çocukların ebeveyni ve tarafların kendi aralarındaki hukuki ilişkiler boşanma hükümlerince uygulanmaktadır. Butlan kararı ile ayrılan taraflardan birisinin karardan önce ölmesi halinde aralarındaki miras ilişkisinin nasıl olacağı tartışılmıştır. Genel kabul edilen görüş, evlenmenin ölümden sonra iptal edilmesiyle kadının mirasçılığının devam edeceği yönündedir. Bu görüşe kadının iyi niyetini dâhil edenler de mevcuttur²¹⁶.

Sonuç itibariyle, TMK’da kabul edilen mutlak butlan İslam Hukuku’nda genellikle cumhurun savunmasıyla aynı doğrultuda olmuştur. Aralarında kuvvetli evlenme engeli bulunan ve evli (kadın) kişiler tarafından yapılan nikâhların batıl olarak telakki edilmesi hemen hemen bütün mezhep imamlarınca kabul edilmiştir. Akıl hastalığı boyutunda temyiz gücünden yoksun olma iki hukuk sistemi tarafından da evliliği butlanla sonuçlandıran sebeplerden sayılmıştır. Buna rağmen temyiz gücünden yoksun olduğuna inanılan yaş aralığı farklı tutulmuştur. TMK’da on altı yaş altı çocukların evliliğe uygun görülmemesi üzerinden evlilikleri batıl hükmü giyerken İslam Hukuku’nda çocuğun şahsiyetine, akıl gücüne ve çevresel faktörlere binaen hüküm verilmesi uygun görülmüştür. Sözgelimi on beş yaşındaki bir kızın evliliği, yakın geçmişe bakılarak yadırganıyor olsa da tarihimizde bu yaşta evlenerek evliliğin zarar vermediği kadınlar yadsınamayacak kadar fazladır. Bizim görüşümüz kişilerin, evlilik sorumluluğuna ve değerine sahip olabilecekleri yaş ve yetkinliklerinin kriter olarak değerlendirilmesi yönündedir. Bu duruma 1917 tarihli Osmanlı Hukuku Aile Kararnamesi’nde kabul edilen, dokuz ve on iki yaş altındaki çocukların velilerinin izni dâhilinde bile evlendirilemeyeceği, on yedi yaş altı kadın ve on sekiz yaş altındaki erkeklerin velilerinin izni ile evlenebileceği hükümleri²¹⁷, evlilik için beden ve ruhen hazır olmayabilecek yaştaki kişileri, şahısların kendi iradelerine de engel olmayacak şekilde doğru ve işlevsel olarak sınırlandırmıştır.

TMK’da mutlak butlanda olduğu gibi nisbi butlanla sonuçlanabilmesi mümkün olan evlilikler de İslam Hukuku’nda cumhurun görüşlerine benzemektedir. Nitekim TMK bahsinde izah ettiğimiz akit esnasında evlendiğini sandığı kişinin başka kişi olması, ikrah ile karar verme, velinin izin vermesi gerektiği yerde veliden izinsiz evlenilme vs. durumları cumhur tarafından akdin batıl olmasına sebep olmaktadır.

²¹⁵ M.K. md. 157.

²¹⁶ Oğuzman, Dural, *Aile Hukuku*, s 108.

²¹⁷ H.A.K. md. 7, 8.

Batıl evlilikler iki hukuk doktrininde nitelendirilmesi açısından benzerlik arzemişse de doğurduğu hükümler açısından bazı noktalarda ayrılmıştır. TMK’da mutlak veya nisbi butlan olabilen evlilikler iptal edinceye kadar geçerli bir evliliktir. Buna ek olarak bu tarz evliliklerin iptal edilmesinden sonra üç yüz gün içinde doğan çocuk iptale rağmen babanın nesebine eklenmektedir. Hatta öyle ki evlenmeleri mutlak butlanla sonuçlanacak kişilerin sonradan evlilikleri de çocuğun nesebini düzeltme yolu olabilmektedir. Hâlbuki İslam Hukuku’nda batıl olduğu hâkim tarafından karar verilmiş bir nikâhın sonlandırılması, çocuğun nesebinin sabit olmaması, karı ve çocuk tarafından miras, nafaka vb. mali aktarımların elde edilemeyeceği tarzda sonuç doğurmaktadır.

2.2. Evlilik Şüphesiyle Gerçekleşen Birleşme

Birbirlerine haram olan kişilerin şüphe üzerine yaptıkları, gayr-i meşru ilişki sayılmayan birleşmelere denir. Bu haramlıktaki şüphe üç şekilde oluşabilir. Bunlar: Mülkiyet şüphesi, akit şüphesi, fiil şüphesidir.

Bu tür birleşmelerde zifaf gerçekleşmemişse tarafların hemen ayrılması ve herhangi bir cezanın verilmemesi icap etmektedir. Fiil şüphesiyle olanlar hariç diğer şüpheye dayalı nikâhların son bulmasıyla iddet beklenmesi gerektiği benimsenmiştir. Nasıl ki fasit nikâh sonucu ihtiyaten iddet beklenmesine hüküm verilmişse burada da aynı şey söz konusu olmaktadır²¹⁸.

Ayrıca yapılmış olan zifafın, birbirlerine haram olan kişilerce gerçekleşmesinden dolayı zina olup olmadığı ve dolayısıyla haddin gerekliliği tartışılmıştır.

2.2.1. Akit Şüphesi

Akit şüphesiyle yapılmış birleşmeler bilgisizlik veya mülkiyet şüphesiyle yapılmış evliliklerdir. Kişinin sütkardeşi gibi evlenmesi yasak kişi ile nikâhlanması veya Müslüman erkeğin müşrik bir kadın ile sahih bir evlilik yaptığını sanması bu türden olan şüpheli evliliklerdendir²¹⁹.

Ebu Hanife ve Sevri’ye göre aralarında dâimi veya geçici evlenme engeli bulunanların şüpheyle gerçekleştirdiği nikâhta zifafın vuku bulması zina sayılmamakta ve bu kişilere had cezası gerekmemektedir. Çünkü bu birleşmede, şüphe ve bilgisizliğin etkili olduğu bir evlilik akdi mevcuttur.

²¹⁸ Kâsânî, *Bedâiu’s-Senâi*, III, 192.

²¹⁹ Abdülhamid, *el-Ahvâlü’ş- Şahsiyye*, s. 375.

İmameyne göre dâimi mahrem kişilerce yapılan bu evlilikler batıl olmasına rağmen şüphe kaynaklı iyi niyet üzerine yapılmışsa had düşmekte bilerek, iyi niyet bulunmadan gerçekleşmiş ise had gerekmektedir²²⁰. İmameyn, aralarındaki mahremiyetin dâimi olmadığı kişiler, evlenme engellerini biliyor olmalarıyla da had cezasının uygulanamayacağını kabul etmiştir.

Cumhura göre bu evliliklerin şüpheyle gerçekleşmiş olmasına itibar edilmemektedir. Çünkü buradaki şüphe fasittir.

2.2.2. Mülkiyet Şüphesi

Bir erkeğin üçüncü defa boşadığı eşini helal olduğunu zannederek iddeti içinde geri dönmesi şüpheye dayalı birleşmelerdendir. Buna mülkiyet şüphesi ile yapılan şüpheli ilişki denir. Çünkü koca halen daha kendi mülkünde bulunduğunu sandığı eşi ile bu ilişkiyi gerçekleştirmiştir. Mülkiyet şüphesiyle gerçekleşen birleşmelerden bir diğer örnek, oğlunun cariyesini kendisine helal sanması üzerine babanın yaptığı birleşmedir²²¹. Hanefilere göre bu birleşme sahih evlilik niyetini taşıdığı için zina sayılmamakta ve had cezasına mahal vermemektedir.

Bazı Hanefi kaynaklarda akit şüphesi mülkiyet şüphesi olarak ele alınmış ve aynı şekilde değerlendirilmiştir. Bunun sebebi Ebu Hanife'nin akit şüphesinde de mülkiyet şüphesini arayıp haddi düşürmesidir²²².

2.2.3. Tarafların Tamamen Bilgileri Dışında Olan Birleşme

Şüpheyle yapılan birleşmelerin üçüncü grubu, fiil şüphesiyle gerçekleşen ilişkilerdir. Cinsel ilişkiye girilen insan tamamen düşünülen kişi değildir. Erkeğin daha önce görmeyip vekil aracılığı ile evlendiği bir kadın yerine yanlışlıkla başka bir kadınla evlenmesi ya da yatağında bulunan kadını eşi sanarak cimada bulunması bu meseleye gösterilebilecek örneklerdendir²²³.

Fiil şüphesi ile gerçekleştirilen birleşmeler, karıştırmayı haklı kılacak bir gerekçeye dayanması şartıyla iyi niyet üzerine hüküm giyecektir. Zira bu karıştırılma ihmal neticesinde veya karıştırılması muhtemel olmayan kişiler üzerinde olması iyi niyetin varlığını yok

²²⁰ Zuhaylî, *İslam Fıkhi Ansiklopedisi*, IX, 91.

²²¹ Abdülhamid, *el-Ahvâlü 'ş- Şahsiyye*, s. 375.

²²² Ebu Zehrâ, *Ahvâlu 'ş-Şahsiyye*, s. 150.

²²³ Abdülhamid, *El-Ahvâlü 'ş- Şahsiyye*, s. 375.

edecektir. İyi niyet sonucu karıştırıldığı kabul edilmiş birleşmelere had cezası uygulanmamaktır.

2.2.4. Şüphe veya Bilgisizlik İle Birleşme Sonucu Nesep

Mülkiyet ve akit şüphesi ile gerçekleşen birleşme fasit evlilik olarak nitelendirilerek bu birleşmeden doğan çocuğun nesebinin sabit olacağı kabul edilmiştir²²⁴. Bundan amaçlanan neslin korunmasıdır. Ayrıca “şüphe, ihtiyata mebni konularda hakikat gibi amel eder. Nesep de ihtiyata mebni konulardandır²²⁵” genel kuralına da doğru orantılıdır.

Fiil şüphesinin gerek iyi niyet gerekse iyi niyet olmaksızın gerçekleşmesi halinde evlilikle gelen ve nesebin subûtu için lazım olan mülkiyet sabit olmadığından dolayı bu eylem zina kategorisinde değerlendirilmiştir. Çünkü bu birleşme hiçbir akide mebni olmamakla beraber birleşmenin tarafı olan kadın ve erkek birbirlerinin eşi değildir. Neticede fiil şüphesi kaynaklı birleşmelerden doğan çocuk babasına isnat edilmemekte kadına da iddet gerekmemektedir. Buna mukabil, erkeğin eşi sandığı yabancı bir kadın, başka bir erkek ile nikâhlı ise bu birleşmelerinden doğan çocuk nasıl bir nesep ilişkisine tabi olacaktır? Kadının nikâhlı kocası nikâhlarından dolayı babalığa hükmedilecek kişidir. Ama çocuğun babası koca değildir. Bu mevzuya zorlama yoluyla yapılan ilişki sonucu doğan çocuğu da dâhil edebiliriz. Ortada isteyerek yapılmış gayr-i meşru bir ilişki söz konusu değildir. Koca kendi nutfesinden olmayan bu çocuğu nesebinden çıkarmak isterse li’ân etmesi kadına iftira olacaktır. Bu durumda mezhepler farklı fikirler sunmuşlardır. Hanefilerce li’ân edilmeden çocuğun kendisine ait olmadığını iddia etmesi ve nesep bağıını yok etmesi mümkün değildir. Karısı zina fiilinde bulunmadığından mülâ’ane yapamayacakları için doğan çocuğu reddetme işlemi de mümkün olmayacaktır. Şafiilere göre bu mesele doğan çocuğu kendisinden ayırma amacıyladır. Bundan dolayı karısıyla mülâ’ane yapmadan çocuğun kendisinden olmadığını iddia edip soyundan çıkarabilir²²⁶. Hanbelîlerden bir grup Hanefiler gibi düşünürken bir grup Şafilere gibi düşünmektedir²²⁷.

2.3. Yapay Döllenme

Yapay üreme işlemleri homolog döllenme ve heterolog döllenme diye gruplandırılmaktadır. Biz konumuzun gidişatı ve muhtevası açısından bu başlık altında

²²⁴ Kâsânî, *Bedâiu’s-Senâi*, VI, 242

²²⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, XVII, 99,100.

²²⁶ Nevevî, *Minhâc*, s. 441.

²²⁷ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 55.

heterolog döllemeye yer vereceğiz. Zira homolog dölleme, evli çiftlerin çocuk sahibi olmak için üreme hücrelerinin dış ortamda döllemesi üzerine oluşan embriyolarının yine aynı kadının rahmine enjekte edilmesi işlemir. İslam hukukçularının ittifakla caiz gördükleri bu yöntem tüp bebek yöntemi denilmektedir. Bu işlemde doğan çocuk, evlilik dairesinde doğmuş sahih neseple çocukla aynı hükümlere tabidir. Buna karşın heterolog dölleme, evli olmayan kişilere ait üreme hücrelerinin yapay yolla döllendirilmesidir²²⁸. İzaha muhtaç olan kısım bu yöntemdir. Evli olmayan kişilerin üreme hücrelerinin veya rahminin kullanılmasına İslam Hukuku nasıl bakmaktadır?

Bir erkeğin sperminin evli olsun veya olmasın bir kadının yumurtalarına enjekte etme işlemine heterolog dölleme denilmektedir. Müdahalelerin net anlaşılabilmesi açısından heterolog dölleme yöntemlerinden en çok başvurulmalarına değinmekte fayda görmekteyiz.

Evli kadın, kocası dışında üçüncü bir kişinin spermi ile yapay yoldan çocuk sahibi olabilmektedir. Genellikle bu yöntem kocanın kısır olması veya kadında kalıtsal hastalıkların bulunması halinde başvurulmaktadır. Bazen evli erkeğin spermi üçüncü bir kişinin yumurtasıyla dış ortamda birleşir ve embriyo karısına aktarılabilir. Evli kadın burada kendi üvey çocuğunu dünyaya getirmektedir. Bu yola genellikle kadının döllebilecek yumurtasının olmadığı zamanlarda başvurulmaktadır²²⁹.

Taşıyıcı annelik kadar bilinmeyen ama özünde taşıyıcı annelik olan başka dölleme yöntemleri daha vardır. Evli erkek bazen, karısı dışında yabancı bir kadının yumurtalığına sperm transferi gerçekleştirdikten sonra oluşan embriyo yabancı kadının rahmine yerleştirilmektedir²³⁰. Bu yolla doğacak çocuğun babası koca olurken annesi onun karısı olamamaktadır. Çünkü bu şekilde yabancı kadın hem genlerini hem de rahmini çocuk için kullanmıştır. Kocanın karısı tamamen çocuğa yabancıdır. Bazen de evli olmayan kadın, taşıyıcı anne olmak isteyen kadının kocası ile dış ortamda yumurtasını ve spermlerini

²²⁸ Erol Cihan, *Sosyal ve Hukuki Bakımdan Suni İlkah*, İstanbul Barosu Yay.,1. Baskı, İstanbul 1971, s. 20.

²²⁹ Işıl Tüzün Arpacıoğlu, “Yapay Döllemenin Soybağına Etkileri” *Hukuk Ve İktisat Araştırmaları Dergisi*, sy. 1, 2013, V, 14.

²³⁰ Nedim Çiçek, Leyla Mollamahmutoğlu, *A’dan Z’ye Yardımcı Üreme Teknikleri*, Palme Yay.,Ankara 2009, s. 279, 280.

birleştirmekte ve oluşan embriyo taşıyıcı annenin (sperm sahibinin karısı) rahmine nakledilmektedir. Bu işlemten doğacak çocuğun, bekâr kadına verilmesi amaçlanmaktadır²³¹.

Aynı şekilde çocuk sahibi olmak isteyen erkek kendi spermeleri ile herhangi bir kadının yumurtasının yapay yoldan döllemesi sonucu o kadını taşıyıcı anne olarak hizmet ettirebilmektedir. Herhangi bir partneri olmadan çocuk sahibi olmak isteyen erkekler çoğunlukla bu işi, evlilik hayatı yaşamamak için veya bir annenin varlığını istemediklerinden dolayı talep etmektedirler. Bu erkekler tanıdığı veya tanımadığı bir kadına üreme hücrelerini yapay yolla aktarabildiği gibi doğal yol (zina) ile de nakledebilmektedir²³².

Karı-kocanın üreme yeteneklerinden yoksun olmalarından dolayı yabancı bir karı-kocanın genetik kodlarının olduğu embriyoyu, çocuk sahibi olmak isteyen karının yumurtalıklarına enjekte etmesi bir başka yapay dölleme yöntemlerindendir. Bazı yerlerde bu işleme doğum öncesi evlat edinme adı verilmiştir. Bu işlem sonucunda embriyo bir nevi evlatlık alınmıştır. Çünkü karının rahminde yaşamasının dışında herhangi bir genetik ortaklığı bulunmamaktadır²³³. Bu yöntemle doğan çocuk kendisini doğuran kadını mı annesi sayacak, genetik kodları mı değerli görecek? İslam ahlak ve aile anlayışı, böyle çelişkiye düşüren tıbbi müdahaleleri doğru bulmamaktadır.

Heterolog dölleme yollarıyla evli olmayan kadınlar, çocuk sahibi olmak için herhangi bir erkekten sperm alarak da işlem yapabilmektedir ki buna sperm bankaları hizmet etmektedir. Çocuk sahibi olma yöntemlerinden anonim olarak gerçekleşmesiyle meşhur olan sperm bankası gerçeği, nesebe ve dolayısıyla evlenme engellerine değer verilmemesi yönüyle ciddi sorunlara zemin hazırlayan tıbbi bir müdahaledir. Neticede tümü fıkhi olarak haram kabul edilse de diğer heterolog yöntemlerde, işleme dâhil olan herkes kayıt altına alınıp bilinebiliyorken sperm bankaları bunu sağlayamamaktadır.

Sperm bankası üzerinden çocuk sahibi olma imkânı sunan kurumlar, sperm verecek kişilerde ırk, din, renk, sağlık ve statü açısından inceleme yapmaktadırlar. Araştırmalarındaki amaç, depo yaptıkları spermelerin özellikleri ile nakil yapılacak anne ile yüksek oranlarda uyum yakalayabilmektir. Tüm bu ayrıntılara dikkat edilmesine rağmen sperm bağışında bulunan erkeğin kimliğinin gizli tutulması, nesep sorunlarını gündeme getiren en temel sebep

²³¹ Sevtap Metin, “Yörüngesinden Çıkan Tabiat: Etik, Sosyal, Psikolojik ve Hukuki Görünümleriyle. Taşıyıcı Annelik”, *Sağlık Hukuku Makaleleri*, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, sy. 2, İstanbul 2012, s. 8-9.

²³² Çiçek, Mollamahmutoğlu, *A’dan Z’ye...*, s. 281

²³³ Hazal Ungan Çalışkan, “Bırakınız Taşınlar: Taşıyıcı Anneliğe Güncel Bakış”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, sy. 2, XXII, 494.

olmaktadır. Neticede sperm bankası ile babasının anne tarafından bile bilinmiyor olması, çocuğun babaya nispet edilmesini yok etmektedir. Zina fiilinde bile menfaat ve ahlak açısından doğan çocuk ile gayr-i meşru ilişki tarafları arasında kanbağı kurulabiliyor iken sperm bankası ile doğan çocuğun akrabalık ilişkisini kurmak mümkün olmamaktadır. Bu da uzun vadede akrabaları ile ilişkilerinin meçhul kalmasına ve neticesinde çarpık ilişkilerin (ensest ilişki²³⁴ gibi) meydana gelebilmesine sebep olacaktır²³⁵.

Tıbbın gelişmesiyle gündeme gelen yapay dölleme yöntemleri çocuk sahibi olmak isteyen kişiler için mucizevî bir yöntem olarak görülse de evli olmayan erkek ve kadının, dış ortamda üreme hücrelerinin birleşmesiyle meydana gelen embriyo (çocuk) transferinin, nesep tayininde sorunlu olduğu kesindir. Bundan dolayı, İslam hukukçuları tarafından evlilik birliğine dayanmayan tıbbi işlemler ittifakla haram kabul edilmiştir. Çünkü evli olmayan kişiler, yeni bir nesep meydana getirmekte ve bu çocuklarla genlerini aktaran taraflar arasından ilişkiler karmaşıklaşmaktadır²³⁶. Bunun ötesinde sperm ve yumurta vericilerinin anonim kalması söz konusu olabilmektedir ki bu durumda kardeş evliliği başta olmak üzere nice fıkhi, hukuki, manevi problemler ortaya çıkmaktadır.

Bununla beraber İslam âlimlerinin üzerinde en çok tartıştığı yapay dölleme işlemi, evli çiftlerin başvurduğu taşıyıcı annelik yöntemidir. Önemle üzerinde durulması gereken taşıyıcı anneliği müstakil olarak ele almak isabetli olacaktır.

2.3.1. Taşıyıcı Annelik

Taşıyıcı annelik, daha çok Amerika tıp dünyasında yer bulmuş daha sonra çok sayıda ülkede yayılmaya başlamış olan tıbbi bir işlemdir²³⁷. Doğan çocuğun hangi nesebe bağlanacağı ve akabinde tarafları ilgilendiren hukuki rabıtalara belirlemek açısından konumuza dâhil etmeyi uygun gördük. Nitekim tıp dünyasındaki ilerleme, normalin dışında müteferrik doğumların ve neseplerin oluşmasına sebep olmakta, yeni mevzuların İslam anlayışı penceresinden irdelenmesini gerektirmektedir.

²³⁴ Ensest ilişki genellikle bir erkeğin cinsel ilişki yönünden yasaklanmış olan kızı, kız kardeşi, ablası, üvey kız kardeşi, kız yeğeni, teyzesi veya annesi ile cinsel ilişkide bulunmasıdır. İster uygar toplumlarda olsun, ister geri kalmış ülkelerde, bütün dünyada oldukça fazladır. Bu olgu yüzyıllar içinde toplumsal ve ahlaki açıdan bir sapıklık olarak kabul edilmiştir. Bkz. Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, Yorum Yay. Ankara 1982, s. 224.

²³⁵ Berna Arda, Serap Şahinoğlu, Ayten Çangır Kayı, “Yardımcı Üreme Tekniklerinin (IVF'nin) Getireceği Tıbbi Etik Sorunlar”, Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, 1993, s. 55

²³⁶ Serap Nurhan Çam, “İslam Hukukunda Yardımcı Üreme Teknikleri Ve Taşıyıcı Annelik”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi*, Isparta 2014, s. 25-28.

²³⁷ Çiçek, Mollamahmutoğlu, *A'dan Z'ye...*, s. 278.

Taşıyıcı anneliğin de kendi içinde farklı çeşitleri mevcuttur. Genler evli çiftlerden alınabildiği gibi evli olmayan kişilerden de alınabilmektedir. Ama biz, taşıyıcı annelik başlığımızın altında, evli olup da çocuk sahibi olamayan çiftlerin yabancı bir kadını doğum yapması için kiraladıkları (bazen taşıyıcı anne bu işi menfaatsiz yapmaktadır) tıbbi işlemi ele alacağız.

Evli çiftlerden genetiklerinin içerdiği dölleme unsurları alınarak dış ortamda embriyo oluşturulmaktadır. Bu aşamadan sonra belirli bir ücret karşılığında ve belirlenmiş sorumlulukların üstlenilmesi suretiyle, embriyo alınarak taşıyan ve çocuğu dünyaya getiren kadına transfer edilmektedir. Taşıyıcı anne tarafından çocuğun doğumundan sonra anne babasına teslim edileceğine, sigara, alkol vs. zararlı alışkanlıkları olmayacağına ve düzenli bir şekilde hekime görüneceğine dair çiftle anlaşmaktadır²³⁸.

İslam Hukuku açısından baktığımızda, bu işlem üç farklı şekilde kabul edilmiştir. Bunlardan çoğunluğun kabul ettiği görüş, karı-koca olsalar dahi yapay yolla döllenen embriyonun yabancı bir kadında yaşamaya devam etmesinin caiz olmadığıdır. Çünkü bu nesillerin karışmasına sebep olmaktır²³⁹. Bu yöntemle yabancı bir erkeğin spermi yabancı bir kadınla yapay yolla da olsa beraber olmaktadır. Kadın, rahminden haram bir erkeğin yararlanmasından dolayı zina etmektedir²⁴⁰. Bunun dışında, çocuk sahibi olup olamamak Allah'ın takdir ettiği bir olaydır. Taşıyıcı annelik ilahi iradeye aykırıdır²⁴¹. Bu itikadi bir inanç olmalıdır:

- “Allah her dışının karnında neyi taşıdığını, rahimlerin neyi eksiltip neyi artıracakını bilir. O'nun katında her şey bir ölçüye bağlıdır²⁴². ”
- “Göklerin ve yerin egemenliği Allah'a aittir. O dilediğini yaratır; dilediğine kız çocukları bahşeder, dilediğine de erkek çocukları bahşeder. Yahut erkek ve kız çocuklarını birlikte verir. Dilediğini de çocuksuz bırakır. Şüphesiz O her şeyi bilir, her şeye gücü yeter²⁴³. ”

²³⁸ Çiçek, Mollamahmutoğlu, *A'dan Z'ye...*, s. 279..

²³⁹ Faruk Beşer, “İlkah” md. *DİA*, XXII, 116.

²⁴⁰ Hind el-Havlî, “Te'ciru'l- Erhâmi fî el- Fıkhi'l-İslâmiyyi”, *Dımeşk Üniversitesi Fen, Ekonomi ve Hukuk Dergisi*, sy. 3., Dımeşk 2011, XXVII, 287.

²⁴¹ Ayşe Şimşek, “İslam Hukuku Açısından Taşıyıcı Annelik”, *Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi*, Çanakkale 2014, s. 37, 38.

²⁴² Ra'd, 13/ 8.

²⁴³ Şûra, 42/ 49,50.

İşleme yönelik kabul edilmiş diğer görüş ise “bir şey haram kılınmamışsa o mübahtır.”anlayışıdır²⁴⁴. Çiftlerin evli ve kadının hiçbir şekilde rahminde çocuk taşıyamayacak durumda olması son çarelerinin taşıyıcı annelik olduğunu gösterdiğinden dolayı caizdir. Bir embriyonun yabancı bir kadında devam etmesinin tıbbın bir tedavi yöntemi olduğu ve bu tedavinin de Allah’ın bir nimeti olduğu aşikârdır. Kısırlığın tedavisi olarak sunulmuş bu işlemin ayetlerde beyan edilen gayb bilgisine aykırı olmadığını ve dolayısıyla caiz olduğunu savunarak bilim ve dinin hiçbir zaman çelişmeyeceğini, ortada bir yanlış varsa bile bu itikadi değil ameli bir yanlış olduğunu ifade etmişlerdir. Zira bir birleşmenin zina sayılabilmesi için fiziki cinsel ilişkinin olması gerekmektedir. Taşıyıcı annelikte böyle bir şey söz konusu değildir²⁴⁵. Bir ailenin uzun yıllar uğraşları sonucu cevap alamadığı bir meseleye yardım etmesi kutsal bir iş olarak kabul edilmelidir. İslam Hukuku sütanneliğe bile kısmen annelik atfetmişken onu taşıyan kadını kesinlikle anne olarak görecektir²⁴⁶.

Sütannelikle taşıyıcı anneliğin kıyasına, süt hısımlığının nass ile sabit olduğu gerekçesiyle itiraz edilmiştir. Diğer yandan süt ve taşıyıcı annelik arasında kıyas yapmak, bu iki müessese arasında amacı yok saymaktır. Zira sütannelikte amaç bebeği beslemek iken taşıyıcı annelik de onu dünyaya getirmektir²⁴⁷. Ayrıca caiz olduğuna “mübahlık” ilkesini delil göstererek savunanlara “cinsel konularda aslolan haramlık” şeklinde karşı durmuşlardır.

Son olarak savunulan görüş, taşıyıcı annenin erkeğin ikinci karısı olması durumunda caiz olabileceği şeklindedir. Çünkü bu durumda üçüncü kişi tamamen yabancı bir kadın olmamaktadır. Zaten kocanın diğer karısı, çocuğun bir nevi annesidir²⁴⁸.

Karı-kocanın genetik kodlarını taşıyan embriyonun kendi döl yatağına aktarılması ile gerçekleşen bu işlemle doğacak çocuğun kendisiyle hiçbir şekilde genetik bağı bulunmamaktadır²⁴⁹. Bu kadının rolü gebeliği sürdürme ve doğumu gerçekleştirmektir. Kanaatimize göre taşıyıcı annelikte bebeği vücudu, kanı, beyni, hormonları ve en önemlisi duygularıyla taşıyan kadın yok sayılmış ve sadece çocuğun oluşumu aşamasındaki bir beden olarak görülmüştür. Çocuk sahibi olmak için başka insanların bedeni bir mal, bir mekân

²⁴⁴ Eşyada aslolan mübahlıktır.

²⁴⁵ el-Havlî, “Te’ciru’l- Erhâmi...”, s. 288- 291.

²⁴⁶ el-Havlî, “Te’ciru’l- Erhâmi...”, s. 288.

²⁴⁷ Ülfet Görgülü, “Taşıyıcı Annelik-Fıkhi Bir Bakış”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy. 15, 2010, s.204.

²⁴⁸ Arif Ali Arif, “Taşıyıcı Anne Veya Kiralanmış Rahim Konusuna İslami Bir Bakış”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 2011, s. 399.

²⁴⁹ Arpacıoğlu, “Yapay Döllenmenin...”, s. 14, 15.

olarak görülmemelidir. Günümüzde çocuk sahibi olmak için tıp yadsınamayacak kadar ileri bir seviyededir. Caiz olması üzerinde ittifak edilmiş olan tüp bebek işlemi bunun en güzel yöntemlerindendir.

Gelecek olan bir nesepten söz etmek istiyorsak bunun, aksi söylemlere zerre kadar izin vermeyecek ölçüde en temiz en katışıksız haliyle oluşması amaçlanmalıdır. Çocuk sadece genetik kodlar yığınınından ibaret değildir. Kendisini ortalama dokuz ay taşıyan, besleyen canlıya karşı da birikimleri olan bir insandır. Bu aşamadan sonra kendisini doğuran ve besleyen kadına manevi olarak bağlanmaktadır. Anne kokusu denen olgunun DNA şifrelerinden oluştuğu düşünülemeyecektir. Bu düşüncelerden yola çıkarak, genetik kodları ile oluşmuş olan embriyonun, yabancı bir kadına transferi sonucu doğan bebeğin kesinlikle kendilerine ait olduğunu düşünen çift, nesebin saf, sahîh yapısını bozmaktadırlar. Öte yandan maddî imkânsızlıklardan dolayı bedenini para karşılığı kiralayan kadının onuru ve kişiliği zedelenmektedir²⁵⁰.

2.3.2. Taşıyıcı Annelik ve Yapay Döllenme Yöntemleriyle Oluşan Nesep

İslam Hukuku açısından tüp bebek yöntemi ittifakla caizdir ve bu yöntem sonucu doğan çocuğun nesebi düzgün bir şekilde kurulabilmektedir. Evli olmayan çiftlerin yapay yöntemlerle birleşmelerinin söz konusu olduğu heterolog döllenme yöntemleri, tarafların nikâhsızlığından dolayı haramdır ve gayr-i meşru birleşme sonucu nesebin hükümlerine tabidir. Annenin kim olacağı meselesi, taşıyıcı annelikte nesebi tayin etme ile aynı şekilde değerlendirilecektir. Cevazı üzerine ihtilafların mevcudiyetinden dolayı daha ziyade taşıyıcı annelik izah edilecektir.

Doğan çocuğun, onun genetik kodlarını taşıyan kadın mı yoksa embriyo halindeyken birey haline gelmesini sağlayarak gebelik yaşayan kadın mı annesidir? Bu mevzuva iki temel yaklaşım vardır. Bunlardan ekser olan görüş, taşıyıcı annenin (biyolojik anne) gerçek anne olduğudur. Diğer grup tarafından ise embriyo oluşumunu sağlayan genlerin sahibi olan kadının (genetik anne), gerçek anne olduğu savunulmuştur.

