



**İSLAM AİLE HUKUKUNDA
EVLİLİĞİ SONA ERDİRME YETKİSİ
(KAPSAMI VE DEVRİ)**

Ahmet Yasin KÜÇÜKTİRYAKI

**Doktora Tezi
Temel İslam Bilimleri Ana Bilim Dalı
Prof. Dr. Ali İhsan PALA
2022
Her Hakkı Saklıdır**

T.C.
ATATÜRK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANA BİLİM DALI

Ahmet Yasin KÜÇÜKTİRYAKİ

İSLAM AİLE HUKUKUNDA EVLİLİĞİ SONA ERDİRME YETKİSİ
[KAPSAMI ve DEVRİ]

DOKTORA TEZİ

TEZ YÖNETİCİSİ
Prof. Dr. Ali İhsan PALA

ERZURUM -2022



TEZ BEYAN FORMU

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

BİLDİRİM

Atatürk Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Uygulama Esaslarının ilgili maddelerine göre hazırlamış olduğum "İslam Aile Hukukunda Evliliği Sona Erdirme Yetkisi (Kapsamı ve Devri)" adlı tezin/raporun tamamen kendi çalışmam olduğunu ve her alıntıya kaynak gösterdiğimi taahhüt eder, tezimin/raporumun kâğıt ve elektronik kopyalarının aşağıda belirttiğim koşullarda saklanmasına izin verdiğimi onaylarım.

Gereğini bilgilerinize arz ederim *.

- ☐ Tezimin/Raporumun tamamı her yerden erişime açılabilir.
- ☐ Tezimin/Raporumun makale için **altı ay**, patent için **iki yıl** süreyle erişiminin ertelenmesini istiyorum.

19/08/2022

Ahmet Yasin KUÇÜKTİRYAKI

Aslı Islak İmzalıdır.

*** LİSANSÜSTÜ TEZLERİN ELEKTRONİK ORTAMDA TOPLANMASI, DÜZENLENMESİ VE ERİŞİME AÇILMASINA İLİŞKİN YÖNERGE**

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Çeşitli ve Son Hükümler

Lisansüstü tezlerin erişime açılmasının ertelenmesi MADDE 6– (1) Lisansüstü teze ilgili **patent başvurusu yapılması veya patent alma sürecinin devam etmesi durumunda**, tez danışmanının önerisi ve enstitü anabilim dalının uygun görüşü üzerine enstitü veya fakülte yönetim kurulu **iki yıl süre ile tezin erişime açılmasının ertelenmesine karar verebilir.**

(2) Yeni teknik, materyal ve metotların kullanıldığı, henüz **makaleye dönüşmemiş veya patent gibi yöntemlerle korunmamış** ve internetten paylaşılması durumunda 3. şahıslara veya kurumlara haksız kazanç imkanı oluşturabilecek bilgi ve bulguları içeren tezler hakkında tez danışmanının önerisi ve enstitü anabilim dalının uygun görüşü üzerine enstitü veya fakülte yönetim kurulunun gerekçeli kararı ile **altı ayı aşmamak üzere tezin erişime açılması engellenebilir.**

Gizlilik dereceli tezler MADDE 7– (1) Ulusal çıkarları veya güvenliği ilgilendiren, emniyet, istihbarat, savunma ve güvenlik, sağlık vb. konulara ilişkin lisansüstü tezlerle ilgili gizlilik kararı, tezin yapıldığı kurum tarafından verilir. Kurum ve kuruluşlarla yapılan işbirliği protokolü çerçevesinde hazırlanan lisansüstü tezlere ilişkin gizlilik kararı ise, ilgili kurum ve kuruluşun önerisi ile enstitü veya fakültenin uygun görüşü üzerine üniversite yönetim kurulu tarafından verilir. Gizlilik kararı verilen tezler Yükseköğretim Kuruluna bildirilir.

(2) Gizlilik kararı verilen tezler gizlilik süresince enstitü veya fakülte tarafından gizlilik kuralları çerçevesinde muhafaza edilir, gizlilik kararının kaldırılması halinde Tez Otomasyon Sistemine yüklenir.



SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Graduate School of Social Sciences

TEZ KABUL TUTANAĞI

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Prof. Dr. Ali İhsan PALA danışmanlığında, Ahmet Yasin KÜÇÜKTİRYAKİ tarafından hazırlanan bu çalışma 19/08/2022 tarihinde aşağıda isimleri yazılı jüri tarafından. **Temel İslam Bilimleri** Anabilim Dalı'nda Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan : Prof. Dr. Tevhit AYENGİN

Aslı Islak İmzalıdır.

Jüri Üyesi : Prof. Dr. Ali İhsan PALA

Aslı Islak İmzalıdır.

Jüri Üyesi : Prof. Dr. Davut YAYLALI

Aslı Islak İmzalıdır.

Jüri Üyesi : Prof. Dr. Yasin KURBAN

Aslı Islak İmzalıdır.

Jüri Üyesi : Prof. Dr. Mustafa MACİT

Aslı Islak İmzalıdır.

Prof. Dr. Sait UYLAŞ

Enstitü Müdürü

Aslı Islak İmzalıdır.

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	VII
ABSTRACT	VIII
KISALTMALAR DİZİNİ	IX
ÖNSÖZ.....	X
GİRİŞ	1
I. ARAŞTIRMANIN KONUSU, AMACI VE ÖNEMİ	1
II. ARAŞTIRMANIN METODU VE SINIRLARI.....	2
III. KONUYLA İLGİLİ DAHA ÖNCE YAPILMIŞ ÇALIŞMALAR.....	4

BİRİNCİ BÖLÜM

BOŞANMAYA DAİR TEORİLER, HUKUK SİSTEMLERİNİN BOŞA(N)MAYA YAKLAŞIMLARI VE İSLAM HUKUKUNDA BOŞA(N)MA

1.1. BOŞANMAYA DAİR TEORİLER, HUKUK SİSTEMLERİNİN BOŞA(N)MAYA YAKLAŞIMLARI.....	8
1.1.1. Boşanmaya Dair Teoriler	8
1.1.1.1. Ferdietçi Teori	8
1.1.1.2. Toplumcu Teori	9
1.1.2. Hukuk Sistemlerinin Boşa(n)maya Yaklaşımı	11
1.1.2.1. Boşanmada Serbesti Tanıyan Sistemler	11
1.1.2.2. Boşanmayı Yasaklayan Sistemler	13
1.1.2.3. Boşamayı Mahkeme Kararına Bağlayan Sistemler	14
1.1.2.4. Boşama Yetkisinde Farklı Bir Yöntem: İslam Hukuku.....	15
1.1.2.5. Günümüz Hukuk Sistemlerinde Mahkeme Dışı Boşanma	15
1.2. İSLAM AİLE HUKUKUNUN GENEL KARAKTERİSTİĞİ	18
1.2.1. İslam Aile Hukukunun Karakteristik Özellikleri	18
1.2.2. İslam Aile Hukukunun Evlilik Konusundaki Karakteristiği	19
1.2.3. İslam Aile Hukukunun Boşanma Konusundaki Genel Karakteristiği	21
1.3. İSLAM AİLE HUKUKUNDA EVLİLİĞİN SONA ERMESİ KONUSUNDA TEMEL KAVRAMLAR	23
1.3.1. Talak.....	23

1.3.2. Fesih	24
1.3.3. Tefrik (Yargı Kararıyla Evliliğin Sona Ermesi)	26
1.3.3.1. Özel Boşanma Sebepleri.....	27
1.3.3.1.1. Erkeğin Nafaka Sorumluluğunu Yerine Getirmemesi Sebebiyle Tefrik	27
1.3.3.1.2. Hastalık veya Kusur Sebebiyle Tefrik	29
1.3.3.1.3. Kocanın Mahkum Olması.....	32
1.3.3.1.4. Kocanın Gaib/Mefkud Olması.....	32
1.3.3.1.5. Kocasını Mefkud Olanın Tefrik Talebi.....	33
1.3.3.1.6. Kocasını Gaib Olanın Tefrik Talebi	35
1.3.3.2. Genel Boşanma Sebepleri.....	36
1.3.3.2.1. Zarar Görme (Fena Muamele ve Geçimsizlik) Sebebiyle Tefrik	36
1.3.3.2.2. Aile Hukukunu İhlal Endişesi.....	38
1.4. İSLAM AİLE HUKUKUNDA EVLİLİĞİN SONA ERMESİ.....	39
1.4.1. Talak.....	39
1.4.1.1. Tanımı.....	39
1.4.1.2. Meşruiyeti.....	39
1.4.1.3. Boşama Ehliyeti.....	40
1.4.1.4. Evliliği Sona Erdirmenin Sebebe Dayanma Zorunluluğu	44
1.4.1.5. Talak Çeşitleri	45
1.4.1.5.1. Kuran ve Sünnet'e Uygunluk Açısından	46
1.4.1.5.2. Evlilik Birliğine Derhal Son Verip Vermemesi Açısından	48
1.4.1.6. Evliliği Sona Erdirme/Talak Yetkisi	51
1.4.1.6.1. Yetkinin Erkeğe İsnadının Şer'i Temelleri	51
1.4.2. Muhâlaa / Hul'	58
1.4.2.1. Muhalaada Sebep Zorunluluğu.....	61
1.4.2.2. Muhalaada Mahkeme Kararının Şart Olup Olmaması	63
1.4.2.3. Kadının Muhalaası İsteğine Kocanın İtirazı.....	65
1.4.3. İlâ.....	67
1.4.4. Tefviz-i Talak (Boşama Yetkisinin Kadına Devredilmesi).....	69
1.4.5. Zihar	74
1.4.6. Li'ân / Mülâne	78

1.4.6.1. Mülânenin Hukuki Sonuçları.....	81
1.4.7. Aile Meclisi / Tahkim Yoluyla Boşanma.....	82

İKİNCİ BÖLÜM

TARİHSEL SÜREÇTE, TÜRKİYE'DE VE GÜNÜMÜZ İSLAM ÜLKELERİNDE EVLİLİĞİN SONA ERMESİ

2.1. TARİHSEL SÜREÇTE EVLİLİĞİ SONA ERDİRME YETKİSİ	88
2.1.1. Hz. Peygamber Devri	88
2.1.2. Dört Halife Dönemi.....	89
2.1.3. Tanzimat'ın İlanına Kadar Geçen Süreç	90
2.1.4. Tanzimat Sonrası Süreç.....	92
2.1.4.1. 1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi.....	94
2.1.4.2. 1923 Tarihli Hukuk-ı Aile Kanunu Tasarısı.....	95
2.1.4.3. 1924 Tarihli Hukuk-ı Aile Kanunu Tasarısı.....	96
2.2. TÜRKİYE'DE EVLİLİĞİN SONA ERMESİ (TMK)	99
2.2.1. Türk Medeni Kanunun Tarihsel Gelişimi	99
2.2.2. Türk Medenî Kanununun Dayandığı İlkeler	100
2.2.3. Medeni Kanunun Aile Hukukunu Düzenleme Biçimi	101
2.2.4. Türk Aile Hukukunun Özellikleri	102
2.2.5. Türk Medeni Kanununda Boşama Yetkisi	105
2.2.6. Türk Medeni Kanununda Evliliğin Sona Ermesi	106
2.2.6.1. Eşlerden Birinin Ölümü, Gaipliği veya Cinsiyet Değiştirmesi	106
2.2.6.1.1. Eşlerden Birinin Ölümü	106
2.2.6.1.2. Eşlerden Birinin Gaipliği	107
2.2.6.1.3. Eşlerden Birinin Cinsiyet Değiştirmesi	108
2.2.6.2. Nikah Akdinin Hükümsüzlüğü.....	109
2.2.6.2.1. Evlenmenin Butlanına Sebep Olan Haller	109
2.2.6.2.2. Evlenmenin Yokluğunu Gerektiren Durumlar	111
2.2.6.3. Türk Medeni Kanununda Boşanma.....	112
2.2.6.3.1. Evliliğin Sona Erme Sebepleri.....	113
2.2.6.3.1.1. Özel Boşanma Sebepleri.....	113
2.2.6.3.1.2. Genel Boşanma Sebepleri.....	116

2.2.6.4. Boşanma Çeşitleri.....	118
2.2.6.4.1. Anlaşmalı Boşanma	119
2.2.6.4.2. Çekişmeli Boşanma	119
2.2.6.5. Boşanma Davalarında İstinaf ve Temyiz.....	120
2.2.6.6. TMK’da Boşanma Prosedürünün Olumlu ve Olumsuz Yönleri	121
2.2.6.6.1. Olumlu Sayılabilecek Yönleri	121
2.2.6.6.2. Olumsuz Sayılabilecek Yönleri	122
2.2.6.7. TMK’nın Boşanma Prosedürüne Yöneltilen Eleştiriler	124
2.3. GÜNÜMÜZ İSLAM ÜLKELERİNDE EVLİLİĞİN SONA ERMESİ.....	127
2.3.1. İslam Ülkelerinde Talak Uygulamaları	127
2.3.1.1. Talak Konusunda Geleneksel Yöntemi Devam Ettiren Ülkeler.....	128
2.3.1.1.1. Mısır.....	128
2.3.1.1.2. Suudi Arabistan.....	129
2.3.1.1.3. İran	130
2.3.1.2. Talakın Mahkemece Kontrol Altına Alındığı Ülkeler.....	131
2.3.1.2.1. Ürdün	131
2.3.1.2.2. Birleşik Arap Emirlikleri	132
2.3.1.2.3. Bahreyn.....	132
2.3.1.2.4. Fas.....	133
2.3.1.2.5. Irak	134
2.3.1.3. Talak Yetkisini Mahkemeye Devreden Ülkeler	135
2.3.1.3.1. Tunus	135
2.3.1.3.2. Malezya.....	137
2.3.1.3.3. Cezayir	137
2.3.1.3.4. Endonezya.....	138
2.3.1.3.5. Libya	140

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İSLAM AİLE HUKUKUNDA EVLİLİĞİ SONA ERDİRME (TALAK)

YETKİSİNİN MAHKEMEYE DEVRİ MESELESİ

3.1. ERKEĞİN TALAK YETKİSİNİN GÜNÜMÜZ MAHKEMELERİNE DEVRİ MESELESİ	141
3.1.1. Talak Yetkisinin Mahkemeye Devri Meselesinin Arka Planı.....	141
3.1.1.1. Tarihsel Arka Plan	141
3.1.1.2. Siyasi ve Fikri Arka Plan.....	146
3.1.1.3. Sosyolojik Arka Plan	150
3.1.2. Talak Yetkisinin Mahkemeye Devri Meselesi	153
3.1.2.1. Talak Yetkisinin Mahkemeye Devredilebileceğini Savunanlar	155
3.1.2.1.1. Talakın Mahkemeye Devredilebileceğini Savunanların Delilleri	160
3.1.2.2. Boşama Yetkisinin Kontrol Altına Alınması Gerektiğini Savunanlar	161
3.1.2.2.1. Talakın Kontrol Altına Alınması Gerektiğini Savunanların Delilleri	163
3.1.2.3. Talak Yetkisinin Mahkemeye Devredilemeyeceğini Savunanlar	164
3.1.2.3.1. Talakın Mahkemeye Devredilemeyeceğini Savunanların Delilleri ...	167
3.2. TALAK YETKİSİNİN GÜNÜMÜZ AİLE MAHKEMELERİNE DEVRİ KONUSUYLA İLGİLİ HUSUSLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	168
3.2.1. Talak Yetkisinin Mahiyeti	168
3.2.2. Kuran Talak Yetkisini Mahkemeye mi Verir?	169
3.2.2.1. Tahkim Uygulamasının Konumuz Açısından Değerlendirilmesi	169
3.2.2.2. “Şahit Tutun” Ayeti Boşanmada Mahkemeye mi İşaret Eder?	172
3.2.3. Sünnet ve Sahabe Uygulaması Açısından Talak Yetkisi	174
3.2.3.1. Sünnet Delili Boşama Yetkisini Mahkemeye mi Verir?	174
3.2.3.2. Hz. Ömer’in Uygulamaları Esas Alınarak Talak Yetkisi Mahkemeye Devredilebilir mi?	176
3.2.3.2.1. Aynı Anda Verilen Üç Talakın Üç Talak Sayılması	177
3.2.3.2.2. Ehl-i Kitap Kadınlarla Evliliği Yasaklaması	180
3.2.4. Talak Yetkisi Sabit mi Yoksa Değişken Bir Hüküm müdür?	182
3.2.5. Talak Yetkisi İstihsanen Mahkemeye Devredilebilir Mi?	186
3.2.6. Maslahat Gerekçesiyle Boşama Yetkisi Mahkemeye Devredilebilir Mi?	190

3.2.6.1. Maslahat-ı Mürsele/İstıslah Deliliyle Yetki Mahkemeye Devredilebilir mi?.....	193
3.2.6.2. Hakkın Kötüye Kullanılması Bağlamında Talak Yetkisi	196
3.2.7. Talak Yetkisi – Örf İlişkisi Bağlamında Konunun Değerlendirilmesi.....	203
3.2.8. Kamu Otoritesinin Mübah Alana Müdahalesi Bağlamında Talak	211
3.2.8.1. Kamu Otoritesinin Mubahı İlzam/Men Etmesinin Bağlayıcılığı	220
3.2.9. Resmi Nikâhın Fıkhi Yönü ve Yetki Devrini Sağlayıp/Sağlamadığı	224
3.2.10. Kazai Hüküm-Diyani Hüküm Açısından Konunun Değerlendirilmesi	228
3.2.11. Konunun Psikolojik, Felsefi ve Sosyolojik Açıdan Değerlendirilmesi.....	233
3.2.11.1. Konunun Hukuk – Psikoloji İlişkisi Bağlamında Değerlendirilmesi	233
3.2.11.2. Konunun Hukuk Felsefesi Açısından Değerlendirilmesi	236
3.2.11.3. Hukuk Sosyolojisi Açısından Konunun Değerlendirilmesi.....	243
SONUÇ.....	249
KAYNAKÇA	255
ÖZGEÇMİŞ.....	284

ÖZET

DOKTORA TEZİ

İSLAM AİLE HUKUKUNDA EVLİLİĞİ SONA ERDİRME YETKİSİ
(KAPSAMI VE DEVRİ)

Ahmet Yasin KÜÇÜKTİRYAKİ

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Ali İhsan PALA

2022, 284 Sayfa

Jüri: Prof. Dr. Ali İhsan PALA
Prof. Dr. Mustafa MACİT
Prof. Dr. Yasin KURBAN
Prof. Dr. Tevhit AYENGİN
Prof. Dr. Davut YAYLALI

Çalışmamızın kapsamını özlü bir şekilde ortaya koyması bakımından İslam hukukuna göre talakın dünü, bugünü ve yarını şeklinde ifade etmek mümkündür.

Birinci bölümde öncelikle boşamaya dair teoriler ve diğer bazı hukuk sistemlerinde boşama yetkisi başlığı altında konumuzla alakalı farklı din ve sistemlerdeki uygulamalar ortaya konmaya çalışılmıştır. İslam aile hukukunun genel karakteristiği ortaya konduktan sonra evliliğin erkek tarafından sonlandırılması anlamına gelen talak konusu tüm yönleriyle ele alınmıştır. Bunun yanı sıra kadının mahkeme vasıtasıyla boşanma talebinde bulunabileceği durumlar ve muhalaa, lian, ila gibi yine evliliği sonlandıran diğer önemli hususlara da temas edilmiştir. Ayrıca imkânı halinde bir sulh müessesesi olan bazı bakış açılarına göre hâkim/mahkeme gibi de işlev görebilen hakem heyeti/aile meclisi uygulaması hakkında da bilgi verilmiştir. Yine bazı durumlarda evliliğin sonlanmasıyla sonuçlanabilen zihar konusuna da değinilmiştir. “İslam aile hukukunda boş(a)nmanın dünü” diyebileceğimiz bu uygulamalara son ve asıl tartışma bölümünde birer sabite olarak işlev görececek olmaları hasebiyle temas edilmiştir.

İkinci bölüm talakın kısaca tarihsel olarak geçirdiği aşamalara ve bugününe dairdir. Bu bölümde öncelikle talakın tarihsel seyrine temas edilmiş, Türk Medeni Kanununun (TMK) bazı özellikleri, karakteristiği, evliliği sonlandırma sistemi ve prosedürü üzerinde durulmuş daha sonra da diğer bazı İslam ülkelerinin aile kanunlarında benimsenen sistem ve talak yetkisinin kim tarafından nasıl kullanıldığına dair mevzuata değinilmiştir.

Çalışmamızın son bölümünde, ele aldığımız konunun bir problem olarak hangi süreçte nasıl ve neden ortaya çıktığını ortaya koyabilme adına meselenin tarihsel, siyasi-fikri ve sosyolojik arka planını anlamaya çalıştık. Daha sonra erkeğin talak yetkisinin mahkemeye devri konusunda olumlu ve olumsuz fikre sahip olanların görüşlerini delilleriyle birlikte ele aldık. Nihayet gerek konuya dair görüş sahiplerinin argümanlarını ve gerekse probleme dair değinilmesi gereken ilave bir takım meseleleri değerlendirmek suretiyle neticede bir sonuca ulaşmaya çalıştık.

Anahtar Kelimeler: İslam Aile Hukuku, Talak, Talak Yetkisi, Mahkeme, Yetki Devri

ABSTRACT

PH. D. DISSERTATION

DIVORCE AUTHORITY IN ISLAMIC FAMILY LAW
(ITS SCOPE AND TRANSFER)

Ahmet Yasin KÜÇÜKTİRYAKI

Advisor: Prof. Dr. Ali İhsan PALA

2022, Page:284

Jury: Prof. Dr. Ali İhsan PALA
 Prof. Dr. Mustafa MACİT
 Prof. Dr. Yasin KURBAN
 Prof. Dr. Tevhit AYENGİN
 Prof. Dr. Davut YAYLALI

It is possible to state the present study as “past, present and future of talaq according to Islamic law” in terms of concisely revealing its scope.

In the first chapter, firstly, theories about divorce and practices in different religions and systems related to our subject under the heading of divorce authority in some other legal systems have been tried to be put forward. After the general characteristic of Islamic family law was revealed, the issue of talaq, which means the termination of marriage by a man, was examined in all its aspects. In addition, the cases when a woman can request a divorce through a court and other important points that terminate a marriage, such as *muhala*, *lian*, *ila*, have also been mentioned. Besides, information was also provided about the practice of a magistrate's institution, a judge/court according to some points of view, as well as a duty arbitration committee/ family council, if possible. Again, in some cases, the issue of *zihar*, which may result in the termination of the marriage, was also addressed. These practices, which we can call “past of divorce in Islamic family law”, were contacted due to the fact that they will function as constants in the last and main discussion section.

The second part is briefly about the stages that talaq has gone through historically and it's present. Today in Islamic countries due to legal situations differ, in order to address the subject both in terms of Turkey and other Islamic countries, in the second chapter, primarily the properties, characteristics, marriage termination system and procedures of the Turkish Civil Code (TMC) were emphasized. Later, it was mentioned how and by whom the system and talaq authority adopted in the family laws of some other Islamic countries can be used.

In the last chapter of our study, we tried to understand the historical, political-intellectual and sociological background of the issue in order to be able to reveal how, why and in which process the issue arose as a problem. Next, we considered the opinions of those who have a positive and negative opinion about the transfer of the man's talaq authority to the court, along with their evidence. Then, it was tried to reach a conclusion by evaluating both the arguments of the opinion holders on the issue and a number of additional issues that should be addressed about the problem.

Keywords: Islamic Family Law, Divorce, Divorce Authority, Court, Authority Transfer

KISALTMALAR DİZİNİ

AÜİFD	: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
AÜSBE	: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Bk.	: Bakınız
c.	: Cilt
EÜSBE	: Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
EÜSBED	: Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi
HAK	: Hukuk-ı Aile Kararnamesi
TDV	: Türkiye Diyanet Vakfı
Tlk.	: Talik
TMK	: Türk Medeni Kanunu
Trc.	: Tercüme eden
Tsh.	: Tashih
TTK	: Türk Tarih Kurumu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İÜSBE	: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
md.	: Madde
Nşr.	: Neşreden
s.	: Sayfa
ss.	: Sayfa aralığı
SÜSBE	: Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
sy.	: Sayı
t.y.	: Tarih yok
y.y.	: Yer yok
Yay.	: Yayınevi

ÖNSÖZ

Bismillahirrahmanirrahim. Hamd Allah'adır. Salat ve selam Allah Rasûlüne, onun aile ve ashabına olsun.

İslam dini insan ve toplumun fitratını esas alan bir sistem olmasıyla ön plana çıkmaktadır. Bu nedenledir ki hem ferde, hem de sosyal anlamda sükûn ve huzurun kaynağı olan aileye dair hükümler ilk iki asli kaynak olan Kitap ve Sünnet'te detaylı şekilde ele alınmıştır. Kaynaklarda belirlenen gerek söz konusu detaylı hükümler ve gerekse temel ilke ve prensipler doğrultusunda fakihler de bu konuyu incelikli şekilde genel fıkıh kitaplarında ve ahval-i şahsiyye literatüründe ele almışlardır. Ancak ferdî ve toplumsal hayatta yaşanan ciddi dönüşümlerin de etkisiyle aile hukukuna dair bir takım meseleler gündeme gelmiş ve değerlendirmelere konu olmaya başlamıştır.

Bu çalışmada yakın tarihimizde ortaya çıkan ve günümüzde de hala üzerinde fikir yürütülmeye devam eden bir konu olan İslam hukukunda esas itibariyle kocaya tanınmış olan talak yetkisinin mahkemeye devri meselesi ele alınmaktadır. Bu bağlamda hem mevcut sistemi tanıtmak hem de birer sabite olarak kullanılacak olmaları sebebiyle özellikle talak da içerecek şekilde İslam hukukunda evliliğin sona ermesi konusu öncelikle ele alınmıştır. Daha sonra konunun günümüzde uygulama alanında geldiği noktayı göstermesi açısından önem arz eden Türkiye ve bazı İslam ülkelerindeki uygulamalara temas edilmiştir. Nihayet çalışmanın asıl kısmında ise konuya dair lehte ve aleyhte görüşler ve bu görüşlerin dayandığı delillerin ve ilave bazı hususların değerlendirilmesi yapılmak suretiyle talak yetkisinin mahkemeye devrinin imkânı/imkânsızlığı meselesi tüm yönleriyle ortaya konmaya çalışılmıştır. Tespit ettiğimiz bilgilerin, yapmış olduğumuz değerlendirmelerin ve vardığımız bazı sonuçların meselenin halline bir nebze de olsa katkı sağlaması temennimizdir.

Öncelikle bu çalışmanın, akademik/ilmi çalışma yapmam konusunda daima teşvik ve destekte bulunmuş olan merhum babam Gazi KÜÇÜKTİRYAKİ için rahmet; annem Rufe KÜÇÜKTİRYAKİ için sıhhat ve afiyet dualarına vesile olmasını niyaz ederim. çalışmaya dair teşvik, çok değerli tahlil ve teklifleriyle sabırla ve motive edici şekilde bana öncülük ve eşlik eden danışmanım Prof. Dr. Ali İhsan PALA'ya, çok değerli görüş ve tenkitlerini paylaşımları sebebiyle jüri üyeleri Prof. Dr. Davut YAYLALI, Prof. Dr. Yasin KURBAN, Prof. Dr. Tevhit AYENGİN, Prof. Dr. Mustafa MACİT'e, çalışmamla

hususî şekilde ilgilenen Prof. Dr. Hüseyin ESEN'e ve teknik konularda ciddi yardımları dolayısıyla MEB Çorum Ölçme ve Değerlendirme Merkezi Müdürü Ahmet BOLAT'a, her türlü kaynak ve dökümana ulaşma konusunda desteğini esirgemeyen İslam Araştırmaları Merkezi (İSAM) Kütüphane Sorumlusu Abdurrahman HACİİSMAİLOĞLU'na ve her konuda desteğini gördüğüm kıymetli eşim Müşerref KÜÇÜKTİRYAKİ'ye teşekkürlerimi arz ediyorum.

Erzurum 2022

Ahmet Yasin KÜÇÜKTİRYAKİ



GİRİŞ

I. ARAŞTIRMANIN KONUSU, AMACI VE ÖNEMİ

İslam dini aile kurumuna özel bir önem vermiştir. Bu nedenledir ki aile müessesesinin kuruluşu, işleyişi ve fertlerinin birbirlerine karşı olan hak ve sorumlulukları ilk iki asli kaynak olan Kuran-ı Kerim ve Sünnet'te detaylıca işlenmiştir. Nitekim Kuran-ı Kerim birçok konuyu icmalî şekilde veya genel prensiplerle düzenlediği halde aile hukuku alanında detaylı hükümlere yer vermiştir.¹

İslam hukuku, ailenin kuruluş ve işleyişine önem verdiği gibi taraflar arası çözümsüz anlaşmazlıklar ortaya çıktığında bir çıkış yolu olarak eşlerin evliliği sonlandırabilmelerini de meşru görmüş ve bu süreci de detaylı kurallarla düzenlemiştir.²

Evlilik birliği gerek erkek ve gerekse kadın tarafından çeşitli yöntemlerle sonlandırılabilir. Kadın belli başlı sebeplerle mahkemeye müracaat ederek boşanma talebinde bulunabilmekte olup İslam hukukunda prensip olarak boşama yetkisi erkeğe verilmiştir.³ Bu, elbette erkeğin keyfî şekilde evliliği sonlandırmasının İslam hukukunda meşru görüldüğü anlamına gelmemektedir. Zira esas itibarıyla erkeğin de belli durumlarda makul ve meşru gerekçelerle boşama yetkisini kullanması gerektiği yine Kuran ve Sünnet'te detaylıca hükme bağlanmıştır. Ancak her ne kadar talak için bir prosedür belirlenmiş olsa da bazen ihlal de edilmiştir. Koca, boşama için belirlenen prosedürü ihlal ettiğinde ilk dönemlerden itibaren sorunlar ortaya çıkmaya başlamıştır. Özellikle boşama yetkisinin kocaya ait oluşu diğer bir ifadeyle kocanın sivil/kişisel bir kararla evliliği sonlandırabilmesinin sorunlara sebep olup olmadığı ve bu yetkinin kocanın elinden alınıp mahkemeye verilmesinin veya en azından mahkemece kontrol altına alınmasının imkanı ve bunun sorunlara çare olup olmayacağı konusu yakın

¹ Mennâ' b. Halil Kattan, *Tarihu't-Teşrii'l-İslamî*, Mektebetu Vehbe, y.y. 2001, 69-70; Ali Bardakoğlu, "Kitap", *TDV İslam Ansiklopedisi*, Ankara 2002, XXVI, 125

² Kuran-ı Kerim ve Sünnet'te boşamaya ilişkin detaylı hükümler yer almaktadır. Bu naslardan bazıları için bk. Bakara: 2/231, 237; Nisa: 4/20; Ahzab, 33/49; Talak, 65/1; Müslim, Talak, 6; İbn Mâce, "Talâk", 31; Dârekutnî, Sünen, III, 288-289, Hadis No: 3925-3927/101-103; Beyhakî, *el-Sünenü'l-Kübra*, VII, 590 Hadis No: 15116

³ Şeybânî, Ebu Abdillâh Muhammed b. Hasen, *el-Hucce alâ Ehli'l-Medine*, Thk: Mehdi Hasan Geylani, Alemu'l-Kütüb, 3. Baskı, Beyrut 1403, III, 504-505; İbn Rüşd, Ebü'l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Ahmed el-Kurtubî, *Bidayetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*, Daru'l-Hadis, Kahire 2004, III, 117

tarihimizden itibaren tahlil edilmeye, lehte ve aleyhte görüşler ortaya konmaya başlamıştır.

Kısaca ifade etmek gerekirse çalışmamızın konusu İslam hukukunda talak/boşamadır. Çalışmamızda değerlendirdiğimiz problem ise boşama yetkisinin mahkemeye devrinin mümkün olup olmadığıdır.

Araştırmamız, kocaya ait olan boşama yetkisinin mahkemeye devri ile alakalı görüşleri, bu görüşlerin ortaya çıkış sebeplerini, delillerini ve konuyla alakalı olarak önemli diğer bazı hususları da değerlendirmek suretiyle meseleyi tüm yönleriyle ortaya koymayı amaçlamaktadır.

Çalışmamız, meselenin tarihsel süreçte ortaya çıkış serüvenini, konuya dair görüşleri ve günümüz İslam ülkelerindeki talak uygulamalarını topluca ortaya koyan ve meseleyi laik bir hukuk sistemine sahip ülkemiz açısından da değerlendiren müstakil bir araştırma olması yönüyle önem arz etmektedir. Ayrıca çalışmamız, toplumsal bir problem olan boş(a)nmaya ve boşama yetkisinin mahkemeye devrine dair değerlendirmeler içeriyor olması sebebiyle topluma; güncel fıkhi bir problemin klasik değerlendirmelerin yanısıra ilave hangi açılardan ele alınabileceğini göstermesiyle de İslam hukuku alanına katkısı bakımından da önemlidir.

II. ARAŞTIRMANIN METODU VE SINIRLARI

Araştırmamızda, sosyal bilimlerde önemli araştırma metodlarından biri olan kaynak taraması yöntemi kullanılmıştır. Ele aldığımız konuya ilişkin klasik ve muasır farklı bakış açılarına sahip müelliflerce kaleme alınmış olan kaynaklardaki veriler tespit edilmiş, söz konusu kaynaklarda mevcut konuya dair tartışma ve argümanlar ortaya konularak analizi yapılmıştır. Nihayet probleme dair genel bir değerlendirme ortaya konmaya çalışılmış ve bir takım öneri ve tekliflere yer verilmiştir.

Giriş bölümünde çalışmamızın konusu, amacı, önemi, kapsamı ve metodu hakkında bilgiler sunulmuştur.

Birinci bölümde öncelikle boşanmaya dair teoriler ve diğer bazı hukuk sistemlerinde boşama yetkisi başlığı altında konumuzla alakalı farklı uygulamalar ortaya konmaya çalışılmıştır. Daha sonra İslam aile hukukunun genel karakteristiği ve talak

konusu tüm yönleriyle ele alınmıştır. Bunun yanı sıra kadının mahkeme vasıtasıyla boşanma talebinde bulunabileceği durumlar (tefrik) ve muhalaa, lian, ila gibi yine evliliği sonlandıran diğer önemli hususlara da temas edilmiştir. Ayrıca bir sulh müessesesi olan ve bazı bakış açılarına göre hâkim/mahkeme gibi de işlev görev hakem heyeti/aile meclisi uygulaması hakkında da bilgi verilmiştir. Yine bazı durumlarda evliliğin sonlanmasıyla sonuçlanabilen zihar konusuna da değinilmiştir. Ele almış olduğumuz bu konulara asıl tartışma bölümünde birer sabite olarak işlev görecek olmaları sebebiyle temas edilmiştir.

Araştırmamız kocaya ait boşama yetkisinin mahkemeye devrinin mümkün olup olmadığı problemi ile sınırlıdır. Ancak günümüz İslam ülkelerinde hukuki durumlar farklılık arz ettiğinden hem Türkiye hem de diğer İslam ülkeleri açısından meselenin ele alınabilmesi için ikinci bölümde öncelikle Türk Medeni Kanununun (TMK) bazı özellikleri, karakteristiği, evliliği sonlandırma sistemi ve prosedürü üzerinde durulmuş daha sonra da diğer bazı İslam ülkelerinin aile kanunlarında benimsenen sistem ve talak yetkisinin kim tarafından nasıl kullanılabildiğine dair düzenlemelerine değinilmiştir. İkinci bölümde ele aldığımız konular da yine tartışma konusu olan ve çalışmamızda ele aldığımız meselenin hâlihazırda nasıl olduğunu ortaya koyması bakımından önemli birer veri görevi üstleneceği açıktır. Ayrıca ele aldığımız problem tüm yönleriyle İslam hukukuna dayalı bir hukuk sistemine sahip toplum/ülke açısından değerlendirilmektedir. Ancak vakıayı tespit ve tahlil edebilmek için gerek İslam ülkelerindeki ve gerekse Türkiye'deki fiili uygulamalara da temas edilmektedir.

Çalışmamızın son bölümünde ele aldığımız konunun öncelikle bir problem olarak hangi süreçte nasıl ve neden ortaya çıktığını tespiti çalıştık. Daha sonra erkeğin talak yetkisinin mahkemeye devri konusunda olumlu ve olumsuz fikre sahip olanların görüşlerini delilleriyle birlikte ele aldık. Ayrıca gerek konuya dair görüş sahiplerinin argümanlarını ve gerekse probleme dair değinilmesi gereken ilave bir takım meseleleri değerlendirmek suretiyle neticede bir takım teklif ve önerileri de içeren sonuç kısmında görüşümüzü ifadeye çalıştık.

Esas itibarıyla ele aldığımız konuyla birlikte söz konusu edilebilecek ilave bir takım meseleler mevcuttur. Gerek laik hukuk mevzuatına sahip ülkelerde ve gerekse erkeğin talak yetkisini mahkemeye devreden İslam ülkelerinde benimsenen sistemin genel olarak olumsuzlukları, söz konusu sistemde eşlerin ayrılmasına hükmetme konusunda hâkime

tanınan geniş takdir yetkisi, erkeğin talak yetkisi mahkemeye devredilse bile laik hukuk mevzuatlarında yine de düzenleme yapılması gereken sorunların varlığı gibi bir takım problemler söz konusudur. Ancak biz çalışmamızda bazı noktalarda bir argüman olarak yer versek de bahsi geçen problemlerden ziyade klasik İslam aile hukuku anlayışında erkeğe ait kabul edilen talak yetkisinin mahkemeye devrinin imkanı/imkansızlığını tartıştığımızı özellikle ifade etmek istiyoruz.

III. KONUYLA İLGİLİ DAHA ÖNCE YAPILMIŞ ÇALIŞMALAR

Tezimizde ele aldığımız problemi doğrudan veya dolaylı şekilde ele alan kitap, makale, tez ve çalıştay türünde çeşitli çalışmalar mevcuttur. Muasır bazı ahval-i şahsiyye müellifleri meseleye kısaca atıfta bulunarak görüşlerini ortaya koymuştur. Yine özellikle boşama ile alakalı tartışmaların mevcut olduğu dönemden itibaren yazılan tefsir kitaplarında konuya dair genel bir değerlendirme mevcut olabilmektedir. Biz burada sadece doğrudan boşama yetkisinin mahkemeye devrini konu alan önceki çalışmalardan bahsedeceğiz.

1. Konumuzla alakalı yapılan çalışmalardan biri **Nihat Dalgın'ın İslam Hukukunda Talak Yetkisi** başlığını taşıyan eseridir. Nihat Dalgın bu eserde klasik anlamda kocanın talak yetkisi ve kadının evliliği nasıl sonlandırabileceğine/tefrike dair bilgilerden sonra talak yetkisinin mahkemeye devrini kısa sayılabilecek ve pek çok tartışmayı açmaksızın genel şekilde değerlendirmektedir.⁴

2. **Muammer Ayan, İslam Hukukunda Boşama Yetkisi** başlıklı bir yüksek lisans tezi kaleme almıştır. Tezde klasik şekilde evliliğin erkeğin talakla, kadının tefviz-i talakla ve mahkemenin tefrikle evliliği sonlandırması ele alınmaktadır. Ayan, konumuza tezin son kısmında kısa bir başlıkla temas etmektedir. Devletin talak yetkisini tamamen kocadan almadan, kontrol altına almak için yargısal sürece tabi tutma şeklinde düzenlemeler yapabileceği şeklinde kanaatini paylaşmaktadır.⁵

3. **İbrahim Yılmaz'ın İslam Hukukunda Boşanma Yetkisi** başlıklı yüksek lisans tezinde ise klasik anlamda erkeğin talak yetkisi, kadının tefviz-i talak ve mahkeme

⁴ Nihat Dalgın, *İslam Hukukunda Boşama Yetkisi*, MÜİFV Yay., İstanbul 2001

⁵ Muhammed Ayan, *İslam Hukukunda Boşama Yetkisi*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Konya 1995

yoluyla boşanabilme yetkisi ve son olarak genel olarak mahkemenin tefriki konu edilmiş, konumuzla alakalı tartışma ve değerlendirmelere temas edilmemiştir.⁶

4. Ele almış olduğumuz konuyla alakalı bir diğer önemli çalışma **İbrahim Yılmaz'ın *Yetki ve Sistem Açısından Talak*** isimli doktora tezidir. İbrahim Yılmaz, tezin başlığından da anlaşılacağı üzere aslında İslam hukukunda boşanmayı tüm yönleriyle ele almayı hedeflemektedir. Çalışmada bizim de konu edindiğimiz meseleye temas edilmektedir.⁷ Çalışmamız, bu tezden kapsam ve yöntem açısından ciddi farklılıklar içermektedir. Zira biz çalışmamızın müstakil bir bölümünde talakın tarihsel seyrini, günümüzdeki seçili İslam ülkelerinin mevcut talak prosedürlerini ve özellikle Türk Medeni Kanununu, -sistemi, içerdiği hükümleri ve kendisine yöneltilen eleştirileri de içerecek şekilde- kapsamlı şekilde ele aldık ve değerlendirdik. Çalışmamız bu yönüyle TMK, günümüz İslam ülkelerinin ve Türkiye'nin boşanma prosedürlerinin mukayesesine de imkân tanımaktadır. Ayrıca asıl problemi tartıştığımız kısımda da bu tezden kapsam ve yöntem açısından ciddi farklılıklar söz konusudur.

5. **Hamza Aktan, *Kuran'a Göre Boşanma Prosedürü*** isimli makalesinde öncelikle eşler arası anlaşmazlıklarda taraflara düşen görevleri hatırlattıktan sonra talak ve ricata şahit tutma, aile meclisi oluşturma gibi konuları düzenleyen ayetlerden hareketle yargısal sürece tabi bir boşanma prosedürünün Kuran'da yer aldığı şeklindeki görüşünü ortaya koymaktadır. Aktan, kısa sayılabilecek bu makalesinde meseleyi sadece "*kadınları iddetlerini/sürelerini gözeterek boşayın*" şeklindeki ayet ve İbn Ömer'in eşini hayızlı haldeyken boşamasını konu alan hadisten hareketle değerlendirmektedir. Bu nedenle konuyla ilgili pek çok esas ve tartışmaya temas edilmemiştir.⁸

6. **Muammer Erbaş'ın *Evlenme ve Boşanma Örneğinde Dinî Ahkâmın Kur'an ve Sünnet Işığında Güncellenmesi*** isimli eserinin tefsir alanında yapılan bir çalışmadır. Erbaş bu çalışmasında dini hükümlerde değişimin temelleri ve seyri ile bir değerlendirme sonrasında talak konusuna ayırdığı son bölümde gerek Kuran ve gerekse Sünnet'ten ilgili rivayetlerden hareketle tespit ettiği boşanma prosedürünü ortaya koymaktadır.

⁶ İbrahim Yılmaz, *İslam Hukukunda Boşanma Yetkisi*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bursa 1996

⁷ İbrahim Yılmaz, *Yetki ve Sistem Açısından İslam Hukukunda Boşanma*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2006

⁸ Hamza Aktan, "Kuran'a Göre Boşanma Prosedürü", *Dini Araştırmalar*, Eylül-Aralık 2002, sy. 14, V, 5-15

Dolayısıyla kitapta konuya dair tartışmaya kısmen girilmiş, müellif daha çok tespit ettiği prosedürü kaleme almıştır. Dolayısıyla kitapta konuyla ilgili pek çok esas ve tartışmaya temas edilmemiştir.⁹

7. **Hasan Çınar** tarafından konumuza da kısmen temas eden *Kuran-ı Kerim’de Evliliğin Sonlandırılması*¹⁰ başlığını taşıyan bir tefsir doktora tezi yapılmıştır. Tez, başlığından da anlaşılacağı üzere Kuran ayetlerinden hareketle boşanma ve boşanmanın sonuçlarını ele almaktadır. Tezin son bölümünde bizim tartıştığımız konuya kısa bir başlıkla temas edilmiş diğer başlıklarda aile meclisi, kadınları dövme ilgili ayet, kocanın nafaka sorumluluğu ve talakta şahit bulundurma gibi tartışmalı konulara yoğunlaşmıştır. Dolayısıyla bu çalışma boşama yetkisinin devriyle ilgili dair temas edilmesi gerekli birçok esas bağlamında meseleyi ele almamaktadır.

8. Diyanet İşleri Başkanlığı ele aldığımız problemle ilgili iki çalıştay gerçekleştirmiştir. Bunlardan ikinci talak çalıştayında sunulan bildiriler kamuya açılmamış, kuruma özel olması gerekçe gösterilerek tarafımızla da paylaşılmamıştır. Ancak çalıştay raporu ve çalıştayda sunum yapan bazı İslam hukukçuların tebliğlerine ulaşılmış ve temas edilmiştir. İlk çalıştayda sunulan bildirilere de çalışmamızda atıfta bulunmaktadır.¹¹

Arap dünyasının da gündeminde olan bir mesele olması hasebiyle Arapça yazılan bazı eserler de mevcuttur. Arap dünyasında konuyla ilgili yazılan eserler genelde kamu otoritesinin mubah alana müdahalesinin imkan ve sınırları bağlamında konuyu ele almaktadır. Dolayısıyla bu eserlerde bizim tartıştığımız mesele ya çok kısa ele alınmakta veya konuya hiç temas edilmemektedir. Konumuza temas edilen bazı eserler şu şekildedir:

1. Ürdün’de *Mecelletü Ebhasi Yermuk* isimli dergide Abdunnasır Ebu’l-Basal isimli müellif tarafından kaleme alınan "*Meda Sultati Veliyyi'l-Emri fi Takyidi İkai't-Talak*" isimli makale ilgili bir diğer çalışmadır. Bu çalışma kocanın boşama yetkisinin mahkemeye devri ile ilgili görüşleri sıraladıktan sonra konuyu sadece kamu otoritesinin

⁹ Muammer Erbaş, *Dini Ahkâmın Kur'an ve Sünnet Işığında Güncellenmesi (Evlenme ve Boşanma Örneğinde)*, Albi Yay., 2014.

¹⁰ Hasan Çınar, *Kuran-ı Kerim’de Evliliğin Sonlandırılması*, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Erzurum 2020

¹¹ *Güncel Dini Meseleler İstişare Toplantısı-I*, 15-18 Mayıs 2002, İstanbul Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları

mubaha müdahalesi ve Kuran'daki "talak ve ricata şahit tutma" ayeti bağlamında değerlendirmektedir. Son olarak sebepsiz şekilde eşini boşayanlar için maddi tazminat öngörmenin imkânını tartışmaktadır.¹² Dolayısıyla sadece görüşleri ortaya koyan ve belli açılardan konuyu ele alan kısa bir makale olduğunu ifade edebiliriz. Müellif bu makalesini ayrıca *Mecelletü'l-Hikme* isimli bir dergide büyük oranda benzer değerlendirmeleri içerecek şekilde yayınlamıştır.¹³

2. Suudi Arabistan'da Abdullah b. Muhammed b. Ahmed Tayyar'ın "*Hududu Sultati Veliyyi'l-Emri fîmâ Ye'muru bihi ve Yenâ anhu fî Kadâya'n-Nikah ve't-Talak*" isimli kitabı da konumuzla ilgili bir bahis içermektedir. Ancak eser genel olarak kamu otoritesinin mubah alana müdahalesini konu almakta olup talakın mahkemeye devri konusuna çok kısa temas etmektedir.¹⁴

Arapça olarak yazılan ahval-i şahsiyye türü eserlerde de konumuza dair kısa değerlendirmeler bulunmaktadır. Ancak biz müstakil ve doğrudan konumuza dair eserleri burada zikretmeye çalıştık.

Görüldüğü gibi çalışmamız hem kapsam, hem yöntem açısından daha önce yapılan çalışmalardan farklılık arz etmektedir. Bu itibarla tezimizin konuya dair özgün ve kapsamlı bir çalışma olduğunu ifade edebiliriz.

¹² Abdunnasır Ebu'l-Basal, "Meda Sultati Veliyyi'l-Emri fi Takyidi İkai't-Talak", *Mecelletü Ebhasi Yermuk*, 11(3), 1995.

¹³ Abdunnasır Ebu'l-Basal, "Meda Sultati Veliyyi'l-Emri fi Takyidi İkai't-Talak", *Mecelletü'l-Hikme*, sy. 10, 1996.

¹⁴ Abdullah b. Muhammed b. Ahmed el-Tayyar, *Hududu Sultati Veliyyi'l-Emri fîmâ Ye'muru bihi ve Yenâ anhu fî Kadâya'n-Nikah ve't-Talak*, Daru'l-Basire, Suudi Arabistan 2019.

BİRİNCİ BÖLÜM

BOŞANMAYA DAİR TEORİLER, HUKUK SİSTEMLERİNİN BOŞA(N)MAYA YAKLAŞIMLARI VE İSLAM HUKUKUNDA BOŞA(N)MA

1.1. BOŞANMAYA DAİR TEORİLER, HUKUK SİSTEMLERİNİN BOŞA(N)MAYA YAKLAŞIMLARI

1.1.1. Boşanmaya Dair Teoriler

İnsan ve toplumlar tarihsel süreç içerisinde farklı din, ideoloji ve dolayısıyla farklı kültürlerle sahip olmuştur. Gerek zaman ve gerekse mekânsal değişim toplumların bu üç noktada da değişime uğramasına sebep olmuştur. Dolayısıyla toplumla yakından ilişkili bir konu olan evlilik veya boşanma sistemleri de tabi olunan din veya ideolojiden etkilenecek şekilde almıştır.¹⁵

Boşanma sistemleriyle alakalı olarak iki temel teori bulunmaktadır. Bunlar ferdiyetçi teori ve toplumcu teoridir.

1.1.1.1. Ferdiyetçi Teori

Ferdiyetçi teoriye göre nasıl ki eşler kendi iradeleriyle aile müessesesini oluşturma hakkına sahip iseler aynı şekilde evliliği sonlandırma yetkisi de onların iradelerine bağlıdır. Bu teoriye göre eşlerin aile kurma veya onu sonlandırma şeklindeki kararlarının doğruluğu veya yanlışlığından söz edilemez.¹⁶

Türk Medeni Kanununda yer alan anlaşmalı boşanma uygulamasının ferdiyetçi teorisinin Türk aile hukukuna yansımaları olduğu anlaşılmaktadır.¹⁷ İslam aile hukukunda ise kocaya verilen talak yetkisini ve bir nevi anlaşmalı boşanma olarak değerlendirilebilecek olan muhalaa uygulamasının da bu teoriyle paralellik arz ettiğini söyleyebiliriz.

¹⁵ Nevzat Özdemir, *Türk-İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma*, Beta Yay., 2003, 3-4

¹⁶ Bahattin Aras, *Roma Hukukundan Günümüze Boşanma Davalarında Yargılama Usûlü*, (Yayımlanmamış YL Tezi), AÜSBE, Ankara 2005, 68

¹⁷ Pınar Çiftçi, “Boşanma Sisteminin Yargılamada Doğurduğu Temel Hak İhlalleri ve İspat Sorunları”, *DEUHF Dergisi*, 16, 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, 1768-1769

Bu teorinin temeli Aydınlanma düşüncesine dayanmaktadır. Zira Aydınlanma, kral ve kiliseye tepki olarak da ortaya çıkmış, geleneğin terk edilmesi, ahlaki değerlerin sadece akıl tarafından tespit edilmesi gibi hususiyetlere sahip seküler bir dünya/yaşam öngörmektedir. Seküler anlayışta ise birey, aile ve din gibi otoritelere bağımlı hareket etme mecburiyetinde olmayan özerk bir varlık olarak değerlendirilmektedir.¹⁸ Bireyciliğin hayatın tüm alanlarına olduğu gibi hukuka yansımaları da söz konusu olmuştur. Medeni hukuk alanındaki ferdiyetçi teori de bu yansımalarından biridir.¹⁹

Ferdiyetçi teori, çocuklar üzerinde olumsuz şekilde etkili olması, toplumu değil sadece eşlerin iradesini dikkate alması ve aile/evlilik kurumunun sağlam temellere oturmaması gibi gerekçelerle eleştirilmiştir.²⁰

1.1.1.2. Toplumcu Teori

Bu teori sadece eşlerin iradelerini değil toplumun maslahatını da dikkate almak suretiyle evliliğin sona erdirilmesinin yalnızca kişilerin iradesine bırakılamayacağını savunmaktadır. Zira evlilik birliğinde devamlılık, neslin muhafazası ve idamesi esastır. Toplumu önceleyen bakış açısına göre ferdiyetçi teori esas alındığında ailenin mali bir şirket yapısı veya borçlar hukukundaki herhangi bir akitten farkı kalmamaktadır.²¹

Toplumcu teori hukuk sistemlerinde iki temel şekilde kendini göstermektedir. Birincisi boşanmanın tamamen yasaklanması ki Katolik hukukunda bu şekildedir. İkincisi boşanmanın tarafların iradesine değil belirli meşru gerekçelerle verilmek zorunda olan mahkeme kararına bağlanması şeklindedir.²²

Toplumcu teori özellikle Katolik hukukundaki haliyle hayatın, insanın ve evliliğin gerçekleriyle uyuşmaması, zihinlerde bitmiş olmasına rağmen eşleri hukuken bir arada tutmaya çalışmanın ahlaki, sosyal ve psikolojik olarak sakıncalı olması gibi gerekçelerle

¹⁸ Mehmet Süheyl Ünal, *Modern Toplumda Dinsel Bireycilik*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), DEÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2007, 24 vd.; Mücella Can, “Akıl, Birey ve Bireycilik Kavramlarının Aydınlanma Felsefesi Işığında Yeniden Yorumlanması”, *Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi*, sy. 29, Bahar (2020), 187 vd.; M. Esat Altıntaş, “Bireycilik ve Toplumculuk Tartışmaları Bağlamında Değerler Eğitimi Yaklaşımları”, *Değerler Eğitimi Dergisi*, 10(12), 2012, 33

¹⁹ Mehmet Salih Kumaş, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnâmesi ve Türk Medenî Kanunu Çerçevesinde Boşanma Hukuku Genel Amaçlar, Uygulama Farklılıkları ve Sebepleri*, Emin Yay., Bursa 2007, 17-18

²⁰ Arzu Ersoy, *Aile Hukukumuzda Boşanma Sebebi Olarak Pek Kötü veya Ağır Derecede Onur Kırıcı Davranış*, (Yayımlanmamış YL Tezi), MÜSBE, İstanbul 2010, 5

²¹ Aras, *Roma Hukukundan Günümüze Boşanma Davalarında Yargılama Usûlü*, 69-70

²² Çiftçi, “Boşanma Sisteminin Yargılamada Doğurduğu Temel Hak İhlalleri ve İspat Sorunları”, 1769

ciddi eleştirilere maruz kalmıştır. Bu nedenledir ki bu anlayış ve yansımalarını barındıran uygulamalar zaman içinde gevşetilmiştir.²³

TMK’da özellikle çekişmeli boşanmalarda hâkime tanınan geniş takdir yetkisinde ve hâkimlerin ailenin toplum açısından önemi dolayısıyla bu takdir yetkilerini daha sıkı şekilde kullanmalarında toplumcu teorinin etkisinden söz edilebilir.²⁴

İslam hukukunda ise gerektiğinde kocanın ama özellikle de kadının mahkemeye müracaat ederek boşanabilmesinin toplumcu teoriyle kısmi paralellik arz eden bir durum olarak değerlendirebiliriz. Ancak esas itibariyle İslam aile hukuku bu iki yaklaşımı telif eden kendine has bir teori benimsemiştir diyebiliriz. Zira İslam hukuku, gerek kocaya tanınan talak yetkisi, gerek kadının bu yetkiye tefviz yoluyla sahip olabilmesi ve gerekse muhalaa yapmak suretiyle anlaşılarak boşanma durumlarında ferdiyetçi teoriye yaklaşıyor gibi gözükmetedir. Ancak konu, Kuran ve Sünnet’in aile, toplum ve çocuk haklarıyla ilgili ortaya koyduğu prensiplerle birlikte değerlendirildiğinde İslam hukukunun, toplumun maslahatını da tamamen ihmal etmediği net şekilde anlaşılmaktadır.²⁵

Bu konuda ayrıca şunları ifade edebiliriz: TMK boşanma konusunda toplumun maslahatını sağlama adına her şeyi kurala bağlamak suretiyle hâkimlere geniş takdir yetkisi vererek çözüme ulaşmaya çalışmıştır. Ancak İslam hukuku iradeyi önemsemiş, talak, tefviz-i talak ve muhalaa ile hem kocaya hem kadına iradesiyle evliliği sonlandırma yetkisi vermiştir. Ayrıca boşanma öncesi sulh tedbirlerini incelikle açıklamış, arabuluculuk sistemini benimsemiştir. Bir diğer önemli husus ise İslam’ın, boşamayı Allah’ın en nefret ettiği mubah olarak vasıflandırarak toplum maslahatını hem bazı hukuk kurallarıyla hem de itikadi ve ahlaki esaslarla muhafaza altına almış olmasıdır. Ahlaki temele, belli seviyede kişi ve toplumun kendi kendini kontrolü esasına ve daha da önemlisi olup bitenin dünyada kalmayacağı, ahirette de hak ve sorumlulukların devam edeceği şeklindeki bir itikada oturmayan hukuk kurallarının insan ve toplum üzerindeki disipline ediciliği ve işlevselliği sınırlı seviyede kalmaktadır.

²³ Özdemir, *Türk-İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma*, 4-5

²⁴ Özdemir, *Türk-İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma*, 4; Pınar Çiftçi, “Boşanma Sisteminin Yargılamada Doğurduğu Temel Hak İhlalleri ve İspat Sorunları”, 1769

²⁵ Bu konuda detaylı bilgi için bk. “Talak Yetkisi” ve “İslam Aile Hukukunun Karakteristik Özellikleri” başlıkları

1.1.2. Hukuk Sistemlerinin Boşa(n)maya Yaklaşımı

Evlilik akdi prensip olarak süresiz bir sözleşmedir. Ancak eşler arasında ortaya çıkan bazı istenmedik durumlar sebebiyle taraflar evliliğe son verme durumunda kalabilmektedirler. Evlilik birliğinin sona erdirilmesi konusunda gerek tarihte ve gerekse günümüzde hukuk sistemleri farklı ilkeler benimsemişlerdir. Benimsenen prensipler itibariyle konuyla ilgili olarak dört farklı sistemden bahsetmek mümkündür.

1.1.2.1. Boşanmada Serbesti Tanıyan Sistemler

Bu grupta yer alan hukuk sistemleri, evliliğin tarafları olan erkek ve kadına irade beyanlarını ortaya koymak suretiyle boşanma hakkı tanımaktadır.²⁶ Bu usul “serbest boşanma” veya “hususî boşanma” şeklinde isimlendirilmektedir.²⁷ Bu sisteme göre eşlerin evlilik birliğine son vermek için belirli bir şartı yerine getirmeleri, mahkemede dava açmaları gerekmemektedir. Bu sistem herhangi bir resmi prosedür içermeyip daha çok ilk ve orta çağlarda yaygın olarak mevcut olduğu ifade edilmektedir.²⁸ Tarihte bu sistemi benimsemiş olan bazı hukuk sistemleri şunlardır:

a. Eski Mısır Kanunu: Bu kanuna göre erkek, sonrasında kadına bir miktar para vermesi şartıyla eşini dilediği zaman boşayabilmekteydi. Makedonyalıların Mısır’ı istilasından sonra kadına da boşanma hakkı verilmiştir.²⁹

b. Hammurabi Kanunları: Babil devletinde uygulanan bu hukuk sisteminde hem koca hem de kadın boşama hakkına sahiptir. Erkek genel anlamda kadının evlilik birliğine ters kabul edilen tutum ve davranışlarını gerekçe göstererek kolayca boşayabilmekteydi. Ancak kadının boşanmak için meşru bir sebep olmaksızın ve nafaka bırakmaksızın kocanın ortadan kaybolması gibi haklı bir sebep ortaya koyması gerekli görülmüştür.³⁰

²⁶ Nihat Dalgın, *İslam Hukukunda Boşama Yetkisi*, MÜİFV Yay., İstanbul 2001, 18

²⁷ Halil Cin, *Eski Hukukumuzda Boşanma*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., Konya 1988, 18

²⁸ Dalgın, *İslam Hukukunda Boşama Yetkisi*, 18

²⁹ Bekir Topaloğlu, *İslam’da Kadın*, Yağmur Yay., İstanbul 1992, 125; Dalgın, *İslam Hukukunda Boşama Yetkisi*, 18

³⁰ Dalgın, *İslam Hukukunda Boşama Yetkisi*, 18; Hasan Ali Şahin-Hülya Kaya Hasdemir, “Eski Önasya Aile Hukukunda Nafaka, Tazminat ve Mal Paylaşımı”, *EÜSBED*, sy. 38, 2015/1, 153; Mustafa İbrahim ez-Zelmi, *Medâ Sultâni’l-İradeti fi’t-Talak fi’ş-Şerâi’ ve’l-Kavânin ve’l-A’raf hilale Erbaati Alâf Sene*, İhsan li’n-Neşr ve’t-Tevzî’, y.y. 2014, 42-43

c. Çin Hukuku: Bu hukuk sisteminde de yine boşanma karşılıklı rıza ile söz konusu olabiliyor ve belirlenen bazı durumlara özel olarak ise erkek eşini tek taraflı olarak boşayabiliyordu.³¹

d. Eski Yunan Hukuku: Bu sistemde de erkek şahitler huzurunda karısını boşadığını beyan eder ve eşini boşamış olurdu.³²

e. İmparatorluk Dönemi Roma Hukuku: Roma hukukunun söz konusu devrinde boşanmalar tarafların karşılık rızasıyla gerçekleşebildiği gibi taraflardan her biri tek taraflı irade ile de evliliği sona erdirebilmektedir.³³

f. Cahiliye Araplarının Kuralları: Bu süreç içerisinde koca, karısını herhangi bir gerekçe söz konusu olmaksızın boşayabiliyor ve kadının iddeti dolmadan da ona geri dönebiliyordu.³⁴ Bu husus kadına zulmetme aracı olarak da kullanılabilmektedir. Kadının bu duruma itiraz etme gibi bir hakkı söz konusu değildir. Bu dönemde önemli bir husus da sosyal statüsü olan bazı kimselerin kızları evlenirken boşama yetkisini erkekten alıyor ve diledikleri zaman evliliğe son verebiliyorlardı.³⁵ Bu konu çalışmamızın üçüncü bölümünde talak – örf ilişkisi bağlamında daha detaylı ele alınacaktır.

g. Sovyet Rusya Hukuku: Yirminci yüzyılda pek çok hukuk sisteminde yargı yoluyla boşanma yürürlükteyken Sovyet Rusya 1927 yılında çıkardığı bir kanunla bu tarz boşanma şeklini ilga etmiş yerine hususi boşanma sistemini getirmiştir. Bu kanuna göre eşlerden herhangi biri evliliği sonlandırabiliyordu. Sonraki süreçte yapılan bazı düzenlemelerle de serbest boşanmaya bazı kayıtlar getirilmiştir.³⁶

³¹ Topaloğlu, *İslam'da Kadın*, 126; Dalgın, *İslam Hukukunda Boşama Yetkisi*, 19

³² Dalgın, *İslam Hukukunda Boşama Yetkisi*, 19

³³ Kudret Ayıter, *Roma Hukuku Dersleri: Aile Hukuku*, AÜ Basımevi, Ankara 1963, 13; Dalgın, *İslam Hukukunda Boşama Yetkisi*, 19

³⁴ Hasan İbrahim Hasan, *Tarihi'l-İslami's-Siyasî ve's-Sekâfî ve'l-İctimâî*, Daru'l-Cil, Beyrut 1996, I, 65

³⁵ Cevad Ali, *el-Mufasssal fi Tarihi'l-Arab Kable'l-İslam*, I-X, Camiatu Bağdad, y.y. 1993, V, 270

³⁶ Aydın Zevkliler, *Medeni Hukuk (Giriş ve Başlangıç Hükümleri) Kişiler Hukuku – Aile Hukuku*, Savaş Yay., Ankara 1992, 793; Dalgın, *İslam Hukukunda Boşama Yetkisi*, 21

1.1.2.2. Boşanmayı Yasaklayan Sistemler

Bazı hukuk sistemleri gerek nikâh akdinin dini yönünün ağır basması ve gerekse söz konusu akdin tarafların ruhlarını birleştirdiği gerekçesiyle insanların bu birlikteliğe son veremeyecekleri anlayışına sahiptir.³⁷

Roma hukukunda da ilk dönemler bu anlayış söz konusu olduğundan, ilk beş asırda boşanmalara rastlanmadığı ifade edilmektedir.³⁸ Hristiyanlığın Katolik mezhebine de bu görüş benimsenmiştir. Nitekim Luka İncilinde birbirinden ayrılan eşler için şu ifade yer almaktadır: “*Karısını boşayıp başkasıyla evlenenler ve boşanan kadınla evlenenler zina yapmış olurlar. Kadınlar da başka bir erkekle evlenmek için kocalarını terk ederlerse evlendiği kişiyle zina yapmış olurlar.*”³⁹ Ancak Katolik hukuku boşanma yasağının ortaya çıkaracağı olumsuzlukların azaltılması için ayrılığa müsaade etmiştir. Sebep olarak sadece eşlerden birinin zina suçu işlemesi bu ayrılık müebbed veya muvakkat olabilir. Ancak koca kendisi de zina etmişse ayrılık talep edemez.⁴⁰ Hayatın gerçeklerine son derece aykırı olan bu prensip Batıdaki reform hareketlerine kadar Avrupa’da hakim olmuş ancak Protestan mezhebinin yoğun şekilde karşı propagandasının da etkisiyle işlevini kaybetmiştir.

Katolik kilisesi boşanmanın imkansızlığı şeklindeki fikrinden günümüzde dahi vazgeçmiş değildir. Ancak bu mezhebin bağlılarından olan birçok ülke boşanmayı yasal hale getirmiş ve getirmeye devam etmektedirler. Katolik mezhebinden olan ülkelerden ilk önce Fransa’da Fransız ihtilalinden hemen sonra boşanma yasal hale geldi.⁴¹ Daha sonra sırasıyla 1910 yılında Portekiz, 1974 yılında İtalya, 1976 yılında İskoçya, 1978 yılında Brezilya, 1981 yılında İspanya, 1997 yılında İrlanda ve en son 2004 yılında Şili’de Katolik mezhebinin bu görüşünü terk etmiş ve boşanmayı yasal hale getirmişlerdir.⁴²

³⁷ Yeni Ahit, *Pavlustan Korinlilere Mektup* I, VII, 10

³⁸ Hamdi Döndüren, *Aile İlmihali*, I-II, Erkam Yay., İstanbul y.y., II, 18; Dalgın, *İslam Hukukunda Boşama Yetkisi*, 21

³⁹ Yeni Ahit, Luka, 16/18; Matta, 19/9

⁴⁰ Hıfzı Veldet, *Evlenme ve Boşanma*, CHP Yay., Ankara 1938, 17; Halil İbrahim Acar, *İslam Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi*, EKEV Yay., Erzurum 2000, 7

⁴¹ Yves Bessieres - Patricia Niedzwiecki, *Women in the French Revolution*, y.y. 1991, 17

⁴² Hyacinthe Ringrose, *Marriage and Divorce Laws of the World*, y.y. 1911, 120

Vatikan’da boşanma hala yasaktır. Filipinler’de de boşanmanın yasal hale gelmesi için reform girişimleri hala devam etmektedir.⁴³

1.1.2.3. Boşamayı Mahkeme Kararına Bağlayan Sistemler

Batı boşanma yasağını reform hareketleri ile işlevsiz hale getirdikten sonra eski sistemlerinde olduğu serbest boşamayı kabul etmek yerine mahkeme eliyle boşanma anlayışını kabul etmiştir. Bu sisteme göre boşanma yasak olmamakla beraber kanunen belirlenen, zina, terk, evlilik görevlerinin yerine getirmeme, fena muamele, akıl hastalığı ve benzeri sebepler söz konusu olduğunda hakim kararıyla gerçekleştirilebilmektedir.⁴⁴

Evliliği sona erdirmenin mahkeme kararına bağlanması fikri, Hristiyanlığın Protestan mezhebinin de gayretleriyle, günümüzde bazı İslam ülkeleri de dahil, çoğu hukuk sistemlerince benimsenmiştir.⁴⁵ Yahudi hukukunda da boşanma hakkında iki görüş mevcuttur. Tevrat ve Talmud’un her ikisini de semavi kitap kabul edenlere göre boşama yetkisi erkeğe aittir. Bu anlayışa göre erkek karısına bir talakname yazıp vermesi halinde nikah akdi sona ermiş olmaktadır.⁴⁶ Talmud’u semavi kitap kabul etmeyenlere göre ise hakimin takdir edeceği hukuki bir sebep bulunmaksızın kocanın tek taraflı boşaması geçerli değildir. Ancak eşler anlaşılırsa sebep göstermeksizin hakim huzurunda boşanabilmektedirler.⁴⁷

Bu sistemde şartlar oluştuğunda hem erkek hem de kadın eşit şekilde mahkemeye müracaat etme hakkına sahiptir.

Türk Medeni Kanununun 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe girmesiyle Türkiye’de de boşamaya yetkili merciinin mahkemeler olduğu kabul edilmiştir.⁴⁸

⁴³ Boşanmanın yasalaşması için gerçekleştirilen gösterilere dair bir haber:

<https://www.bbc.com/news/world-asia-43457117> (Erişim Tarihi: 03.08.2019)

⁴⁴ Zevkliler, *Medeni Hukuk*, 795; Dalgın, *İslam Hukukunda Boşama Yetkisi*, 24

⁴⁵ Dalgın, *İslam Hukukunda Boşama Yetkisi*, 24

⁴⁶ Dalgın, *İslam Hukukunda Boşama Yetkisi*, 24; Acar, *İslam Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi*, 4

⁴⁷ Dalgın, *İslam Hukukunda Boşama Yetkisi*, 25

⁴⁸ TMK, Madde 168: “Boşanma veya ayrılık davalarında yetkili mahkeme, eşlerden birinin yerleşim yeri veya davadan önce son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesidir”

1.1.2.4. Boşama Yetkisinde Farklı Bir Yöntem: İslam Hukuku

Evliliğin sona erdirilmesinde İslam hukuku özgün bir sistem getirmektedir. Prensip olarak boşama yetkisinin erkeğe ait olması sebebiyle bazıları “boşama serbestisi” söz konusu olan sistemler içerisinde yer vermektedirler.⁴⁹ Ancak çalışmamızda da temas ettiğimiz gibi İslam hukuku yetkiyi erkeğe vermek suretiyle kadını tamamen ihmal etmemiş bazı durumlarda kadının da evliliğe son verdirebilme hakkının olduğunu kurallaştırmıştır. İslam hukukunun evliliği sonlandırma konusunda benimsemiş olduğu sistem çalışmamızın ilk bölümünde detaylı şekilde ele alınacaktır. Söz konusu bölümde verilecek olan bilgiler dikkatle incelendiğinde İslam hukukunun boş(a)nma konusunda diğer hukuk sistemlerinden farklı bir yaklaşım benimsediği görülecektir. Ancak kısaca burada da ifade etmek gerekirse her alanda olduğu gibi aile konusunda da tarafların hukuk ihlallerinin diyani yönünün bulunması, asıl itibariyle mubah olmasına rağmen taraflara zarar vermesi kuvvetli muhtemel durumlarda talakın haram sayılması ve boşanma öncesi arabuluculuk sistemini getirmesi gibi daha pek çok husus İslam hukukunun bu konuda diğer hukuk sistemlerinden farklı, özgün bir sistem getirdiğinin delilleri arasında sayılabilir.

1.1.2.5. Günümüz Hukuk Sistemlerinde Mahkeme Dışı Boşanma

Çalışmamızın ilk kısımlarında temas ettiğimiz gibi günümüz boşanma sistemlerinde toplumcu teorinin etkinliği azalmakta bunun yerine ferdiyetçi teori daha baskın hale gelmektedir. Bu durumun bir yansıması olarak bazı hukuk sistemlerinde yeni boşanma yöntemleri benimsenmektedir. Bu yöndeki düzenlemeleri hukukçular “boşanma hukukun özelleştirilmesi” şeklinde kavramsallaştırmıştır.⁵⁰

Boşanma hukukunun özelleştirilmesi ise hukuk sistemlerinde bu zaman kadar genel olarak üç seviyede tezahür etmiştir:

1. Bazı hukuk sistemlerinde aile kanunlarındaki düzenlemelerle anlaşmalı boşanmanın kabulü

⁴⁹ Cin, *Eski Hukukumuzda Boşanma*, 36

⁵⁰ Merve Ürem Çetinel - Biset Sena Güneş, “Mahkeme Dışı Boşanma Kurumu ve Türk Hukukunun Bu Kuruma Yaklaşımı”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, sy. 309, I, Yıl 2020, 311

2. Yine bazı hukuk sistemlerinde mahkeme öncesi arabuluculuk veya tahkim gibi uygulamaların benimsenmesi⁵¹
3. Son olarak da ayrılma konusunda anlaşmaya varan eşlerin mahkeme dışındaki belediye belki noter ve benzeri idari makamlar huzurunda boşanma imkânı verilmesidir.

Mahkeme dışı boşanma kavramıyla kastedilen anlaşılacağı üzere üçüncü maddede yer almaktadır. Konumuzla doğrudan ilişkili olmasa da İslam aile hukukunda benimsenmiş olan boşanma sisteminde revizyon talepleri klasik prosedürün kolay olması yönüyle de gerekçelendirildiği için adli olmayan makamların huzurunda boşanma sisteminden kısaca da olsa bahsetmek yerinde olacaktır.

Günümüz hukuk sistemlerinde özellikle Kıta Avrupası'nda artık boşanmaların kolaylaştırılmasından yana bir bakış açısı hem toplumda hem hukukçular arasında güç kazanmaktadır. Bunun bir sonucu olarak günümüzde pek çok Avrupa ülkesi mahkeme dışında herhangi bir idari makam huzurunda eşler tarafından karşılıklı şekilde imza altına alınan bir protokol ile boşanmayı kanunlaştırmaktadır.⁵² Türk Medeni Kanununda boşanmalar henüz sadece adli makamlar/mahkemelerde gerçekleşebilmektedir. Ayrıca bu konuda Türkçe'de az sayıda çalışmanın kaleme alınmış olmasından Türk hukukçuların böylesi bir boşanma sistemine, sanırım Türkiye'nin bir önceki hukuki tecrübesi olan İslam-Osmanlı hukukundan kaynaklı bir travma sebebiyle olsa gerek, pek sıcak bakmadıkları şeklinde yorumlanabilir.

Bu şekildeki bir boşanma yönteminin bazı hukuk sistemlerinde benimsenmesinin gerekçeleri arasında mahkemelerin iş yükünü azaltarak hem hâkimleri rahatlatmak hem de mahkemelerdeki yoğun iş yükü sebebiyle anlaşmalı bile olsa uzun zamana yayılabilen

⁵¹ Bu konuda atılan adımların ilk ve en önemlilerinden biri Avrupa Konseyi Bakanlar komitesi tarafından 21 Ocak 1998 tarihinde kabul edilen aile arabuluculuğu hakkındaki 8 maddelik tavsiye kararıdır. Tavsiye kararının tam metni için bk. Recommendation No. R(98)1 of The Committee Of Ministers To Member States On Family Me *TDV İslam Ansikopedisition*, [https://rm.coe.int/rec-98-1e-on-family-meTDV İslam Ansikopedisition/1680a3b3ef](https://rm.coe.int/rec-98-1e-on-family-meTDV%20İslam%20Ansikopedisition/1680a3b3ef) (Erişim Tarihi: 20.01.2022)

⁵² Çetinel - Güneş, "Mahkeme Dışı Boşanma Kurumu ve Türk Hukukunun Bu Kuruma Yaklaşımı", I, 314 Hangi ülkelerde idari makamlar önünde boşanmanın mümkün olduğunu gösteren liste için bk. <https://nvi.gov.tr/kurumlar/nvi.gov.tr/mevzuat/nufusmevzuat/talimat/yabanciulkeadliveidarimakamlarinca-verilenkararlarinnufuskutugunetesciliispanyauygulama.pdf> (Erişim Tarihi: 20.01.2022)

boşanmaları hızlandırmak, tarafları yüksek sayılabilecek mahkeme ve avukatlık masraflarından kurtarmak gibi hususlar sayılmaktadır.⁵³

İslam hukukunda mahkeme dışı boşanma denildiğinde daha çok kocanın boşama yetkisi günümüz hukukçularının aklına gelse de aslında İslam aile hukukunun benimsemiş olduğu “*Eğer karı-kocanın arasının bozulmasından endişe ederseniz, kocanın ailesinden bir, kadının ailesinden bir hakem gönderin. İki taraf (aralarını) ıslah etmek isterlerse, Allah da onları uzlaştırır. Şüphesiz, Allah hakkıyla bilendir, hakkıyla haberdardır*”⁵⁴ en temel yöntemlerinden biri olan aile meclisi/hakem heyeti uygulaması⁵⁵ hem mahkeme öncesi aile arabuluculuğu ve hem de mahkeme dışı boşanma olarak değerlendirilmesi gayet mümkündür. Ayrıca İslam aile hukukunda muhalaa uygulaması⁵⁶ da yine boşanma hukukunun özelleştiği uygulamalardan biri olarak kabul edilebilir.

Konuyu sonlandırmadan bir hususun vurgulanması önem arz etmektedir. Özellikle Avrupa’da yaygınlaşmaya başlayan adli olmayan bu boşanma sistemi, modernizmin ortaya çıkardığı aile ve toplum maslahatının önemsizleşmesi ve bireyselleşmenin bir sonucu olarak ortaya çıkan olumsuz bir durumdur diyebiliriz. İslam hukukunda ise boşanma sisteminin başlangıçtan itibaren adli bir konu olarak ele alınmamış olması modern dönemdekine benzer bir bakış açısından değil insana ve iradesine değer veren ve güvenen, sivil şekilde de olsa riayet edilmesi durumunda her iki tarafın haklarını muhafaza edebilecek bir prosedüre sahip şekilde bir dizaynı içeren bakış açısından kaynaklanmaktadır. İslam’ın boşanma sistemi hukuk kurallarının yanısıra itikadi ve ahlaki kurallarla da desteklenmiştir. Ayrıca taraflardan birinin haklarının tehlikeye girmesi durumunda yargının da devreye girebilmesi için gereken düzenlemeler yapılmıştır.

⁵³ Şükran Şıpka, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı’nın Değerlendirilmesi”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 6(12), 2007, 170

⁵⁴ Nisa: 4/35

⁵⁵ Detaylı bilgi için bk. “Aile Meclisi” başlığı

⁵⁶ Detaylı bilgi için bk. “Muhalaa” başlığı

1.2. İSLAM AİLE HUKUKUNUN GENEL KARAKTERİSTİĞİ

1.2.1. İslam Aile Hukukunun Karakteristik Özellikleri

İslam hukuku kaynak itibarıyla şerî delillere dayanmaktadır. Dolayısıyla evlilik ve boşanmaya dair hükümler de bu delillerin kaynaklığında düzenlenmektedir. Şerî deliller hiyerarşisinde ilk sırada yer alan Kuran'da ahkâm ayetleri genelde Medine döneminde inmiştir ve icmâlidir.⁵⁷ Fakat miras ve aile hukuku konularında detaylı hükümler içermektedir.⁵⁸ Fıkıh kitaplarında aile hukukuyla alakalı olarak yer alan bilgiler ise Kuran ve Sünnet'te mevcut olan esaslar ve bunlara ilaveten müctehidlerin varmış olduğu hükümlerden oluşmaktadır.

Kendisinde yer alan hükümlerin mahiyet ve niceliğini göz önüne alarak bir değerlendirme yapıldığında görülmektedir ki Kuran, zamanın değişmesiyle değişebilecek alanlarda daha çok genel prensipler koymuş, bu durumdan daha az etkilenecek konularda ise daha detaylı hükümler getirmiştir.⁵⁹ Mesela Anayasa hukukuyla doğrudan ilgili on kadar ayetin bulunmasına karşın aile hukukuna dair yaklaşık yetmiş ayetin mevcut olması⁶⁰ bu değerlendirmeyi haklı çıkarır niteliktedir.

İslam hukukuna dolayısıyla İslam aile hukukuna kaynaklık eden ikinci derecede kendisine vahyedilen Kuran dışında Hz. Peygamber'in söz, fiil ve takrirleridir.⁶¹ Hükümleri açıklama bakımından Kuran'ın tamamlayıcısı ve yardımcısıdır. Hadislerde de aile hukukunu düzenleyen ve müstakil bir bölüm teşkil edecek seviyede esaslar yer almaktadır.⁶²

İslam hukukunun kaynakları yalnız Kuran ve Sünnet'ten ibaret değildir. İctihada ehil bir hukukçunun bu kaynaklarda bulamadığı hususlarda başvuracağı diğer bazı deliller de mevcuttur. İslam Aile hukukunda da yer yer bu iki kaynak dışında yer alan kaynaklardan hareketle verilmiş hükümler mevcuttur.

⁵⁷ Abdulkarim Zeydan, *el-Veciz fî Usûli'l-Fıkh*, Bağdat, Mektebetü'l-Kuds, 1985, 157; M. Akif Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, İstanbul, MÜİFV Yay., 1985, 5

⁵⁸ Bardakoğlu, "Kitap", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, XXVI, 125

⁵⁹ Abdulvehhab Hallaf, *İlmü Usuli'l-Fıkh*, Matbaatu'l-Medeni, 35

⁶⁰ Hallaf, *İlmü Usuli'l-Fıkh*, 34; Zeydan, *el-Veciz fî Usûli'l-Fıkh*, 156

⁶¹ Zeydan, *el-Veciz fî Usûli'l-Fıkh*, 161-162

⁶² Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, I-III, İz Yay., İstanbul 2001, I, 282

İslam Aile hukukunun kaynaklarında yer alan hükümlerin hedeflediği hususlar ve maksatları genel maksatlar ve evliliğin sonlandırılmasına dair özel maksatlar olmak üzere iki kısımda ifade edebiliriz.

1.2.2. İslam Aile Hukukunun Evlilik Konusundaki Karakteristiği

1. Evlilikle oluşacak aile kurumuna huzur ve mutluluk, topluma da hayırlı bir nesil temin etmektir.⁶³ Bu hususla ilgili olarak Kuran’da “*O’nun ayetlerinden biri de size kendinizden eşler yaratmasıdır ki siz onlarla huzur ve sükûnete kavuşursunuz. Ve aranızda sevgi ve rahmet koymuştur.*” (Rûm, 30/21) ve “*... Onlar (kadınlarınız) sizin için elbise, siz de onlar için elbisesiniz...*” (Bakara, 2/187) ayetleri yer almaktadır. Diğer bir gaye olan neslin devamına dair ise “*Evlenin ve çoğalın, çünkü ben diğer ümmetlere karşı sizinle iftihar edeceğim*”⁶⁴ şeklindeki Hz. Peygamber’in hadisidir.

2. İslam Aile hukukunun hedeflediği gayelerden bir diğeri de eşler arasındaki birlikteliğin devamlılığıdır. Kuran’da bu konuyla alakalı olarak “*Eğer hanımlarınız size itaat ederlerse artık onların aleyhine başka bir yol aramayın*” (Nisa 4/34) buyrulmaktadır.

3. Evlilik sonrası eşler arasında geçerli esasın iyi niyet ve güzel ahlak olmasını ve eşlerin evlilikten doğan maddi ve manevi hak ve sorumlulukların bilincinde olmalarını öngörür.⁶⁵ Konuyla alakalı hadiste “*Sizin en hayırlınız ailesine karşı iyi olanınızdır*”⁶⁶ buyrulur. Aynı şekilde eşlerin birbirlerinin hak, şeref ve menfaatlerini gözetmeleri de gerekmektedir. Bu konuyu da “*erkeklerin, normal ölçüler içinde, kadınlar üzerindeki hakları gibi kadınların da onlar üzerinde hakları vardır*” (Bakara: 2/228) ayeti düzenlemektedir. Ayrıca eşler birbirlerinin hoşuna gitmeyen huylarına da tahammül göstermelidirler. Zira insanların tabiat ve mizaçlarının bir olması beklenemez.⁶⁷ Konuyla alakalı ayette “*Onlarla iyi geçinin. Eğer onlardan hoşlanmadıysanız, olabilir ki, siz bir*

⁶³ Bedran Ebu’l-Ayneyn Bedran, *Ahkamu’z-Zevac ve’t-Talak fi’l-İslam*, Matbaatu Dari’t-Te’lif, İskenderiyye 1961, 24

⁶⁴ Beyhaki, Ebû Bekr Ahmed b. el-Hüseyn b. Ali, *Ma’rifetu’s-Sunen ve’l-Âsâr*, I-XV, Thk: Abdülmu’ti Emin Kalaci, Karaçi 1991, Câmîatü’d-Dirasati’l-İslâmiyye, V, 219

⁶⁵ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, I, 289

⁶⁶ İbn Mace, Nikah, 50; Tirmizi, Menâkıb, 63; Beyhaki, *Sünenü’l Kübra*, VII, 741

⁶⁷ Mustafa el-Sibâî, *el-Mer’etu beyne’l-Fikhi ve’l-Kanun*, Beyrût 1975, 100

şeyden hoşlanmazsınız da Allah onda pek çok hayır yaratmış olur” (Nisa: 4/19) buyrulmaktadır.

4. İslam aile hukuku evlilikle kurulan ailenin mutluluğu, bu aileden gelecek neslin asaleti ve toplumun maslahatını da gözeterek eşlerin birbirlerini seçerken kullanacakları bir takım esaslar da belirlemiştir. Bu esaslar “*Kadın dört şeyi için nikâhlanır: Malı, asaleti, güzelliği ve dindarlığı; eli toprak olasıca sen dindarını seç*”⁶⁸ şeklindeki hadiste ifade edilmiştir.

5. İslam, prensip olarak tek eşliliği tavsiye etmekle birlikte dördü geçmemek şartıyla erkeğin birden fazla kadınla evlenmesine de izin vermiştir.⁶⁹ Birden fazla kadınla evlenen erkeklerin eşlerine karşı her türlü hak ve sorumluluklarını eşit bir şekilde yerine getirme zorunlulukları mevcuttur. Konuyla ilgili ayette “*Eğer (velisi olduğunuz) yetim kızlar (ile evlenip onlar) hakkında adaletsizlik etmekten korkarsanız, (onları değil) size helal olan başka kadınlardan ikişer, üçer, dörder olmak üzere nikahlayın. Eğer (o kadınlar hakkında da) adaletli davranamayacağınızdan korkarsanız o takdirde bir tane alın veya sahip olduğunuz cariyelerle yetinin*” (Nisa, 4/3) buyrulmaktadır.

6. Birbirleriyle evli eşler zina gibi iffetsizlik söz konusu olan bir suç işlediklerinde İslam hukuku bu durumda şiddetli cezalar öngörmüştür.⁷⁰ Böylelikle hem aileyi korumuş hem de eşlere iffetli olmaları konusunda motivasyon sağlamış olmaktadır.

7. İslam aile hukukunun hedeflerinden önemli biri de nesebin korunmasıdır. İslam hukuku gerek evlilik ve gerekse boşanma gibi konularda dünyaya gelen çocukların soy bağlarının şüphe, bilinmezlik ve karışıklık gibi durumlardan muhafaza edecek kurallar benimsemiştir. Nikâhın teşri kılınması, nesebe ilhak şeklinde evlatlık edinme müessesesine izin vermeme, boşanma sonrası iddet hükümleri, zinanın haram kılınması ve özel olarak da nesebe ilişkin hükümler bu hedefi açıkça ortaya koymaktadır.⁷¹

8. Eşler arası problemler söz konusu olduğunda İslam hukuku hemen o evliliğin sona erdirilmesini talep etmez. Aksine eşlerin birbirlerine karşı sabırlı davranmaları ve olabildiğince evliliğin devamı için çaba sarf etmelerini tavsiye eder: “... (Evlilik yükümlülüklerini reddederek) başkaldırdıklarını gördüğünüz kadınlara öğüt verin, onları

⁶⁸ Buhari, Nikah, 16; Ebu Davud, Nikah, 2

⁶⁹ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, I, 289

⁷⁰ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, I, 291

⁷¹ İbn Aşur, *Makasidü’ş-Şeriatü’l-İslamiyye*, Vezaratu’l-Evkaf ve’ş-Şuûni’d-Diniyye, Katar 2004, III, 421

yataklarında yalnız bırakın. (Bunlar fayda vermez de mecbur kalırsanız) onları (hafifçe) dövün. Eğer itaat ederlerse artık onların aleyhine başka bir yol aramayın ...” (en-Nisa, 4/34)

1.2.3. İslam Aile Hukukunun Boşanma Konusundaki Genel Karakteristiği

İslam aile hukukunun ana hatlarıyla zikrettiğimiz genel karakteristiğinden hareketli onun aile müessesesinin kurulmasına ve sağlık şekilde devam ettirilmesine azami hassasiyet gösterdiği anlaşılmaktadır. Ancak insanlar arasında tesis edilen her kurum gibi aile kurumu da sonlanabilmektedir. Gerek koca, gerek kadın ve gerekse mahkeme tarafından gerçekleştirilebilen boşanma konusunda İslam aile hukukunun karakteristiğini şöyle sıralayabiliriz:

1. İslam, insanı ve kâinatı yaratanın koymuş olduğu bir sistemdir. Dolayısıyla getirmiş olduğu hükümlerin yaratılanların doğasıyla uyumlu olması söz konusudur. İşte bunun bir tezahürü olarak İslam hukuku gerekli durumlarda, her ne kadar en sevimsiz helal kabul etse de, karı kocanın birbirinden ayrılabilmesini, boşanmayı meşru kılmıştır.⁷²

2. Birbirleriyle bir şekilde geçimsiz hale gelen eşleri hemen ayırmak yerine boşanma öncesi arabuluculuk sistemini geliştirmiştir.⁷³ Aile içi geçimsizlik söz konusu olduğunda İslam hukuku erkeğin ve kadının ailesinden seçilen kişilerden oluşan aile meclisi uygulamasını getirmiştir. Bu meclis eşler arasındaki anlaşmazlığın sebeplerini araştırır ve ortadan kaldırmaya çalışır.⁷⁴ Bu uygulama ilgili olarak Kuran-ı Kerim’de özel olarak işlenmektedir: “Eğer karı-kocanın arasının açılmasından endişe ederseniz, erkeğin ailesinden bir hakem, kadının ailesinden bir hakem gönderin. İki taraf (arayı) düzeltmek isterlerse, Allah da onları uzlaştırır. Şüphesiz, Allah hakkıyla bilendir, hakkıyla haberdardır.” (Nisa, 4/35) Aile meclisinin işlevine dair detaylı bilgiler ilgili başlık altında verilecektir.

3. İslam hukukunun meşru gördüğü evliliği sona erdirme şekillerinden en yaygın olanı talak uygulamasıdır. Bu, erkeğin kendisine verilen yetki ile evliliği

⁷² İbn Aşur, *Makasidü’ş-Şeriatü’l-İslamiyye*, III, 446

⁷³ Aile hukukunda arabuluculuk sisteminin imkanı ülkemizde henüz değerlendirilmeye başlanmıştır ve aile hukukuna özel bir arabuluculuğa dair yasal bir hukuki düzenleme mevcut değildir. Konuyla ilgili bir haber için bk: <http://www.milliyet.com.tr/yazarlar/didem-ozel-tumer/aile-davalarinda-arabulucu-donemi-2819453> (Erişim Tarihi: 26.12.2019)

⁷⁴ Sıbâi, *el-Mer’etu beyne’l-Fıkhi ve’l-Kanun*, 100

sonlandırmasıdır. İslam aile hukuku eşleri birbirine üç bağ ile bağlamış ve erkeğe üç talak hakkı vermiştir. Bu durumu şöyle anlayabiliriz: İslam erkeğe sınırsız talak hakkı vermemiş böylelikle artık tamamen bitmesi gereken evliliklerin toplumda var olmasına engel olmuş olmaktadır. Ayrıca erkeğin bu talak hakkını kullanması konusunda ince bir takım şartlar getirmiştir.⁷⁵ Bu konuyla ilgili olarak ifade etmemiz gereken bir başka husus da talakın çeşitlere ayrılmış olması ve her bir çeşidinin bir takım maksat ve maslahatları içeriyor olmasıdır. İslam aile hukukunda talak rici ve bain olarak iki kısımda incelenmektedir. Rici talak kısaca *“kocanın şartlarına uygun şekilde boşadıktan sonra iddet içerisinde yeni bir akit ve mehre gerek olmaksızın hanımına dönebildiği boşamadır”* şeklinde tarif edilebilir.⁷⁶ Rici talak aile müessesini korumaya yönelik olarak maslahatlar içermektedir ki en önemlileri şunlardır:

Öncelikli olarak rici talak eşlere özellikle de eğer boşamanın hatalı bir karar olduğunu düşünmeye başlamışsa kocaya evliliği devam ettirebilme adına ikinci bir şans vermek anlamına gelmektedir. Yine bağlantılı şekilde rici talak hükümleri iyice incelendiğinde tam anlamıyla bir ayrılık olmasa da eşlere evlilik sonlandığında yaşayacakları süreci önceden tecrübe etme imkanı tanıyan bir fırsat olarak da değerlendirilebilmektedir. Böylelikle rici talak evlilikte her iki taraf için de hatalarını anlama, pişman olma ve birbirlerinin kıymetini idrak etme imkanı veren hikmetli bir uygulamadır.

Bain talak ise suğra/küçük ve kübra/büyük olmak üzere kendi içinde iki kısma ayrılmaktadır. İlk şekildeki talak gerçekleştiğinde koca, hanımına yeni bir nikah akdi ve mehir olmaksızın dönememektedir. Ancak büyük bain şeklinde bir talak gerçekleşmişse kadın hayatın olağan akışı içerisinde başka bir erkekle evlenip, fiilen evlilik başlamışken ayrılması veya kocanın vefatı halinde ilk eşine dönebilmektedir.⁷⁷ Talakın bu çeşidi de her iki taraf ve hatta toplum için birçok maslahatı içermektedir.

Öncelikli olarak bain talak, kadını, rızası ile yeni akit ve mehir gerektirdiğinden uğraması muhtemel zararlardan korunmuş olmaktadır. Üçüncü talaktan sonra artık büyük

⁷⁵ Bu konuda detaylı bilgi için bk. “Sünni Talak” başlığı

⁷⁶ İbn Rüşt, *Bidayetü’Müctehid*, III, 83; Muhammed b. İbrahim Tevici, *Mevsuatu’l-Fıkhi’l-İslamî*, I-V, Beytu’l-Efkari’d-Devliyye, y.y. 2009, IV, 209

⁷⁷ İbn Rüşt, *Bidayetü’Müctehid*, III, 83; Tevici, *Mevsuatu’l-Fıkhi’l-İslamî*, IV, 211-212

bain şeklinde bir ayrılık gerçekleşmişse bu yine artık devamı mümkün olmayan bir aile müessesesinin nezih şekilde sonlandırılması olacaktır ki maslahat gayet açıktır.⁷⁸

4. Bütün bu aşamalardan sonra evliliğin sona ermesi gerekli olduğunda ise İslam hukuku istikamet üzere kalmanın, kontrollü davranmanın ve sağlıklı düşünmenin zor olduğu bu süreçte en az zararlı karı kocayı birbirinden ayıracak kuralları koymuştur.⁷⁹

Görüldüğü gibi İslam aile hukuku aile müessesesinin en sağlıklı şekilde kurulabilmesi ve kurulduktan sonra da gerek taraflar ve gerekse toplum açısından işlevini olması gerektiği şekilde yerine getirebilmesi için alınması gereken tüm önlemleri almıştır. Ayrıca İslam aile hukuku zorunlu hallerde bir boşanma söz konusu olması durumunda riayet edildiği takdirde gerek tarafları ve gerekse toplumu en az zararlı selamete ulaştıracak olan esasları benimsemiştir.

1.3. İSLAM AİLE HUKUKUNDA EVLİLİĞİN SONA ERMESİ KONUSUNDA TEMEL KAVRAMLAR

1.3.1. Talak

Talak sözlükte bağı çözmek, serbest bırakmak ve yol vermek gibi anlamlara gelir.⁸⁰ Terim olarak ise geniş ve dar olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır. Geniş anlamda talak, erkeğin boşaması, kadının tefviz-i talakla boşaması, muhalaa ve tefrik ile söz konusu olan ayrılık ve benzeri durumları ifade etmek için kullanılmaktadır.⁸¹ Dar anlamda ise “*eşler arasında manevi bir bağ şeklinde mevcut olan nikâhın, erkek veya vekili tarafından kullanılan sarîh veya kinayeli lafızlarla ortadan kaldırılması*”

⁷⁸ İbn Aşur, *Makasidü’ş-Şeriatî’l-İslamiyye*, III, 445

⁷⁹ İbn Aşur, *Makasidü’ş-Şeriatî’l-İslamiyye*, III, 445-446

⁸⁰ İbn Manzur, Ebu’l-Fadl Cemâluddîn Muhammed b. Mukerrem, *Lisanu’l-Arab*, I-XV, Dâru Sâdır, Beyrut 1990, X, 226; Sadi Ebu Habib, *el-Kamusu’l-Fıkhî Lugaten ve Istılâhen*, Daru’l-Fikr, Dımeşk 1988, 230 Razi, Zeynuddin Ebi Abdillâh Muhammed b. Ebi Bekr b. Abdilkadir, *Muhtaru’s-Sihah*, el-Mektebetü’l-Asriyye, Beyrut 1999, 192

⁸¹ Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, 36

anlamındadır.⁸² Bazı hukukçular talakı, “*nikâh bağını çözmektir*” şeklinde kısa bir şekilde de tarif etmişlerdir.⁸³ Konu ilerleyen kısımlarda detaylı şekilde ele alınmıştır.

1.3.2. Fesih

Fesih kelime olarak bozmak, ayırmak, bedendeki zayıflık, cehalet ve benzeri anlamlara gelmektedir.⁸⁴ Fıkhi terim olarak ise fesih, “*gerek akit esnasında ve gerekse akit kurulduktan sonra ortaya çıkan bir durum dolayısıyla kurulmuş olan bir akdin yok kabul edilerek hükmünün kökünden ortadan kaldırılması*” anlamına gelmektedir.⁸⁵

Fesih işlemi yargı kararına bağlı olabildiği gibi kendiliğinden de gerçekleşebilmektedir. Yargı kararına bağlı olarak gerçekleşen fesih işlemlerine Hanefilere göre erkeğin kadına denk olmaması, kadının mehrinin mehr-i misilden eksik olması, baba ve dedesi dışındaki bir velisi tarafından evlendirilen kişinin buluş muhayyerliğini kullanması ve gayrimüslim iki eşten birinin Müslüman olması ve diğerinin İslam’a girmeyi kabul etmemesi durumlarını örnek verebiliriz.⁸⁶ Yargı kararına ihtiyaç duyan fesih işlemleri daha çok nefaz veya lüzum şartlarında söz konusu olan eksiklik ve herkesçe malum olamayan, hafî diyebileceğimiz tarzda sebepler dolayısıyla meydana gelmektedir.

⁸² Mevsilî, Ebû'l-Fadl Mecdüddîn Abdullâh b. Mahmûd, *el-İhtiyar li-Ta'lîli'l-Muhtâr*, I-V, Thk.: Mahmûd Ebû Dakîka, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut ts., III, 121; Baberti, Ekmeluddîn Muhammed b. Muhammed b. Mahmûd b. Ahmed, *el-Înâye Şerhu'l-Hidâye (Fethu'l-Kadir ile birlikte)* I-X (1. Baskı), Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2003, III, 463; İbnü'l-Hümâm, Kemâluddîn Muhammed b. Abdulvâhid es-Sivâsî, *Fethu'l-Kadir*, I-X (1. Baskı), Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2003, III, 463; İbn Hacer Heytemî, *Tuhfetu'l-muhtac fi Şerhi'l-Minhac*, I-X, Daru İhyai't-Turasi'l-Arabi, Beyrut t.y., VIII, 2; Muhyiddin Abdulhamid, *el-Ahvâlu's-Şahsiyye*, Daru'l-Kitabi'l-Arabi, y.y. t.y., 240; Abdulvehhâb Hallaf, *Ahkamu'l-Ahvâli's-Şahsiyye fi's-Şeriatü'l-İslamiyye*, Daru'l-Kütübi'l-Misriyye, Kahire 1938, 131

⁸³ İbn Kudame, Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme el-Makdisî, *el-Muğnî*, I-XV, (Thk.: Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türkî, Abdülfettâh Muhammed el-Hulv), Dâru 'Âlemi'l-Kütüb, Riyâd 1417/1997, VII, 363; Haskefi, Alâuddîn Muhammed b. Alî b. Muhammed el-Haskefi (ö. 1088/1677), *ed-Dürri'l-Muhtâr Şerhu Tenvîri'l-Ebsâr*, I-XIV (İbn Âbidîn'in Haşiyesiyle birlikte), (Thk.: Âdil Ahmed Abdulmevcûd, Ali Muhammed Muavvad), Dâru 'Âlemi'l-Kütüb, Riyâd 1423/2003, III, 226-227

⁸⁴ Zebidi, Ebu'l-Feyz Muhammed b. Muhammed b. Abdurrezzak Hüseyinî, *Tacu'l-Arus min Cevahiri'l-Kamus*, Thk: Komisyon, I-XL, Daru'l-Hidaye, y.y. t.y., VII, 319

⁸⁵ Kasani, *Bedaiu's-Sanai' fi Tertibi's-Şerai'*, V, 182; Ebu Zehre, *el-Ahvâli's-Şahsiyye*, Daru'l-Fikri'l-Arabi, Kahire t.y., 172; Komisyon, *el-Mevsuatu'l-Fıkhiyyetü'l-Kuveytiyye*, I-VL, Vezaretü'l-Evkaf ve's-Şuuni'l-İslamiyye, Daru's-Safve, Mısır 1427, XXXII, 131; Seyyid Sabık, *Fıkhu's-Sünne*, I-III, Daru'l-Kitabi'l-Arabi, Beyrut 1977, II, 314

⁸⁶ Şeybani, Ebu Abdillâh Muhammed b. Hasen b. Ferkad, el-Asl, Thk: Mehmet Boynukalın, Beyrut 2012, X, 205; Kasani, *Bedaiu's-Sanai' fi Tertibi's-Şerai'*, II, 322; Baberti, Ekmeluddin Ebu Abdillâh Muhammed b. Muhammed b. Mahmud, *el-Înâye fi Şerhi'l-Hidâye*, Daru'l-Fikr, y.y. t.y., III, 277-280; Meydani, Abdulgani Talip b. Hamade b. İbrahim Guneymi, *el-Lübab fi Şerhi'l-Kitab*, Thk: Muhammed Muhyiddin Abdulhamid, el-Mektebetü'l-İlmiyye, Beyrut t.y., III, 28; Ebu Zehre, *el-Ahvâli's-Şahsiyye*, 172

Yargı kararına gerek kalmaksızın kendiliğinden infisah söz konusu olan durumlara ise akdin şartlarındaki eksiklik, karı-kocanın birbirleriyle nikâhlanmalarının haram olduğunun anlaşılması, eşlerden birinin irtidat etmesi gibi sebeplerle gerçekleşen ayrılıkları örnek verebiliriz.⁸⁷ Görüldüğü gibi hakim kararına gerek kalmaksızın söz konusu olan infisah herkesçe malum olabilen, zahir bir inikad veya sıhhat şartı eksikliği dolayısıyla ortaya çıkmaktadır.

Akdin feshedilme sebebi açısından da akit esnasında şartlardaki eksiklik veya sonradan ortaya çıkan bir problem dolayısıyla söz konusu olanlar şeklinde ikili bir tasnif de yapmak mümkündür. Evlenme akdi esnasındaki şartlardaki eksiklik sebebiyle feshi gereken akitlere, evlilik sonrası sıhhat şartının eksik olduğunun anlaşılması, baba ve dedesi dışındaki bir velisi tarafından evlendirilen çocuğun buluşa erdiğinde muhayyerlik hakkını kullanarak ayrılması, reşid olan kadının veli izinsiz dengi olmayanla veya mehr-i mislinden az bir mehirle evlenmesi sonucu velisinin itirazı ile gerçekleşen ayrılmalar örnek verilebilir.⁸⁸

Eşlerden birinin irtidat etmesi, gayrimüslim kocanın Müslüman olması durumunda diğerinin İslam'a girmemesi veya ehl-i kitab olmayı kabul etmemesi ve eşlerden biriyle diğerinin mahrem akrabalarından biriyle arasında hurmet-i musaharanın ortaya çıkması ise akitten sonra ortaya çıkan fesih sebeplerine örnek olarak zikredilebilir.⁸⁹

Fesih eşlerin iradeleriyle başvurdıkları bir ayrılık çeşidi değil, akitle ilgili olarak inikad, sıhhat, lüzum ve nefaz gibi şartlardan birinin eksik olması dolayısıyla evliliğin kendiliğinden bozulması (infisah) veya yargı kararıyla bozulmasıdır.⁹⁰ Gerek akit esnasında ve gerekse akit kurulduktan sonra ortaya çıkan bir sebeple fesih söz konusu olduğunda karı koca arasındaki nikah bağı o anda ortadan kalkar.⁹¹

⁸⁷ İbn Rüşd, *Bidayetü'l-Müctehid*, III, 82; Ebu Zehre, *el-Ahvalü's-Şahsiyye*, 174

⁸⁸ Kasani, *Bedaiu's-Sanai' fi Tertibi's-Şerai'*, II, 322; Baberti, *el-İnaye fi Şerhi'l-Hidaye*, III, 277-278; Seyyid Sabık, *Fıkhu's-Sünne*, II, 314

⁸⁹ İbn Rüşd, *Bidayetü'l-Müctehid*, III, 50; Ebu Zehre, *el-Ahvalü's-Şahsiyye*, 173-174; Seyyid Sabık, *Fıkhu's-Sünne*, II, 314

⁹⁰ Bazı örnek hükümler için bk. Cüveyni, Abdülmelik b. Abdillâh b. Yusuf, *Nihayetu'l-Matlab fi Dirayeti'l-Mezheb*, Thk: Abdulaziz Muhammed Dib, Daru'l-Minhac, y.y. 2007, XV, 488; İbn Nüceym, Siracuddin Ömer b. İbrahim, *en-Nehru'l-Faik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, Thk: Ahmed Azv İnaye, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, y.y. 2002; II, 290; Seyyid Sabık, *Fıkhu's-Sünne*, II, 314

⁹¹ Şâfiî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İdris, *el-Ümm*, Daru'l-Marife, Beyrut 1990, V, 128; Seyyid Sabık, *Fıkhu's-Sünne*, II, 314

Nikâh akdinin feshi yahut infisahı konumuz açısından önem arz etmektedir. Özellikle eşlerden birinin irtidat etmesi, kadının ihtida edip eşin mevcut dininde kalması veya aralarında İslam hukukuna has bazı evlenme engelleri olduğunun anlaşılması gibi durumlar doğal olarak Türk Medeni Kanununda ayrılık sebebi olarak yer almamaktadır. Bu gibi durumlarda eşler yorum yapmak zorunda bırakılarak, belki işin fıkhi boyutundan da hiçbir şekilde bahsetmeyerek boşanma dilekçelerinde TMK’da yer alan boşanma sebeplerinden birine sığınarak evliliklerini sonlandırmak durumunda kalacaklardır. Daha da önemlisi hâkim söz konusu durumun ayrılmayı gerektirecek seviyede bir problem teşkil ettiğine kanaat getirmediği takdirde eşler evli kalmaya devam etmek mecburiyetinde bırakılmış olacaktır. Bu, esas itibarıyla hem dini hem de ilişki sağlığı açısından evlilikler de göz ardı edilemeyecek seviyede bir problemdir.

1.3.3. Tefrik (Yargı Kararıyla Evliliğin Sona Ermesi)

Tefrik kelime olarak “iki şeyin arasını ayırmak” anlamındadır.⁹² Terim olarak ise “belli sebepler ortaya çıktığında, genelde kadının müracaatıyla hâkimin eşlerin arasını ayırması veya hâkim kararıyla boşanma” şeklinde tarif edilebilir.⁹³

Adlî veya kazaî boşanma olarak da isimlendirilen tefrik, daha çok kadının mahkemeye müracaatıyla gerçekleşmektedir. İslam hukukunun hâkimlere tefrik yetkisi vermesi bir takım hakların korunması ile ilgilidir. Muhafazaya çalışılan bu hak bizzat dinin hakkı olabileceği gibi, karı kocadan her ikisinin veya birinin hakkı da olabilir. Öyle durumlar söz konusu olabilir ki eşler dışında üçüncü şahısların dahi haklarını korumaktan da söz edilebilir. Ancak tefrik daha çok kadının hakkını korumaya dönük olarak ortaya çıkan bir süreçtir.⁹⁴

Koca istemediği bir evliliği talak hakkını kullanmak suretiyle son verebilmektedir. Ancak eşler arası söz konusu problem erkekten kaynaklanıyorsa bu durumda kadın

⁹² Ferahidi, Ebu Abdurrahman Halil b. Ahmed b. Amr b. Temim, *el-Ayn*, Thk: Mehdi Mahzumi – İbrahim Samirai, I-VIII, Dar ve Mektebetü'l-Hilal, y.y., t.y., V, 147

⁹³ Klasik fıkıh kaynaklarında “tefrik” kavramının tanımı yer almamaktadır. Ancak kavramın bazı örnek kullanımları için Şeybani, Ebu Abdillâh Muhammed b. Hasen b. Ferkad, *el-Asl*, Thk: Mehmet Boynukalın, Beyrut 2012, I, 186; Kuduri, Ahmed b. Muhammed b. Ahmed b. Cafer b. Hamdan Ebi'l-Hüseyn, *et-Tecrid*, Thk: Muhammed Ahmed Serrac, Ali Cuma Muhammed, Daru's-Selam, Kahire 2006, IX, 4740; İbn Rüşd, *Bidayetü'l-Müctehid*, III, 117; Ayrıca bk. Halil İbrahim Acar, “Tefrik”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul 2011, XL, 277

⁹⁴ Abdulhamid, *el-Ahvalu's-Şahsiyye fi's-Şeriatü'l-İslamiyye*, 291-292

mahkemeye müracaat ederek istemediği bir evliliği sonlandırma talebinde bulunabilmektedir. Kadının talebiyle tefrikin yani yargı kararıyla boşanmanın gerçekleşebilmesi için kocada bir takım olumsuzlukların varlığı şarttır. Mezhepler arasında ihtilaflar olmakla birlikte kadına mahkemeye müracaat hakkı verilen hususları genel ve özel sebepler şeklinde iki kısma ayırabiliriz:⁹⁵

1.3.3.1. Özel Boşanma Sebepleri

1.3.3.1.1. Erkeğin Nafaka Sorumluluğunu Yerine Getirmemesi Sebebiyle Tefrik

Evliliklerde içeriği örfe uygun şekilde belirlenen nafakayı temin sorumluluğu kocaya aittir. Meşru bir mazeret bulunmaksızın koca bu görevini yerine getirmediğinde kadının mahkemeye müracaat ederek zorla da olsa bu nafaka alacağını tahsil edebileceği konusunda müctehidler arasında bir görüş ayrılığı yoktur.⁹⁶ Ancak koca, kadının geçimsiz olması sebebiyle nafaka temininden kaçınıyorsa bir zorlamanın da söz konusu olamayacağı ifade edilir.⁹⁷

Koca mali durumu yerinde olmasına rağmen nafaka sorumluluğunu yerine getirmediğinde kadın mahkemeye müracaat eder ve hâkim kocanın malından kadın için nafaka takdirinde bulunur ve ona ödenmesine hükmeder. Koca bu karara uygun davranmazsa hâkim onu hapsedmek suretiyle nafaka sorumluluğunu yerine getirmesini sağlar. Bu konuda da âlimler arasında bir görüş ayrılığı mevcut değildir.