Taşıyıcı anneliği caiz görenler, çocuğun hakiki annesinin genetik anne olduğunu, biyolojik annenin ise sütannesini olduğunu kabul etmektedirler. Çünkü çocuğa genetik özelliklerini veren hücreler karı ve kocanın sperm ve yumurtasından sağlanmıştır. Taşıyıcı

²⁵⁰ Aynı kanaat için Bkz. Çalışkan, “Bırakınız Taşınlar...”, s. 498, 499.

anne, çocuk için büyümesini sağlayan, gıdalandığı geçici bir mekândır. Embriyo tüpe konularak gebelik gibi aşamalar kaydetmiş olsaydı tüp de annesi sayılamayacaktı²⁵¹.

Bu görüşe karşın biyolojik annenin hakiki anne kabul edildiğini savunanlar çoğunluktadır²⁵².

- “...Onların anaları sadece, kendilerini doğuran kadınlardır...²⁵³”

Yukarıdaki ayetin manası ve dilbilgisi açısından bakıldığında, çocuğun annesi sadece onu doğuran kişi olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.

- “...Annesi onu zahmete katlanarak taşıdı ve zorluk çekerek doğurdu...²⁵⁴”

Bu ayette, gebeliğin zorlu süreçlerden geçmesini ve neticesinde doğurmanın anneliği ifade eden eylemler olduğu beyan edilmiştir.

Bu ayetlerin dışında pek çok ayet, embriyonun anne rahminde geçirdiği aşamaları ve doğumu anlatılmasıyla anneliğin gebeliği yaşayan kişiyle bağlantısını göstermektedir.

2.3.3. TMK’da Taşıyıcı Annelik ve Yapay Döllenme Sonucu Nesep

Ülkemizde yapay döllenme konusu, Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik ile düzenlenmiştir. Bu yönetmelikte anne adayının yumurtası ile kocanın spermini çeşitli yöntemlerle döllenmeye daha elverişli hale getirerek, gerektiğinde vücut dışında döllenmesini sağlayıp, gametlerin veya embriyonun anne adayına transferini ifade eden ve modern tıpta bir tıbbi tedavi yöntemi olarak kabul edilen uygulamalar şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre yapay döllenme sadece evli çiftlere izin verilmiş heterolog döllenme yöntemleri bu maddeyle yasal kabul edilmemiştir. Ayrıca bu yöntemle birleşme ister karının vücudunda ister karının vücudu dışında gerçekleştirilsin, embriyonun işlem sonunda karının vücuduna yerleştirilmesi şarttır. Bundan yola çıkarak Türk Hukukunda taşıyıcı annelik illegal bir tıbbi işlemdir.

İllegal olduklarından dolayı çocuğun geni kime ait olursa olsun kanunun kabul ettiği şekilde nesep kurulacaktır. TMK’ya göre çocuğu doğuran onun annesidir. Hal böyle iken taşıyıcı annelik ve doğum öncesi evlatlık anlaşmasıyla dünyaya gelen çocuğun annesi, ona genlerini veren kadın değil onu doğuran kadındır. Taşıyıcı anneliği kabul eden kadının bekar

²⁵¹ el-Havlî, “Te’ciru’l- Erhâmi, s. 293.

²⁵² Beşer, “İlkah” md. , *DİA*, XXII, 116.

²⁵³ Mücadele, 58/ 2.

²⁵⁴ Ahkaf, 46/ 15.

olması çocuğun herhangi bir babaya neseple bağlanamamasına sebep olmaktadır. Genetik baba isterse bu çocuğunu tanıyabilir. Ama genetik babanın tanınması, hukuki olarak genetik anne ile çocuk arasındaki bağı oluşturmaz²⁵⁵. Bu durumda genetik annenin çocuğu evlatlık alması ya da genetik baba ile ortak evlat edinmesi gerekmektedir. Evlat alma söz konusu olduğunda, TMK'ya göre bir çocuğun evlat edinilebilmesi için o çocuğa ailenin bir yıl bakması ve eğitmesi zorunluluğundan²⁵⁶ dolayı bebek hemen evlat edinilemeyecektir.

Medeni kanuna göre erkeğin baba kabul edilebilmesi için, çocuğun annesi ile evli olması veya onu tanınması ya da babalığına hükmedilmesi gerekmektedir. Taşıyıcı annelikte onu doğuran kadının anne kabul edilmesinden dolayı onun kocası hukuken baba olmaktadır. Bu erkek çocuğunu reddetmeden genetik baba tarafından çocuğun tanınması mümkün değildir. Bununla beraber embriyo transferinin kocadan izinsiz yapılması halinde ise kocanın genelde çocuğu reddetmediği görülmüştür.

TMK'nın sperm bağışıyla döllenmiş çocuğun baba tarafından nesep tayinindeki meçhullüğüne yaklaşım İslam Hukuku'yla aynıdır. Çocuk babasının kim olduğunu bilse mi daha iyi, bilmese mi daha yararınadır? Babasını tanımasıyla belki de memnun olmayacağı meseleler ortaya çıkacaktır. Tanınmamasıyla tamamen bir belirsizliğe düşecektir. Bütün bunlar beraber değerlendirilince, çocuğun en sahih ortamda oluşması, horlanmaması ve dışlanmaması son derece önemlidir.

Yapay döllenmede, kanunun kabul ettiği şekilde, çocuğu doğuran kadının anne, onun kocasının baba kabul edilmesi üzerinden hükümler ortaya çıkmaktadır.

2.4. Gayr-i Meşru İlişki

Zina kelimesi Arapçada “zâni” kelimesinin mastarıdır. Evlilik dışı olan (sahih evlilik olmasına gerek yok) gayr-i meşru cinsel ilişkiye denmektedir. Gerçekleşen fiilin zina sayılabilmesi için en ufak bir evlilik şüphesi dahi olmaması gerekir. Tarafların kendi hür iradeleriyle üreme mahalli üzerinden cinsel ilişki kurmaları zina sayılmaktadır²⁵⁷. Hanbelî mezhebi genel kabulün dışında arkadan yapılan cinsel ilişkiyi de zina olarak görmüştür.

Hanefî ve Şafîî âlimlerine göre zina fiili sonucu nesebin sabitlenmesi mümkün olmamakla beraber zina eden kadının iddet beklemesine de gerek yoktur. Hanbelî hukukçular, zina olmuş olsa da iddeti gerekli görmektedirler.

²⁵⁵ Metin, “Yörüngesinden Çıkan Tabiat...”, s. 45.

²⁵⁶ M.K. md. 305.

²⁵⁷ Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, “Zina” md. s, 622.

Zina fiili İslam anlayışına son derece ters düşen, ayet ve hadislerde sıkça kerih gösterilen, gerçekleşmesi halinde cezasının olduğundan söz edilen bir yasaktır.

- “Zinaya yaklaşmayın. Çünkü o şüphesiz bir hayâsızlıktır, çok kötü bir yoldur²⁵⁸.”
- “Zina eden kadın ile zina eden erkeğin her birine yüz sopa vurun. Allah’a ve âhiret gününe inanıyorsanız, Allah’ın dinini uygulama hususunda o ikisine karşı merhamet duygusuna kapılmayın. Müminlerden bir grup da onlara uygulanan cezaya tanık olsun²⁵⁹.”
- “Bekârın bekârla zinası için yüz değnek ve bir yıl sürgün. Dulun dulla zinası için ise yüz değnek ve taşla recm vardır²⁶⁰.”

Zina aileleri dağıtan, nesli karmaşık hale getiren, kısa süreli zevkler için uzun süren sıkıntılara sebebiyet veren, hastalıkların yayılmasını kolaylaştıran, ahlakı çürüten çok çirkin bir eylemdir. Bu kadar çirkin görülen bu eyleme büyük cezalar hükmedilmiştir. İslam Hukuku’nda zina cezası için gerekli olan şahit sayısının dört erkek olması manidardır. Şahitlik edecek dört kişinin zina olayını kulaktan duyma, okuma vs. şeklinde değil bilfiil gördükten sonra şahitlik etmeleri gerekmektedir. Zira bu, böyle yasaklanmış bir eylemin toplumda normal karşılanmaması, aşikâre davranılmaması, hayâ edilmesi adına ulaşılmaması zor bir rakam olarak konmuştur. Zina cezasına müstahak olan kişilerin halkın önünde cezalandırılmaları da bu hikmettedir. Zina eden kişilere hükmedilen ceza, günümüz pozitif hukukçularınca her ne kadar ağır ve insanlık dışı gibi görünse de zinanın vahim sonuçları düşünüldüğünde caydırıcı olmasının gerekliliği ortaya çıkmaktadır. İleride de açıklanacağı üzere zina fiili sadece tarafları ilgilendiren bir mesele olarak kalmamaktadır.

2.3.1. Gayr-i Meşru Birleşme Sonucu Nesep

Evli olmayan kadının evlilik dışı gayr-i meşru münasebet sonucu dünyaya getirdiği çocukla ilişkinin tarafı olan erkek arasında nesep ilişkisi kurulamamaktadır. Bunun sebebi önceden de geçtiği üzere nesebin tayini için genel kural, evlilik birliği içerisinde bir cinsi münasebet kurulması ve bunun sonucu doğan çocuğun babaya ait olmasıdır. Bunun dışında kalan durumlarda mahrumiyet söz konusudur.

Dört mezhebe göre de zina eylemi sonucu doğan çocuğun babasına nispet edilemeyeceği kesin İslami delillerle ortaya konmuştur. Bunların içinde en sık gösterilen

²⁵⁸ İsrâ, 17/32.

²⁵⁹ Nûr, 24/2.

²⁶⁰ İbn Mâce, Hudûd, 7.

rivayet “Çocuk döşek sahibinindir. Zina eden erkeğe de mahrumiyet vardır” hadisidir²⁶¹. Zinanın mahrumiyetle sonuçlandığına dair başka hadisler de mevcuttur. Bu rivayetler daha çok, cahiliye dönemine ait adetlerin İslam sonrasında da geçerli olup olmadığının cevabı niteliğindedir. Nitekim rivayetlerin ortak özelliği, cahiliye döneminde zina sonucu doğan çocukların nesebi konusunda bir engelin bulunmadığını bilen Müslümanların aynı şekilde Hz Peygamber'e gelerek gayr-i meşru ilişkiden olma çocuklarını tanımak istemeleri üzerinden cereyan etmektedir. Rivayetlerin devamında Hz. Peygamber tarafından, evlilik dışı ilişki kuran erkeklerin bu talepleri kabul edilmemiş eski cahiliye uygulamalarının ilga edilmesinden dolayı bu çocukların babaları tarafından tanınmalarının batıl olacağı vurgulanmıştır²⁶².

Klasik doktrinde zina fiilinin nesebin subûtuna engel olduğu, olası ikrarların da meşhur veya açıkça ifade edilen zina eylemi sonucu olmaması gerektiği savunulmuştur. Bu kabulün dışında, zinada bulunulmasına rağmen doğacak çocuğun baba tarafıyla da nesep bağının kurulabilmesi, İslam uleması tarafından değerlendirilme farklılıklarının görüldüğü bir mesele olmuştur. Gerek dört mezhep imamları gerekse çağdaş İslam fukahası tarafından ortaya konan bu görüşlerde had uygulamasının yasak fiilin cezası olup ayrıca nesebin meçhul kalması ile başka bir cezaya gerek olmadığı, zina yaptığı kadınla evlenmesinin gerekliliği gibi meseleye şer’i delillerin dışında akli deliller sunulmuştur.

İbn Teymiyye, İbn Kayyım el-Cevziyye, İshak bin Rahuye, Yusuf el-Karadavi gibi meşhur İslam hukukçularının; erkeğin evlilik dışı ilişkiden olan çocuğunu tanıyabileceği şeklinde görüşleri İslam âleminin yakın zamanda benimsediği genel tutum olmuştur.²⁶³ Az çok birbirlerinden ayrılan noktaların mevcudiyetiyle beraber erkeğin bu türdeki ikrarının zina eyleminin saklanması/ gizli olmasıyla geçerli olacağı kabul edilmiştir. Çünkü zinanın gizlenmesi İslam anlayışıyla doğru orantılı olacaktır²⁶⁴.

Bu görüşe ek olarak Hasan Basri ve İbn Şirin, babanın zina cezasını çekmesinin ardından çocuğu nesebine dâhil edebileceğini, İbrahim en-Nehai ise zina cezasıyla beraber zina yaptığı kadınla evlenmesinin de gerekliliğini bildirmiştir.

²⁶¹ Buhârî, Buyu, 3, 100.

²⁶² Ebu Davud, Talak, 30, 34.

²⁶³ Şemsüddîn Muhammed bin Ebî Bekr bin Eyyûb İbn Kayyım el- Cevziyye, *Zadü'l- Mead fi Hedyi Hayri'l- İbad*, Müessesetü'l-Risale, Beyrut 1994, V, 383; Sabri Erturhan, “Fıkhi Açıdan Biyolojik Annelik ve Babalık”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy. 15, 2010, s. 192.

²⁶⁴ Osman Fazıl Berki, “Türk Hukukunda Sahih Nesepten Doğan Kanun İhtilafları”, s. 519.

Ebu Hanife zina sonucu meydana gelen çocuğun babasına bağlanmasını net bir şekilde yasaklamamıştır. Zina sebebiyle hamile kalan kadının zina ettiği erkekle evlenip evliliklerinden altı ay sonra çocuk doğurması üzerinden doğal bir nesep tayinin yapılabileceğini bildirmiştir. Çağdaş İslam âlimlerinden Abdülkerim Zeydan'ın da meseleye Ebu Hanife'nin görüşü ve yöntemi cihetiyle yaklaştığı görülmektedir. İbrahim en-Nehai'nin evlenme yoluyla nesebin subût olacağı yönündeki açıklaması Ebu Hanife'nin zina sonucu doğan çocuğun tanınmasına yönelik öne sürdüğü yöntemden farklı görülmektedir. Nitekim Ebu Hanife, zina eden erkeğin zinası sonucu hamile kalan kadınla evlenilmesini zina cezasına bağlamaması, evlilikle doğumun evlilik içi ilişkiyi andıracak şekilde mantıklı aralıkta gerçekleşmesi şeklinde sınırlandırdığı görülmektedir. Bu şartları, gerçekleşen zina eyleminin mümkün olduğunca saklanması amacıyla getirmiştir. Ebu Hanife'nin bu şekilde bildirdiği görüş, teorikte nesebi meçhul çocuk için bir erkeğin zina eylemine dayanmaksızın nesep ikrarında bulunmasıyla da sonuçlanabilmektedir.

Zina sonucu doğan çocuk için nesep iddia edilmesi durumunda dava açan kişi, çocuğun zina sonucu doğduğunu söylemesi üzerine çocuğu nesebine bağlayamamaktadır²⁶⁵. Sözelimi baba, bir çocuğu nesebine bağlayabilmek için o çocuğun zina eyleminden meydana geldiğini gizlemesi, yaptığı gayr-i meşru ilişkinin çekince duyulmadan açığa vurulmaması gerektiği için şart koşulmuştur. Zira İslam anlayışına göre çocuğun bir evlilik dâhilinde veya sonucunda doğmayıp meşru olmayan gayr-i ahlaki bir ilişki ürünü olduğunu göstermesi edebe aykırı bir durumdur.

Zina eyleminin anne tarafından nesep bağlantısına cevaz verilirken baba tarafından yasaklanması, zinanın nesebin subûtuna mani olmadığını savunan hukukçular tarafından çelişkili bulunmuştur. Bunun ötesinde kimsenin bir başkasının günahından etkilenmeyeceği vurgulanan bir dinde anne-babasının dâhil olduğu yasak bir fiilden dolayı masum çocuğun dışlanması ve lekelenmesinin yanlış olduğu, karışık görüşlerin sahip olduğu ifadelerdendir.

Tüm bu karışık fikirlere karşın bizim kanaatimiz, İslami esasla vurgulanan ve övülen evliliğin terkedilip şiddetle yasaklanan hatta yasaklığı cezayla sonuçlandırılan zinanın gayr-i meşru babalıkla sonuçlanması İslam kaidelerine terstir. Zinanın kesin olarak yasaklanmış olması ve doğacak çocuğun masumluluğu göz önüne alındığında Ebu Hanife'nin bu eyleme getirdiği çözüm yolu en mantıklısı olmaktadır. Bu yol, karı-kocanın bu eylemden pişmanlık duydukları ve en kısa zamanda telafi etmeye çalışmaları yönündeki iyi niyetlerinin kanıtı

²⁶⁵ Berki, "Türk Hukukunda...", s. 519.

niteliğinde olacaktır. Evliliğin doğumdan önce gerçekleşmemesi halinde, zina eylemini gerçekleştiren tarafların süreli ilişki kurma amacında oldukları ihtimalinin yok edilmesi adına daha sonra evlenmeleri ve bu şekilde çocuklarının nesebini doğrudan sabitlemeleri yerinde olacaktır²⁶⁶.

2.3.2. TMK’da Evlilik Dışı Birleşme Sonucu Nesep

Evlilik içinde oluşmamış veya evlilik/boşanmadan sonra asgari ve azami süreler içinde dünyaya gelmemiş çocuk için kurulan nesep bağına evlilik dışı çocuğun nesebi denilmektedir. Bu durumda çiftler talep ederlerse çocuk doğmadan veya doğduktan sonra evlenebilirler.

Türk Medeni Hukuku’nda çocuk, evlilik dışı olmuş olsa da anne ve babanın evlenmeleri sonucu kendiliğinden evlilik içinde doğan çocuklara ilişkin hükümlere tabi olmaktadır²⁶⁷. Kadın doğurduğu çocuğa anne olurken erkeğin, anne ile evliliği baba olarak soybağına eklenmesini sağlamaktadır. Erkeğin anne ile evlenmediği durumlarda baba olarak kabul edilebilmesi için çocuğu tanıması veya hâkim hükmüyle karar verilmesi gerekmektedir. Çocuğu tanıma işlemi yapılırken çocuk başka bir erkeğe neseben bağlı olmamalıdır²⁶⁸.

Bir evliliğe dâhil olamayan çocuğu tanıma işlemi İslam Hukuku’nda da mevcuttur. Söylenilenin aksine İslam Hukuku, evlilik dairesinde doğmamış çocuğu dışlama politikası gütmemektedir. Temelde, çocuk zina ürünü ise gayr-i meşru ilişki sonucu olduğunu söylememek ve bu şekilde zinanın yaygınlaşmasını engellemek amaçtır.

Daha sonraki bölümde, nesebin sonradan subûtu için iki hukuk sisteminde gerekli olan şartlar izah edilecektir.

²⁶⁶ Aynı Kanaat için Bkz. Erturhan, “Fıkhi Açıdan Biyolojik...”, s. 194-196.

²⁶⁷ M.K. md. 295.

²⁶⁸ M.K. md. 292.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

NESEBİN SONRADAN SUBÛTÜ VE REDDİ

“Nesebin sonradan subûtü ve reddi” bölümü her iki hukuk sistemi açısından ele alınacaktır. Bu bağlamda evlilik veya evlilik şüphesi sonucu oluşmuş nesebin dışında gündeme gelen nesep bağı konu edinilecektir.

İslam Hukuku’nda nesebin sonradan sübutu, çocuğun anne-baba veya çocuğu olduğunu iddia eden kişiler tarafından ikrar edilmesi veya başka kişilerin akrabalık ilişkisi kuracak şekilde dolaylı ikrarları üzerinden gerçekleşmektedir. TMK’da bu, baba olduğunu iddia eden kişinin çocuğu tanınması veya baba dışındaki kişilerin açtığı davalarda hâkim kararıyla mümkün olmaktadır.

Evlat edinme işleminde de nesep, doğal haliyle tayin edilmeyerek sonradan gerçekleştirilen hukuki işlemlerle kurulmaktadır. Bu sebeple bu bölümde, çocuğun nesebinin ispat yöntemleriyle sonradan subûtüne ek olarak evlat edinme ile sonradan kurulan nesep bağına da değinilecektir.

İslam Hukuku açısından tanıma, ikrar başlığı altında ele alınan nesebi ispat yöntemidir. Diğer ispat yolları beyyine ise şahitlik, kıyafe ve kur’a şeklinde tartışılmaktadır. İkrarda gerekli olan yaş farkı kriteri, Türk Hukuku’nda evlat edinmede mevcut iken babalığı itiraf (tanıma) mevzusunda şart koşulmamıştır. İkrar ve tanıma yapılan çocuğun herhangi bir erkeğe nesep yönüyle bağlı olmaması kuralı her iki hukuk sisteminde bulunmaktadır. Başka bir erkekle nesep bağı kurulmuş olan çocuğun tanınması için nesep bağlantısı kurulmuş bu erkek tarafından reddetmesi ve neticesinde ancak çocuğun tanınabileceği ortak şartlarındandır.

3.1. Nesebin İspat Yöntemleriyle Subûtü

İslam Hukuku’nda evlilik (firaş) nesebin ispat yollarından sayılsa da aslında evlilik nesebin sebebidir. Bundan dolayı nesebin ispat vasıtalarını ikrar, beyyine (şahitlik), kıyafe ve kur’a yöntemi²⁶⁹ şeklinde gruplandırmak yerinde olacaktır. İkrar, konumuzun aslı olup diğer ispat vasıtaları ikrara bağlantılı olarak yer almıştır.

²⁶⁹ Dönmez, “Neseb” md., *DİA*, XXX, II, 573.

Beyyine, sözlükte ortaya çıkarmak anlamlarına geldiği gibi açık delil manasında da kullanılmaktadır²⁷⁰. Nesep konusuyla alakalı olarak beyyine kavramı, şahitlik anlamıyla bağlantılı olarak da kullanılarak²⁷¹ meşhur bir şekilde bilinen bir nesep bağının, “bu, falanın çocuğudur” şeklinde şahitlik edilmesi şeklinde de ifade edilmiştir. Nesebin tayin edilmesinde şahitlik, ittifakla kabul görmekte ve güçlü bir delil olarak uygulanmaktadır²⁷².

İslam Aile Hukuku’nda nesep tayin edilirken kıyafe adı verilen bir ispat vasıtası daha söz konusudur. Sözlükte kıyafe, bir şeyi tespit etmek için o şeyin izini sürmek anlamına gelmektedir. Nesebin ispat edilmesi yönüyle çocuğun ana-babalarına fiziki olarak benzemesi üzerinden neseplerini birbirlerine ilhak etmektir²⁷³. Cumhura göre bir çocuk için ellerinde delil olmaksızın nesep iddiasında bulunulduğunda kıyafe bir delil olarak kabul edilebilir. Neticede “Çocuk fıraş üzerinedir” hadisi²⁷⁴ gereği çocuk ana-babasına benzeyecektir. Hanefiler, kıyafenin nesebi belirlemede yeterli bir ispat yöntemi olmadığını savunmuşlardır²⁷⁵.

Üzerinde en çok ihtilafın bulunduğu nesebi ispat yöntemi kur’a yoludur. İhtilaf edilmesine sebep, çocuğun nesep iddiasında bulunan kişilere net bir şekilde izafe edilememesi sonucu bu yöntem ile bir kişinin seçilmesidir. Burada çok sağlıklı bir nesep tayini söz konusu olmadığından dolayı bu yöntemi çoğunluk kabul etmemekte sadece Maliki ve Şafiilerin bir kısmının kabul ettiğine dair görüşler bulunmaktadır²⁷⁶.

İkrar dediğimiz şey, sözlükte kabul ve itiraf etme anlamına gelmektedir²⁷⁷. “Kişinin, kendi üzerinde başkasının hakkının sabit olduğunu haber vermesi²⁷⁸” şeklinde ifade edilirken nesep açısından, ortada bulunan çocuğun kendisine ait olduğunu söylemesi suretiyle yapılan itiraf ve kabuldür.

²⁷⁰ Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, “Beyyine” md., s, 58.

²⁷¹ Kâsânî, *Bedâiu’s-Senâi*, VII, 228, 229; İbn Kayyım el- Cevziyye, *Zadü’l- Mead*, V, 374.

²⁷² Meydani, *el- Lübab*, II, 258,259; el-İmamü’ş-Şeyh Muhammed bin Ahmed El Hatib el-Masri eş-Şirbinî, *Muğni’l-Muhtâc ila Maârifeti Meâni el-Fâzi el-Minhâci*, Darul’l-Kütübi’l-İlmiyye, Beyrut 1994, VI, 377.

²⁷³ Şirbinî, *Muğni’l-Muhtâc*, VI, 439.

²⁷⁴ Buhârî, *Buyu*, 3, 100.

²⁷⁵ Kâsânî, *Bedâiu’s-Senâi*, VI, 244.

²⁷⁶ İbn Rüşd, *Bidâyetü’l-Müctehid*, II, 600,603.

²⁷⁷ İbn Kudâme, *el-Muğni*, V, 109.

²⁷⁸ Meydani, *el- Lübab*, I, 237; Serahsî, *el-Mebsût*, XVII, 184.

Kişinin kendi çocuğu veya annesi-babası olduğunu kabul ve itiraf etmesi doğrudan ikrar; amcaoğlu, dayısı, kardeşi, yeğeni vb. olduğunu kabul etme ise dolaylı ikrar olmaktadır. Doğrudan ikrar İslam âlimleri tarafından ittifakla kabul edilirken dolaylı ikrarın kabulü ihtilaflıdır²⁷⁹.

İkrar, tüm sahih bağlantıları kuran bir ispat yöntemi olsa da İslam Hukuku, kişinin bir çocuk için nesep iddiasında bulunmasına bazı şartlar getirmiştir²⁸⁰. Bu şartlar kişinin çocuk adına nesep iddiasında bulunması için kendisinde ve çocukta bulunması gereken özelliklerdir. İkrar, nesep iddiasında bulunan kişinin yaşı daha sonra çocuğun bir nesebe aidiyetine göre değerlendirmektedir.

Babalık ve analık iddiasında bulunan kişinin, üzerinde iddiada bulunulan çocuğun doğduğu veya doğduğu tahmin edilen zamanda çocuk meydan getirebilecek yaşa ve güce sahip olması gerekmektedir. Zira buluşa erdiği düşünölemeyecek bir yaşta olması o çocuğun ana veya babası olmadığını kanıtlayacaktır.

Başkasının nesebine bağılı olduğu kesinleşmiş bir çocuk hakkında nesep iddiasında bulunulamamaktadır. Baba tarafından nesebi sabitlenmemiş çocuk için nesebin meçhul olmasından veya baba tarafından reddedildiğinden söz edilebilmektedir. Başkasının nesebine bağılı değilse bu durumda çocuğun, nesebinin belli olmamasından veya baba tarafından reddedildiğinden söz edilebilmektedir.

3.1.1. Nesebi Meçhul Çocuk İçin Nesep İddiası

Bir çocuğun nesebin meçhullüğü öz anne veya babası tarafından fakirlik, zina vb. korkularla terk edilme veya ebeveynini kaybetme ve kaybolma durumlarında gündeme gelmektedir. Terk edildikleri veya kayboldukları yerde bulunmuş nesebi belli olmayan bu çocuklara ıstılahta lakit (buluntu çocuk) denilmektedir²⁸¹. Lügate göre fail vezninde lekat kelimesinden gelip yere atılan manasındadır. Örf'e göre kaybolan çocuk veya alınan çocuk anlamına gelmektedir²⁸². Bazı eserlerde “menbuz” ifadesi de kullanılmaktadır.

Lakitin nesebi belli ise ebeveynin bulunması ve teslim edilmesi önceliklidir. Nesebi belli değil ise ortada olan yardıma muhtaç çocuğu himaye altına alıp İslam toplumuna uygun yetiştirmek amaçlanmalıdır. Bu doğrultuda tarihte, nesebi meçhul olan çocukları koruyup

²⁷⁹ Zeydan, *el-Mufasssal*, IX, 402-403.

²⁸⁰ Yaman, *İslam Aile Hukuku*, s. 67,68.

²⁸¹ Saffet Köse, “Lakit” md. *DİA*, XXVII, 68.

²⁸² Kâsânî, *Bedâiu's-Senâî*, VI, 197.

ihtiyaçlarını karşılamak suretiyle huzurlu bir ortam sunmayı hedefleyen İslam toplumları olmuştur. Yetime kucak açılması ve onların haklarını savunmayı vurgulayan rivayetler ışığında bu şekildeki koruyucu ailelik, kültürümüzde süregelen bir uygulamadır. Koruyucu ailelikte kimsesiz çocuklara aile ortamı açılıp maddi-manevi destek sağlanmaktadır. Neseplerine ait olmayan bu çocukları neseplerine dâhil etmek söz konusu değildir.

Lakitin nesebinin belirsiz olması halinde bazen meçhul olan bu nesepe üzerine nesepe iddiası söz konusu olabilmektedir. Bu iddiada (ikrar) çocuğun kendi nesebinden olduğunu doğrulukla veya gerçek dışı bir şekilde beyan etme nesepe iddiasında bulunan kişiyi bağlamaktadır. Neticede meçhul olan nesebin üzerine nesepe iddiasında bulunabilmek için gerekli olan şart ve deliller sağlanmış, bu şekilde nesepe tayin edilmiştir. Nesepe iddiasını ispatlayan deliller ve şartlar üzerinde mezheplerin farklı görüşleri bulunmaktadır.

3.2.1.1. Lakit Hakkında Bir Kişinin Nesepe İddiası

Hanefiler, ikrar için baba olduğunu savunan kişi ile çocuk arasında yukarıda bahsedildiği şekilde uygun yaş aralığının mevcut olması gerektiğini ayrıca ikrar sahibinin akıllı, iyi ahlaklı ve çocuğu gözetebilecek imkânâ sahip bir kimse olması gerekmediği üzerinde durmuşlardır. Bu özelliklere sahip olan müddei başka herhangi bir delil getirmeksizin bir çocuğu nesebine bağlayabilmektedir. Hanefilerin bu görüşü istihsan delili gereğince²⁸³. Çünkü lakit için nesebinin subûtu onun yararına olabilecek bir durumdur.

Çoğunluğun görüşüne göre ergenlik çağına gelmediği sürece her çocuk alınabiliyorken Şafii mezhebinde iyiyi kötüden ayırt edebilme yaşına ermiş çocuğu almak şüphelidir²⁸⁴.

Malikiler- çoğunluğun görüşünün aksine- nesebi meçhul çocuk için nesepe iddiası her ne kadar onun yararına oluyor olsa da müddeinin onun babası olduğunu kanıtlayacak delilleri sunması gerektiği düşüncesindedirler. Bu delilleri ortaya koyabilen kişi zimmî olsa bile nesepe iddiası değer görecektir²⁸⁵. Bizim de kanaatimiz, bir çocuğun sağlam delillerle nesebinin belirlenmesi gerektiği yönündedir.

3.1.1.2. Lakit Hakkında Köle, Gayr-i Müslim ve Kadının Nesepe İddiası

Bir kadının bir çocuk üzerinden nesepe iddiası için o çocuğun ebesini şahit göstermesi yeterlidir. Kadının kocası tarafından çocuğun reddedilmesi nesebin kadın tarafından

²⁸³ Kâsânî, *Bedâiu's-Senâi*, VI, 199.

²⁸⁴ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 401.

²⁸⁵ Köse, "Lakit" md. *DİA*, XXVII, 68.

sabitlenmesine engel olmamaktadır. Bu iddia için iki erkek şahidin olması gerektiğini savunanlar olduğu kadar bir kadının şahitlik etmesinin yeterli olduğunu kabul edenler de bulunmaktadır²⁸⁶.

Kadının nesep iddiasında bulunması konusunda yukarıda verilen görüşlerin aksine kocanın varlığını şart koşan âlimler de mevcuttur. Çünkü nesebin taşınması kadından değil erkeğin üzerinden gerçekleşmektedir. İddiada bulunan kadının kocası olmasına rağmen kocası bu iddiayı inkâr ediyorsa kadın iddiasına şahit getirmekle yükümlüdür²⁸⁷. Başka bir rivayette nesebin inkâr eden tarafa isnat edilmeden müddei cihetiyle kurulacağı ifade edilmiştir²⁸⁸.

Genel kabule göre kölenin veya gayr-i Müslim'in tek başına bir çocuk için iddiada bulunması halinde çocuk onların nesebine bağlanmakta ama maslahatına binaen köle değil hür, gayr-i Müslim değil Müslüman olmaktadır²⁸⁹.

3.1.1.3. Lakit Hakkında İki Kişinin Nesep İddiası

Bir çocuk için iki kişinin nesep iddiasında bulunması halinde ikisi de şahit getirme, karine veya çocuğa dair bir alamet bildirme ile iddiasına delil getirme hakkına sahiptir. Hangisi daha net karinelerle ispatlarsa, şahit getirirse veya hangisi çocuğa dair bir alameti bildirirse onun babalığına hükmedilmektedir²⁹⁰.

Hanefiler Müslümanlık ve hürliğe öncelik verdiklerinden dolayı Müslüman'ın babalık iddiasını zimmînin babalık iddiasından evla görmüşlerdir. Buna karşın bir Müslüman kendisinin kölesi olduğunu, bir zimmî ise kendisinin evladı olduğunu iddia ettikleri çocuk için zimmînin ikrarına değer verilmektedir. Bu hükümden amaç çocuğun özgür olmasıdır. Bu bağlamda biri özgür biri köle olan iki Müslüman'ın bir çocuk için nesep iddiaları çocuğun, özgür Müslüman'a verilmesi şeklinde sonuçlandırılacaktır²⁹¹.

Hanefilerin nesebin sabitlenmesinde delil olarak görmedikleri, Şafii ve Hanbelîlerin fiziki özelliklerin esas alınarak delil niteliğinde gördükleri ispat yöntemi ise kıyafedir²⁹². Bu görüşlerine delil olarak getirdikleri hadis-i şerif ise şöyledir:

²⁸⁶ Heyet, *Fetâvâyi Hindiyîye*, IV, 363.

²⁸⁷ Semerkandî, *Tuhfetü'l-Fukahâ*, III, 353.

²⁸⁸ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 124.

²⁸⁹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 123.

²⁹⁰ Kudûri, *Kelime Anlamı ve Açıklamalı*, I, 547.

²⁹¹ Semerkandî, *Tuhfetü'l-Fukahâ*, III, 353.

²⁹² Köse, "Lakit" md. *DİA*, XXVII, 68.

- Hz. Aişe (r.anha) rivayet etmiştir: “Resulullah (s.a.v) bir gün yanıma sevinçli olarak girdi. Yüzünün çizgileri parlıyordu. Bana şöyle dedi: “Ya Aişe! Mücezziz el-Müdlîci az önce yanıma girdi ve üzerlerinde başlarını örten ve ayaklarını açıkta bırakan bir bez olan Zeyd bin Harise ve Üsame bin Zeyd’e baktı ve “Şu ayaklar var ya (aralarında öyle benziyorlar ki) muhakkak ki bunlar birbirlerinden hâsıl olmuştur, dedi²⁹³.”

Kıyafenin beyyine olarak değerlendirilmesinde iddia sahibinin erkek veya kadın olması arasında bir fark yoktur. Kıyafeyi savunanlar için ellerinde delil olmasına rağmen Müslüman ve gayr-i Müslim iki kişinin bir çocuk için nesep iddia etmelerinde kıyafe delilinin rol oynayacağı belirtilmiştir. Neticede iki müddei de hürdür ve her ikisi de çocuğun maslahatına idiada bulunmuştur²⁹⁴.

Hanefiler kıyafenin, nesebi ispat için yeterli bir delil olmadığı şeklindeki görüşlerini şu hadis-i şerif ile savunmuşlardır:

- Ebû Hureyre (r.a.) demiştir ki: “Fezâre Oğullarından bir adam Peygamber (s.a.v)'e gelerek; “Karım siyah bir çocuk dünyaya getirdi, (ne buyurursunuz?)” dedi. Hz. Peygamber: “Senin develerin var mı?” diye sordu. “Evet” diye cevap verince. Hz. Peygamber de: “Onların renkleri nasıldır?” buyurdu. Adam: “Kırmızıdır”, dedi. Hz. Peygamber: “İçlerinden yağız olanları da var mı?” diye sordu. O kimse de: “İçlerinde gerçekten yağız olanları da var”, cevabını verdi. Bunun üzerine Hz. Peygamber: “Bunun nereden geldiği zannedilebilir?” dedi. “Onu bir damarın çekmiş olması mümkündür” deyince Hz. Peygamber: “Şu halde bu (çocuğu) da bir damarın çekmiş olması mümkündür.” buyurdu²⁹⁵.

Kıyafenin şüphe ile yapılmış bir zan olduğunu savunan ehl-i rey²⁹⁶, kıyafenin mülâ’ane esnasında beyyine olarak gösterilemiyor olmasını delil göstererek nesep iddia etmek mevzusunda da başvurulmasının yanlış olduğunu ifade etmişlerdir.

Bundan dolayıdır ki, Hanefilere göre biri Müslüman biri gayr-i Müslim olan iki kişi aynı çocuğu nesebine almak istediklerinde Müslüman olan kişi önceliklidir. Aynı şey hür ve

²⁹³ Buhârî, Menâkıb, 23; Müslim, Rada, 11.

²⁹⁴ İbn Kudâme, *el- Muğnî*, VI, 123.

²⁹⁵ Buhârî, Talâk, 26; Hudûd, 41.

²⁹⁶ Mehmet Serhan Tayşi, “Kıyâfe” md., *DİA*, XXV, 508.

kölede de cereyan etmektedir. Hür olan kişinin sözüne itibar edilmekte ve çocuk ona nispet edilmektedir. Nitekim Müslümanlık zimmîlikten, özgür olmak kölelikten üstündür²⁹⁷.

Nesebi meçhul çocuğa iki kadının delil getirerek nesep iddia etmeleri halinde Ebu Hanife ikisinin de anneliğine hükmedilebileceğini savunmuştur. İddia sahibi kadınların ikisinin de delil getirmemesi halinde iddiaları geçersiz olmaktadır. İmameyn'e göre kadınlar delil getirmiş olsalar dahi bu çocuk hiçbirisine nispet edilemez²⁹⁸.

3.1.1.4. DNA Testinin Nesep İçin Delil Kabul Edilmesi

DNA, deoksiribo nükleik asit açılımının kısaltması olup canlının en küçük yapı taşı olan hücrede yer almaktadır. Hücreyi hücre zarı, stoplazma ve canlının tüm kalıtsal mirasını taşıyan çekirdek oluştururken çekirdeğin içinde de DNA kodları bulunmaktadır²⁹⁹. Bir molekül olan DNA, iki nükleotid zincirinin birbirine paralel sarmal bir şekil dönmesiyle merdivene benzer bir görüntüdedir. Her canlının, bu moleküldeki sarmallarında var olan genetik bilgileri şifrelidir. Göz ve saç rengi, vücut yapısı gibi canlılardaki bütün özellikler, DNA moleküllerinden yapılmış olan kromozomlar üzerindeki genler tarafından belirlenmektedir³⁰⁰. Kromozomları bir kütüphaneye benzetirsek kitaplar genler, kitaplardaki satırlar DNA olacaktır³⁰¹. DNA'nın yarısı anneden yarısı babadan gelen genetik kodların barındığı kromozomları barındırmasıyla doğan çocuk, anne-babasının kalıtım özellikleriyle yüklü kendine has genetik bilgiyle dünyaya gelmektedir³⁰².

Yapılan araştırmalara göre bir kişinin genetik kodları ancak tek yumurta ikizi olan kardeşi ile aynı olabilmektedir. Onun dışında herkesin kendine has DNA yapısı mevcuttur. Bu yüzden DNA Testleri, yüzde doksan dokuzları bulabilen kesinlikte soybağını tespit ederek bir ispat vasıtası olarak düşünülmüştür³⁰³.

²⁹⁷ İbn Kudâme, *el- Muğnî*, VI, 125.

²⁹⁸ Heyet, *Fetâvâyi Hindiyîye*, IV, 364.

²⁹⁹ Altan Günalp, Şükriye Ayter, Güven Lülecî, Ahmet Kart, Meral Sakızlı, *Tıbbî Biyoloji Ders Kitabı*, Meteksan, Ankara 1989, s. 123.

³⁰⁰ Tohit Güneş, *Genel Biyoloji*, Arı Yay, Ankara 2006, s. 70.

³⁰¹ Rıfat Erten, Birsan Acır, Sema Taşveren, "Gen (Dna) Testinin İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, sy.1, Ankara 1996, XXXV, 575.

³⁰² Asım Kadioğlu, Zihni Demirbağ, *Temel Biyoloji*, Derya Kitabevi, Trabzon 2000, s. 31.

³⁰³ Turgut Akıntürk, *Türk Medeni Hukuku Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku*, Beta, İstanbul 2004, 9. Baskı, II, 329, 355.

Klasik İslam Hukuku kitaplarında DNA testi yöntemi bulunmamaktadır. DNA'nın bir ispat yöntemi olarak kullanılması yakın geçmişe dayandığı için bu konuya çağdaş İslam âlimleri görüş bildirmiştir.

Çocuğunun sahip olduğu bazı özelliklerinin nesilden nesile ataları tarafından aktarıldığı inancına toplumda damar çekmesi denilmektedir. Ayrıca Hz. Peygamber döneminde anne-babanın, çocuğa aktarılmasında baskın gelen özelliklerine de damar ifadesi kullanılmıştır³⁰⁴. Nesebin ispat yöntemlerinde izah ettiğimiz kıyafe delili, çocuk ile anne-babası arasındaki fiziki benzerliklerin göz ardı edilememesi sebebiyle cumhur tarafından savunulmuştur.

DNA analizine ılımlı yaklaşanlara göre kesine yakın sonuç veren DNA incelemesi, nesebin subûtu için çocuk ile ebeveyni arasındaki benzerliklerden yola çıkan kıyafeye kıyas edilmesi üzerinden bir ispat yöntemi olarak kabul edilmiştir³⁰⁵. Nitekim kıyafede fiziki benzerlik mevzu bahis iken DNA'da da genetik benzerlik söz konusudur.

Kıyafe ilminde işin ehli olarak görülen kaifeler varken DNA ilminde de işin uzman ve yetkili kişileri görev yapmaktadır. DNA araştırmasının uzmanlar ve tıp teknolojisi tarafından yapılması “Eşyada bir şeyi haram sayan bir durum söz konusu olmadığında o şeyin mübah kabul edilmesi³⁰⁶”, kaidesiyle desteklenerek ispata bir vasıta olarak başvurulabileceği caiz görülmüştür.

Çağdaş İslam hukukçuları tarafından bu yöntemin caiz kabul edilmesi, onun kesin ve mutlak bir delil olduğu anlamına gelmemektedir. DNA, tıptaki ilmin sağladığı bir karine³⁰⁷ dir. Araştırılması amaçlanan genlerin işleme alınarak sonucun kuvvetli bir emare ile ortaya konması ve aksi bir ispatın mümkün olmaması bu işlemin ekseriyette kat'i bir karine olarak görülmesini sağlamıştır. DNA testi sonuçlarının da kuvvetli bir karine olmasına rağmen her

³⁰⁴ Ebu Hüreyre (r.a)'dan rivayet edilmiştir: “Bir adam Hz. Peygamber (s.a.v)'e gelerek: “Ey Allah'ın Resulü! Benim siyah bir çocuğum dünyaya geldi” dedi. Adam, ta'riz yoluyla çocuğu nefyetmeyi teklif ediyordu. Hz. Peygamber (s.a.v), onun nefyedilmesine ruhsat vermedi. “Senin bir deven var mı?” dedi. Adam: “Evet” deyince: “Bunların renkleri nasıldır?” diye sordu. Adam: “Kırmızı!” dedi. Resulullah tekrar sordu: “Bunlar arasında boz renkli var mı?” “Evet!” dedi. Hz. Peygamber (s.a.v): “Peki bu nereden (geldi)?” dedi. Adam: “Belki bir damar çekmiştir” deyince, Hz. Peygamber (s.a.v): “Senin oğlun da bir damara çekmiştir!” buyurdular. Bkz.. Buhârî, Talâk, 26; Müslim, Li'ân, 20.

³⁰⁵ Halife Âli el- Ka'bî, *el-Basmatü'l-Verâsiyye ve Eseruha ala'l- Ahkami'l-Fıkhiyye*, Daru'l- Nefaz, Ürdün 2006, s. 361-364; İbrahim Yılmaz, “İslâm (Aile) Hukukunda Dna Parmak İzi Testi İle Nesebin Sübûtu”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy. 22, 2013, s. 80,81.

³⁰⁶ Eşyada asıl olan mübahlıktır. Bkz. Zeydan, *el-Vecîz*, 45.

³⁰⁷ Karine, açık ve net bir sonuca ulaştırmasa da amaca delalet eden şeye denir. Bkz.. Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, “Karîne” md., s. 292.

karinede olduğu gibi ilmi ve teknolojik gelişmelerle delil sıhhatini kaybedebilmesi muhtemeldir. DNA'yı ispat yöntemlerine dâhil edilmesine cevaz veren İslam âlimlerinin çoğu, kuvvetli başka bir delil bulunmaması halinde ancak karinelere (DNA) başvurulması gerektiğini bildirmeleri bu sebeptir³⁰⁸. Çünkü karine, kendisinden daha kuvvetli başka bir delil ile çatışmadığı sürece bir delil olarak değerlendirilir.

DNA analizinin işin uzman ve yetkili kişileri tarafından yapılması ve bu haseple şahsi çıkarların rol oynamaması büyük önem arz etmektedir. Ortaya çıkan sonucun, incelemeye konu olan taraflardan alındığı bilgisinin kesin olması beklenmektedir. Zira aksi görüşteki hukukçuların DNA'yı nesep tayininde bir ispat vasıtası olarak görmemelerinin sebebi araştırma sonucuna olan güvensiz yaklaşımlarıdır. Çünkü DNA sonucu yüzde yüz bir veri sunmamakla beraber işin ehli tarafından gerçekleştirilmeme ihtimaline de açıktır³⁰⁹. DNA'ya yöneltilen bu iki görüşün dışında DNA testinin kat'i karine olarak değerlendirilemeyip ancak hâkimin inisiyatifıyla geçerlik kazanacak destekleyici bir delil olduğu savunmaları da mevcuttur³¹⁰.

Çoğu İslam ülkesinde DNA sonuçları kesin bir delil olarak değerlendirilmektedir. Zira kesine yakın sonuç ortaya koyan bu ilmin cinayet gibi adli araştırmalarda bir ispat vasıtası olarak kullanılıyorken nesep tayininde göz ardı edilmesi mümkün değildir.

DNA analizinin bir ispat vasıtası olarak değerlendirilmesi için inceleme yapılmak istenen nesep anlaşmazlığının evlilik içi sahih bir şekilde kurulmuş olan rabıtaya dair yapılmaması, başvurulma sebebinin gereksiz töhmetlerden değil kuvvetli şüphe ve karinelere dolaylı olması uygun görülmüştür. Çünkü bu şekilde sahih bir şekilde kurulmuş olan nesep bağında en kuvvetli delil olan firaş (evlilik) delili göz ardı edilecektir³¹¹. Nesebi meçhul çocuk için DNA testi talebi, sadece baba veya koca tarafından açılabilir³¹². Genleri incelenmesi gereken kişilerin bu işlem için onayları gerekse de zaruri hallerde hâkim zoruyla araştırılma yapılabilir. DNA araştırması sonucunda şüpheleri uzaklaştırmak

³⁰⁸ Yılmaz, "İslâm (Aile) Hukukunda Dna...", s. 91.

³⁰⁹ Ka'bî, *el-Basmatü'l-verâsiyye*, s. 295.

³¹⁰ Ka'bî, *el-Basmatü'l-verâsiyye*, s. 300.

³¹¹ Ka'bî, *el-Basmatü'l-verâsiyye*, s. 374.

³¹² Yılmaz, "İslâm (Aile) Hukukunda Dna...", s. 104.

adına uzman kişilerin Müslüman kişilerden oluşması benimsenmiş şart olmamasına rağmen bu müesseselerin devlete bağlı bir yer olması amaçlanmıştır³¹³.

3.1.2. TMK’da Nesebin Sonradan Subûtü

Günümüz Türk Hukuk sisteminde evlilik içi doğduğu kabul edilen çocuk, kanunun tahsis ettiği hamileliğin alt ve üst sınırları içerisinde doğan veya anne-babasının hamilelik sonrası doğum öncesi evlendiği çocuklardır. Sonuçta bir çocuğun evlilik dışı olarak kabul edilmesi, anne-babasının hiçbir zaman evlilik akdi yapmamaları, babasının tanımaması veya hâkimin babalığa hükmetmemesi veya nesebinin reddedilmiş olması sebebiyledir.

EMK’da sahih nesep atfedilen çocuklar, evlilik devam ederken veya evliliğin son bulmasından üç yüz gün içinde doğan çocuklar olmasıyla beraber belirli şartların sağlanması şartıyla (zina ve ensest ilişki sonucu doğmaması gibi) “nesebin düzeltilmesi” bağlamında sonradan nesebi sahih hale getirilen “nesebi düzeltilmiş” çocuklardı. Bu şekilde kabul edildiğinde sahih olmayan nesep, evlilik dışı ilişkiyle gündeme gelmekteydi.

EMK’daki evlilik içi (sahihi nesep) nesebe dair bu şekildeki tahsisinin, İslam Aile Hukuku hükümleriyle paralel olduğu görülmektedir. Nitekim İslam’ın, nesebi meçhul olan çocuk için nesep ikrarında bulunulmasına izin vermesi ama bunun için zina gibi İslam cemaatini sarsacak eylemlerin kaynak teşkil etmemesi şartı bu düzlemde koyulmuş bir sınırlamadır. Sahih nesep- sahih olmayan nesep şeklindeki bu ayrımın doğan masum çocuğun aleyhine olduğu, çağ dışı bulunması gerekçeleri üzerine yürürlüğe giren değişikliklerle evlilik dışı ilişki sonucu doğan çocukların evlilik içi çocuklarla hukuken aynı şekilde kabul edilebilmesinin önü açılmıştır. Halen kabul edilmekte olan bu kanun, karşıt görüşte bulunan hukukçular tarafından evlilik birliğine verilen ehemmiyetin sarsılması, toplumun ahlak değerlerine aykırılığı ve evlilik dışı ilişkilere yol açacağı nedenleriyle eleştirilmiştir³¹⁴.

Bizim kanaatimiz de kamu sıhhatinin birey sıhhatinden önde geldiği şeklindeki İslam anlayışı düzleminde olmaktadır. Her ne kadar masum çocuğun aleyhine durumlar gelişmekteyse de din merkezli değil insanlık merkezli hoş karşılanmayan evlilik dışı ilişkinin, toplumda oluşturduğu zararlar göz önüne alınarak kamu sağlığına önem verilmesi öncelikli olmalıdır. Bunun dışında İslam Fukahası, zina sonucu doğan çocuğun değersiz görülmesine karşı çıkmıştır.

³¹³ Ka’bî, *el-Basmatü’l-verâsiyye*, s. 50.

³¹⁴ Akıntürk, *Aile Hukuku*, II, 314-316.

Evlilik sonucu dünyaya gelmeyen çocuğun evlilik içi nesebli olmasını sağlayan bir yöntem ise anne-babasının onun doğumundan sonra evlenmesidir. Bu işlem tanıma ve hâkim hükmünden farklıdır. Zira çocuğun bu yolla, hiçbir kimsenin bildirmesine ve hatta iradesine bağlı olmadan kendiliğinden nesep bağı kurulmaktadır. Evlenme ile oluşan nesep rabıtası, tarafların ölü çocuklarını da kapsamaktadır³¹⁵. Hamile kalmadan sonra doğumdan önce evlenme ile doğacak çocuğun babaya nispet ettirilmesi yönteminin İslam Hukuku'nda da izlerini görmekteyiz. İslam Aile Hukuku, bu şekildeki nesep tayinini evlenme tarihinden itibaren altı ay geçmiş olmasına bağlamaktadır. Evliliklerinin üstünden altı ay geçtikten sonra gerçekleşen doğum, nesebin kendiliğinden erkeğe ilişkilendirilmesini sağlayacaktır. Evlilik tarihinden itibaren altı aydan önce gerçekleşen doğumlar hamileliğin en az müddetini karşılayamadığı için doğan çocuğun erkeğe nispet edilmesini zorlaştırmaktadır. Bu durumlarda erkeğin çocuğunu tanıyabilmesi için gayr-i meşru ilişkisini duyurmadan nesep ikrar etmesi şer'i açıdan muteberdir. Erkeğin bu ikrarında Müslümanın iyi olduğu, kötülüklerin gizlenmesi gerektiği vs. doğrultusunda ihtilaflı veya gizli bir evlilik sonucu ilişkide bulunduğu varsayılmaktadır³¹⁶.

Yukarıda yazılanların dışında evlilik dışı ilişkiden dünyaya gelmiş olan çocuğun babası tarafından kabul edilmesi ve bu şekilde baba-çocuk arasında nesep bağlantısının kurulabilmesi mümkündür. Bazen evlilik içi doğduğu kabul edilen çocuk nesebinin bağlandığı erkeğin çocuğu olmamaktadır. Buna daha çok annenin mevcut evlilik hayatı devam ederken gayr-i meşru ilişki sonucu hamile kalması sebep olmaktadır. Nitekim evlilik devam ettiği için çocuk, annesinin kocasına bağlanmıştır. Bu evliliğin son bulması veya kocanın çocuğu reddetmesi sonucunda çocuğun biyolojik babası, çocuğunu nesebine bağlamak için hukuki işlemlerde bulunabilir.

3.1.2.1. Tanıma

Medeni Kanuna göre tanıma, herhangi bir erkeğe soybağı ile bağlı olmayan bir çocuğun, kendi sulbünden geldiği yönünde doğal babanın kanun aradığı şekiller içindedir ve bu doğrultuda belirlenen makamlara beyanda bulunur³¹⁷.

³¹⁵ Oğuzman, Dural, *Aile Hukuku*, s. 226

³¹⁶ Döndüren, *Delileriyle Aile İlmihali*, s. 176.

³¹⁷ M.K. md. 295.

Ceninlikten ölüme kadar her yaş için babanın çocuğu tanınması geçerli olmaktadır. Tanınan çocuk için belli bir yaş aralığı mevcut değildir³¹⁸. Buna karşın tanınan çocuk, ergin olduktan sonra bir yıl içerisinde babasını red davası açabilir³¹⁹.

Medeni Kanunun md. 16/ 2. bendi tanımanın kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkı olduğu gerekçesiyle küçük ve kısıtlıların tanıma beyanlarında velilerinin iznini gerek görmemektedir³²⁰. Kanunda yapılan değişiklikle normal şartlarda veliye ihtiyaç duyan bu kişilerin tanıma işlemlerinde de velilerinin izni olması şartı getirmiştir³²¹. Ayırt etme gücünün uzun süre kayıp olacağı tam ehliyetsiz kişiler ise babalık iddiasında bulunamazlar. Buna karşın önceden md. 291/ 1. bendinde, tam ehliyetsiz veya ölü baba adına babanın babasının nesep iddia etmesi (tanınması) yolu açıkken günümüzde çocuğun tanınması hakkı sadece babaya verilmiştir³²².

Geçmişle şimdiki medeni kanunumuzun karşılaştırılması niteliğinde bir başka ele alınacak mesele ise fücür ürünü denilen bugünse ensest ilişki³²³ diye tarif edilen ilişkilerin ve zinanın, eski kanunun 292. md. gereği çocuğun tanınmasında olmaması gereken şartlardan sayılmasına rağmen günümüzde bu ilişkilerin nesebin sübutuna (babanın tanınmasına) engel olmamasıdır. Eski hukuk kitaplarında zina ürünü çocuk olarak kategorize edilen tanıma şartları, evli erkek ve evli kadınların gayr-i meşru ilişkileri olarak sınırlandırılmış, bekâr kişilerin evlilik dışı ilişkilerinden doğan çocuğun tanınması her zaman mümkün kılınmıştır.

Evli erkek ve evli kadının zina yapmaları sadakatsiz sayılarak hoş karşılanmamasından olacak ki bu kişilerin gayr-i meşru ilişkilerinden doğan çocukların tanınması mümkün olmamaktaydı. Daha sonra 1991 yılında kabul edilen bir kararla bu hüküm iptal edilmiş ve “...evli kadınların zinasından doğan çocuk tanınamaz” şekliyle kabul edilmiştir. Bu kararla evli erkeğin gayr-i meşru ilişkisinden olan çocuğunu tanıyabilmesi mümkün hale getirilmiş fakat evli kadının gerçekleştirdiği gayr-i meşru ilişkiye sınırlama getirilmiştir. Zira “evli kadının zinasından doğan çocuk tanınabilir” şeklinde ifade edilebilecek olan hak, doğan çocuğun evlilik gereği kocaya nispet ediliyor olması sebebiyle işlevsiz kalmaktadır.

³¹⁸ Feyzioğlu, *Aile Hukuku*, s. 993.

³¹⁹ M.K. md. 300.

³²⁰ M.K. md. 295; Mehmet Altunkaya, “Türk Özel Hukukunda Evlilik Dış Doğan Çocukların Hukuki Durumu”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, sy. 1, Konya 2001, IX, 395.

³²¹ M.K. md. 295.

³²² Altunkaya, “Türk Özel Hukukunda...”, s. 397.

³²³ Usûl-furû, kardeşler, amca, dayı, hala, teyze ve yeğenler vb. arasında geçen cinsi münasebete denilmektedir.

TMK'nın kabul ettiği tanıma hükümlerinin, yukarıda İslam Hukuku açısından izah edilen ikrar işlemiyle önemli noktalarda benzerlik gösterdiği kanaatindeyiz. İslam Hukuku'nda da nesebi meçhul bir çocuk için şartları sağladığı sürece bir erkek tarafından ikrarı mümkündür. Ama bu demek değildir ki erkeğin gayr-i meşru ilişkisine tolerans gösterilmekte ve çocuğu tanımasına müsaade edilmektedir. İslam Hukuku'nda nesebi meçhul çocuk için ikrarda bulunma hakkı, erkeğin gerçekleştirdiği cinsel ilişkinin gizli bir nikâha veya evli olduğu biliniyorsa başka bir kadınla olan nikâh akdine dayanıyor olması ihtimali üzerinden caiz kabul edilmiştir. Nitekim gerçekleştirilen cinsel ilişkinin zina olduğunun söylemesi veya alenileşmesi hallerinde yapılan ikrar yürürlük kazanmamaktadır.

Yukarıda 1991 yılına ait beyan edilen kanun maddesinde “Birbiriyle evlenmeleri memnu olanlardan” ifadesine yer verilerek ensest (fücur) ilişkiler sonucu doğan çocuğun tanınması, çocuğun lehine olmayacağı, aksine onu toplum içinde hoş olmayan ilişkinin ürünü olduğunu alenileştirmesi açısından kabul edilmemiştir. Buna görüşlerin günümüz hukukçuları tarafından güncel olmasıyla beraber³²⁴ YMK'da, fücur ürünü çocuğun babası tarafından tanınmasına ve yapılan bu eylemin meşrulaştırmasına izin verilmiştir³²⁵. EMK'nın çocuğun menfaatinden önce toplumun değer yargılarını göz önüne alarak verdiği hüküm YMK ile yok sayılarak bizim de uygun görmediğimiz bir hakla utanç verici bu ilişkilerin sonuçları kolaylaştırılmıştır.

TMK tanımanın hatalı, hileli veya menfaatli olabilmesi ihtimallerini gözeterek tanımanın ana, çocuk ve çocuğun ölümü hâlinde altsoyu, Cumhuriyet savcısı, Hazine ve diğer ilgililer iptalini dava edebilmesine hak tanımıştır³²⁶.

3.1.2.2. Babalık Davası

Bir önceki maddedeki tanıma eyleminin baba tarafından gerçekleştirilmemesi durumlarında evlilik dışı çocuğun veya annenin doğal baba için babalık davası açması da nesebi sabitleme yöntemlerindedir. Bu şekilde mahkeme huzurunda çocuk ile baba arasında nesep tayin edilmiş olur³²⁷.

³²⁴ Nüşin Ayiter, “Türk Medenî Kanunu Öntasarısı Ve Gerekçesinin Nesebe İlişkin Hükümleri Hakkında Görüşler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, sy.1, Ankara 1973, XXX, 164.

³²⁵ Altunkaya, “Türk Özel Hukukunda...”, s. 401.

³²⁶ M.K. md. 298.

³²⁷ M.K. md. 301.

Babalık davası çocuğun doğumdan önce veya sonra açılabilmektedir. Annenin dava süresi çocuğunun doğumundan sonraki bir yıllık süredir. Çocuğun dava hakkı ise kendisine kayyım tayin edildiği veya ergin olduğu tarihten itibaren bir yıl içerisinde geçerlidir³²⁸.

Annenin babalık davası açabilmesi için çocuğun ana rahmine düştüğünde başka biriyle evli olmaması gerekir. Zira normal koşullarda cenin, kocaya ait olmaktadır. Ama evli olunan koca çocuğun reddini talep ederse o zaman kadın iddia ettiği erkeğe babalık davası açabilmektedir.

EMK'ya göre babalık davası açılabilmesi için bu erkeğin evli olmaması, boşanmış ise altsoyunun bulunmaması şartı mevcuttu³²⁹. Bu şartlar sebebiyle babalık davalarında görülen aksaklıklar kanun maddesini gözden geçirme ve düzenleme yapılmasına ihtiyaç hissettirmiştir. Sonuçta, 21.5.1981 T ve E. 1980/29 K. 1981/22 sayılı karar ile eski Medeni Kanun'un 310/2. bendinde yer alan bu şartlar iptal edilmiştir.

Eski Medeni Kanun'da "şahsi ve mali sonuçlu" diye iki farklı şekilde babalık davası bulunmaktaydı. Şahsi sonuçlu babalık davasında soyad, vatandaşlık, mali vb. hakların doğacağı şekilde çocuğun babasıyla nesep rabitası kurulmaktayken mali sonuçlu babalık davasında erkeğin evli olması dikkate alınmayarak çocuk ve ana için babanın mali sorumluluğuna karar verilmekteydi. Evli erkek için şahsi babalık davası açılmasının imkânsızlığı mali sonuçlu babalık davasının yaygınlaşmasına sebep olmuştur³³⁰.

Mali sonuçlu babalık davası, çocuğun baba tarafından soybağının kurulmaması ile sonuçlanmaktadır. Hal böyle olunca, çocuk ile baba birbirine yabancı olmakta, akrabalar arası hısımlık meydana gelmemekte, erkeğin evli olmasıyla sadece maddi sorumluluklarının oluşturulduğu kurtarıcı bir dava olmaktadır. Çocuk-baba, karı-koca arasında oluşturulan mali ilişkiler, nesep bağlantısının doğal sonucu olmalıdır. Bu anlaşmazlık Yargıtay'ın 1997 yılında vermiş olduğu karar ile kısmen giderilmiş, mali sonuçlu babalık davasının nesep bağı oluşturarak miras hakkını vereceği buna karşın soyad ve vatandaşlık gibi hakların kazanılamayacağı sonucuna varılmıştır³³¹.

En nihayetinde Günümüz Medeni Kanunu'nda babalık davasındaki ayırım tamamen ortadan kaldırarak, babalığı iddia edilen erkeğin evli olmaması gerektiği şartı iptal edilmiştir.

³²⁸ M.K. md. 303.

³²⁹ Oğuzman, Dural, *Aile Hukuku*, s. 362.

³³⁰ Altunkaya, "Türk Özel Hukukunda...", s. 409, 410; Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, s.566; Öztan, *Aile Hukuku*, s.428.

³³¹ Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, s.566.

Erkeğin çocuğun doğumundan önceki üç yüzüncü gün ile yüz sekseninci gün arasında anne ile cinsel ilişkide bulunmuş olması, babalığa karine sayılmaktadır. Bu sürelerin sağlanamadığı doğumlarda fiili gebe kalma döneminde davalının anne ile cinsel ilişkide bulunduğu tespitini babalık karinesi olarak değerlendirilmektedir. Davalı, çocuğun babası olmasının olanaksızlığını (kısır olduğunu, annenin o sırada gebe olduğunu, kendisinden kaynaklı gebeliğin düşükle sonlandığını vs.) veya bir üçüncü kişinin baba olma olasılığının kendisinkinden daha fazla olduğunu (doğan çocuğun kadının sevgilisine daha çok benzemesi, fiziken davalının ırkından farklı görünmesi vs.) ispatlarsa karine geçerliliğini kaybeder³³².” Davacı davalının kritik dönemlerde cinsel ilişkiye girdiğini resim, mektup, yazışmalar, ikrar, doğum masraflarını karşılama vs. ile kanıtlayabilmektedir³³³.