Kocanın maddi durumunun yeterli olmaması sebebiyle nafaka temin edememesi durumunda ise kadının mahkemeye müracaat hakkının bulunup bulunmadığı konusunda mezhepler arasında ihtilaf vardır.

Hanefilere göre bu durumda kadının mahkemeye müracaat ederek evliliği sonlandırma talebinde bulunma hakkı yoktur. Hanefiler bu konuda şu delillere dayanmaktadırlar:

⁹⁵ Zeydan, *el-Mufasssal fi Ahkami'l-Mer'e*, VII, 344; Ebu Zehre, *el-Ahvalü's-Şahsiyye*, 165

⁹⁶ Ceziri, Abdurrahman b. Muhammed İvaz, *el-Fıkh ala Mezahibi'l-Erba'a*, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2003, IV, 508 vd.; Komisyon, *el-Mevsuatu'l-Fıkhiyyetü'l-Kuveytiyye*, XXIX, 58

⁹⁷ Abdulhamid, *el-Ahvalu's-Şahsiyye fi's-Şeriatü'l-İslamiyye*, 293; Komisyon, *el-Mevsuatu'l-Fıkhiyyetü'l-Kuveytiyye*, XXIX, 59

“Eli geniş olan genişliğine göre nafaka versin. Rızkı dar olan da Allah’ın kendisine verdiğinden versin. Allah, bir kişiye ne vermişse ancak onu yükler (kimseye gücünün üstünde bir yük yüklemes).” (Talak, 65/7)

“Eğer borçlu darlık içinde ise, ona genişlik vaktine kadar süre vermek vardır” (el-Bakara, 2/280) Hanefiler bu ayetin insanların geneli hakkında olduğunu nafaka temini konusunu da kapsadığını ve kocaya da mühlet verilmesi gerektiği şeklinde anlamaktadırlar.

Bu ayetlerin yanı sıra nafaka temin edilememesi halinde tefrike hükmettiğine dair Hz. Peygamber’den bir rivayetin yer almaması da Hanefilerin delilleri arasındadır.⁹⁸ Caferiler de bu durumda tefrikin caiz olmadığı görüşüne sahiptir.⁹⁹

Hanefiler dışındaki müçtehitlerin çoğunluğuna göre ise böyle bir durumda kadının mahkemeye müracaat etme ve hâkimin de tefrike hükmetme hakkı bulunmaktadır. Onlar da bu konuda, “...(kadını) ya iyilikle tutmak ya da güzelce bırakmak vardır...” (el-Bakara, 2/229), “...haklarına tecavüz edip zarar vermek için onları (kadınları) yanınızda tutmayınız...” (el-Bakara, 2/231) gibi ayetleri ve Hz. Ömer’in askerde olup eşlerinin nafakalarını temin edemeyenlere hitaben “onları hesaba çekin, ya hanımlarının nafakasını versinler ya da onları boşasınlar. Boşarlarsa hanımlarının geçmiş süreye ait nafakalarını da göndersinler”¹⁰⁰ şeklindeki rivayetleri delil olarak gösterirler.¹⁰¹

Ahmed b. Hanbel’e göre şayet kadın erkeğin fakir olduğunu bilerek evlenmiş ise veya koca sonradan fakirleşmişse bu durumda kadının mahkemeye müracaat hakkı yoktur. Ancak erkek maddi durumunun kötü olduğunu gizlemiş bu konuda kadını

⁹⁸ Kuduri, Ahmed b. Muhammed b. Ahmed b. Cafer b. Hamdan Ebi’l-Hüseyn, *et-Tecrid*, Thk: Muhammed Ahmed Serrac, Ali Cuma Muhammed, Daru’s-Selam, Kahire 2006, X, 5388; Vehbe Zuhayli, *el-Fıkhü’l-İslamiyyu ve Edilletuhu*, I-X, Daru’l-Fikr, Dimeşk t.y., IX, 7043

⁹⁹ Abdülkerim Zeydan, *el-Mufasssal fî Ahkâmi’l-Mer’e ve ’l-Beyti’l-Müslim fî ş-Şer’iati’l-İslâmiyye*, I-XI, Müessesetü’r-Risâle, Beyrût 1994, VIII, 475

¹⁰⁰ Beyhaki, Sünen, VII, 772 (Hadis No: 15706)

¹⁰¹ İbn Rüşd, Ebû’l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Ahmed el-Kurtubî el-Endelüsî, *Bidayetü’l-Müctehid ve Nihâyetü’l-Muktesid*, I-IV, Daru’l-Hadis, Kahire t.y., III, 74-75; İbn Kudame, Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmet (ö. 620/1223), *el-Muğni*, thk. Abdullah b. Abdu’l-Hasen et-Türkî-Abdu’l-Fettâh Muhammed el-Huluv, I-X, Kâhire 1989, VIII, 204; Şirbînî, Muhammed b. el-Hatîb, *Muğni’l-muhtâc*, I-VI, Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, y.y., 1994, V, 176; Derdîr, Ebû’l-Berakât Ahmed b. Muhammed, *es-Şerhu’s-Sagîr ala Akrabi’l-Mesâlik ila Mezhebi’l-İmami’l-Malik*, I-IV, Dâru’l-Marife, nşr. Mustafa Kemal Vasfî, Kâhire t.y., II, 518

aldatmışsa bu durumda kadının mahkemeye müracaat ederek tefrik talep etme hakkı mevcuttur.¹⁰²

İbn Hazm'a göre erkeğin mali durumu iyi değilse bu durumda mümkünse kadının nafakayı temin etme zorunluluğu ortaya çıkar. Ancak kocanın maddi durumu iyi olmasına rağmen nafakayı temin etmiyorsa kadın mahkemeye müracaat ederek kendisine nafaka takdir edilmesini sağlar.¹⁰³

Kocanın nafaka temin etmemesi/edememesi durumunda hâkimin tefrik kararının talak mı yoksa fesih mi olduğuna dair ihtilaf vardır. Malikilere göre nafaka temin etmeme sebebiyle verilen tefrik kararı ric'î talaktır. Kadının iddeti devam ederken kocanın durumu düzelirse evliliği devam ettirme hakkı vardır.¹⁰⁴ Şafii ve Hanbelilere göre ise bu durumdaki tefrik fesih hükümlerine tabidir ve kocanın evliliğe geri dönme hakkı söz konusu değildir.¹⁰⁵

1.3.3.1.2. Hastalık veya Kusur Sebebiyle Tefrik

Bu konuda öncelikle hastalık ve kusur sebebiyle tefrikin meşruiyetine dair görüşleri paylaşarak başlayalım. Bu konuda iki görüş mevcuttur.

Zahirilere göre taraflarda bulunan bir hastalık ya da kusur sebebiyle tefrik caiz değildir. Zahiriler bu görüşlerine şu rivayeti delil olarak gösterirler:

*“Rifâa b. Simval, Resulullah zamanında, karısını üç talakla boşadı. Ondan sonra kadın Abdurrahman İbnu'z-Zübeyr'le evlendi. Abdurrahman, kadınla cinsel ilişki kuramadığı için, ondan yüz çevirdi ve ayrıldılar. Kadını boşamış olan eski kocası Rifaa onunla yeniden evlenmek istedi. Bu talebini Hz. Peygamber'e anlattı. Hz. Peygamber Rifâa'ya onunla evlenmekten nehyetti. Kadının balcığını (cinsel organını) tadıncaya kadar, sana helal olmaz!”*¹⁰⁶ Hz. Peygamber bu hadisede cinsel ilişkiyi gücü yetmeyen kişiyi eşinden ayırmıyor diyerek bu rivayeti delil olarak kullanırlar.

¹⁰² İbnu'l-Kayyim, Muhammed b. Ebî Bekr, *Zadü'l-Me'âd fî Hedyi Hayri'l-'İbâd*, Beyrut t.y., Müessesetü'r-Risale, 1994, V, 458

¹⁰³ İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed, *el-Muhalla bi'l-Âsâr*, thk. Ahmed Muhammed Şâkir, Dâru'l-Fikr, I-XII, Beyrut t.y., IX, 253; Zeydan, *el-Mufasssal*, VIII, 475

¹⁰⁴ Derdir, Ebû'l-Berakât Ahmed b. Muhammed, *eş-Şerhu'l-Kebir* (Haşiyetü'd-Dusûkî ile), I-IV, Daru'l-Fikr t.y., II, 519

¹⁰⁵ İbn Kudame, *el-Muğni*, VIII, 204; Şirbini, *Muğni'l-Muhtac*, V, 177

¹⁰⁶ İmam Malik, *Muvatta*, Nikâh: 1942

Ancak erkek, nikâh akdi esnasında kadının sağlıklı olmasını şart koşar ve evlendikten sonra kadında bir hastalık veya kusur bulunduğu ortaya çıkarsa bu durumda Zahirilere göre de nikâh akdinin feshi caizdir.¹⁰⁷

Dört mezhebin, Caferiler ve Zeydilerin de içinde bulunduğu cumhurun görüşüne göre ise taraflardan birinde bulunan bazı hastalık ve kusurlar sebebiyle tefrik caizdir.¹⁰⁸ Cumhurun bu konudaki en önemli delili Hz. Ömer, İbn Mesud ve Hz. Ali'nin farklı olaylarla ilgili olarak benzer şekilde kendisinde sertleşme (unnet) kusuru bulunan kocayı hanımından ayırması ve hazırda bulunan diğer sahabeden herhangi bir itirazın bulunmaması sebebiyle oluşan sahabe icmasıdır.¹⁰⁹

Nehai, Sevri ve Ebu Hanife gibi müctehidlere göre hastalık ve kusur sebebiyle mahkemeye müracaat hakkı sadece kadına aittir. Zira onlara göre kadının hastalık ve kusurdan salim olması nikahın lüzum şartı değildir. Ayrıca kadında bir kusur söz konusu olduğunda erkeğin dilerse talak hakkını kullanabileceğini ifade etmişlerdir.¹¹⁰

Sahabeden Hz. Ömer ve İbn Abbas da dahil olmak üzere Hanefiler dışındaki çoğunluğa göre hastalık ve kusur sebebiyle karı kocadan her birinin tefrik talebinde bulunma hakkı vardır.¹¹¹

Hastalık ve kusur sebebiyle tefrikin caiz olup olmadığı ve tefrik talebinde bulunma hakkının kime ait olduğuna dair görüşler zikrettiğimiz şekildedir. Şimdi de hangi hastalık ya da kusurların tefrik talebinin sebebi olabileceğine dair bilgileri ortaya koymaya çalışalım.

Hanefi müctehidler kendi içlerinde hastalık ve kusur sebebiyle tefrik talebinde bulunma hakkının sadece kadına ait olduğu konusunda ittifak halinde olmakla beraber erkekteki hangi hastalık ve kusurların bu talebin sebebi olabileceği konusunda aralarında ihtilaf mevcuttur. Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'a göre sadece erkekte bulunan eşler arası cinselliğe engel olan rahatsızlıklar tefrik sebebi olabilir. İmam Muhammed ise erkekteki

¹⁰⁷ İbn Hazm, *el-Muhalla bi'l-Âsâr*, IX, 259

¹⁰⁸ İbn Rüşd, *Bidayetü'l-Müctehid*, III, 73; Kasani, *Bedaiu's-Sanâi*, II, 322; İbn Kudame, *el-Muğni*, VII, 184; Şirbini, *Muğni'l-Muhtac*, IV, 344

¹⁰⁹ Şafii, Ebû Abdillâh Muhammed b. İdris, *el-Ümm*, Daru'l-Marife, Beyrut 1990, V, 42; Kasani, *Bedaiu's-Sanâi*, II, 322;

¹¹⁰ Serahsi, Ebû Bekr, Muhammed b. Ebî Sehl, Beyrût 1989, *el-Mebsut*, V, 95; Kasani, Alâaddin Ebû Bekr b. Mes'ûd, *Bedaiu's-Sanâi fî Tertibi's-Şerayi*, Beyrût t.y., II, 322

¹¹¹ İbn Rüşd, *Bidayetü'l-Müctehid*, III, 73; İbn Kudame, *el-Muğni*, VII, 184

cinsel kusurlara ilave olarak cüzam, akli meleke kaybı (cünun) ve derideki alaca hastlığı (baras) gibi birlikte yaşamaya engel olan ve nefret uyandıran hastalıkları da tefrik sebepleri arasında saymıştır.¹¹²

Müctehidlerin çoğunluğu ise Hanefilerin saydığı hastalık ve kusurların tefrik sebebi olabileceği konusunda onlarla aynı kanaatte olmakla birlikte ilave bir takım hastalık ve kusurlar hakkında ihtilaf etmişlerdir.

Maliki ve Şafiiler cünun, cüzam, baras ve cinsel ilişkiye engel olan dört rahatsızlığın tefrik sebebi olabileceği konusunda ittifak etmişlerdir.¹¹³ Malikiler ayrıca taraflardan biri diğerinin tamamen sağlıklı olmasını şart koşmussa herhangi bir hastalık veya kusurun da tefrik sebebi olabileceği görüşündedirler.¹¹⁴

Hanbelilere göre ise şaşılık, topallık, elin ya da ayağın kesik olması, körlük, dilsizlik, sağırılık, kısırlık, aşırı zayıflık ve obezlik gibi kusurlar tefrik sebebidir.¹¹⁵

Sayılan hastalık ve kusurlar evlilikten sonra ortaya çıkması halinde tefrik sebebi olup olamayacağı konusunda da yine mezhepler arasında ihtilaf söz konusudur. Hanefilere göre evlendikten sonra akli dengesini kaybeden veya cinselliğe engel olan bir hastalığı ortaya çıkan koca hanımıyla bir kez münasebette bulunabilmiş ise kadının tefrik talebinde bulunma hakkı yoktur.¹¹⁶

Şafii ve Hanbelilere göre hastalık ve kusurların evlilikten önce veya sonra var olması arasında bir fark yoktur.¹¹⁷ Malikilere göre ise evlilikten sonra kadında ortaya çıkan hiçbir hastalık tefrik sebebi değildir. Şayet erkekte cüzam, baras ve akli meleke kaybı gibi bir rahatsızlık ortaya çıkarsa kadının tefrik talep etme hakkı vardır.¹¹⁸

Konuyla ilgili olarak 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesinde Hanefi mezhebinin görüşü esas alınarak tefrik talep hakkı sadece kadına verilmiş, tefrik sebebi olarak kabul edilecek hastalık ve kusurlar konusunda ise İmam Muhammed'in görüşü esas alınmıştır.¹¹⁹ Hastalık ve kusur sebebiyle gerçekleşen ayrılığının hukuki niteliği Hanefi

¹¹² Kasani, *Bedaiu's-Sanâi*, II, 322

¹¹³ İbn Rüşt, *Bidayetü'l-Müctehid*, III, 73

¹¹⁴ Derdir, *eş-Şerhu'l-Kebir*, II, 519

¹¹⁵ Buhuti, Mansur b. Yunus b. Selahuddin b. Hasen b. İdris, *Şerhu Müntehe'l-İradât*, Alemu'l-Kütüb, y.y. 1993, II, 679

¹¹⁶ Kasani, *Bedaiu's-Sanâi*, II, 327; Komisyon, *el-Fetava'l-Hindiyye*, I, 524

¹¹⁷ Şirbini, *Muğni'l-Muhtac*, IV, 342; Buhuti, *Şerhu Müntehe'l-İradât*, II, 679

¹¹⁸ Derdir, *eş-Şerhu'l-Kebir*, II, 278

¹¹⁹ Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Madde 119-123

ve Malikilere göre bu bir talak¹²⁰, Şafii ve Hanbelilere göre ise fesih olarak kabul edilmektedir.¹²¹

1.3.3.1.3. Kocanın Mahkum Olması

Kocanın herhangi bir sebeple mahkum olarak hapse düşmesi durumunda kadın bir şekilde zarara uğramış olur. Bu durumda Malikiler dışındaki cumhura göre, tıpkı gaib olma konusunda olduğu gibi, süresi ne kadar olursa olsun kocası hapiste bulunan kadının mahkemeden tefrik talebinde bulunma hakkı söz konusu değildir. Zira erkeğin hayatta olduğu bilinmektedir ve mahkum olması sebebiyle evine gelememesi mazeret kabul edilir.¹²²

Malikilere göre kocanın evine dönmemesi ister meşru bir sebep ile olsun ister olmasın kocası bu durumda olan kadının mahkemeden tefrik talebinde bulunma hakkı vardır. Mahkumiyetin veya esirliğin üzerinden bir yıl geçtikten sonra hakim tefrike hükmedebilir. Bu şekildeki ayrılık da bir bain talak olarak kabul edilir.¹²³

1.3.3.1.4. Kocanın Gaib/Mefkud Olması

Bir evlilik ilişkisi içerisinde kocanın kaybolması halinde kadının zor duruma düşeceği açıktır. Kocanın kaybolması literatürde iki şekilde ele alınmaktadır. İlki kocanın kendisinden haber alınmayacak, ölü mü yahut diri mi olduğu bilinemeyecek şekilde kaybolması ki bu durumdaki kocaya “mefkud” denilmektedir. Yaşadığı bilinmekle birlikte eve gelmeme şeklinde kaybolan kocaya ise “gâip” kavramı kullanılmaktadır. Her iki durum kaynaklarda müstakil şekilde ele alınmaktadır. Öncelik mefkuda dair bilgileri paylaşalım.

¹²⁰ Merğînânî, Ali b. Ebî Bekr, *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mübtedî*, İstanbul 1986, II, 273; Derdir, *eş-Şerhu'l-Kebir*, II, 282

¹²¹ Şâfiî, *el-Ümm*, V, 43; Buhuti, Mansur b. Yunus b. Selahuddin b. Hasen b. İdris, *Keşşafu'l-Kınâ' an Metni'l-İknâ'*, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, V, 113

¹²² İbn Kudame, *el-Muğni*, VIII, 130; Şirbini, *Muğni'l-Muhtac*, V, 97

¹²³ Derdir, *eş-Şerhu'l-Kebir*, II, 482

1.3.3.1.5. Kocası Mefkud Olanın Tefrik Talebi

Mefkud, “kendisinden haber alınamayan, ölü veya diri olduğu hakkında bilgi sahibi olunamayan kişidir” şeklinde kaynaklarda birbirine yakın tarifler yer alır.¹²⁴ Kocanın mefkud olması halinde kadının bundan zarar göreceği kesindir. Ancak böylesi bir durumda bulunan kadının kocasından ayrılabilmek için mahkemeye müracaat hakkıyla ilgili olarak mezhepler arasında ihtilaf vardır.

Hanefilere göre mefkudun karısının tefrik talebinde bulunma hakkı yoktur. Çünkü Hanefiler kati bir delil olmadığı sürece mefkudun hayatta olduğunu kabul etmek gerektiğini ifade ederler. Bu durumdaki kadının kocası dönmediği takdirde öldüğünden kesin şekilde emin olununcaya kadar nikâh bağı devam eder. Hanefiler kocanın vefatının ise akranlarının ölmesi yahut kocanın doksan yaşına basması ile kati şekilde anlaşılacağı görüşündedir. Hanefilere göre, mesela kocası otuz yaşında kaybolan kadın altmış yıl daha bekleyecek sonrasında mahkeme tefrike hükmedecek ve bundan sonra da iddet beklemek suretiyle evliliği sonlanmış olacaktır.¹²⁵

Şafiilere göre ise mefkudun eşinin tefrik talebiyle alakalı iki görüş mevcuttur. İmam Şafii’nin kavli kadimine göre kadının fesih talep etme hakkı vardır. Şafii’nin yeni ve mezhepte asıl olan görüşüne göre kadının tefrik talebinde bulunma hakkı söz konusu değildir. Tıpkı Hanefilerde olduğu gibi Şafiilere göre de kocanın kesin şekilde vefat ettiğinin anlaşılabilmesi için kadının yetmiş, seksen yahut yüz yirmi yıl beklemesi gerektiğine dair ictehadlar mevcuttur. Ancak sürenin hâkim tarafından takdir edileceğini ifade etmektedirler.¹²⁶

Hanbeliler kocanın kaybolduğu ortamı dikkate alarak farklı hükümler ortaya koyarlar. Şayet koca ölüm ihtimali yüksek olan bir ortamda kaybolmuşsa bu durumda kadın dört yıl bekler ve sonrasında iddetini de bitirdiğinde evlilik hakim kararıyla sonlanmış olur. Ancak koca ölüm tehlikesi bulunmayan bir şekilde kaybolmuşsa bu durumda vefatına dair kesin bir bilgiye ulaşıncaya yahut öldüğüne kanaat getirilecek olan doksan yaşına ulaşıncaya kadar evlilik sonlanmaz. Onlara göre kadının bu süreyi

¹²⁴ Kasani, *Bedaiu’s-Sanâi*, VI, 196; İbn Kudame, *el-Muğni*, VIII, 130; Buhuti, *Keşşafu’l-Kına*, IV, 464; Dusuki, *Haşiyetü’l-Dusuki ale’ş-Şerhi’l-Kebir*, II, 479

¹²⁵ Kasani, *Bedaiu’s-Sanâi*, VI, 196; Merğınanî, *el-Hidâye*, II, 424

¹²⁶ Şîrâzî, Ebû İshâk İbrahim b. Alî, *el-Mühezzebe fî Fıkhi’l-İmami’ş-Şafii*, Daru’l-Kütübi’l-İlmiyye, III, 124; Şîrbini, *Muğni’l-Muhtac*, IV, 48

beklemesi ve evliliğin sonlanması hâkim kararına ihtiyaç duymaz. Ayrıca bu ayrılık talak değil fesih olarak kabul edilir.¹²⁷

Malikiler mefkudun durumunu daha detaylı ele almışlardır. Mefkudun ölümcül salgın hastalığın bulunduğu veya böyle bir durumun söz konusu olmadığı İslam ülkesinde kaybolması, gayrimüslim bir ülkede kaybolması veya savaş ortamında kaybolması gibi alternatifleri gündeme getirerek meseleyi değerlendirmişlerdir. Şayet koca salgın hastalığın bulunmadığı bir İslam ülkesinde kaybolmuşsa kadın mahkemeye müracaat eder. Hâkim yazışmalar yapmak suretiyle kocadan haber almaya çalışır. Haber alınamadığı takdirde kadına dört yıl bekleme müddeti verir. Dört yılın sonunda kadın iddet bekler evliliği sonlanır. Şayet koca salgın hastalığın bulunduğu bir ortamda kaybolmuşsa bu durumda hastalığın sona erdiği zamana kadar bekler, kocası dönmemişse iddet bekler ve evliliği sonlanır.¹²⁸ Mefkud savaş ortamında kaybolmuşsa bu durumda savaş sona ermesine rağmen koca dönmemişse kadın iddet bekler ve ayrılık gerçekleşir. Şayet koca gayrimüslim bir ülkede (darü'l-harpte) kaybolmuşsa ve geride nafaka bırakmışsa esir düşmüş olabileceğinden öldüğüne kanaat getirilecek yaş olan yetmiş beş yaşına gelinceye kadar kadın beklemek zorundadır. Sonrasında evliliği sona erer. Ancak bu durumdaki koca geride nafaka olabilecek bir mal bırakmamışsa kadının tefrik talep etme hakkı bulunmaktadır.¹²⁹ 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesinin konuyla ilgili maddeleri de Maliki mezhebinin görüşü esas alınarak hazırlanmıştır.¹³⁰

İbn Teymiyye bu konuda Hz. Ömer'in uygulamasının esas alınması gerektiğini ve mefkudun eşinin dört yıl bekledikten ve iddetini tamamladıktan sonra evliliğinin sona ereceği görüşüne sahiptir.¹³¹

Osmanlı'nın son döneminde I. Dünya savaşı ve Balkan savaşları gibi süreçler sonrasında birçok askerden haber alınamamıştır. Toplumda bu durumdan olumsuz etkilenen ve mağdur olan kadınların sayısının fazla olması Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde Malikilerin görüşünün esas alınmasında etkili olmuştur. Bizce de bu tercih isabetlidir. Zira Malikiler dışındaki diğer mezheplerin konuyla ilgili ictihadları kadını ciddi şekilde

¹²⁷ Buhuti, *Şerhu Müntehe'l-İradât*, III, 550; a.mlf, *Keşşafu'l-Kinâ*, V, 421

¹²⁸ Sâvî, Ahmed b. Muhammed el-Maliki, *Haşiyetü's-Savi ale's-Şerhi's-Sağir*, Daru'l-Maarif, t.y., I, 504

¹²⁹ Derdir, *eş-Şerhu'l-Kebir*, II, 482

¹³⁰ Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Madde 127

¹³¹ İbn Teymiyye, Takiyyuddîn Ahmed b. Abdilhalîm, *el-Fetava'l-Kübra*, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1987, V, 511

mağdur olması sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Günümüzde iletişim ve ulaşım vasıtalarının gelişmiştir ve kayıt dışı ölümler nadiren gerçekleşmektedir. Dolayısıyla kocanın mefkud konumuna düşme ihtimali yok değilse de azalmıştır. Tüm bu gelişmelere rağmen Malikilerin görüşünde yer verilen dört yıl gibi uzun bir süre evine dönmeyen ve halinden haber de vermeyen kişinin eşinin mağdur edilmemesi ve Hukuk-ı Aile Kararnamesinde de esas alınan içtihadın bugün için de uygun olduğunu ifade edebiliriz.

1.3.3.1.6. Kocası Gaib Olanın Tefrik Talebi

Gaib, kendisinden haber alındığı, yaşadığı bilindiği halde evine dönmeyen kocaya denilmektedir. Kocası gaip olan kadının tefrik talebinde bulunup bulunamayacağı konusu büyük oranda mefkud hakkında söylenenlerle aynı olsa da farklılıklar mevcuttur. Konuyla ilgili olarak mezheplerin görüşleri şu şekildedir:

Hanefi ve Şafiilere göre kocası gaip olan kadının tefrik talebinde bulunma hakkı yoktur.¹³²

Hanbelilere göre kocası altı ay veya daha fazla süre boyunca gaip olan kadın mahkemeye müracaat eder. Hâkim kocanın evine dönmesi için kocaya haber ulaştırır. Şayet koca eve dönmeyişine meşru bir gerekçe gösteremezse hakim karısıyla aralarındaki nikahın feshine hükmeder.¹³³

Malikilere göre ise bu konuda prosedür biraz daha detaylıdır. Koca şayet bir yıl veya daha fazla süredir kayıp ise ve geride nafaka bırakmışsa kadın hakime müracaat eder. Hakim kocanın geri dönmesi, eşini yanına alması veya onu boşaması talebini içeren yazışmalar yapar. Koca şayet geride nafaka bırakmamışsa hakim doğrudan tefrike hükmedebilir.¹³⁴

Konuyla alakalı 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesinde Maliki mezhebinin görüşünün tercih edildiğini belirtmeliyiz. Kararnamenin ilgili maddeleri şu şekildedir:

“Bir kadının zevci ihtifa ve yahud müddet-i sefer veya daha karîb bir mahalle giderek teğayyüb edip veya mefkûd olup nafaka tahsili müteazzir olur ve zevcesi tefriki

¹³² Muhammed b. İdris eş-Şafii, *el-Ümm*, V, 255; Kasani, *Bedaiu 's-Sanâi* , VI, 196; Merğınanî, *el-Hidâye*, II, 424;

¹³³ Buhuti, *Keşşafu 'l-Kınâ* , V, 192-193

¹³⁴ Hattab, Şemsuddin Ebu Abdillâh Muhammed b. Muhammed b. Abdirrahman el-Tarablusi, *Mevahibü 'l-Celil fi Şerhi Muhtasarı Halil*, Daru'l-Fikr, 1992, IV, 156; Derdir, *eş-Şerhu 'l-Kebir*, II, 482

taleb ederse hâkim tahkikat-ı lâzıma icrasından sonra beynlerini tefrika hükmeder.”¹³⁵, “Nafaka cinsinden mal terk ettiği halde teğayyüb eden bir kimsenin zevcesi hâkime bi’l-müracaa tefrîkini talep etse hâkim o kimse hakkında icra-yı tahkikat eder. Nerede olduğuna ve hayat ve mematına dair haber alınmasından ye’s hasıl olur ise ye’s tarihinden itibaren dört sene te’cil eyler. İşbu müddet zarfında haber alınamadığı ve zevce talebinde musırr bulunduğu halde tarefeyni tefrîk eder. Eğer zevc muharebede gaybûbet etmiş ise hâkim tarafeyn-i muharibeynin ve üseranın yerlerine avdetinden itibaren bir sene mürûr eyledikten sonra tefrika hükmeder. Her iki halde zevce hüküm tarihinden itibaren iddet-i vefât bekler.”¹³⁶

Suriye ve Mısır gibi ülkelerde de Malikilerin dolayısıyla Hukuk-ı Aile Kararnamesinin konuyla ilgili hükümleri kanunlaştırılmıştır.¹³⁷

1.3.3.2. Genel Boşanma Sebepleri

1.3.3.2.1. Zarar Görme (Fena Muamele ve Geçimsizlik) Sebebiyle Tefrik

Fıkıh kaynaklarında tefrik sebebi olan zararın belirgin bir tarifine yer verilmemiştir. Ancak konuyla ilgili verilen bilgilerden hareketle Abdülkerim Zeydan şöyle bir tarif vermektedir: “Kocanın, hanımına zarar veren söz, fiil, terk veya tavır gibi kadının tefrik talebinde bulunmasına sebep teşkil eden halleridir.”¹³⁸ Evliliklerde koca da hanımından maddi ve manevi zarar görebilmektedir. Ancak bu durumda erkeğin boşama yetkisi bulunduğundan konu daha çok kadının zarar görmesi bağlamında ele alınmıştır.

Elbette erkeğin nafaka temin etmemesi, gaib veya mefkud olması yahut hastalıklı olması gibi durumlar da kadına zarar vermektedir. Fakat bunlar kendi özel başlığında ele alındığından burada söz konusu durumlar haricindeki kadına zarar verici hususlar değerlendirilmektedir.

¹³⁵ Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Madde 126

¹³⁶ Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Madde 127

¹³⁷ Kanunu’l-Ahvali’ş-Şahsiyye’l-Mısırî, Madde 21; Kanunu’l-Ahvali’ş-Şahsiyye’s-Sûriyy, Madde 205 İbrahim Yılmaz, *Yetki ve Sistem Açısından İslam Hukukunda Boşanma*, SÜSBE, Konya 2006, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), 168

¹³⁸ Zeydan, *el-Mufassal*, VIII, 437

Kadının kocasından zarar görmesi bedenine yönelik maddi olabileceği gibi ona hakaret etmek, aşağılamak, kendisini muhatap almamak ve benzeri şekillerde manevi/psikolojik zarar şeklinde de olabilmektedir.¹³⁹

Kadının zarar görmesi durumunda tefrik talebinde bulunma hakkıyla ilgili olarak en geniş bakış açısı Malikilere aittir. Malikiler dışındaki diğer mezhepler konuyla ilgili olarak kadının evlilikten zarar görmesi halinde mahkemeye müracaat edebileceğine, mahkemenin ise öncelikle hakem tayin etmek suretiyle problemi çözmeye çalışması gerektiğine atıfta bulunmuşlardır.¹⁴⁰

Malikilere göre kocanın meşru bir sebep olmaksızın karısından uzaklaşması, onunla konuşmaması, cinsel ilişkiyi terk etmesi, dövmesi, sövmesi veya meşru olmayacak şekilde cinsel ilişki talebinde ısrarcı olması gibi nedenlerle kadının tefrik talebinde bulunma hakkı mevcuttur. Onlara göre kadın mahkemeye müracaat ederek zarar gördüğünü ispat ettiğinde hakim tahkim usulüne başvurmadan doğrudan tefrike hükmedebilir. Kadın kocasının kendisine zarar verdiğini ispat edemediğinde ise hakim tahkim usulünü devreye sokması gerektiğini ifade ederler.¹⁴¹ Ayrıca Malikilere göre fena muamele ve geçimsizlik durumunda sadece kadının değil erkeğin de tefrik talebinde bulunma hakkı mevcuttur.¹⁴²

Malikilere göre zarar sebebiyle tefrik bain talak olarak değerlendirilir. Hakim öncelikle kocaya hanımını boşamasını emreder şayet koca bunu yapmazsa hakim koca adına kadını boşar.¹⁴³

Fena muamele ve geçimsizlik konusunda Hukuk-ı Aile Kararnamesi Maliki mezhebinin görüşünü alarak hakime tefrik yetkisini vermiş ve tahkim usulünü de içerecek şekilde gerçekleşen bu tefrikin bir bain talak sayılacağını kanunlaştırmıştır.¹⁴⁴ Ayrıca Suriye, Ürdün, Mısır, Kuveyt, Fas ve Lübnan gibi ülkelerin aile kanunlarında bu konuda

¹³⁹ Zeydan, *el-Mufasssal*, VIII, 437; Komisyon, *el-Mevsuatu'l-Fıkhiyyetü'l-Kuveytiyye*, XXIX, 57

¹⁴⁰ Cessâs, Ebû Bekr Ahmed b. Ali, *Ahkamu'l-Kuran*, Thk: Abdusselam Muhammed Ali Şahin, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1994, II, 89; İbn Rüşd, *Bidayetü'l-Müctehid*, III, 117; Zuhayli, *el-Fıkhu'l-İslamiyyu ve Edilletuhu*, IX, 7060

¹⁴¹ Ebu Abdillah el-Muvafik el-Maliki, *et-Tac ve'l-İklil li Mutasari Halil*, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1994, V, 263

¹⁴² Hattab, *Mevahibü'l-Celil*, IV, 17; Derdir, *eş-Şerhu'l-Kebir*, II, 345

¹⁴³ Derdir, *eş-Şerhu'l-Kebir*, II, 345

¹⁴⁴ Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Madde 130, 131

Maliki mezhebinin görüşü tercih edilmiştir.¹⁴⁵ Bu düzenlemeler isabetli olup günümüzde de dikkate alınmalıdır.

1.3.3.2.2. Aile Hukukunu İhlal Endişesi

Kuran-ı Kerim’de evliliğin sona ermesiyle ilgili olan ayetlerden biri şu şekildedir: *“(Evlilikte) tarafların Allah'ın belirlediği ölçüleri koruyamama endişeleri dışında kadınlara verdiklerinizden (boşanma esnasında) bir şeyi geri almanız sizin için helal olmaz. Eğer onlar Allah'ın belirlediği ölçüleri gözetmeyecekler diye endişe ederseniz, o zaman kadının (boşanmak için) bedel vermesinde ikisine de günah yoktur. Bunlar Allah'ın koyduğu sınırlardır. Sakın bunları aşmayın. Allah'ın koyduğu sınırları kim aşarsa onlar zalimlerin ta kendileridir.”* (el-Bakara, 2/229)

Ayetteki “*şayet Allah'ın belirlediği ölçüleri koruyamamaktan korkarsanız*” şeklindeki ifade ile eşlerin, karşılıklı haklarını ve Allah haklarını ihlal niteliği taşıyan ancak net şekilde ispat ve ifadesi mümkün olmayan subjektif sayılabilecek bir takım gerekçelerle de evliliği sonlandırabileceklerine işaret edilmiştir.¹⁴⁶ Bu, önemli bir değerlendirmedir. Çünkü eşler duygusal, psikolojik ve sair somut olmayan nedenlerle de evliliği devam ettirmek isteyebilirler.

Aynı şekilde muhalaa uygulaması ile ilgili hadislerde¹⁴⁷ de tarafların özellikle de kadının evlilik hukukuna riayet edememesi üzerinde durulmuş olması “*aile hukukunu ihlal endişesi*” sebebiyle tarafların evliliklerini mahkeme yoluyla sonlandırabilmelerine delil olarak gösterilmiştir.¹⁴⁸

¹⁴⁵ Yılmaz, *Yetki ve Sistem Açısından İslam Hukukunda Boşanma*, 168

¹⁴⁶ Kurtubi, Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed el-Ensârî, *el-Cami li Ahkâmi'l-Kuran*, Kahire 1964, III, 137

¹⁴⁷ Söz konusu rivayetler için bk. Muhalaa başlığı

¹⁴⁸ İbn Rüşd, *Bidayetü'l-Müctehid*, III, 90; Elmalılı Muhammed Hamdi Yazır, *Hak Dîni Kuran Dili*, Eser Nesriyat, İstanbul 1979, II, 787; Mevdûdî, Ebû'l-Ala, *Hukuku'z-zevceyn*, nşr. Ahmed İdris, Kâhire ty., II, 54

1.4. İSLAM AİLE HUKUKUNDA EVLİLİĞİN SONA ERMESİ

1.4.1. Talak

1.4.1.1. Tanımı

Talak sözlükte bağı çözmek, serbest bırakmak ve yol vermek gibi anlamlara gelir.¹⁴⁹ Terim olarak ise eşler arasında manevi bir bağ şeklinde mevcut olan nikâhın, erkek veya vekili tarafından kullanılan sarîh veya kinayeli lafızlarla ortadan kaldırılması anlamındadır.¹⁵⁰ Bazı hukukçular talakı, nikâh bağına çözmektir şeklinde kısa bir şekilde de tarif etmişlerdir.¹⁵¹

1.4.1.2. Meşruiyeti

Talakın meşruluğunun delilleri Kitap, Sünnet ve icmadır. Aynı zamanda akıl da talakın meşru oluşunun delillerindendir.

Talakın meşruiyetinin Kitap'tan delilleri “*Boşama iki defadır. Bundan sonrası ya iyilikle tutmak ya da güzellikle salıvermektir*” (Bakara 2/229), “*Ey Peygamber! Kadınları boşayacağınızda, onları iddetlerini gözeterek boşayın*” (Talak 65/1) ve “*Nikâhtan sonra henüz dokunmadan veya onlar için belli bir mehir tayin etmeden kadınları boşarsanız bunda size mehir zorunluluğu yoktur.*” (Bakara 2/236) mealindeki ayetlerdir.

Talakın meşru oluşuna sünnetten de deliller mevcuttur. “*Ancak evli olanın talakı sahihtir*”¹⁵², “*Cenab-ı Hakkın gazabını en çok celbeden helal, talaktır*”¹⁵³ şeklindeki

¹⁴⁹ İbn Manzur, *Lisanu'l-Arab*, X, 226; Sadi Ebu Ceyb, *el-Kamusu'l-Fıkhî Lugaten ve Istılâhen*, Dimeşk 1988, 230; Ebu Bekir Razi, *Muhtaru's-Sıhah*, 192

¹⁵⁰ Mevsilî, Ebu'l-Fazl Abdullah b. Muhammed, *el-İhtiyar li Ta'lili'l-Muhtar*, Kahire 1937, III, 121; Baberti, Ekmeleddin Ebu Abdillâh İbnu's-Seyh, *el-İnaye Şerhu'l-Hidaye*, Daru'l-Fikr, t.y., III, 463; İbnu'l Hümmâm, Kemâlüddin Muhammed b. Abdilvâhid, *Fethu'l-Kadir*, Dâru'l-Fikr, Beyrût, t.y., III, 463; İbn Hacer Heytemi, Ahmed b. Muhammed b. Ali, *Tuhfetu'l-muhtac fi Şerhi'l-Minhac*, Mısır 1983, VIII, 2; Abdulhamid, *el-Ahvâlu's-Şahsiyye*, 240; Hallaf, *Ahkamu'l-Ahvali's-Şahsiyye fi's-Şeriatil-İslamiyye*, I, 131

¹⁵¹ İbn Kudame, *el-Muğnî*, VII, 363; Haskefi, Alaaddin Muhammed b. Ali b. Muhammed, *ed-Dürrü'l-Muhtâr Şerhu Tenviri'l-Ebsar*, Thk: Abdulmunim Halil İbrahim, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2002, III, 226-227

¹⁵² İbn Mâce, “Talak”, 17

¹⁵³ İbn Mâce, “Talak”, 1/2018

hadislerin yanı sıra Hz. Ömer'den, Resulullah'ın Hafsa'yı boşadığı daha sonra geri döndüğü rivayeti de bu konuda delil olarak kullanılmaktadır.¹⁵⁴

Nikah bağının talak ile sona erdirilebilir oluşu üzerinde bütün İslam alimler ittifak halindedirler. Hz. Peygamber döneminde veya daha sonraki dönemlerde erkeğin hanımını boşamasının söz konusu olamayacağı şeklinde hiçbir görüş söz konusu olmamıştır. Dolayısıyla talakın meşruiyeti noktasında icma söz konusudur.¹⁵⁵

Aile hayatında eşlerin birlikte yaşamalarının imkânsız hale geldiği durumlar ortaya çıkabilmektedir. Bu durumda eşler, kendilerine düşen hak ve vazifeleri yerine getiremez hale gelmekte ve aralarında düşmanlık, nefret ve benzeri durumlar oluşabilmektedir. İşte bu istenmeyen durumu ortadan kaldırmak için Allah Teâlâ bir rahmet olarak talakı meşru kılmıştır.¹⁵⁶ Bu, talakın meşruiyetinin akıl cihetinden delilidir.

1.4.1.3. Boşama Ehliyeti

Talakın gerçekleşebilmesi için gerek yetki sahibi taraf olan erkekte, gerek kadında ve gerekse kendisiyle boşamanın gerçekleştiği sözlü ifadelerde bulunması gerekli bir takım şartlar söz konusudur.¹⁵⁷ Biz bu başlık altında yalnızca erkekte bulunması gerekli şartlara değineceğiz. Erkekte bulunması gerekli şartlardan bazıları hakkında âlimlerin görüş birliği söz konusu olduğu halde bazı konularda ise görüş ayrılıkları mevcuttur.¹⁵⁸

Âlimlerin görüş birliği içerisinde olduğu şartlar şunlardır:

1. Evliliği sona erdiren, kocanın kendisi veya onun elçisi ya da onun vekili olmalıdır. Bu üç kişi dışındakiler evliliği sona erdirmeye yetkisine sahip değildir.¹⁵⁹ Talak evlilikte erkeğin şahsi bir hakkıdır dolayısıyla onun yetkilendirmesi dışında bu yetkiye ondan başkası sahip olamaz.¹⁶⁰

¹⁵⁴ İbn Mâce, "Talak", 1/2016

¹⁵⁵ Mevsilî, *el-İhtiyar*, III, 121

¹⁵⁶ Mevsilî, *el-İhtiyar*, III, 121; İbn Hümâm, *Fethu'l-Kadir*, III, 463

¹⁵⁷ Abdulhamid, *el-Ahvalu's-Şahsiyye*, 247

¹⁵⁸ İbn Rüşd, *Bidayetü'l-Müctehid*, III, 101; Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, İz Yay., İstanbul 1986, I, 354

¹⁵⁹ İbn Rüşd, *Bidayetü'l-Müctehid*, III, 101; Abdulhamid, *el-Ahvalu's-Şahsiyye*, 247; Vehbe Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami ve Edilletuhû*, Daru'l-Fikr, Dimeşk t.y., IX, 6881; Hallaf, *Ahkamu'l-Ahvali's-Şahsiyye fi's-Şeriatil-İslamiyye*, I, 134; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, I, 354

¹⁶⁰ Abdulhamid, *el-Ahvalu's-Şahsiyye*, 248

2. Erkek akıllı olmalıdır.¹⁶¹ Çünkü akıl her türlü dînî ve hukûkî mükellefiyet ve ehliyetin kaynağıdır.

3. Eşini boşayacak olan erkeğin bâliğ olması gereklidir.¹⁶² Temyiz çağına gelmiş olsun veya olmasın çocuğun boşaması geçerli değildir. Çünkü talakta sırf zarar söz konusudur.¹⁶³ Hanbelî mezhebi ve bazı müctehidlere göre temyiz gücüne sahip olan çocuğun boşaması, talakın hukûkî neticelerinin neler olduğunu biliyor olması şartıyla geçerlidir.¹⁶⁴ Hukuk-ı Aile Kararnamesinin talak yetkisinin mükellef erkeğe ait olduğu şeklindeki maddesi bütün bu maddeleri özetle ifade etmiştir.¹⁶⁵

4. Boşamanın geçerli olabilmesi için gerekli bir diğer şart da boşayanın talakı kastetmiş olmasıdır. Ancak erkeğin eşini sarîh lafızlarla boşaması durumunda kasdına bakılmazken kinayeli lafızlarla boşamayı gerçekleştirdiğinde boşamayı kastetmiş olması şarttır.¹⁶⁶ İslam hukukçuları şu hususların şart olup olmadığında ihtilaf etmişlerdir:

1. Evliliği sona erdiren erkeğin eşini boşaması için zorlanmamış veya tehdit edilmemiş olması gereklidir.¹⁶⁷ Mükrehin (zorlananın) boşaması konusunda âlimlerin görüş ayrılığı mevcuttur. İslam hukukçularının çoğunluğuna göre tehdit edilen kişinin, boşamayı kastetmemesi sebebiyle geçersizdir.¹⁶⁸ Hz. Peygamber (s.a.s) bu konuda “Şüphesiz ki Allah Teâlâ hata, unutma ve yapmaya zorlandıkları şeylerin hükmünü ümmetimden kaldırmıştır” buyurmaktadır.¹⁶⁹ “İğlâk (tazyik, tehdit ve gazab) halinde boşama muteber değildir”¹⁷⁰ hadisi de yine bu konuda önemlidir. Şafiiler tehdit edilen

¹⁶¹ İbn Rüşd, *Bidayetü'l-Müctehid*, III, 101; Abdulhamid, *el-Ahvalu's-Şahsiyye*, 248; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, I, 354

¹⁶² İbn Rüşd, *Bidayetü'l-Müctehid*, III, 101; İbnu'l-Hümmam, *Fethu'l-Kadir*, III, 487; Abdulhamid, *el-Ahvalu's-Şahsiyye*, 248; Hallaf, *Ahkamu'l-Ahvali's-Şahsiyye fi's-Şeriatü'l-İslamiyye*, I, 134; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, I, 354

¹⁶³ Mümeyyiz çocuğun tasarruflarının geçerliliği konusunda bir sınıflandırma yapılmıştır. Hibeyi kabul etme gibi sırf yararına tasarrufları geçerli; karz, hibede bulunma gibi sırf zararına olan tasarrufları geçersizdir. Alışveriş benzeri fayda ve zarara muhtemel işlemleri ise mevkufl olup veli izniyle nafize dönüşür. Talak ikinci gruptaki tasarruflardan kabul edilmiştir. Bk. İbn Rüşd, *Bidayetü'l-Müctehid*, III, 101; İbn Hümmam, *Fethu'l-Kadir*, III, 487; Abdulhamid, *el-Ahvalu's-Şahsiyye*, 248; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami ve Edilletuhû*, IX, 6881; Hallaf, *Ahkamu'l-Ahvali's-Şahsiyye fi's-Şeriatü'l-İslamiyye*, I, 134; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, I, 354

¹⁶⁴ İbn Rüşd, *Bidayetü'l-Müctehid*, III, 102; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VII, 380; Abdulhamid, *el-Ahvalu's-Şahsiyye*, 248; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami ve Edilletuhû*, IX, 6881

¹⁶⁵ HAK. Madde 102: "Talakın ehli mükellef olan zevctir"

¹⁶⁶ Şirbinî, *Muğni'l-Muhtâc*, IV, 468; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami ve Edilletuhû*, IX, 6886

¹⁶⁷ İbn Rüşd, *Bidayetü'l-Müctehid*, III, 101

¹⁶⁸ İbn Rüşd, *Bidayetü'l-Müctehid*, III, 101

¹⁶⁹ İbn Mâce, *Talak*, 2043; Beyhâkî, *Hul' ve't-Talâk*, 2689

¹⁷⁰ İbn Mâce, *Talak*, 2046

kimsenin boşamasının geçerli olmaması için tehdidin gerçekleşebilmesine yönelik bazı şartlar ileri sürmüşlerdir.¹⁷¹

Hanefilere göre ise, her ne kadar şaka yapan kimse de olduğu gibi zorlanan kimse üzerinde oluşan hükümden hoşnut olmasa da, mükrehin talakı geçerlidir.¹⁷² Şaka yoluyla yapılan boşama “*Üç şey vardır ki ciddisi de ciddi, şakası da ciddidir. Bunlar nikâh, talak ve ric’attir*”¹⁷³ şeklindeki hadisine binaen geçerli sayılmıştır.

Hukuk-ı Aile kararnamesi mükrehin talakının geçerli olmadığı şeklindeki cumhurun görüşünü benimsemiştir.¹⁷⁴

2. Haram yolla olmayan sarhoşluk sebebiyle gerçekleşen boşamanın geçerli olmadığı konusunda mezhepler arasında görüş birliği vardır.¹⁷⁵ Fakat haram yolla sarhoş olan kişinin boşaması konusunda görüş ayrılıkları söz konusudur.

Âlimlerin çoğunluğuna göre haram yolla ortaya çıkan sarhoşluk esnasındaki boşama geçerlidir.¹⁷⁶ Said b. el-Müseyyeb, Atâ, Mücahid, Şa’bî, Nehâ’î, Malik ve Sevrî, İbn Şübrûme, Ebu Hanife ve iki görüşünden birinde Şafii’ye göre haram yolla sarhoş olan kişinin boşaması söz konusu haram fiilinin cezası olarak da değerlendirilmiş olup geçerlidir.¹⁷⁷

Hz. Osman, Ömer b. Abdilaziz, Tavus, İkrime, Kasım b. Muhammed gibi âlimler, Kerhî, Tahavî ve Muhammed b. Seleme gibi Hanefî âlimleri, Şafii’nin diğer görüşüne göre ise aklını kaybetmiş olması, konuştuklarının anlamlı olmaması ve kastının

¹⁷¹ Nevevî, Ebû Zekeriya Muhyiddin b. Şeref, *Ravdatu’t-Tâlibîn ve Umdetu’l-Müftîn*, thk. Adil Ahmed Abdülmevcûd- Ali Muhammed Muavved, Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, Beyrût 1992, VIII, 58; Abdulhamid, *el-Ahvalu’s-Şahsiyye*, 249

¹⁷² Mevsilî, *el-İhtiyar li Ta’lîlî’l-Muhtar*, III, 124; İbnu’l Hümâm, *Fethu’l-Kadir*, III, 487; Zuhaylî, *el-Fıkhu’l-İslami ve Edilletuhû*, IX, 6885; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, I, 354

¹⁷³ Tirmizi, Talak ve’l-Li’ân, 1184; İbn Mace, Talak, 2194

¹⁷⁴ HAK. Madde 105: “*İkrah ile vuku bulan talak muteber değildir.*”

¹⁷⁵ Şafii, *el-Ümm*, V, 270; Semerkandi, Ebu’l-Leys Nasr b. Muhammed b. Ahmed b. İbrahim, *Uyunu’l-Mesâil*, Thk: Selahuddin Nahi, Matbaatu Esad, Bağdat 1386, 379; Zuhaylî, *el-Fıkhu’l-İslami ve Edilletuhû*, IX, 6883

¹⁷⁶ İbn Rüşt, *Bidayetü’l-Müctehid*, III, 102

¹⁷⁷ Şevkânî, Muhammed b. Ali b. Muhammed, *Neylû’l-Evtâr Şerhu Münteka’l-Ahbâr*, Mısır t.y., VI, 280; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, I, 355

bulunmaması dolayısıyla sarhoşun talakı geçerli değildir.¹⁷⁸ Hukuk-ı Aile Kararnamesinde ise sarhoşun boşaması geçerli kabul edilmemiştir.¹⁷⁹

3. Hâzilin (şaka yapanın) boşaması konusu da geçerliliği hakkında görüş ayrılığı olan konulardandır. Sözü'n manasını değil sadece lafzını kasteden kişiye hâzil, işi oyuncak haline getirene ise lâ'ib denilmiştir. Konuyla ilgili olarak Hz. Peygamber şöyle buyurmaktadır: “*Üç şey vardır ki ciddisi de ciddi, şakası da ciddidir: Nikâh, talak ve ric'at*”¹⁸⁰ Ebu Hanife ve Şafii'ye göre şaka ile yapılan boşama bu hadis dolayısıyla geçerlidir.¹⁸¹

Ahmed b. Hanbel ve İmam Malik'e göre ise boşama lafzı sarih bile olsa niyet önemlidir. Zira ayette “*şayet boşamaya karar vererseniz*” (Bakara: 2/227) ifadesi kasıt ve niyetin muteber olduğunu belirtmektedir. Şaka yapan kimse boşama niyeti olmaksızın boşamaya delalet eden lafzı telaffuz etmişse boşama geçerli değildir.¹⁸²

4. Mecnun, akıllı olmayan; medhûş ise aşırı üzüntü veya sinirlenme sebebiyle ne söylediğinin ne yaptığının bilincinde olamayan kimseye denilmektedir. Mecnun ve medhuşun talakı geçerli değildir. Zira boşama ehliyeti için akıl şarttır.¹⁸³ Konuyla ilgili hadiste “*İğlak halinde talak ve itâk olmaz*”¹⁸⁴ buyrulmaktadır. İğlak kelimesinden kastın cünûn (delilik) ve sinir krizi veya aşırı üzüntüden kaynaklı bilinç kaybı olduğu da ifade edilmiştir.¹⁸⁵

Boşama ehliyeti konusunda ayrıca ifade etmek gerekir ki İslâm hukukçuları, “*Bunağın boşaması dışında her talâk geçerlidir*”¹⁸⁶ ve “*ihlâm oluncaya kadar çocuktan, uyanıncaya kadar uyuyan kişiden ve akli-şuuru yerine gelinceye kadar akıl hastasından sorumluluk kaldırılmıştır*”¹⁸⁷ hadis-i şeriflerine binaen bunağın (ma'tûh), baygın halde

¹⁷⁸ İbnu'l Hümmâm, *Fethu'l-Kadir*, III, 489; Şevkânî, *Neylû'l-Evtâr*, VI, 280; Abdulhamid, *el-Ahvalu's-Sahsiyye*, 251; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, I, 355; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami ve Edilletuhû*, IX, 6883

¹⁷⁹ HAK. Madde 104: “Sarhosun talakı muteber değildir.”

¹⁸⁰ Tirmizi, Sünen, Talak ve'l-Li'ân, 1184; İbn Mace, Sünen, Talak, 2194

¹⁸¹ Nevevî, *Ravdatu't-Tâlibîn*, VIII, 54; Mevsilî, *el-İhtiyar li Ta'lili'l-Muhtar*, III, 124; Şevkânî, *Neylû'l-Evtâr*, VI, 278; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, I, 357

¹⁸² Şevkânî, *Neylû'l-Evtâr*, VI, 278; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, I, 357

¹⁸³ İbn Rüşd, *Bidayetü'l-Müctehid*, III, 101; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami ve Edilletuhû*, IX, 6882; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, I, 356

¹⁸⁴ Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, 43/378 Hadis No: 26360; İbn Mace, Talak, 16

¹⁸⁵ İbnu'l-Kayyim, *Zâdu'l-Me'âd*, V, 195; Şevkânî, *Neylû'l-Evtâr*, VI, 279; Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslami ve Edilletuhû*, IX, 6882

¹⁸⁶ Buhari, Talak, 11; Zeylâî, *Nasbu'r-Râye*, III, 221

¹⁸⁷ Buhari, Talak, 11; İbn Mace, Talak, 15

bulunan (muğmâ aleyh) kişinin boşama işlemlerinin geçersiz olduğu konusunda görüş birliği içerisindedirler.¹⁸⁸

1.4.1.4. Evliliği Sona Erdirmenin Sebebe Dayanma Zorunluluğu

İdeal bir yaşam için ailenin dolayısıyla evliliğin önemi yadsınamaz. Bu nedenledir ki evliliği sona erdirmeye erkeğin geçerli bir sebebinin bulunmasının gereği konusu önem arz etmektedir. Erkek hiçbir sebep yokken eşini boşayabilir mi boşayamaz mı? Eğer bu şekildeki bir boşama mümkünse hükmü nedir? Şayet sebepsiz olarak boşama mümkün değilse bunun hikmetleri nelerdir? Bu başlık altında İslam bilginlerinin konuyla ilgili görüşlerine yer vereceğiz.

İslam dini boşamayı meşru kabul eder. Bu konuyu “*Talak iki keredir. Sonra da iyilikle geçinmek yahut güzellikle ayrılmak gerekir ...*” (Bakara: 2/229) ve “*Ey peygamber, kadınları boşayacağınız zaman iddetleri vaktinde boşayın, iddeti de sayın...*” (Talak: 65/1) ayetleri ve daha önce değindiğimiz hadisler düzenlemektedir.

Fukahanın çoğunluğu her ne kadar istenmeyen bir durum olsa da boşama da asıl olanın mubahlık olduğu ve boşama yetkisini elinde bulunduran erkeğin herhangi bir sebep göstermek zorunda olmadığı ancak bu şekilde boşamanın mekruh olduğu görüşündedirler.¹⁸⁹ Bu görüşlerine delil olarak “*Kendilerine el sürmeden ya da mehir belirlemeden kadınları boşarsanız size bir günah yoktur*” (Bakara: 2/236) ayetini gösterirler. Ayette günahın nefyedilmesinin mubahlığı gerektirdiğini ifade etmektedirler.¹⁹⁰ Aynı şekilde Hz. Peygamber’in ve ashabının zaman zaman eşlerini boşadıklarını ancak boşama sebebinden sorulmadığı hususunu da delilleri arasında yer alır.¹⁹¹

Hanefi fakihlerinden İbnu’l-Hümmam, İbn Âbidîn ve Hanbelilerden İbn Teymiyye’ye göre ise erkeğin eşini boşayabilmesi için şer’an ve örfe geçerli bir sebebin

¹⁸⁸ Malik b. Enes, *el-Müdevvene*, Daru’l-Kütübi’l-İlmiyye, y.y. 1994, II, 84; Şeybânî, *el-Asl*, IV, 422; Ebu Zehra, *el-Ahvalü’s-Şahsiyye*, 288; Maverdi, Ebu’l-Hasen Ali b. Muhammed b. Muhammed b. Habib, *el-Havi’l-Kebir fî Fıkhi Mezhebi’l-İmami’s-Şafii*, Ali Muhammed Muavvez-Adil Ahmet Abdulmecud, Daru’l-Kütübi’l-İlmiyye, Beyrut 1999, X, 228; Zuhaylî, *el-Fıkhu’l-İslami ve Edilletuhû*, IX, 6882

¹⁸⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, VI, 2; İbnu’l-Hümmam, *Fethu’l-Kadir*, III, 464; Şirbinî, *Muğni’l-Muhtac*, IV, 455

¹⁹⁰ Ebu Zehra, *el-Ahvalü’s-Şahsiyye*, 284

¹⁹¹ Serahsî, *el-Mebsut*, VI, 2; Ebu Zehra, *el-Ahvalü’s-Şahsiyye*, 284

mevcut olması zorunludur ve boşamada asıl olan haramlıktır.¹⁹² Bu gruptaki âlimler söz konusu görüşlerine delil olarak “*Eğer hanımlarınız size itaat ederlerse artık onların aleyhine başka bir yol aramayın*” (Nisa: 4/34) ayetini ve “*Herhangi bir kadın hiçbir sebep yokken kocasından kendisini boşamasını isterse cennetin kokusu ona haramdır*”¹⁹³ hadislerini alırlar.

Hiçbir sebep yokken erkeğin eşini boşamasının hükmü ile alakalı bilgiler bu şekilde iken söz konusu boşamanın geçerli olup olmadığı konusu da önem arz etmektedir. Âlimlerin ittifakı ile erkek hiçbir zaruret yokken eşini boşarsa bu boşama geçerlidir.¹⁹⁴

Evlilik gerek ferdî gerekse toplumsal hayat için önemli bir müessesedir. Bu nedenledir ki boşamanın asli hükmünü haram veya mubah kabul eden iki gruba göre de hiçbir meşru gerekçe olmaksızın evliliği sonlandırmak esas itibariyle dinen hoş görülme- yen bir tasarruftur. Konuyla alakalı bahsi geçen iki farklı görüş şöyle telif edilebilir: “*Talak, zaruri bir gerekçe varsa mubah, böylesi bir gerekçe yoksa haram yahut mekruhtur.*” Dolayısıyla İslam’da aslolanın evlilik birliğinin devamı olduğunu, zorunlu ve meşru gerekçelerle boşamanın meşru görüldüğünü ifade edebiliriz.

1.4.1.5. Talak Çeşitleri

Evliliği sona erdirme yetkisini elinde bulunduran erkek söz konusu yetkisini kullandığında talak gerçekleşmiş olur. Talakın, Kuran ve Sünnet’e uygunluk açısından sünni-bid’î, evlilik birliğine derhal son verip vermemesi açısından ise ric’î ve bâin şeklinde çeşitleri vardır.

Bu taksimin esası, “*Ey Peygamber! Kadınları boşayacağınızda, onları, iddetlerini gözeterek boşayın*” (Talak, 65/1) ayetine ve eşini hayızlı olduğu halde boşayan İbn Ömer hadisine¹⁹⁵ dayanmaktadır. İbn Mesud ve İbn Abbas ayette geçen kadınların iddetlerinin gözetilmesinden maksadın cinsel birleşme olmaksızın temiz oldukları dönem olduğunu söylemişlerdir.¹⁹⁶

¹⁹² Merginânî, *el-Hidâye*, I, 227; İbn Teymiyye, *Mecmu’ul-Fetava*, XXXIII, 81; İbnu’l-Hümmam, *Fethu’l-Kadir*, III, 465; Zuhayli, *el-Fıkhu’l-İslami ve Edilletuhû*, IX, 6920

¹⁹³ Ebu Davud, Sünen, 2226

¹⁹⁴ Seyyid Sâbık, *Fıkhu’s-Sünne*, II, 263; Zuhayli, *el-Fıkhu’l-İslami ve Edilletuhû*, IX, 6922

¹⁹⁵ Ebu Davud, Talak, 4

¹⁹⁶ Zuhayli, *el-Fıkhu’l-İslami ve Edilletuhû*, IX, 6948

1.4.1.5.1. Kuran ve Sünnet'e Uygunluk Açısından

Talak, Kuran ve Sünnet'e uygun olup olmama açısından sünnî – bid'î olarak iki kısımdır.¹⁹⁷

1. Sünnî Talak

Sünnî, kelime olarak sünnete uygun anlamına gelmektedir. Terim olarak ise Şâri'in izin verdiği, uygun gördüğü şekildeki boşamadır.¹⁹⁸

Hukukçular herhangi bir talakın sünnî kabul edilebilmesi için şu şartların bulunmasının gerekliliği konusunda görüş birliği içerisindeyler:¹⁹⁹

1. Boşama anında kadın temizlik döneminde olmalıdır
2. Boşamanın gerçekleştiği temizlik döneminde kadınla cinsel birleşme gerçekleşmemiş olmalıdır.
3. Kadın ric'î bir talak ile boşanmalıdır.

Hanefiler sünnî talakı, ahsen ve hasen olmak üzere iki çeşit olduğunu ifade etmişlerdir. Kadının adetli olmadığı ve cinsel birleşmenin olmadığı dönemde ric'î bir talakla boşamaya ahsen; yine aynı şartları taşıyan üç ayrı temizlik döneminde birer talak ile boşamayı hasen olarak kabul etmişlerdir.²⁰⁰

Şafiiler kadının temizlik dönemi içerisindeyken bir lafızla üç talak ile boşanmasını da sünnî kabul etmişlerdir. Malikîler ise bu şekildeki boşamanın sünnî olmadığı görüşündedirler.²⁰¹

Buhari talakın sünnî olması için taşıması gerekli şartlara boşamanın iki şahit huzurunda yapılmasını da ilave etmiştir.²⁰²

Sünnî talakın geçerliliği noktasında ihtilaf bulunmamaktadır. Talakın tüm hukuki neticelerini doğurmaktadır.

¹⁹⁷ İbn Rüşd, *Bidayetü'l-Müctehid*, III, 86; Seyyid Sâbık, *Fıkhu'Sünne*, II, 263

¹⁹⁸ Ceziri, *el-Fıkhu ala Mezahibi'l-Erba'a*, IV, 265; Zuhayli, *el-Fıkhu'l-İslami ve Edilletuhû*, IX, 6948

¹⁹⁹ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, I, 359-360

²⁰⁰ Kâsânî, *Bedâiu's-sanâyi' fi Tertîbi'Şerâyi'*, III, 88; İbnu'l-Hümmam, *Fethu'l-Kadir*, III, 496

²⁰¹ İbn Rüşd, *Bidayetü'l-Müctehid*, III, 86

²⁰² Buhârî, Talak, 1

2. Bid'î Talak

Sünni talakın şartlarını taşımayan boşamalar bid'î sayılmaktadır diyebiliriz. Yani kadın hayızlı iken, kendisiyle ilişkiye girildiği temizlik dönemi içerisinde veya bir temizlik dönemi içerisinde birden fazla talak ile boşama bid'î olarak nitelendirilmektedir.²⁰³

Sünnete aykırı olan boşamanın haram olduğu ve bunu yapanın günahkâr olacağı konusunda âlimler arasında görüş birliği vardır.²⁰⁴ Ancak bu şekildeki boşamanın hukuki olarak netice doğurup doğurmayacağı konusunda görüş ayrılıkları söz konusudur.²⁰⁵

1. Hayız halinde veya kendisiyle cinsel ilişkiye girilen temizlik döneminde boşama İmam Bâkır, Caferu's-Sadık, Şia ve Hariciler, İbn Hazm, İbn Teymiyye, İbnu'l-Kayyim, Şevkani gibi alimlere göre bu çeşit boşama Sünnet'te belirlenen prosedüre uygun olmadı için muteber değildir, hukukî hiçbir netice doğurmaz.²⁰⁶ Ancak dört mezhebin de aralarında bulunduğu cumhura göre bid'î boşama bidat ve haram olmakla birlikte hukuken de geçerlidir.²⁰⁷ Muasır âlimlerden Muhammed Abduh, Ahmed Şakir, Reşid Rıza, Ebu Zehra bid'î talakın geçerli olmayacağını savunurken Muhammed Şeltut, Ali el-Sayis ve Ömer Nasuhi Bilmen, Mehmet Zihni Efendi gibi âlimler ise geçerli olacağı görüşünü benimsemişlerdir.²⁰⁸ Her iki taraf da görüşlerini Kitap, Sünnet ve akılla delillendirmişlerdir.²⁰⁹

2. Bir temizlik içinde veya bir mecliste birden fazla boşamayla alakalı olarak dört yaklaşım söz konusudur. 1) Dört mezhebin de içlerinde yer aldığı cumhura göre boşamaların tümü hukuken sonuç doğurur, muteberdir.²¹⁰ 2) İmamiyye, Zahiriler, Hişam

²⁰³ İbn Rüşt, *Bidayetü'l-Müctehid*, III, 86; Ceziri, *el-Fıkh ala Mezahibi'l-Erba'a*, IV, 265; Ahmet Yaman, *İslam Aile Hukuku*, Mehir Vakfı Yay., Konya 1998, 94

²⁰⁴ Ebu Zehra, *el-Ahvalu's-Şahsiyye*, 287

²⁰⁵ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, I, 360

²⁰⁶ İbn Hazm, *el-Muhallâ bi'l-Âsâr*, IX, 363; Şevkani, *Neylü'l-Evtâr*, VI, 266; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, I, 361

²⁰⁷ Merğînânî, *el-Hidaye fi Şerhi Bidayeti'l-Mübtedi*, I, 221; İbn Rüşt, *Bidayetü'l-Müctehid*, III, 87; İbn Kudame, *el-Muğni*, VII, 366; Şirbini, *Muğni'l-Muhtac*, IV, 499

²⁰⁸ Ebu Zehra, *el-Ahvalu's-Şahsiyye*, 288; Reşid Rıza, *Tefsirü'l-Menar*, el-Heyetü'l-Mısriyyetu'l-Amme li'l-Kitab, Kahire 1990, II, 381-387; Şeltut-Sayis, *Muqârenetü'l-Mezâhib fi'l-Fıkh*, 82; Mehmet Zihni, *Nimet-i İslam*, 684

²⁰⁹ İbn Rüşt, *Bidayetü'l-Müctehid*, III, 87; Şevkani, *Neylü'l-Evtâr*, VI, 266; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, I, 361; Şeltut-Sayis, *Muqârenetü'l-Mezâhib*, 78

²¹⁰ İbn Rüşt, *Bidayetü'l-Müctehid*, III, 86; İbnu'l-Kayyim, *Zâdu'l-Me'âd*, V, 226; Şeltut-Sayis, *Muqârenetü'l-Mezâhib*, 83

b. Hakem²¹¹ ve bazı tabiun ise bidat olan bir talakın geçerli olmayacağı görüşündedirler.²¹² 3) Diğer bir görüş ise ric'î bir boşamanın gerçekleşeceği şeklindedir ve sahabeden İbn Abbas, tabiun ve daha sonra gelen âlimlerden Tavus, İkrime, İbn Teymiyye, İbnu'l-Kayyim, Şevkani son dönem âlimlerinden Ahmed Şakir, Muhammed Abduh, Reşid Rıza, Sayis, Şeltut, Ebu Zehra ve Hayrettin Karaman bu görüştedir.²¹³ 4) Bu konudaki diğer bir yaklaşım ise kendisiyle ilişkiye girilen ve girilmeyen eşi birden fazla boşamada farklı hükümlerin söz konusu olacağı şeklindedir. Bu görüş sahiplerine göre kendisiyle ilişkiye girilmiş olan eş bu şekilde boşandığında talakların tümü geçerli, henüz ilişki kurulmamış eş hakkında ise tek bir talakın geçerlidir.²¹⁴

Bidi talakla ilgili son olarak önemli bir ayrıntıdan bahsetmemiz gerekmektedir. Kuran ve Sünnet'te belirlenen bazı prosedürlere aykırı şekilde özellikle de kadın hayızlı iken gerçekleşen bidi talak sonrası kocanın hanımına ricatinin/dönmesinin mendup olduğu hatta bu şekildeki talak sonrasında hâkimin, evliliğe devam etmesi için zorlama hapsi de dâhil, kocaya bazı müeyyideler uygulamasının imkânından bahsedilmektedir.²¹⁵ Bu durumda gerçekleşecek olan ricatin cumhura göre müstehab²¹⁶ kabul edilmesi eşini hayızlı iken boşayan İbn Ömer'e, babası Hz. Ömer aracılığıyla Hz. Peygamber'in "... ona emret, eşine ricat etsin/dönsün ..." ²¹⁷ şeklindeki hitabıyla gerekçelendirilmiştir.

1.4.1.5.2. Evlilik Birliğine Derhal Son Verip Vermemesi Açısından

Evlilik birliğine derhal son verip vermemesi açısından talak, ric'î ve bâin olmak üzere iki kısımdır.

²¹¹ Hişam b. Hakem, İmamiyye'nin önde gelen isimlerinden olup daha çok kelamcılığı ile ön plana çıkmıştır. Bilgi için bk. Mustafa Öz, "Hişam b. Hakem", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul 1998, 153-154

²¹² İbnu'l-Kayyim, *Zâdu'l-Me'âd*, V, 226; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, I, 362

²¹³ İbnu'l-Kayyim, *Zadu'l-Mead*, V, 227; Şeltut-Sayis, *Muqârenetü'l-Mezâhib*, 91; Ebu Zehra, *el-Ahvalü's-Şahsiyye*, 288; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, I, 362; <http://www.hayrettinkaraman.net/sc/00086.htm> (09.01.2012)

²¹⁴ İbnu'l-Kayyim, *Zadu'l-Mead*, V, 227.

²¹⁵ Malikiler bidi talakı haram ve mekruh olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Haram olan kadının hayız ve nifas halinde boşanmasıdır. Bu şekildeki boşamada hâkimin zorla kocayı ricat ettirebileceğini savunurlar. Hanefilere göre hâkim bu şekilde bidi talak sonrası tazir cezası verebilse de kocayı ricate zorlayamaz. Detaylı bilgi için bk. Ceziri, *el-Fıkıh ala Mezahibi'l-Erba'a*, IV, 274; Komisyon, *el-Mevsuatu'l-Fıkhiyyetü'l-Kuveytiyye*, XXIX, 35.

²¹⁶ İbn Rüşd, *Bidayetü'l-Müctehid*, III, 87-88; Komisyon, *el-Mevsuatu'l-Fıkhiyyetü'l-Kuveytiyye*, XXIX, 35.

²¹⁷ Ebu Davud, Talak, 4

1. Ric'î Talak

Erkeğin, hanımına iddeti sona ermeden yeni bir nikâh akdine ve mehir vermesine gerek olmaksızın dönmesine imkân veren talak çeşididir.²¹⁸ Talakın ric'î olabilmesi için şu şartların bulunması gerekir:

1. Boşama nikâh akdi ve zifaktan sonra gerçekleşmiş olmalı
2. Hanefilere göre boşama lafızları sarîh olmalı ve vurgu, mübalağa ifade eden kelimeler kullanılmış olmamalıdır
3. Söz konusu talak üçüncü talak olmamalıdır

Bu şartların gözetildiği bir talak sonrası koca, karısının rızası olmasa da dönebilmektedir.²¹⁹ Ric'at yani kocanın karısına dönmesi sözlü olabileceği gibi Hanefilere göre evlilik hayatının devamına işaret eden bir fiille de olabilir.²²⁰ Ric'at için şahit tutmak İmam Şafii'nin eski görüşüne göre vacip, diğer üç mezhebe göre ve İmam Şafii'nin yeni görüşüne ise müstehaptır.²²¹ Ric'î talak kadının iddetinin dolmasıyla bâin talaka dönüşür.²²²

Ric'î talak sonrası kadının iddeti içerisinde Şafiiler dışındaki mezheplere göre nikâh bağı ortadan kalkmamaktadır.²²³ Kadın, iddeti doluncaya kadar kocasının evinde veya onun tayin ettiği bir evde yaşamaya devam eder. Bu durum eşler arasında sevgi bağının yeniden kuvvetlenmesi ihtimalini dikkate alma esasına dayanır.

Esas itibarıyla ric'î talakın önemli bir yönü bulunmaktadır. Zira ric'î talak sonrası eşler birbirlerinden tam anlamıyla ayrılmış sayılmamaktadır. Aynı evde yaşamaya devam etme, birbirlerine dönmek istediklerinde yeni bir nikah akdine veya mehre ihtiyaç duymama ve kadının nafakasından yine kocanın sorumlu olması gibi hususlar aslında tarafların boşandıkları takdirde nasıl bir sürecin kendilerini beklediğini deneyimleme fırsatı vermektedir. Bu da eşlerin birbirlerinin kıymetini anlama ve ders çıkarmış şekilde

²¹⁸ İbn Rüşd, *Bidayetü'l-Müctehid*, III, 83; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, I, 358; Zuhayli, *el-Fıkhu'l-İslami ve Edilletuhu*, IX, 6955

²¹⁹ İbn Rüşd, *Bidayetü'l-Müctehid*, III, 83; Ebu Zehra, *el-Ahvalü's-Şahsiyye*, 312; Abdulhamid, *el-Ahvalu's-Şahsiyye*, 272; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, I, 358

²²⁰ Mevsilî, *el-İhtiyar*, III, 147; Ebu Zehra, *el-Ahvalü's-Şahsiyye*, 313

²²¹ Cüveyni, Ebu'l-Meali Abdulmelik b. Abdillâh b. Yusuf b. Muhammed, *Nihayetü'l-Matlab fi Dirayetü'l-Mezheb*, Thk.: Abdulazim Muhammed ed-Dib, Daru'l-Minhac, y.y. 2007, XIV, 353; İbn Rüşd, *Bidayetü'l-Müctehid*, III, 104; Ebu Zehra, *el-Ahvalü's-Şahsiyye*, 313

²²² Abdulhamid, *el-Ahvalu's-Şahsiyye*, 272; Zuhayli, *el-Fıkhu'l-İslami ve Edilletuhu*, IX, 6962

²²³ Serahsi, *el-Mebsut*, VI, 19; Ebu Zehra, *el-Ahvalü's-Şahsiyye*, 313;

evliliklerine devam etmeleriyle sonuçlanabilmektedir. Kocanın boşama yetkisinin mahkemeye devredilmesi halinde böylesi bir fırsat söz konusu olmayacaktır. Zira mahkemenin boşaması genelde bâin talak olarak gerçekleşmektedir. Bâin talak sonrası ise ricî talakın doğurduğu basit sonuçların aksine eşlerin evliliğe geri dönme imkan ve ihtimali daha da zayıflatıcı yeni nikah akdi ve mehirle evlenebilme gibi neticeler söz konusu olmaktadır.

2. Bâin Talak

Evliliği kesin olarak sona erdiren erkeğin boşadığı eşine ancak yeni bir mehirle gerçekleşen bir nikâh akdiyle dönebilme imkânı veren boşama türüdür.²²⁴ Bain talak şu şekillerde gerçekleşmektedir:²²⁵

1. Boşamanın nikâhtan sonra fakat zifaf veya halvet-i sahihadan önce gerçekleşmesi
2. Boşamanın kadının talep etmesiyle bir bedel karşılığında gerçekleşmesi²²⁶
3. Talakın kinayeli lafızlarla yapılması durumunda²²⁷
4. Nasıl kullanılmış olursa olsun üçüncü ve son boşama hakkının kullanılmış olması

Bain talak, doğurduğu hukuki netice açısından iki şekilde incelenmektedir. Bunlar, beynunet-i suğra ve beynunet-i kübra şeklindedir.²²⁸

Bain talak ilk üç maddede yer alan şekillerde gerçekleşmişse karı koca arasında beynunet-i suğra söz konusu olur. Bu durumda eşler birbirleriyle ancak yeniden bir nikâh akdi gerçekleştirerek bir araya gelebilirler.²²⁹

Dördüncü maddede yer aldığı şekliyle eşler arasında üçüncü ve son talakın gerçekleşmesi sonrasında beynunet-i kübra ortaya çıkar. Bu durumda ise karı koca arasında mevcut üç talak hakkının tümü kullanıldığından eşlerin birbirleriyle yeniden

²²⁴ İbn Rüşd, *Bidayetü'l-Müctehid*, III, 83; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, I, 359; Yaman, *İslam Aile Hukuku*, 92

²²⁵ Ebu Zehra, *el-Ahvalü's-Şahsiyye*, 309-310; Abdulhamid, *el-Ahvalu's-Şahsiyye*, 267-268; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, I, 359

²²⁶ Muhâlaa/Hul' konusuna ileride detaylarıyla yer alacaktır.

²²⁷ Şafii ve Hanbeliler kinayeli lafızlarla yapılan talakı ricî kabul ederler. İbn Kudame, *el-Muğnî*, VII, 395; Ebu Zehra, *el-Ahvalü's-Şahsiyye*, 310

²²⁸ Ebu Zehra, *el-Ahvalü's-Şahsiyye*, 312

²²⁹ Ebu Zehra, *el-Ahvalü's-Şahsiyye*, 312; Abdulhamid, *el-Ahvalu's-Şahsiyye*, 272

evlenme durumları ortadan kalkar. Ancak kadın bir başka erkekle nikâhlanır ve yeni kocasıyla aralarında zıfâf gerçekleşirse bu yeni nikâhın sona ermesi veya kadının yeni eşinin vefat etmesi durumunda eski kocasıyla tekrar nikâhlanabilir.²³⁰

Bain talak neticesinde varsa mehr-i müeccel mu'accele dönüşür ve karı koca arasındaki mirasçılığa da engel olur.²³¹

1.4.1.6. Evliliği Sona Erdirme/Talak Yetkisi

İslam hukukunda evliliğin sona erme şekillerinden en önemlisi olan talak kullanma yetkisi erkeğe ait bir yetkidir. Söz konusu yetkinin erkeğe ait olması Kitap, Sünnet ve akli delillerle sabittir. Şimdi sırasıyla bu konulara değinelim.

1.4.1.6.1. Yetkinin Erkeğe İsnadının Şerî Temelleri

a. Kitap

İslam hukukunda prensip olarak talak yetkisi erkeğe aittir. Kuran-ı Kerim’de talak yetkisinin erkeğe ait olduğuna onu doğrudan birkaçı da dolaylı delalet eden ayet yer almaktadır.²³²

Evliliği sona erdirme yetkisinin erkeğe ait olduğuna doğrudan delalet eden ayetler şu şekildedir:

1. وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ

“Eğer (yemin edenler yeminlerinden dönmeyip kadınlarını) boşamaya karar verirlerse (ayrılırlar). Biliniz ki, Allah hakkıyla işitendir, hakkıyla bilendir.” (Bakara: 2/227)

2. فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَتَّحِجَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ

يُقِيمَا حَدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ

“Eğer erkek karısını (üçüncü defa) boşarsa, kadın, onun dışında bir başka kocayla nikahlanmadıkça ona helal olmaz. (Bu koca da) onu boşadığı takdirde onlar (kadın ile

²³⁰ Ebu Zehra, *el-Ahvalü 'ş-Şahsiyye*, 312; Abdulhamid, *el-Ahvalu 'ş-Şahsiyye*, 274

²³¹ Ebu Zehra, *el-Ahvalü 'ş-Şahsiyye*, 316; Abdulhamid, *el-Ahvalu 'ş-Şahsiyye*, 275; Yaman, *İslam Aile Hukuku*, 93

²³² Abdülbâkî, Muhammed Fuâd, *el-Mu'cemü'l-Müfehres li-Elfâzi'l-Kur'âni'l-Kerîm*, Dârü'l-Kütübî'l-Mısriyye, Kahire, 427-428

ilk kocası) Allah'ın koyduğu ölçüleri gözetebileceklerine inanıyorlarsa tekrar birbirlerine dönüp evlenmelerinde bir günah yoktur. İşte bunlar Allah'ın, anlayan bir toplum için açıkladığı ölçüleridir.” (Bakara: 2/230)

3. وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِّتَعْتَدُوا

“Kadınları boşadığınız ve onlar da bekleme sürelerini bitirdikleri zaman, ya onları iyilikle tutun yahut iyilikle bırakın. Haklarına tecavüz edip zarar vermek için onları tutmayın.” (Bakara: 2/231)

4. وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ

يُوعِظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَمْ أَزْكَى لَكُمْ وَأَطْهَرُ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ

“Kadınları boşadığınız ve onlar da bekleme sürelerini bitirdikleri zaman kendi aralarında aklın ve dinin gereklerine uygun olarak güzellikle anlaştıkları takdirde, eşleriyle (yeniden) evlenmelerine engel olmayın. Bununla içinizden Allah'a ve ahiret gününe iman edenlere öğüt verilmektedir. Bu sizin için daha hayırlı ve daha temizdir. Allah bilir, siz bilmezsiniz.” (Bakara, 2/232)

5. لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرَهُ

وَعَلَى الْمُفْتَرِ قَدَرَهُ مَتَاعاً بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُحْسِنِينَ

“Kendilerine el sürmeden ya da mehir belirlemeden kadınları boşarsanız size bir günah yoktur. (Bu durumda) -eli geniş olan gücüne göre, eli dar olan da gücüne göre olmak üzere- onlara, aklın ve dinin gereklerine uygun olarak müt'a verin. Bu iyilik yapanlar üzerinde bir borçtur.” (Bakara: 2/236)

6. وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ

الَّذِي بَيْنَهُمَا عَقْدٌ النَّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ

“Eğer onlara mehir tespit eder de kendilerine el sürmeden boşarsanız, tespit ettiğiniz mehrin yarısı onlarındır. Ancak kadının, ya da nikah bağı elinde bulunanın (kocanın, paylarından) vazgeçmesi başka. Bununla birlikte (ey erkekler), sizin vazgeçmeniz takvaya (Allah'a karşı gelmekten sakınmaya) daha yakındır. Aranızda iyilik yapmayı da unutmayın. Şüphesiz Allah yaptıklarınızı hakkıyla görendir.” (Bakara: 2/237)

7. وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَاراً فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئاً أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَاناً وَإِثْماً

مُبِيناً

“Eğer bir eşin yerine başka bir eş almak isterseniz, öbürüne (mehir olarak) yüklerle mal vermiş olsanız dahi ondan hiçbir şeyi geri almayın. İftira ederek ve açık günaha girerek mi verdiğinizizi geri alacaksınız?” (Nisa: 4/20)

8. يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَعَهُنَّ وَسِرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا

“Ey iman edenler! Mü'min kadınları nikâhlayıp, sonra onlara dokunmadan (cinsel ilişkide bulunmadan) kendilerini boşadığınızda, onlar üzerinde sizin sayacağınız bir iddet hakkınız yoktur. Bu durumda onlara mut'a verin ve kendilerini güzel bir şekilde bırakın.” (Ahzab, 33/49)

9. يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ...

“Ey peygamber! Kadınları boşamak istediğinizde onları iddetlerini dikkate alarak (temizlik halinde) boşayın ve iddeti sayın.” (Talak, 65/1)

Burada yer verdiğimiz ayetler talak yetkisinin erkeğe ait olduğu konusunda delil olarak kullanılmaktadır. Fakat ayetlerin konuya delaletinin sarahatine dair farklı değerlendirmeler söz konusudur.

Kuran ayetlerinin tümünde evliliği sona erdirme eylemi erkeğe isnad edilmiş ve boşama sonrasında ortaya çıkacak olan mali yükümlülükler de yine erkeğe yüklenmiştir.

Kuran'da boşama yetkisinin erkeğe ait olduğu esasında açık bir şekilde ifade etmiştir. Boşama eylemi kocaya isnad edilmiş ancak bunun sebebi üzerinde durulmamıştır. Ayetlerde geçen طَلَّق fiilinin kalıbının taşıdığı mana ile buna delalet etmektedir. Aynı şekilde ayetlerde kocası tarafından boşanmış kadınlarla alakalı olarak da مَطْلَقَات kelimesi kullanılmaktadır. Bu kelime ism-i meful kalıbındadır ve dolayısıyla failin yani fiili gerçekleştirme hakkının erkeğe, meful yani fiilden etkilenenin ise kadındır. İslam hukuku ilgili nasların delaletiyle söz konusu yetkinin erkeğin elinde olduğunu ve kadınların bu konuda herhangi bir haklarının bulunmadığı görüşünü kabul etmiştir.²³³ Fakihler talak yetkisinin erkeğe ait olduğunu açıklarken bu şekildeki

²³³ Serahsi, *el-Mebsut*, VI, 2; İbn Kudame, *el-Muğni*, VII, 363; Şirbini, *Muğni'l-Muhtac*, IV, 400; Derdir, *eş-Şerhu'l-Kebir*, II, 365; Ebu Zehra, *el-Ahvalü's-Şahsiyye*, 282; Zuhayli, *el-Fıkhu'l-İslami ve Edilletuhû*, VII, 360

yorumlara yer vermişlerdir. Oysaki İslam, cahiliye döneminde zaten yer alan erkeğin bu yetkisini bir takım düzenleme ve sınırlamalar getirmek suretiyle tanımıştır.²³⁴

Fakat yalnızca boşama fiilini erkeğe isnat eden ayetleri tahlil etmek suretiyle erkeğin talak yetkisine sahip olduğu sonucuna varmanın makul olmadığı şeklinde yorumlar da yapılmıştır.²³⁵ Konuyla alakalı olarak talak kavramının mahkemenin celselerini ifade ettiği, Kur'ân ayetlerinin erkeğe hanımını boşama yetkisi değil mahkemeye müracaat etme hakkı verdiğini ifade edilmiştir. Diğer bir ifadeyle kocaya boşama, kadına ise ayrılma davası açabilme yetkisi verilmiştir.²³⁶ Bu görüş sahipleri “يا ايها النبي إذا طلقتم النساء” (Talak, 65/1) ayetinin talak hukukunun mahkemede ve mahkemeden sonra nasıl cereyan edeceğini bildirmek üzere nazil olduğunu ifade etmişlerdir.²³⁷ Ve bu görüşü Hz. Peygamber'in evlatlığı Zeyd ile Zeynep'in birbirlerinden boşanmak istemelerine rağmen Hz. Peygamber'e müracaat etmeksizin boşanmalarını da delil olarak göstermektedir. Yine bu konuda ilgili nasların erkeğe boşama yetkisini vermesinin yanı sıra eşlerin anlaşarak evliliğe son vermelerini ve mahkeme kararıyla boşanmayı da kapsar bir genişlikte kullanıldığı ifade edilmiştir.²³⁸ Zeyd hanımını boşamadan önce Hz. Peygamber'le görüşmüştür ancak Zeyd, Hz. Peygamber'den eşini boşamak için izin almak için böyle bir görüşme gerçekleştirmiştir. Yoksa Hz. Peygamber'e evliliğini sonlandırması için için hâkim sıfatıyla müracaat etmemiştir.²³⁹ Kaldı ki Hz. Peygamber hayattayken boşama öncesi kendisinden izin alma sürekli gerçekleşen bir durum değildir. Bu tekil ve istisnai örnek, kocanın boşama yetkisinin mahkemeye devri değil söz konusu yetkinin mahkeme kontrolünde kullanılması konusunda bir delil olarak kullanılmaya daha elverişlidir. Ayrıca boşama yetkisinin kocaya ait olduğunu açıkça ifade eden Sünnet rivayetleri de²⁴⁰ Zeyd'in hanımını boşarken izlediği yoldan hareketle yetkinin mahkemede olduğu şeklindeki bir çıkarım yapılamayacağını da göstermektedir.

²³⁴ İbn Arabî, *Ahkamu'l-Kuran*, I, 258; Hayrettin Karaman, *İslam Hukuk Tarihi*, 44

²³⁵ Nihat Dalgın, *İslam Hukukunda Boşama Yetkisi*, 35

²³⁶ Bayraktar Bayraklı, *Yeni Bir Anlayışın Işığında Kur'ân Tefsiri*, Bayraklı Yay. İstanbul 2005, III, 142

²³⁷ Bayraklı, *Yeni Bir Anlayışın Işığında Kur'ân Tefsiri*, III, 145

²³⁸ Komisyon, *Kur'ân Yolu Türkçe Meal ve Tefsir*, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 2007, V, 382-383

²³⁹ İbn Arabî, *Ahkamu'l-Kuran*, III, 575

²⁴⁰ İbn Mâce, “Talâk”, 31; Dârekutnî, *Sünen*, III, 288-289, Hadis No: 3925-3927/101-103; Beyhakî, *el-Sünenü'l-Kübra*, VII, 590 Hadis No: 15116

Talak Hakkındaki Ayetlerin Usuli Değerlendirmesi

Ayetler incelikli bir anlama işlemine tabi tutulmadığında "*Kuran'da boşama yetkisi doğrudan kocaya verilmemiştir*" cümlesi bir çırpıda sarfedilebilmektedir. Ancak ayetler, usuli bir bakış açısıyla ele alındığında aslında boşama yetkisinin kocaya ait olması konusunda oldukça açık delaletler barındırdığını görebiliyoruz.

1. Öncelikle ayetlerin, bazı ıslah edici düzenlemelerle İslam öncesi süreçteki talaktaki örfü takrir etmiş olması²⁴¹ dolayısıyla yetkinin kocaya ait oluşuna delalet etmektedir. Zira herhangi bir örf hakkında naslarda emir varsa vacip, mendup veya nehiy varsa mekruh ve haram gibi şeri hükümler ortaya çıkar. Yahut Şâri' bir örfü yapıp yapmama konusunda serbest bırakmışsa bu, şerî mübahlığa delalet eder.²⁴² Cahiliyede boşama konusundaki örf yetkinin kocaya ait olması şeklindeydi ve din bu takrir etmiştir.

2. Tüm ayetlerde boşama fiilinin müzekker sigada kullanılmış olması ve kadınların ise ism-i meful kalıbıyla ifade ediliyor olması da boşama yetkisinin kocaya ait oluşuna delaleti güçlendiren en önemli hususlardandır.

3. Bakara 230'da boşama fiilinin müzekker sigada olmasının yanısıra "فإن طلقها" şeklinde müfred kalıpta kullanılmış olması ayette boşamanın kocaya nispetini açıkça ortaya koymaktadır.

4. Bakara 231'de kullanılan fiillerin tamamının kocaya isnad edildiği açıktır. Zira şayet ayetteki emir devlete veya hâkimlere olsaydı "... kadınları boşadığınızda ..." yerine "*karı kocayı boşadığınızda*" ifadesi kullanılırdı. Ayrıca yine ayette emredilen güzellikle tutma ve ondan ayrılma emrinin muhatabı da yine kocalar olmaktadır.

5. Bakara 236, 237 ve Ahzab 49. ayetlerde "... onlara dokunmaksızın boşadığınızda ..." ifadesi de yine hükme açıkça delalet eder. Zira kadına dokunma yani zevcî münasebet ancak kocaya helal olan veya onunla zevci ilişki kurmamış olma koca için mümkün olan bir durumdur ve devlet veya hâkime isnadı söz konusu olamaz.

²⁴¹ İbn Arabî, *Ahkamu'l-Kuran*, I, 258

²⁴² Şâtîbî, İbrahim b. Musa b. Muhammed, *el-Muvâfakât*, Thk: Ebu Ubeyde b. Meşhur b. Hasen Âl-i Selman, Daru İbn Afvân, y.y. 1997, I, 48

6. Boşama hakkındaki ayetlerin ibaresi, talak yetkisinin kocaya ait olduğuna delalet etmektedir. İşaret yoluyla bazı ayetlerin devlete/hakime hitap olduğu anlaşılabilir de ibare işareten daha güçlüdür²⁴³ ve ayetin esas alınması gereken yönüdür.

7. “... (size haram kılınanlardan) başkasını, iffetli yaşamak ve zina etmemek kaydıyla, mallarınızla (mehir vecibesini göz ardı etmeden) istemeniz size helâl kılındı” mealindeki Nisa suresi 24. Ayetle nikâhta mehir farz kılınmıştır. Kocanın mehir sorumluluğu ile ilgili olarak usulcüler, “koca mehirle milk-i nikâha sahip olmaktadır. Bu nedenle de talak yetkisi kocaya verilmiştir. Şayet kadının erkeğe mehir vermesi gerekseydi o da talak yetkisine sahip olurdu”²⁴⁴ şeklinde değerlendirmede bulunmuşlardır.

8. Zorlama ile de olsa yeni bazı değerlendirmelerde iddia edildiği gibi²⁴⁵ boşamayla ilgili ayetlerin boşama yetkilisinin mahkemeler olabileceğine de işareten delalet ettiğini bir an olsun kabul etsek bile nassın ibare ve işaretinin delaletleri çatıştığında ibarenin esas alınacağı zira daha kuvvetli bir delalet şekli olduğu usuli bir esastır.²⁴⁶ Ayrıca Sünnet’te yer alan boşama yetkisinin kocaya ait olduğuna dair deliller²⁴⁷ de ayetlerin ibareleriyle delalet ettiği hükmü teyit edici niteliktedir.

b. Sünnet

Konuyla alakalı hadislerde de söz konusu yetkinin erkeğe ait olduğu bilgisi yer almaktadır. Bu konuda iki rivayet esas alınmıştır.

“İbn Abbâs (r.a.)’dan rivâyet edildiğine göre bir köle Peygamber (s.a.v)’e gelerek şöyle dedi: ‘Ya Rasûlullah! Efendim beni cariyesi ile evlendirdi. Şimdi ise o, bizi ayırmak istiyor.’ Bunun üzerine Rasûlullah (s.a.v.) minbere çıkarak şöyle dedi: “Ey insanlar! Sizden birine ne oluyor ki, kölesini cariyesi ile evlendiriyor da sonra aralarını ayırmak (tefrîk) istiyor? (Hayır) muhakkak ki boşama/talâk, ancak kadınla cimâda bulunan kocaya aittir.”²⁴⁸

²⁴³ Abdulvehhab Hallaf, *İlmü Usulî'l-Fıkh ve Hulasatu Tarihi't-Teşrî'*, Matbaatu'l-Medenî, Mısır t.y., 143

²⁴⁴ Taftazani, Sa'duddin Mesud b. Ömer, *Şerhu't-Telviḥ ale't-Tavdiḥ*, Mektebetü Sabih, Mısır t.y., I, 146

²⁴⁵ Aktan, *Boşanma Prosedürü*, 31; Dalgın, *İslam Hukukunda Boşama Yetkisi*, 248

²⁴⁶ İbn Kutluboğa, Ebu'l-Fida Zeynuddin, *Hulasatu'l-Efkâr Şerhu Muhtasaru'l-Menar*, Thk: Hafız Senaullah Zahidi, Daru İbn Hazm, y.y. 2003, 111

²⁴⁷ Müslim, Talak, 6; İbn Mâce, “Talâk”, 31; Dârekutnî, Sünen, III, 288-289, Hadis No: 3925-3927/101-103; Beyhakî, *el-Sünenü'l-Kübra*, VII, 590 Hadis No: 15116

²⁴⁸ İbn Mâce, “Talâk”, 31; Dârekutnî, Sünen, III, 288-289, Hadis No: 3925-3927/101-103; Beyhakî, *el-Sünenü'l-Kübra*, VII, 590 Hadis No: 15116

Fatıma bt. Kays şöyle demiştir: “*Kocam beni üç talakla boşadı ve Rasulullah bana mesken ve nafaka hakkı vermedi.*”²⁴⁹

Said b. el-Müseyyeb’ten rivâyet edildiğine göre o şöyle demiştir: “*Boşama hakkı erkeklere, iddet beklemek ise kadınlara aittir.*”²⁵⁰

Konuya dair diğer bazı rivayetler de mevcuttur ancak tümü koca tarafından yapılan talakın geçerli olduğunu ortaya koyan rivayetlerdir. Bu nedenle en açık şekilde konuyu ortaya koyan bu üç rivayetle yetindik.

c. Akıl

Boşama yetkisinin erkeğe ait olmasının sebepleri arasında aklî olarak da bir takım değerlendirmeler yapılmıştır. Biz bu sebepleri aklî deliller başlığı altında maddeler halinde ifade edeceğiz.²⁵¹

1. Eşler arasında nikâhla ortaya çıkan bağı çözme yetkisinin iki kişide bulunması, tek kişide bulunmasına nispetle, evliliğin sona ermesini daha da kolay ve hızlı hale getirebilir.

2. Evlilikle birlikte erkeğin mehir, nafaka ve benzeri mali yükümlülükler söz konusudur. Özellikle müeccel mehir sorumluluğu varsa erkek talak yetkisini kullanmadan önce daha temkinli olacaktır. Bunun yanı sıra talak yetkisi kadında da bulunduğu mehri teslim aldıktan sonra sebepsiz şekilde evliliği sona erdirme tehlikesi de söz konusu olabilmektedir.²⁵²

3. Kadınların erkeklerden daha duygusal olmaları, fevri davranabilmeleri ve dolayısıyla basit sebeplerle evliliği, erkekten daha kolay şekilde, sonlandırma ihtimalleri yüksektir.²⁵³

²⁴⁹ Müslim, Talak, 6

²⁵⁰ (الطلاق للرجال ، والعدة للنساء) Muvatta, Talak, 25; Zeylaî, *Nasbu ’r-Râye*, III, 225; Şevkânî, *Neylû ’l-Evtâr*, VI, 269

²⁵¹ Zuhayli, *el-Fıkhu ’l-İslami ve Edilletuhu*, IX, 6877-6878

²⁵² Özellikle günümüzde “evlilik dolandırıcılığı” adı altında işlenen suçlar artış göstermiştir. Nitekim resmi merciler bu durumlara karşı vatandaşları uyarıcı yayınlar yapmaktadır. Bir örnek için bk. <https://www.egm.gov.tr/evlenme-vaadiyle-dolandiricilik> (Erişim Tarihi: 30.06.2022)

²⁵³ Erkeklerin olumsuz duygularını kadınlardan daha etkili bir biçimde düzenleyebildikleri sonucunu içeren bir araştırma için bk. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5937254/> (Erişim Tarihi: 20.05.2022)

4. Nikâh akdiyle birlikte kadının tefviz-i talak müessesesini işleterek kendisi de almaksızın boşama yetkisinin erkeğe ait oluşunu kabul ediyor olması söz konusudur. Her ne kadar yetki kelimesi ile ifade edilmiş olsa da talakın ağır bir sorumluluk oluşu da yine bu hususun erkeğe ait oluşunda sebep olarak zikredilebilir.

1.4.2. Muhâlaa / Hul'

İslam aile hukukunda evliliği sona erdirmeye yetkisi erkeğe ait olmakla birlikte bazı durumlarda kadın da evlilik birliğine son verebilme iradesine sahip olabilmektedir. İşte bu durumlardan bir tanesi de muhâlaa veya hul' denilen uygulamadır. Bu uygulamaya aynı zamanda sulh, fidy ve mübarae de denilmektedir.²⁵⁴

Muhâlaa sözlükte gidermek, çıkarmak, soymak ve soyunmak gibi anlamlara gelmektedir.²⁵⁵ Eşlerin birbiri için elbise konumunda olduğu belirtilerek (el-Bakara 2/187) evlilik ilişkisi mecazi anlatımla ortak bir elbiseye benzetilmiş, hul'/muhâlaa terimi de bu âyetten istifade ile geliştirilmiştir.

Fıkıhta ise muhalaa fikhî mezhepler farklı şekillerde tarif etseler de “kadının kocasına ödediği bir bedel karşılığında karşılıklı rıza ile boşanmadır” şeklinde tarif edilmektedir.²⁵⁶

Muhâlaanın meşruiyeti nas ve icmâ ile sabittir.²⁵⁷ Ayrıca konuyla ilgili sahabe uygulaması da mevcuttur.²⁵⁸ Kuran’da muhâlaanın meşruiyetine delalet eden birkaç ayet bulunmaktadır.²⁵⁹

“(Evlilikte) tarafların Allah'ın belirlediği ölçüleri koruyamama endişeleri dışında kadınlara verdiklerinizden (boşanma esnasında) bir şeyi geri almanız sizin için helal olmaz. Eğer onlar Allah'ın belirlediği ölçüleri gözetmeyecekler diye endişe ederseniz, o zaman kadının (boşanmak için) bedel vermesinde ikisine de günah yoktur.” (Bakara: 2/229)

²⁵⁴ İbn Rüşd, *Bidayetü'l-Müctehid*, III, 89

²⁵⁵ İbn Manzur, *Lisanu'l-Arab*, IX, 429

²⁵⁶ Ebu Zehra, *el-Ahvâlu's-Şahsiyye*, 329; Abdulhamid, *el-Ahvâlu's-Şahsiyye*, 313

²⁵⁷ İbn Rüşd, *Bidayetü'l-Müctehid*, III, 89; Zuhayli, *el-Fıkhu'l-İslami ve Edilletuhû*, VII, 481

²⁵⁸ Söz konusu sahabe uygulamaları için bk. Malik, *Muvatta*, Talak, 12; Beyhaki, Sünen, VII, 515 (Hadis No: 14852)

²⁵⁹ Nisa: 4/4, 128

Muhâlaanın sünnetten delili ise İbn Abbas'ın rivayet ettiği şu hadistir: “*Sabit b. Kays'ın hanımı Cemile bt. Sehl Hz. Peygamber'e gelerek: 'Ya Resulallah Sâbit'e ne din ne ahlak hususunda kin duymuyorum (ondan nefret etmiyorum). Ancak nankörlükten korkuyorum' dedi. Rasûlullah: 'Ona bahçesini verir misin?' diye sorduğunda kadın bunu kabul etti ve bahçeyi ona iade etti. Rasûlullah Sabit'e emretti ve Sabit eşini boşadı.*”²⁶⁰

Burada kadın kocasının dini ve ahlaki açıdan noksanı olmadığını ancak ondan çok nefret etmesi sebebiyle ona karşı vazifelerinde kusur etmekten ve iyiliklere karşı nankörlük etmekten korktuğunu ifade etmektedir. Bu durumda Hz. Peygamber'in boşanmak isteyen kadından mehir olarak almış olduğu bahçeyi kocasına geri vermesini vücut içeren bir emirle değil ıslah veya yol gösterme içeren bir emirle ondan talep etmiştir.²⁶¹

Âlimlerin çoğunluğu muhâlaanın meşruiyeti konusunda hem fikirdirler.²⁶² Yalnız Ebu Bekir Abdullah el-Müzeyni muhalaa için delil gösterilen ayetin “*Eğer bir eşin yerine başka bir eş almak isterseniz, öbürüne (mehir olarak) yüklerle mal vermiş olsanız dahi ondan hiçbir şeyi geri almayın. İftira ederek ve açık günaha girerek mi verdiğinizizi geri alacaksınız?*” (Nisa, 4/20) ayetiyle nesh edildiği görüşündedir.²⁶³ Cumhuriyet, Ebu Bekir el-Müzeyni'nin bu görüşüne söz konusu ayetin kadının rızası olmaksızın ona verilen mehrin geri alınmasını yasakladığını dolayısıyla ayetler arasında nasih-mensuh ilişkisi bulunmadığını ifade ederek karşı çıkmışlardır. Bu durumda muhalaa'nın meşruiyet delilleri arasında icma vardır demek yerine çoğunluğun görüşü bu şekildedir demek daha yerinde olacaktır.²⁶⁴

Muhalaa uygulamasının akitler arasındaki yeri ve hukuki mahiyeti konusunda farklı görüşler vardır. Maliki, Şafii ve Hanbelîlere göre muhalaa ivazlı (bedelli bir) akittir.²⁶⁵ Ebu Hanife'ye göre muhalaa, kadın tarafından kabul edilmeden önce koca açısından bir yemindir, dolayısıyla bundan dönmesi sahih olmaz.²⁶⁶ Kadın açısından ise bedelli bir

²⁶⁰ Buhari, Talak, 12; Ebu Davud, Talak, 17, 18

²⁶¹ Zuhayli, *el-Fıkhu'l-İslami ve Edilletuhu*, VII, 482

²⁶² İbn Rüşd, *Bidayetü'l-Müctehid*, III, 89

²⁶³ İbn Rüşd, *Bidayetü'l-Müctehid*, III, 89

²⁶⁴ Dalgın, *İslam Hukukunda Boşama Yetkisi*, 101

²⁶⁵ Ebu Zehra, *el-Ahvâlu's-Şahsiyye*, 329-330; ; Abdulhamid, *el-Ahvâlu's-Şahsiyye*, 315; Zuhayli, *el-Fıkhu'l-İslami ve Edilletuhu*, VII, 487

²⁶⁶ Semerkandî, Ebubekr Alaaddin, *Tuhfetü'l-Fukaha*, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1994, II, 199; Ebu Zehra, *el-Ahvâlu's-Şahsiyye*, 330; Zuhayli, *el-Fıkhu'l-İslami ve Edilletuhu*, VII, 488

akittir.²⁶⁷ Bir görüşe göre ise muhalaa, var olan bir akdin tarafların karşılıklı rızasıyla bozulması anlamına gelen ikâle akdi gibidir.²⁶⁸

Muhalaanın teberru içerikli bir işlem olduğundan kadının baliğa olması, kocanın ise baliğ olmasının yanı sıra hanımını boşama yetkisine sahip olması gerekmektedir.²⁶⁹

Kuran’da, kadının Allah’a isyan etmiş olma ve aile hukukunun kendisine yüklemiş olduğu görevleri yerine getirememe tehlikesi söz konusu olduğunda erkeğe fidye ödemek suretiyle evliliği sona erdirebileceği belirtilmiştir.²⁷⁰ Bununla birlikte kocanın evlenirken eşine vermiş olduğu mehirden hiçbir şey geri almaması, bu durumun ancak eşinin izni ile olabileceği de yine belirtilmiştir.²⁷¹ Bu nedenledir ki İslam hukukçuları bedelin neler olabileceği, alınmasını mübah kılan haller ve miktarına dair bir takım değerlendirmeler yapmışlardır.

Muhalaada bedel konusunda “*mehir olabilecek her şey hul bedeli de olabilir*” şeklinde bir formül ifade edilmektedir.²⁷² Hanefilere göre muhalaa bedeli şeran kendisinden istifade edilmesi mümkün, mevcut olan bir ayn olmalıdır. Bunlar hariç diğer hak ve menfaatler ise bedel olamaz.²⁷³ Cumhura göre ise ister aynı bir mal, ister bir borç ve isterse bir menfaat olsun mülk edinilmesi sahih olan her şey hul’ bedeli olarak kabul edilebilir.²⁷⁴

Eşler arasındaki problem kocadan kaynaklanıyorsa karısını muhalaaya zorlaması, karısından boşmama karşılığında az veya çok bir bedel alması caiz değildir.²⁷⁵ Zira Kuran’da “*Bir eşin yerine başka bir eşi almak isterseniz, birincisine yüklerle altın vermiş olsanız bile ondan bir şey almayın*” (Nisa, 4/20) buyrulmaktadır.