Eski Medeni kanun davacı kadının iffetsiz olması ve kritik dönemde davalı erkekten başka erkeklerle de cinsel ilişkide bulunması halinde davayı reddetmekteydi. Bu durumlar davalının babalığını reddetmesi için yeterli bir delil sayılmaktaydı³³⁴. Ama YMK’da kadının çok erkekle birlikteliği, başka erkeğin baba olma olasılığının davalı erkeğin babalığından daha yüksek olduğunu gösteren bir karine olarak değerlendirilmemiş, davanın reddi için kesin ispat yolları aranmıştır³³⁵.

TMK’daki babalık davası İslam Hukuku’nda geçen doğrudan ikrara karşılık gelmektedir. Buna karşın İslam Hukuku’nda dolaylı yoldan iddia edilebilen babalık davası (dolaylı ikrar) TMK ile aynı şekilde oluşturulmamıştır. “Bu kişi benim kardeşimdir” ifadesi şahsın kardeşi ile nesep rabitasının kurulmasıyla beraber aynı zamanda ortak bir erkeğin babalığını da iddia etmektir. Bu şekilde dolaylı yoldan kan bağı TMK’nın da ancak kardeşi olduğu iddia edilen kişinin babasına dava açma yolu ile gündeme gelebilmektedir. Başkasının üzerinden nesep iddia etme İslam Hukuku tarafından her ne kadar mümkün olsa da ikrarın muteber sayılabilmesi için gerekli şart ve onayların neler olduğu İslam uleması tarafından ihtilaflı kalmıştır. Sözelimi kardeşine nesep iddia eden kişinin ikrarına kardeşinin babası onay vermeli ya da iddia sahibinin kuvvetli deliller getirmesi istenmektedir³³⁶. Bu ortak şartların dışında ikrar edilen kişinin mirasçılarının onayını gerekli gören görüşler de mevcuttur.

³³² M.K. md. 302.

³³³ Akıntürk, *Aile Hukuku*, II, 356.

³³⁴ Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, s. 547-551.

³³⁵ M.K. md. 302; Akıntürk, *Aile Hukuku*, II, 355, 356.

³³⁶ Zeydan, *el-Mufasssal*, s. 402, 403; Zuhaylî, *İslam Fıkıhı Ansiklopedisi*, IX, 25, 26.

Yukarıda teorik olarak sunduğumuz bu bilgiler pratikte evlilik dışı çocuğun nesebinin ne denli zorlu ve onur kırıcı olabileceğini göstermektedir. Kadının başka bir erkekle evli olması durumunda iş daha da çıkmaz hale gelmekte koca için sarsıcı bir olay olmasının dışında halledilmesi gereken, şüphelerin toplandığı bir birleşme olmaktadır. Hukuki olarak bir erkek için kendisine nispet edilmiş olan bir çocuğun nesebinde çıkarılması ancak kendisinin ret etmesine bağlıdır. Nesebi reddedip etmemesi de karine ve delillerin toplanmasına ihtiyaç duymaktadır. Bunun ötesinde evlilik dışı ilişki kurmuş kadın için, koca tarafından reddedilen çocuğun doğal babası tarafından tanınmaması riski her zaman mevcuttur.

3.1.2.3. Türk Hukuku Nesep Davalarında DNA Testinin Kullanılması

Ülkemizde DNA testi sonucunun davalara ışık tutması daha çok ceza davalarında gündeme gelmekteydi. Halen daha genellikle olay mahallinde mağdur veya suçluya ait olan dokuya ulaşılması halinde bu, davaya kesin bir delil olarak sunulmaktadır³³⁷. Nesebin subûtu veya reddi davaları için kullanılması yakın geçmişe dayanmaktadır.

Nesep davalarında DNA testi takdiri delil olarak kabul edilmiştir. Hâkim ilk olarak DNA testini talep etmemekte taraflara ait kan testine başvurmaktadır. İnceleme yapılacak kişilerin cinsel ilişkide bulunma ihtimallerinin düşük olması da DNA analizine başvurulmasına engeldir. DNA kesin sonuç vermesine rağmen anne-baba ve çocuktan elde edilen kan testi de yüzde doksan civarı çok yüksek sonuçları verebilmektedir. Öyle ki belli bir oranın altında kalan sonuçlarda hâkim, nesebin subûtu veya reddi için açılmış davayı reddedebilmektedir³³⁸. Buna karşın hâkim, DNA incelemesi üzerine takdirini sonuç için değil inceleme aşamaları ve koşulları vb. harici eylemler üzerine yapmaktadır. DNA testine başvurulmaması noktasında İslam Hukuku ve Türk Hukuku aynı görüşte hareket etmişlerdir.

Türk hukukunda, incelemenin talep edildiği tarafların bu araştırma için zorlanması üzerine Türk hukukçuları tarafından çeşitli fikirler savunulmuştur. En uygun olarak kabul edilen görüşün hâkim tarafından genlerinin araştırılması istenen kişinin buna zorlanmaması ama kaçınması halinde ise karşı ispatla yükümlü olacağı şeklindeki yöntem olduğu kabul edilmiştir³³⁹.

³³⁷ Erten, “Gen (Dna) Testinin İspat...”, s. 577.

³³⁸ Oğuzman, Dural, *Aile Hukuku*, s. 209.

³³⁹ Oğuzman, Dural, *Aile Hukuku*, s. 210.

Önceden karar kılınmış bir davanın DNA testi ile iadesi ve nesep kararını değiştirmesi üzerine herhangi bir Türk kanunu hükmü bulunmamaktadır. Yargılamanın yenilenmesi için sayılmış olan maddelerde böyle bir sebep sayılmamıştır³⁴⁰.

3.2. Evlat Edinme

Türkçede “evlatlık” olarak adlandırılan kan ile kendisinden olmayan bir çocuğu, evladymış gibi kendisine bağlama işlemi Arapçada tebenni olarak isimlendirilmektedir. TMK’mızın da içinde bulunduğu pek çok medeni hukuka göre evlat edinme mümkün iken İslam Hukuku’nda evlat edinme ile soybağı kurulamamaktır.

Eski Çin, Hint, Babil, Asur, Süner, Mısır, İran, Yunan ve Roma hukukları evlatlık müessesine her zaman yer vermişlerdir. Evlatlık, orta çağın başlangıcında kısmen görülmekteyken evlat edinme uygulamasının pek çok ülkede kanunlaştırılmasıyla önemi giderek artmıştır. Bunun bir örneği Birinci Dünya Savaşı akabinde Fransa’da görülmüştür. Ortada kalan kimsesiz savaş mağduru çocuklar, Fransızlar tarafından evlatlık alınmış ve bu müessese ülkede kanunlaşmıştır³⁴¹.

Türkiye’de adı evlat edinme olmayan beslemelik tarzı sahiplenmeler evlatlık olarak kabul edilebilecek çok eski uygulamalardır. Bu şekilde ailesi olmayan daha çok zina mahsulü çocuklar evlat edinilirken ondan da evin basit işlerine yardım beklenmekteydi.

Günümüzde evlat edinme müessesesinin yaygınlaşması cahiliye dönemi tavırlarına bir dönüştür. O dönemde evlatlık ya da büyütme şeklinde adlandırılan bu uygulamada bir lakit seçilerek bu çocuk kendi neseplerine bağlanmaktaydı. Babasının adı ile beraber anılıp aralarında hukuki işlemler cereyan etmekteydi. Birbirlerine varis oldukları gibi akrabaları arasında da evlenme engelleri oluşmaktaydı. Evlatlık, evlat edinenin kızı, kız kardeşi, halası, teyzesi ile evlat edinen de evlatlığın önceki eşleriyle evlenemezdi³⁴².

3.2.1. İslam Hukuku’nda Evlat Edinme

Bir çocuğun himaye edilmesi, koruyup kollanması, masraflarının karşılanması gibi öz çocuk muamelesi dinimizce tavsiye edilmişse de hukuki açıdan evlat muamelesine tabi tutulması kabul görmemiştir. Nitekim bunun en kat’i delili şu ayettir:

³⁴⁰ Mustafa Saldırım, “DNA İncelemesinin Hukuk Alanındaki İşlevi”, AD 2000, sy. 4, s. 144.

³⁴¹ Murtaza Köse, “Mukayeseli Hukukta Evlat Edinme Problemi”, *Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sy. 15, Erzurum 2001, s. 269,270.

³⁴² Köse, “Mukayeseli Hukukta Evlat...”, s. 268, 270.

- *Allah bir kişinin göğüs boşluğunda iki kalp yaratmamıştır, annelerinize benzeterek haram olsun dediğiniz eşlerinizi anneleriniz kılmamış, evlâtlıklarınızı da gerçek oğullarınız yapmamıştır. Bunlar sizin kendi iddianızdır; hak ve hakikati Allah söyler, doğru yolu da O gösterir. Evlâtlıklarınızı babalarının soyadlarıyla anın. Bu Allah katında adalete daha uygun bir davranıştır. Eğer onların babalarını bilmiyorsanız o zaman kendileri sizin din kardeşleriniz ve dostlarınızdır. Yanıldığınız hususta size günah yoktur, fakat bilinçli ve kasıtlı olarak yaptıklarınızdan sorumlusunuz. Allah çok bağışlayıcı ve ziyadesiyle esirgeyicidir³⁴³. ”*

İslam Hukuku’nda evlatlığın öz çocuk olarak telakki edilemeyeceği bizzat Hz. Peygamber’in kendi hayatıyla örneklendirilmiştir. Hz. Hatice’nin hediye ettiği Zeyd b.Harise³⁴⁴ Hz. Peygamberin evlatlığı idi. Gerçek anne-babaları oğullarını isteyince Zeyd bu konuda muhayyer kılınmış, sonuçta Zeyd gerçek anne-babalarına dönmeyi reddetmişti. Bu olaydan sonra Zeyd hep Hz. Peygamber (s.a.v)’in evlatlığı olarak anılmıştır.

Yukarıdaki ayet nazil olduktan sonra evlat edinme müessesesinin Arap kültürünün aksine bir hal aldığını kanıtlamak ve bunu net bir şekilde ümmetine göstermek Hz. Peygamber’in uygulamasıyla vücut bulmuştur.

Hz. Peygamber (s.a.v), Zeyd’in hanımı olan ama şiddetli geçimsizlikten dolayı anlaşamayarak ayrıldığı Zeynep binti Cahş³⁴⁵ ile evlenmiş³⁴⁶ ve bu olayla evlatlık ile öz çocuğun hiçbir zaman bir sayılamayacağı İslam dünyasına duyurulmuştur. Çünkü İslam anlayışında ayette de belirtildiği gibi bir evlatlığın öz çocuk yerine koyulması, dillerin boş sözlerinden başka bir şey değildir.

Hz. Peygamber’in bu şekilde gerçekleştirdiği evlilik, daha sonra nazil olacak olan ayetle beraber evlatlık uygulamasına karşılık gelen son noktayı koymuştur:

³⁴³ Ahzab, 33/ 4-5.

³⁴⁴ Zeyd, beni Kelb kabilesinden Harise’nin oğludur. O sekiz yaşında iken annesi ile beraber kabilesi olan beni Maan’a giderken esir düşmüş ve annesinden ayrılarak Mekke’ye götürülmüştür. Oralarda Hz. Hatice’nin yeğeni Hâkim b.Hizam teyzesi için satın almıştır. Daha sonra Hz. Hatice Zeyd’i Hz. Peygamber’e hediye etmiştir. O’da Zeyd’i azad edip evlat edinmiştir. Onun meclis ve terbiyesi altında yetişmiş bir kişidir.

³⁴⁵ Zeynep, Rübabel Esediyye’nin oğlu olan Cahş’ın kızıdır. Cahş’ın annesi Ümeyme Abdulmuttalib’in kızıdır. Baba tarafından Esed oğulları anne tarafından Haşim oğullarına bağlıdır. Zeynep, Hz. Peygamber’in halasının kızı olup aynı zamanda eşlerindendir.

³⁴⁶ Ahmet Karabulut, *Hz. Muhammed Niçin Çok Evlendi*, Diyanet İşleri Başkanlığı Yay., Ankara 1991, s. 117- 145.

- “Bir zaman, Allah’ın kendisine lutfu bulduğu, senin de lutfkâr davrandığın kişiye, “Eşinle evlilik bağına koru, Allah’tan kork” demiştin. Bunu derken Allah’ın ileride açıklayacağı bir şeyi içinde saklıyordun, kendisinden çekinme hususunda Allah’ın önceliği bulunduğu halde sen halktan çekiniyordun. Zeyd onunla beraber olduktan sonra müminlere, evlâtlıklarının -kendileriyle beraber olup ayrıldıkları- eşleriyle evlenmeleri hususunda bir sıkıntı gelmesin diye seni o kadınla evlendirdik. Allah’ın emri elbet yerine getirilecektir³⁴⁷.”

Sonuç itibariyle İslam Aile Hukuku’na göre evlatlık ne bir hukuki sonuç meydana getirecektir ne de nesebin bir zinciri olabilecektir. Evlat edinilmiş çocuk, belli bir kan bağıyla bağlı olmamasından dolayı hiçbir zaman öz evladın yerini tutmamaktadır. Evlat edinme sonucu hukuki işlemlerde herhangi bir hak ve sorumluluğun (miras, nafaka, emzirme, bakım vb.) söz konusu olmaması gerekmektedir.

Hadis-i şeriflerde bir kimsenin, evladı olmadığı halde evlat edinen kimseyi babası olarak görmesinin kabul edilemeyeceği gösterilmektedir. Bu durum, çocuğun bilgisi dâhilinde olmasıyla da geçerlidir.

- Ebu Osman en-Nehdi anlatıyor: “Sa’d İbnu Ebi Vakkas (r.a)’ı dinledim. Demişti ki: “Resulullah (s.a.v) buyurdular ki: “İslam’da bir kimse asıl baba varken bir başkasının babası olduğunu söylerse ve bu iddiasını da o kimsenin babası olmadığını bilerek yaparsa, cennet ona haramdır³⁴⁸.”

İslam Hukuku evlatlığı yasaklamış olsa da evsiz, kimsesiz, ailesiz kalmış çocukların himaye altına alınmasını, koruyup gözetilmesini her zaman teşvik etmiştir. Hz. Peygamber (s.a.v)’in hadisleri bunu göstermektedir.

- Resulullah (s.a.v) buyurdular ki: “Kim üç yetimi yetiştirir, nafakasını temin ederse, sanki ömrü boyu geceleri namaz kılmış, gündüzleri oruç tutmuş ve sabahtan akşama yalın kılıç Allah yolunda cihad etmiş gibi sevap alır. Keza, ben ve o, şu iki kardeş (parmak) gibi cennette kardeş oluruz” buyurdu. Şahadet parmağı ile orta parmağını birbirine yapıştırdı³⁴⁹.

³⁴⁷ Ahzab, 33/ 37.

³⁴⁸ Buhârî, Feraiz, 29; Müslim, İman, 114; Ebu Davud, Edeb, 119.

³⁴⁹ Buhârî, Edeb, 23; Müslim, Zühd, 42.

- “Müslümanların evleri arasında en hayırlı ev, kendisine iyi davranılan bir yetimin bulunduğu evdir. Müslümanlar arasında en kötü ev ise, içinde kendisine kötü davranılan bir yetimin bulunduğu evdir³⁵⁰.”

Himaye edilen çocuğun dertlerinin çözülmesi, ihtiyaçlarının giderilmesi, yetiştirilip iyi birer birey haline getirilmesi gibi yapılan destekler takdire şayan bir durumdur. Dikkat edilecek nokta; bu çocuğun mahremiyet ve hukuki açısından kesinlikle öz evlat gibi kabul edilemeyeceğidir³⁵¹. Sahiplenen kişilere karşı örtünme, dokunma, evlenme gibi meselelerde yabancı konumundadır. Evlat edinen kişilerden kendisine mirastan pay düşmese de iyi niyetten kaynaklı maldan belli miktar bağışlanabilmesi mümkündür.

Bir çocuğu sahiplenerek onun maddi-manevi ihtiyaçlarını karşılamak evlat edinmek anlamına gelmemektedir. Önceden izah edildiği üzere kimsesiz çocuğa kol kanat açmak insanlık ve kardeşliğin bir gereğidir. Ama nesep iddia etmek nesebi uydurmaktır ve bu batıldır. Nitekim nesebin mastarı doğum veya nikâhtır. Evlatlık alınan çocuğa mirastan pay verilerek gerçek akrabaya zülüm edilmektedir. Çünkü bu uygulamada gerçek olanla olmayan ortak sayılmış ahlak ve fazileten ödün verilmiştir. Misal olarak, bir erkek kız kardeşi olmayan birisiyle yıllarca kardeş gibi aynı evi paylaşmakta bununla beraber o kişiyle evlenme hakkı da kanunen elinden alınmaktadır. Bunun tam tersi, evlatlığa malından hiçbir pay vermemekte onun yıllarca öz evlat değerlerine sahipmiş gibi yaşatılıp sonradan o mevkiden indirilmesidir. Bunun ötesinde bazen evlat edinilen çocuklardan gerçek saklanmakta ve çocuğa öz olduğu inandırılarak gerçek dışı hayat inşa edilmektedir. Bu durum evlat edinip bunun açıklanmasından daha büyük yıkımlara ve hayal kırıklıklarına sebep olmaktadır. Evlat edinmenin yasaklanması, bu işlemin İslam’ın diğer hükümlerine ve düzenine ters düşmesindendir.

Her şeyden önce nesebin öz anne-baba’dan zincirlenmesi benimsenmiştir. Bu şekilde çocuk, soyunu bilecek ve kütüğünü idame ettirecektir. Evlatlık müessesesinde nesil gerçek olmayan soydan devam ettirilmektedir. “Akdi nesep” adı altında hukukun gerektirmesi sebebiyle gerçek olmayan sahte ve yapma bir nesep bağı oluşturulmakta evlatlık öz çocuk yerine geçmektedir³⁵². Daha önceden de ifade edildiği gibi öz olmayan bu çocuk, öz anne-babası olmayan kişilere karşı yabancıdır. İslam fıkhi akrabaların arasında bile mahremiyetin

³⁵⁰ İbn Mace, Edeb, 6.

³⁵¹ İbrahim Acar, “İslam Hukuku Açısından Evlat Edinme ve Hz. Peygamber’in Zeynep’le Evliliği”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy. 7, 2006, s.108-110.

³⁵² Akıntürk, *Aile Hukuku*, II, 359.

sınırlarını, yakınlık derecelerini belirlemiş ve ona göre hareket edilmesini istemişken evlatlık ve onu sahiplenen kişiler arasında az ya da çok İslami bazı yasaklar çiğnenecektir. Öz olmayan çocuğun öz akraba bağıyla bağlanan kişiler gibi mirastan pay alması da evlat edinenin kan akrabaları tarafından kabullenilmesi zor bir durumdur. Bununla beraber İslam Hukuku miras paylarını çok ince ayrıntısıyla düzenlemişken, murisin soyuna ait olmayan bir kişinin mirastan pay elde etmesini makul görmek mümkün değildir. Evlat edinilmiş olsa dahi İslam Miras Hukuku, bu gibi yabancı kişilere ancak mirasının üçte biri kadarının verilebileceğine hükmetmiştir.

Evlat edinme evlatlığın ve evlat edinenin maslahatına gelişmiş sosyal bir olay olarak görülebilmektedir. Nitekim çocuk özlemi çeken kişiler bir çocuğu yetiştirebilecek iken evlatlık çocuk sıcak bir aile ortamına kavuşacaktır. Aynı şekilde evlilik dışı çocuklar herhangi bir anne-baba tarafından tanınabildiği için nesebi düzgün bir şekilde kurulabilecektir³⁵³. Tüm bunlar evlat edinme müessesinin yararları olarak söylenebilir ancak aynı ve belki de daha ziyade derecede zararları da yadsınamayacak bir gerçektir. Nitekim evlat edinme ile bazı kişilere gayr-i meşru ilişkilerin zemini hazırlanabilmektedir³⁵⁴. Beden üzerinde gerçekleştirilen suiistimal her zaman cinsel yönden olmamaktadır. Bazen evlatlığın emeği kullanılarak hizmetçi veya bakıcı olarak konumlandırıldığı da görülmüştür. Ayrıca mirasta hisse taksimini değiştirme amaçlı, kan bağı olmayan akrabaların cinayette bulunması aralarında kan bağı bulunan kişilere nazaran daha yaygın olmaktadır³⁵⁵.

İslam'da ihtiyaç sahibi çocukların koruyup gözetilerek himaye edilmesinin ve yetimin başının okşanmasının cennette Hz. peygamber (s.a.v) ile beraber olmaya vesile olduğu³⁵⁶ birçok yerde vurgulanmıştır. Bu çocukların aşağılanmaması, malının haksız yere alınmaması emredilmiştir. Evlatlık gündeme gelmeden de gereken ilgi ve yardım bu şekilde sıcak bir ortamın oluşturulmasıyla sağlanabilir. Bir çocuğu benimsemek ve ona kol kanat germek için evlat edinme tek yol değildir.

Ayet ve hadisler ışığında, evlat edinmenin İslam ruhuna ters olmasının sebebi nesebin hakikatini bozmasındandır. Nesep Allah tarafından konulmuştur. Çocuğun gerçek anne veya babasından başkasına nispet edilmesi hakikati zayi etmektir. Bununla beraber İslamiyet, bir

³⁵³ Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, s. 445.

³⁵⁴ Köse, "Mukayeseli Hukukta Evlat...", s 280,281.

³⁵⁵ M. Aytekin Ataay, *Medeni Hukukta Evlat Edinme*, İstanbul 1957, s. 14.

³⁵⁶ Buhârî, Talak, 25.

çocuğa nesebinin değiştirilmediği sürece himaye, terbiye, mali yardım, mesken vb. yardımları tavsiye etmiş, övgüye ve mükâfata mazhar muaşeretlerden saymıştır³⁵⁷.

Osmanlı Devleti'nde evlat edinmeye müsait kurumlar mevcuttu. Bunların en meşhuru darüşşafaka ve darülaceze olmakla beraber Balkan Savaşları sonucunda ailelerini yitiren çocuklar için açılmış darüleytamlardır³⁵⁸. Bu kurumlarda kimsesiz çocukların ihtiyaçları karşılanmakta ve gerektiğinde bu çocukların evlatlık olarak verilmesi sağlanmaktaydı. Günümüz evlat edinmeden farklı olarak nesepleri, evlat edinen kişilere bağlanmamaktaydı. Bundan hâsıl olarak, evlatlık ile evlat edinen arasında evlenme engelleri oluşmamakta ve miras gibi hukuki münasebetler gündeme gelmemektedir³⁵⁹. Osmanlı devleti evlatlık müessesini sınırlandırarak İslam'ın yasakladığı nesep yönüyle sahiplenmeye izin vermemiş, yetim ve öksüz kol-kanat germe ortam ve olanaklarını istihdam etmiştir.

İslam'da yasaklanmış olmasına rağmen çok sayıda Müslüman çift, evlat edinme işlemine başvurmaktadır. Bu aşamada çiftlerin, evlat edindikleri çocuğa karşı mahremiyet açısından yabancı olduklarını bilmeleri önemlidir. Mahremlığın sağlanması amacıyla evlat edinen kadının sütanne olması en kurtarıcı yol olmaktadır. Çünkü İslamiyet, süt akrabalığını kan akrabalığı gibi kabul etmiştir.

- Ebu Huzeyfe'nin karısı Sehle bint Süheyl: “Ey Allah'ın Resülü biz Salim'i çocuğumuz diye çağırıyorduk. “*Allah evlatlıklarınızı öz oğlunuz gibi tanımadı...*” mealindeki ayet nazil olduğundan artık o benim yanıma gelebilir mi? Ben Ebu Huzeyfe'nin nefsinde onunla ilgili bir şeyler hissedirim” dedi. Hz. Peygamber: “Onu emzir de sana mahrem olsun” demiştir³⁶⁰.

Bunun için evlat edinen kadının tıbbi yardım alarak süt üretme ve emzirme gücüne sahip olması ve iki yaşından küçük olan evlatlığını sütüyle beslemesi gerekmektedir³⁶¹. Bu sebeptendir ki evlenme engellerinin oluşması açısından emzirme yönteminin işlerlik kazanması evlatlık alınan çocuğun iki yaşından küçük olmasıyla gerçekleşmektedir.

İslam Hukuku doğrultusunda süt emme ile akrabalık ilişkisi kurulan evlatlığın durumu, birbirleri ile hukuki bağlarının olmaması yönüyle TMK'dan ayrılmaktadır.

³⁵⁷ Köse, “Mukayeseli Hukukta Evlat...”, s. 297.

³⁵⁸ Köse, “Mukayeseli Hukukta Evlat...”, s. 300, 301.

³⁵⁹ M. Akif Aydın, *İslam ve Toplum İlmihal*, TDV Yay., İstanbul 2010, II, 243.

³⁶⁰ İbn Kesir, *Tefsiru 'l-Kur'ani'l-'Azim*, VI, 377.

³⁶¹ Besle(n)me miktarı mezheplerce ihtilafıdır.

3.2.2. TMK’da Evlat Edinme

Medeni Kanun’da suni nesep olarak isimlendirilen bu durum, hukuki işlemlerden sonra evlatlığın, öz evlat gibi muamele gördüğü nesep bağıdır. Bir şahıs diğer bir şahsı, kanunun tespit ettiği şartlar dâhilinde, evlat edinirse bu iki şahıs arasında nesep bağına benzer bir rabıta doğmaktadır. Bu bağ önceden sözünü ettiğimiz gibi evlatlık ile evlat edinen arasında evlenme engeli oluşturacak kadar kuvvetlidir.

Evlat edinme için gerekli olan şartlar, evlatlığın amaç dışı yaşam sürmesinin önüne geçmek içindir. Ne var ki bu şartlar, zaman içinde değişim talepleriyle karşılaşmıştır.

1.2.1.1. Yaş Durumu

Bu şartlardan ilki, evlat edinecek velilerin en az otuz yaşında olma veya bu velilerin en az beş yıllık evli olmaları zorunluluğudur³⁶². Evlat edinen kişi evli olsun veya olmasın, en az otuz yaşında olup evlat edineceği çocuk ile arasında en az on sekiz yaş fark olmalıdır.

Evlat edinecek çiftlerden birisinin evladı, diğeri tarafından ancak, çiftlerin en az iki yıl evli olmaları veya otuz yaşını doldurmuş olmalarıyla mümkündür³⁶³.

Evlat edinme için alt sınır olarak belirtilen otuz yaşı, evlat edinmeye dair son düzenleme ile kabul edilmiştir. Nitekim önceden bu sınır kırk yaş olduğu halde Medeni Kanunun 253. md.si 16.6.1983 t. li ve 2846 sayılı kanunla otuz beş yaşa çekilmiştir.

Evli olmayan çiftin beraber evlat edinmeleri mümkün olmasa da³⁶⁴ evli olmayan bireyin tek başına evlat edinmesine imkân tanınması tartışmaların merkezini oluşturmaktadır. Bizim de kanaatimize göre evli olmayan bir kişinin otuz yaşını doldurması yeterli görülerek evlat edinmesi doğru değildir. Evlat edinmenin en temel gayesi, bireyi evlat sahibi etmek değil çocuk için aile ortamı oluşturmaktır. Neticede bazı Avrupa ülkelerine ait hukuk doktrininde bu doğrultuda hüküm verilerek evli olmayan kimsenin evlat edinemeyeceği kabul edilmiştir³⁶⁵.

³⁶² M.K. md. 306.

³⁶³ M.K. md. 307.

³⁶⁴ M.K. md. 306.

³⁶⁵ Basın Birimi, “Tematik Bilgi Notu- Velayet Hakları”, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi*, Ağustos 2015, s. 2.

1.2.1.2. Altsoyu Bulunup Bulunmama

2005 tarihinde 5399 sayılı yasanın 1.md. TMK'nın 313. md. yapılan ve 15.07.2005 tarihinde yayınlanarak yürürlüğe giren değişiklikle altsoyu bulunanların, ergin veya kısıtlıları evlat edinmesi altsoylarının onayına tabi kılınmıştır. Oysa bu değişiklikten önce, eğer evlat edinilen kişi ergin ve kısıtlı ise evlat edinecek şahsın evlilik dâhilinde doğmuş veya nesebin tashihi ile meşru hale gelmiş alt soyu bulunmaması gerektiği zira meşru alt soyunun bulunmaması evlat edinmenin gaye ve asli şartını teşkil etmeyeceği benimsenmekteydi.

Evlat edinilen çocuk küçük ise, evlat edinecek kişi veya kişilerin altsoyunun olması evlat edinmesine engel değildir. Bunun için gözetme şartında da geçeceği üzere evlat edinme işleminden evvel küçüğün en az bir yıl süreyle evlat edinecekler tarafından bakılmış olması ve evlat edinme işleminde küçüğün menfaatinin bulunması gerekmektedir. Evlat edineceklerin başka çocukları varsa, evlatlık ilişkisi kurulurken onların menfaatleri de gözetilmelidir.

Evlat edinen çiftin altsoyunun olup olmaması meselesi önemlidir. Daha önceki kanunlarda evlat edinme anlayışı evlat edinme aşamasında altsoyun olmasının, bu hakkın verilmesinin lüzumsuzluğuna sebep olarak kabul edilmekteydi. Bunun sonucunda sahih nesepli furû olanların evlat edinmesi mümkün değildi³⁶⁶. Ama evlat edinme sırasında altsoyu bulunmayıp daha önceden olan altsoyunun olup ölmesi veya gaipliği, evlat edinmesine engel olmamaktaydı³⁶⁷. Bizce altsoy getirmenin mümkün olması, evlat edinmemek için geçerli bir sebeptir. Evlat edinen çiftin evlatlık alma işleminden sonra doğal çocuklarının olması muhtemeldir. Doğal çocuğu dünyaya geldikten sonra evlatlık çocuğun durumu, ailenin samimiyeti ve kardeşler arası mahremiyet yasakları gündeme gelebilecek konulardır.

1.2.1.3. Gözetilme Süresi

Evlat edinilen ergin ya da kısıtlı kişinin, evlat edinenin hanesinde en az beş yıl gibi bir sürede aile ortamında yaşamını sürdürmüş ve gözetilmiş olması lazımdır³⁶⁸. Bir küçüğün evlat edinilebilmesi için, evlat edinen tarafından bir yıl süreyle bakılmış ve eğitilmiş olması gerekir³⁶⁹. Bu şartlar kişilerin evlat edinmede davranacakları keyfi hareketlerin önüne geçmek içindir.

³⁶⁶ Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, s. 449.

³⁶⁷ Oğuzman, Dural, *Aile Hukuku*, s. 247.

³⁶⁸ M.K. md. 313.

³⁶⁹ M.K. md. 305.

TMK erginlerin evlat edinilmesine her ne kadar izin vermişse de bunun evlat edinmenin maslahatına uymadığı kanaatindeyiz. Anne-babasız küçük çocukların evlat edinmesi hem küçüklerin menfaatine olacak hem de evlatlığın miras kaçırma vb. çirkin planlardan beslenmesinin önüne geçecektir³⁷⁰.

1.2.1.4. Kabul Etme (Rıza)

Öncelikle evlat edinecek kişinin evli olması halinde bu karar tek taraflı verilememektedir. Eşinin de evlat edinmeye rıza göstermesi gereklidir.³⁷¹ Ama otuz yaşını doldurmuş olan eş, diğer eşin ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksunluğu veya iki yılı aşkın süreden beri nerede olduğunun bilinmemesi ya da mahkeme kararıyla iki yılı aşkın süreden beri eşinden ayrı yaşamakta olması yüzünden birlikte evlat edinmesinin mümkün olmadığını ispat ederek tek başına evlat edinebilir³⁷².

Evlat edinilen çocuk ayırt etme gücüne sahip ise kendisinin de rızası gözetilmelidir³⁷³.

Evlat edinilecek çocuğun ana-babasının rızası doğumdan sonraki ilk altı hafta geçtikten sonra verilebilmektedir³⁷⁴. Eğer ana ve babadan birinin kim olduğu veya uzun süreden beri nerede oturduğu bilinmiyorsa veya ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun bulunuyorsa ya da küçüğe karşı özen yükümlülüğünü yeterince yerine getirmiyorsa bu rıza aranmaz³⁷⁵.