Şayet kadın, çirkin olması veya kötü davranışları dolayısıyla kocasından nefret eder ve ona karşı görevlerini yerine getirememekten korkarsa bu durumda kocanın boşama

²⁶⁷ Semerkandî, *Tuhfetu'l-Fukaha*, II, 199; Abdulhamid, *el-Ahvalu's-Şahsiyye*, 315

²⁶⁸ Şirbinî, *Muğni'l-Muhtac*, IV, 430;

²⁶⁹ Abdulhamid, *el-Ahvalu's-Şahsiyye*, 325; Zuhayli, *el-Fıkhu'l-İslami ve Edilletuhu*, VII, 491-492

²⁷⁰ Bakara: 2/229

²⁷¹ Nisa: 4/4, 19, 20

²⁷² Abdulhamid, *el-Ahvalu's-Şahsiyye*, 317; Hallaf, *Ahkamu Ahvali's-Şahsiyye*, 160

²⁷³ İbn Rüşt, *Bidayetü'l-Müctehid*, III, 90; Merğınani, *el-Hidaye*, II, 262

²⁷⁴ Zuhayli, *el-Fıkhu'l-İslami ve Edilletuhu*, VII, 494

²⁷⁵ Hallaf, *Ahkamu Ahvali's-Şahsiyye*, 160; Zuhayli, *el-Fıkhu'l-İslami ve Edilletuhu*, VII, 499

karşılığı karısından bir bedel alması caizdir.²⁷⁶ Ancak bu durumda kocanın verdiği mehirden fazlasını alması Hanefilere göre mekruh²⁷⁷ cumhura göre ise caizdir.²⁷⁸

Karı koca her ikisi de birbirlerinden hoşlanmamaları ve birbirlerine karşı görevlerini yerine getirememekten korkmaları halinde muhalaa yapmaları ittifakla caizdir.²⁷⁹

Muhalaa şayet bedelsiz olursa yani koca muhalaa lafzını herhangi bir bedel olmaksızın zikrederse ve talaka niyet ederse talak gerçekleşir. Bu durumda şayet talaka niyetlenmezse boşama gerçekleşmez. Çünkü muhalaa lafzı aynı zamanda talak için de kullanılabilen kinayeli lafızlardandır. Koca şayet muhalaa lafzıyla birlikte bir bedel zikrederse bu durumda Hanefilere göre bir bain talak gerçekleşir.²⁸⁰

Malikiler ve Hanbeliler den bir görüşe göre de muhalaa ile gerçekleşen ayrılık bain talaktır.²⁸¹ Hanbeli mezhebinde mevcut bir diğer görüşe göre ise muhalaa ile söz konusu olan ayrılık fesihtir. İbn Abbas, Tavus, İkrime ve İmam Şafii'den bir görüş de bu istikamettedir.²⁸² Bu görüş İmam Şafii'nin kavli kadimidir.²⁸³ İmam Şafii'nin diğer bir görüşüne göre ise talak lafzı gibi muhalaa ile gerçekleşen ayrılık neticesinde de talak hakkı sayısı azalır.²⁸⁴

1.4.2.1. Muhalaada Sebep Zorunluluğu

İslam'da herhangi bir sebep olmaksızın kadının kocasından evliliği sona erdirmeye yollarından biri olan muhalaayı talep etmesi de çirkin görülmüştür.²⁸⁵ Bu nedenle muhalaanın dinin belirlediği kurallara hiç aykırılık içermemesi için şu genel sebepler belirlenmiştir:

²⁷⁶ İbn Rüşt, *Bidayetü'l-Müctehid*, III, 89; Hallaf, *Ahkamu Ahvali's-Şahsiyye*, 160; Zuhayli, *el-Fıkhu'l-İslami ve Edilletuhu*, VII, 498

²⁷⁷ Mevsilî, *el-İhtiyar*, III, 157

²⁷⁸ İbn Kudame, *el-Muğni*, VII, 325

²⁷⁹ Hallaf, *Ahkamu Ahvali's-Şahsiyye*, 160; Zuhayli, *el-Fıkhu'l-İslami ve Edilletuhu*, VII, 499

²⁸⁰ Serahsi, *el-Mebsut*, VI, 171; Kâsânî, *Bedâiu's-Sanâi*, III, 144

²⁸¹ İbn Rüşt, *Bidayetü'l-Müctehid*, III, 91; İbn Kudame, *el-Muğni*, VII, 56-57

²⁸² İbn Kudame, *el-Muğni*, VII, 56-57

²⁸³ Şirbinî, *Muğni'l-Muhtac*, III, 268

²⁸⁴ Şirbinî, *Muğni'l-Muhtac*, III, 268

²⁸⁵ Şirazi, Ebu İshak İbrahim b. Ali b. Yusuf, *el-Mühezzebe fî Fıkhi'l-İmami's-Şafii*, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, t.y. y.y., II, 489; İbn Kudame, Abdurrahman b. Muhammed b. Ahmed, *eş-Şerhu'l-Kebir alâ Metni'l-Muknî*, Daru'l-Kitabi'l-Arabi, y.y. t.y., VIII, 175; Ahmed Hasan Taha, *el-Hul' Bahsun Mukarenun fî's-Şeriatî'l-İslamiyye*, Mecellet-i Külliyyet-i İmam-ı Azam, sy. 4, 1398, 137

1. Aile Hukukunun İhlali Endişesi: Bu, bizzat Kuran'da yer alan bir sebeptir. Ailedeki görevlerini yerine getirememesi ve kocasının haklarını ihlal etme korkusu taşıyan kadın muhalaa talebinde bulunabilir. Konuyla ilgili Kuran'da *“(Dönüş yapılabilir) boşama iki defadır. Sonrası, ya iyilikle geçinmek, ya da güzellikle bırakmaktır. (Evlilikte) tarafların Allah'ın belirlediği ölçüleri koruyamama endişeleri dışında kadınlara verdiklerinizden (boşanma esnasında) bir şeyi geri almanız sizin için helal olmaz. Eğer onlar Allah'ın belirlediği ölçüleri gözetmeyecekler diye endişe ederseniz, o zaman kadının (boşanmak için) bedel vermesinde ikisine de günah yoktur. Bunlar Allah'ın koyduğu sınırlardır. Sakın bunları aşmayın. Allah'ın koyduğu sınırları kim aşarsa onlar zalimlerin ta kendileridir”* (Bakara, 2/229)

2. Kadının Kocasının Sevememesi: Bu da Hz. Peygamber'den gelen bir rivayette kadının muhalaa talebinde bulunabilmesi için bir sebep kabul edilmiştir. Konuyla ilgili rivayet şu şekildedir: *“Sabit b. Kays'ın hanımı Cemile binti Sehl Hz. Peygamber'e gelerek: “Ya Resulallah Sâbit'e ne din ne ahlak hususunda kin duymuyorum(nefret etmiyorum). Ancak nankörlükten (küfürden) korkuyorum dedi. Rasûlullah: Ona bahçesini geri verir misin? diye sorduğunda kadın bunu kabul etti ve bahçeyi ona iade etti. Rasûlullah Sabit'e emretti ve Sabit eşini boşadı.”*²⁸⁶

3. Kadın, kocasının fiziken çirkin oluşu, farklı hayat anlayışına sahip olması ve benzeri nedenlerle kocasını sevmemezse aralarında herhangi bir problem söz konusu olmasa da muhalaa talebinde bulunabilir. Ahmed b. Hanbel'den bu durumda yapılacak muhalaanın caiz olmadığı yönünde bir görüş nakledilmektedir.²⁸⁷

4. Kadının Tek Taraflı Nüşuzu: Kocanın herhangi bir sebep veya karısının rızası olmaksızın vermiş olduğu mehrin tamamını veya bir kısmını geri alması veya onu muhalaa yapmaya mecbur bırakmak helal değildir.²⁸⁸ Nüşuz kadından kaynaklandığında kocanın vermiş olduğu mehir veya âlimlerin çoğunluğuna göre daha fazlası karşılığında karısını boşayabilir yani muhalaa söz konusu olabilir.²⁸⁹ Hatta boşanma sebebinin kadından kaynaklanması durumunda şayet koca iddet nafakası ve benzeri bir hakkı

²⁸⁶ Buhari, Talak, 12; Ebu Davud, Talak, 17, 18

²⁸⁷ Makdisî, Şemsuddin Ebu'l-Ferec Abdurrahman b. Muhammed b. Ahmed b. Kudame, *eş-Şerhu'l-Kebir*, Thk: Abdullah b. Abdulmuhsin Türki-Abdulfettah Muhammed Hulv, Hicr li'-Tibâa ve'n-Neşr, Kahire 1995, IX, 22

²⁸⁸ Nisa, 4/4, 19, 20

²⁸⁹ İbn Rüşd, *Bidayetü'l-Müctehid*, III, 89-90; Zuhayli, *el-Fıkhu'l-İslami ve Edilletuhu*, VII, 498

karşılığında muhalaa yapsa kadının nafaka ve benzeri bazı mali haklardan mahrum kalması da mümkündür.²⁹⁰

5. Kadının İffetsizliği: Evli kadının fuhuş yapması neticesinde kocası herhangi bir bedel almaksızın onu boşayabilmektedir. Bununla birlikte problem kadından kaynaklandığı için bu durumda muhalaa yapılabileceği de ifade edilmiştir.²⁹¹ Hasan Basri, İbn Sirin ve Ebu Kılabe gibi bazı alimler erkeğin muhalaa yapmasının yalnızca kadının böyle bir suçu dolayısıyla mümkün olduğu görüşüne sahiptirler.²⁹²

6. Hakemlerin Muhalaaya Hükmetmeleri: Karı koca arasında şikak yani geçimsizlik söz konusu olduğunda eşlerin arasını ıslah için yine tarafların ailelerinden olan hakemler tayin edilmesi ayetle²⁹³ sabit olan bir hükmüdür. Hakemlerin eşlerin arasını ayırma konusundaki yetkileri meselesinde görüş ayrılıkları vardır. Cumhura göre hakemler kocanın veya kadının vekaleti alınmaksızın boşama veya muhalaaaya hükmedemez.²⁹⁴ Ancak Malikilere göre hakemler hakim hükmündedir. Eşlerin izni veya vekaleti olmaksızın eşler arasındaki anlaşmazlık dolayısıyla boşamaya veya muhalaaaya hükmedebilirler.²⁹⁵ Yine Malikilere göre hakemler muhalaaaya ancak anlaşmazlığın kaynağının kadın olması durumunda hükmedebilmektedirler.²⁹⁶

1.4.2.2. Muhalaada Mahkeme Kararının Şart Olup Olmaması

Âlimler muhalaa davalarının mahkemede görülmesinin şart olup olmadığı konusunda farklı görüşler ortaya koymuşlardır.

İslam hukukçularının çoğunluğu muhalaa davalarında mahkemenin şart olmadığı görüşünü benimsemişlerdir.²⁹⁷ Bu görüşe sahip âlimler delil olarak Hz. Ömer'in mahkemeye gitmeksizin muhalaa davasının halledilmesinin caiz olduğu şeklindeki görüşünü delil olarak alırlar.²⁹⁸ Ayrıca daha önce ifade ettiğimiz gibi muhalaa karı

²⁹⁰ Şeybânî, *el-Asl*, IV, 550; Şafii, *el-Ümm*, V, 216

²⁹¹ İbn Kudame, *el-Muğni*, VII, 328

²⁹² İbn Rüşd, *Bidayetü'l-Müctehid*, III, 90; İbn Kudame, *el-Muğni*, VII, 324

²⁹³ Nisa: 4/35

²⁹⁴ İbn Rüşd, *Bidayetü'l-Müctehid*, III, 89-90; Zuhayli, *el-Fıkhü'l-İslami ve Edilletuhu*, VII, 568

²⁹⁵ Sâvî, Ahmed b. Muhammed el-Maliki, *Haşiyetü's-Savi ale's-Şerhi's-Sağir*, Daru'l-Maarif, t.y., II, 514; Zuhayli, *el-Fıkhü'l-İslami ve Edilletuhu*, VII, 568

²⁹⁶ Sâvî, *Haşiyetü's-Savi ale's-Şerhi's-Sağir*, II, 514; Ebu Zehra, *el-Ahvalü's-Şahsiyye*, 324

²⁹⁷ Kasani, *Bedâiu's-sanâyi*, III, 145; İbn Kudame, *el-Muğni*, VII, 324; Zuhayli, *el-Fıkhü'l-İslami ve Edilletuhu*, VII, 485

²⁹⁸ Buhari, Talak, 12

kocanın karşılıklı rızası ile gerçekleşeceğinden mahkemeye ihtiyaç duymayan ikaleye benzemektedir.²⁹⁹ Nitekim ikale ile sözleşmelerin sonlandırılması da böyledir.

Muhalaâ ile ilgili ayette geçen “*şayet korkarsanız*” hitabının hâkimlere yönelik olduğunu savunan Hasanü'l-Basri ve İbn Sirin ise muhâlaada hâkimin hükmünün gerekli olduğu görüşüne sahiptirler.³⁰⁰ Konuyla alakalı olarak Ebu'l-Ala Mevdudi ise şunları söylemektedir:³⁰¹

“... Hul’ olayında yasanın kadına tanıdığı hakları şeriatın aksine gaspedip hul’un uygulamaya konulup konulmamasını erkeğin arzusuna bırakmakla, kadınların uğradıkları ve uğrayacakları zulümlerin mesuliyetini Allah’ın ve Resûlünün şeriatına yükleyemeyiz. Öyleyse yanlış bizim yanlışımızdır.”

Muhalaâ konusunun mahkemede görülmesi taraftarı olan Nihat Dalgın da bu davanın erkeğin kararına bırakılmasının şeriatın bu hususla hedeflemiş olduğu duruma ters düşeceğini ifade etmektedir.³⁰² Dalgın’ın bu değerlendirmesi usuli bir değerlendirme içermemektedir. Zira evliliklerde ortaya çıkan problemler de eşler kendi aralarında sivil şekilde bir anlaşmaya varamadıklarında hakem heyeti veya davaya konu edilmişse mahkeme gerektiğinde muhalaaya hükmedebilir. Ancak evliliğin tarafları olan eşlerden sivil şekilde kendi aralarında muhalaâ yapabilme haklarının alınması fikri isabetli dahası işlevsel gözükmemektedir.

Bazı âlimler ise farklı bir görüşe sahiptirler. Muhalaâ konusunda karı koca arasında anlaşmazlık çıkması durumunda mahkemeden yardım talep edilebileceği görüşünü benimsemişlerdir.³⁰³ Bu görüş sahipleri kocasından boşanmak isteyen bir kadının kendisine müracaatı ve Hz. Peygamber’in kocaya mehir olarak aldığı bahçeyi geri alması ve karısını boşamayı emrettiği rivayeti³⁰⁴ delil olarak alırlar.

²⁹⁹ Zuhayli, *el-Fıkhu'l-İslami ve Edilletuhu*, VII, 485

³⁰⁰ Cessas, *Ahkamu'l-Kuran*, II, 242; İbn Kudame, *el-Muğnî*, VII, 324; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, I, 367; Dalgın, *İslam Hukukunda Boşama Yetkisi*, 123

³⁰¹ Mevdudi, Ebu'l-Ala, *İslam'da Aile Hukuku*, Trc: Memiş Tekin, Konya 1990, 76-77

³⁰² Dalgın, *İslam Hukukunda Boşama Yetkisi*, 124

³⁰³ Merdavi, Alaaddin Ebu'l-Hasen Ali b. Süleyman, *el-İnsaf fi Ma'riteti'r-Racih mine'l-Hilaf*, Daru İhyai't-Turasi'l-Arabi, y.y. t.y., VII, 382; Seyyid Sabık, *Fıkhu's-Sünne*, II, 379-380

³⁰⁴ Buhari, Talak, 12; Ebu Davud, Talak, 17, 18

1.4.2.3. Kadının Muhalaa İsteğine Kocanın İtirazı

Kadının muhalaa talebinde bulunması durumunda her ne kadar olumlu cevap vermesinin müstehab olduğu ifade edilse de³⁰⁵ kocanın buna itiraz hakkının olduğu konusunda âlimler arasında neredeyse ittifak vardır.³⁰⁶ Çünkü muhalaa talakın bir çeşididir dolayısıyla talakın şartlarının muhalaa için de geçerlidir.³⁰⁷ Ayrıca muhalaada kocanın rızasının şart olması dolayısıyla itiraz hakkının bulunmasını şu üç hususla açıklanmaktadır:

1. İlki şayet koca, herhangi bir bedel zikretmeksizin karısını talakı kastederek muhalaa lafızlarından biriyle boşamış olsa burada kadının muvafakatına bakılmaksızın bedelsiz bir talak gerçekleşmiş olur.³⁰⁸

2. İkincisi muhalaada icab ve kabul şartı bulunmaktadır. Şayet kocanın kabul veya red gibi bir hakkı olmasaydı bu husus da söz konusu olmazdı.³⁰⁹

3. Üçüncüsü muhalaanın unsurlarından biri de kocadır ve kocanın âkil-bâliğ olması şart koşulmuştur. Aynı şekilde şayet kocanın itiraz hakkı bulunmamış olsaydı onun akıllı ve baliğ olması veya olmaması arasında bir fark olmaması gerekirdi.³¹⁰

Bu konuda mezheplerin görüşleri ise şu şekildedir: Hanefiler muhalaada kadının rolünün bir bedel takdim etme, erkeğin rolünün ise kadını boşamak şeklinde olduğunu dolayısıyla erkeğin rızası olmadıkça talakın gerçekleşmeyeceği görüşündedirler.³¹¹

Malikiler ise muhalaanın rükünleri arasında icapta bulunan olarak kocayı da saymışlar ve kocanın akıllı ve baliğ olması gerektiğini ifade etmişlerdir.³¹² Bu durum da yine bu konuda kocanın muvafakatinin gerekli olduğuna delalet etmektedir.

Şafiiler ise muhalaa konusunda rükünlerinden bahsederken talakı sahih olabilecek bir koca ve sigaya değinirler. Burada talakı geçerli olabilecek kocadan kasıt çocuk, deli

³⁰⁵ Buhutî, *Şerhu Müntehe'l-İradât*, III, 57

³⁰⁶ İbn Rüşd, *Bidayetü'l-Müctehid*, III, 90; Seyyid Sabık, *Fıkhu's-Sünne*, II, 377

³⁰⁷ Zeylâî, Fahreddin Osman b. Ali b. Mahcen, *Tebyinü'l-Hakaik Şerhu Kenzi'd-Dakaik*, el-Matbaatu'l-Kübra'l-Emiriyye, Bulak t.y., II, 267; Bedruddin Ayni, Ebu Muhammed Mahmud b. Ahmed b. Hüseyin, *el-Binaye Şerhu'l-Hidaye*, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2000, V, 506

³⁰⁸ Haddadi, Ebubekir b. Ali b. Muhammed, *el-Cevheretü'n-Neyyira*, el-Matbaatu'l-Hayriyye, y.y. 1322, II, 59

³⁰⁹ Kasani, *Bedâiu's-sanâiyî*, III, 145; Şirbini, *Muğni'l-Muhtac*, 3, 263; Derdîr, *eş-Şerhu's-Sağir*, II, 517

³¹⁰ Kasani, *Bedâiu's-sanâiyî*, III, 147; Derdîr, *eş-Şerhu'l-Kebîr*, II, 352

³¹¹ Kasani, *Bedâiu's-sanâiyî*, III, 147

³¹² Haraşî, Muhammed b. Abdullah, *Şerhu Muhtasari Halil*, Daru'l-Fikr, Beyrut t.y., IV, 11

veya mükreh olmayan kimsedir.³¹³ Siga konusunda ise icab ve kabul ele alınır. Bütün bunlar Şafiilerin de muhalaada kocanın kabulünü aradıklarını göstermektedir.

Hanbelilerde ise kocanın muhalaa konusunda müstakil olduğunu, kadının rızasına gerek olmadığı şeklinde bir görüş mevcuttur.³¹⁴ Burada kocanın müstakil oluşundan kasıt onun rızasının gerekliliğidir.

Nasların zahirine göre hüküm veren Zahiriler ise muhalaada karı kocanın her ikisinde rızasının şart olduğunu, biri eksik olursa söz konusu işlemin batıl olacağı görüşündedir.³¹⁵ Malumdur ki Zahiriler naslarda geçen tüm emirlerin, çok az konu hariç, vücut ifade ettiğini savunurlar. Zahiriler bile kocanın muhalaaya zorlanamayacağını savunmaktadırlar.

Ancak bu konuda Hz. Ömer'den gelen bir rivayette “*kadınlar muhalaa istediklerinde onları geri çevirmeyin*”³¹⁶ şeklinde bir rivayet vardır. Gerek bu rivayet ve gerekse “*kadınları, zarar vererek haklarını çiğnemek için nikâh altında tutmayın*” (Bakara, 2/231) ayetini delil alarak erkeğin bu konuda kadının muhalaa talebine itiraz etmesinin hakkın kötüye kullanımı olduğu dolayısıyla kocanın böyle bir hakkının bulunmadığını savunan görüşler de mevcuttur.³¹⁷ Bu yaklaşım “*muhalaada erkeğin talak hakkına karşılık kadına verilmiş bir haktır*” görüşüyle de uyumludur.³¹⁸ Nitekim İbn Rüşd eserinde Ebu Hanife'nin, kadının zarar vermesi durumunda kocanın belli bir mal

³¹³ Nevevi, Ebû Zekeriya Muhyiddin b. Şeref, *Minhacü't-Talibin ve Umdetu'l-Müftin fi'l-Fıkh*, Thk. İvaz Kasım Muhammed İvaz, Daru'l-Fıkr, y.y. 2005, I, 226; Zekeriyya el-Ensari, *Menhecü't-Tullâb*, 122

³¹⁴ İbn Receb, Ebü'l-Ferec Zeynüddin Abdurrahmân b. Ahmed b. Abdurrahmân, *el-Kavaid fi'l-Fıkhü'l-İslami*, Nşr. Tâhâ Abdürraûf Sa'd, Kahire 1972, 331

³¹⁵ İbn Hazm, *el-Muhalla*, IX, 511

³¹⁶ Beyhaki, Sünen, VII, 315

³¹⁷ Dalgın, *İslam Hukukunda Boşama Yetkisi*, 149

³¹⁸ Koca herhangi bir bedel ödemeksizin evliliği sonlandırabilirken kadının muhalaa ile boşanırken maddi bir bedel ödemek zorunda olması “*buna nasıl hak denebilir?*” sorusunu zihinlere getirebilir. Ancak unutulmamalıdır ki kadın meşru bir gerekçeyle sahipse mahkemeden boşanma talebinde bulunabilmektedir. Ancak muhalaayı gerektirecek bir durumda genelde evlilik birliğinde kadın kusurlu demektir. Erkek evlilik masrafları, hemen sonrasında mehir, eş ve çocukların nafakası ve boşanma sonrasında iddet içerisinde kadının ve büyüünceye kadar çocukların nafakasından sorumludur. Erkeğin bunca maddi sorumluluğu ve kadın kusurlu olması bile kocanın bir kusurunun bulunmadığı bir durumda maddi bir bedelle evliliği sonlandırabilmesinin hak olarak değerlendirilmesi tabiidir. Osmanlı'da mahkeme defterlerine titizlikle kaydedilen muhalaa uygulamalarında kadınların devam ettirmek istemedikleri evliliklerden genellikle kurtulma imkanına sahip olduğu görülmektedir. Ayrıca bu uygulamalarda, kadınların genelde müeccel mehir, iddet nafakası veya küçük çocuğun büyütülmesi gibi konulardaki haklarından vazgeçerek muhalaa bedelini karşılamışlardır. Detaylı bilgi ve uygulama örnekleri için bk. Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, 114-115

karşılığında muhalaa yapmasının caiz olduğu şeklinde görüşünü³¹⁹ naklettikten sonra şu şekilde bir değerlendirme paylaşmıştır: “*İftida yani muhalaa yapabilme hakkı, kocanın boşama yetkisine karşılık kadına verilmiştir. Talak sayesinde koca, karısından ayrılabilirken kadın da muhalaa ile kocasından ayrılabilir.*”³²⁰

Hanbelî fakihî Merdâvî'nin paylaştığı İbn Kudame'ye ait bu konudaki değerlendirme de önemlidir: “*Şayet kadın, kocasına kızgın olsa iftida/muhalaa ile ayrılmasında beis yoktur. Hatta bu durum dışında (koca istikamet sahibi) olsa da muhalaa gerçekleşse sonuç doğurur.*”³²¹

Kocanın rızası şart olsa da kendisinden ayrılma talebiyle mahkemeye gitmiş bir kadınla bu süreçten sonra sağlıklı bir evlilik hayatına devam imkânı pek söz konusu olmayacaktır.

1.4.3. Îlâ

Îlâ sözlükte yemin anlamına gelmektedir.³²² Terim olarak ise farklı şekillerde tarifleri³²³ söz konusu olsa da “*belli bir takım şartlarla kocanın, karısıyla cinsel ilişkiye girmemeye yemin etmesidir*”³²⁴ şeklinde kısaca tarif edilebilir. Îlâ, cahiliye Arap toplumunda boşama şekillerinden biridir ve kadınlara eziyet etmek için kullanılan uygulamalardandır.³²⁵ Koca bir yıl veya daha fazla bir süre karısına yaklaşmayacağına dair yemin eder, süre bittiğinde yeminini tekrar eder böylelikle kadını askıda bırakmak ve başkasıyla evlenmesine de engel olmak suretiyle eziyet ederdi. Ancak İslam cahiliyedeki bu uygulamayı yaptırıma bağlamak suretiyle kadına yönelik zulmü engellemiş ve cinsel ilişkiden uzak kalmayı dört aylık süre ile sınırlamıştır. Kocanın dört ay içinde her an yemininden dönüp eşiyle barışması ve yemin keffareti vererek uhrevî sorumluluktan kurtulmasını mümkün hale getirmiştir. Ancak eşine dönmeksizin dört

³¹⁹ Bedrüddin Aynî, Ebu Muhammed Mahmud b. Ahmed b. Musa b. Ahmed b. Hüseyin, *el-Binaye Şerhu'l-Hidaye*, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2000, V, 508 vd.

³²⁰ İbn Rüşd, *Bidayetü'l-Müctehid*, III, 90

³²¹ Merdâvî, *el-İnsaf fi Ma'riteti'r-Racih mine'l-Hilaf*, VII, 382

³²² İbn Manzûr, *Lisanu'l-Arab*, XVIII, 42

³²³ Kasanî, *Bedâiu's-Sanâi'*, III, 161; İbn Kudame, *el-Muğnî*, VII, 298; Şirbinî, *Muğni'l-Muhtac*, V, 15

³²⁴ Kasanî, *Bedâiu's-Sanâi'*, III, 161

³²⁵ Bu tarz cümleler konunun ele alındığı pek çok çalışmada yer almaktadır ve sadece Araplara has bir uygulama gibi algılanabilmektedir. Hâlbuki ilanın, hukuki sonuçları itibarıyla farklılıklar söz konusu olsa da, esas itibarıyla hangi din veya ideolojiye mensup olursa olsun tüm toplumlardaki evliliklerde kocanın tabii tepkilerinden biri olabileceği dikkatlerden kaçmamalıdır.

aylık müddet sona ererse evlilik de sona erer veya kadının mahkemeye müracaat hakkı doğar ve hakim duruma göre karar verir.³²⁶ Konuyu düzenleyen ayet şu şekildedir: “Kadınlarına yaklaşmamaya yemin edenler dört ay beklerler. Eğer bu süre içinde, yeminlerinden dönerlerse, şüphesiz ki Allah, her şeyi çok bağışlayan ve çok merhamet edendir. Eğer boşamayı kastederlerse, şüphesiz ki Allah, her şeyi çok iyi işiten, çok iyi bilendir” (Bakara, 2/226-227)

Îlâ, dört aylık süre dolduğunda karı koca arasındaki talak gibidir. Dolayısıyla hem sebepsiz şekilde talakın hem de kadına eziyet etmenin haram oluşu gibi îlâ da haramdır.³²⁷ Bazı âlimler kocanın niyeti şayet karısına ders vermekse bu durumda îlânın haram olmadığını ifade etmişlerdir.³²⁸ Ancak tedip için olan bu îlânın dört ayı geçmemesi gerekmektedir. Buna delil olarak da Hz. Peygamber’in eşlerine bir ay süreli îlâda bulunmasını³²⁹ göstermektedirler.

Mezhepler ilanın gerçekleşebilmesi için gereken bazı şartlarda itilaf etmişlerdir.³³⁰ Ancak biz bu şartları, ihtilafları zikretmeksizin şu şekilde ifade edebiliriz: “aralarında sahih bir nikah bulunan eşlerden cinsel ilişkiye muktedir olan kocanın muteber yemin lafızlarından biriyle tekidli şekilde dört ay veya daha fazla süre³³¹ eşine yaklaşmamaya yemin etmesidir.”

Hanefilere göre ilanın hükmü tahrimen mekruhtur ve koca eğer hanımına dönmezse günahkar olmaktadır. Îlâdan dönme veya yemine sadık kalma gibi iki ihtimal söz konusudur. Koca yemininden dönerse ya yemin kefareti ya da şart koştuğu şeyi yerine getirmesi gerekir.³³² Dört aylık süre dolduğunda koca yeminine sadık kalmış ve eşine yaklaşmamışsa meseleyi mahkemeye götürmeye gerek kalmaksızın karı-koca arasında bir bâin talak gerçekleşir. Eğer koca, sonsuza dek yaklaşmayacağına dair yemin etmişse

³²⁶ İbn Rüşd, *Bidayetü'l-Müctehid*, III, 118; Zuhayli, *el-Fıkhu'l-İslami ve Edilletuhû*, IX, 7090

³²⁷ Şirbinî, *Muğni'l-Muhtac*, V, 15; Buhutî, *Keşşafu'l-Kinâ*, III, 217

³²⁸ Reşid Rıza, *Tefsiru'l-Menar*, II, 368

³²⁹ Kurtubî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed el-Ensârî, *el-Câmi li Ahkâmi'l-Kur'ân*, Mısır 1967, III, 108

³³⁰ Mezheplerin konuyla ilgili görüşleri için bk. Kasani, *Bedâiu's-Sanâi*, III, 161, 171, 175; İbn Kudame, *el-Muğni*, VII, 314; İbnu'l-Hümmam, *Fethu'l-Kadir*, IV, 189; Şirbinî, *Muğni'l-Muhtac*, III, 343; a. mlf., *el-İknâ' fi halli Elfâzi Ebî Şucâ*, Thk. Mektebu'l-Buhus ve'd-Dirasat, Daru'l-Fikr, Beyrut t.y., II, 452; Remlî, Semseddin Muhammed b. Ahmed, *Nihâyetü'l-Muhtac*, Beyrût 1984, VII, 69; Derdîr, *eş-Şerhu's-Sağîr*, II, 619

³³¹ İla yapılırken süreyle alakalı ifadelerle dair de mezhepler arasında bazı ihtilaflar mevcuttur. Bilgi için bk. İbn Hazm, *el-Muhalla*, X, 42; Kasani, *Bedâiu's-Sanâi*, III, 171; İbn Kudame, *el-Muğni*, VII, 300; Remlî, *Nihâyetü'l-Muhtac*, VII, 64; Derdîr, *eş-Şerhu's-Sağîr*, I, 478; Buhutî, *Keşşafu'l-Kinâ*, III, 216-217

³³² Kasani, *Bedâiu's-Sanâi*, III, 173

bu yemin bâin talaktan sonra da devam eder. Bu erkek ve kadın yeniden evlenecek olsalar ilâ geri gelir ve dört ay içinde bir geri dönüş söz konusu olmazsa yeni bir talak meydana gelir.³³³

Hanefiler dışındaki cumhura göre ise ilâ sonrası kocanın karısına dönmesi ilâ müddeti devam ederken veya dolduktan sonra da olabilir. Koca, yeminine rağmen karısına dönerse yemin keffareti gerekir. İlâ süresi dolduktan sonra hemen ayrılık gerçekleşmez ya kocanın boşaması ya da kadının mahkemeye müracaatı sonrası hâkimin boşaması gereklidir. Ki cumhura göre karı koca arasındaki bu ayrılık ric'î talaktır.³³⁴

İla uygulaması ele almış olduğumuz konu açısından önem arz etmektedir. Kocanın boşama yetkisinin mahkemeye devredilmesi gerektiği görüşüne sahip olanların önemli argümanlarından biri de “kocanın ağzından çıkan bir kelime ile evliliğin sona ermesinin kabul edilemez bir durum olduğu” şeklindedir.³³⁵ Ancak ila uygulaması bize İslam aile hukukunda evliliği sona erdiren sözlü tasarrufların talak ile sınırlı olmadığını göstermektedir. Her ne kadar uhrevi hükmü haram olsa da evlilik birliği devam ederken kocanın böylesi bir tasarrufta da bulunabilme ihtimali her zaman vardır. Kaldı ki meşru bir gerekçeye dayanmaksızın kocanın boşama yetkisini kullanarak evliliğe son vermesinin de haramlığı söz konusudur. Dolayısıyla sözlü bir tasarruf olan talak yetkisinin mahkemeye devri birçok açıdan olduğu gibi “*evlilik birliğinin kocanın insafına bırakılmaması, sözlü şekilde evliliği sonlandırmasının önüne geçilmesi gerektiği*” şeklindeki bir bakış açısından hareketle de mümkün gözükmemektedir.

1.4.4. Tefviz-i Talak (Boşama Yetkisinin Kadına Devredilmesi)

Evliliği sona erdirme yetkisinin erkeğe ait olduğunu ifade etmiştik. Erkek söz konusu bu yetkisini bizzat kullanabileceği gibi bir başkasını vekil de kılabilir. Vekalet dışarıdan birine verilebileceği gibi evliliğin taraflarından olan kadına da verilebilmektedir.

³³³ Kasani, *Bedâiu's-Sanâi*, III, 173

³³⁴ İbn Rüşd, *Bidayetü'l-Müctehid*, III, 118; Zuhayli, *el-Fıkhu'l-İslami ve Edilletuhû*, IX, 7090

³³⁵ Bu minvalde görüşe sahip olanlar hakkında bilgi için bk. “Talakın Mahkemeye Devredilebileceğini Savunanlar” başlığı

Tefviz sözlükte bir işin tasarruf ve idaresini başkasına tevdi etmek, havale etmek anlamlarına gelmektedir.³³⁶ Bir hukuk terime olarak ise “*erkeğin sahip olduğu boşama yetkisini, hanımına veya bir başkasına temlik ederek, boşanmayı onların irade ve isteğine bırakması*” şeklinde tarif edilir.³³⁷ Kocanın bu yetkisini hanımı dışında üçüncü bir şahsa devretmesi tevkil olarak isimlendirilmiştir.³³⁸ İslam hukukçularının çoğunluğu tefviz-i talakın caiz olduğunu ifade etmişlerdir.³³⁹

Evliliğin taraflarından olan kadının tefviz yoluyla boşama yetkisine sahip olmasının caiz olduğunu düşünen cumhur nas ve icmayı buna delil olarak göstermişlerdir.

“*Ey Peygamber! Eşlerine şöyle söyle: Eğer dünya hayatını ve süslerini istiyorsanız gelin size bağışta bulunayım ve güzellikle salıvereyim. Eğer Allah'ı, Peygamberini, ahiret yurdunu istiyorsanız bilin ki, Allah içinizden iyi davrananlara büyük ecir hazırlamıştır.*” (Ahzab: 33/ 28-29) ayetleri konunun Kuran’dan delili olarak zikredilir. Hz. Peygamber’in eşleri bol nafaka ve süs eşyası isteyerek onu üzmüşler, O da eşlerinden bir ay kadar ayrı kalmıştı. Bu durum üzerine bu ayetler nazil olmuştur.³⁴⁰ Ayetlerde belirtildiği şekilde Hz. Peygamber eşlerini ayrılmaları veya yanında kalmaları arasında muhayyer bırakmıştır. Bunun üzerine eşleri kalmayı tercih etmişlerdir. Bu hususu Hz. Aişe’den nakledilen şu rivayetten anlıyoruz: “*Resulullah bizi muhayyer bıraktı, biz Allah'ı ve Resulünü seçtik. O bunu bir şey (talak) olarak saymadı.*”³⁴¹ Bu rivayet tefviz-i talakın Sünnet’ten delilidir. Tefviz neticesinde kadının talak yetkisine sahip olacağı konusunda sahabenin icma ettiği belirtilmektedir.³⁴²

Zahiriler erkeğin boşama yetkisini eşine devredemeyeceği görüşünü benimsemişlerdir. Onlara göre cumhurun delil olarak kullandığı ayetin tefvize delaleti katî değildir. Ayrıca kocaya boşama yetkisi şer’i şerif tarafından verilmiştir. Bu hüküm hiçbir şekilde değiştirilemez.³⁴³

Boşama yetkisini devreden kocanın âkil-bâliğ, boşama yetkisine sahip ve özellikle kinayeli lafızla gerçekleşen tefviz işleminde erkeğin niyetinin boşama yetkisini

³³⁶ İbn Manzûr, *Lisânü'l-Arab*, VII, 210

³³⁷ Hallaf, *el-Ahvalü's-Şahsiyye*, 154; Ebu Zehra, *el-Ahvalü's-Şahsiyye*, 323

³³⁸ Abdulhamid, *el-Ahvalu's-Şahsiyye*, 286

³³⁹ Kasani, *Bedaiu's-Sanâi*, III, 124; Şirbini, *Muğni'l-Muhtac*, IV, 465

³⁴⁰ Kurtubi, *el-Cami li Ahkâmi'l-Kuran*, XIV, 163

³⁴¹ Buhari, *Talak*, 5

³⁴² Şirbinî, *Muğni'l-Muhtac*, IV, 465; Ebu Zehra, *el-Ahvalü's-Şahsiyye*, 328

³⁴³ İbn Hazm, *el-Muhalla*, IX, 483; Ebu Zehra, *el-Ahvalü's-Şahsiyye*, 328

devretmek olması gerekmektedir.³⁴⁴ Yetkinin kendisine devredildiği kadının da erkeğin nikahı altında bulunuyor olmalı veya ricî talak sonrası iddet içerisinde bulunmalıdır. Ayrıca kadının yetkinin devredildiği esnada ve söz konusu yetkiyi kullanırken âkil ve bâliğ olması gereklidir.³⁴⁵

Tefviz-i talak işlemi nikâh akdi kurulurken söz konusu olabileceği gibi evlilik devam ederken de gerçekleştirilebilir. Nikah akdi esnasında boşama yetkisi devredilirken icabın kadından kabulün ise erkekten olmasının gerekliliği üzerinde durulmuştur. Kadın “*talak hakkı elimde olması şartıyla seninle evlendim*” diyerek akdi başlatmış böylelikle erkek kabul ettiğinde kadın söz konusu yetkiye sahip olmuş olduğu halde evlilik kurulmuş olur. İcabın erkekten gelmesi durumunda erkeğin henüz elinde olmayan bir yetkiyi devretmesi anlamına geleceğinden akde kadının başlaması gerekir denilmiştir.³⁴⁶

Boşama yetkisinin devri sarîh boşama (talak) lafzıyla veya kinayeli şekilde olabilir. Kocanın eşine “*dilediğin zaman kendini boş*” demesi sarîh; boşama yetkisini devretmeye niyet ederek “*işin elindedir / kendin hakkında seçimde bulun*” gibi cümleler ise kinaye olarak değerlendirilir.

Tefviz müneccez, muallak ve muzaf olmak üzere üç şekilde gerçekleşebilir.³⁴⁷ Müneccez yetki devri tefviz işlemi sonrası doğrudan kadının yetkili hale gelmesi şeklindedir. Bu da değişik şekillerde meydana gelebilmektedir. Müneccez tefviz kocanın “*dilediğin zaman kendini boş*” cümlesiyle umum bildirecek şekilde ve bir süreyle kayıtlanmaksızın da gerçekleşebilir. Bu durumda da kadın söz konusu yetkisini dilediği zaman kullanabilir. Koca şayet tefviz işlemini bir süreyle kayıtlamamış aynı zamanda “*ne zaman istersen*” gibi bir umum ifadesine yer vermeyip mutlak olarak “*kendini boş*” demişse bu durumda kadın tefviz meclisinde kendisini boşayabilir. Ancak meclis dağıldıktan sonra söz konusu yetkisi ortadan kalkar.

Tefviz-i talak işlemi, “*falanca gelirse işin elindedir*” ve benzeri bir cümleyle muallak olarak yani bir şarta bağlı olarak söz konusu olmuşsa şart gerçekleştiğinde yetki

³⁴⁴ Kasanî, *Bedâiu's-Sanâi*, III, 99-100, 113; Şirbinî, *Muğni'l-Muhtac*, IV, 465-466

³⁴⁵ Şirbinî, *Muğni'l-Muhtac*, IV, 465

³⁴⁶ Abdulhamid, *el-Ahvalü's-Şahsiyye*, 287; Hallaf, *el-Ahvalü's-Şahsiyye*, 154

³⁴⁷ Kasanî, *Bedâiu's-Sanâi*, III, 113

devredilmiş olur ve münecceзде olduğu gibi kadın dilerse kendini boşayabilir.³⁴⁸ Şafilere göre bu şekildeki tefviz geçersizdir.³⁴⁹

Kadının boşama konusundaki yetkilendirilmesi bir zaman diliminin gelişine bağlanmış yani muzaf olarak gerçekleşirse söz konusu zaman dilimi geldiğinde kadın, tıpkı münecceз devirde olduğu gibi, kendisini boşamaya yetkili hale gelir.³⁵⁰

Hanefilere göre kocanın sahip olduğu boşama yetkisini bahsettiğimiz şekillerde devretmesi bir vekalet verme işlemi değil temlik yani yetkiye sahip kılma işlemidir.³⁵¹ Hanefilerin görüşleri çerçevesinde vekalet verme şu noktalarda temlikten ayrılmaktadır.³⁵²

1. Koca kendisine ait olan yetkisini temlik şeklinde eşine veya bir başkasına havale ettiğinde bundan vazgeçemez. Çünkü tefviz boşama işlemi yetkiyi devrettiği kişiye talik etmiştir ve bundan dönmek mümkün değildir. Fakat vekalet işleminden geri dönmek mümkündür.³⁵³

2. Yetkinin temlik edildiği kişiyi koca azledemez. Bu husus birinci maddede zikredilen gerekçeye dayanır. Oysa vekil her an vekaletten azl edilebilir.

3. Boşama yetkisine sahip kılınan (kendisine temlik edilen) kişi yetkiyi veren kişinin akli meleke kaybı ve benzeri bir sebeple ehliyeti ortadan kalktığında yetki devre dışı kalmaz. Oysa vekilin yetkisi, müvekkile arız olan bir ehliyet problemi dolayısıyla sona erer.

4. Tefviz işlemi herhangi bir zaman dilimiyle kayıtlı olmaksızın veya genel/sürekli bir yetkilendirme olmaksızın gerçekleştiğinde meclisle sınırlıdır. Fakat vekalette kayıt varsa ancak o zaman bu şekilde bir sınırlama söz konusu olur.

5. Vekalette müvekkilin âkil ve bâliğ olması gerekirken tefviz işleminde böylesi bir şart söz konusu değildir.

Şafililer âkil ve bâliğ olan kocanın boşama yetkisini hanımına devretmesini temlik, hanımından başka birine devretmesini ise tevkil olarak değerlendirmektedirler. İmam

³⁴⁸ Kasani, *Bedâiu's-Sanâi*, III, 116

³⁴⁹ Şirbinî, *Muğni'l-Muhtac*, IV, 465

³⁵⁰ Kasani, *Bedâiu's-Sanâi*, III, 116

³⁵¹ Kasani, *Bedâiu's-Sanâi*, III, 113

³⁵² Zeydan, *el-Mufasssal*, VII, 397; Abdulhamid, *el-Ahvalü's-Şahsiyye*, 287-288

³⁵³ Kasani, *Bedâiu's-Sanâi*, III, 113

Şafii'nin kavlı-i kadimine göre kişinin hanımına yapmış olduğu yetki devri de tevkildir. Ayrıca bu görüş sahipleri tefviz işlemini temlik içeren diğer akitler gibi icab ve kabulden ibaret görmüşler ve temlik sonrasında yetkinin kadın tarafından kullanılmasının meclisle sınırlı olduğunu ifade etmişlerdir. Meclis bozulduğundan tefviz de batıl hale gelir. Ancak koca “ne zaman istersen kendini boşa” ve benzeri bir cümleyle genellik içeren bir yetkilendirme yapmışsa bu durumda kadın tarafından yetkinin hemen kullanılması şart değildir.³⁵⁴

Tefviz-i talak Hanefilerde olduğu gibi Şafiilere göre de sarıh veya tefvize niyet edilerek kinayeli lafızlarla gerçekleşebilir. Bir şartın gerçekleşmesine bağlamak anlamına gelen muallak tefviz Şafiilere göre sahih değildir. Konuyu temlik içeren diğer akitler gibi değerlendiren Şafiiler hıyarı'r-rücûya³⁵⁵ karşılık gelecek şekilde boşama yetkisi kadına devredildikten sonra henüz boşama gerçekleştirilmeden erkeğin söz konusu işlemde vazgeçebileceğini ifade etmektedirler.³⁵⁶

Maliki mezhebine göre tefviz-i talak temlik, tevkil ve tahyir olmak üzere üç şekilde gerçekleşebilmektedir. Erkeğin hanımına “nefsini boşamak için seni vekil kıldım” diyerek yetkisini devretmesine tevkil; “kendini boşa” veya “işin elindedir” gibi cümlelerle yapılan devire temlik; “seçimini yap” diyerek eşini evli kalmak veya ayrılmak arasında muhayyer bırakma şeklindeki işleme ise tahyir denilmektedir.³⁵⁷ Tevkil ve diğer işlemler şu iki hususta farklılık arz eder. Birincisi vekalet işleminde vekil yalnızca müvekkilin vekaleti doğrultusunda işlem yapabilir. Ancak temlik ve tahyirde ise yetkinin kendisine devredildiği kişi kendi iradesi paralelinde bir işlem gerçekleştirmektedir. İkinci olarak ise müvekkil vekaletten vazgeçebilir ancak temlik ve tahyirden geri dönüş söz konusu değildir.³⁵⁸

Hanbeli mezhebinde de boşaması sahih olabilecek bir erkeğin hanımına veya üçüncü bir şahsa boşama yetkisini devretmesi caiz görülmüştür. Bu, sarıh ifadelerle olabileceği gibi niyetle birlikte kinayeli lafızlarla da söz konusu olabilmektedir. Tefviz

³⁵⁴ Şirbinî, *Muğni'l-Muhtac*, IV, 465

³⁵⁵ Bir akit kurulurken henüz kabul gerçekleşmeden icapta bulunanın icabından vazgeçme hakkıdır. Komisyon, *el-Mevsuatu'l-Fıkhiyyetu'l-Kuveytiyye*, XVIII, 39

³⁵⁶ Şirbinî, *Muğni'l-Muhtac*, IV, 465

³⁵⁷ Derdîr, *eş-Şerhu'l-Kebîr*, II, 405-406

³⁵⁸ Zeydan, *el-Mufasssal*, VII, 402

“kendini boşa” veya “işin elindedir” gibi erkekten sadır olan lafızlarla gerçekleştiğinde bu tevkildir.³⁵⁹

1.4.5. Zihar

Zihar kelimesi Arapça’da “sırt, bir şeyin arkası” gibi anlamlara gelen “ظهر” (zahr) kökünden türeyen bir kelimedir.³⁶⁰ Zihar, bir fıkıh terimi olarak ise “kocanın, kendisine haram kılmak kastıyla karısının vücudunun tamamını veya sırt, yüz ve benzeri uzuvlarını mahremi olan başka bir kadına benzetmesidir” şeklinde tarif edilir.³⁶¹ Zihar, “senin sırtın bana anamın sırtı gibidir” ifadesiyle daha çok vaki olduğu için “sırt” anlamına gelen bir kelimedenden türemiştir.³⁶²

Zihar, cahiliyede bir tür kadını askıda bırakma işlemi olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira kendisine kocası tarafından zihar yapılan kadın ne kocasından boşanmış sayılıyor, ne de onun helali kabul ediliyordu. Ancak İslam eşler arası haramlığa sebebiyet veren bu uygulamayı kefaretle sonlandırabilen bir işleme dönüştürmüştür. Evlilik devam ederken erkeğin böylesi bir duruma yol açması halinde karısıyla cinsel ilişkide bulunması haram hale gelir.³⁶³

Mülaane ile ilgili ayet şu şekildedir: “Allah, kocası hakkında seninle tartışan ve Allah'a şikâyetle bulunan kadının sözünü işitmiştir. Allah, sizin sürdürdüğünüz konuşmayı (zaten) işitmekteydi. Şüphesiz Allah hakkıyla işitendir, hakkıyla bilendir. İçinizden kadınlarına zihar yapanlar bilsinler ki, o kadınlar onların anaları değildir. Onların anaları ancak, kendilerini doğuran kadınlardır. Şüphesiz onlar (zihar yaparlarken) hoş karşılanmayan ve yalan bir söz söylüyorlar. Şüphesiz Allah çok affedicidir, çok bağışlayıcıdır. Kadınlardan zihar yaparak ayrılıp sonra da söylediklerinden dönecek olanlar, eşleriyle birbirlerine dokunmadan önce, bir köle azat etmelidirler. İşte bu hüküm ile size öğüt veriliyor. Allah yaptıklarınızdan hakkıyla haberdardır. Kim (köle azat etme imkanı) bulamazsa, eşine dokunmadan önce ardarda iki ay oruç tutmalıdır. Kimin de buna gücü yetmezse altmış fakiri doyurmalıdır. Bunlar

³⁵⁹ Buhutî, *Keşşafu'l-Kinâ*, V, 238

³⁶⁰ İbn Manzur, *Lisanu'l-Arab*, IV, 520

³⁶¹ Serahsi, *el-Mebhut*, VI, 223; Şirbini, *Muğni'l-Muhtac*, V, 29; Zeydan, *el-Mufasssal*, VIII, 282; Ebu Zehra, *el-Ahvalu's-Şahsiyye*, 340

³⁶² Ebu Zehra, *el-Ahvalu's-Şahsiyye*, 340

³⁶³ Serahsi, *el-Mebhut*, VI, 223; Şirbini, *Muğni'l-Muhtac*, V, 29

*Allah'a ve Resulüne hakkıyla iman edesiniz diyedir. İşte bunlar Allah'ın sınırlarıdır. Kafirler için elem dolu bir azap vardır.”*³⁶⁴ (Mücadile: 58/1-4)

Evlilik ilişkisinde zihar yapmanın haramlığı konusunda alimler arasında ittifak vardır.³⁶⁵ Nitekim ilgili ayeti kerimede konu hakkında “*Şüphesiz onlar (zihar yaparlarken) hoş karşılanmayan ve yalan bir söz söylüyorlar*” buyrulmaktadır.

Hanımına zihar yapan kocanın bu işlemi belli bir süreyle sınırlandırması durumunda haramlığın süresi hakkında ihtilaf vardır. Hanefî, Şafîi ve Hanbeli mezheplerine göre erkeğin zihar yaparken belirlediği süre içerisinde eşler birbirine haram olurlar ancak süre tamamlandıktan sonra kefaret gerekmeksizin birbirlerine helal olurlar.³⁶⁶ İbn Abbas, Ata, Katade, Sevri gibi sahabe ve tabiinden olan müctehidler ile Malikiler’e ve İmam Şafîi’den nakledilen bir görüşe göre ise zihar ister süreli ister süresiz yapılsın süresiz haramlık söz konusu olur ve eşler birbirlerine ancak kefaretle helal hale gelirler. İmam Şafîi, İbn Ebi Leyla ve Leys’den süreli şekilde yapılan şeyin zihar olarak kabul edilmeyeceği görüşü de nakledilir.³⁶⁷

Ziharın gerçekleşebilmesi için erkeğin hanımının bedeninin tamamını veya bir kısmını kendisine nikahı haram olan birine, onu kendisine haram kılmak kastıyla benzetmesidir şeklinde bir takım şartları da mevcuttur.³⁶⁸

Zihar yapıldıktan sonra eşlerin birbirlerine helal olabilmeleri için kocanın kefareti yerine getirmesi gerekmektedir. Kefaretin ayette belirtilen sıraya göre yerine getirilmesi zorunludur. Yani mümkünse öncelikle köle azadı, değilse altmış gün peş peşe oruç buna da imkanı yoksa altmış fakirin doyurulması gerekmektedir.³⁶⁹ Bahsettiğimiz şekilde gerçekleşen zihar işlemi üç şekilde sona erer.

Birincisi zihar yapan kocanın yahut kadının vefat etmesiyledir. Eşlerden birinin vefatı sonunda kefaretin yine de yerine getirilip getirilmeyeceği ile ilgili detaylar mevcuttur. Taraflardan biri vefat etmeden ve kefareti yerine getirmeden önce eşler münasebette bulunmuşlarsa bu kefaret sorumluluktan çıkmaz ve vefatından sonra bile olsa terikesinden karşılanır. Ancak koca, kefareti yerine getirmemiş ve hanımıyla

³⁶⁴ Ayetin nüzul sebebi için bk. Ahmed b. Hanbel, Müsned, XLV, 300

³⁶⁵ Kasani, *Bedaiu's-Sanai*, III, 229; İbnu'l-Kayyim, *Zadu'l-Mead*, V, 296; Şirbini, *Muğni'l-Muhtac*, V, 29

³⁶⁶ Kasani, *Bedaiu's-Sanai*, III, 235; Şirbini, *Muğni'l-Muhtac*, V, 37

³⁶⁷ Kasani, *Bedaiu's-Sanai*, III, 235; Şirbini, *Muğni'l-Muhtac*, V, 37

³⁶⁸ Komisyon, *el-Mevsuatu'l-Fıkhiyyetu'l-Kuveytiyye*, XXIX, 196

³⁶⁹ İbn Rüşd, *Bidayetü'l-Müctehid*, III, 129

münasebette de bulunmadan vefat etmişse bu durumda Hanefi ve Malikilere göre kefareti zimmetten düşer. Ancak vasiyette bulunursa terikesinin 1/3'üne kadar karşılanır.³⁷⁰ Malikiler, şayet zihar yapan erkek zimmetinde kefareti borcu olduğuna dair şahit tutmuşsa bu durumda vasiyette bulunsun veya bulunmasın kefareti terikesinden karşılanacağı görüşündedirler.³⁷¹ İkincisi koca ziharı süreli yapmışsa sürenin dolması, üçüncüsü ise kocanın kefareti yerine getirmesiyle ziharın hükmü kalkar.

Zihar yapıldıktan sonra iki önemli sonuç ortaya çıkar. Bu sonuçlardan ilki, karı kocanın birbirlerine haram hale gelmeleridir. İkincisi kocanın kefareti yerine getirmesi veya eşini boşamasıdır. Burada önemli bir husus gündeme gelmektedir. Şayet koca kefareti yerine getirmekten acizse ya da bundan imtina ederse nasıl bir yol izleneceği önem arz etmektedir.