3.3. İslam Hukuku'nda Nesebin Reddi

Anne-babanın nesebine bağlanmış olan bir çocuğun babasının nesebinden uzaklaştırılması mevzusu İslam Hukuku'nda, o çocuğun zina, hata veya ikrah sonucu dünyaya geldiği durumlarda söz konusu olabilmektedir. İslam Hukuku'nda bu durum keyfiyete bırakılmış bir mevzu değil aksine çok büyük bir iddia ve sorumluluk alınmayı gerektirecek bir alandır. Mün'akid olarak kurulmuş nikâh akdi kaynaklı asgari ve azami hamilelik süreleri içinde doğan bir çocuğun nesebi evliliğin tarafı olan kocaya bağlanmaktadır.

³⁷⁰ Ayiter, "Türk Medenî Kanunu...", s. 152.

³⁷¹ M.K. md. 313.

³⁷² M.K. md. 307.

³⁷³ M.K. md. 308.

³⁷⁴ M.K. md. 310.

³⁷⁵ M.K. md. 312.

3.3.1. Çocuğun Zina Ürünü Olduğunu Kanıtlama

İslam Hukuku'nda had cezasını gerektiren suçlardan birisi de zina suçudur. Zina, gayri meşru ilişki demektir ki bu da aralarında nikâh bağı ve mülkiyet ilişkisi bulunmayan kimselerce gerçekleşen cinsi münasebeti ifade etmektedir. Bu tür bir ilişkiyi gerçekleştiren tarafların evli, bekâr ya da bir tarafın evli olmasının, zina suçu oluşturma ve çocuğun nesebinin tayini açısından bir farkı yoktur.

Diğer had cezalarında olduğu gibi eğer kişi kendi suçunu ikrar etmezse suçun tayini için belirli sayıda şahide ihtiyaç duyulmaktadır. Zina cezasının tatbiki için dört erkek şahit aranmaktadır³⁷⁶. Zina eden kadının hamile olmasının zina suçunun bir kanıtı olduğunu savunan az sayıda mezheplerden birisi Maliki mezhebidir.

Zina cezasının uygulanması faslı konumuz dışında kaldığı için bu mevzuyu burada bırakıyoruz. Neticede bir erkek nesebi ispat yöntemlerinde saydığımız herhangi bir yolla karısının zina ettiğini ve doğan çocuğun kendisine ait olmadığını kanıtlarsa çocuğu evlatlıktan reddetmiş ve nesep zincirinden çıkarmış olacaktır. Bu çocuk anneye bağlandığı için erkekle hiçbir hukuki bağı kalmamaktadır.

3.3.2. Çocuğu Nesebinden Mülâane Yoluyla Reddetme

Erkek, kendisinin çocuğun babası olmadığını herhangi bir delille kanıtlayamaz ve koşullar onun babalığına ihtimal verecek şekilde ise mülâane yapılması son aşamadır. Mülâane, eşlerin karşılıklı olarak kendilerini hukuki cezadan kurtarmak için yeminleşmeleri, lanetleşmeleridir³⁷⁷. Bu yöntem bizzat ayet-i kerim ile insanlara sunulmuştur:

- *“Eşlerine zina suçlamasında bulunup da kendilerinden başka tanıkları olmayanların her birinin tanıklığı, dört kere, doğru söylediğine Allah'ı tanık göstermesi; beşinci olarak da, "eğer yalan söyleyenlerden ise Allah'ın lânetine uğramasını" söylemesidir. İftiraya uğrayan kadının dört kere, kocasının yalan söyleyenlerden olduğuna Allah'ı tanık göstermesi kendisini ceza görmekten kurtarır. Kadının beşinci tanıklık ifadesi, "eğer kocası doğru söyleyenlerden ise kendisinin Allah'ın gazabına uğramayı dilemesi" olacaktır³⁷⁸.”*

³⁷⁶ Damad Efendi, *Mecmau'l- Enhur*, I, 585.

³⁷⁷ Şirbinî, *Muğni'l-Muhtâc*, V, 52; İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, VII, 96.

³⁷⁸ Nur, 24/6-9.

Mülâane erkeklerle başlamaktadır. Erkek dört kez şahadetle: “Eşhedü billah raeytühe zina.” şeklinde yemin eder ve beşinci kez: “Eğer yalan söylüyorsam Allah’ın laneti benim üzerime olsun” diye yemin eder. Akabinde kadın dört kez: “Şahadet ederim ki benim zina yaptığımı görmedi” der ve beşinci kez: “Eğer kocam doğru söylüyorsa Allah’ın gazabı üzerimedir” diyerek karşı yeminde bulunması suretiyle sonlandırılır³⁷⁹.

- Hz. Peygamber’e (s.a.v) bir adam gelir. “Eşim zina ediyor” der. Hz. Peygamber: “Onu getirin bana” der ve kadın gelir. “Bu adam ne diyor?” der. Kadın der ki: “Ey Allah’ın peygamberi, yalan söylüyor.” Peygamber, adama dönerek: “Allaha yönelip Allahtan kork ve vazgeç.” der. Ama adam reddeder ve dört defa bunu tekrar eder. Bunun üzerine yukarıda geçen mülâane ayetlerinden Nur suresinin altıncı ayeti nazil olur.

Maliki, Şafii ve Hanbelîlere göre erkek evlendiği karısıyla cinsel birleşmenin mümkün olacağı bir ortam olduğu halde zifaf gerçekleştirmediğini ve dolayısıyla çocuğun kendi sulbünden olmadığını iddia ettikten sonra karısının bu iddiasını reddedip kocasının kendisiyle cima ettiğini savunması halinde mülâane tek çözüm yoldur. Hanefîlere göre cinsel birleşme ortamı oluşmuş olsa da olmasa da çocuğu reddetmesi için li’ân gerekmektedir³⁸⁰.

Mülâane gerçekleşikten sonra hamile kadının doğacak çocuğu kadına nispet edilmekte ama bu kadına had cezası gerekmemektedir. Çünkü zina yapılmış bile olsa Allah adına yemin edilerek mesele yüce yargılayıcıya bırakılmıştır. Li’ân, çocuğun nesebinin reddi sebebiyle gerçekleştirilmişse karı-koca ayrıldıktan sonra çocuğun nesebi babadan ayrılarak anne tarafına bağlanmaktadır. Mirasçılık, nafaka gibi hukuki işler açısından baba ile çocuk arasında yükümlülük bakımından ilişkiler sona erecek sadece evlenme engelleri varlığını sürdürecektir³⁸¹. Bütün bunlarla beraber mülâane sonucu nesebi reddedilen çocuğa veled-i zina denmesi yasaklanmıştır.

İslam Hukuku’nda mülâane ile sunulabilecek bir delil bulunmadığında eşlerin niyeti Allah’a havale edilmektedir. Kendi çocuğu olmadığına kesinlikle inanmış olan kocanın hayatı boyunca bakmak istemeyeceği bu çocuğa bakmaya, maddi manevi destek olmaya, malını tevarüs ettirmeye zorlanmamaktadır. Kocanın karısı için gayr-i meşru ilişki itham ve inancına rağmen evliliklerini sürdürmeye zorlamak veya kendi çocuğu olmadığını iddia ettiği çocuğu babasından nesep olarak ayırmama kişilerin yararına gibi görünse de bu durum karşılıklı

³⁷⁹ Tennûhî, *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ*, VI, 105.

³⁸⁰ Bilmen, *Hukuku İslâmiyye...*, II, 400-412.

³⁸¹ Bunun sebebi, babanın bir gün nesep iddiasında bulunup iddiasını yalanlayabileceği ihtimaline dayanmaktadır.

ilişkilerin yapay olmasına ve mutsuzluğa sebep olacaktır. Bir erkeğin karısına böyle bir çirkinliği isnat etmesi ve dahi masum bir çocuğu reddetmesi çok alışıldık bir şey değildir. Bunu iddia eden kişi bazı bilgilere haiz olduğundan redde başvurmuştur. Bununla beraber çirkin çıkarlar veya olumsuz söylemler uğruna planlı olarak ret davası açacak kişiler elbette çıkmaktadır. Bu kişiler için en büyük hâkim olan Allah, haklarında hüküm verecek son mercidir.

3.3.3. Çocuğu Nesebinden Mülâane'ye Gerek Kalmadan Reddetme

Bazı durumlar, li'ân uygulamasına gerek kalmaksızın kocanın çocuğu reddetmesini gündeme getirmektedir. Çocuğun kocadan olmasının aklen, tıbben ve koşullar sebebiyle mümkün olmaması halinde mülâ'aneye lüzum olmadan nesebi reddetme talep edilmektedir. Buna ek olarak, kadının çocuğu evlilik tarihinden sonra altı ay geçmeden veya boşama/vefattan sonra ortalama bir yıl süre geçtikten sonra doğurması, kocanın çocuğu reddetmesi için geçerli bir sebeptir. Bu durumda doğan çocuğun babasının koca olmadığı kuvvetle muhtemeldir ve ret işlemi için mülâ'ane şart değildir.

Li'ân uygulamasına hacet bırakmayan meseleleri Mâverdi şu şekilde ifade etmiştir: “İlmi gerçekler çocuğun kocadan olmadığını gösteriyorsa li'ân uygulamasına gerek olmadan çocuğun nesebi reddedilir³⁸².” Bu ilmi gerçeklerden birisi de kocanın çocuk yapmaya biyolojik ve fizyolojik güce sahip olup olmadığıdır. Biyolojik erginlikten kasıt erkeğin buluğ çağına erişmesidir. Buluğ çağından kastedilen yaşın kaç olduğu İslam müctehidleri arasında ihtilafıdır. Şafii ve Hanbelîlerin çoğunluğuna göre on yaş, Hanefîlerin çoğunluğuna göre oniki yaş altındaki, Malikîlere göre fiilen buluğa ermiş olmayan erkek³⁸³, çocuğun nesebini tartışmasız reddedebilmektedir. Günümüzde erkek çocuklarının ortalama on yaşlarında biyolojik olarak ergenliğe girdiği düşünüldüğünde bütün mezhep görüşlerinin paralel doğrultuda olduğu söylenebilir. Neticede on yaşın altındaki erkeğe bir çocuğun nesebi ilhak edilemeyecektir.

Erkeğin fizyolojik yetersizliği sonucunda da li'a uygulamasına ihtiyaç duymadan redd-i nesep yapabilmesi mümkündür. Erkeklik uzvu ve husyelerin bulunamaması fizyolojik noksanlıkların başında gelmektedir. Husyelerin mevcut ama erkeklik uzvunun olmaması

³⁸² Ebü'l-Hasen Alî b. Muhammed b. Habîb el-Basrî el-Mâverdi, *el-Hâvi'l-kebîr fî Fıkhi'l-İmam eş-Şafî* (Thk. Ali Muhammed Muavved, Adil Ahmed Abdülmevcud) Daru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1999, XI, 159.

³⁸³ Serahsî, *el-Mebsût*, VI, 53; Nevevî, *Minhâc*, s. 256.

erkeğin çocuk yapmasına engel olarak kabul edilmemiştir³⁸⁴. Çünkü yumurtayı dölleyen spermilerin üretim yeri husyelerdir. Erkeklik uzvu olmasa da spermier yumurtalıklara ulaşabilmektedir.

Koca, karısı ile arasındaki cinsel birleşmenin imkânsızlığını çocuğun nesebini reddetmek için kullanabilir³⁸⁵.” Çünkü bir çocuk doğmadan önce anne-babasının aynı mekânda bulunmaması aklen ve tıbben mümkün değildir. Yapay dölleme bu durumdan istisna tutulacaktır.

3.3.4. Çocuğu Nesebinden DNA Testi Sonucu Reddetme

Nesebin sonradan subûtü kısmında DNA testinin çağdaş İslam hukukçuları tarafından ele alınışını izah etmiştik. DNA testi ile nesebin subûtunu kabul edenler, nesebin reddedilmesi için gerekli olan aşamaların kaydedilmesinden sonra li’ân uygulamasından daha ziyade, netliği kuvvetli olan DNA analizine başvurulması gerektiğini savunmuşlardır. Zira li’ân evlilik içinde doğduğu kabul edilen çocuğun aslında zina sonucu doğduğunu kanıtlama çabalarının sonudur. İslami bir ibadet gibi terakki edilmemelidir. Li’ân uygulamasına geçilmesinin sebebi redd-i nesebe dair herhangi bir delilin bulunamamasıdır. Bundan dolayıdır ki DNA testi mülâ’ane yapmaya ihtiyaç hissettirmeyen bir delil olarak kabul edilmelidir³⁸⁶.

DNA testinin kesinliği üzerine vurgu yapan görüşlerin aksine li’ân uygulamasının gerekli olduğunu, DNA ile Kur’an-ı Kerim’in yönlendirdiği şekilde hareket edilmediğini savunanlar da mevcuttur³⁸⁷. Bu yönde görüşte bulunanlar, li’ân ile gizlenmesi amaçlanan hataların su yüzüne çıkarılıp topluma duyurulmadığını, meselenin Allah’ın adaletine bırakıldığını öne sürmüşlerdir. DNA testi sonucu ile Şâri’ amacının aksine zina eden kadın aşikâr olacak veya hataen zina isnadında bulunan koca zina iftirası cezasına çarptırılacaktır.

3.4. TMK’da Soybağının Reddi

TMK’da soybağını reddetme davalarını kocanın açması yaygındır. Ancak bu hak küçük veya ergin iken bizzat çocuğun kendisine veya yakınlarına da tanınmıştır. Bunun dışında evlilik dışı olan çocuğu tanıyan erkeklerin de redd-i nesep davası açması söz konusu olabilmektedir.

³⁸⁴ Mâverdî, *el-Hâvi’l-kebîr*, XI, 21; İbn Âbidîn, *Reddü’l-Muhtâr*, VII, 125, 126.

³⁸⁵ Nevevî, *Minhâc*, s. 444.

³⁸⁶ Yılmaz, “İslâm (Aile) Hukukunda Dna...”, s. 112.

³⁸⁷ Yılmaz, “İslâm (Aile) Hukukunda Dna...”, s. 89.

Çocuğun dava açmasında gerçek babasının nesebine dâhil olma amacı yaygın iken kocanın dava açmasındaki gaye, karısının kendisiyle evliliği sebebiyle doğan çocuğun ona nispet edilmesini engellemektir.

3.4.1. Kocanın Dava Açması

Soybağını reddetme en başta kocanın ve çocuğun hakkıdır. Koca çocuğun nesebini nasıl tanıyacağını “nesebin sonradan subûtü” başlığında izah etmiştik. Tanıyan erkeğin çocuğu tanımasını müteakip, yanıltma, korkutma, aldatma sebeplerini ileri sürerek tanımasını reddedebilmesine imkân verilmiştir³⁸⁸. Tanımanın reddi için herhangi bir ispat getirilmesi şart değildir³⁸⁹. Bununla beraber bu ret hakkı, tanımanın ardından beş yıl geçmesiyle düşmektedir³⁹⁰.

Evlilik içerisinde veya boşama sonrası asgari ve azami hamilelik süreleri arasında doğum yapmış kadının kocası çocuğu delil getirmeden reddedemez. Çünkü bu sureler kendi başına kuvvetli bir dayanaktır ve aksine ispat gerekmektedir. Çocuğu kendi sulbünden olmadığını öğrenen erkek, bu bilgisinden sonra bir yıl içerisinde dava açmalıdır³⁹¹. Eskiden mevcut olan, kocanın doğumdan sonraki beş yıl içinde dava açabileceği kararı Anayasa Mahkemesi’nin 25.6.2009 tarihli ve E.2008/30, K.2009/96 sayılı kararı ile iptal edilmiştir.

Çocuğun meydana gelmesi muhtemel tarihlerde kocanın eşinin yanında olmasının mümkün olmadığı ya da mümkün olsa da çocuk yapmaya ehil olmadığı kanıtlanırsa bu ret davası için kuvvetli bir delildir. Bu gibi durumlar söz konusu olmadığında ise karı, zina yapmış olsa dahi çocuğun kocadan olması daha muhtemel kabul edileceğinden çocuk kocaya ait kabul edilmektedir³⁹². Karı-kocanın evlenmeden önce veya ayrı yaşadıkları dönemden beslenen doğum sonucunda da aksine kanıt getirilemezse koca, baba sayılmaktadır³⁹³. Yine de çocuğun ırk, renk vb gibi farklılıkları göze çarpmakta ise tıbbi verilerden yararlanılma yoluna gidilmektedir.

³⁸⁸ M.K. md. 297.

³⁸⁹ M.K. md. 288.

³⁹⁰ M.K. md. 300.

³⁹¹ M.K. md. 289.

³⁹² Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, s. 402.

³⁹³ Öztan, *Aile Hukuku*, s. 427.

İslam Hukuku'nda da nesebi sabitleyen hamilelik süreleri içinde doğan çocuğun nesepten reddedilmesi için koca bunu ispat ile yükümlü tutulmuştur. Çünkü doğan çocuk evlilik içerisinde gerçekleşmiş birleşmenin ürünüdür.

3.4.2. Çocuğun ve Diğer İlgililerin Dava Açması

“Ergin olmayan çocuğa atanacak kayyım, atama kararının kendisine tebliğinden başlayarak bir yıl içinde soybağının reddi davasını açar³⁹⁴.” Bu fıkra da yer alan “...her hâlde doğumdan başlayarak beş yıl...” ibaresi, 10.12.2013 tarihli ve 28847 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Anayasa Mahkemesi’nin 10.10.2013 tarihli ve E.2013/62, K.2013/115 sayılı Kararı ile iptal edilmiştir. Zira beş yaşındaki çocuğun kendisine kayyım atanmasını talep etmesi pek de muhtemel görünmemektedir.

“Çocuk ergin olana kadar kendisine kayyım atanmamışsa veya atanmış olmasına rağmen dava açılmamışsa çocuk ergin olduktan sonra bir yıl içerisinde dava açabilmektedir³⁹⁵.”

Kanunun, soybağı reddi davası açma hakkı tanıdığı diğer ilgililer ise “(kocanın altsoyu, anası, babası), doğumu ve kocanın ölümünü, ayırt etme gücünü sürekli olarak kaybettiğini veya hakkında gaiplik kararı alındığını öğrenmelerinden itibaren bir yıl içinde ret davası açabilirler³⁹⁶.”

3.4.3. Soybağının Reddi Davalarında Dna Testi

Nesebin reddedilmesinde DNA testine duyulan ihtiyaç yukarıda beyan edilen nesebin subûtu bahsinde geçtiği şekildedir. Ancak şunu belirtmekte fayda var ki nesebin reddi davalarında davacının talebi üzerine taraflardan alınan kan örneklerinin değerlendirilmesi öncelikli kullanılacak yöntemdir. Çünkü kan grupları incelemesi ile bir çocuğun hangi babaya ait olduğunun tespiti kesin olmasa da hangi babanın çocuğu olamayacağı kesin olarak ortaya konulabilmektedir.

Kan testine ve DNA incelemesine başvurulmadan önce de hâkim konu olan erkeğin baba olmadığına dair şüpheleri elde etmiş olmalıdır. Sırf evham veya kuşkuların kaynak olduğu bir nesep araştırması DNA veya kan testini talep etmeyi gerektirmeyecektir. Nitekim Yargıtay’ın kabul ettiği bir maddede “Babalık davalarında kan testi isteğinin kabul

³⁹⁴ M.K. md. 291.

³⁹⁵ M.K. md.289.

³⁹⁶ M.K. md. 291.

edilebilmesi için öncelikle ana ile baba olduğu ileri sürülen erkek arasında küçüğün ana rahmine düştüğü dönemi kapsayan cinsel ilişkinin varlığının gerçekleşmesi gerekmektedir. Dosya kapsamına ve mevcut delillere göre bu husus ispatlanmadığı halde, yalnızca bir ihtimali belirleyen Adli Tıp raporuna hukuksal değer ve sonuç tanınarak babalığın tespiti doğrultusunda hüküm kurulması usûl ve kanuna aykırıdır³⁹⁷.” ifadesi kullanılmıştır. Bu gerekçeleri nesebin reddi davalarına ilişkilendirmek mümkündür. Aynı şekilde nesebin reddi davalarında tıbbi verilerden yararlanmaya gidilmeden önce, çocuğun ana rahmine düştüğü dönem göz önüne alınarak cinsel ilişkinin imkânsızlığı veya başka karşı karinelerin bulunuyor olması aranmaktadır.

³⁹⁷ 2. HD. 22.03.1990, E. 11584, K. 3110

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

GAYR-İ SAHİH EVLİLİKLER VE EVLİLİK DIŞI İLİŞKİLER SONUCU GÜNDEME GELEN BAZI MESELELER

Dördüncü bölüm, önceden ele aldığımız evlilikler ya da evlilik dışı ilişkilerin fikhî ve hukuki sonuçlarını içermektedir. Tezimizin dışında tutulan sahih evlilik, bölüme dâhil edilmeden fasit ve batıl evlilik ağırlıklı gayr-i sahih evlilikler ele alınmış ve evlilik şüphesiyle gerçekleşmiş şüpheli birleşmelere de yer verilmiştir. Zina eylemi sonucu doğan çocuk, baba tarafına hukuki rabıtasının olmamasından dolayı bölümün önemli bir kısmını teşkil etmektedir. Zinaya götüren şehvi eylemlerin sonuçlarına firaş eksikliğinden dolayı sadece mahremiyet bahsinde değinilmiştir.

TMK açısından incelendiğinde evlilik dairesinde oluşan nesep, konumuzun dışında tutulmuştur. Evlilik dışı doğmuş olsa bile anne-babasının sonradan evlenmeleriyle, evlilik içinde doğmuş çocuk gibi hukuki sonuçları olan çocuklar da bu bölüme dahil edilmemiştir. Zira evlilik içi oluşan nesep ayrı olarak değerlendirmesi gereken geniş bir konudur. Bu sebeple TMK'da evlilik dışı doğan çocuk üzerinden gündeme gelen hukuki sonuçlar ele alınmıştır.

4.1. Mahremlik

Herhangi bir evlilikle, zifafla ya da sadece şehvetle bir eylemde bulunmakla oluşacak olan haramlık, tarafların kendileri, akrabaları ve daha önemlisi gelecek olan soyun oluşan evlenme engellerinden etkilenmesi sebebiyle mühim bir konudur. Zira bilgisizce dikkat edilmeden atılan adımların sonuçları başka kişilerin akıbetlerini etkileyecektir. Bu meselenin her şeyden önce net olarak bilgilendirilmesi gerekmektedir. Yeterli bilgiye sahip olmayan toplumda yozlaşmalar boy gösterecek ve bunun akabinde karmaşık nesiller türeyecektir.

4.1.1. İslam Hukuku'nda Mahremlik

Sahih bir evlilik sonucu oluşan evlenme engelleri, aynı şekilde fasit nikâh sonucu tarafların usûl-furûu arasında da oluşmaktadır³⁹⁸ Batıl nikâh, zina ve şehevî eylemler sonucunda hısımlığın oluşması meselesi ihtilaflıdır.

4.1.1.1. Evlilik/Evlilikler Sonucu Oluşan Mahremlik

İslam Aile Hukuku'nda herhangi bir evlilik sonucu oluşan mahremliğin geçici ve dâimi olması hasebiyle kategorize³⁹⁹ edildiğinden bahsetmiştik. Bu başlık altında tek bir evlilik, evli iken tekrar evlenme (erkek için geçerli) veya boşanma sonrası tekrar bir evlilik gerçekleştirmekle kurulan nesebin, dâimi ve geçici evlenme engelleri üzerinden oluşturduğu mahremiyete değineceğiz. Bu sebeple konunun çerçevesi, evlilik menşei taraflar arası cereyan eden karabet olacaktır. Eş üzerinden cereyan eden sıhrî akrabalık, ilk evlilikten oluşabileceği gibi kişinin daha sonraki evlilikleri sonucu, mevcut olan akrabaları ile de oluşabilmektedir.

Çocuğunun, torununun, torunun torununun şeklinde aşağı doğru olanların eşleri diye tanımlayabileceğimiz gelinler ve damatlar; eşin ana-babası ve onun üst soyu diye sınıflandırılan kayınvalide-kayınpederler dâimi ve kat'î derecede evlenme engeli bulunan kişilerdir⁴⁰⁰. Gerek tek evlilik gerekse yeni bir evlilik yapan çiftlerde diğerinin annesi ve babası ile evlenme engeli (kayınvalide-kayınpeder) onların üst soylarına doğru devam etmekte her nikâhta her eş için ayrı ayrı kurulmaktadır. Önceki evliliklerle bağlantısı olmayarak eski evlilik ile yok olmamakta ve sürekliliğini korumaktadır⁴⁰¹.

Çoğunluk kayınvalide ile olan evlenme engelinin, kızı ile cinsi münasebetin olmasını gerekli görmeyen evlilik ile oluşacağını kabul etmekten bazı görüşlerde, bu engelin doğması için zifaf gerekli görülmektedir⁴⁰². Zifaf olmasını şart görmeyen İslam hukukçuları şu hadisi esas almıştır:

³⁹⁸ Abdülhamid, *el-Ahvâlî 'ş- Şahsiyye*, s. 43.

³⁹⁹ Bkz. "Evllenme Engelleri", s. 15-19.

⁴⁰⁰ Şâfiî, *el-Umm*, V, 26.

⁴⁰¹ Heyet, *İslam Hukuku El Kitabı*, s. 446, 447.

⁴⁰² Tennûhî, *el-Müdevvenetü 'l-Kübrâ*, IV, 124; İbnü'l Hümmâm, *Fethu 'l-Kadir*, III, 208.

- “Kim bir kadınla evlenirse onunla zifaf olsun olmasın, bu kadının annesi, kendisine haram olduğu gibi kadın ile zifaf olursa bu kadının başkasından olma kızı da kendisine haram olur⁴⁰³.”

Cinsi münasebet şartını ileri süren görüşün kaynağı ise Hz. Ali'nin "anne ile evlenme engeli doğması için kız ile kız ile evlenme engeli doğması için anne ile cinsel birleşmenin şart olduğu..." şeklindeki rivayetidir⁴⁰⁴.

Kişinin, eşlerinin çocuklarının eşleri (üvey damat, üvey gelin) ile evlenmesi caizdir. Yani erkek merkez kabul edilecek olsa üvey oğlunun eşine (geline) yabancısıdır ve aralarında evlenme engeli bulunmamaktadır.

İslam Hukuku'nda hürmet-i müsahere kısmında bulunan “babanın eşleri ve o eşlerin anneleri” kategorisindeki kişileri öz anne ya da nine olarak düşünülmemelidir. Bu kadınlarla olan bağ zaten neseben kurulmaktadır. Babanın eşleri ve bunun üstüne doğru giden soydan kasıt üvey anne, üvey nine olmaktadır. Bir erkek ya evliliğini sonlandırarak tekrar evlenmekle ya da evliliğini sonlandırmadan başka bir evlilik gerçekleştirmekle alt soyuna, eşleri üzerinden sıhrîyyet oluşturmakta bu evlendiği kadınlar oğulları ile evlenememektedir⁴⁰⁵. Misal olarak, bir kişinin babası sonradan bir evlilik gerçekleştirdiğinde bu evlilikteki üvey anne ile kendisi arasında dâimi evlenme engeli oluşmuştur⁴⁰⁶. Bu evlilik son bulsa bile üvey çocuk ile üvey anne arasındaki hürmet devam edecektir. İsmi üvey anne bile olsa durum bunu gerektirir. Eski cahiliye adetlerine⁴⁰⁷ karşı İslamiyet ile kabul görmüş⁴⁰⁸ bu anlayış edebe daha uygundur.

Sıhrî hısımlıktaki karının kızları ve aşağıya doğru soyunun kızları ile haramlık oluşması yani erkek ile üvey kızları arasındaki mahremliği ifade eden bu mevzunun ayrıca ele alınması gerekmektedir. Bunun için gerek sahîh evlilik gerekse gayr-i sahîh evlilikte erkeğin karısı arasında cima etme veya şehvetle dokunma, öpme, avret yerine bakma gibi durumların

⁴⁰³ Serahsî, *el-Mebsût*, IV, 199; İbnu'l-Hümmam *Fethu'l-Kadîr*, III, 209.

⁴⁰⁴ Kâsânî, *Bedâiu's-Senâi*, II, 258.

⁴⁰⁵ Şâfiî, *el-Umm*, V, 26; Tennûhî, *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ*, IV, 97.

⁴⁰⁶ İbnu'l-Hümmam, *Fethu'l-Kadîr*, III, 211.

⁴⁰⁷ Cahiliye döneminde birden fazla eşi sahip olan babanın oğlu, babasının vefatı sonrası üvey anneleri ile evlenebilmekteydi. Hatta kadın, verasete dâhil edildiyse öz oğlu olmaması halinde üvey oğlu tarafından malıyla beraber sahiplenilmekteydi. Bkz. Serahsî, *el-Mebsût*, IV, 198.

⁴⁰⁸ “...geçmişte olanlar bir yana babalarınız evlendiği kadınlarla evlenmeyin...”...”kadınlara zorla mirasçı olmanız size helal değildir.”.Bkz. Nisa, 4/ 22,19.

söz konusu olması şartı aranmaktadır. Bu hükme kaynak teşkil eden ayet Nisa suresindeki üvey kızların haram kılındığı bölümdür⁴⁰⁹.

Bazı kaynaklarda karının kızı ile hısımlığın doğması için bu kızın (üvey kızı) üvey babasının evinde yaşamasının da gerekli olduğu ifade edilmiştir⁴¹⁰. Buna göre üvey kız başka evde yaşıyorsa üvey babasına mahrem olmamaktadır. Bunu savunanlar yukarıda bahsedilen ayetin zahirinin bunu gösterdiğini kabul etmişlerdir. Fakat âlimlerin çoğuna göre zahirde böyle değildir. Buradaki şart zifaf veya zifafa götüren şehvi eylemlerdir⁴¹¹.

Bir evliliğin devamında var olan ama o evliliğin son bulmasıyla yok olan evlenme engellerine geçici evlenme engeli denir. Bu evlenme engellerini, evlilik olan konumuz üzerinden erkeği merkez alacak şekilde: Erkeğin karısının kız kardeşi (baldız), erkeğin karısının halası, erkeğin karısının teyzesi, erkeğin beşinci karısı olarak ayrılabilmekteyiz.

Bir kadının kız kardeşi, halası ve teyzesi birbirlerine yakın kadınlar diye kabul edilmektedir. Bundan dolayı bu kadınları aynı anda nikâhlamak yasaklanmıştır⁴¹². Ayrıca bir erkek beş kadını aynı anda nikâhında bulunduramaz⁴¹³.

Sahih evliliğin dışındaki ilişkilerde tarafların usûl ve furûu arasında sıhrî hısımlığın oluşabilmesi zifafın gerçekleşmesine bağlıdır. Bundan dolayı çoğunluğa göre evlilik bile diyemeyeceğimiz batıl evlilik bile evlenme engellerinin oluşmasına sebeptir. Zina eyleminin hısımlık oluşturmadığını savunanlar, batıl evliliğin de evlenme engeli oluşturmadığını kabul etmektedirler⁴¹⁴.

4.1.1.2. Zina, Şüpheli, Şehvi Cinsel Eylemler veya Li'ân Sonucu Oluşan Mahremlik

Önden gerçekleşen (azınlığa göre arkadan da gerçekleşmiş olması yeterlidir) gayr-i meşru ilişki hakiki zinadır. Bakma, dokunma, okşama olarak nitelendirdiğimiz şehvi eylemler de mecazi zina olarak kabul edilmiştir. Çünkü bu fiiller ayette fahşa olarak

⁴⁰⁹ "...kendileriyle birleştiğiniz eşlerinizden olup evlerinizde bulunan üvey kızlarınız size haram kılındı...". Bkz. Nisa 4/ 23.

⁴¹⁰ İbn Rüşt, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 44.

⁴¹¹ Mejdani, *el- Lübab*, III, 4.

⁴¹² Nisa, 4/ 23.

⁴¹³ Nisa, 4/ 3.

⁴¹⁴ İbn Âbidîn, *Reddü'l-Muhtâr*, V, 302, 303.

isimlendirilmiş olsa da hadislerde zina olarak geçmektedir. Hakiki zinadan farklı olarak mecazi zinanın cezası had değil ta'zir⁴¹⁵ cezasıdır.