Zihar yapan kocanın şayet köle azad etme imkanı yoksa ve yaşlılık, hastalık ve benzeri sebeplerle oruç tutma imkanı da bulunmuyorsa bu iki yol terk edilir ve bu kişi altmış fakiri doyurmak suretiyle kefareti yerine getirir. Bu konuda alimler arasında ittifak mevcuttur.³⁷²

Şayet koca zihar kefareti yerine getirmemekte ısrar ederse bu durumda konu mahkemeye intikal ettirilir. Mesele çözümsüz bırakılarak kadın mağdur edilmez.³⁷³ Bu konuda mezheplerin görüşleri kısaca şu şekildedir:

Hanefilere göre koca zihar kefareti, ister acizyet sebebiyle isterse kasten yerine getirmemekte ısrar ederse konu mahkemeye taşınır. Hakim kocaya kefareti yerine getirmesi yönünde karar verir. Koca bu karara rağmen kefareti yerine getirmemekte ısrarcı olur hakim bu durumda kefareti yerine getirme yahut hanımını boşama konusunda cebir kullanır.³⁷⁴

Malikilere göre koca kefareti şayet acizyeti dolayısıyla yerine getiremiyorsa bu durumda mahkeme kocaya hanımını boşamasını emreder. Koca mahkeme kararına uymamakta ısrar ederse mahkeme boşamayı re'sen gerçekleştirir ve bu bir ric'î talak

³⁷⁰ İbn Abidin, *Reddū 'l-Muhtar*, III, 472

³⁷¹ Ebu Abdillāh el-Maliki, Muhammed b. Ahmed b. Muhammed Aliş, *Minehu 'l-Celil fi Şerh-i Muhtasar-ı Halil*, Daru'l-Fikr, Beyrut t.y., IV, 241

³⁷² İbn Rüşd, *Bidayetü 'l-Müctehid*, III, 129; İbn Kudame, *el-Muğni*, VIII, 29

³⁷³ Komisyon, *el-Mevsuatu 'l-Fıkhiyyetü 'l-Kuveytiyye*, XLIV, 45

³⁷⁴ Kasani, *Bedaiu 's-Sanai*, III, 234; Komisyon, *el-Fetava 'l-Hindiyye*, Daru'l-Fikr, 2. Baskı, y.y., 1310, 1/507

olarak değerlendirilir. Kadının iddeti dolmadan koca kefareti yerine getirmeye güç yetirirse hanımına ricat eder ve kefareti eda eder. Ancak koca her türlü imkana sahip olmasına rağmen zihar kefareti yerine getirmiyorsa bu durumda kadının talak talebiyle mahkemeye müracaat etme hakkı bulunmaktadır. Hakim bu durumda tıpkı ilâda olduğu gibi dört ay geçmesini bekler. Dört ay geçmesine rağmen durum aynıysa hakim kocaya kefareti eda etmesini ya da hanımını boşamasını emreder. Koca karara uygun davranmamakta ısrarcı olursa hakim kadını koca adına boşar ve bu bir ricâ talak olarak değerlendirilir.³⁷⁵

Hanbelilere göre şayet zihar yapan koca kefareti yerine getirme gücüne sahip olmadığı gerekçesiyle süre talep ederse hâkim ona makul bir süre verir. Ancak imkanı bulunmasına rağmen kefareti yerine getirmiyorsa bu durumda süre verilmez ve zihar talak ile sonlandırılır.³⁷⁶

Görüldüğü gibi zihar cahiliyede kadına karşı bir zulüm aracı olarak kullanılırken İslam meseleyi ıslah etmiş ve nihai kertede mahkeme eliyle kadının maslahatını sağlayacak şekilde çözüme kavuşturulmasını sağlamıştır. Ziharı haram kılmak suretiyle erkeğin hanımına karşı sergilemesi muhtemel bir iğrençliğin de önüne geçilmiş olmaktadır.

Zihar, tıpkı talak ve ila gibi sözlü bir tasarruftur. Esas itibariyle evliliği sonlandırıcı olmasa da kocanın kefareti yerine getirmeme konusunda ısrarcı davranması halinde boşanmayla da sonuçlanabilen bir uygulamadır. Zihar yapmak, tıpkı meşru bir gerekçe olmaksızın kadına zarar vermek amacıyla boşamak veya ilâ yapmak gibi haramlık hükmüne tabidir. Ancak buna rağmen evliliklerde söz konusu olabilmektedir. Bu ve benzeri sözlü tasarrufların belli bir aşamadan sonra da olsa evliliği sonlandırabilmesi, kocanın yetkisindeki sözlü bir eylem olan talakın dikkate alınmaması ve mahkemeye devredilmesi gerektiği yönündeki değerlendirmeyi zayıflatan bir başka argümandır.

³⁷⁵ Ahmed b. Muhammed b. es-Sâvî, *Haşiyetü's-Sâvî ala Şerhi's-Sağir*, Thk: Komisyon, Mektebetü'l-Babi'l-Halebi, y.y. 1952, I, 480-481

³⁷⁶ Buhuti, *Keşşafu'l-Kinâ*, V, 365

1.4.6. Li'ân / Mülâane

İslam dini iftira atmayı haram kılmıştır. Özellikle de iffetli kimselere zina iftirasında bulunmak büyük günahlardan sayılmıştır.³⁷⁷ Kazf olarak isimlendirilen zina iftirası ile ilgili olarak "*Muhsan kadınlara zina iftirasında bulunup da dört şahit getiremeyenlere seksen celde vurun*"³⁷⁸ ayeti bir had cezası ön görmektedir.

Zina iftirası aralarında nikâh bağı bulunmayanlar arasında gerçekleştiğinde ve bu suç mahkemeye konu olduğunda hâkim iftira atan kişiden dört şahit getirmesini talep eder. Şahit getirilemeyen durumlarda iftira atan kişiye seksen sopa vurulmak suretiyle had cezası tatbik edilir. Aralarında nikah bağı bulunan karı koca arasında cereyan eden zina iftirası suçu ise farklı şekilde çözüme kavuşturulmaktadır ki buna liân yahut mülâane denilmektedir.

Lian yahut mülâane “لعن” fiilinin müfaale vezninde mastarı olup sözlükte “karşılıklı lanet okumak, lanetleşmek” anlamlarına gelmektedir.³⁷⁹ Bir hukuk terimi olarak ise li'ânın mezhepler tarafından farklı tarifleri yapılmaktadır.³⁸⁰ Ancak genel kabul gören şu tarifi paylaşabiliriz: “*Kocanın, karısının zina ettiğine yahut doğurduğu/doğuracağı çocuğun kendisine ait olmadığını iddia ederek hakim huzurunda yemin etmesi ve yalancı olması halinde Allah'ın lanetini talep etmesi ve karının da kocasının yalancı olduğuna ve kendisinin masum olduğuna dair yemin etmesi ve aksi halde laneti talep etmesi şeklinde gerçekleşen lanetleşmedir.*”³⁸¹

Kocanın karısının zina yaptığını iddia etmesi halinde lian uygulanmasının gerekliliği Kitap ve Sünnet ile sabit olmuş bir uygulamadır. Konuyla ilgili ayet şu şekildedir: “*Eşlerine zina isnat edip de kendilerinden başka şahitleri olmayanlara gelince, onların her birinin şahitliği; kendisinin doğru söyleyenlerden olduğuna dair, Allah adına dört defa yemin ederek şahitlik etmesi, beşinci defada da; eğer yalancılardan ise, Allah'ın lanetinin kendi üzerine olmasını ifade etmesiyle yerine gelir. Kocasının yalancılardan olduğuna dair Allah'ı dört defa şahit getirmesi (Allah adına yemin etmesi),*

³⁷⁷ Buhari, Hudud, 44; Müslim, İman, 145

³⁷⁸ Nur: 24/4

³⁷⁹ İbn Manzur, *Lisanu'l-Arab*, XIII, 388

³⁸⁰ Farklı tarifler için bk. Remli, *Nihayetü'l-Muhtac*, VII, 107; İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtar*, II, 362; Zeydan, *el-Mufasssal*, VIII, 320

³⁸¹ Zeydan, *el-Mufasssal*, VIII, 321

beşinci defada da eğer kocası doğru söyleyenlerden ise Allah'ın gazabının kendi üzerine olmasını dilemesi, kadından cezayı kaldırır.” (en-Nur, 24/6-9)

Mülaanenin Sünnet'ten delili ise Buhari ve Müslim Sahih'inde geçen Sehl b. Sa'd'dan ve yine Müslim'in Sahih'inde Said b. Cübeyr'den naklen aktarılan rivayetlerdir.³⁸²

Koca, karısının hamileliğinin veya doğurduğu çocuğun kendisine ait olmadığını kesin şekilde biliyorsa fakihlerin çoğunluğu mülaane talebinde bulunmasının vacip olduğu görüşündedir.³⁸³ Kocanın mülaane talebinde bulunması, karısının nesebine ilhak ettiği bir çocuğun bulunmaması ve onun zinasını gözüyle görmesi yahut güvenilir birinin haber vermesi, toplumda bu kanaatin yaygınlaşması veya kocanın bu konuda galip bir zanna sahip olması halinde ise caiz olduğu ifade edilmiştir.³⁸⁴

Kocanın, iddiası görme, duyma ve benzeri sağlam olmayan kaynaklardan dolayı bir vehme dayanıyorsa bu durumda mülaane talebinde bulunması da haram kabul edilmiştir. Bu konuda, “İffetli ve (haklarında uydurulan kötülüklerden) habersiz mü'min kadınlara zina isnat edenler, gerçekten dünya ve ahirette lanetlenmişlerdir. İşlemiş oldukları günahtan dolayı dillerinin, ellerinin ve ayaklarının kendi aleyhlerine şahitlik edecekleri günde onlara çok büyük bir azap vardır” (Nur: 24/23) ayeti delil olarak gösterilmektedir.

Kadının da kendisini temize çıkarmak için hakkında zina iddiasında bulunan kocasıyla mülaane yapma talebinde bulunması caiz kabul edilmiştir. Ancak kadının, asılsız da olsa kendisinin bu şekildeki bir konuyla toplumda gündeme gelmemesi için bu talepte bulunmamasının daha uygun olacağı ifade edilmiştir.³⁸⁵

Asıl itibarıyla söz konusu uygulamanın niçin var olduğu sorusunun cevabı açıktır. Zira karı koca birbirlerine mahremdirler ve aralarında aslolan sadakattir. Aksi bir durumun nadiren vaki olması beklenir.

Kocanın, karısının bu şekildeki bir fiilini görmesi durumunda ayette talep edilen dört şahidi getirmesi hem imkansız hem de erkeğin hanımının aleyhinde böylesi bir konuda beyyine arayışına girmesi alçaltıcı bir durumdur. Ancak koca açısından bu iddia

³⁸² Buhari, Tefsirü'l-Kuran, 55; Müslim, Talak, 8

³⁸³ Şirazi, *el-Mühezzeb*, III, 81; İbn Kudame, *el-Muğni*, VIII, 71; Derdir, *eş-Şerhu'l-Kebir*, II, 457

³⁸⁴ Zeydan, *el-Mufassal*, VIII, 324

³⁸⁵ Kasani, *Bedâiu's-Sanâi*, III, 243; Zeydan, *el-Mufassal*, VIII, 328

bir hakikatse bu durumda böylesi bir kadından ayrılabilmesi daha da önemlisi karısının doğuracağı çocuk ile nesep bağının bulunmadığının ortaya konulabilmesi önem arz etmektedir. Bu ve benzeri birçok hikmet dolayısıyla lian uygulaması teşri kılınmıştır.³⁸⁶

Burada şöyle bir soru akla gelebilmektedir: Koca, karısı hakkında böylesi bir iddiaya sahip olduğunda onu mülaaneye gerek kalmaksızın boşayabilir. Buna rağmen niçin mülaaneye ihtiyaç duyulmaktadır? Birkaç maddeyle bu soruya cevap verilmektedir: 1) Bu uygulama Allah Teâla'nın Kuran'da teşri kıldığı bir husustur. 2) Koca, karısını boşadığında onun doğurduğu çocukla nesep bağı kesilmemektedir. Nesebin reddi ancak lian ile mümkün olmaktadır. 3) Koca talak hakkını kullanarak karısını boşadığında mali bir takım sorumluluklar altına girmektedir. Oysa lian neticesinde bazı şartlarda özellikle Şafii ve Hanbelilere göre kocanın bazı mali sorumlulukları da ortadan kalkmaktadır.³⁸⁷

Genel olarak çalışmamızın konusu mülaanenin tüm detaylarını gerektirmediğinden şartları konusuna özet olarak temas etmek yeterli olacaktır. Öncelik kâzifin karısı hakkında dile getirdiği zina iddiasıyla ilgili olarak şahidinin bulunmaması gerekir. Şayet iddiasını ispat edebileceği dört şahit mevcutsa bu durum Hanefilere göre liana engel kabul edilmiş ve suç sabit olacağı için kadına zina haddi uygulanacağı görüşü benimsenmiştir.³⁸⁸ Hanefiler dışındaki cumhura göre ise koca lian yapmak yahut şahitlerle suçu ispat arasında muhayyerdir.³⁸⁹ Makzufta yani aleyhinde zina suçlaması olan kadında ise iki şart aranır. Bunlar iffetli olması ve zina suçlamasını inkâr etmesi şeklindedir.³⁹⁰ Ayrıca kazf dolayısıyla lian davasının tarafları olan karı ve kocanın her ikisinin de akıllı, baliğ, hür, Müslüman ve daha önce kazif suçunda had cezasına çarptırılmamış olmaları gerekmektedir. Elbette, bazı detayları bulunmakla birlikte özetle karı koca arasında nikâh bağının bulunması ve taraflardan birinin lian talebinde bulunması da bir diğer ortak şarttır.³⁹¹

³⁸⁶ Ayni, *Umdetu'l-Kari*, XIII, 250

³⁸⁷ Mâverdi, Ebu'l-Hasen Muhammed b. Muhammed b. Habib el-Basri, *el-Hâvî'l-kebîr fî Fıkhi Mezhebi'l-İmami'sh-Şafii*, XI, 31; İbn Kudame, *el-Muğni*, VIII, 233

³⁸⁸ Kasani, *Bedai'us-Sanâi'*, III, 240

³⁸⁹ Mâverdi, *el-Hâvî'l-kebîr*, XI, 11; İbn Kudame, *el-Muğni*, VIII, 61

³⁹⁰ Zeydan, *el-Mufasssal*, VIII, 331-332

³⁹¹ Kasani, *Bedai'us-Sanâi'*, III, 241; Zeydan, *el-Mufasssal*, VIII, 332-333

1.4.6.1. Mûlaanenin Hukuki Sonuçları

Mûlaane uygulamasının başlıca üç sonucu bulunmaktadır. Bunlardan ilki kocanın kazif haddinden, kadının ise zina haddinden kurtulmasıdır.³⁹²

Mûlaanenin ikincisi eşlerin birbirlerine haram olmalarıdır. Maliki ve Hanbelilere göre mûlaane tamamlandıktan sonra eşler birbirlerine ebediyyen haram hale gelirler.³⁹³ Hanefiler de benzer bir görüşe sahiptir. Ebu Yusuf lian sonrası eşler arasında tıpkı süt emmeden kaynaklanan haramlığa benzer şekilde bir haramlığın oluşacağı görüşündedir.³⁹⁴ Şafiilere göre koca şayet kazif haddinden kurtulmak için mûlaane yapmışsa eşler birbirlerine ebedi haram olurlar. Ancak koca sadece nesebin reddi için mûlaanede bulunmuşsa bu durumda nikahın sonlanmayacağı görüşündedirler.³⁹⁵

Mûlaane tamamlandıktan sonra ortaya çıkan üçüncü ve en önemli sonuç ise eşler arasındaki evlilik bağının sona ermesidir. Ancak mûlaane bizzat nikah bağını sonlandırır mı yoksa mahkeme kararı gerekli midir konusunda mezhepler arasında ihtilaf vardır.

Hanefilere göre mûlaane tamamlandıktan sonra eşler arası haramlık meydana gelse de sonra hemen ayrılık meydana gelmez. Miras, talak ve benzeri konularda nikah bağının devamı söz konusudur. Evliliğin sonlanabilmesi için hakimin ayrılığa hükmetmesi gerekmektedir. Hanefiler bu görüşlerine İbn Abbas'ın, Hilal b. Ümeyye ile hanımını mûlaane sonrasında Resulullah ayırdı şeklindeki rivayetini³⁹⁶ delil olarak gösterirler.³⁹⁷ Ahmed b. Hanbel'den nakledilen bir görüş de bu şekildedir.³⁹⁸

Malikiler, Şafiiler ve Hanbeli mezhebinin asıl görüşüne göre ise mûlaane tamamlandığında hâkimin hükmüne ihtiyaç kalmaksızın evlilik de sona erer. Nikahın sona ermesi de fesih şeklinde gerçekleşmiş olur.³⁹⁹ Hatta İmam Şafii kadın mûlaane

³⁹² Kasani, *Bedai'us-Sanâi*, III, 238; Şirbini, *Muğni'l-Muhtac*, V, 74; Buhuti, *Keşşafu'l-Kınâ*, V, 401-402; Dusûkî, Muhammed b. Ahmed b. Arefe, *Haşiyetü'd-Dusûkî ale's-Şerhi'l-Kebir*, Daru'l-Fikr, y.y. t.y., II, 465

³⁹³ Buhuti, *Keşşafu'l-Kınâ*, V, 402; Dusûkî, *Haşiyetü'd-Dusûkî ale's-Şerhi'l-Kebir*, II, 467

³⁹⁴ İbnu'l-Hümmam, *Fethu'l-Kadir*, IV, 276

³⁹⁵ Şirbini, *Muğni'l-Muhtac*, V, 71

³⁹⁶ Şevkânî, *Neylû'l-Evtâr*, VI, 268

³⁹⁷ Kasani, *Bedai'us-Sanâi*, III, 244-245

³⁹⁸ İbn Kudame, *el-Muğni*, VIII, 63

³⁹⁹ İbn Kudame, *el-Muğni*, VIII, 63; Dusûkî, *Haşiyetü'd-Dusûkî ale's-Şerhi'l-Kebir*, II, 467; Şirbini, *Muğni'l-Muhtac*, V, 71

yapmasa bile tek başına erkeğin kendi adına mülaaneyi tamamlamasıyla nikah bağı ortadan kalkar şeklinde bir görüşe sahiptir.⁴⁰⁰

Mülaane ile gerçekleşen ayrılığın niteliği konusunda da müctehidler arasında ihtilaf söz konusudur. Ebu Hanife ve İmam Muhammed'e göre lian sonucunda bain bir talak meydana gelmiş kabul edilir. Zira az önce de ifade edildiği üzere lian evliliği sonlandırma da yeterli olmayıp hakimini hükmüne ihtiyaç duymaktadır. Hakimin evliliği sonlandırması da bain talak olarak kabul edilmektedir.⁴⁰¹

Fakihlerin çoğunluğu ve Hanefilerden Ebu Yusuf ve İmam Züfer'e göre ise mülaane sonrasında talak değil fesih gerçekleşmektedir. Zira lian uygulamasıyla gerçekleşen ayrılık tıpkı süt akraba oldukları anlaşılan eşler arasındaki nikah bağının feshedilmesine benzer.⁴⁰²

Buraya kadar verdiğimiz bilgilerden anlaşılabileceği üzere mülaanenin ittifakla mahkemede gerçekleşmesi gerekmektedir. Ancak evliliğin sonlanabilmesi için hâkimin kararına ihtiyaç duyması konusunda ifade ettiğimiz şekilde bir ihtilaf vardır.

1.4.7. Aile Meclisi / Tahkim Yoluyla Boşanma

İslam hukukunda, aile içinde eşler arası bir anlaşmazlık, sürtüşme söz konusu olduğunda bu problemi ortadan kaldırmaya yönelik farklı alternatifler söz konusudur. Bu gibi durumlarda problem kadından kaynaklanıyorsa erkeğin öncelikle yapabileceği şeyler şu ayette yer almaktadır: *“(Evlilik yükümlülüklerini reddederek) başkaldırdıklarını gördüğünüz kadınlara öğüt verin, onları yataklarında yalnız bırakın. (Bunlar fayda vermez de mecbur kalırsanız) onları (hafifçe) dövün. Eğer itaat ederlerse artık onların aleyhine başka bir yol aramayın. Şüphesiz Allah çok yücedir, çok büyüktür.”* (Nisa, 4/34) Ayette zikredilen hususlar problemin çözümünde etkili olamazsa erkek talak yetkisini kullanmak suretiyle özel ya da genel bir faydası kalmamış olan aile birliğini sonlandırabilir. Özellikle de problemin erkekten kaynaklanması durumunda genel olarak eşlerin özel de ise kadının mahkemeye müracaat etme yahut kadının ve erkeğin ailesinden

⁴⁰⁰ Şirbini, *Muğni'l-Muhtac*, V, 71

⁴⁰¹ Kasani, *Bedai'us-Sanâi*, III, 245

⁴⁰² İbn Kudame, *el-Muğni*, VIII, 65; İbnu'l-Hümmam, *Fethu'l-Kadir*, IV, 276; Şirbini, *Muğni'l-Muhtac*, V, 71; Ebu'l-Hasen el-Adevi, *Haşiyetü'l-Adevi ala Şerhi Kifayeti't-Talibi'r-Rabbani*, Thk: Yusuf Şeyh Muhammed Bukai, Daru'l-Fikr, Beyrut 1994, II, 110;

birer hakem tayin edilebilmektedir. Bu uygulama tahkim, hakem heyeti yahut aile meclisi gibi kavramlarla ifade edilmektedir.

Tahkim terim olarak “*aralarında hukukî ihtilâf bulunan tarafların bu ihtilâfi çözüme bağlaması için üçüncü kişiyi ya da kişileri hakem tayin etmesi ve bu hususta yaptıkları sözleşme*” anlamına gelmektedir.⁴⁰³ Hukuk-ı aile kararnamesinde bu uygulama aile meclisi olarak düzenlenmiştir.⁴⁰⁴

Eşler arası anlaşmazlıkları çözmede en önemli ve belki de günümüzde en çok ihmal edilen aile meclisi veya hakem heyeti uygulamasıdır.

Bu konuyu bizzat Kuran-ı Kerim’de düzenlemiştir. İlgili ayet, “*Eğer karı-kocanın aralarının açılmasından korkarsanız, erkeğin ailesinden bir hakem ve kadının ailesinden bir hakem gönderin. Bunlar barıştırmak isterlerse Allah aralarını bulur; şüphesiz Allah her şeyi bilen, her şeyden haberdar olandır*” (Nisa: 4/35) şeklindedir.

Ayette geçen “شقاق” kavramı, “شَقَّ” kökünden türeyen bir kelime olup “فعل” vezninde “karşılıklı olarak sıkıntı vermek, zorluk çıkarmak” gibi anlamlara gelmektedir.⁴⁰⁵ Kavram üzerinde uzun uzun açıklamalar yapmak da mümkün ancak genel anlamda “*eşlerin, birbirlerinin hukuklarına riayet etmelerine engel olan her türlü niza/anlaşmazlık diyebileceğimiz olumsuz durum*” olarak ifade edebiliriz.⁴⁰⁶ Bu şekildeki problem çözülemediğinde, eşleri isyan ve zulme sevk etmeye başladığında aile meclisi gündeme getirilebilmektedir.

Öncelikle ilgili ayette geçen “hakem gönderme” emrinin muhatabının kim olduğunu tespiti çalışalım. Bu konuda alimlerin farklı görüşleri mevcuttur. Bu görüşleri şu şekilde özetleyebiliriz.⁴⁰⁷

1. Said b. Cübeyr ve Dahhak’a göre eşler arası anlaşmazlık söz konusu olduğundan hakem gönderme emrinin muhatabı devlet başkanı veya onun adına hakimlerdir. Bu, fakihlerin cumhurunun görüşüdür.

⁴⁰³ Mustafa Yıldırım, “Tahkim”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul 2010, XXXIX, 411

⁴⁰⁴ *Hukuk-ı Aile Kararnamesi*, Madde 130

⁴⁰⁵ İbn Manzûr, *Lisanu’l-Arab*, X, 183

⁴⁰⁶ Zeydan, *el-Mufasssal*, VIII, 415

⁴⁰⁷ Cessas, *Ahkamu’l-Kuran*, II, 238; İbn Arabî, *Ahkamu’l-Kuran*, I, 539; Zeydan, *el-Mufasssal*, VIII, 416-417; Komisyon, *el-Mevsuatu’l-Fıkhiyyetu’l-Kuveyyiyye*, XL, 308

2. Tabiin alimlerinden Süddî'ye göre aralarında bir anlaşmazlık ortaya çıktığında eşler hakem heyeti oluşturmakla görevlidir.

3. İmam Malik'e göre şayet eşler hacr altındaysa ayetteki hitap devlet başkanına ya da velileredir.

4. Başka bir görüşe göre söz konusu görev genel olarak tüm Müslümanlarındır. Bu konuda Müslümanların birinin diğerine bir önceliği yoktur.

5. Bir görüşe göre de ayetteki hitap umumi olup hitap eşlere, akrabalarına, komşularına kısacası bu emri yerine getirebilecek kişilerdir.

Her ne kadar konuyla ilgili birbirinden farklı görüşler mevcut olsa da bu durum pratiğe yansımada herhangi bir farklılığa sebebiyet vermeyecektir. Zira pratikte hakem heyeti oluşturma, hem devlet başkanını hem de tüm Müslümanları temsilen hâkimin yerine getirmesi mümkün ve uygun bir durumdur.⁴⁰⁸ Nitekim fakihlerin çoğunluğunun görüşü de bu yöndedir. Ancak eşler doğrudan mahkemeye müracaat edebilecekleri gibi akrabalarından yahut yabancılardan iki kişiyi aralarında hakem olarak tayin edebilirler.⁴⁰⁹ Netice olarak eşler aralarında çözüme kavuşturamadıkları bir anlaşmazlık içerisine düştüklerinde mahkemeye müracaat edecekler ve hâkim de hakem heyeti teşkil ederek süreci başlatacaktır.

Ailede karı koca arasında problem söz konusu olduğunda hakem heyeti oluşturarak meseleyi çözüme kavuşturmanın hükmü de konuyla ilgili olarak ele alınmaktadır.

Bu konuda iki ana yaklaşım tarzı bulunmaktadır. Bunlardan ilki hakem heyeti oluşturma'nın müstehab diğeri ise vacip olduğu şeklindedir. İmam Şafii'nin bir görüşüne göre bu husus müstehaptır.⁴¹⁰ Caferiler'de de vacip ve mendup olmak üzere konunun hükmüne dair iki vecih bulunmaktadır.⁴¹¹ Hakem heyeti oluşturma'nın müstehab olduğu fikrine sahip olanlar ilgili ayet-i kerimede geçen “فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها” (*erkeğın ve*

⁴⁰⁸ İbn Kudame, *el-Muğni*, VII, 320

⁴⁰⁹ Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, Bilmen Yay., İstanbul t.y., II, 364

⁴¹⁰ Nevevi, *Ravdatu't-Tâlibîn*, VII, 371

⁴¹¹ Zeynüddin el-Âmilî, *er-Ravdatu'l-Behiyye fî Şerhi'l-Lüm'ati'd-Dimeşkiyye*, II, 133; Şirbini, *Muğni'l-Muhtac*, IV, 428

kadının ailesinden iki hakem gönderin) emrinin irşad için olduğu, emir sigasında aslolanın istihbab olduğu⁴¹² şeklindeki usuli bakış açısına dayandırılmaktadır.⁴¹³

Konuyla alakalı bir diğer görüş ise eşler arası problem söz konusu olduğu aile meclisi yahut hakem heyeti oluşturmanın vacip olduğu şeklindedir. Bu, Şafiiiler ve Malikilerin aralarında yer aldığı fukahanın çoğunluğunun görüşüdür.⁴¹⁴ Maverdi, Reşid Rıza, İbn Aşur gibi isimler de hakem heyeti teşkil etmenin vacip olduğunu ifade etmektedirler.⁴¹⁵ Bu görüş sahipleri de ayetteki emir sigasının vücuda delalet ettiğini⁴¹⁶ ve eşler arasında da olsa bir problem söz konusu olduğunda emr-i bi'l-maruf'un umumi bir görev olduğuna dayanmaktadırlar.⁴¹⁷

Eşler arası anlaşmazlıkta görev alacak hakemlerde aranan şartlar da konuyla ilgili olarak ele alınan meselelerdendir. Hakemlerde genel anlamda akıllı, bâliğ, Müslüman, adalet sahibi, hür, erkek ve nüşuz/eşler arası problemlerin çözümüne dair bilgi ve tecrübe sahibi olma şartları aranmaktadır.⁴¹⁸ Bu tarz detaylar konumuzla doğrudan ilgili olmadığı için şahitlerde aranan şartlarla ilgili tartışmalara girmiyoruz.

Bu konuda şahitlerin karı kocanın ailesinde olmasının zorunlu olup olmadığına temas etmek uygun olacaktır. Şafii ve Hanbelilere göre hakemlerin karı kocanın ailesinden olması bir zorunluluk değil müstehaptır. İlgili ayette geçen “فابعثوا حكما من أهله” (erkeğin ve kadının ailesinden iki hakem gönderin) emrinin irşad için olduğu dolayısıyla hakemlerin tarafların ailelerinden seçilmesinin evla olduğu ancak bu mümkün olmazsa yabancılardan da hakem tayin edileceğini ifade ederler.⁴¹⁹

⁴¹² Bu, genel olarak Mutezile tarafından benimsenen bir görüştür. Ancak İmam Şafii, Gazzali, Amidi gibi isimlerin de bu görüştedir. Detaylı bilgi için bk. Ali İhsan Pala, *İslam Hukuk Metodolojisinde Emir ve Nehyin Yorumu*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum 2003, 132

⁴¹³ Abdulala Sebzevari, *Mühezzebü'l-Ahkâm fi Beyâni'l-Helal ve'l-Haram*, Müessesetü'l-Menar, Kum 1417, XXV, 228-229; Yasir Muhammed Mustafa Cabir, *et-Tahkim Beyne'z-Zevceyn*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Katar Üniversitesi, Katar 2018, 46

⁴¹⁴ İbn Kudame, *el-Muğni*, VII, 320; Hattab, *Mevâhibu'l-Celil fi Şerhi Muhtasari'l-Halil*, IV, 16; Remli, *Nihayetü'l-Muhtâc*, VI, 392

⁴¹⁵ İbn Aşur, Muhammed Tahir b. Muhammed, *et-Tahrir ve't-Tenvir*, ed-Daru't-Tunusiyye li'n-Neşr, Tunus 1984, V, 6; Reşid Rıza, *Tefsirü'l-Menar*, V, 65

⁴¹⁶ Usûlcülerin büyük çoğunluğu emrin, başka bir manaya götüren bir karine bulunmadıkça vücuda delalet ettiği görüşüne sahiptir. Pala, *İslam Hukuk Metodolojisinde Emir ve Nehyin Yorumu*, 117

⁴¹⁷ İbn Arabi, *Ahkamu'l-Kuran*, Kadı Muhammed b. Abdillâh Ebubekr el-İşbili, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2003, I, 543; Şirbini, *Muğni'l-Muhtac*, IV, 428; Komisyon, *el-Mevsuatu'l-Fıkhiyyetu'l-Kuveytiyye*, XL, 308

⁴¹⁸ Zeydan, *el-Mufasssal*, VIII, 419-421; Komisyon, *el-Mevsuatu'l-Fıkhiyyetu'l-Kuveytiyye*, XL, 310

⁴¹⁹ İbn Kudame, *el-Muğni*, VII, 321; Şirbini, *Muğni'l-Muhtac*, IV, 428

Malikilere göre ise ayette ifade edildiği gibi hakemlerin tarafların ailelerinden olması asıldır. Bu mümkünse yabancı hakem tayini caiz değildir. Ancak bu mümkün olmazsa biri akrabalarından diğeri yabancılardan olacak şekilde bir görevlendirme yapılır. Ya da her iki hakem de yabancılardan seçilir.⁴²⁰

Görevlendirilen hakemlerin eşlerin ailelerinden olmasının tabii olarak bazı hikmetleri sıralayabiliriz.⁴²¹

1. Öncelikle konuyla ilgili ayette, bir vücup söz konusu olmasa da bizzat tarafların ailelerinden hakem tayini istendiği için bu durumun daha uygun olduğu açıktır.

2. Hakemler aileden olursa eşler arası problemler aile dışına yansımayacaktır. Problemlerin aile dışına yansması çözümü zorlaştıracaktır.

3. Eşler arası probleme sebep olan meselelerin kaynağından haberdar olma ihtimalleri yüksek olduğundan çözüm konusunda daha uygun bir ortam oluşacaktır.

4. Aile yahut akrabanın taraflara daha şefkatli davranacak olması, eşlerin de hakemlerde sükûnet bulma ihtimallerinin daha yüksek olması dolayısıyla sürecin olumsuz sonuçlanma ihtimalinin azalması söz konusu olacaktır.

Aile meclisi uygulamasında asıl önemli husus hakemlerin yetkisi konusudur. Yani söz konusu hakemler eşlerin arasını ıslah edemediklerinde karı kocayı boşama yetkilerinin olup olmadığı konusunda farklı içtihatlar söz konusu olmuştur.

Ebu Hanife, bir rivayete göre İmam Şafii ve Ahmed b. Hanbel hakemlerin vekil konumunda olduğu görüşündedir. Dolayısıyla karı koca yani müvekkiller özellikle koca hangi konuda yetki verdiyse hakemler o konuda söz sahibidir. Eğer ıslah mümkün olmadığında boşamaya yetki verilmemişse hakemler eşlerin arasını ayıramazlar.⁴²²

Sahabeden Hz. Ali, İbn Abbas ve İmam Malik, diğer bir rivayete göre Ahmed b. Hanbel, Şa'bi, Nehai, Evzai gibi müçtehitlere göre ise hakemler hâkim mesabesinde. Bu nedenle ıslah mümkün olamadığında eşlerin vekâletine ihtiyaç olmaksızın karı kocayı

⁴²⁰ Dusûkî, *Haşiyetü 'd-Dusûkî ale 'ş-Şerhi 'l-Kebir*, II, 344

⁴²¹ Nisa: 4/35; Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, II, 362

⁴²² İbn Rüşd, *Bidayetü 'l-Müctehid*, III, 117; İbn Kudame, *el-Muğni*, VII, 321; Komisyon, *el-Mevsuatu 'l-Fıkhiyyetu 'l-Kuveytiyye*, XL, 310; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, I, 373

ayırma yetkileri vardır. Söz konusu tefrik, kusur kadında ise muhalaa şeklinde gerçekleşebileceği gibi bir bedele hükmetmeksizin boşama şeklinde de olabilir.⁴²³

1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi Maliki mezhebinin görüşünü tercih etmiş ve hakemleri hâkim kabul etmiş, evliliği sonlandırma şeklinde bile olsa verilen kararın kesin olduğunu hükme bağlamıştır.⁴²⁴

Ailede bir problem söz konusu olduğunda aile meclisinin oluşturulmasında eşlerin rızasının gerekli olup olmadığı da konuyla ilgili olarak önem arz etmektedir. Eşlerden her ikisi yahut biri mahkemeye müracaat etmişse hâkim yargılama öncesi hakem görevlendirebilir. Şayet aile içindeki problem mahkemeye intikal etmemişse bu durumda hakem görevlendirme konusu tamamen eşlerin rızasına dayalı olmaktadır. Şafii ve Hanbelilerin asıl görüşüne göre hakemler ancak eşlerin rızası ve vekalet vermesi ile görevlendirilebilmektedir. Şayet karı koca bu konuda rıza göstermezlerse hakemi kabul etmeye zorlanamazlar. Ancak taraflar mahkemeye başvurmuş iseler hâkim, hakem heyeti oluşturabilir.⁴²⁵

Aile meclisi veya hakem uygulaması İslam hukukunun Türk Medeni kanunundan farklı olarak benimsediği uygulamalardan biridir.⁴²⁶ Zira “aile arabuluculuğu” uygulaması Türk aile hukukunda henüz kanunlaşmamış, konuyla alakalı olarak şuana kadar sadece taslak bazı metinler kaleme alınmış yahut bazı çalıştaylar gerçekleştirilmiştir...

⁴²³ Dusûkî, *Haşiyetü'd-Dusûkî ale'ş-Şerhi'l-Kebir*, II, 344; Komisyon, *el-Mevsuatu'l-Fıkhiyyetu'l-Kuveytiyye*, XL, 310; Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, I, 373

⁴²⁴ Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Madde 130

⁴²⁵ İbn Kudame, *el-Muğni*, VII, 320; Komisyon, *el-Mevsuatu'l-Fıkhiyyetu'l-Kuveytiyye*, XL, 309-310

⁴²⁶ İslam aile hukukunda hakem uygulamasının günümüz aile arabuluculuğuna öncülük edebileceğine dair bk. Ahmet Temel, “İslam Aile Hukukundaki Arabulucu-Hakemlik Uygulamasının Türkiye’de Aile Arabuluculuğuna Muhtemel Katkıları”, *Darulfunun İlahiyat*, 30(2), 2019, 311-336

İKİNCİ BÖLÜM

TARİHSEL SÜREÇTE, TÜRKİYE’DE VE GÜNÜMÜZ İSLAM ÜLKELERİNDE EVLİLİĞİN SONA ERMESİ

2.1. TARİHSEL SÜREÇTE EVLİLİĞİ SONA ERDİRME YETKİSİ

İslam aile hukukunda evliliğin sona ermesi ile ilgili olarak tarihsel sürecin kısaca da olsa ortaya konulması önem arz etmektedir. Zira bu tarihsel tablo, boşa(n)malarda mahkemenin rolünü hem de uzun yıllar talakın ne şekilde bir seyir ve safahat izlediği ve varsa ne gibi düzenlemelere konu olduğunu görmemizi sağlayacaktır.

Genelde İslam tarihi özel de ise fıkıh tarihi genel olarak farklı tasnifler dikkate yapılarak çeşitli dönemler bağlamında ele alınsa da talak yetkisi ve uygulamaları konusu genel olarak Hz. Peygamber devri, Dört Halife dönemi, Tanzimat’ın ilanına kadar geçen süreç ve Tanzimat sonrası dönem olmak üzere ele alınmaya uygundur diyebiliriz. Çünkü birazdan konunun detaylarına girdiğimizde görüleceği üzere en temel düzenleme ve uygulamalar bahsi geçen dönemlerde ortaya konmuştur. Şimdi sırasıyla bu dört ana dönemde talak yetkisi ve uygulaması ve varsa mahkeme ile ilişkisini ifadeye çalışalım.

2.1.1. Hz. Peygamber Devri

Kuran ve Sünnet’in boşa(n)ma konusundaki düzenlemelerinde bugünkü gibi değil ilgili dönemin şartları içerisinde daha farklı bir sistemle söz konusudur.⁴²⁷ Kuran-ı Kerim’deki konuyla ilgili düzenlemeler daha çok İslam öncesi dönemde kadına zulmetme yollarından olan talak, ricat, zihar, ila, mülaane gibi uygulamalarla alakalı bazı ıslah edici önlemler almak ve takrir etmek şeklinde olmuştur.⁴²⁸ Kuran-ı Kerim’in, ilgili ayetlerde boşama fiilini erkeğe nispet etmesi ve kadınları ise ism-i meful vezninde “mutallakât/kocaları tarafından boşananlar” şeklindeki ifadelerle zikretmesi nedeniyle İslam öncesinde de söz konusu olan uygulamayı bazı düzenlemelerle ıslah ve takrir ederek evliliği sona erdirme yetkisini yine kocaya verdiği anlaşılmaktadır. Mahkemeye ilişkili gibi gözüken eşler arası anlaşmazlıklarda başvurulması gerekli bir prosedür olarak

⁴²⁷ İbrahim Yılmaz, *Yetki ve Sistem Açısından Talak*, 200

⁴²⁸ Örnek bazı düzenlemeler için bk. Talak: 65/1; Bakara: 2/226-228; Mücadile: 58/2

Kuran’da emredilen “hakem heyeti” uygulaması ise genelde boşanma öncesi eşlerin arasını ıslah edici nitelikte ve sivil veya resmi şekilde de anlaşılabilen boşanmayı önleyici bir tedbir olarak değerlendirilmiştir.⁴²⁹ Kuran-ı Kerim’in konuya yaklaşımı ile alakalı olarak önceki bölümde bilgi vermiştik.⁴³⁰ Bu nedenle Kuran-ı Kerim’in konuya ele alışı ile ilgili olarak burada bu kısa atıfla yetinebiliriz.

Bir diğer asli kaynak olan Sünnet’te ise genel olarak Kuran-ı Kerim’de konuyla ilgili olarak yer alan hükümleri teyit veya beyan edici nitelikte hükümler yer almıştır.⁴³¹ Sünnet boşama yetkisinin kime ait olduğu ile alakalı olarak daha açık hükümler barındırmaktadır.⁴³² Ayrıca Sünnet’te boşanmaya ilişkin Hz. Peygamber’in muhalaa, boşamanın şeri prosedüre uygunluğu gibi konularda denetleyici ve boşanmanın tali sonuçlarından olan nafaka, sükna ve benzeri konularda ise yargılama vazifesini deruhte ettiğine dair rivayetler yer almaktadır.⁴³³

Bütün bu bilgilerden hareketle Hz. Peygamber devrinde evliliği sona erdirmeye yetkisinin her iki asli kaynakta da kocaya tanındığı, Hz. Peygamber’in kocaya tanınan yetkiye müdahale etmeksizin boşanma esnası ve sonrasında varsa prosedüre aykırılıkları denetlediği veya yargıladığı anlaşılmaktadır.⁴³⁴

2.1.2. Dört Halife Dönemi

Konumuzla alakalı olarak bu dönemde Hz. Peygamber döneminden farklı sayılabilecek bir uygulama ve anlayışla karşılaşmıyoruz. Zira kamu otoritesinin nikah, talak ve özellikle talak yetkisi konusunda önceki dönemdekinden farklı düzenleme yapması gibi bir durum söz konusu olmamıştır. Tüm halifeler tıpkı Hz. Peygamber’in yaptığı gibi bazı boşanma davalarında yargılamalarda bulunmuştur.

⁴²⁹ Malikiler dışındaki cumhur eşler arası anlaşmazlığı gidermek üzere tayin edilen hakemlerin tarafların vekâletleri olmadıkça sadece ıslahla görevlidir, aralarını tefrik edemez. Bu, tahkimin esas itibarıyla bahsettiğimiz şekilde bir uygulama olduğunu göstermektedir. Bk. İbn Rüşd, *Bidayetü'l-Müctehid*, III, 117; İbn Kudame, *el-Muğni*, VII, 321; Komisyon, *el-Mevsuatu'l-Fıkhiyyetu'l-Kuveytiyye*, XL, 310; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, I, 373

⁴³⁰ Bk. Evliliği Sona Erdirme/Talak Yetkisi başlığı

⁴³¹ Konuyla alakalı örnek bazı rivayetler için bk. Buhârî, Talâk, 1; Müslim, Talâk, 1; Ebu Davud, Talak, 17, 18 vb.

⁴³² İbn Mâce, “Talâk”, 31; Dârekutnî, Sünen, III, 288-289, Hadis No: 3925-3927/101-103; Beyhakî, *el-Sünenü'l-Kübra*, VII, 590 Hadis No: 15116

⁴³³ Müslim, Talak, 6; İbn Mâce, “Talâk”, 31

⁴³⁴ Hz. Peygamber’in talak konusunda yargılamada bulunduğu konular için bk. İbnü't-Tallâ', Ebû Abdillâh Muhammed b. Ferec el-Kurtubî et-Tallâî, *Akdiyetu Rasulillah*, Daru'l-Kitabi'l-Arabî, Beyrut 1426

Hiz. Ebu Bekir ve Hiz. Ömer döneminde boşamayla alakalı prosedüre aykırı bazı durumlara müdahale edilse de yetkinin kocada olduğunu şu rivayetten anlayabiliyoruz: *“Hiz. Peygamber ile Ebû Bekr devirlerinde ve Ömer'in hilâfetine iki yılında üç talâk bir sayılırdı. Bilâhare Ömer b. Hattâb ‘İnsanlar kendilerine mühlet verilmiş olan bir işte acele gösterdiler. Keşke şunu onlara infaz etse idik!’ dedi ve onu kendilerine infaz etti”*⁴³⁵

Hiz. Osman da yine boşama yetkisine müdahale etmemiş ancak boşanmaya ilişkin bazı konularda yargılamalarda bulunmuştur. Mesela Hiz. Osman kendisine kocasından ayrılma talebiyle gelen kadının davasını görmüş ve neticede muhalaaya hükmetmiştir.⁴³⁶ Hiz. Ali döneminde de talak konusuna benzer şekilde bir yaklaşım söz konusu olmuştur. Nitekim Hiz. Ali aralarındaki şiddetli geçimsizlik sebebiyle kendisine müracaat eden karı koca için tahkim uygulanmasını ve gerekirse boşamaya hükmedilmesini emretmiştir.⁴³⁷

2.1.3. Tanzimat’ın İlanına Kadar Geçen Süreç

Dört Halife döneminden sonra Osmanlı dönemindeki 1869 Tanzimat’a kadar geçen süreç esas itibariyle kocanın talak yetkisi konusunda farklı uygulamalara sahne olan veya farklı görüşlerin mevcut olduğu bir dönem değildir. Bu uzun zaman diliminde de talak yetkisi kocaya tanınmış bir yetki olarak kabul edilmiştir ve mahkemeler birçok hukuk davasıyla ilgilendiği gibi talak davalarıyla da ilgilenmiştir. Örneğin Emeviler döneminde mahkemelerde talakla ilgili olarak tıpkı bir önceki dönemde olduğu gibi aynı anda verilen talakın kaç sayılacağı, sarhoşluk ve benzeri ehliyet arızalarının talaka etkisi ve talak sonrası kadının nafakası ile alakalı davalar görülmüştür.⁴³⁸ Hiz. Peygamber, dört halife dönemi ve Emeviler dönemindeki tablo daha sonra Abbasiler, Selçuklu ve Osmanlı gibi diğer tarihsel olarak sırasıyla ortaya çıkan devletlerde de söz konusu olmuş, kocanın talak yetkisine dair farklı bir bakış açısı veya uygulama yer almamış sadece talaka ilişkin tali hususlar mahkemelerde görülmüştür.

⁴³⁵ Müslim, Talak, 15

Hiz. Ömer, halifeliği esnasında aile hukukuna ilişkin bir takım hükümler benimsemiştir. Hiz. Ömer’in aile hukuku alanındaki içtihatlarını, kocanın talak yetkisinin mahkemeye devredilebileceği şeklindeki görüş sahipleri delil olarak kullanmaktadır. Bu konu üçüncü bölümde değerlendirileceğinden burada Hiz. Ömer dönemine kısaca atıf yaparak geçiyoruz.

⁴³⁶ Muvatta, Talak, 11

⁴³⁷ Beyhakî, Ahmed b. Hüseyin b. Ali b. Musa el-Horasanî, *Marifetü’s-Sünen ve’l-Âsâr*, Thk. Abdulmu’tî Emin Kal’aci, Daru Kuteybe, Beyrut 1991, XI, 293.

⁴³⁸ Steven Judd, *İhtisasu Mehakimi’l-Kadi fi’l-Asri’l-Emevi*, Trc. M. Abdulaziz Ahmed, Merkez Nuhud li’d-Dirasat ve’l-Buhus, y.y. 2021, 7 vd.

İslam hukuk tarihinde Mecelle'ye kadar bir kanunlaştırma faaliyeti söz konusu olmamıştır.⁴³⁹ Ancak Selçuklularda Sultan Melikşah'ın emriyle hazırlanan “el-Mesâ'ilü'l-Melikşâhiyye fi'l-Kavâ'idî's-Şer'iyye” adıyla bir kanunlaştırma faaliyeti mevcuttur.⁴⁴⁰ Mesail-i Melikşahiyye özel hukuk alanına dair bir kuralları içeren bir çalışmadır. Bu kanun metni aile ve borçlar hukukuna dair 6 maddeden oluşmaktadır.

Büyük Selçuklular zamanında vaz edilen bu kanunun aile hukukunu ilgilendiren en önemli özelliğinin kadınlara nikah esnasında mutlaka mehir ödenmesi⁴⁴¹ ve kadınlar aleyhine şahitliklerde belgenin esas alınması⁴⁴² gibi kadınların haklarını ciddi manada koruyucu hükümlerin yer almış olmasıdır. Bu, boşama hakkı kocada olsa İslam hukukunun kadını koruyucu çok sıkı tedbirler aldığını, gerekli ve mümkün hallerde ictihadi ve maslahata dayalı şekilde bir takım düzenlemelerin yapılabileceğini gösteren önemli bir durumdur.

Bu süreçle ilgili olarak ayrıca ifade etmemiz gerekir ki hicri 1/miladi 7. asırdan itibaren tüm konulardaki dolayısıyla aile hukuku konusundaki hadislerin talak başlığı altında tedvin ve tasnifi söz konusu olmuştur.⁴⁴³ Hicri 2. asırda da fûru-ı fıkıh kitaplarında konuya dair esaslar derlenmiştir. Özellikle fıkıh alanında yapılan söz konusu tedvin faaliyeti o dönem için bir kanunlaştırma faaliyeti olarak da değerlendirilir.⁴⁴⁴ İlgili süreç ve hemen sonrasında fıkhi mezheplerin ortaya çıkışı ve yaygın olduğu bölgede tek bir mezhebin görüşleriyle hükmedilmiş olması ve mezheplere ait fıkıh kitapları da kanun kitabı mesabesinde olmuştur.

Yoğun Hanefî nüfusa sahip ve neredeyse başlangıcından itibaren resmi mezhep olarak Hanefî mezhebini benimseyen Osmanlı'da önceleri Molla Hüsrev'in *Dürerü'l-Hükkam fi Şerhi Gururü'l-Ahkam* isimli eseri bir nevi hakimlerin davalarda müracaat ettiği kanun kitabıydı.⁴⁴⁵ 17. yüzyıldan 1917 tarihli aile hukuku kararnamesine kadar ise

⁴³⁹ Ömer Menekşe, "Selçuklular'da Kanunlaştırma Hareketleri ve Bir Hukuk Kodu Olarak el-Mesâ'ilü'l-Melikşâhiyye fi'l-Kavâ'idî's-Şer'iyye", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy. 35, 2020, 566.

⁴⁴⁰ Kanunun metni için bk. Mehmet Çalışkan, *el-Hüseynî el-Yezdî'nin el-Urâza fi'l-Hikâyeti's-Selcûkiyye Adlı Farsça Eserinin Türkçe Tercümesi*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü İstanbul 2019, 72-73; Ömer Menekşe, "Selçuklular'da Kanunlaştırma Hareketleri ve Bir Hukuk Kodu Olarak el-Mesâ'ilü'l-Melikşâhiyye fi'l-Kavâ'idî's-Şeriyye", 580-590

⁴⁴¹ el-Mesâ'ilü'l-Melikşâhiyye fi'l-Kavâ'idî's-Şeriyye, Madde 2

⁴⁴² el-Mesâ'ilü'l-Melikşâhiyye fi'l-Kavâ'idî's-Şeriyye, Madde 6

⁴⁴³ M. Yaşar Kandemir, "Hadis", *TDV İslam Ansiklopedisi*, İstanbul 1997, XV, 32

⁴⁴⁴ İbrahim Yılmaz, *Yetki ve Sistem Açısından Talak*, 206

⁴⁴⁵ Ahmet Akgündüz, "Dürerü'l-Hükkam", *TDV İslam Ansiklopedisi*, İstanbul 1994, X, 27

Osmanlı'da İbrahim Halebi'nin *Mülteka'l-Ebhur* isimli eseri aynı statüye sahipti.⁴⁴⁶ Ayrıca bu dönemde fetva kitapları da bu konuda önemli bir işleve sahipti. Zira Osmanlı'da talak konusu daha çok müftülere sorulan ve alınan cevaba göre belki sadece tescili için belli mercilere müracaat edilen bir husustur. Bu dönemle ilgili talak yetkisinin yine kocaya ait olduğu ve talakla ilgili tali konuların veya kadının boşanmak istediği durumların mahkemece ele alındığı ve talaka kamu otoritesinin müdahalesi sayılabilecek neredeyse tek hususun, sonraki süreçte daha sistemli hale gelecek olsa da, tescil zorunluluğu olduğunu ifade edebiliriz.⁴⁴⁷

2.1.4. Tanzimat Sonrası Süreç

Tanzimat sonrası birçok açıdan olduğu gibi hukuk alanı açısından da önemli gelişmelerin yaşandığı bir süreçtir. Zira bu dönemde ortaya çıkışından itibaren benzer yapıda varlığını sürdüren Osmanlı hukuk sisteminde, mahkemelerin yeniden düzenlenmesi ve bu mahkemelerde uygulanmak üzere yeni kanun metinlerinin hazırlanmasıyla esaslı değişimler olmuştur.