Ahmed bin Hanbel, Ebu Hanefi ve Malikilerden bir görüşe göre zina sonucu sıhrî hısımlık oluşmaktadır⁴¹⁶. Hal böyle olunca babası bilinen zina çocuğunun söz gelimi halası ile veya başka baba bir kardeşleri ile evlenme engeli oluşacaktır. Onlar bu hükümlerinde aşağıdaki hadis-i şeriflerden yola çıkmaktadırlar:

- “Kim bir kadınla zina ederse o kadının kızı ve anası zina edene haram olur⁴¹⁷.”
- “Kim şehvetle bir kadının avret mahalline bakar veya onu şehvetle okşarsa, artık kadının anası ve kızı (ile evlenmek) kendisine haram olduğu gibi, aynı kadın ile evlenmek kendi oğluna ve babasına da haram olur⁴¹⁸.”

Şafii'lere göre zinadan dolayı mahremiyetin oluşmayacağı kabul edilmiştir⁴¹⁹. “Haram işlenmiş olabilir ama helal olabilecek başka evlilikler de bu sebeple haram olmamalıdır”, demişlerdir. Getirilmiş delillerin zina ile nikâhı bir tuttuğunu ama bunun kabul edilemeyeceği görüşündedirler. Aşağıdaki hadisi genel kural olarak kabul etmişlerdir:

- “Çocuğun nesebi hukuken evli olana aittir, zina eden kişiye ise mahrumiyet vardır⁴²⁰.”

Bu hadisin dışında şu hadisleri de görüşlerine delil olarak göstermiş olsalar da karşı görüşteki ulema bu hadislerin sıhhati hakkında net bilginin olmadığını söylemişlerdir.

- Hz. Peygamber (s.a.v)'e: “Bir kadınla cinsel ilişkiye giren, sonra da onun kızını nikâhlayan adam hakkında soruldu. O da şöyle cevap verdi: “Haram helali haram kılmaz. Ancak helal nikâhla haram olur Zina haram bir fiildir. Evlilik ise mubah bir nimettir. Öyleyse zina ile evlilik nimeti yasak olamaz⁴²¹.”

⁴¹⁵ Ta'zir cezası, ayet ve hadislerle belirlenip sınırlandırılmadıkları için İslam devletinin serbestçe belirleyip uyguladığı, suç veya bazı ma'siyetler için verilen cezaları ifade etmektedir. Bkz.. Zuhaylî, *İslam Fıkhu Ansiklopedisi*, VII, 472, 473.

⁴¹⁶ Mevsîlî, *el- İhtiyâr*, s. 331; Dağcı, “İslam Aile Hukukunda...”, s. 204.

⁴¹⁷ İbn Âbidîn, *Reddû'l-Muhtâr*, V, 310, 311.

⁴¹⁸ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VII, 121; İbn Âbidîn, *Reddû'l-Muhtâr*, V, 317,318.

⁴¹⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, IV, 204.

⁴²⁰ Buhârî, *Buyu'*, 3, 100.

⁴²¹ İbn Mace, *Nikâh*, 63.

- “Helal haramla ifsat olmaz. Kim bir kadınla zina ilişkisinde bulunursa, o kadının annesi ve kızı ile evlenebilir. Nikâha gelince nikâh böyle değildir⁴²².”

Veled-i zina'nın evlenme engeli oluşturmayaacağını kabul eden Şafiiler, hukuki bir sonucun doğabilmesi için akdin varlığını gerek görmüşlerdir. Zina da nikâh akdi değil aksine ceza gerektiren bir birleşme söz konusudur⁴²³. Ayrıca zinadan miras, mehir, velayet, veraset gibi sonuçlar doğmaz iken hısımlığın doğması da mümkün olmayacaktır⁴²⁴.

Veled-i zinanın erkek olduğunu varsayarsak bu çocuğun annesi ile evlenmesi yasaktır. Bu görüş, çocuğun anneye dâhil olduğu onun bir parçası olduğu anlayışıyla ittifakla kabul edilmiştir⁴²⁵. Ama veled-i zina kız çocuğu ise bu kızın, zina eden kadında hangi erkeğin suyundan olduğunun net bilinmemesinden, zina eden erkek ile evlenebileceğini söylemişlerdir. Savunmalara dayanak olarak sunulan, çocuğun hangi erkekten olduğunun bilinemeyeceği fikri, günümüz tıp teknolojisine terstir. Artık bir çocuğun tükürüğünden bile babası, yüzde doksan oranlarında kesinleştirilebilmektedir. Tüm bu fikirlerin yanı sıra zina eden erkek ile kızının evlenmesi âlimlerin hepsine göre kerih görülmüştür.

Bizim kanaatimiz çoğunluğun savunmaları yönündedir. Zina gibi meşru olmayan bir fiilden olmuş olsa da dünyaya gelen çocuk zina edenlerin sulbüne aittir. İslam Hukuku'ndaki süt akrabalığı düşünüldüğünde kişinin kendi kanından gelme çocuğu ile arasında da hurmetin oluşacağı fikrindeyiz⁴²⁶. Sahih nikâhta sahih halvet ile karı-koca arasında fiili birleşme imkânı olduğu halde bunun gerçekleşmemesi ve arkasından boşama veya başka sebeplerle evliliğin sona ermesi durumunda hükmen zifaf gerçekleşmiş kabul edilmekte ve ayrılıktan sonra zifaftaki gibi hukuki sonuçların doğacağı kabul edilmektedir. Halvet zifafa götüren bir sebeptir diye böyle hüküm verilmişken zina eyleminden sonra doğacak sonuçlar daha mühim olmalıdır. Çünkü zifafın gerçekleştiği kesindir.

Zinanın doğurduğu bu sonuçlar doğrultusunda rahatça söyleyebiliriz ki, gizli gizli, anlık yaşanan ve belki de tarafların bile birbirlerini tanımadan işledikleri bu çirkin eylemler ne kadar geri dönüşü olmayan geniş çaplı hasarlar vermektedir. Atalarının yaptıkları yanlışlardan evlatları ve akrabaları habersizce etkilenmektedir.

⁴²² Beyhaki, *Sünenu's-Sağir*, III, 45.

⁴²³ Şâfiî, *el-Umm*, V, 27.

⁴²⁴ Bilmen, *Hukuku İslâmiyye...*, II, 94, 95; Dağcı, “İslam Aile Hukukunda...”, s. 208, 209.

⁴²⁵ İbnü'l Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, III, 219.

⁴²⁶ Aynı kanaat için Bkz. Dağcı, “İslam Aile Hukukunda...”, s. 209, 210.

Bir kişinin kendisine helal olduğunu zannettiği kadınla yaptığı evlilikler şüpheli olarak gerçekleşmiş fasit/batıl evliliklerdir. Dolayısıyla fasit veya batıl evliliklerin sıhriyyet doğuracağı görüşlerine paralel olarak hüküm verilecektir. Bu birleşmelerin dışındaki kişinin eşi zannederek yabancı bir kadınla yaptığı fiil şüpheli cinsel birleşmeler ise zina olarak görüldüğü için bu birleşmelerin sıhriyyete sebep olup olmayacağı da zina hükümleriyle aynı değerlendirilmelidir.

Mûla'ane etmiş ebeveyne sahip çocuk, ittifakla babasından neseben ayrılmış olsa da akrabalık bağı sürekliliğini korumaktadır.

Şafiiler, gayr-i meşru ilişki olan zinadan bile hürmet-i müsahere oluşmayacağını kabul ettiklerinden, mecazi zina diye adlandırılan şehvetle işlenen cinsel fiillerin kesinlikle hısımlığı doğurmayacağını savunmaktadır. Hanbelîler şehvetle yapılan cinsel eylemlerin akrabalık ilişkisi oluşturmaması noktasında Şafiler gibi düşünmektedir⁴²⁷.

Hanefî ve Malikilere göre cima gerçekleşmemiş olsa bile taraflardan en az birinin yaptığı şehvi bir fiil sıhrî hısımlığın doğmasına sebeptir⁴²⁸. Bu fiillerden kasıt; şehvetle bakma, şehvetle dokunma, şehvetle öpme ve avret mahallini tam görmedir. Şehvetle yapılan bu eylemler kasten, unutarak, zoraki veya yanlışlıkla olsa da hürmet-i müsahereye sebep olmaktadır⁴²⁹. Hatta öyle ki, karanlık bir gecede karısı zannederek kızının ellerini veya vücudunun her hangi bir yerini şehvetle tutma, çimdikleme veya oynama fiilleri meşhur olan görüşe göre hurmet meydana getirmektedir. Bu durumda olan kişilerin karısı kendisine ebedi olarak haram olmakta ve neticede ondan ayrılması gerekmektedir⁴³⁰.

Hanefilerin çoğunlukta bulunduğu, Malikilerin de kabul ettiği bu görüşe dayanak olarak sundukları hadisler şunlardır:

- İbni Abbas (r.a.), kadına dokunma, tutma ve elleme fiillerinin cinsel ilişki hükmünde olduğunu söylemiştir⁴³¹.
- “Kim bir kadının fercine bakarsa, o kadının annesi ve kızı bakan kimseye helal olmaz⁴³².”

⁴²⁷ Şirbinî, *Muğni'l-Muhtâc*, IV, 292.

⁴²⁸ Mevsîlî, *el- İhtiyâr*, s. 331. İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 45.

⁴²⁹ Bilmen, *Hukuku İslâmiyye...*, II, 93; Zeydan, *el-Mufasssal*, VI, 228, 231.

⁴³⁰ Bilmen, *Hukuku İslâmiyye...*, II, 94.

⁴³¹ Buhârî, *Nikâh*, 25.

⁴³² İbnü'l Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, III, 224.

Direk tene şehvetle dokunmak ya da ince elbise üzerinden dokunmak mahremlîği oluşturmaktadır. Şehvetle bakma ile sihriyyet oluşması için avret yerinin ayna, siluet, yansıma gibi aslı dışında bir görüntü değil kendisi olmalıdır. Bundan dolayı televizyon ekranı gibi ekranlarla haramlık oluşmayacaktır.

Cumhurun Hanefilerle ortak olarak kabul ettikleri görüş ise nikâhsız değil de nikâhlı kişinin menisini kadının üreme organına akıtmasıyla hurmetin oluşacağıdır. Hanefiler hısımlık meydana gelmesi için nikâhı gerekli görmezken Hanbelîlere göre hiçbir şekilde bu fiilden hısımlık oluşmamaktadır⁴³³.

Hısımlık oluştuğunu kabul edenlere göre, şehvi eylemlerde bulunan erkeğin oğlu, bu eylemlerin tarafı olan kadın ile evlenmesi haramdır.

Bu tarz ilişkiler, gayr-i meşru ilişki içerisinde ele alınıp bilgilendirilmesi elzem olan toplumsal bir sıkıntıdır. Zira cima gerçekleşmese de bu fiillerde bulunarak nice hısımlıklar oluşmakta ve farkına varılmadan yasaklar çiğnenmektedir. Bu eylemlerde bulunan taraflar evlilik gibi çoğu kişinin haberdar olabileceği şekilde hareket etmeyerek sadece kendilerini değil nesebini de zor duruma sokmaktadır.

Meseleye farklı yaklaşan âlimler, şehvi eylemlerle hurmet oluşmasını, büyük şehirlerde yaşayıp insanların birbirlerini tanımamaları ve ahlaki olarak yozlaşmanın yaygın olması sebebiyle kabul etmemişlerdir. Ayrıca bu eylemlerle hısımlığın oluştuğunu gösteren delillerin kesinliği de şüphelidirler. Asrımız İslam hukukçularından Abdülkerim Zeydan da dokunma ve bakma gibi fiillerle hısımlık ve evlenme engeli oluşmayacağı görüşünü tercih etmiştir⁴³⁴.

4.1.1.3. Yapay Döllenme Yöntemleriyle Oluşan Mahremlik

Yapay döllenme yöntemleri kullanılarak doğan bir çocuk için şüphesiz en büyük problem soybağı karmaşasıdır. Soybağının net belirlenememesi, akabinde pek çok hukuki işlemlerin sonuçlandırılmamasına sebep olmaktadır. İslam Hukuku âlimleri, nesebin meçhul kalması ile en çok, mahremiyet meselesini ciddi bir problem olarak görmektedir. Zira kişilerin mahremleri ile birleşmelerinden oluşan nesep, yanlış ve sorunlu hısımlıkların oluşmasıyla sonuçlanacaktır.

⁴³³ İbnü'l Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, III, 224.

⁴³⁴ Zeydan, *el-Mufasssal*, VI, 233, 234.

Evli çiftlerden alınıp dış ortamda oluşturulan embriyonun yine aynı kadının rahmine taşındığı tüp bebek yöntemi ittifakla caizdir. Bu işlemde, genetik kodlar ile rahim aynı kişiye ait ve baba kocadır (homolog döllenme). Ama evli çiftlerden alınan hücrelerin aynı kadına değil de yabancı bir kadına transfer yapılması işlemi (taşıyıcı annelik) nesep mevzusunda olduğu gibi hısımlık mevzusunda da tartışmalıdır.

Taşıyıcı anneliği caiz görenler, üreme hücrelerini veren çiftlerin evli olmasını, bunu verebilecek güçte olmasını, doğumun altı ay ile dokuz ay içinde gerçekleşmesini ve kimin doğurduğunu bilmenin şart olduğunu ileri sürmektedirler⁴³⁵. Bunu ileri süren âlimler, genetik anne ve babanın gerçek ebeveyn olduklarını, taşıyıcı annenin sütanne olduğunu kabul etmişlerdir. Taşıyıcı anne nesebe etki etmese de çocuk ile aralarında süt hısımlığı bulunmaktadır⁴³⁶. Nitekim evlenme engelleri süt akrabalığı üzerinden gerçekleşecektir. Burada dikkat edilmesi gereken konu, taşıyıcı annenin bu tıbbi işlemi başka aileler içinde gerçekleştirmemesidir. Böyle bir durum söz konusu olursa neticede her doğum yeni akrabalıkların oluşmasına ve tespitinin zorlaşmasına neden olacaktır.

Çoğunluğun görüşü, taşıyıcı annenin çocuğu doğurmasından dolayı gerçek anne olduğu şeklindedir. Doğumla beraber, kocasının itirafı ve şahitlerin şahadeti, doğuranın o çocuğun annesi sayılabilmesi için yeterlidir⁴³⁷. Doğuran kadın ile çocuk arasında nesep bağı kurulması hasebiyle evlenme engelleri de nesep bağı doğrultusunda şekillenmelidir.

“Çocuk döşek sahibinindir” hadisi gereği taşıyıcı annenin kocası, çocuğun babası kabul edilmiştir. Genlerini veren erkek çocuğun babası değil bilakis ona yabancısıdır. Çünkü bu hadis İslam Hukuku’nda külli bir kaidedir ve tüm nesep hükümleri bu kaideden yola çıkılarak verilmiştir⁴³⁸.

Hukukçuların bir bölümü, hakiki babanın belirlenmesindeki bu ihtilaflardan yola çıkarak taşıyıcı annenin sadece kocanın başka bir karısının olabileceğini savunmaktadırlar.

Heterolog adı verilen döllenme yöntemleri haram kabul edildiği için (şu anda sadece homolog döllenme ittifakla caiz görülürken taşıyıcı anneliğin caizliği ihtilaflıdır) doğan çocuk üzerinden evlenme engelleri, veled-i zina için geçerli olan hükümler gibidir. İslam âlimlerinin çoğundaki “çocuğu doğuranın onun annesi olduğu” görüşünden dolayı, hısımlıklar biyolojik

⁴³⁵ el-Havlî, “Te’ciru’l- Erhâmi...”, s. 284.

⁴³⁶ el-Havlî, “Te’ciru’l- Erhâmi...”, s. 293.

⁴³⁷ Arif Ali Arif, “Taşıyıcı Anne Veya Kiralanmış...”, s. 405.

⁴³⁸ el-Havlî, “Te’ciru’l- Erhâmi...”, s. 293, 294.

anne ve varsa onun kocası üzerinden oluşacaktır. Bununla beraber doğuran kadın evli değilse doğurduğu bu çocuk herhangi bir babaya nispet edilememekte ve hısımlığı baba tarafından oluşmamaktadır.

Doğum öncesi evlat edinme yönteminde çiftler genlerini çocuğa aktarmış olsa bile onu doğuran kadından çocuğu evlat edinmektedirler. Bundan dolayı evlat edinilen çocuk ile herhangi bir mahremiyet söz konusu olmayacaktır.

4.1.2. TMK’da Akrabalık

TMK’nın kabul ettiği evlenme engellerini birinci bölümde yer vermiştik. Bu evlenme engelleri İslam Hukuku’ndaki dâimi ve geçici evlenme engelleri gibi kesin ve kesin olmayan olarak ikiye ayrılmıştır. Kişiler, iki hukuk sisteminde benzerlik arzetsen de bazı noktalarda ayrılmaktadır⁴³⁹.

Akrabalar arası evlilik iki hukuk doktrinde de yasaklanarak genel olarak butlanına karar verilmiştir. İslam Hukuku butlanla sonuçlandırdığı evliliklerde taraflar arası ve baba ile çocuk arasında hukuki ilişkilerin cereyan edemeyeceğini benimsemiştir. Yakın akraba olmalarının öğrenilmesi halinde derhal ayrılımları gerektiği vurgulanmıştır. Buna karşın TMK’da yakın akrabaların yaptığı evlilikler mutlak butlan olarak değerlendirilse de bu birleşmelerden doğan çocuğun nesebi babasına dâhil edilmekte ve bütün hukuki ilişkileri kurulmaktadır. Bunun ötesinde bu kişilerin evlilik dışı birleşmelerinden doğan çocuğun, birbirleriyle evlenmesi yasak olacak derece akraba olan anne-babasının sonradan evlenmesi halinde de babasına bağlanması mümkün kılınmıştır.

4.2. Nafaka

Nafaka kelimesi Arapça ne-fe-ka kökünden gelme infak mastarından türemiştir. Terim anlamı olarak, israf etmeyeceği düzeyde bir yaşam sürmesi için gerekli olan zorunlu harcamalardır. Kişinin ailesi için harcaması gereken harcamalar olarak tanımlayanlar olduğu gibi zaruret halinde yükümlü kişilerce yapılan yardımlar olarak tanımlayanlar da mevcuttur⁴⁴⁰.

⁴³⁹ Konunun ayrıntısı için Bkz. “TMK’da Evlenme Engelleri”, s. 19- 21.

⁴⁴⁰ İbn Âbidîn, *Reddül-Muhtâr*, VII, 283; Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, “Nafaka” md., s. 443; Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, s. 895.

4.2.1. İslam Hukuku'nda Nafaka

Nafaka, aralarında hukuki ilişkileri bulunan kişiler arasında cereyan etmektedir. Bu toplum hayatının selameti içindir⁴⁴¹. İslam Hukuku'nda alıkoyma (Nikâh gibi), fakirlik ve ihtiyaç durumlarında nafaka gerekli olmaktadır. Konumuzu ilgilendiren kısmı aralarında nesep bağı oluşup oluşmamasından yola çıkılarak izah edeceğimiz ilk iki çeşittir.

Nesep bakımından babaya nispet edilen çocukların nafaka yükümlülüğü babaya aittir. Çocuklar zengin değillerse büyüyünceye kadar nafakalar babalarındandır. Ama engelli çocukların nafakalarını her zaman babaları temin etmelidir. Kızlar, akil-baliğ olsalar bile evleninceye kadar babalarından nafaka almakta, erkekler ise akil-baliğ oldukları zaman babalarından nafaka sorumluluğu düşmektedir⁴⁴². Malikilerin dışındaki çoğunluğa göre torun da evlat gibi kabul edilip nafakaya tabidir⁴⁴³.

Karı zengin olsun- olmasın kocası, onu evlilik yoluyla zapt ettiği için nafakasını teminle yükümlüdür. Karının Müslüman olup olmaması durumu değiştirmeyeceği gibi kocanın fakir veya gaip olması da nafaka sorumluluğunu düşüren mazeretler değildir⁴⁴⁴. Sahih evlilikte ve sonucunda karı kocasına itaakar ve kocasının meskenindeyse her durumda nafaka ve iddet nafakası hakkıdır⁴⁴⁵.

Karının sahih nikâhta nafakasının vucubunun sebebi ihtibastır (alıkoyma). Çünkü kadın, bir nevi eşi için hapsedilmiştir ve nafakaya ihtiyacı vardır. Fasit, batıl vs. doğru olmayan evliliklerde ihtibas arzulanmadığından dolayı karının nafaka hakkı olmamaktadır⁴⁴⁶. Gayr-i meşru ilişkide her halde namahrem iki kişinin bir arada bulunması ve birisinin alıkonması yasaktır.

4.2.1.1. Gayr-i Sahih Evlilikler Sonucu Nafaka

Fasit nikâhta karı-kocanın beraberliği istenmeyen bir eylemdir. Bundan dolayı bu nikâh ile taraflar derhal ayrılır. Kariya onun kadınlığına saygı niteliğinde hediye şeklinde bir miktar mehir verilmelidir. Bunun dışında hiçbir nafakaya hakkı yoktur. Fasit nikâhta kadının hatası ile yapılmış bir nikâhın feshi söz konusu değilse sadece iddet nafakasını vermek

⁴⁴¹ Bilmen, *Hukuku İslâmiyye...*, II, 446.

⁴⁴² Sugdi, *en-Nuteffi'l-Fetâva*, I, 196.

⁴⁴³ Karaman, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, II, 151.

⁴⁴⁴ Kâsânî, *Bedâiu's-Senâi*, IV, 15.

⁴⁴⁵ Bilmen, *Hukuku İslâmiyye...*, II, 448.

⁴⁴⁶ Celal Erbay, *İslam Hukukunda Evlilik ve Hısımlık Nafakası*, Göytürk Yay., Bakü 1995, s.43.

gerekmektedir⁴⁴⁷. Kadının sahih evliliği içinde irtidat etmesi, kendi isteği ile kocasının usûl veya furûu ile cinsel ilişki kurması vb. eylemler kadın tarafından gerçekleştirilen hatalara örnek olarak gösterilebilmektedir⁴⁴⁸.

Mevkuf ve gayr-i lazım evliliğin sonuçları fasit nikâhın sonuçlarıyla aynı şekilde ele alınmaktayken⁴⁴⁹ batıl nikâhın sonuçları, erkek ile hiçbir hukuki ilişkinin oluşmayacağı şekildedir. Bu nikâhın tarafı olan kadın iddet nafakası dâhil hiçbir nafaka hakkına sahip olmamaktadır. Batıl nikâh sonucu dünyaya gelen çocuğun babasına nispet edilemiyor olmasından dolayı da çocuk ile babası arasında nafaka sorumluluğu oluşmaz.

4.2.1.2. Evlilik Şüphesiyle Gerçekleşmiş Birleşmeler Sonucu Nafaka

Şüphe ile gerçekleşmiş evliliklerden akit ve mülkiyet şüphesiyle yapılanlar birleşmelere dair nafaka hükümleri, bu evliliklerin fasit veya batıl olarak değerlendirilmesi üzerinden bina edilmiştir.

Fiil şüphesi ile yapılan birleşmelerin hiçbir evlilik akdiyle bağlantısı olmadığı için bu birleşmelerin zina olarak değerlendirilmesi konusunda ittifak edilmiştir. Ebu Hanife'ye göre fiil şüphesi dışındaki diğer şüpheli birleşmeler fasit nikâh sayılmaktadır. İmameyn'e göre ise aralarında ihtilaflı ve geçici evlenme engeli bulunan kişilerin şüphe ile gerçekleştirdiği evlilikler fasit, diğer şüpheli birleşmeler batıldır⁴⁵⁰. Cumhur, şüphe ile gerçekleşen evliliklerde tarafların evlenme yasağına uymamalarından dolayı akitlerini batıl olarak kabul etmişlerdir.

Hanefilerce fasit nikâh olarak değerlendirilen şüpheyle gerçekleşmiş birleşmeler kadının hatasından kaynaklı değilse erkeğin bu kadına iddet nafakası vermesi lazımdır⁴⁵¹. Bunun dışında erkeğin kadına karşı herhangi bir nafaka sorumluluğu bulunmamaktadır. Sözelimi, sütkardeşi ile bilgisi olmadan evlenen kişinin yaptığı cima, şüpheyle yapılan birleşmelerdendir. Koca, sahih evlilikte bulunduğu zannıyla karısına verdiği bütün nafakaları, sütkardeşi olduklarının haberini aldıktan sonra geri alma hakkına sahip olacaktır⁴⁵².

⁴⁴⁷ Erbay, *İslam Hukukunda Evlilik...*, s.43.

⁴⁴⁸ Döndüren, *Delileriyle Aile İlmihali*, s. 478.

⁴⁴⁹ Erbay, *İslam Hukukunda Evlilik...*, s.45

⁴⁵⁰ Günay, *Evlenme Akdinde Batıl Fasit Ayrımı*, s. 78.

⁴⁵¹ Heyet, *Fetâvâyi Hindiyeye*, II, 425.

⁴⁵² Celal Yıldırım, *Kaynaklarıyla İslam Fıkhı İbâdât, Muamelat, Feraiz*, Uysal Kitabevi, 5. Baskı, Konya ts., II, 132.

Şüpheli evlilik ve birleşmelerin batıl kabul edilmesi üzerine sonucunda kadın ve çocuğu için nafaka ilişkisi oluşmamaktadır.

Fasit evlilik olduğu kabul edilen şahitsiz nikâh, diğer fasit birleşmelerden ayrı tutularak kadının nafaka alabileceği savunulmuştur⁴⁵³.

Baba, nesebine bağlı bütün çocukları için nafaka mükellefiyetine sahiptir. Bu sebepten dolayı şüpheliyle gerçekleşmiş bazı evliliklerin fasit olarak değerlendiriliyor olması doğan çocuğun babasına isnat edilmesine ve babası ile arasında nafaka ilişkisi oluşmasına sebep olmaktadır.

4.2.1.3. Zina ve Mûla'ane Sonucu Nafaka

Baba tarafından hiçbir hukuki sonuçla muhatap olunmayan veled-i zina ve mûla'ane için her koşulda bu durum, anne ve onun akrabalarını ilgilendiren bir meseledir⁴⁵⁴. Veled-i zina olarak ele aldığımız çocuklar, anne-babası tarafından gayri meşru ilişki, fiil şüphesiyle birleşme, haram olan yapay dölleme yöntemleri sonucu doğan çocuklardır.

Heterolog dölleme yöntemi ile çocuk sahibi olmak İslam Fıkına göre haramdır. Bundan dolayı bu yöntemle dünyaya gelen çocuk, herhangi bir babaya nesep olarak isnat edilememektedir. Bu şekilde gerçekleşmiş dölleme yöntemlerinde nisbet edilebilecek bir baba bulunmadığından nafaka sorumluluğu olan bir baba da olmayacaktır.

Kocasıyla arasında mûla'ane gerçekleşerek ayrılan kadına ve gayr-i meşru ilişkide bulunan kadına da iddet nafakası dâhil hiçbir nafaka verilmemektedir. Yalnız li'ân esnasında kadının hamile olması, kadına nafaka vermeyi gerektiren durumlardandır⁴⁵⁵.

4.2.1.4. Taşıyıcı Annelik Sonucu Nafaka

Taşıyıcı anne yoluyla dünyaya gelmiş çocuklar için genetik annenin hakiki anne olduğunu kabul edersek genetik babanın nafaka ile yükümlü olacağını söyleyebilir. Zira hısımlık bu baba ve anne üzerinden kurulmuştur. Bu görüşte olanlara göre biyolojik annenin sütünne kabul edilmesinden dolayı bu kadın için nafaka meselesi söz konusu değildir.

Rahim sahibinin hakiki anne olduğu iddia edildiğinde, o kadının kocası nafakaya sorumlu olmaktadır. Çünkü bu sefer hısımlık bu cihetten oluşmuştur⁴⁵⁶.

⁴⁵³ Yıldırım, *Kaynaklarıyla İslam Fıkı*, II, 132.

⁴⁵⁴ Damad Efendi, *Mecmaul-Enhur*, I, 459.

⁴⁵⁵ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VIII, 233, 234.

4.2.2. TMK’da Nafaka

Anne-babası belli olan çocuğun eğitimi ve korunması için giderler bizzat anne ve babasından karşılanmaktadır. Bu soybağı ilişkisinin sonucudur⁴⁵⁷. Bu konu velayet ile alakalı değildir. Çocuk velayetleri altında olmasa bile anne-baba çocuğun nafakasını temin etmekle yükümlüdür⁴⁵⁸. Anne-babanın çalışmaya muktedir olması nafaka temini için yeterlidir. Bu durum çocuğun ergin olmasına kadar devam etmektedir.

Altsoy-üstsoy ve kardeşler arasındaki kan akrabalığından dolayı söz konusu olan nakafa sorumluluğu, amca, dayı, teyze gibi kan hısımları arasında cereyan etmemektedir. Nafaka talep edilecek kişilerin sıralaması “Nafaka davası, mirasçılıktaki sıra göz önünde tutularak açılır⁴⁵⁹.” Kanun maddesinden yola çıkarak ilk önce altsoy, onlar yoksa (anne-baba, dede) üstsoy şeklinde olmaktadır. Bu sıranın atlanması, nafaka mükellefiyetine sahip kişinin bulunmaması veya refah seviyesine sahip olmaması sebebiyle gerçekleşmektedir⁴⁶⁰.

4.2.2.1. TMK’da Evlat Edinme Sonucu Nafaka

Bir babanın nafakasını temin etmekle mükellef olduğu çocuk, kan yoluyla evladı olduğu gibi tanıma, babalık davası, annesi ile evlilik veya evlatlık yoluyla nesebine eklediği çocuklar da olmaktadır⁴⁶¹. Evlatlık çocuğun nafaka hakkında evlat edinenin diğer çocuklarıyla müsâvi derece olmasıyla beraber evlat edinene karşı nafaka sorumluluğu da eşittir. Bundan dolayıdır ki nafaka temininde ilk sırada sorumluluğa sahip olan altsoyun içinde evlatlık çocuk da bulunmaktadır.

4.2.2.2. TMK’da Evlilik Dışı Olan Çocuğun Nafakası

Evlilik dışı olup babası belirlenmemiş olan çocuk her şekilde anneye bağlanmakta ve annesi tarafından masraf ve giderlerin karşılanması zorunludur. Babasının hukuken tayin edilmemesine müteakip baba ve onun soyunun evlilik dışı kabul edilmiş çocuğa nafaka görevi bulunmamaktadır⁴⁶².

⁴⁵⁶ Şimşek, “İslam Hukuku Açısından...”, s. 84.

⁴⁵⁷ M.K. md. 327.

⁴⁵⁸ M.K. md. 350.

⁴⁵⁹ M.K. md. 365.

⁴⁶⁰ Akıntürk, *Aile Hukuku*, II, 434.

⁴⁶¹ Akıntürk, *Aile Hukuku*, II, 433.

⁴⁶² Oğuzman, Dural, *Aile Hukuku*, 377.

Annenin çocuğun babası olduğunu beyan ettiği fakat kanıtlayamadığı durumlarda ise babalık hükmü verilmiş olmasa bile bazen, hâkim nafakanın bir bölümüne iştirak etmesini isteyebilir⁴⁶³.

4.3. Miras

İhtiyaçtan artan yahut artırılan mal bazı sebeplerde korunmakta, elde tutulmaktadır. Bu sebeplerden biri ihtiyaçların sona erdiği ölüm olayından sonra malın hak sahiplerine miras yoluyla aktarımıdır. Bu hak sahiplerinden en çok söz konusu olan kesim, şüphesiz nesep bağındaki kişilerdir. Sözlükte miras, başkasından devreden, tevarüs eden anlamındaki irs kelimesinden gelmektedir⁴⁶⁴. Fıkıh terimi olarak ölen kişinin malvarlığının akıbetini düzenleyen kuralların bütününe ifade etmekte, İslam Miras Hukuku'nda genellikle “feraiz” kelimesi ile anılmaktadır⁴⁶⁵.

4.3.1. İslam Hukuku'nda Miras

Sahih evlilik yapıldığı takdirde halvet ve zifaf şartı aranmadan miras ilişkileri gündeme gelmektedir. Sahih bir evlilik içerisinde doğan çocuk hukuki olarak her türlü hak ve sorumluluk ile muhataptır. Böyle çocuğun anne-babasından miras hakkına sahip olacağı gibi usûlüne de belli sorumlulukları olmaktadır.