Ahmet Cevdet Paşa başkanlığında 1869 tarihinde hazırlanmaya başlanan Mecelle'de 1876'da bütünüyle yürürlüğe girmiş, aile ve miras hukuku yer almamıştı. Ahmet Cevdet Paşa'nın bu iki alana dair de kanun yapma niyet ve iradesinin bulunduğu II. Abdulhamid'e yazdığı raporlardan anlaşılmaktadır.⁴⁴⁸ Aile hukuku alanındaki bu eksiklik 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile tamamlanacaktır. İlgili kanuna kadar konu tamamen ihmal edilmemiş bazı hukuki düzenlemeler yapılmıştır. Tanzimat döneminde kanunlaştırma öncesi aile hukuku alanına dair bazı düzenlemeler şu şekildedir:

- 1859 tarihli Şeriyye Mahkemeleri Nizamnamesinde nikâh akdi ve düzenlenecek olan izinnamelerden alınacak olan ücretler belirlenmiştir.⁴⁴⁹

⁴⁴⁶ Mehmet Akif Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, 80

⁴⁴⁷ Aydın, *İslam Osman Aile Hukuku*, 109

⁴⁴⁸ Niyazi Berkes, *Türkiye'de Çağdaşlaşma*, İstanbul 1978, 222

⁴⁴⁹ Düstur, I. Tertip, 1/301; Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, 136

- 1874 tarihinde yayınlanan nizamname ile daha önceki süreçte de var olan İran uyruklularla evlenme yasağı sürdürülmüştür.⁴⁵⁰
- 1874 tarihinde yayınlanan fermanla mehir için alt ve üst sınır belirlenmiştir.⁴⁵¹
- 1881 tarihli Sicill-i Nüfus nizamnamesiyle hem Müslümanlar hem de gayrimüslim azınlıklar arasında gerçekleşen nikâhların tescil edilme zorunluluğu getirilmiştir. Bu nizamname ile ayrıca boşanmaların da imam ve ruhani liderler tarafından nüfus memurluğuna kayıt ettirilme zorunluluğu da getirilmiştir.⁴⁵²

Daha sonra sırasıyla 1887 tarihli kararname, 1900 tarihli nizamname ve 1914 tarihli Sicil-i Nüfus Kanunuyla yine akitlerin kaydedilme zorunluğu, kayıt için gerekli süre ve kayıttan sorumlu tarafın koca olduğu şeklinde bir takım düzenlemeler söz konusu olmuştur.⁴⁵³

Boşanmaların gerek imamlar ve gerekse ruhani liderler tarafından nüfus müdürlüklerine bildirilme mecburiyeti 1882 ve 1889 tarihli iradeler de sürdürülmüş, 1887 tarihli kanunla da bildirimde bulunulmaması halinde uygulanacak cezalar düzenlenmiştir. Hukuk-ı Aile Kararnamesinden önce son olarak 1914 tarihli Sicil-i Nüfus Kanunuyla talakı tescil ettirme sorumluluğu kocaya verilmiştir.⁴⁵⁴

Nikâh ve talakla ilgili olarak yapılan düzenlemelerden bu iki hususun kamu otoritesi tarafından kontrol altında tutulmaya çalışıldığı ancak kocanın boşama yetkisine müdahale sayılabilecek bir durumun söz konusu olmadığı anlaşılmaktadır. Aynı dönem içerisinde Mısır'da Kadri Paşa tarafından hazırlanan Ahval-i Şahsiyye isimli kanun metninde de benzer hükümler mevcuttur.⁴⁵⁵

⁴⁵⁰ Düstur, I. Tertip, 4/614; Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, 141; Tülay Ercoşkun, *Osmanlı İmparatorluğunda 19. Yüzyılda Evlilik ve Nikâha Dair Düzenlemeler*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), AÜSBE, Ankara 2010, 142-145

⁴⁵¹ Düstur, I. Tertip, V, 1074; Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, 141-142

⁴⁵² Düstur, I. Tertip, Zeyl 2, 15; Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, 142

⁴⁵³ Düstur, I. Tertip, 5/839; Düstur, I. Tertip, 7/433; Düstur, II. Tertip, 6/1244; Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, 138-139

⁴⁵⁴ Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, 142-143

⁴⁵⁵ Kadri Paşa, *el-Ahkamu's-Şer'iyye fi'l-Ahvali's-Şahsiyye*, y.y. t.y., 38-56

2.1.4.1. 1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi

Bu dönemde aile hukuku ile alakalı söz konusu düzenlemeler yapılsa da alandaki en önemli gelişme şüphesiz **Hukuk-ı Aile Kararnamesidir**.⁴⁵⁶ Hukuk-ı Aile Kararnamesi 25 Ekim 1917 tarihinde geçici kanun olarak yürürlüğe girmiştir.⁴⁵⁷ Nişanlanma, evlenme ve boşanmaya dair konuları düzenleyen kararnamenin en önemli özelliklerinden biri Osmanlı'da kendisinden önceki süreçte söz konusu olamayan Hanefi mezhebi dışındaki mezheplerin hatta münferid bazı müçtehitlerin görüşlerinden istifade edilmiş olmasıdır.⁴⁵⁸

Hukuk-ı Aile Kararnamesinde talak yetkisi yine kocaya tanınmıştır.⁴⁵⁹ Ancak kocanın talakı tescil ettirme zorunluğu devam ettirilmiştir.⁴⁶⁰ Boşanma bildiriminde bulunmayan kocaya yönelik olarak bir aya kadar hapis cezası verilebileceği hükmü ceza kanununa eklenmiştir.⁴⁶¹ Ayrıca kararnamede eşler arası anlaşmazlıklarla ilgili olarak aile meclisi/hakem heyeti oluşturulması esasına yer verilmiş ve hakemlerin gerekli olması halinde muhalaaya veya boşamaya hükmedebilecekleri hükmü Maliki mezhebinden istifade edilerek yazılmıştır.⁴⁶² Görüldüğü gibi Hukuk-ı Aile Kararnamesi, kocanın talak yetkisine müdahale etmemiş olsa da talakın tescili, aile meclisi/hakem heyeti teşkilini yargılamanın bir aşaması olarak benimsemesi ve hakemleri boşamaya hükmedebilme yetkisine sahip kılması gibi özellikleri itibarıyla aile hukuku alanında önemli bir adımdır. Hukuk-ı Aile Kararnamesi hem ruhani liderlerin yargılama yetkisini elinden alarak yargıda birliği sağlaması nedeniyle dışardan⁴⁶³, hem de özellikle Hanefi mezhebi

⁴⁵⁶ Kararnamenin ve esbab-ı mucibe layihasının metni için bk. Düstur, II. Tertip, 9/762-781; *Nikâh-ı Medenî ve Talâk Hakkında Hukuk-ı Aile Kararnâmesi-Münakâhat-Müfarekat-Esbâb-ı Mûcibe Lâyihası*, neşr.: İbrahim Hilmi, Matbaa-i Orhaniye, İstanbul 1336; Ahmet Yasin Küçüktiryaki, *Osmanlı Aile Hukuku*, İz Yay., İstanbul 2017

⁴⁵⁷ Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, 163

⁴⁵⁸ Kocası mefkud olan kadınların tefrik talepleri konusunda Maliki mezhebinden, çok eşliliği kısmen engelleme sayılabilecek bir düzenleme konusunda da Hanbeli mezhebinden, mükrehin nikah ve talakının geçersizliği konusunda Hanefi dışındaki mezheplerin görüşünden istifade edilmiştir. Mehmet Akif Aydın, "Hukuk-ı Aile Kararnamesi", *TDV İslam Ansiklopedisi*, İstanbul 1998, XVIII, 316

⁴⁵⁹ HAK, Madde 102

⁴⁶⁰ HAK, Madde 110

⁴⁶¹ Sabri Şakir Ansay, *Eski Hukukumuza Bir Nazar*, Ankara 1952, 31-32

⁴⁶² HAK, Madde 130

⁴⁶³ Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, 222-223

dışındaki mezheplerden istifade edilerek hazırlanmış olması sebebiyle 19 Haziran 1919 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır.⁴⁶⁴

30 Ekim 1920 tarihinde Burdur milletvekili İsmail Suphi Bey Hukuk-ı Aile Kararnamesinin yeniden yürürlüğe alınması ve kanun halini alması için de gerekli çalışmaları yapmak üzere Şeriye ve Adliye komisyonlarınca acilen ele alınması ile alakalı bir teklif sunduğu ancak olumlu karşılanmadığı bilgisi de yer almaktadır.⁴⁶⁵

Hukuk-ı Aile kararnamesinin yürürlükten kaldırılmasından sonra iki önemli kanunlaştırma teşebbüsü daha söz konusu olmuştur. Bunlar 1923 tarihli ve 1924 tarihli Hukuk-ı Aile Kanunu tasarılarıdır.

2.1.4.2. 1923 Tarihli Hukuk-ı Aile Kanunu Tasarısı

Mecelle'nin tadili için daha önceden kurulan Kanun-ı Medeni komisyonu 1923'te Ukud-Vacibat Komisyonu ve Ahval-ı Şahsiyye Komisyonu şeklinde ikiye ayrılmıştır.⁴⁶⁶ Ahval-i Şahsiyye komisyonu talimatnamesinde⁴⁶⁷ yer alan ifadelerden bu komisyonun 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesini hazırlayan komisyona halef olarak görev yapacağı anlaşılmaktadır. Ayrıca komisyonun kanunu hazırlarken öncelikli olarak fıkhi esasların dikkate alınacağını ve diğer devletlerin yapmış olduğu kanunlaştırmalardan istifadenin ikinci planda değerlendirileceğini bir esas olarak benimsemiştir.⁴⁶⁸ Üyeleri arasında Ömer Nasuhi Bilmen, Gönenli Mehmet Efendi gibi isimlerin de bulunduğu komisyon tarafından hazırlanan tasarı Adliye Vekili Seyyit Bey tarafından yine 1923'te meclisi sunulmuş ancak yeniden görüşüleceği gerekçesiyle geri çekilmiştir.⁴⁶⁹ 1923 tarihli aile kanunu tasarısı az önce detaylarına yer verdiğimiz Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile aynı hükümleri içermektedir dolayısıyla kocanın talak yetkisine ilişkin bir değişiklik

⁴⁶⁴ Gülnihal Bozkurt, *Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu*, Türk Tarih Kurumu Yay., Ankara 1996, 210; Aydın, "Hukuk-ı Aile Kararnamesi", XVIII, 317

⁴⁶⁵ Mahmud Esad Kalıpçı, "Hukuk-ı Aile Kararnamesinin İlgası İşlemi Keenlemeyekun Sayıldı Mı?", II. Türk Hukuku Tarihi Kongresi Bildirileri, 360-361; Ayrıca bk. TBMM Zabıt Ceridesi, IV, 22, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d02/c004/tbmm02004fih.pdf> (Erişim Tarihi: 23.06.2022)

⁴⁶⁶ Cihan Osmanağaoğlu Karahasanoğlu, "İsviçre Medeni Kanunu'nun Türkiye Cumhuriyeti Tarafından Resepsiyonuna Uzanan Sürece İlişkin Genel Bir Değerlendirme", *I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri*, 48

⁴⁶⁷ Talimatnamenin metni için bk. Ceride-i Adliye, Mayıs 1339 (1923), sy. 10, 463.

⁴⁶⁸ Elif Dursunüst, "Kabul Edilme Sürecinde Türk Kanun-ı Medenisi", *Usûl*, 12 (2010/1), 161-162.

⁴⁶⁹ Ansay, *Eski Hukukumuz Bir Nazar*, 58; Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, 237.

söz konusu edilmemiştir.⁴⁷⁰ Bu kanun tasarısıyla ilgili Şeriyeye Encümeni mazbatasında talak hakkının kocaya ait olması, kadına neden verilmediği ve gerektiğinde kadının kullanabileceği haklar ve talak yetkisinin mahkemeye devrine dair dikkat çekici değerlendirmeler bulunmaktadır.

Mazbata talak hakkının kadına tanınmamasını, kadının sinir ve duygularına hâkim olma konusunda zayıflığı ve fevri kararlar alabilmesi gibi özelliklerine atıfta bulunularak gerekçelendirilmiştir. Ayrıca kadının gerektiğinde evliliğe sonlandırabilme konusunda gerek talak yetkisine sahip olma şartıyla nikâh akdi icra etme, evlilik devam ederken tefviz-i talakla boşamaya yetkili olma veya tahkim talebinde bulunabilme gibi haklarının olduğu vurgulanmıştır. Çalışmamızın asıl konusu talak yetkisinin mahkemeye devri meselesinde ise mazbatada bunun mümkün olmadığı görüşü benimsenmiş ve gerekçe olarak da eşler arasında kalması gereken mahrem hususların ifşası, tarafların mahkemede iddialarını ispat edememe durumunda bu halet-i ruhiye ile evliliğe devam etmek mecburiyetinde kalacak olmaları ve dolayısıyla da bunun hem karı kocaya hem de toplumun zararına olacağı şeklinde değerlendirme yapılmıştır.⁴⁷¹

2.1.4.3. 1924 Tarihli Hukuk-ı Aile Kanunu Tasarısı

1923 tarihli aile kanunu tasarısı kabul görmeyip geri çekildikten sonra yeni bir kanun hazırlığı yapmak üzere komisyon teşkili için talimatname hazırlanmıştır. Bu talimatnamede hazırlanacak kanunun, modern bir devlete yakışacak tarzda gerek mevcut yerli mevzuattan ve gerekse batılı modern devletlerin mevzuatından istifade etmek suretiyle hazırlanması gerektiğine vurgu yapılmıştır. Daha önceki süreçte kendisini hissettiren Batı'dan kanun alma fikri bu talimatnamede iyice açığa çıkmış olmaktadır.⁴⁷²

Talimatname doğrultusunda çalışmalarına başlayan ahkam-ı şahsiyye komisyonu 142 maddeden oluşan bir kanun tasarısı hazırladılar.⁴⁷³ Bu tasarıda daha önce Hukuk-ı Aile Kararnamesinde ve 1923 tarihli aile kanunu tasarısında bulunmayan hükümler yer almıştır.

⁴⁷⁰ Ansay, *Eski Hukukumuz Bir Nazar*, 57; Yılmaz, *Yetki ve Sistem Açısından Talak*, 212

⁴⁷¹ *Hukuk-ı Aile Kanun Layihası Hakkındaki Mazbata (Geçen Nüshadan Maba'd)*, Sebilü'r-Reşad, İstanbul 1340, sy. 591, XXIII, 397.

⁴⁷² Halil Cin, *İslam ve Osmanlı Aile Hukukunda Evlenme*, AÜHF Yay., Ankara 1974, 307-308

⁴⁷³ Kanun tasarısının metni için bk. *Ceride-i Adliyye*, 1340-1341, sy. 26, 27

Tasarıda yer alan konumuzla da alakalı en önemli iki düzenleme söz konusudur. Bunlardan birincisi “*talakın ve tefrik davasının ehli reşit olan zevç ve zevcedir*”⁴⁷⁴ şeklindeki maddedir. İkinci önemli düzenleme ise “*85. Maddede yer alan esbab taht-ı tesirinde olarak zevc, zevcesini tatlik edebilir. Ancak icab-ı talakın hakim veya inci*”⁴⁷⁵ *madde ahkâmına tevfikân taraf-ı hakimden teşkil olunan heyet-i hakemiyye huzurunda ika’ı şarttır*”⁴⁷⁶ şeklindedir.

Kanun tasarısının maddeleri izah edilmelidir şöyle ki: Tasarıyla kadına talak hakkı verilmiyor ancak nikah akdi veya devamı esnasında tefviz-i talak ile hakka sahip olmuşsa onun da hakim veya hakem huzurunda talak hakkını kullanabileceği ifade ediliyor. Talak yetkisine zaten sahip olan erkeğin de aynı şekilde boşamayı mahkemede veya hakemlerin huzurunda gerçekleştirmesinin gerekli olduğu hükme bağlanıyor. Burada bir diğer önemli husus da gerek kocanın ve gerekse karının boşama haklarını kullanabilmelerinin de bazı şartlara bağlanmasıdır. Tasarının ilgili maddesi, 85. maddede sayılan sebeplerle eşlerin birbirini boşayabilecekleri şeklindedir. Söz konusu maddede genel olarak boşama sebebi olarak sayılan hususlar ise, eşlerin birbirine fiziki şiddet uygulaması ve bunu alışkanlık haline getirmiş olmaları, üzerlerine düşen sorumlulukları yerine getirmekten bilinçli şekilde uzak durmaları, ailenin şeref ve namusunu zedeleyecek tarzda kötü hareket ve davranışta bulunmaları, aileyi maddi açıdan sıkıntıya sokacak derecede israf sayılabilecek tutum içerisinde olmaları ve evlilik birliğinin devamını imkânsız hale getirebilecek seviyedeki şiddetli geçimsizliğin mevcut olmasıdır.⁴⁷⁷ Ancak herhangi bir boşama sebebi olmaksızın hakim veya hakemlerin huzurunda eşini boşayan kocanın talakı rici kabul edilerek nihai karar verilmeyeceği ve üç ay yani iddet içerisinde ricat hakkının olduğu da tasarıda düzenlenmektedir.⁴⁷⁸ Tasarı yürürlüğe giremediği için mahkeme dışında gerçekleşen boşamaların hükmüne dair herhangi bir düzenleme veya değerlendirme doğal olarak mevcut değildir.

İslam hukukunda konuyla alakalı farklı ictihadlar mevcut olsa da kadının belli durumlarda mahkemeye tefrik davası açma hakkı mevcuttur.⁴⁷⁹ Tasarı genel olarak

⁴⁷⁴ 1924 tarihli Hukuk-ı Aile Kanunu Layihası, Madde 94

⁴⁷⁵ Daha sonra tanzim edilecek olması sebebiyle layihada madde bu şekilde yazılmıştır.

⁴⁷⁶ 1924 tarihli Hukuk-ı Aile Kanunu Layihası, Madde 86

⁴⁷⁷ 1924 tarihli Hukuk-ı Aile Kanunu Layihası, Madde 85

⁴⁷⁸ 1924 tarihli Hukuk-ı Aile Kanunu Layihası, Madde 88

⁴⁷⁹ Bu konuda detaylı bilgi için bk. “Tefrik” başlığı

Hukuk-ı Aile Kararnamesi ve 1923 tarihli tasarıyla benzer sebeplerle tefrik davası açılabileceğini hükme bağlamaktadır. Ancak kocanın veya kadının ilave bazı sebepler ile de mahkemeye boşanma davası açabileceği hükme bağlanmıştır. Karı kocadan herhangi birinin meşru bir sebep olmaksızın evi terketmesi ve uyarılara rağmen bir yıl içinde evine dönmemesi halinde araları tefrik edilmesi⁴⁸⁰, mefkudun eşinin mahkemeye müracaat ederek azami iki yıl içerisinde tefrik kararı alabilmesi⁴⁸¹, ikinci eş olmak üzere bir erkekle evlenen kadının, ilk eşten haberdar ve razı olmadığını iddia ederek tefrik talebinde bulunması ve erkeğin de aksini ispat edememesi halinde hâkim tefrike hükmedebilmesi⁴⁸² ve ikinci bir kadınla evlenen erkeğin ilk karısının, kocasının ikinci evliliğini gerekçe göstererek tefrik davası açabilmesi⁴⁸³ öncekilerden farklılık arz eden madde ve düzenlemelerdir.

Tasarıda tefrik davalarına ilişkin yargılama usul ve esasları da belirlenmiştir.⁴⁸⁴ Boşanma davaları için belirlenen yargılama usulü, önce boşanmak isteyen eşin hâkime müracaat etmesi, hakimin öncelikle tarafların arasını ıslaha gayret etmesi ve şayet dava şiddetli geçimsizlik sebebiyle açılmışsa tarafların ailelerinden veya dışarıdan tespitle hakem heyeti oluşturulması şeklindedir. Ayrıca hakem heyetinin eşlerin arasını düzeltemediği durumlarda erkek kusurluysa tefrike veya kadın kusurluysa muhalaaya hükmedebilmesi de hükme bağlanmıştır.⁴⁸⁵

Hiz. Peygamber devrinden Türk Medeni kanununun 1926'da kabulüne kadar geçen sürede talak yetkisi, kadının boşanabilmesine ilişkin hususlar ve talak-mahkeme ilişkisi buraya kadar ifade ettiğimiz şekildedir. Bu süreçte en dikkat çekici olan husus TMK'nın kabulünden önce Batıcı ve Türkçü yazarlar veya hukukçular tarafından güçlü şekilde dile getirilmiş olsa da talak yetkisinin mahkemeye devrinin hiçbir şekilde söz konusu olmadığını görebiliyoruz. Batı'dan kanun iktibası fikrinin zirveye ulaştığı dönemde dahi kaleme alınan 1924 tarihli kanun layihasında da kadına tefrik talep etme konusunda biraz daha geniş haklar sağlanması ve daha da önemlisi talak hakkının hakim ve hakem

⁴⁸⁰ 1924 tarihli Hukuk-ı Aile Kanunu Layihası, Madde 76

⁴⁸¹ 1924 tarihli Hukuk-ı Aile Kanunu Layihası, Madde 78

⁴⁸² 1924 tarihli Hukuk-ı Aile Kanunu Layihası, Madde 83

⁴⁸³ 1924 tarihli Hukuk-ı Aile Kanunu Layihası, Madde 84

⁴⁸⁴ Ceride-i Adliyye, 1343, sy. 28, 1118 vd.

⁴⁸⁵ 1924 tarihli Hukuk-ı Aile Kanunu Layihası, Tefrik Davasına İlişkin Usul Hükümleri, 114-123. Maddeler

heyetinin huzurunda kullanılmasının zorunlu hale getirilmesinden öte bir durum söz konusu olamamıştır.

2.2. TÜRKİYE'DE EVLİLİĞİN SONA ERMESİ (TMK)

2.2.1. Türk Medeni Kanunun Tarihsel Gelişimi

Osmanlı'da 1839'da başlayan Tanzimat sürecinde siyasal, ekonomik ve özellikle de hukuki alanda Batılı tarzda düzenlemelere girişilmiştir. Bu dönem özellikle hukuk alanında gerek mahkemelerin yeniden düzenlenmesi ve gerekse bu mahkemelerde uygulanmak üzere yeni kanunların yapılması gibi köklü değişikliklere sahne olmuştur.⁴⁸⁶

Bu dönemde hazırlanan kanunların en önemlisi medeni hukuk alanında aile ve miras dışındaki konuları ve ilave olarak kamu hukukuna dair de bazı konuları içeren 1869-1876 yılları arasında hazırlanarak parça parça yürürlüğe konulan Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'dir.⁴⁸⁷ Nitekim Mecelle, Fransa Medeni kanunu Code Civil'in tercüme edilerek yürürlüğe konması girişimlerine karşı elde edilmiş bir zafer olarak da değerlendirilir.⁴⁸⁸

Yine Tanzimat sürecinde Mecelle'de yer almayan aile hukuku alanında 1917 tarihinde Hukuk-ı Aile Kararnamesi hazırlanmıştır. Kararname ilgili süreçte Osmanlı'daki en ciddi değişimi temsil etmektedir. Zira o güne kadar Hanefi mezhebinin dışına çıkılmadığı halde kararnamede dört mezhebin görüşlerinden hatta münferit bazı müctehidlerin görüşlerinden de istifade edilmiştir. Ancak kararname yargılama yetkileri ellerinden alınan gayrimüslimler ve bazı konularda Hanefi mezhebi dışındaki mezheplerden istifade edilmesi ana sebebiyle Abdurrahman Münip, Abdulakdir Sareddin Efendi gibi İslamcı âlimler⁴⁸⁹ tarafından şiddetli şekilde eleştirilmiş ve 1919 yılında yürürlükten kaldırılmıştır.⁴⁹⁰ 1917 tarihli kararname yürürlükten kaldırıldıktan sonra 1923 ve 1924 yıllarında iki aile kanunu tasarısı hazırlanmış ancak her iki taslak da

⁴⁸⁶ Ahmet Yasin Küçüktiryaki, "Osmanlı Devletinde Tanzimat Sonrası Aile Hukuku Alanındaki Gelişmeler ve Hukuk-ı Aile Kararnamesi", *Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi*, 2014/2, c. 13, sy. 26, 178

⁴⁸⁷ Mehmet Akif Aydın, "Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, Ankara 2003, 28, 232

⁴⁸⁸ Coşkun Üçok, *Türk Hukuk Tarihi Dersleri*, Ankara, AÜHF Yay., 1972, 189

⁴⁸⁹ Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, 210, 224; Küçüktiryaki, *Osmanlı Aile Hukuku*, 54 vd.

⁴⁹⁰ Kararname hakkında bilgi ve yöneltile eleştirilerin detayı için bk. Mehmet Akif Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, İstanbul, M.Ü.İ.F. Yay., 1985; Ahmet Yasin Küçüktiryaki, *Osmanlı Aile Hukuku (Gelenek ve Modern Arasında Hukuk-ı Aile Kararnamesi ve Sadreddin Efendinin Eleştirileri)*, İz Yay., İstanbul 2017

kanunlaşmamıştır.⁴⁹¹ Kurulmuş olan komisyonlar medeni kanunun Batılı devletlerden tercüme ile hazırlanması gerektiği fikrini savunan ve Adliye Vekili olan Mahmut Esat tarafından dağıtılmıştır.⁴⁹²

İlgili süreçte başını Ali Paşa'nın çekmiş olduğu pek çok isim İslam hukukunun terk edilerek Fransa veya İsviçre gibi ülkelerden tercüme edilerek bir medeni kanun benimsenmesi şeklindeki görüşlerini dile getiriyorlardı. Hatta bu, söz konusu dönemde var olan siyasi iradeyi de etkisi altına almış bir düşüncedir.⁴⁹³ Ahmet Cevdet Paşa ve onunla aynı düşüncede olanlar ise fıkha dayalı, yerli bir kanun yapılması gerektiği görüşünü savunuyorlardı.⁴⁹⁴ Nihayet 17 Şubat 1926 tarihinde İsviçre Medeni Kanunu TBMM'de kabul edilmiş, Türk Kanun-ı Medenisi 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Böylelikle Mecelle de yürürlükten kalkmış oldu.⁴⁹⁵

Türk Medeni Kanununda kabul edildiği günden günümüze kadar 1938, 1967, 1983, 1988, 1990 ve 2001 yıllarında bir takım değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerin tamamı aile kanunu hakkında değildir. Nihayet 1 Ocak 2002 tarihinde yeni Türk Medeni kanunu yürürlüğe girmiştir.⁴⁹⁶

2.2.2. Türk Medenî Kanununun Dayandığı İlkeler

Aile hukukunu da içeren Türk Medeni Kanunu dini esaslardan tamamen uzak, laik esasa dayalıdır. Bu, Roma hukukunun temelleri üzerine bina edilen İsviçre Medeni kanununun da taşıdığı bir esas olması dolayısıyla zaten anlaşılan bir husustur.⁴⁹⁷ Ancak Adalet Bakanı Mahmut Esat Bozkurt'un kaleme aldığı esbab-ı mucibe layıhasında yer alan ancak daha sonra komisyonun muhalefet kanadının eleştirileriyle çıkartılan şu

⁴⁹¹ Elif Dursunüst, "Kabul Edilme Sürecinde Türk Kanun-ı Medenîsi", *Usûl: İslam Araştırmaları*, 2009, sayı: 12, 161

⁴⁹² Yılmaz Altıparmak, *İslamiyet Açısından Atatürk ve İnkılapları*, Timaş Yayınları, İstanbul 1993, 329.

⁴⁹³ Sıddık Sami Onar, "Osmanlı İmparatorluğunda İslam Hukukunun Codificationu", *İÜHF*, 20(1-4), 57; Elif Dursunüst, "Kabul Edilme Sürecinde Türk Kanun-ı Medenîsi", 161

⁴⁹⁴ Ebu'l-Ula Mardin, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*, Ankara 1996, 193

⁴⁹⁵ Bilge Öztan, "Medeni Kanunun Kabulünün 70. Yılında Aile Hukuku", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 44(1), 1995, 79; Mehmet Akif Aydın, "Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, XXVIII, 234

⁴⁹⁶ Veysel Başpınar, "Türk Medeni Kanunu İle Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler ve Bu Konuda Bazı Önerilerimiz", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 52(3), 2003, 79

⁴⁹⁷ Mustafa Yaşar Aygün, "Medeni Kanun'un Kabulünün 72'inci Yılında Tarihi Gelişimi Açısından Türk Özel Hukuku ve Medeni Kanun", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1998/3, 924

ifadeler Türk Kanun-ı Medenisini hazırlayanların İslam hukuku hakkındaki düşünceleri tespit açısından önemlidir:

“Mecellenin kaidesi ve ana hatları, dindir. Halbuki, hayatı beşer, her gün, hatta her an tahavvüllere maruzdur. Bunun tahavvüllerini, yürüyüşünü hiçbir zaman bir nokta etrafında tespit etmek ve durdurmak mümkün değildir. Kanunları dine müstenit olan devletler kısa bir zaman sonra memleketin ve milletin matlablarını tatmin edemezler. Çünkü dinler layetegayyer hükümler ifade ederler. Hayat yürür, ihtiyaçlar süratle değişir, din kanunları, mutlaka ilerleyen hayatın huzurunda şekilden ve ölü kelimelerden fazla bir kıymet, bir mana ifade edemezler. Değişmemek, dinler için bir zarurettir. Bu itibarla dinlerin sadece bir vicdan işi olarak kalması, asrı hazır medeniyetinin esasatından ve eski medeniyetle yeni medeniyetin en mühim farikalarından birisidir. Esaslarını dinden alan kanunlar, tatbik edilmekte oldukları camiaları nazil oldukları ibtidai devirlere bağlarlar ve terakkiyata mani belli başlı müessir ve amiller arasında bulunurlar”⁴⁹⁸

Türk Medeni Kanununun benimsemiş olduğu bir diğer ilke ise medeni haklardan istifade konusunda kadın ve erkek eşitliğidir.⁴⁹⁹

2.2.3. Medeni Kanunun Aile Hukukunu Düzenleme Biçimi

Türk aile hukukunun başlıca yazılı kaynağı 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunudur. Medeni kanun aile ilişkilerini, Kişiler Hukuku başlığından hemen sonra ikinci kitapta düzenlemektedir.⁵⁰⁰

Medeni kanunun “aile hukuku” başlığını taşıyan ikinci kitabı evlilik hukuku, hısımlık ve vesayet olmak üzere üç bölüme ayrılmaktadır.

Aile hukuku kitabının birinci kısmı, (118-281. Maddeler arası) evlilik hukukunu düzenlemektedir. Bu kısım da evlenme, boşanma, evliliğin genel hükümleri ve eşler arasındaki mal rejimi konuları ele almaktadır.

⁴⁹⁸ Ahmet M. Kılıçoğlu, “Medeni Kanunumuzu Nasıl Değiştirdik?”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Cevdet Yavuz’a Armağan, 2(3), 2016/22, 1723

⁴⁹⁹ Elif Dursunüst, “Kabul Edilme Sürecinde Türk Kanun-ı Medenisi”, 161

⁵⁰⁰ Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, AÜHF Yay., Ankara 1979, 3; Turgut Akıntürk-Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, Beta Yay., İstanbul 2007, II, 7-8

İkinci kısım hısımlık başlığını taşımaktadır ve soy bağının kurulması ve aile başlıklarını içerir.

Vesayet hukuku üçüncü kısmı oluşturur. Vesayetin düzeni, vesayetin yürütülmesi ve vesayetin sona ermesi alt başlıkları yer almaktadır.⁵⁰¹

2.2.4. Türk Aile Hukukunun Özellikleri

Aile toplum için önemli bir konudur. Bu nedenledir ki tüm hukuk sistemleri aile hukuku alanında bazı ilke ve prensipleri sıkı şekilde benimserler. Türk aile hukuku da bu paralelde önemli bir takım ilkeler benimsemiştir. Bunlar şu şekildedir.

a. Süreklilik ve Birlik İlkesi: Aile hukukunun en önemli ilkesi süreklilik ve birlik ilkesidir. Türk aile hukukunun düzenleme alanına giren ilişkiler sürekli olan ilişkilerdir.⁵⁰² Aile hukukunun yer aldığı medeni hukuk alanının diğer kısımları olan borçlar hukuku ve benzeri alanlarda yer alan kişiler arası sözleşmelerde genelde süreklilik söz konusu değildir. Ancak aile önce eşlerle oluşan, daha sonra çocukların dünyaya gelmesi ve eşlerin anne babalarının da mevcudiyeti ile genişleyen ve bu kişiler arasında sıkı bir bağ oluşturan bir müessesedir. Dolayısıyla aile kurumundan beklenen ferdi/toplumsal sonuç onun sürekliliğine sıkı şekilde bağlıdır. Bu nedenledir ki Türk aile hukuku da bu ilkeyi benimsemiştir.

Aile hukukunun vurgu yaptığı diğer bir ilke ise “birlik” ilkesidir. Nitekim TMK’da geçen “evlenmeyle eşler arasında evlilik birliği kurulmuş olur” (TMK, Madde 185) ifadesinde de bu hususa dikkat çekilmiştir. Bu ilkenin yansımaları olarak TMK aileyi adeta bir hükmi şahıs gibi değerlendirmiş ve bu birliktelikten doğan bu tüzel kişiliğin muhafazası için eşlere bir takım ödevler yüklemiştir.⁵⁰³

Türk aile hukukunun benimsemiş olduğu süreklilik ve birlik ilkesi İslam aile hukukunun en önemli ilkeleri arasında yer almaktadır.

b. Zayıfların Korunması İlkesi: Türk aile hukukunun benimsemiş olduğu bir diğer ilke zayıfların korunmasıdır. Bundan kasıt, özellikle çocuklar ve kadının koruma altına

⁵⁰¹ Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, II, 7-8

⁵⁰² Öztan, *Aile Hukuku*, 5; Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, II, 9

⁵⁰³ Öztan, *Aile Hukuku*, 6; Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, II, 9

alınmasıdır.⁵⁰⁴ Özellikle çocukların anne babalarından korunması dikkat çeken bir husustur. Buna örnek olarak, velayet haklarını kötü amaçlı kullanan ana babaya karşı hakimın çocuğu korumaya yönelik gerekli tedbirleri alması verilebilir. İlgili madde, “Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır” (TMK, 346. Madde) şeklindedir. Hatta TMK sadece evlilik birliği içinde doğan çocuğu değil evlilik dışı dünyaya gelen çocuk ile üvey çocuğu da koruma altına almaya çalışmaktadır.⁵⁰⁵

Yeni medeni kanun kadın-erkek eşitliğini esas aldığından aslında kadının erkeğe karşı korunması gibi bir durum söz konusu değildir. Ancak evlilik birliğinin giderlerine katılma konusunda dışarıda çalışmayan ancak ev içinde emek ortaya koyan kadının bu emeğini dikkate almıştır.⁵⁰⁶

c. Düzenleme Serbestisinin Bulunmaması İlkesi: Bu ilkeden kastedilen aile ile ilgili düzenlemelerde sadece kanunun belirlediği durumların geçerli olması, tarafların kendi aralarında yapmış oldukları bir takım anlaşmalarla kanunda belirtilmemiş şekilde bir düzenleme yapamayacak olmalarıdır. Mesela, TMK’da eşler arasındaki mal rejimiyle ilgili olarak dört farklı alternatif sunulmuştur. Bunlar, mallara katılma, mal ayrılığı, paylaşmalı mal ayrılığı veya mal ortaklığı şeklindedir. Evli eşler bu dört alternatif dışında üzerinde anlaştıkları beşinci bir alternatif ortaya koyamazlar.

Türk aile hukukundaki hükümler genelde emredici mahiyettedir.⁵⁰⁷ Bu durum aile hukukunun düzenlemiş olduğu ilişkilerin niteliğinden kaynaklanmaktadır.⁵⁰⁸ Netice olarak medeni kanunun içeriğine dahil olan borçlar hukukunda geçerli olan “sözleşme özgürlüğü” veya “sözleşme serbestisi” denilen durum aile hukukunda geçerli değildir.⁵⁰⁹

d. Kamu Otoritesinin Müdahalede Bulunma İlkesi: Aile, tüm toplumlar dolayısıyla hukuk sistemleri için önemli bir kurumdur. Bu nedenle aileye dair hükümler konusunda toplumu oluşturan bireyleri yetiştiren ve sonrasında da güvenen hukuk sistemleri bu alana çok fazla müdahil olmamış belli başlı konuları düzenlemekle

⁵⁰⁴ Öztan, *Aile Hukuku*, 6; Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, II, 10-11

⁵⁰⁵ TMK, 301, 338. Maddeler

⁵⁰⁶ TMK, 186. Madde

⁵⁰⁷ Öztan, *Aile Hukuku*, 7

⁵⁰⁸ Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, II, 11

⁵⁰⁹ Öztan, *Aile Hukuku*, 8

yetinmiştir.⁵¹⁰ Bazı hukuk sistemleri ise aile hukuku konusunda en küçük prosedürü bile devletin müdahalesi ile halletme, bireylere sözleşme serbestisi veya aile içi ilişkileri düzenleme imkanı tanımamıştır.

TMK da bu alana devletin yoğun şekilde müdahalesini esas alan bir yapıdadır.⁵¹¹ Nitekim evlenmenin resmi memur önünde yapılabilmesi ve boşanmanın ancak mahkeme kararıyla olabilmesi bu duruma en güzel iki örnektir. Aile hukuku alanı hakime takdir yetkisi sağlama konusunda diğer hukuk alanlarından öndedir. Aile hukuku içerisinde de boşanma konusunda hakim takdir yetkisi zirve yapmaktadır. Çünkü hakim eşlerin boşanmalarının gerekliliğine inanmadığı sürece ayrılığa hükmetmeyebilir.⁵¹²

Aileye dair daha pek çok konuda devletin müdahalesi açıkça ortadadır. Hatta bu nedenle aile hukukunun kamu hukuku alanına dahil edilmesi gerektiğini savunan olmuştur. Burchardt ve Nipperday devlet ve toplumun aile hukuku sistemiyle olan sıkı ilişkisi ve alanın büyük oranda emredici normlar içeriyor olması sebebiyle aile hukukunun kamu hukukunun bir alanı kabul etmişlerdir.⁵¹³ Ancak çoğunluk konuya devletin söz konusu olan müdahalesinin kontrol maksatlı olmasını ve temelde muhafaza edilenin şahısların menfaati olduğunu dolayısıyla aile hukukunun özel hukukun bir alanı olduğunu savunur.⁵¹⁴

Bu, belki de İslam hukuku açısından, aile hukuku alanına devletin müdahalesinin imkânı/imkânsızlığı eksenli olan çalışmamız açısından en önemli ilkedir. Biz son bölümde İslam hukuku açısından aile hukuku alanına devletin müdahalesinin imkân ve şartlarını detaylıca ele almaya çalışacağız.

⁵¹⁰ Bu cümlemiz kısa da olsa izaha muhtaçtır. Şöyle ki, İslam hukukunun kaynaklarına baktığımızda Kitap ve Sünnet'te en fazla detay verilen konulardan biri de aile hukuku alanıdır. Evlenilmesi haram olanlar, boşama şekli ve kuralları, boşanan kadının iddeti ve benzeri konularda epeyce detay verilmiştir. Ancak İslam aile hukukunun aileyi oluşturma ve sonlandırma konusunda toplumu oluşturan bireylere güveni söz konusudur. Klasik anlamda evlendiklerini iki şahitle ispatlayanların veya evliliklerinin erkeğin boşamasıyla sona erdiğini ikrar eden eşlerin sözleri muteberdir ve hukuk bu sonuçları tanımaktadır. Ancak TMK ve benzeri diğer hukuk sistemleri resmi görevli önünde gerçekleşmeyen evlilik veya boşama gibi hiçbir işlemi muteber saymamaktadır. İşte bu farkı biz, hukuk sisteminin bireysel özgürlüğe alan açması, açmaması bağlamında bu cümlemizle ifadeye çalıştık.

⁵¹¹ Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, II, 12

⁵¹² Necmeddin Feyzioğlu, *Aile Hukuku*, İÜHF, İstanbul 1979, 17

⁵¹³ Öztan, *Aile Hukuku*, 9

⁵¹⁴ Öztan, *Aile Hukuku*, 9

e. Eşler Arası Eşitlik İlkesi: Türkiye, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesini 1949 yılında kabul etmiştir.⁵¹⁵ Beyannamede dil, din, ırk, cinsiyet ve diğer tüm farklılıklarıyla insanların eşitliğine vurgu söz konusudur.⁵¹⁶ Ayrıca Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında da söz konusu eşitliğe değinilmektedir. Anayasanın 10. Maddesi, “*herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir*” şeklindedir. Hatta anayasa da doğrudan eşler arası eşitliği ele “*aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır*” şeklinde de bir madde bulunmaktadır.⁵¹⁷

Türk aile hukuku da söz konusu esaslardan hareketle evlilik birliğinin taraflarını oluşturan kadın ve erkeğin eşitliğini sağlamaya çalışmıştır. Son düzenlemelerle TMK’da yer alan ve eşitliğe aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilen, erkeğin evin reisi olması, ortak konutu seçme hakkının erkekte olması ve benzeri maddeler de kanundan çıkartılmıştır.⁵¹⁸

2.2.5. Türk Medeni Kanununda Boşama Yetkisi

Türk aile hukukunun benimsemiş olduğu ilkelerden daha önce bahsettik. Aileye dair konularda devletin müdahale etmesi ilkesi de onlardan biridir. Söz konusu bu ilke gereği evlilik akdinin görevli memur huzurunda yapılması zorunlu olduğu gibi boşanmanın da mahkemede gerçekleşmesi gerekmektedir. Dolayısıyla medeni kanun (TMK) boşanma konusunda da hukuk mahkemelerini yetkili kılar. Ancak hangi hukuk mahkemesinin yetkili olduğuyla alakalı detay vermez. Sadece bazı konularda sulh ya da asliye hukuk gibi mahkemelere atıfta bulunur.⁵¹⁹ TMK’nın ilgili maddesi “*Boşanma veya ayrılık davalarında yetkili mahkeme, eşlerden birinin yerleşim yeri veya davadan önce son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesidir*” şeklindedir. (TMK, 168)

Mahkemelerin görevi 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda belirlenmiştir.⁵²⁰ Bu kanun genel olarak mahkemelerin görev ve yetkilerini belirlese de bazen özel bir kanunla bazı mahkemeler görevlendirilebilmektedir. Buna hukukta ayrık

⁵¹⁵ <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklarI.pdf01/203-208.pdf> (Erişim Tarihi: 04.08.2018)

⁵¹⁶ BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Madde 2

⁵¹⁷ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Madde 41

⁵¹⁸ Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, II, 12-13

⁵¹⁹ Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, II, 13

⁵²⁰ 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kabul Tarihi: 12.1.2011; Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, II, 12-14

durum isimlendirmesi yapılmaktadır.⁵²¹ İşte bu ayrık durumlardan birisi de aile mahkemelerinin kurulmasında kendini göstermektedir. 9.1.2003 tarihinde kabul edilen 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kurulmasına Dair kanunla aile ilişkilerine dair konularda aile mahkemeleri yetkili kılınmıştır. Aile mahkemesinin kurulamadığı yerler için Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ilgili yerdeki Asliye Hukuk mahkemelerine aynı yetkiyi verebilmektedir.⁵²²

2.2.6. Türk Medeni Kanununda Evliliğin Sona Ermesi

2.2.6.1. Eşlerden Birinin Ölümü, Gaipliği veya Cinsiyet Değiştirmesi

2.2.6.1.1. Eşlerden Birinin Ölümü

Eşlerden birinin vefatı halinde evlilik ilişkisinin devamı söz konusu değildir. Çünkü ölümle birlikte kişiliği sona ermektedir. Bu nedenle Türk medeni kanununda eşlerden birinin ölümü evliliğin sona erme şekillerinden biri olarak ayrıca ele alınmamaktadır. Fakat TMK'nın kişiliğin sona ermesiyle ilgili olarak içerdiği “*kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer*”⁵²³ şeklindeki kanun metninin işaretinin delaletiyle eşlerden birinin yahut her ikisinin vefatı neticesinde evlilik birliği de sona ermiş kabul edilmektedir. Diğer bir ifadeyle evlilik akdinin infisahı söz konusudur.⁵²⁴

Aynı şekilde eşlerden biri için, TMK'da “*bir kimse, ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolursa, cesedi bulunamamış olsa bile gerçekten ölmüş sayılır*”⁵²⁵ maddesiyle tanımlanan “ölüm karinesi” söz konusu olduğunda da evliliği sona ermektedir. Evliliğin ölümle sona ermesi için mahkeme kararına ihtiyaç duyulmamaktadır.⁵²⁶ Ancak eşlerden herhangi birisi için söz konusu olan ölüm karinesi

⁵²¹ Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, II, 12-14

⁵²² 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun, Madde 2

⁵²³ TMK, Madde 28

⁵²⁴ Bilal Köseoğlu-Köksal Kocaağa, *Aile Hukuku ve Uygulaması (Bilimsel Görüşler ve Yargı İçtihatları)*, TBB Yay., Ankara 2009, 11

⁵²⁵ TMK, Madde 31

⁵²⁶ Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, II, 195

durumunda TMK'nın ilgili maddesi⁵²⁷ gereği eşe dair vefat bilgisinin ölüm kütüğüne işlenmesi gerekmektedir.⁵²⁸

Ölümle evliliğin sona ermesi için herhangi bir mahkeme kararına gerek olmamakla birlikte taraflardan birinin boşanma davası açıldıktan sonra vefat etmesi durumunda “ölüm sebebiyle evlilik sona erdiğinden karara yer olmadığı” şeklinde bir mahkeme kararına/hükmüne ihtiyaç duyulmaktadır.⁵²⁹ Davacının mirasçıları karşı tarafın haksızlığını ispat ve mirasçılığını engellemek için davaya devam edebilirler. Boşanmanın neticelerinden olan miras konumuz olmadığından bu konuda detaya girmiyoruz.

Netice itibarıyla evlilik birliği eşlerden birinin/her ikisinin ölümü veya herhangi biri için söz konusu olacak ölüm karinesi ile mahkeme kararına gerek kalmaksızın sonlanmaktadır.

2.2.6.1.2. Eşlerden Birinin Gaipliği

Gaiplik eşlerden birinin kaybolması yahut kendisinden uzun zaman haber alınamaması halidir. TMK'da konuyla ilgili madde şu şekildedir: “*Ölüm tehlikesi içinde kaybolan ve kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan bir kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa, hakları bu ölüme bağlı olanların başvurusu üzerine mahkeme bu kişinin gaipliğine karar verebilir.*”⁵³⁰

Konuyla ilgili maddeden de açıkça anlaşıldığı gibi hakkında gaiplik kararı verilen kişinin ölüp ölmediği kesin olarak bilinmemekle birlikte kuvvetle muhtemel bir durum yani karine olarak değerlendirilmektedir.⁵³¹

Gaiplik kararı için de kaybolmanın üzerinden belirli bir sürenin geçmiş olması şartı yine kanunda düzenlenmektedir: “*Gaiplik kararının istenebilmesi için, ölüm tehlikesinin üzerinden en az bir yıl veya son haber tarihinin üzerinden en az beş yıl geçmiş olması gerekir.*”⁵³² Zira kaybolan eşin içerisinde bulunduğu istenmedik durumdan kurtulma ve geri dönmesi gibi durumlar söz konusu olabilmektedir.

⁵²⁷ TMK, Madde 44

⁵²⁸ Mehmet Zülfi Camkurt, “Ölüm Karinesi ve Gaiplik Durumunda Sosyal Güvenlik Mevzuatı Kapsamında Hak Sahiplerine Gelir ve Aylık Bağlanması” *Mali Çözüm*, İSMMMÖD, Mart-Nisan 2011, 236

⁵²⁹ Köseoğlu ve Kocaağa, *Aile Hukuku ve Uygulaması*, 12

⁵³⁰ TMK, Madde 32

⁵³¹ Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, II, 196

⁵³² TMK, Madde 33

Tek başına gaiplik kararı TMK’da evliliği kendiliğinden sona erdiren bir durum olarak kabul edilmemiştir. Kanunun ilgili maddesi, “*Gaipliğine karar verilen kişinin eşi, mahkemece evliliğin feshine karar verilmedikçe yeniden evlenemez. Kaybolanın eşi evliliğin feshini, gaiplik başvurusuyla birlikte veya ayrıca açacağı bir dava ile isteyebilir*”⁵³³ şeklindedir. Eşi hakkında gaiplik kararı verilen eş ister gaiplik kararı talebinde bulunduğu davada isterse müstakil bir dava açmak suretiyle evliliği feshettirmeden yeni bir evlilik gerçekleştiremez.

Netice olarak gaiplik, ölüm gibi evliliğin infisahına sebep olan bir durum değil sadece kaybolan eşin ölmüş olabileceğinin mahkemece kabulüdür. Söz konusu gaiplik kararı nikahın feshi için açılan davada kesin delil olarak ele alınır ve evlilik mahkeme kararıyla sona erdirilir.⁵³⁴

2.2.6.1.3. Eşlerden Birinin Cinsiyet Değiştirmesi

Evlilik erkek ve kadının tam ve sürekli bir hayat birlikteliği için kurmuş oldukları bir müessesedir. Dolayısıyla aynı cinslerin, kadının bir kadınla veya erkeğin bir erkekle evlenebilmesi TMK’ya göre mümkün değildir. Bu engele rağmen bir evlilik akdi gerçekleşmişse bu akit hukuken batıldır, yok hükmündedir.⁵³⁵ Söz konusu akdin butlanına/yokluğuna dair karar da yine mahkemeden talep edilir.⁵³⁶

TMK evli kişilerin sonradan cinsiyet değiştirmelerine müsaade etmemektedir. Evli olmayanların cinsiyet değiştirebilmelerini de sıkı şartlara ve mahkemece verilebilecek izne bağlamıştır.⁵³⁷

Kanun evli olanların cinsiyet değiştirmesine müsaade etmese de eşlerden biri yasal olmayan bir yolla cinsiyetini değiştirir ve tespit davasıyla bu durum tıbben ispat edilirse evlilik akdi, tıpkı başlangıçta olduğu gibi, batıl/yok kabul edilecektir.⁵³⁸ TMK’nın cinsiyet değişikliği konusunda evli olmayanlara izin vermesi de kanaatimizce insan ve toplum fitratına aykırı bir durumdur. Ancak evli bir kimsenin yasal olmayan yollarla

⁵³³ TMK, Madde 131

⁵³⁴ Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, II, 197; Köseoğlu ve Kocaağa, *Aile Hukuku ve Uygulaması*, 15

⁵³⁵ Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, II, 197

⁵³⁶ Köseoğlu ve Kocaağa, *Aile Hukuku ve Uygulaması*, 18

⁵³⁷ TMK, Madde 40

⁵³⁸ Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, II, 201; Köseoğlu ve Kocaağa, *Aile Hukuku ve Uygulaması*, 17

böylesi bir girişimde bulunması neticesinde diğer eşi mağdur etmeme adına var olan evlilik akdinin butlanına hükmetmek isabetli bir durumdur.

2.2.6.2. Nikah Akdinin Hükümsüzlüğü

Hükümsüzlük kavramıyla, bir hukuki işlemin hükümlerini meydana getiremeyeceği veya doğurmuş olduğu hükümlerin ortadan kaldırılmasını gerektiren haller kastedilmektedir.⁵³⁹ Ayrıca hükümsüzlüğün butlan, tek taraflı bağlamazlık, iptal edilebilirlik ve benzeri dereceleri vardır.⁵⁴⁰

Hükümsüzlük derecelerinin en önemlisi butlan diğer bir ifadeyle kesin hükümsüzlüktür. Butlan da kendi içinde mutlak ve nispi olmak üzere iki kısımda değerlendirilmiştir ve bu iki şekildeki butlanın hangi durumlarda söz konusu olacağı TMK’da sayılmıştır.⁵⁴¹

Evlenmenin yokluğu terimi TMK’da yer almamaktadır. Ancak söz konusu kavram doktrinde ortaya çıkma şekilleri itibariyle ele alınmaktadır.⁵⁴² TMK’da sayılan mutlak ve nispi butlan halleri dışında bir takım durumları içerecek şekilde evlenme söz konusu olduğunda aslında evlilik meydana gelmez. İlk defa Alman hukukçular tarafından dile getirilen yokluk kavramı Yargıtay tarafından da kabul edilmiştir.⁵⁴³

Çalışmamızın esas konusu doğrudan ilgilendirmemesi sebebiyle evlenmenin butlanına ve yokluğuna sebep olan halleri maddeler halinde vermekle yetineceğiz:

2.2.6.2.1. Evlenmenin Butlanına Sebep Olan Haller

Evlenmenin butlanı ifade ettiğimiz gibi akdin hukuk açısından hükümsüzlüğünü ifade eder. Mutlak ve nispi butlan, her ikisi de evliliğin ortadan kaldırılması imkan ve sonucunu doğurması açısından benzerlik arz eder. Mutlak butlan içeren bir akde ilgili

⁵³⁹ Abdurrahman Savaş, “Evlenmenin Yokluğu”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(1-2), 2000, 121-122.

⁵⁴⁰ Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, II, 203.

⁵⁴¹ Bk. TMK, Madde 145.

⁵⁴² Öztan, *Aile Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, 320

⁵⁴³ Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, II, 204; Köseoğlu ve Kocaağa, *Aile Hukuku ve Uygulaması*, 18.

herkes itiraz edebilirken, nispi butlan da sadece eşler ve bir durumda da yasal temsilcileri söz sahibi olabilmektedir.

a. Mutlak Butlanı Gerektiren Haller

Evlenmenin/nikâh akdinin mutlak butlanı sonucunu doğuran haller şunlardır:

1. Mevcut Evlilik: TMK, nikah akdi yapıldığı esnada eşlerden biri bir başkasıyla evli durumda ise söz konusu akdin mutlak butlan ile sakatlanacağını ifade eder. (Madde 130)

2. Ayırt Etme Gücünden Sürekli Yoksunluk: Ayırt etme gücünden sürekli yoksun bulunma TMK'ya kesin evlenme engellerindendir. Dolayısıyla bu şekildeki bir kimsenin taraf olduğu evlenmeler mutlak butlan sebebidir. (TMK, 125. Madde)

3. Yasak Derecede Akrabalık: TMK'nın 129. Maddesi evlenilmesi yaksa olan hısımları sınıflar halinde saymaktadır. İlgili maddede sayılanlardan biriyle yapılan evlilik mutlak butlan yaptırımına tabi tutulmuştur.

4. Evlenmeye Engel Seviyede Akıl Hastalığı: TMK'nın konuyla ilgili maddesi “*akıl hastaları, evlenmelerinde tıbbî sakınca bulunmadığı resmî sağlık kurulu raporuyla anlaşılmadıkça evlenemezler*” şeklindedir. Dolayısıyla evlenmesinde tıbben sakınca görülen kişinin akdi mutlak batıl kabul edilmiştir.

b. Nispi Butlanı Gerektiren Haller

1. **Ayırt Etme Gücünden Geçici Yoksunluk:** Akdin yapıldığı esnada sarhoş halde olan, uyuşturucu bir madde almış olan veya hipnotize edilmiş kimseler ayırt etme gücüne sahip olduktan sonra akde itiraz ederek iptalini talep edebilmektedir. (TMK, 148. Madde)

2. **İrade Bozukluğu:** Akdin taraflarından her ikisinin veya birinin iç iradesi ile irade beyanı arasında bilmeden ve istemeden bir uyumsuzluğun meydana gelmesi irade bozukluğu olarak ifade edilmektedir. Bu konu genelde Borçlar hukukunda ele alınsa da aile hukukuyla tam örtüşmemesi sebebiyle farklı bir düzenleme söz konusu olmuştur. TMK irade bozukluğunu yanlışlık (hata), aldatma (hile) ve korkutma (tehdit) olmak üzere üç başlıkta ele almaktadır. Söz konusu durumlar sebebiyle irade bozukluğundan bahsedilen evlilik akdi nispi butlan gerekçesiyle iptal ettirilebilmektedir. (TMK, 149-151. Maddeler)

3. Yasal Temsilcinin İzninin Bulunmaması: TMK'ya göre ayırt etme gücüne sahip olsa da küçükler (on yedi yaşını doldurmuş) yasal temsilcilerinin izni olmaksızın evlenemezler. (TMK, Madde 126) Dolayısıyla böylesi bir küçük anne ve babasının veya bir kısıtlı vasisinin iznini almadan evlenmişse veli veya vasi nispi butlan sebebiyle evlenmeyi iptal ettirebilirler.⁵⁴⁴

2.2.6.2.2. Evlenmenin Yokluğunu Gerektiren Durumlar

1. Evlenmenin Hemcinsler Arasında Gerçekleşmesi: TMK evliliğin hüküm ifade edebilmesi için akdin farklı cinsler arasında gerçekleşmesini şart koşturmaktadır. Dolayısıyla hemcinsler arası evlilik yok hükmündedir. Bu konu daha önce geçtiği için burada bilgileri tekrara lüzum görmüyoruz.

2. Akdin Evlendirme Memurum Önünde Yapılmaması: TMK evlenme sözleşmesini sıkı şekil şartlarına bağlamıştır. Akdin, kanunun yetkili kıldığı görevlilerin önünde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Evlendirmeye yetkili görevliler şunlardır: Yurtiçinde belediye başkanı, belediye başkanının görevlendirdiği memur, köy muhtarı, İçişleri Bakanlığınca yetkilendirilmiş nüfus memuru, köy ve kasabalarda eğitim-öğretim hizmetlerinde görevli devlet memuru; yurt dışında başkonsolos ve konsolos.

Ayrıca 28.11.2017 tarihine evlendirme yönetmeliğinde yapılan değişiklikle İçişleri Bakanlığının il ve ilçe müftülerine de evlendirme yetkisi verilmesi hükme bağlanmıştır.⁵⁴⁵

Evlenmenin yokluğunu gerektiren bu duruma örnek olarak imam nikâhı olarak isimlendirilen nikah çeşidi örnek gösterilmektedir. Evlendirmeye yetkili görevliler dışında bir başkasının önünde nikah akdinin gerçekleştirilmesi durumunda bu evlilik yok hükmündedir. Doktrinde tarafların, önünde evlendikleri kişinin yetkili olmadığını bilmemeleri durumunda gerçekleşen evlenmenin akıbeti konusunda iki görüş mevcuttur. Birincisi evlenen taraflar şayet bu kişinin yetkili olmadığını bilmiyorlarsa yapılan evlenme geçerlidir. Tersî söz konusuysa evlenme yok hükmündedir.

⁵⁴⁴ Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, II, 224.