4.3.1.1. Gayr-i Sahih Evlilikler Sonucu Miras

Fasit, mevkuf vb. evliliklerde karı ve koca arasında miras hükümlerinin gündeme gelmesi için bir sebep yoktur. Bazı âlimler şahitsiz yapılmış nikâh gibi nikâhın fesadına sebep olan etkenin telafi edilebilir derece hafif olduğu evliliklerin miras münasebetini kurulabileceğine dair görüş bildirmişlerdir. Gayr-i sahih evliliklerden batıl evliliğin miras ilişkisini doğurmayacağı ittifakla kabul edilmiştir⁴⁶⁶. Çünkü batıl nikâh şer'i bir nikâh değildir⁴⁶⁷.

Koca ile karı arasında miras hakları söz konusu olmasa da doğan çocuğun babasının nesebine bağlandığı fasit evliliklerde diğer hukuki işlemlerde olduğu gibi miras hallerinde de çocuk ve babasının karşılıklı haklara sahip olması nesebin doğal bir sonucudur.

⁴⁶³ M.K. md. 333.

⁴⁶⁴ İbn Manzûr, “İrs “ md., *Lisânü 'l-Arab*, II, 111.

⁴⁶⁵ Karaman, *Anahatlarıyla İslam Hukuku*, II, 183.

⁴⁶⁶ Zuhaylî, *İslam Fıkıhı Ansiklopedisi*, X, 323.

⁴⁶⁷ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VII, 213.

4.3.1.2. Evlilik Şüphesiyle Gerçekleşen Birleşme Sonucu Miras

Şüpheyeye bağılı birleşmelerin bazıları fasit nikâh olarak kabul edilmektedir⁴⁶⁸. Fasit olduğı savunulan şüpheyeye dayalı birleşmelerin doğuracağı hukuki sonuçlar, fasit evlilik için geçerli hukuki sonuçlarla aynıdır. Bundan dolayısıdır ki, bu birleşmeler sonucu kadın için mehir, iddet gibi kazanımların gerekli olduğı düşünölse de miras gibi hukuki münasebetler karı-koca arasında gelişmeyecektir⁴⁶⁹.

Evlilik şüphesiyle gerçekleşmiş birleşmeler sonucu karı- koca arasında miras ilişkisi söz konusu değılken fasit nikâh olarak değerdendirilen şüpheli birleşmelerden (akit ve mülkiyet şüphesi) doğan çocuğun, babasıyla olan nesep rabitasından dolayı mirasçılığı sürekliliğini koruyacaktır.

4.3.1.3. Zina veya Mûla'ane Sonucu Miras

Bu konu için asabe kavramı önem arz etmektedir. Asabe, İslam hukuk terminolojisinde, esas itibariyle, miras bırakana doğrudan veya erkek vasıtasıyla bağılı bulunan mirasçılar için kullanılan bir terimdir⁴⁷⁰. Asabe kavramına değinmemizin sebebi zina veya mûla'ane sonucu mevzu bahis olan çocuğun erkekten neseben ayrılmasıdır. Yani bu çocuklar asabesi olmayan çocuktur.

Zina sayılan yapay dölleme ve fiil şüphesiyle gerçekleşen birleşmeler sonucu doğan veya li'ân edilen çocuk için erkek (koca) tarafından miras hakları oluşmamaktadır. Çünkü miras için nikâh veya nikâh bağılantısı olması gerekmektedir. Bu çocuklar ancak anne tarafına belli oranlarda karşılıklı mirasçı olmaktadır.

- "Kim bir cariye veya hür kadınla zina ederse, ondan olma çocuk, zina çocuğudur. Çocuk o kimseye mirasçı olamaz ve kendisine mirasçı olunamaz⁴⁷¹."

İbn Teymiyye'ye göre ise, baba suçunu itiraf edip gayr-i meşru olan çocuğun kendisine ait olduğı belirtirse çocuk ile babası arasında miras ilişkileri kurulabilmektedir. Ama bu durumda erkek, zina ikrarından dolayı had cezasına muhatap olacaktır. Buna karşın kadının veled-i zina doğduğunda başka biriyle evli olması ya da iddet beklemesinin, erkek

⁴⁶⁸ Bkz. "Evlilik Şüphesiyle Gerçekleşen Birleşme", s. 51, 54.

⁴⁶⁹ Yıldırım, *Kaynaklarıyla İslam Fıkhi*, II, 218, 219.

⁴⁷⁰ Zeynüddîn b. İbrâhîm b. Muhammed el-Mısırî İbn Nuceym, *el-Bahru'r-Raik Şerhu Kenzi'd-Dakaik*, Daru'l-Kitabi İslami, Kahire, ts., VIII, 577.

⁴⁷¹ Tirmizi, Feraiz, 21.

suçunu itiraf etse dahi mirasçılık ilişkisinin oluşmasını engelleyecek faktörlerden olduğu konusunda fakihler arasında ittifak vardır⁴⁷².

Li'ân edilmiş fakat henüz hâkim karı-kocayı ayırmamışsa, Hanefiler ve Hanbelîler karı ve çocuğun kocaya mirasçılığının devam edeceğini savunmuşlardır. Maliki ve Şafililer ise bu durumda hâkimin ayrılığa hükmetmesine gerek kalmadığını, miras ilişkisinin her halde son bulacağı görüşündedirler⁴⁷³.

Asabesi olmayan çocukların mallarına kimlerin mirasçı olabileceği konusu ihtilaflıdır. Malikîler, asabesi olmayan çocuğa belli bir oranla sınırlı olmak kaydıyla (1/3), sadece annenin mirasçı olabileceği ve mirastan geriye kalan kısmın da devlet hazinesine ait olacağı fikrini benimsemişlerdir⁴⁷⁴. Hanefiler ve Hanbelîler, miras hukuku açısından, baba tarafından akrabası olmayan çocuğun asabesini, “asabesi olmayanın asabesi, annenin asabesidir” yaklaşımı doğrultusunda anne ve anne yoluyla çocuğa akraba olan kimseleri de kapsayacak şekilde kabul etmişlerdir⁴⁷⁵. Şafiilerin görüşüne göre ise bu tür çocuklar için asabe, anne ve anne bir erkek kardeşlerden sonra asabe-i sebebiyye yoluyla mirasa hak kazananları ifade etmek için kullanılmaktadırlar. Bundan dolayıdır ki böyle çocuklar için miras hukukunda en yakın kişi anne, sonra anne bir erkek kardeşlerdir. Daha sonraki sırada annenin yakınları gelmektedir ve bu sıra doğrultusunda mirasçılık ilişkisi kurulur⁴⁷⁶.

4.3.1.4. Taşıyıcı Annelik Sonucu Miras

Taşıyıcı anneliği caiz görmeyen kesim, miras ilişkisinde meselenin taşıyıcı annelik olmadığını, genel kaide gereği rahim sahibi ile doğan çocuğun arasında nesep ve miras gibi hükümlerin oluşacağını savunmuşlardır. Biyolojik anne ve çocuk nesep olarak birbirine bağlı olduklarından miras münasebetleri bu doğrultuda olmalıdır. Kadının kocası yoksa baba tarafından feraiz işlemleri oluşmayacaktır.

Taşıyıcı annelikte genetik annenin gerçek anne olduğunu benimseyenler, miras ilişkisinin bu kadın ve kocası doğrultusunda olacağını belirtmektedirler⁴⁷⁷. Genetik annenin kocasının olmaması söz konusu değildir. Çünkü taşıyıcı annelik operasyonunu caiz görenler,

⁴⁷² Ebu Zehrâ, *Ahkamu't-Terikat ve'l-Mevaris*, Daru'l-Fikri'l-Arabiyyi, Kahire ts., s. 231.

⁴⁷³ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VII, 124.

⁴⁷⁴ İbn Rüşt, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 458.

⁴⁷⁵ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VII, 122; Serahsî, *el-Mebsût*, XXIX, 198.

⁴⁷⁶ Zuhaylî, *İslam Fıkhi Ansiklopedisi*, X, 462.

⁴⁷⁷ Şimşek, “İslam Hukuku Açısından...”, s. 86, 87.

evli kişilerin üreme hücrelerini vermeleri şartıyla bunu kabul etmektedirler. Doğuran kadının sütanne yerine koyulması sonucunda biyolojik anne ile çocuk arasında hukuki ilişkiler gündeme gelmemektedir.

4.3.2. TMK’da Miras

TMK’da miras halleri 495-682 maddeler arasında belirlenmiş geniş bir konudur. Yasal mirasçıların miras bırakanın kan hısımları, evlatlığı ve altsoyu ile sağ kalan eşi olduğu görülmektedir.

TMK, kan hısımlı mirasçıların belirlenmesinde “Zümre Sistemi”ni benimsemiştir. Zümre sisteminde sıralama birinci, ikinci ve üçüncü zümre şeklindedir. Yani bir önceki zümrede mirasçı varsa bu durum sonraki zümredeki mirastan pay almasını engellemektedir. Birinci zümre miras bırakanın altsoyu, yani çocukları, torunları, torun çocukları şeklinde devam eder.

Evlilik içerisinde meydana geldiği kesin olan cenin, miras bırakanın ilk zümresindeki kişilerdendir. Sonradan boşanma gerçekleşmiş olsa bile evliliği gerçekleştiren çiftler ile o evlilikten doğan çocuklar mirasta münasebet içerisinde olmaktadır.

İlgili konuda bahsettiğimiz şekilde, evlilik dışında doğmuş ve soybağı, tanıma veya hâkim hükmüyle kurulmuş olanlar, baba yönünden evlilik içi hısımlar gibi mirasçı olmaktadır⁴⁷⁸. İslam Hukuku’nda muhtelif olmasına karşın TMK’da çocukların hepsi aynı oranda mirastan pay almaktadır⁴⁷⁹.

Yasal mirasçılar olarak adlandırılan kimseler, evlilik sonucu veya evlilik dışı oluşmuş olsalar da hukuki olarak soybağına eklenmiş kimselerdir. Miras bırakanın ölümü anında hayatta olmak ve mirastan yoksunluğu gerektirecek konumda olmamak şartıyla kanuni mirasçılardır.

4.3.2.1. TMK’da Evlat Edinme Sonucu Miras

Mirastaki birinci zümreden olan kişilerden bir kısım ise evlatlıklardır. İslam Hukuku’nda evlat olarak adlandırılmayan bu zümre Medeni Kanun’da öz evlat muamelesi görmektedir.

⁴⁷⁸ M.K. md. 498.

⁴⁷⁹ M.K. md. 495.

Evlatlık ve altsoyu, evlat edinenin öz altsoyları gibi kabul edilerek evlat edinene mirasçı olabilmekteyken evlat edinen ve onun kan hısımlarının (babasının, annesinin, kardeşinin vb.) yasal mirasçısı değildir⁴⁸⁰.

Tek yönlü mirasçılığın uygulandığı evlat edinme müessesinde evlatlık alınan çocuğun kendi ailesindeki mirasçılığının devam ediyor olması⁴⁸¹ dikkat çekicidir.

4.3.2.2. TMK’da Evlilik Dışı Doğan Çocuğun Mirası

Evlilik dışında doğmuş ve soybağı, tanıma veya hâkim hükmüyle kurulmuş olanlar, baba yönünden evlilik içi hısımlar gibi mirasçı olurlar⁴⁸². Bunun için çocuğun babasının kanıtlanmış olması yeterlidir. Miras Hukuku’nda babası olduğu belli olan gayr-i meşru ilişki sonucu doğan çocuk evlilik birliğinde doğmuş gibi kabul edilmektedir. Bu yönde karar verilmesinin öncesinde Eski Medeni Kanun tarafından evlilik dışı ilişkiden olma çocuklar doğal çocuk olarak nitelendirmediklerinden babanın tanınması veya hâkimin tayin etmesi sonuçlarında da evlilik içi (sahih nesebli) çocukların yarı payında mirasçı olmaktaydılar⁴⁸³. 1987 yılından itibaren miras hukuku ile ilgili çeşitli değişiklikler ve görüşler ortaya atılmış nihayet 1990 yılı 3678 sayılı kanunla evlilik dışı çocukların diğer çocuklarla eşit oranda pay almasını sağlayacak düzenleme getirilmiştir.

4.4. Velayet

Hukuk dilinde velayet, başkaları adına rızaları alınmaksızın hukuki muamelede bulunma yetkisi olarak tarif edilmiştir⁴⁸⁴. Ehliyetsiz veya eksik ehliyetli kişilerin şahsi ve mali işlerini yürütmek ve haklarını korumak temsil müessesesini gerektirir. Bu aşamada onların velayet hakkına sahip kişiler olan velilerinin de hakları ve sorumlulukları gündeme gelmektedir.

⁴⁸⁰ M.K. md. 500.

⁴⁸¹ M.K. md. 500.

⁴⁸² M.K. md. 498.

⁴⁸³ E.M.K. md. 443.

⁴⁸⁴ Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, “Velayet” md., s. 602.

4.4.1. İslam Hukuku'nda Velayet

Temyiz gücüne sahip olmayan ehliyetsizlerin (gayr-i mümeyyiz küçükler ve akıl hastaları) ile temyiz gücü noksan olan (aklı zayıf kimseler) ve temyiz gücü olup da yaşı küçük olan (gayr-i mümeyyiz çocuk) eksik ehliyetlilerin veliye ihtiyaçları vardır⁴⁸⁵.

Ehliyetsizler dediğimiz, temyiz gücüne sahip olmayan kişiler ittifakla velinin izni ile tasarrufta bulunabilirler. Bunlar gayr-i mümeyyiz küçükler ve akıl hastalarıdır. Eksiz ehliyetliler grubuna, temyiz gücü noksan kişiler ve temyiz gücü olsa bile buluş çağına gelmemiş kişiler girmektedir. Bunak kişilerin idrar yetenekleri düşüktür. İyiyi kötüyü, doğruyu yanlış ayırt edebilen küçükler de eksik ehliyetlidir. Bunlara mümeyyiz küçükler denir. Eda ehliyetleri zayıftır ve yetişkinler kadar tecrübeli değildirler. Bu kişilerin alışveriş, nikâh gibi tasarrufları velilerinin iznine muhtaçtır.”

Velinin şart olduğu kişilere iki durumda velayette bulunma söz konusudur. Bunlar, malı üzerinde söz sahibi olmak ve evlendirme velayetinin dâhil olduğu şahıs üzerinde velayet şeklindedir.

4.4.1.1. Mallar Üzerinde Velayet

Ehliyetsiz ve eksik ehliyetli kişilerin rüşd yaşına ulaşınca veya akli dengesi yerine gelinceye kadar malları üzerinde söz sahibi olan kişilere veli ya da vasi denilmektedir.

Hanefilere göre mal üzerindeki velayet yetkisi; baba, babanın tayin ettiği vasi, dede, dedenin tayin ettiği vasi üzerinden devam etmekte onların yokluğunda devlet başkanı bu hakka sahip olmaktadır⁴⁸⁶. Şafilere göre ise babadan sonra dede, dede olmazsa onun tayin ettiği vasi ve devlet başkanı gelmektedir⁴⁸⁷. Maliki ve Hanbeliler dedeye velayet hakkı tanımayarak baba, babanın vasisi ve devlet başkanının veli olacağını kabul etmiştir.

Gayr-i sahih evlilik ve şüpheli birleşmelerin nesebe olan etkisi bahislerinde izah ettiğimiz üzere fasit, mevkuf, mülkiyet şüphesi ile yapılan vb. evliliklerde çocuğun nesebi babasına bağlanmaktadır. Nesebi babasına isnat edilmiş çocuğun velayet yetkisinin baba tarafına ait olduğu aşikârdır. Bunun dışında kalan batıl evlilik, gayr-i meşru vb. birleşmelerde nesebin baba tarafından akrabalarla bağlantısının kurulamadığı çocukların malları üzerindeki velayet hakkı en nihayetinde devlet başkanına ait olacaktır. İslam âlimleri tarafından çocuğun

⁴⁸⁵ Abdülhamid, *el-Ahvâlü's- Şahsiyye*, s. 72.

⁴⁸⁶ Kâsânî, *Bedâiu's-Senâi*, V, 155.

⁴⁸⁷ Şirbinî, *Muğni'l-Muhtâc*, III, 151

malı üzerindeki yetkinin baba ve onun erkek akrabalarıyla sınırlı tutuluyor olması, nesebi baba cihetine bağlanamayan çocuklar için hükmün bu şekilde şekillenmesine sebep olmuştur.

4.4.1.2. Evlendirme Velayeti

Ehliyetsiz kişilerin velileri izin verse bile evlendirilmeleri yasaktır⁴⁸⁸. Hanefi mezhebine ait bazı âlimler, bu kişilerin belli durumlarda velileri tarafından evlendirilebileceği görüşündedirler. Bu görüşlere rağmen ehliyetsiz kişilerin evlendirilmesinin evlilik mantığına ters olduğu ve hoş karşılanmayacağı düşüncesinden hareketle 1917 yılı Osmanlı Aile Kararnamesinde evlendirilmeleri, iyileşmeleri sebep olması gibi kuvvetli zorunluluklara dayanmadığı sürece yasaklanmıştır⁴⁸⁹.

Evlendirilmesine izin verilen mümeyyiz küçüklerin (eksik ehliyetli) nikâhları velilerinin izni olmadan gerçekleşirse mevkuf olarak kalmaktadır. Eksik ehliyetlilerin onayları alınmadan velileri tarafından evlendirilebileceği ittifakla kabul edilmiştir. Böyle olan nikâhlar, velinin mecbur bırakması sonucu gerçekleşmesi üzerinden velayet-i icbar olarak adlandırılmıştır⁴⁹⁰.

Ebu Hanife ve Ebu Yusuf istisna tutulduğunda müctehidlerin çoğu, tam ehliyetli kızların da evlenme için veli onayının gerektiğini savunmuşlardır. Hanefilere göre tam ehliyetli kızları evlendirme aşamasında, onlarında onayları alınmalıdır⁴⁹¹. Velayeti altındaki kişiyi ancak rızası dâhilinde evlendirme yetkisi veren bu velayete velayet-i istihbab denilmektedir⁴⁹². Maliki ve Şafiiler velayet-i icbar'ı tam ehliyetli kızlar için de geçerli görerek bu kızların onayları alınmadan evlendirilebilmesine cevaz vermişlerdir⁴⁹³.

Dulun evlendirilmesi meselesinde çoğunluk, bulug çağında olması halinde velisinin duldan izin alması gerektiğini söylemiştir. Şafiiler ise bulug çağında olmayan dulun evliliklerinde de kendisinin onayını gerekli görmektedir. Bu konuda şu hadisleri beyan ederler:

⁴⁸⁸ Heyet, *İslam Hukuku El Kitabı*, s. 461.

⁴⁸⁹ Yılmaz Yurtseven, “1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi ve Osmanlı Aile Hukukuna Getirdiği Yenilikler”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, sy, 1-2, Konya 2003, XI, 227- 228.

⁴⁹⁰ Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, “Velayet-i İcbar” md., s. 603.

⁴⁹¹ Mevsîlî, *el- İhtiyâr*, s. 333.

⁴⁹² Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, “Velayet-i Nedb” md., s. 603.

⁴⁹³ Nevevî, *Minhâc*, 375.

- “Dulun velisi ile bir alakası yoktur.” “Dul kendisine velisinden daha ziyade maliktir⁴⁹⁴.”

Evlendirme velayetinde veli olabilecek kişilerin sıralaması noktasında mezheplerin farklı görüşleri mevcuttur.

Hanefiler, bu sıralamanın mirastaki asabe sıralaması doğrultusunda olacağını kabul etmişlerdir. Bunlar; oğul, oğlun oğulları, baba, dede, anne-baba bir erkek kardeş, baba bir kardeş, anne-baba bir amca şeklinde devam etmektedir⁴⁹⁵. Önceki velinin olması sonraki sırada bulunan bir veliye velayet yetkisini kaldırmaktadır⁴⁹⁶.

Malikilerin velilikteki sıralaması; oğul, baba, anne-bir erkek kardeş, baba bir erkek kardeş, onların çocukları ve nihayet dede şeklindedir. Bazı kaynaklarda İmam Malik’in, babanın oğuldan önce geldiğini, dedenin de kardeşten önce geldiğini savunduğu belirtilmiştir⁴⁹⁷.

Şafiilere göre velayette öncelik hakkı babanıdır. Babadan sonra dede, dedenin babası, anne-baba bir kardeş, baba bir kardeş, onların çocukları ve amca gelmektedir⁴⁹⁸.

Mal üzerinde yetkili velilerde gündeme geldiği gibi evlendirme velayetinde de nesebi baba tarafına isnat edilen kişilerin velileri nettir. Buna karşın, baba ile nesep rabitası kurulamamış çocukların soyunda evlendirme velayetinde yetkili sayılan akrabaların bulunmaması, veli olabilecek sıradaki kişinin tespit ve tayin edilmesi noktasında ihtilaf göstermiştir. Evlendirme velayeti için babanın, o yoksa onun erkek akrabaları veya devlet başkanının veli olması gerektiği hükmü göz önüne alınınca neseben baba atfedilemeyen veled-i zina ve Mûla’ane gibi çocukların durumu inceleme konusu olacaktır.

4.4.1.2.1. Nesep Yönüyle Babaya Sabitlenmeyen Çocuğun Evlendirme Velayeti

Asaba kavramının miras hukukundaki işlerliğinin hukuki temsil açısından da kullanılıp kullanılmaması mevzusu görüş farklılıkların oluşmasına sebep olmuştur.

Ebu Hanefi’ye göre, küçüğün baba ve baba tarafından hiçbir erkek akrabasının olmaması, evlendirme velâyetinin mirastaki sıralama esas alınarak anneye, anne yoksa

⁴⁹⁴ Buhârî, Nikâh, 41.

⁴⁹⁵ Heyet, *Fetâvâyi Hindiyîye*, II, 306.

⁴⁹⁶ Döndüren, *Delileriyle Aile İlmihali*, 281.

⁴⁹⁷ İbn Rüşd, *Bidâyetü’l-Müctehid*, II, 19.

⁴⁹⁸ Nevevî, *Minhâc*, 376.

annenin asabasine geçmesi için yeterli bir sebeptir⁴⁹⁹. Ebu Hanife'ye ait bu görüşün dayanağı, velayet altındaki çocuğa merhamet açısından en yakın olan kişilerin anne ve akrabaları olacağı inancıdır. Devlet başkanına göre anne ve asabesi daha yetkili olmak zorundadır.

Ebu Yusuf, İmam Muhammed ve cumhur, asabe kavramını miras hukukundaki yeriyle ele alarak velayet yetkisinin de bir erkek tarafından yürütülmesi gerektiğini savunmaktadır. Asabeden olan kişiler; baba, baba bir erkek kardeş, dede vb. yakın akrabalar ve anne asabeden sayılmaktadır. Evlilik dışı doğan çocuğun veli olabilecek erkek akrabası bulunamayacağından (olsa da hukuki olarak kabul edilmez) o zaman bu yetki ancak devlet başkanı tarafından yürütülebilecektir⁵⁰⁰. Çoğunluğun benimsediği bu görüşe şu hadis delil gösterilmiştir:

- “Velisi olmayanın velisi sultandır. (devlet başkanı)⁵⁰¹.”

Malikiler, nesep olarak bir babaya bağlı olmayan bu çocukları miras hukukunda direk anne veya onun asabesine bağlarken velayet mevzusunda velayete yetkili kişinin erkek olması gerektiğini savunmuşlardır⁵⁰². Hal böyle olunca baba tarafından hiçbir kişiye bağlı olmayan çocukların velayeti devlet başkanına geçecektir.

4.4.2. TMK’da Velayet

Velayet, analık ve babalık mükellefiyetlerinin icrasını mümkün kılmak maksadıyla reşit olmayan çocukların veya ergin olduğu halde kısıtlanmış kişilerin şahıs ve mallarına ilişkin kanunun ana-babaya tanıdığı hak ve borçların tümüdür⁵⁰³.

Türk Hukuk sistemine göre anne-babanın birlikte velayet hakkı sadece evli oldukları halde evlilik içi doğduğu kabul edilen çocukları üzerinden olabilmektedir. Bu hak anne-babadan başkasına devredilemediği gibi anne-babanın velayette hakları eşittir⁵⁰⁴. EMK, velayetin birlikte yönetilemediği zamanlarda velayet yetkisine erkeğin kadından daha çok

⁴⁹⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, IV, 223.

⁵⁰⁰ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VII, 14-17; Şâfiî, *el-Umm*, V, 13; İbn Nuceym, *el-Bahru'r-Raik*, III, 133.

⁵⁰¹ Ebu Davud, *Nikâh*, 19.

⁵⁰² İbn Rüşt, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 18.

⁵⁰³ Oğuzman, *Dural, Aile Hukuku*, 272; Akıntürk, *Aile Hukuku*, II, 365.

⁵⁰⁴ M.K. md. 335,336.

sahip olabileceğini kabul etmekteydi⁵⁰⁵. YMK’da bu hüküm kalkarak velayet hakkına eşit derecede hak sahibi olunması sağlanmıştır.

Velayete sahip ana veya babanın yeniden evlenmesi, velayetin kaldırılmasını gerektirmez. Ancak, çocuğun menfaati gerektirdiğinde velayet sahibi değiştirilebileceği gibi, durum ve koşullara göre velâyet kaldırılarak çocuğa vasi de atanabilir⁵⁰⁶.

Üvey anne-babanın üvey evlatları üzerinde velayeti yoktur. Ama üvey olan taraf, eşine uygun bir şekilde yardımcı olur; durum ve koşullar zorunlu kıldığı ölçüde çocuğun ihtiyaçları için onu temsil eder⁵⁰⁷.

4.4.2.1. TMK’da Evlat Edinme Sonucu Velayet

Türk hukuk doktrinde kabul görmüş meselelerden birisi de evlat edinmedir. Evlat edinme işlemi, evlatlık ile evlat edinen arasında öz evlat derecesinde hukuki ilişkileri oluşturmaktadır. Bunlardan birisi de velayettir.

Kanunun 314. md. geçen “ Evlat üzerinde evlat edinene tanınan velayet hakkı evlilik içinde doğmuş olan çocuklarda olduğu gibi doğrudan doğruya kanundan doğar.” ibaresi gereğince evlat edinme işleminin hâkim tarafından karar verilmesi sonucu velayet hakları kazanılmaktadır. Bu aşamadan sonra evlatlığın anne-babasına ait velayet hakkı ortadan kalkacaktır.

Eşler evlat edinmeyi beraber yapmışlarsa evlatlık üzerindeki velayet yetkileri ortaktır. Tek başına evlat edinen kişi, eşinden bağımsız velayet yetkisine sahiptir. Velayet yetkisine sahip olan/olanlar evlatlığın malları üzerinde söz sahibi oldukları gibi “ ana-babaya ait haklar ve yükümlülükler evlat edinene geçer⁵⁰⁸” hükmü doğrultusunda bakım yükümlülüğüne de sahiptir.

4.4.2.2. TMK’da Evlilik Dışı Doğan Çocuğun Velayeti

Evlilik dışı doğan çocuğun babası, anne ile evlenme, tanıma veya babalığına hüküm verilme gibi bir durum sağlamamışsa velayet, davaya gerek olmaksızın doğumla beraber kendiliğinden anneye aktarılacaktır⁵⁰⁹. Çocuğun menfaatinin aksine bir durum söz konusu

⁵⁰⁵ E.M.K. md. 263.

⁵⁰⁶ M.K. md. 349.

⁵⁰⁷ M.K. md. 338.

⁵⁰⁸ M.K. md. 314.

⁵⁰⁹ M.K. md. 337.

olmadığı sürece böyle devam eder. Ama anne küçük, kısıtlı veya ölmüş ya da velâyet kendisinden alınmışsa hâkim, çocuğun menfaatine göre, vasi atar veya velayeti babaya verir⁵¹⁰.

Eski Medeni Kanun, evlilik dışı olan çocukların velayet yetkisini doğrudan doğruya anneye vermemekte hâkimin tayin etmesine bağlamaktaydı. Hâkim dilerse velayet hakkını anneye değil belirlediği bir vasiye de verebilmekteydi⁵¹¹.

YMK’da, evlilik dışı doğmuş çocuğun nesep olarak bir babaya bağlanmaması, onun velayet haklarının annesine ait olmasını gerektirmektedir. Bu mevzuda İslam Hukuku, Türk Medeni Hukuku’ndan ayrılmaktadır. İslam Hukuku’nda çoğunluğun kabul ettiği görüş, velinin erkek Müslüman olması gerektiğidir. Bu haseple babaya nispet edilemeyen çocuğun velayeti İslam âlimlerince ihtilaflıdır.

4.5. TMK’da Yapay Döllenme Ve Taşıyıcı Annelik Sorunsalı

Ülkemizde yapay döllenme konusu, Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik ile düzenlenmiştir. Bu yönetmelikte anne adayının yumurtası ile kocanın spermini çeşitli yöntemlerle döllenmeye daha elverişli hale getirerek, gerektiğinde vücut dışında döllenmesini sağlayıp, gametlerin veya embriyonun anne adayına transferini ifade eden ve modern tıpta bir tıbbi tedavi yöntemi olarak kabul edilen uygulamalar şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre yapay döllenme sadece evli çiftlere izin verilmektedir. Heterolog döllenme bu maddeyle yasal kabul edilmemiştir. Ayrıca bu yöntemle birleşme ister karının vücudunda ister karının vücudu dışında gerçekleştirilsin, embriyo, işlem sonunda karının vücuduna yerleştirilmesi şarttır. Bundan yola çıkarak taşıyıcı annelik illegal bir tıbbi işlemdir.

İllegal olduklarından dolayı çocuğun geni kime ait olursa olsun kanunun kabul ettiği şekilde nesep kurulacaktır. TMK’ya göre çocuğu doğuran onun annesidir. Hal böyle iken taşıyıcı annelik ve doğum öncesi evlatlık anlaşmasıyla dünyaya gelen çocuğun annesi, ona genlerini veren kadın değil onu doğuran biyolojik annedir. Doğuran kadın bekârsa çocuk herhangi bir babaya neseple bağlı olmaz. Genetik baba isterse çocuğunu tanıyabilir. Ama bu durum genetik anne ile çocuk arasında bağı oluşturmaz⁵¹². Genetik annenin çocuğu evlatlık alması ya da genetik baba ile ortak evlat edinmesi gerekmektedir. Evlat alma söz konusu

⁵¹⁰ M.K. md. 337.

⁵¹¹ E.M.K. md. 312; Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, s. 562.

⁵¹² Sevtap, “Yörüngesinden Çıkan Tabiat...”, s. 45.

olduğunda, Türk Medeni Kanuna göre bir çocuğun evlat edinilebilmesi için o çocuğa ailenin bir yıl bakması ve eğitmesi zorunluluğu⁵¹³ bebeği hemen alamamalarına sebep olacaktır.

Medeni Kanuna göre erkeğin baba kabul edilebilmesi için, çocuğun annesi ile evli olması veya onu tanıması ya da babalığına hükmedilmesi gerekmektedir. Taşıyıcı annelikte onu doğuran kadının anne kabul edilmesinden dolayı onun kocası hukuken baba olmaktadır. Bu erkek çocuğunu reddetmeden genetik babası çocuğu tanıma işlemi yapamaz. Embriyo transferinin kocadan izinsiz yapılması halinde ise kocanın genelde çocuğu reddetmediği görülmüştür.

Sperm bağışıyla döllenmiş çocuğun baba tarafından nesep tayinindeki meçhullüğüne yaklaşım İslam hukukuyla aynıdır. Babasının kim olduğunu bilse mi daha iyi, bilmese mi daha yararınadır? Babasını tanımasıyla belki de memnun olmayacağı meseleler ortaya çıkacaktır. Tanımamasıyla tamamen bir belirsizliğe düşecektir. Bütün bunlar beraber değerlendirilince çocuğun en sahih ortamda oluşması, horlanmaması ve dışlanmaması açısından son derece önemlidir.

Yapay döllenmede, kanunun kabul ettiği şekilde, çocuğu doğuran kadının anne, onun kocasının baba kabul edilmesi üzerinden hükümler ortaya çıkmaktadır. Çocuk kime mirasçı olacağı kimden nafaka alacağı vb. işlemler nesebinin tayin edildiği ebeveynlere göre şekillenmektedir. Bundan dolayı yapay döllenmenin nesep üzerinden hukuki sonuçlarını ayriyeten açıklamayı gerekli görmemekteyiz.

⁵¹³ M.K. md. 305.

SONUÇ

Tezimizde İslam Aile Hukuku'nda temenni edilen sahih evliliğin dışında oluşmuş nesebin nasıl ele alındığını, mevzu bahis olan kişilerin bu fiillerinden ne derece etkileneceğini incelemeye çalıştık.

Sahih evlilik her iki hukuk sisteminde de gerçekleşmesi ümit edilen bir birliktir. Bu birlikten ortaya çıkan sonuçlar gerek fıkhi gerek hukuki olsun, şüpheyne mahal vermeyecek kadar kesindir. Sahih (kanuni) evliliğin söz konusu olmadığı durumlarda karmaşa ihtimalini her an mümkün olduğu ilişkiler söz konusu olmaktadır. Yanlış temeller üzerine inşa edilmiş akitler veya meşru olmayan ilişkiler, nesep tayinini sarsıntıya uğratmaktadır. Nesebin nettik kazanmadığı birleşmeler, evlenmemesi gereken kişilerin evlenmeleri başta olmak üzere pek çok kötü sonuca sebep olmaktadır. Aynı şekilde soy bağındaki belirsizlik ve ciddiyetsizlik hak sahiplerinin haklarını almalarını engellemekte veya hakkı olmayanın haksız kazancıyla son bulmaktadır.

Bazen tarafların evlenme niyetleri sonrası sahih olmayan evlilikler (gayr-i sahih evlilikler) meydana gelebilmektedir. Bu niyet zina ilişkinin arzulanmadığının göstergesidir. Bu niyetten yola çıkarak sahih olmayan bazı evlilikler hukuki ve fıkhi açıdan, gayr-i meşru ilişkinin sonuçlarından farklıdır. Amaç sorumsuzluk ve pervasızlığın boy gösterdiği zina eyleminden ayırmaktır. Zina eylemi İslam anlayışına son derece aykırı ve sonuçları açısından hakların gündeme gelmediği bir suçtur. Çünkü İslam anlayışı, yanlış şeyden (mâsiyetten) bir nimetin kazanılmasını doğru bulmamıştır. Bilakis kerih olan bir eyleme mahrumiyet haktır. Tüm bunlardan yola çıkarak, doğurduğu sonuçlar açısından kişilerin gayr-i sahih evliliklerinden veya evlilik dışı olan birleşmelerinden dolayı nelerden mahrum kaldıkları gösterilmiştir.

İslam Hukuku açısından sahih evliliğin yapılmadığı zamanlarda doğan çocuğun nesep olarak bağlanabildiği durumlar olsa da hukuki açıdan noksanlık söz konusu olabilmektedir. Bunun amacı, sahih evliliğe çağrıdır. Sonucunun kınama, mahrumiyet ve ceza olduğu eylemlerden, insanoğlu her zaman uzaklaşmaya çalışmıştır. Aynı şekilde takdir ve nimetin hak olduğu ilişkilere de yönelim söz konusudur.

Nesebin subûtü için kriter olarak koyulan hamilelik sınırları her iki hukuk doktrininde de aynı ele alınmıştır. Evlilik tarihinden altı ay sonra/ ayrılıktan itibaren genellikle bir yıl içerisinde gerçekleşen doğumlar şeklindeki sınırlamalar dünyaya gelen bir bebeğin yaşama

imkânının alt sınırı olarak belirlenmiş en uzun olabilecek hamilelik süresini ifade eden azami müddet, dönemin tıp verileri ve doğum hadiseleri üzerinden ihtilaflı kalmıştır. Neticede bugün, tıp verileri en uzun hamileliğin bir seneyi aşamayacağı üzerinde mutabık kalınmasını sağlamıştır. Evlilik tarihinden itibaren/ vefattan sonra belirlenen hamilelik süreleri içinde doğum yapan kadına bu doğumuna yönelik zina iddiası, kuvvetli delillerin varlığına muhtaçtır. Bu sürelerin dışında kalan doğumlar redd-i neseb davaları için önemli bir ispat olarak kabul edilmesiyle beraber gayr-i sahih evliliklerde nesebin sabit olmasını zorlaştıran bir durumdur.

Nesebi sabit kılma ve daha çok reddetme işlemlerinde hamilelik süresinin karine olarak kabul edilmesinin dışında DNA analizi de büyük önem arz etmektedir. İslam Hukuku'nda DNA incelemesine olumlu yaklaşanların DNA ispatının gerekliliğini, TMK'nın dava için ortaya koyduğu delil ve karine sıralaması ile aynı şekilde değerlendirdikleri görülmektedir. Dava, DNA analizine ihtiyaç hissedecek kadar dava konusuyla eşdeğer kuvvette ilerlemeli, getirilebilecek başka ispat ve yöntemin kalmamış olmasına göre hareket edilmelidir. Bu noktada İslam Hukuku'ndaki li'ân uygulamasının sıralamanın neresinde bulunacağı veya uygulanmasının gerekliliği tartışılmıştır.

Kadının kocası ile olan evlilik bağlarının son bulmasıyla muhtemel doğabilecek çocukların nesebinin sıhhati açısından iki hukuk sisteminde de kadının iddet beklemesine lüzüm duyulmuştur. Kadının bu bekleme süresinde başka bir erkekle evlenmesi yasaklanmıştır. İslam Hukuku'nda iddet bekleyen kadınla evlilik hiçbir zaman sahih bir evlilik akdi olarak kabul edilmemiş mahiyeti ve sonuçları açısından noksan bırakılmıştır. TMK'da ise iddet bekleyen kadının başka bir erkekle evlenmeden önce gerekli yerlerden belge alması istenmişse de bu işlemi gerçekleştirmeyen kadının evliliği geçerli sayılmıştır.

Anne ile çocuk arasındaki neseb bağı doğum ile doğal bir şekilde kurulabiliyorken bazen çocuğun babasına isnat ettirilmesi zorlu ve uzun süreçlerden sonra mümkün olabilmektedir. TMK'da evlilik dışı çocuk, babanın tanınması ile nesebe dâhil edilmektedir. Buna benzer olarak İslam Aile Hukuku'nda nesebi ikrar ve lakit çocuğa karşı ana-babalık iddiası mevzusu mevcuttur. Babalığını veya anneliğini itiraf etmesi şeklinde açıklayabileceğimiz bu yöntemler, iki hukuk sisteminde şart ve yöntemleri açısından ayrılmaktadır.

İslam ve Türk Aile Hukuku'nda çocuğun baba tarafına nesebinin sübutuna ilişkin kabul edilen yöntem ve şartların büyük oranda aynı doğrultuda ele alınmasıyla beraber evlilik akdine olan yaklaşım nüansları iki hukuk doktrinindeki ayrılma noktalarını teşkil etmektedir.

Zira Türk Medeni Kanunu'nda şartlar yerine getirildiği sürece çocuk babanın nesebine bağlanabiliyorken İslam Hukuku'nda nesebin sübutu için istisna görüşler hariç tutulduğunda evlilik akdi veya şüphesinin bulunması şartı getirilmiştir. Herhangi bir evlilik akdi veya şüphesine dayanmayan birleşmelerin gayr-i şer'i olduğu vurgulanarak nesebin tayini gibi bir nimete sebep olamayacağı kabul edilmiştir. Söz gelimi TMK'da evlilik esnasında koca dışında bir erkekle gayr-i meşru ilişki sonucunda dünyaya getirilen çocuğun bu ilişkinin tarafı olan erkek tarafından tanınabilmesine sağlanan imkân, İslam Hukuku açısından bu birleşmenin evli kadın üzerinden zina olduğunun kesinliği doğrultusunda hem had cezası hem de nesebin meçhul kalması mevzu bahis olmaktadır. Evlilik dışı ilişkiye takınılan tavır, bu eylemden sonra nesebin elde ettiği hukuki durumlar noktasında da değişkenlik göstermektedir. Buna karşın iki hukukta pek çok benzerliğin bulunduğunu, farklı hükümlerin ise zaman içinde değişen topluma ve evliliğe dair yaklaşımlardan ileri geldiğini söyleyebiliriz.

Evlilik dışı çocuğun nesebe dâhil edilmesinde benzer olan yöntemlerden en önemlisi, gayr-i meşru ilişkide bulunan kişilerin çocuklarının doğumundan evvel evlenmeleridir. Bu yöntemle çocuk hiçbir şekilde evlilik dışı olarak anılmayacaktır. Bu evlilik onların hem iyi niyetlerini hem de hatalarını telafi etme çabalarını göstermektedir. Her ne kadar gayr-i meşru ilişki söz konusu olsa da tarafların hatalarından pişman olmaları üzerine evlenmeleri, hukuken veled-i zinanın evlilik birliğinde doğmuş gibi olmasını sağlayacaktır. Erkeğin nesebine dâhil ettiği çocuk zaten öz çocuğudur. Bizim tasvip etmediğimiz mevzu, gayr-i meşru birleşmede bulunan çiftlerin çocuk sahibi olmalarına rağmen evlilik birliğine dâhil olmamakta ısrar etmeleridir. Her çocuk anne-babasının kim olduğunu bilmek ister. Ama anne-babasının herkesçe uygun görülen meşru dairede birlikte olmasını da arzular. Anne-babasının evli olmadığını bilmek, onun için sıkı sıkıya bağlı olacağı bir yuvanın da olmadığı hissine kapılmasına sebep olacaktır. Bunların dışında evlenme konusunda direten çiftlerin yüksek oranda başka kişilerle evli oldukları ortaya çıkmaktadır. Nesep ilişkisi kurma ve miras meselesinde çiftlere bazı kuralların dayatılması, evli iken gayr-i meşru ilişkilerin yaygınlaşmasının ve babalığını kabul ve itiraf ederek vicdan rahatlatmasının önüne geçeceği kanaatindeyiz.

Kadın gayr-i meşru ilişkide bulunduğu erkekle evlenmeden bu ilişkileri sonucu doğum yaptığı durumlarda çocuğun evlilik dışı olarak kalmaması için erkeğin tanıma işlemi yapması da mümkündür. TMK'ya nazaran İslam Hukuku'nun göz önüne aldığı mevzu bu birleşmenin evlilik dışı olduğunun meşhur olmaması veya duyurulmamasıdır. Yani, zina eden kadın bu eylemden bir çocuk doğursa erkek, çocuğunun veled-i zina olduğunu söylemeden ikrar ile

tanıyabilir. İslam Hukuku taraflar arası evlilik akdi veya şüphesine ihtimal vererek bu yöntemi sunmuşken TMK, evlilik dışı çocuğun masumiyetinden yola çıkarak, onun bazı haklardan mahrum kalmaması amacını gözetmiştir. Hal böyle iken TMK için evlilik içi, evlilik dışı nesep olan ayırımı bazı şart ve yöntemlerle evlilik dışı nesebin alanı mümkün olduğunca daraltılmıştır. Evlilik dışı ilişkide bulunan ve sonucunda bir çocuğu olan erkeğin çocuğunu tanımasıyla veya kanunen babalığına karar verilmesiyle evlilik dışı çocuk, evlilik içi çocuktan çok farkı kalmamaktadır. Bundan gaye, evlilik dışı çocuğu olabildiğince evlilik içi çocuğun hak ve ödevlerine yaklaştırabilmektir.

Toplumun zaman içinde değişen yapısı gelenek, görenek, örf ve en önemlisi dine verilen ehemmiyetin etkilenmesine, evlilik dışı ilişkilere olan bakış açısının farklılaşmasına sebep olmuştur. Nesebin sübutu için evlilik akdine gerek olup olmadığı inancı, TMK’da soybağına dair hükümlerin güncellenmesi ihtiyacını hissettirmiştir. EMK nazaran günümüz Medeni kanunu, evlilik dışı ilişki kuran kadın ve çocuğuna daha fazla hak tanımaktadır. Her şeyden önce kadının evli iken gayr-i meşru ilişkisini ortaya koyarak babalık iddiasında bulunabilmesi EMK’da ve İslam Hukuku’nda mümkün olmayan bir davadır. Bununla beraber kadının açtığı babalık davası devam ederken erkekten maddi yardım talep edebilmesi, İslam Hukuku’nda batıl evlilik sonucunda bile kadına tanınmayan bir hak olması hasebiyle İslam anlayışına tezattır. Evlilik dışı çocuk üzerine velayet yetkisinin tamamen ve kendiliğinden anneye verilmesi de EMK ve İslam Hukuku açısından farklı gelişmiştir.

İslam Hukuku’nda kan akrabalığı kadar değer gören TMK’da evlenme engellerine dâhil edilmeyen süt akrabalık, süt emen ve emziren kişilerin kayıt altına alınması suretiyle önemle üzerinde durulması gereken bir bağıdır. Neticede süt akrabalığı ile kan akrabalığı, hukuki ilişkilerin oluşması dışında kişiler arası rabıtayı aynı derecede kurmaktadır. Süt hısımlığının, TMK’nın kuruluş yıllarında adı geçmesine rağmen sonradan çıkarılarak uzun yıllardan beri kanuni olarak anılmamasının da etkisiyle hafızalardan silinmesi ve ehemmiyetini yitirmesi İslam toplumu açısından üzücüdür.

İslami açıdan süt akrabaları arasında oluşması gereken evlenme engellerinin kanuni olarak mevzu bahis olmamasına karşın birbirine tamamen yabancı olan kişilerin aynı evi paylaşarak sûni bir anne-baba-çocuk ilişkisini meydana getirmesinden dolayı evlenme engelleri oluşturan evlatlık müessesesi, TMK ile İslam Hukuku’nu keskin hatlarla ayıran büyük bir uygulamadır. Büyük olarak nitelendirilmesinin sebebi, bu uygulamadan sonra gündeme gelen yasaların sadece evlenme engelleri noktasında değil evlatlığın adeta öz evlat gibi telakki edilmesini sağlayan evlatlık-evlat edinen arasındaki nesep bağlantısıdır. Öyle ki bu bağlantı

sonucu evlat edinenin diğer çocukları ile evlatlığın birbirleri ile evlenmesini yasaklanmakta aralarında mahremiyet hassasiyetlerinin oluşması göz ardı edilmektedir. Evlatlık çocuk üzerinden tek taraflı hukuki kazanımlar(miras) ve sorumluluklar (nafaka, velayet) da söz konusu olmaktadır.

Yapay dölleme yöntemlerinden, karı ve kocaya ait üreme hücrelerinin dış ortamda dölленerek tekrar karının rahmine enjekte edilmesine işlemi (homolog dölleme) bütün İslam hukukçuları tarafından caiz, Türk Medeni Kanunu açısından yasal görülmüştür. Bu yöntemin dışında kalan diğer yapay dölleme müdahaleleri Türk Hukukunda yer bulmamış ve illegal kabul edilmiştir. Bundan dolayıdır ki hangi yöntem olursa olsun doğan çocuk doğuranın çocuğu, doğuranın kocası da çocuğun babası olmaktadır. İslam hukukçularının bazıları heterolog döllemelerden sadece taşıyıcı anneliğe olumlu baksa da çoğunluk homolog dölleme dışındaki yapay döllemeleri caiz görmemektedir. Çoğunluğa göre taşıyıcı annelik yönteminde genetik aktarım farketmeksizin doğuran kadın çocuğun annesidir. Taşıyıcı anneliği caiz görenler taşıyıcı annenin sütanne genetik annenin gerçek anne olduğunu savunmaktadırlar.

Sonuçta, sahih evlilik dışındaki birleşmeler her zaman çözülmesi zor problemlerin odak noktası olacaktır. Bu sorunlar ilişkinin tarafı olan kadın ve erkeğin hukuki münasebetlerine, doğan çocuğun nesebinin sabit olmasına zarar vermektedir. Gayr-i sahih evliliklerde en azından evlilik akdine ve niyetine dayandığı için belirlenmiş hamilelik süresi sonucu doğan çocuğun nesebi korunmakta ve dolayısıyla babasıyla arasındaki hukuki rabitaları kurabilmektedir. Herhangi bir evlilik akdine dayanan şüpheli birleşmeler tarafların gerçekleştirdiği cimanın gayr-i sahih evlilikler gibi değerlendirilmesini sağlamaktadır. Buna karşın gayr-i meşru ilişkide bulunan tarafların hiçbir evlilik akdine mebni olmamaları, kadın - erkek ve baba - çocuk arasında evlenme engellerinin oluşması dışında yasal bağlantılarının tahsis edilmesini engellemektedir. İslam Hukuku'nun bazı meselelere getirdiği genel kaideler, annenin evlilik dışı doğan çocuğu üzerinde kısmen yetki sahibi olabilmesine de sebep olmaktadır.

KAYNAKÇA

Abdülhamid, Muhammed Muhyiddin (2013). *el-Ahvâlü's- Şahsiyye fi 'ş-Şeri'atü'l-İslâmiyye*. Beyrut: el-Mektebetü'l- İlmiyyetu

Acar, H. İbrahim (2010. “ Talak” md., *DİA*, 39, 496-500.

Acar, İbrahim (2006). İslam Hukuku Açısından Evlat Edinme Ve Hz. Peygamber'in Zeynep'le Evliliği. *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy. 7, 99- 110.

Akgündüz, Ahmet; Halil Cin (1995). *Türk Hukuk Tarihi (Özel Hukuk)*, 2. Baskı, Konya: Selçuk Üniversitesi Yay.

Akıntürk, Turgut (2004. *Türk Medeni Hukuku Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku*. 9. Baskı, İstanbul: Beta.

Altunkaya, Mehmet (2001). Türk Özel Hukukunda Evlilik Dış Doğan Çocukların Hukuki Durumu. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, sy. 1, Cilt: 9, 389- 434.

Arda, Berna; Serap Şahinoğlu; Ayten Çangır Kayı (1993). Yardımcı Üreme Tekniklerinin (IVF'nin) Getireceği Tıbbi Etik Sorunlar. *Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi*, 53- 58.

Arif, Arif Ali (2011). Taşyıcı Anne Veya Kiralanmış Rahim Konusuna İslami Bir Bakış. *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 389- 414.

Arpacıoğlu, Işıl Tüzün (2013). Yapay Döllenmenin Soybağına Etkiler. *Hukuk Ve İktisat Araştırmaları Dergisi*, sy. 1, Cilt. 5, 11- 20.

Ataay, M. Aytekin (1957). *Medeni Hukukta Evlat Edinme*. İstanbul

Atar, Fahrettin (2005). “Muhâlea”, *DİA*, 30, 399-402.

Aydın, M. Akif (2010). *İslam Ve Toplum İlmihal*. İstanbul: TDV Yay.

Ayiter, Nûşin (1973). Türk Medenî Kanunu Öntasarısı Ve Gerekçesinin Nesebe İlişkin Hükümleri Hakkında Görüşler. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 30 (1), 145- 167.

Basın Birimi (2015). Tematik Bilgi Notu- Velayet Hakları. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi*

Berki, Osman Fazıl (1993). Türk Hukukunda Sahih Nesepten Doğan Kanun İhtilafları. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 512- 523.

Berki, Şakir (ts). Medeni Kanunda Nesep Hısımlığı. *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 34- 51.

Beşer, Faruk (2000). “İlkah” Md. *DİA*, 22, 115-117.

Bilmen, Ömer Nasuhi (ts). Hukuku İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu. İstanbul: Bilmen Yay.

Cihan, Erol (1971). *Sosyal Ve Hukuki Bakımdan Suni İlkah*. İstanbul: İstanbul Barosu Yay.

Çalışkan, Hazal Urgan (2016). Bırakınız Taşısınlar: Taşıyıcı Anneliğe Güncel Bakış. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları*, 22 (1), 489- 509.

Çam, Serap Nurhan (2014). İslam Hukukunda Yardımcı Üreme Teknikleri Ve Taşıyıcı Annelik. *Süleyman Demirel Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi*.

Çeker, Orhan (1999). İslam Hukuku’nda Akidler. *Selçuk Üniversitesi Doktora Tezi*.

Çiçek, Nedim; Leyla Mollamahmutoğlu (2009). *A’dan Z’ye Yardımcı Üreme Teknikleri*. Ankara: Palme Yay.

Dağcı, Şamil (1999). İslam Aile Hukukunda Evlenme Engelleri- Sürekli Evlenme Engelleri. *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 39, 175- 237.

Dağcı, Şamil (2000). İslam Aile Hukukunda Evlenme Engelleri-II (Geçici Evlenme Engelleri). *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 41, 137-194.

Damad Efendi, Abdurrahman Bin Süleyman Maruf Bi Şeyhizade (ts). *Mecmau'l-Enhur Fi Şerhi Mülteka'l- Ebhur*. Beyrut: Daru İhyai Et-Turasi'l-Arabiyyi.

Döndüren, Hamdi (2011). *Delileriyle Aile İlmihali*. İstanbul: Altınoluk Yay.

Dönmez, İbrahim Kâfi (2006). “Nesep” Md., *DİA*, 32, 573-575.

Ebu Zehrâ, Muhammed (ts). *Ahkamu't-Terikat Ve'l-Mevaris*. Kahire: Daru'l-Fikri'l-Arabiyyi,

Ebû Zehrâ, Muhammed (ts). *Ahvâlu's-Şahsiyye*. Kahire: Daru'l- Fikri'l- Arabi

El- Cevziyye, Şemsüddîn Muhammed Bin Ebî Bekr Bin Eyyûb İbn Kayyım (1994). *Zadü'l- Mead Fi Hedyi Hayri'l- İbâd*. Beyrut: Müessesetü'l-Risale

El-Havlî, Hind (2011). Te'ciru'l- Erhâmi fi el- Fıkhi'l-İslâmiyyi. *Dımeşk Üniversitesi Fen, Ekonomi Ve Hukuk Dergisi*, 27 (3), 275- 296.

El- Ka'bî, Halîfe Âli (2006). *El-Basmatü'l-Verâsiyye ve Eseruha Ala'l- Ahkami'l-Fıkhiyye*, Ürdün: Daru'l- Nefaiz.

El-Kâsânî, Alâuddîn Ebû Bekr B. Mes'ûd (1986). *Bedâiu's-Senâi Fi Tertîbi's-Şerâi*. Beyrut: Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye.

El-Mâverdî, Ebü'l-Hasen Alî B. Muhammed B. Habîb El-Basrî (1999) *El-Hâvi'l-Kebîr Fi Fıkhi'l-İmam Eş-Şafîi* (Thk. Ali Muhammed Muavved, Adil Ahmed Abdülmevcud). Beyrut: Daru'l-Kütübî'İlmiyye.

El-Mevsîlî, Abdullah Bin Mahmud Bin Mevdûd Bin Mahmud Ebu'l-Fadl Mecdüddin (2016). *El- İhtiyâr Metni el-Muhtâr fi'l-Fetvâ* (Çev. Tevhit Ayengin). İstanbul: Ravza.

El-Meydani, Abdu'l-Ganî Bin Tâlib Bin Hamâda Bin İbrahîm (ts). *El- Lübab Fi Şerhi'l-Kitab*. Beyrut: el-Mektebe'l-İlmiyye.

En-Nevevî, Ebu Zekeriyâ Muhyiddîn Yahyâ Bin Şeref Ed-Dımişkî (2005). *Minhâcu't-Tâlibin Ve Umdetü'l- Müftiyn*, Beyrut: Daru'l-Minhâc.

Erbay, Celal (1995). *İslam Hukukunda Evlilik Ve Hısımlık Nafakası*, Bakü: Göytürk Yay.

Erdem, Suat (2013). İslam Hukukuna Göre İddet Ve İddet Bekleyen Kadının Nikâhı. *Cumhuriyet Fakültesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 12 (2), 71- 95.

Erdoğan, Mehmet (2010). *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 3. Baskı, İstanbul: Ensar Neşriyat.

Erten, Rifat; Birsan Acır; Sema Taşveren (1996). Gen (Dna) Testinin İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 45 (1), 573- 588.

Erturhan, Sabri (2010). Fıkhi Açıdan Biyolojik Annelik Ve Babalık. *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, (15), 175- 196.

Es-Semerkandî, Muhammed Bin Ahmed Ebu Bekir Alaaddin (1994). *Tuhfetü'l-Fukahâ*. Beyrut: Darul Kütübü'l-İlmiyye.

Es- Serahsî, Şemsüleimme Ebû Bekr Muhammd B. Ahmed B. Sehl (1993). *El-Mebsût*. Beyrut: Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye.

Es-Sugdi, Ebu'l- Hasen Ali Bin Hüseyin Bin Muhammed (1984). *En-Nutef Fi'l-Fetâva* (Thk. Selahattin En Nâhi). Ürdün: Daru'l-Furkan.

Eş-Şâfiî, Ebu Abdullah Muhammed Bin İdris Bin Abbas Bin Osman (1990). *El-Umm*. Beyrut: Daru'l-Maârifî.

Eş-Şirbinî, El-İmamü's-Şeyh Muhammed Bin Ahmed El Hatib El-Masri (1994). *Muğni'l-Muhtâc İla Maârifeti Meâni El-Fâzi El-Minhâci*. Beyrut: Darul'l-Kütübi'l-İlmiyye.

Et-Tennûhî, Sahnûn B. Abdisselâm Sa'd (1999). *El-Müdevvenetü'l-Kübrâ* (Thk. Hamdî Muhammet). Beyrût: El-Mektebetü'l-Asriyye.

Feyzioğlu, Feyzi Necmettin (1979). *Aile Hukuku*. 2. Baskı, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yay.

Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri (1947). Türk- İslam Hukukunda Ekzogami. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 13 (2), 684- 696.

Gökmenoğlu, Hüseyin Tekin (1998). İslam Hukuku'nda Mehîr. *Mehir* (2), 23- 25.

Görgülü, Ülfet (2010). Taşıyıcı Annelik-Fıkhi Bir Bakış. *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, (15) 197- 208.

Günalp, Altan; Şükriye Ayter; Güven Lüleci; Ahmet Kart; Meral Sakızlı (1989). *Tıbbî Biyoloji Ders Kitabı*, Ankara: Meteksan.

Günay, Mehmet (2008). *Evlenme Akdinde Batıl Fasit Ayrımı*. İstanbul: Nûn Yay.

Güneş, Tohit (2006). *Genel Biyoloji*. Ankara: Arı Yay.

Hacak, Hasan (2003). "Mal" Md., *DİA*, 27, 461-465.

Heyet (ts). *Fetâvâyi Hindiyîye Ansiklopedik İslâm Fıkhu (Terc. Mustafa Efe)*. Ankara: Akçağ Yay.

İbn Âbidîn, Seyyid Muhammed Emîn Bin Ömer Bin Abdülazîz (1993). *Reddû'l-Muhtâr 'Aled-Dürrül-Muhtâr* (Terc. Ahmed Davudoğlu). İstanbul: Şamil Yay.

İbn Kesir, Ebu'l Feda İsmail Bin Umer (1999). *Tefsiru'l-Kur'ani'l-'Azim* (Thk. Sami Bin Muhammed Selame). Riyad: Daru'l-Tayyibe.

İbn Kudâme, Ebu Muhammed Muvaffakuddîn Abdullah B. Ahmed B. Muhammed (1968) *El-Muğnî*. Kahire: Mektebetü'l-Kahira.

İbn Manzûr, Ebu'l-Fazl Muhammed B. Mükerrrem B. Ali El-Ensârî (1993). *Lisânü'l-Arab*. Beyrut: Daru Sa'dır.

İbn Nuceym, Zeynüddîn B. İbrâhîm B. Muhammed El-Mısrî (ts). *El-Bahru'r-Raik Şerhu Kenzi'd-Dakaik*. Kahire: Daru'l-Kitabi İslami.

İbn Rüşd, Ebu'l-Velîd Muhammed B. Ahmed B. Muhammed (1976). *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid* (Terc. Ahmed Meylânî). İstanbul:

İbnü'l Hümâm, Kemalüddin Muhammed Bin Abdilvahid Es-Sîvâsi (ts). *Fethu'l-Kadîr*. Ürdün: Daru'l-Fikr.

Kadıoğlu, Asım; Zihni Demirbağ (2000). *Temel Biyoloji*, Trabzon: Derya Kitabevi.

Kahveci, Nuri (2017). *İslam Aile Hukuku*. İstanbul: Hikmetevi Yay.

Karabulut, Ahmet (1991). *Hiz. Muhammed Niçin Çok Evlendi*. Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yay.

Karaman, Hayreddin (2011). Anahatlarıyla İslam Hukuku (Aile Hukuku). İstanbul: Ensar Neşriyat

Köse, Murtaza (2001). Mukayeseli Hukukta Evlat Edinme Problemi. *Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, (15), 267- 306.

Köse, Saffet (2003). "Lakit" Md. *DİA*, 27, 68-69.

Kudûri, Ebu'l-Hasan Ahmed Bin Muhammed Bin Cafer El-Hemedânî (2012). *Kelime Anlamli Ve Açıklamalı Kuduri Tercümesi* (Terc. Orhan Ençakar, Abdülkadir Yılmaz). İstanbul: Yasin Yay.

Kumbasar, Murat (2001). Süt Akrabalığı. *Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, (16), 317- 332.

Metin, Sevtap (2012). Yörüngesinden Çıkan Tabiat: Etik, Sosyal, Psikolojik Ve Hukuki Görünümleriyle Taşıyıcı Annelik. *Sağlık Hukuku Makaleleri*, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, (2)

Oğuzman, Kemal; Mustafa Dural (2001). *Aile Hukuku*. 3. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi.

Önder, İlhan (1985). *Kadın-Doğum Propedötik*. Ankara: Yargıçoğlu Yay.

Öztan, Bilge (1983). *Aile Hukuku*. 2. Baskı, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay.

Saldırım, Mustafa (2000). Dna İncelemesinin Hukuk Alanındaki İşlevi. *AD*, 127- 148.

Şimşek, Ayşe (2014). İslam Hukuku Açısından Taşıyıcı Annelik. *Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi*.

Tayşi, Mehmet Serhan (2002). “Kıyâfe” Md., *DİA*, 25, 508.

Tekinay, Selahattin Sulhi (1990). *Türk Aile Hukuku*. 7. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi.

Uludağ, Süleyman (1995). *İslam’da Emir Ve Yasakların Hikmeti*. Ankara: TDV Yay.

Yaman, Ahmet (2013). *İslam Aile Hukuku*. 11. Baskı, İstanbul: İfav Yay.

Yıldırım, Celal (ts). *Kaynaklarıyla İslam Fıkhi İbâdât, Muamelat, Feraiz*. 5. Baskı, Konya: Uysal Kitabevi.

Yılmaz, Ejder (1982). *Hukuk Sözlüğü*. Ankara: Yorum Yay.

Yılmaz, İbrahim (2014). İslâm Aile Hukukunda Nesebin (Soybağının) Reddi. *Marife, Bahar*, 31-51.

Yılmaz, İbrahim (2013). İslam (Aile) Hukukunda Dna Parmak İzi Testi İle Nesebin Sübûtu. *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, (22), 63- 112.

Yurtseven, Yılmaz (2003). 1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi Ve Osmanlı Aile Hukukuna Getirdiği Yenilikler. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11 (1-2), 199, 250.

Zeydan, Abdülkerim (1993). *El-Mufasssal Fi Ahkâmi'l-Mer'e Vel Beyti'l-Müslim Fi Şeriatı İslâmiyyi*. Beyrut: Er- Risale.

Zeydan, Abdülkerim (2014). *El-Vecîz Fî Usûli'l-Fıkh*. Dımeşk: Er- Risale Nâşirun.

Zuhaylî, Vehbe (1994). *İslam Fıkhi Ansiklopedisi* (Terc. Ahmet Efe, Beşir Eryarsoy, Fehmi Ulus, Abdurrahman Ural, Yunus Vehbi Yavuz, Nurettin Yıldız). İstanbul: Feza Yay.

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Soyadı, Adı : KAYAR, Sümeyye
Uyruğu : T.C.
Doğum Tarihi ve Yeri : 1991/ Afyonkarahisar
Telefon : 0(538)7494551
E-mail : gokyuzu606@gmail.com

Eğitim

<i>Derece</i>	<i>Eğitim Birimi</i>	<i>Mezuniyet Tarihi</i>
Yüksek Lisans	ÇOMÜ İlahiyat Fakültesi	2018
Lisans	Necmettin Erbakan Üni. İlahiyat Fakültesi	2013
Lise	Antalya Anadolu İmam Hatip Lisesi	2009