⁵⁴⁵ 2017/11079 sayılı Evlendirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik, Madde 7

İkinci görüşe göre ise yetkili olmadığı halde önünde nikah akdi gerçekleşen kişi bu evliliği bir şekilde kütüğe kaydetmişse evlilik geçerlidir. Aksi durumda yok hükmündedir.⁵⁴⁶

Tabi ülkemizde gerçekleşen imam nikahı uygulamalarında böyle bir durum söz konusu değildir. Çünkü genel olarak insanlar imamın ya da bir başkasının evlendirmeye yetkili olmadıklarını bildikleri halde farklı bir takım gerekçelerle bu yola başvurmaktadırlar. Nitekim bu uygulamanın önüne geçebilme adına siyasi iradenin evlendirme yönetmeliğinde yapmış olduğu değişiklikle il ve ilçe müftülerine de nikah kıyma yetkisi vermesi yerinde bir karar olmuştur.

3. Taraflardan Birinin İradesinin Açıklamamış Olması: Evlenecek olan tarafların irade beyanlarını ortaya koymamış olmaları durumunda da doğal olarak bir evlenmeden bahsedilemez. Ayrıca taraflardan biri veya her ikisi olumsuz beyanda bulunmuşlarsa veya akit meclisinde (yetkilinin önünde) değil de ayrı ayrı zamanlarda irade beyanında bulunmuşlarsa durum yine aynıdır.⁵⁴⁷

2.2.6.3. Türk Medeni Kanununda Boşanma

TMK’da öncelikle evlilik akdini hükümsüz kılan meseleler düzenlenmiş hemen sonrasında boşanma konusuna temas edilmiştir.

Boşanmanın tanımı şu şekilde yapılmaktadır: “Eşler henüz hayatta iken, bir eşin kanunda öngörülmüş sebeplerden birine dayanarak açacağı dava sonucunda evlilik birliğine hâkim kararıyla son verilmesidir.”⁵⁴⁸ Tarifte yer alan “açacağı dava” kaydı herhalükarda mahkeme kararıyla olacağını açıkça göstermektedir.

⁵⁴⁶ Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, II, 224; Kemal Oğuzman-Mustafa Dural, *Aile Hukuku*, İstanbul 1998, 91; Hüseyin Hatemi-Rona Serozan, *Aile Hukuku*, İstanbul 1993, 87

⁵⁴⁷ Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, II, 206; Aydın Zevkliler, *Medeni Hukuk, Giriş Başlangıç Hükümleri (Kişiler Hukuku - Aile Hukuku)*, Savaş Yay., Ankara 1997, 752

⁵⁴⁸ Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, II, 235

2.2.6.3.1. Evliliğin Sona Erme Sebepleri

2.2.6.3.1.1. Özel Boşanma Sebepleri

a. Zina

Eşlerden birinin zina etmesi durumunda diğer eş evliliği sonlandırmak için mahkemeye müracaat hakkına sahip olur. Bu husus medeni kanunda açıkça düzenlenmektedir. Konuyla ilgili madde “*eşlerden biri zina ederse, diğer eş boşanma davası açabilir*” şeklindedir.⁵⁴⁹ Zina fiili evlilikte hak ve yükümlülükleri düzenleyen “*eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar*” şeklindeki maddede ifade edilen “birbirine sadık” kalma yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilmektedir. Söz konusu zina fiilinin bir kez gerçekleşmiş olması boşanma için yeterlidir.⁵⁵⁰

TMK zinayı boşanma sebebi olarak belirlemiş ancak zina kavramını tarif etmemiştir.⁵⁵¹ Zina dışında kalan cinsel ilişkiler ise TMK’nın “*eşlerden biri küçük düşürücü bir suç işler veya haysiyetsiz bir hayat sürer ve bu sebeplerden ötürü onunla birlikte yaşaması diğer eşten beklenemezse, bu eş her zaman boşanma davası açabilir*”⁵⁵² şeklindeki maddesinde yer alan “haysiyetsiz bir hayat sürme” kapsamında değerlendirilebilmekte ve yine boşanmaya konu olabilmektedir.

Eşi zina eden kimsenin boşanma davası açması için altı aydan beş yıla kadar bir süre tayin edilmiştir. TMK’da “*Davaya hakkı olan eşin boşanma sebebini öğrenmesinden başlayarak altı ay ve her hâlde zina eyleminin üzerinden beş yıl geçmekle dava hakkı düşer. Affeden tarafın dava hakkı yoktur*”⁵⁵³ maddesi yer almaktadır. Eşini sarih şekilde affettiği bilinen yahut kanunda belirlenen sürenin geçmesiyle veya başka bir şekilde zımnen affetmiş sayılan diğer eşin aynı konuda dava hakkı söz konusu olamamaktadır.

⁵⁴⁹ 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu, Madde 161

⁵⁵⁰ Köseoğlu ve Kocaağa, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, 11

⁵⁵¹ Konuyla ilgili şu değerlendirme önemlidir: “Şu hâlde kanaatimizce, zina kavramının anlamlandırılması noktasında TMK’da bir boşluk olduğunun söylenmesi mümkündür. Hüküm içi boşluğu doldurma görevi, yargı uygulayıcılarına ve onlara yardımcı kaynak oluşturma işlevini üstlenen öğretiyeye düşmektedir. Hüküm içi boşluk gerçek olmayan boşluk statüsü sünde olduğundan, bu boşluğun doldurulması yorumlama faaliyetiyle ya da takdir yetkisi kullanılarak yerine getirilebilir.” İsmail Dede, “Türk Boşanma Hukukuna Farklı Bir Yaklaşım: Zina ve Haysiyetsiz Hayat Sürme Arasındaki Keskin Sınır”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, c. 23, sy. 3, (2017), 647-648

⁵⁵² TMK, Madde 163

⁵⁵³ TMK, Madde 161

b. Hayata Kast, Pek Kötü ve Onur Kırıcı Davranış

Eşlerin ayrılma sebeplerinden biri olan bu konu TMK'nın 162. Maddesinde düzenlenmektedir. Başlıkta da ifade edildiği gibi tek bir sebep değil hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış şeklinde iki farklı boşanma sebebi mevcuttur.

Konuyla ilgili TMK'nın 162. Maddesi şu şekildedir: “Eşlerden her biri diğeri tarafından hayatına kastedilmesi veya kendisine pek kötü davranılması ya da ağır derecede onur kırıcı bir davranışta bulunulması sebebiyle boşanma davası açabilir.”

Hayata kast, eşlerden birinin, diğerrinin hayatına karşı sergilemiş olduğu öldürme girişiminde bulunmak, intihara teşvik etmek veya zorlamak gibi acı, kötü sonuç doğuran/doğurabilen davranışlardır.⁵⁵⁴

Pek kötü ve onur kırıcı davranış ise eşe yapılan eziyetler, beden ve psikolojisini tehlikeye sokacak eylemler, hapsetmek, aç bırakmak ve normal dışı cinsel ilişki gibi birbirinden farklı durumları ifade etmektedir.⁵⁵⁵

c. Suç İşleme veya Haysiyetsiz Hayat Sürme

TMK'nın konuyla ilgili 163. maddesi şu şekildedir: “Eşlerden biri küçük düşürücü bir suç işler veya haysiyetsiz bir hayat sürer ve bu sebeplerden ötürü onunla birlikte yaşamayı diğer eşten beklenemezse, bu eş her zaman boşanma davası açabilir.”

Maddede yer alan suçlara örnek olarak ahlak düzeninin daha yüksek bir şiddetle reddettiği, ortaya çıkması halinde yüz kızartan hırsızlık, dolandırıcılık, ırza geçme, güveni kötüye kullanma, kaçakçılık, livata ve benzeri gösterilebilir.⁵⁵⁶

Haysiyetsiz hayat sürmekten kasıt ise toplumun genel ahlak anlayışına göre sürekli surette namus, şeref ve haysiyet kavramlarıyla bağdaşmayacak biçimde yaşamaktır. Bu duruma ise genelev işletmeciliği, kadın ticareti gibi şerefe aykırı mesleklerle meşguliyet; içki, kumar ve benzeri maddelere bağımlılık; normal olmayan cinsel yönelimlerde ısrar

⁵⁵⁴ Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, II, 249; Köseoğlu ve Kocaağa, *Aile Hukuku ve Uygulaması*, 36; Ahmet Fevzi Kibar, “Türk Hukukunda Hayata Kast Sebebiyle Boşanma ve Doğurduğu Hukuki Sonuçların Değerlendirilmesi”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, y. 5, sy. 2022/2, 637 vd.

⁵⁵⁵ Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, II, 250; Köseoğlu ve Kocaağa, *Aile Hukuku ve Uygulaması*, 37; Gökçe Canarslan, “Hayata Kast, Pek Kötü veya Onur Kırıcı Davranışın, Genel Boşanma Sebepleriyle İlişkisi”, *International Journal of Social And Humanities Sciences*, 1/2, 2017, 100.

⁵⁵⁶ Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, II, 252; Köseoğlu ve Kocaağa, *Aile Hukuku ve Uygulaması*, 38; Oğuz Ersöz, “Suç İşleme ve Haysiyetsiz Hayat Sürme Sebebiyle Boşanma”, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4/2, 12(2018), 117

ve benzeri durumlar örnek olarak zikredilebilir.⁵⁵⁷ Bu son durumun davacı eşle yakından ilgili olduğunu ifade etmek gerekir. Zira kişilerin şeref ve haysiyet algıları/seviyeleri farklılaşabileceğinden bazı evliliklerde söz konusu durumlara rağmen boşanma davası gündeme gelmeyebilir.⁵⁵⁸

d. Terk

Evlilik eşlerin bir arada yaşamaları ve hayatı paylaşmaları maksadıyla kurulan bir müessesedir. Dolayısıyla eşlerden birinin söz konusu birlikteliği devam etmemek üzere ortak meskenden ayrılarak eşini bırakıp gitmesini veya meşru bir gerekçe olmaksızın meskene dönmemesi TMK tarafından da boşanma sebebi sayılmıştır.

TMK'nın 164. maddesi bu konuyu düzenlemektedir: *“Eşlerden biri, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek maksadıyla diğerini terk ettiği veya haklı bir sebep olmadan ortak konuta dönmediği takdirde ayrılık, en az altı ay sürmüş ve bu durum devam etmekte ve istem üzerine hâkim veya noter tarafından yapılan ihtar sonuçsuz kalmış ise; terk edilen eş, boşanma davası açabilir. Diğerini ortak konutu terk etmeye zorlayan veya haklı bir sebep olmaksızın ortak konuta dönmesini engelleyen eş de terk etmiş sayılır.”*

Maddede açıkça ifade edildiği gibi terkin boşanma sebebi olabilmesi için bazı şartların oluşmuş olması gerekir. Terkeden eşin ortak hayata son verme ve evlilik yükümlülüklerinden kaçınma kasdının bulunması, terkin meşru bir sebebinin olmaması, en az 6 ay sürmesi ve bu durumdan rahatsız olan eşin noter ya da hakim yoluyla terk fiilini gerçekleştiren eşe ihtarname göndermiş ve cevap alamamış olması şartları bulunduğu takdirde boşanma davası açılabilmektedir.⁵⁵⁹

e. Akıl Hastalığı

Eşlerden birinin akıl sağlığını kaybetmesi durumu da boşanma sebeplerindendir. TMK'nın 165. maddesi bu konuyla ilgili olarak *“eşlerden biri akıl hastası olup da bu yüzden ortak hayat diğer eş için çekilmez hâle gelirse, hastalığın geçmesine olanak*

⁵⁵⁷ Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, II, 253

⁵⁵⁸ Köseoğlu ve Kocaağa, *Aile Hukuku ve Uygulaması*, 38-39

⁵⁵⁹ Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, II, 254-258; Köseoğlu ve Kocaağa, *Aile Hukuku ve Uygulaması*, 42-44

bulunmadığı resmî sağlık kurulu raporuyla tespit edilmek koşuluyla bu eş boşanma davası açabilir” hükmünü getirir.

Tabi bu durumun boşanma sebebi sayılabilmesi için de üç şart gereklidir. Birincisi eşlerden birinin akıl hastası olması gereklidir. Böylelikle ne kadar ağır olursa olsun akıl hastalığı dışında kalan kanser, aids ve benzeri hastalıklar kapsam dışındadır. Ayrıca söz konusu hastalık evlilikten sonra meydana gelmiş olmalıdır.

İkincisi mevcut akli rahatsızlığın şifa ümidinin olmaması ve bu durumun sağlık kurulu raporuyla tespiti gereklidir.

Üçüncüsü mevcut durumun “ortak hayatı diğer eş için çekilmez hale getirmiş olması” da şarttır.⁵⁶⁰ Bu son husus akıl hastalığının mutlak değil nispi bir boşanma sebebi olduğunu göstermektedir.⁵⁶¹

2.2.6.3.1.2. Genel Boşanma Sebepleri

Buraya kadar zikretmiş olduğumuz boşanma sebepleri belli/somut olgu ve olaylara dayandığı için “özel boşanma sebepleri” olarak anılmaktadır. Genel boşanma sebepleri ise genellikle belli bir olgu ve olaya dayanmayan, önceden belirlenmesi ve saptanması mümkün olmayan çeşitli durumlardan kaynaklıdır.

a. Evlilik Birliğinin Sarsılması

Genel boşanma sebeplerinin ilki olan bu durum TMK’nın 166. maddesiyle düzenlenmektedir. Söz konusu madde “*Evlilik birliği, ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olursa, eşlerden her biri boşanma davası açabilir*” şeklindedir.

Daha önceki medeni kanunlarda imtizaçsızlık ve şiddetli geçimsizlik olarak isimlendirilen bu boşanma sebebi oldukça geneldir. Öyle ki istatistikî verilere bakıldığında ülkemizde gerçekleşen boşanmaların yüzde doksanından fazlası bu sebeple gerçekleşmektedir.⁵⁶² Bu durum yadırganmamalıdır. Çünkü özel bir takım sebeplerle boşanma kararı alan eşler bazen hatta belki de çoğu zaman bu özel sebebi mahkemeye

⁵⁶⁰ Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, II, 259-260; Öztan, *Aile Hukuku*, 320

⁵⁶¹ Köseoğlu ve Kocaağa, *Aile Hukuku ve Uygulaması*, 40

⁵⁶² https://biruni.tuik.gov.tr/yayin/views/visitorPages/yayinGoruntuleme.zul?yayin_no=18 (Erişim Tarihi: 30.07.2018)

paylaşmak yerine bu genel gerekçeyi kullanarak evlilik birliğine son vermektedir. İfade etmiş olduğumuz bu durum önemlidir. Zira çalışmamızın asıl konusu olan boşama yetkisinin erkekten alınıp mahkemeye devredilmesi konusunda olumsuz görüş sahip olan çoğunluk bir gerekçe olarak bu durumu ifade etmektedirler. Bu hususu bir sonraki bölümde ilgili başlıkta ele alacağız.

Ele almış olduğumuz bu gerekçeyle hakimin boşamaya karar vermesi için iki şart gereklidir. Birincisi evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olması ki buna objektif şart da denilmektedir. İkincisi ise ortak hayatın çekilmez hale gelmiş olması şartıdır. Bu ikinciye ise subjektif şart isimlendirmesi yapılmaktadır.⁵⁶³

b. Eşlerin Anlaşması

Evlilik birliği içerisinde yer alan eşlerin ortak hayatı devam ettirme konusundaki inanç ve umutlarının tamamen ortadan kalkmış olmasının bir göstergesi olarak her iki tarafından açıkça veya zımnen ayrılık kararı almasını hükme bağlamıştır. TMK'nın 166. Maddesinde “anlaşmalı boşanma” diye de isimlendirilen hususa dair hüküm şu şekildedir: *“Evlilik en az bir yıl sürmüştür ise, eşlerin birlikte başvurmaları ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi hâlinde, evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır.”* TMK eşlerin anlaşmasını ayrı bir boşanma sebebi olarak kabul etmemiş, eşlerin boşanma konusundaki ittifaklarını “evlilik birliğinin temelden sarsılması” olarak değerlendirmiştir.

TMK'nın eşlerin kurtulmak istedikleri bir evliliği sonlandırabilmek için hukuksuz bir takım davranışlarda bulunmalarını engelleyebilme adına böylesi bir hükmü içermesi anlaşılabilir bir durumdur. Ancak bu durumun istismar edilmemesi için bir takım şartların varlığı gerekli görülmüştür. Buna göre anlaşmalı boşanmanın gerçekleşebilmesi için şu şartlar aranır: 1) Evlilik birliğinin en az bir yıl sürmüş olması, 2) Eşlerin mahkemeye birlikte müracaat etmesi veya bir eşin açtığı davayı diğer tarafın kabul etmesi, 3) Hakimin bizzat tarafları dinlemesi, 4) Hakimin, tarafların, boşanmanın mali sonuçlarına ve varsa çocukların durumuna ilişkin kararlarını uygun bulması.⁵⁶⁴ Bu dört şart söz konusu olduğunda eşler anlaşmalı şekilde ve mahkeme kararıyla evliliği sonlandırabilmektedir.

⁵⁶³ Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, II, 260-262; Köseoğlu ve Kocağa, *Aile Hukuku ve Uygulaması*, 66 vd.

⁵⁶⁴ Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, II, 269

c. Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması

Evlilik hayatını sürdürme konusunda aralarında sürekli anlaşmazlık bulunan, uzunca bir süre ayrı yaşayan ve birlikte yaşamaya geri dönmeyen eşlerin evlilikleri maddi olarak çökmüş kabul edilir. TMK da bu evliliğin hukuken de sona erdirilebilmesini hükme bağlamıştır. Eylemli ayrılık veya fiili ayrılık olarak da isimlendirilen söz konusu durum TMK'nın 166. Maddesi içerisinde düzenlenmiştir.⁵⁶⁵ Konuyla ilgili hüküm şu şekildedir:

“Boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış bulunan davanın reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleştiği tarihten başlayarak üç yıl geçmesi hâlinde, her ne sebeple olursa olsun ortak hayat yeniden kurulamamışsa evlilik birliği temelden sarsılmış sayılır ve eşlerden birinin istemi üzerine boşanmaya karar verilir.”

Maddeden de açıkça anlaşıldığı gibi ortak hayatın yeniden kurulamaması müstakil bir boşanma sebebi değil evlilik birliğinin temelden sarsılmasının bir tezahürü olarak kabul edilmiştir. Ayrıca tek başına fiili ayrılık boşanma sebebi sayılmamış TMK bunu bir takım şartlara bağlamıştır. Buna göre fiili ayrılığın boşanmaya sebep olabilmesi için, 1) Eşler arasında boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış bir davanın reddedilmiş olması, 2) Söz konusu red kararı üzerinden en az üç yıl geçmiş olması, 3) Üç yıllık süre içerisinde fiilen birlikte yaşamamanın başlamamış/gerçekleştirilememiş olması, 4) Eşlerden birinin dava açması şartları mevcut olduğunda evlilik sona erebilmektedir.

2.2.6.4. Boşanma Çeşitleri

Asıl itibariyle Türk Medeni Kanununda ya da Türk aile hukuku kaynaklarında boşanma çeşitleri şeklinde bir tasnif bulunmamaktadır. Ancak boşanmayla ilgili maddeler incelendiğinde iki çeşit boşanmanın varlığı ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki anlaşmalı diğeri ise çekişmeli boşanmadır.

⁵⁶⁵ Akıntürk ve Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, II, 272-274; Köseoğlu ve Kocaağa, *Aile Hukuku ve Uygulaması*, 157-159

2.2.6.4.1. Anlaşmalı Boşanma

İsimlendirmeden de anlaşılacağı üzere anlaşmalı boşanma “eşlerin özgür iradeleriyle evliliği sonlandırma konusunda fikir birliğine vararak mahkeme kararıyla boşanmaları” şeklinde tarif edilmektedir.⁵⁶⁶ Konunun girişinde de ifade ettiğimiz gibi TMK’da anlaşmalı boşanma özel bir boşanma çeşidi olarak değil evlilik birliğinin temelinden sarsılmasının bir tezahürü olarak işlenmiştir.⁵⁶⁷

2.2.6.4.2. Çekişmeli Boşanma

Esas itibarıyla Türk Medeni kanununda çekişmeli boşanma gibi bir tasnife yer verilmemektedir. Bu hususu daha önce de ifade etmiştik. Ancak biz konuyu daha sistematik ortaya koyabilme adına eşlerin boşanma konusunda aynı fikre sahip olup olmamaları açısından iki ayırdık ve ilk olarak anlaşmalı boşanmayı ifadeye çalıştık. Bu bakış açısına göre ikinci boşanma şekli de çekişmeli boşanmadır. Türk medeni kanununa kaynaklık eden İsviçre Medeni kanununda 2000 yılında yürürlüğe giren düzenlemeler sonrasında boşanma bizim yaptığımız şekilde anlaşmalı ve çekişmeli şeklinde iki kısımda düzenlenmiştir.⁵⁶⁸

Kaynaklarda çekişmeli boşanmayla ilgili bazı tarifler yer alsa da bu üzerinde ittifak edilen bir tarif değildir. Bu çeşit boşanmayla ilgili olarak şu tarifi paylaşabiliriz: “Eşler arasında boşanma konusunda bir anlaşmanın söz konusu olmadığı, eşlerden birinin boşanma sebeplerinden bir veya birkaçına dayalı olarak davacı olduğu, davalı eşin davaya itirazının söz konusu olduğu ve davacının kanunda belirtilen delil türleriyle davasını ispat etmesi sonucu hâkimin boşanmaya hükmetmesidir.”

Çekişmeli boşanma için eşlerden biri boşanma sebeplerinden biri ve bir kaçına dayalı olarak mahkemeye davacı olur. Neticede hâkim uygun görürse boşanmaya hükmeder.

⁵⁶⁶ Seçer Öz, “Anlaşmalı Boşanmada Eşlerin Yaptığı Anlaşma” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:7 Sayı:2 Yıl 2016, 260; Özge Öncü, “Eşlerin ‘Anlaşmalı Boşanma’ Çerçevesinde Mal Rejiminin Tasfiyesine Yönelik Olarak Yaptıkları Anlaşmalar ve Bu Anlaşmaların Uygulamada Doğurduğu Sorunlar”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, 19, Özel Sayı-2017, 795

⁵⁶⁷ Konu daha önceki ele alındığı için kısa bir atıfla yetinilmiştir. Bk. “Eşlerin Anlaşması” başlığı. Ayrıca bk. TMK, Madde 166

⁵⁶⁸ Hasan Petek, “Terke Dayalı Boşanmada Manevî Tazminat”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(2), 2010, 43-78, 44

2.2.6.5. Boşanma Davalarında İstinaf ve Temyiz

Türk hukukunda boşanma davalarında öncelikli yetkili eşlerin ikamet ettiği şehirlerdeki yerel mahkemelerdir. Ancak yerel mahkeme gerek boşama ve gerekse nafaka ve tazminat gibi konulara dair karar aldığında karar bazı durumlarda kesinlik kazanmaz. Zira tarafların istinaf ve sonrasında temyiz gibi kanun yollarına müracaat hakları söz konusu olabilmektedir.

İstinaf şeklindeki kanun yolu 2004 yılında 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında kanun ve 1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Usul Kanunu ile düzenlenen ve yerel mahkemelerin kararlarını denetleme görevi verilen Bölge Adliye Mahkemelerinin kurulmasıyla açılmıştır.⁵⁶⁹ Ancak uygulamada Bölge İdare Mahkemeleri 2016 yılından beri hizmet vermektedir.⁵⁷⁰

Gerek anlaşmalı ve gerekse çekişmeli boşanma davaları ister mahkemenin boşama yahut boşamama gibi asli konudaki kararı veya boşanma davalarının tali konuları olan nafaka, tazminat gibi konularda istinaf kanun yoluna başvurulabilmektedir.⁵⁷¹

Mahkemenin boşama veya boşamama yönündeki kararı sonrasında iki hafta içerisinde tarafların kararı istinaf için Bölge Adliye Mahkemesine götürmeleri mümkündür ve belirlenen süre içerisinde istinafa götürmediği takdirde yerel mahkemenin kararının kesinlik kazanması söz konusudur.⁵⁷² Ayrıca mahkeme kararı tebliğ edilişinden itibaren tarafların istinaf haklarından feragat edebilmeleri de mümkündür.⁵⁷³

Tarafların istinaf hakkından feragatları tüm konularda olabileceği gibi bazı cüzi konularda da söz konusu olabilir. Mesela mahkemenin boşama kararını değilse de sadece boşamaya ilişkin nafaka yahut tazminat kararını istinafa götürebilirler. Böylelikle istinaf

⁵⁶⁹ 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında kanun; 1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Usul Kanunu. Kanunların metni için bk. <https://www.mevzuat.gov.tr/>

⁵⁷⁰ Süleyman Topak, *Boşanma Davalarında Yargılama Usulü*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri 2021, 328.

⁵⁷¹ HMK, Madde 341; Tolga Akkaya, *Medenî Usûl Hukuku Bakımından Boşanma Davası*, Yetkin Yay. 2018, 526

⁵⁷² HMK, Madde 345

⁵⁷³ İbrahim Ercan ve İbrahim Özbay, “Medeni Usul Hukukunda Kanun Yollarından Feragat”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10(3-4), 2006, 433

hakkından vazgeçilen konuya dair yerel mahkeme kararı kesinlik kazanmış olur.⁵⁷⁴ Boşanma kararına ilişkin istinaf yoluna gidilmesi halinde kararın kesinleşmesi ve icrası da ertelenmiş olmaktadır.⁵⁷⁵

Boşanma davalarında bir kanun yolu da temyizdir. HMK'da yer alan ilgili maddeye göre boşanma davaları da istinaf süreci sonrasında verilen kararlardan temyize uygun olan konularda Yargıtay'a müracaat edilebilmektedir. Boşanma kararıyla ilişkili maddi konularda temyize gidebilmek için bazı sınırlamalar söz konusu edilmiştir.⁵⁷⁶

Asıl konumuz olan yerel mahkemenin boşama veya boşamama kararı istinaf tarafından onanabileceği gibi red de edilebilmektedir. Taraflar her durumda istinaf sonrası kararı temyiz hakkına sahiptir. Konuyla alakalı birçok detay var olsa da bizi ilgilendiren husus boşanma davalarında gerek istinafa ve gerekse temyize gidilmesi halinde yargılamanın devam ettiğinin kabulü ve ilk derece mahkemenin boşama/boşamama kararının kesinleşmesi ve icrasının ertelenmesinin söz konusu olmasıdır.⁵⁷⁷ İstinaf mercii Bölge İdare Mahkemeleri, temyiz mercii ise Yargıtay'dır.

2.2.6.6. TMK'da Boşanma Prosedürünün Olumlu ve Olumsuz Yönleri

Türk Medeni kanunu ve Hukuk Muhakemeleri kanunu gibi mevzuatlarda belirlenen usullere göre gerçekleşen boşanma davalarında tarafların ve toplumun lehine olan durumlar var olduğu gibi tam tersi gerek tarafları ve gerekse dolaylı şekilde toplumu olumsuz etkileyen bir takım hususların varlığı da söz konusudur. Konumuzu sağlıklı şekilde değerlendirebilmek adına bunların da ortaya konulması önem arz etmektedir.

2.2.6.6.1. Olumlu Sayılabilecek Yönleri

1. Boşanmanın mahkemede hâkim kararıyla kayıt ve kontrol altında gerçekleşmesi tarafların konu hakkında ihtilaflı iddialarını, konuyu gizleme ve evliliği hukuki olmayan yollarla sonlandırma gibi ihtimalleri ortadan kaldırmaktadır.⁵⁷⁸

⁵⁷⁴ Tolga Akkaya, *Medeni Usul Hukukunda İstinaf*, Yetkin Yay., Ankara 2009, 60

⁵⁷⁵ Topak, *Boşanma Davalarında Yargılama Usulü*, 330

⁵⁷⁶ HMK, Madde 362

⁵⁷⁷ Akkaya, *Medeni Usul Hukukunda İstinaf*, 542

⁵⁷⁸ “İspatın konusunu tarafların üzerinde anlaşamadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluşturur ve bu vakıaların ispatı için delil gösterilir.”, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Madde 187

2. Aşırı öfke, sarhoşluk ve benzeri arızalar ortaya çıktığında eda ehliyetleri ortadan kalkabilmektedir. Mahkeme kararıyla boşanma usulü, söz konusu arızî durumların eşlerin kararlarına etkisini büyük ölçüde ortadan kaldırmaktadır.⁵⁷⁹

3. Boşanmada haklı tarafın tespitine imkân vermesi mahkemede hâkim kararıyla boşanma usulünün bir diğer olumlu yönü olarak değerlendirilebilir. Zira herhangi bir yargılama süreci olmaksızın ayrılık gerçekleştiğinde eşlerden zarara uğratılanın tespiti mümkün olamayabilmektedir.

4. Boşanma öncesi arabuluculuk imkânının var olması. Arabuluculuk sisteminin icbari şekilde boşanma davalarının bir aşaması olarak benimsenmesine yönelik çalışmalar yapılmakta olup henüz TMK’da bir madde yer almamaktadır. Tarafların kendileri tercih etmeleri durumunda mahkeme dışında arabuluculuk hizmetine dair esaslar belirlenmiştir.⁵⁸⁰

2.2.6.6.2. Olumsuz Sayılabilecek Yönleri

Özellikle çekişmeli boşanma davalarında erkek aleyhine nafaka veya tazminata hükmedilmemesi, kadın da lehine nafaka ve tazminata hükmedilebilmesi için karşı tarafa isnat ettikleri suçları bir şekilde ispat etmeye çalışmaktadır. Bu durumda ortaya çıkan olumsuzlukları şu şekilde sıralayabiliriz:

1. Boşanmanın taraflara ciddi sayılabilecek maddi bir külfet getirmesini de bir olumsuzluk olarak değerlendirebiliriz. Boşanma davalarında yargılama giderleri ve avukatlık ücreti şeklinde iki tür masraf söz konusu olmaktadır.

Yargılama masrafı içerisinde başvuru harcı, dosya gideri, tebliğat, vekâlet ve tanık harçları gibi kalemler için yaklaşık 300 ila 500 TL arasında bir tutar söz konusu olmaktadır.

Anlaşmalı veya çekişmeli boşanma davaları için, 2022 yılı için Türkiye Barolar Birliğinin belirlediği asgari ücret tarifesine göre 9 Bin 200 Türk Lirası gibi bir avukatlık

⁵⁷⁹ “Kanunda gösterilen ayrık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri hukukî sonuç doğurmaz.” TMK, Madde 15

⁵⁸⁰ Konuyla ilgili yasal bir düzenleme bulunmamakla birlikte Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Hizmetleri Daire Başkanlığınca yayınlana 2022 yılı Arabuluculuk Ücret Tarifesinde aile hukukuna ilişkin de bir ücret belirlenmesi yapılmıştır. Boşanmalarda arabuluculuk sisteminin yakında başlayacağı bu tarifieden çıkarsanmaktadır. Bk. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/12/20211222-19-1.pdf> (Erişim Tarihi: 25.06.2022)

ücreti belirlenmiştir.⁵⁸¹ Elbette bu rakam alt sınırdır. Davanın süresi, alınan hukuki yardımın kemiyet ve keyfiyetine göre bu rakam ciddi meblağlara ulaşabilmektedir.

2. Boşanmanın hâkimin inisiyatifine bırakılmış olması da, bir açıdan, boşanma davalarında olumsuz kabul edilebilecek önemli bir başka husus olarak değerlendirilmektedir. Zira eşler haklılıklarına hükmedilerek evliliği çekişmeli şekilde sona erdirmek istemelerine rağmen TMK'ya göre hâkim boşanmanın lüzumuna kanaat getirmediği sürece ayrılık gerçekleşmemektedir.⁵⁸² Bu da birbirlerinden belki de nefret etme seviyesine gelmiş iki ferдин bir arada yaşamaya en azından evli kalmaya icbar edilmeleri anlamı taşır ki bunun olumsuz sonuçlara yol açması kaçınılmazdır.

3. Boşanma davalarının çoğu kez uzun sürebilmesi de hem toplumu hem de tarafları etkileyen ciddi bir olumsuzluktur. Bu konuda Adalet Bakanlığının yayınlamış olduğu istatistiklere göre 2018 yılında aile mahkemelerinde bir davanın görülme ve karara bağlanmasının ortalama süresi 182 gün olarak ifade edilmiştir. 2011 yılında bu sürenin ortalama 158 gün olduğu bilgisi yer almaktadır. Ayrıca dava süresinin yıldan yıla genellikle artış gösterdiği de yine ilgili istatistikte yer alan önemli bir veridir.⁵⁸³ Özellikle aralarında ciddi problemler bulunan ve şiddetli geçimsizlik yaşayan eşler için altı aya varan bir ayrılma süreci yıpratıcı olabilmektedir.

4. Çekişmeli boşanma davalarında taraflar özel hayatın gizlilik ve mahremiyetini hiçe sayarak davada etkisi olsun veya olmasın birbirlerinin tüm mahrem bilgilerini mahkemede paylaşabilmektedir. Bu durum özellikle davanın iki tarafın birbirlerinden nefret ederek ayrılmalarına hatta düşmanlıklara sebebiyet verebilmektedir.

5. Boşanmak isteyen eşlerin haklılıklarını ispat edebilmek için hukuka aykırı delil arayışı içine girmeleri de söz konusu olabilmektedir.⁵⁸⁴ Bu süreçte taraflar birbirlerinin temel haklarını ve kişilik haklarını ihlal edecek durumların içinde yer alabilmektedir. İslam aile hukukunun boşanmaya ilişkin ilkeleri bu olumsuzluğun önüne büyük oranda geçmektedir. Zira özellikle kocanın talak ile evliliğe son verdiği durumlarda aile içi

⁵⁸¹ 2022-2023 yılı için belirlene Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi için bk. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/09/20220903-4-1.pdf> (Erişim Tarihi: 03.09.2022)

⁵⁸² TMK, Madde 184

⁵⁸³ Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, *Adli İstatistikler 2018*, Ankara, 142-144

⁵⁸⁴ Pınar Çiftçi, "Boşanma Sisteminin Yargılamada Doğurduğu Temel Hak İhlalleri ve İspat Sorunları", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16, 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, 1741-1745

sırların ifşası yahut hâkimi boşanma kararı vermeye ikna gibi durumlar söz konusu olmamaktadır.

Sayıdığımız bu olumsuzluklar özellikle günümüzde toplumda ciddi problemlerin temel sebeplerinden biri olarak karşımızı çıkabilmektedir. TMK'nın benimsemiş olduğu boşanma sistemine yönelik özellikle dört ve beşinci maddelerde ifade ettiğimiz hususlarda ciddi eleştiriler getirilmektedir. Bir sonraki bölümde detaylıca açıklayacağımız üzere kocanın boşama yetkisinin tamamen mahkemeye devredilmesine karşı çıkan İslam hukukçuları özellikle dördüncü maddeyi ciddi bir argüman olarak kullanmaktadır. Bu nedenle günümüz hukukçularının bu mesleye dair değerlendirmelerine kısaca da olsa temas etmek yerinde olacaktır.

2.2.6.7. TMK'nın Boşanma Prosedürüne Yöneltilen Eleştiriler

Türk Medeni Yargılama sisteminin en çok sorunla karşılaşılan alanlarından biri boşanma davalarıdır. Yargı sisteminin, esas itibarıyla taraflar arasındaki anlaşmazlıkları giderirken bazı önemli hususları da özenle muhafaza altında tutma gayreti içinde olması gerekmektedir. Yargılama esnasında muhafaza edilmesi gereken söz konusu şey ise kişilerin ilgili davada ihlal edilmesi muhtemel olan özel hayatın gizliliği, haberleşme hürriyeti ve gizliliği ve genel olarak kişilik haklarıdır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında “*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz*”⁵⁸⁵, “*Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır*”⁵⁸⁶ ve benzeri maddelerle vatandaşların genel olarak kişilik haklarının muhafazasının gerekliliği ortaya konulmaktadır. Öte yandan yine anayasanın “*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*”⁵⁸⁷ şeklindeki maddesi gereği iddiasını ispat etme hakkına da sahiptir.

⁵⁸⁵ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Madde 20

⁵⁸⁶ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Madde 22

⁵⁸⁷ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Madde 36

Medeni yargılamanın önemli alanlarından biri olan boşanma sistemine gerek İsviçre medeni kanunundan alıntılandığı dönemde⁵⁸⁸ ve gerekse günümüzde yöneltilen pek çok eleştiri mevcuttur. TMK boşanma prosedürüne yönelik en ciddi eleştiriler bazı temel hakların ihlaline sebebiyet vermesi dolayısıyla yapılmaktadır. Zira boşanma davalarında taraflar iddialarını ispat edebilmek maksadıyla çoğu kere karşı tarafın bazı temel ve kişilik haklarını ihlal edici şekilde delil arayışı içine girebilmektedir. Hatta bu nedenledir ki hukuka aykırı şekilde temin edilen ve dolayısıyla ciddi hak ihlalleri içeren delillerin yargılamada kullanılması ciddi bir sorun olarak günümüz hukukçularının gündemindedir.⁵⁸⁹

Günümüzde özellikle teknolojinin de gelişmesiyle birlikte çok farklı tarzda hukuka aykırı şekilde delil temin etme yolları ortaya çıkmıştır. Bunlardan bazıları eşin telefonuna casus uygulamalar kurmak, telefon mesajlarına erişmek, gizlice görüntü veya ses kaydı almak veya kusurunu tespiti çalıştığı eşinin peşine dedektif takmak şeklindedir. Dikkatle ele alındığında bu uygulamalardan her birinin anayasada güvence altına alınan bazı temel hakları ihlal edici nitelikte olduğu görülmektedir.

Hukuka aykırı bahsi geçen şekillerde elde edilen delillerin boşanma davalarında delil olarak kullanılmayacağı özel hayatın korunmasına yönelik Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesi, Türkiye Anayasasının yukarıda zikrettiğimiz maddeleri ve Türk Medeni Kanununun 23 ve 24. maddeleri ve ceza kanununun 132-135. maddeleriyle düzenlenmektedir.⁵⁹⁰ Yargıtay'ın hukuka aykırı şekilde temin edilen delillerin yargılamada ispat vasıtası olarak kullanılamayacağı ictihadı da mevcuttur.⁵⁹¹

Kısaca ortaya koyduğumuz bu sorunun temel kaynağı olarak boşanma kararını verme yetkisinin hâkimin yetkisinde olması, söz konusu kararı alabilmek için hâkimin boşanmanın gerekliliğine kanaat getirmesi⁵⁹² ve önemlisi de hâkimin bu kanaate sahip olabilmesi için eşlerin birbirlerinin kusurlarını ortaya koymak ve ispat etmek zorunda

⁵⁸⁸ Hıfzı Veldet, “Evlenme ve Boşanma”, *Adliye Dergisi*, Yıl: 35, sy. 1, 73-101; Erhan Taş, “Kabul Sürecinde Türk Medeni Kanunu’na Yönelik Bazı Eleştiriler”, *Bingöl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 8, sy. 16, 649-670

⁵⁸⁹ Boşanma davalarında bu tarz durumlarla ilgili detaylı bir değerlendirme için bk. Mustafa Ateş, “Hukuk Yargılamasında ve Özellikle Boşanma Davalarında Hukuka Aykırı Deliller”, *Terazi Hukuk Dergisi*, [Şubat 2008], sy. 18, 89-105

⁵⁹⁰ Pınar Çiftçi, “Boşanma Sisteminin Yargılamada Doğurduğu Temel Hak İhlalleri ve İspat Sorunları”, 1745-1746

⁵⁹¹ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 7 Mart 2017 tarih ve E. 2016/14742, K. 2017/2577

⁵⁹² TMK, Madde 166

olması zikredilmektedir. Özetle sorunun kaynağı TMK'nın benimsediği boşanma sisteminin kusur esasına dayalı olması olduğu tespiti yapılmaktadır.⁵⁹³ Bu, sadece Türkiye'de değil boşanma sistemleri kusura ve kusurun tespitine dayalı tüm ülkelerde var olan problemdir. Esas itibarıyla boşanmak isteyen tarafları böylesi olumsuz sonuçlar doğurabilecek yöntemlere yönlendirenin Türk boşanma hukuku olduğu ifade edilmektedir.⁵⁹⁴ Bunun gerekçesini ortaya koyması bakımından şu ifadeler önemlidir:

*“Duygusal ilişkilerde davranışlara belirli bir anlam yüklemek ve kusur saptamasına girişmek, evliliğin çözülmesinde taraflara bir yarar sağlamayan, var olan tansiyonu faydasız şekilde yükselten bir olaydır. Duygusal ilişkilerde “Kusur” a belirli bir anlam yüklemek ve kusur saptamasına girişmek, evliliğin çözülmesinde taraflara bir yarar sağlamayan, var olan tansiyonu faydasız şekilde yükselten bir olaydır. Kusurun üçüncü kişiler tarafından belirlenmesi de imkânsızdır.”*⁵⁹⁵

Hukuk sistemlerinde boşanma sebepleri bazı ilkeler benimsenmek suretiyle düzenlenmektedir. Bunlar kusur, evlilik birliğinin temelden sarsılması, irade, elverişsizlik ve fiili ayrılık ilkeleridir.⁵⁹⁶ Kimi hukuk sistemleri bu saydığımız ilkelerden birkaçını esas alıyorken Türk boşanma sisteminde bu ilkelerin tamamının tezahürleri söz konusudur.⁵⁹⁷

Kişilerin kişilik haklarını zedeleyici, temel haklarını ihlal edici nitelikteki boşanma sisteminin revizyona ihtiyaç duyduğu hukukçular tarafından dillendirilmektedir. Yapılması gerekenle alakalı olarak ise daha çok Türk boşanma sisteminde benimsenmiş olan kusur ilkesinin terk edilmesi bunun yerine evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olması ilkesinin daha işler kılınması gerektiği üzerinde durulmaktadır.⁵⁹⁸ Bu revizyon gerekçelendirilirken de Türk Medeni kanunun kaynağını teşkil eden İsviçre Medeni kanunu da dahil olmak üzere çağdaş boşanma sistemlerinde yapılan yeni düzenlemelerle

⁵⁹³ Saibe Oktay Özdemir, “Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı”, *Public and Private International Law Bulletin*, 35(1), 33.

⁵⁹⁴ Pınar Çiftçi, “Boşanma Sisteminin Yargılamada Doğurduğu Temel Hak İhlalleri ve İspat Sorunları”, 1765-1766

⁵⁹⁵ Saibe Oktay Özdemir, “Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı”, 33

⁵⁹⁶ Erol Cansel, “Boşanmanın Dayandığı Esaslar”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı 1925-1977*, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 407, 1977, II, 82-83

⁵⁹⁷ Bilge Öztan, *Türk Medenî Kanunu'na Göre Evliliği Sona Erdiren Sebepler, Özellikle Boşanma*, Prof. Dr. Turgut Kaplısüz'e Armağan, Ankara 2003, 717

⁵⁹⁸ Saibe Oktay Özdemir, “Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı”, 36;

boşanma davalarında kusur ilkesinin terk edildiği, evlilik birliğinin temelinden sarsılması ilkesinin benimsendiği yoğun şekilde vurgulanmaktadır.⁵⁹⁹

2.3. GÜNÜMÜZ İSLAM ÜLKELERİNDE EVLİLİĞİN SONA ERMESİ

Çalışmamızda ele almış olduğumuz mesele sadece ülkemizde değil birçok İslam ülkesinde mevcuttur. Bu nedenle diğer İslam ülkelerinde talak uygulamaları hakkında bilgi vermek yerinde olacaktır. Ancak irili ufaklı onlarca ülkenin hukuk sistemleri ve talak uygulamalarından teker teker bahsetmek yerine dünyanın muhtelif bölgelerinde yer alan seçili önemli bazı ülkelere temas etmekle yetineceğimizi ifade etmemiz gerekir.

Talak ile alakalı olarak tarihsel süreçte ilk düzenlemeler Tanzimat sonrası bazı nizamnameler ve neticede 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile yapılmıştır. Kararnamede talak yetkisi yine erkeğe ait kabul edilmiş olup talakın mahkemeye bildirilme ve tescil ettirilme zorunluluğu getirilmiştir.⁶⁰⁰ Hukuk-ı Aile Kararnamesi uzun süre yürürlükte kalamamıştır. 1924 yılında hazırlanan ancak yürürlüğe girme imkânı bulunmayan 1924 tarihli Hukuk-ı Aile Kanunu tasarısında ise talak hakkının ancak hâkim veya hâkim tarafından atanan hakem heyeti huzurunda kullanılabileceği kuralı öngörülmüştür.⁶⁰¹

Türkiye’de 1926 yılında İsviçre medeni kanunu esas alınarak hazırlanan Türk Medeni Kanunun yürürlüğe girmesiyle söz konusu tasarı yürürlüğe girememiştir.

2.3.1. İslam Ülkelerinde Talak Uygulamaları

İslam ülkelerinin aile kanunlarında düzenleme yapma açısından üç kısımda incelenebilir:⁶⁰²

1. Geleneksel uygulamayı aynıyla devam ettirip sadece tescil şartı getiren ülkeler
2. Geleneksel uygulamayı tamamen terk etmeyip talakı mahkemece kontrol altına alan ülkeler

⁵⁹⁹ Nevzat Özdemir, *Türk-İsviçre Hukukunda Anlaşılmalı Boşanma*, Beta Yay., 2003, 7; Pınar Çiftçi, “Boşanma Sisteminin Yargılamada Doğurduğu Temel Hak İhlalleri ve İspat Sorunları”, 1788-1791

⁶⁰⁰ Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Madde 10

⁶⁰¹ Hukuk-ı Aile Kanunu Taslağı, Md. 86-87

⁶⁰² J. N. D. Anderson, *Islamic Law in the Modern World*, New York: New York University Press, 1959, 3

3. Talak yetkisini mahkemeye devreden ülkeler

2.3.1.1. Talak Konusunda Geleneksel Yöntemi Devam Ettiren Ülkeler

2.3.1.1.1. Mısır

Mısır konumuz açısından önemli bir ülkedir. Zira Mısır, çalışmamızın konusu olan erkeğin talak yetkisinin mahkemeye devri de dâhil olmak üzere kadın erkek eşitliği ve kadının özgürleştirilmesi bağlamında şahit olunan tartışmaların ilk başladığı ülkedir.⁶⁰³

1929 yılında ortaya konulan Mısır aile kanununda 1985 yılında ve son olarak 2000 yılında bazı düzenlemeler yapılmıştır. Ancak talakın gerçekleşme şekli ve yetkili kişi ile ilgili olan temel maddelerde bir değişiklik söz konusu olmamıştır.

Mısır aile kanununa göre talak yetkisi erkeğe aittir. Mükreh ve sarhoşun talakı muteber olmayıp talak lafzının münecciz olması yani herhangi bir şarta bağlanmaması gerekmektedir.⁶⁰⁴ Adet belirtilerek yapılan talak tek talak olarak kabul edilmiştir.⁶⁰⁵

Boşama yetkisini kullanan erkeğin 30 gün içerisinde “müvessık” veya “el-me’zunu’ş-şeri” olarak isimlendirilen Adalet Bakanlığına bağlı resmi merciye talak kaydettirmesi gerekmektedir. Boşamayı gerçekleştiren koca, o yapmayacak olursa resmi görevli “talak kayıt belgesini” kariya yahut kanuni temsilcisine teslim eder ve böylelikle kadın boşama işleminden resmi şekilde bilgi sahibi olur. Boşama sonrası medeni ve mali işlemlerde talak kayıt belgesi üzerinde de yer alan boşamanın gerçekleştirildiği tarih esas alınır.⁶⁰⁶ Ayrıca talakın taraflardan biri tarafından inkârı halinde ispat sadece şahitler veya mezun tarafından düzenlenmiş olan talak kayıt belgesi ile yapılabilmektedir.⁶⁰⁷ Ancak talakın ispatını yalnızca vesika ve şahit getirmeyle sınırlandıran 2000 yılında çıkarılan bu kanun Mısır Anayasa mahkemesi tarafından şeri prensiplere aykırı oluşu ve şeri şartlara

⁶⁰³ Detaylı bilgi için bk. Talak Yetkisinin Mahkemeye Devri Tartışmasının Tarihsel Arka Planı başlığı

⁶⁰⁴ 1985 yılında bazı maddeleri tadil edilen 1929 tarih 100 sayılı Kanunu'l-Ahvali'ş-Şahsiyye, Madde 1, 2

⁶⁰⁵ Kanunu'l-Ahvali'ş-Şahsiyye, Madde 3

⁶⁰⁶ Kanunu'l-Ahvali'ş-Şahsiyye, Madde 5 (Mükerrer)

⁶⁰⁷ 2000 Tarih, 1 Sayılı Kişisel Statü Konularında Bazı Dava Koşullarını ve Prosedürlerini Düzenleyen Kanun, Madde 21. Kanunun metni için bk. <https://marsd.daamdh.org/2018/03/01/-2000-لسنة-1-القانون-رقم-1> (Erişim Tarihi: 20.06.2022)

uygun gerçekleşen talakın kadın tarafından inkârı halinde erkeğin bunu ispatının zor olacağı gibi bir takım değerlendirmeler neticesinde iptal edilmiştir.⁶⁰⁸

Şiddetli geçimsizlik, kocanın dört yıl veya daha uzun süre kaybolması ya da kocada bir kusur bulunması gibi durumlarda kadının boşanmak için mahkemeye müracaat etme hakkı bulunmaktadır.⁶⁰⁹ Şiddetli geçimsizlik sebebiyle mahkemeye müracaat edildiğinde mahkeme öncelikle mümkünse eşlerin ailelerinden değilse dışarıdan iki hakem tayin eder. Hakemler mümkünse barıştırma, değilse mahkemeye bir rapor vermek suretiyle talaka yahut muhalaaya hükmedilmesini sağlayabilir.⁶¹⁰

2.3.1.1.2. Suudi Arabistan

Suudi Arabistan, uygulamayla ilgili tartışmalar var olsa da teorik olarak tam bir İslam Devleti olarak kendisini tanımlamaktadır. Devletin anayasası yönetimde asli kaynaklarının Kuran ve Sünnet olduğunu, ülkede İslam hukukunun tatbik edileceğini, hâkimleri kayıtlayan tek otoritenin İslam şeriatı olduğunu açıkça ifade etmektedir.⁶¹¹

Suudi Arabistan'da diğer İslam ülkelerinin çoğunluğunda olduğu gibi aile hukukunu düzenleyen sistemli bir medeni kanun bulunmamaktadır. Yalnızca yargılama esaslarını, resmi iş ve işleyişleri düzenleyen nizamlar (kanunlar) ve laihalar (yönetmelikler) ve ayrıca ilgili kurum yahut doğrudan Adalet Bakanlığı tarafından gönderilen genelgeler mevzuatı oluşturmaktadır.⁶¹²

Ülkede aile hukuku konuları da doğal olarak İslam hukuku esas alınarak çözüme kavuşturulmaktadır. Hâkimlerin herhangi bir mezhebe göre hüküm vermelerini gerektiren bir düzenleme ülkede mevcut olmamasına rağmen genelde Hanbeli mezhebine göre hareket edilmesi söz konusudur.⁶¹³

Suudi Arabistan talak konusunda geleneksel yöntemin devam ettiği ülkelerdendir. Talak yetkisi erkeğe ait kabul edilse de eşini boşamak isteyen kocanın takip etmesi gereken resmi bir prosedür belirlenmiştir.

⁶⁰⁸ 15.01.2006 tarih ve 113 Mısır Anayasa Mahkemesi Kararı, www.cc.gov.eg

⁶⁰⁹ Kanunu'l-Ahvali'sh-Şahsiyye, Madde 21, 22

⁶¹⁰ Kanunu'l-Ahvali'sh-Şahsiyye, Madde 6, 7, 8, 9, 10, 11

⁶¹¹ en-Nizâmü'l-Esâî li'l-Hukm, md. 1, 7, 23, 45, 46, 48

⁶¹² Mehmet Ali Yargı, "Suudi Arabistan'da Evlenme İşlemleri", *MÜİFD*, 40 (2011/1), 169

⁶¹³ Mehmet Ali Yargı, "Suudi Arabistan'da Evlenme İşlemleri", 169

Öncelikle mahkemeye bizzat giderek müracaat etmesi veya Adalet Bakanlığının web sitesinden bir form doldurmak suretiyle mahkeme randevusu oluşturması gerekmektedir.⁶¹⁴ Belirlenen tarihte kocanın mahkemeye gelmesi zorunludur ve hâkim aynı tarihe karının veya vekilinin gelmesi için gerekli işlemleri yapar. Kadın mahkeme huzurunda söz konusu erkekle evli olup olmadığını, eşiyle zevci münasebette bulunup bulunmadığını, varsa çocuklarının ve daha önce gerçekleşmişse kendisine verilen talak sayısını zikreder ve koca da bu bilgileri teyit ettiğinde daha önce gerçekleşen boşama işlemi mahkeme huzurunda kayıt altına alınmış olur.

Çekişmeli boşanma işlemlerinde taraflardan biri mahkemeye müracaat ettiğinde mahkeme öncelikle tarafların ailelerinden birer hakem belirler ve tarafların arasında sulh sağlanmaya çalışılır. Eğer sulh konusunda başarı sağlanamazsa eşlerin arası tefrik edilir ve hakemler konu hakkında ilgili mahkemeye kadının iddeti, nafakası ve benzeri boşanma sonrası haklarının verilmesi için bilgilendirme yapar. Taraflar arasındaki problem kadından kaynaklanıyorsa almış olduğu mehri veya kıymetini kocaya iade ile sorumludur. Karı ve koca her ikisi eşit seviyede problem kaynağı iseler bu durumda kadın mehrin yarısını iade eder.

İçlerinde tüm körfez ülkelerinin yer aldığı Körfez Arap Ülkeleri İşbirliği Konseyi (KAÜİK) tarafından 2001 yılında düzenlenen toplantıda Birleşik Ahval-ı Şahsiyye Kanunu tasarısı hazırlanmıştır. Bu tasarıya göre de tüm Arap körfez ülkelerinde boşama yetkisi erkeğe ait kabul edilmiş ve geleneksel uygulama büyük ölçüde korunmuştur.⁶¹⁵

2.3.1.1.3. İran

Ülkenin resmi adı olan İran İslam Cumhuriyeti ifadesinden de anlaşılacağı üzere İran kendisini İslami esaslara dayalı şekilde yönetilen bir ülke olarak tanımlamaktadır.⁶¹⁶ İran itikadi olarak Şia'yı, ameli olarak ise Cafer Sadık'a nispet edilen Caferilik mezhebini resmi mezhep kabul eden bir ülkedir.⁶¹⁷

⁶¹⁴ Aralarında talakın da yer aldığı yetki sahiplerince mahkeme haricinde çekişmesiz şekilde karara bağlanmış miras, nikah, muhalaa, velayet, hidane gibi işlemlerin kayıt altına alınabilmesi için elektronik başvuru sistemi için bk: <https://www.moj.gov.sa/ar/eServices/Pages/Details.aspx?itemId=12> (Erişim Tarihi: 20.12.2020)

⁶¹⁵ Kanun tasarısının metni için bk. <https://is.gd/qofJS9> (Erişim Tarihi: 20.12.2020)

⁶¹⁶ İran İslam Cumhuriyeti Anayasası, (Kanun-ı Esasi Cumhuri İslamî İranî), Madde 1-5, Anayasanın tam metni için bk. https://rc.majlis.ir/fa/content/iran_constitution (Erişim Tarihi: 05.05.2020)

⁶¹⁷ Hamid Algar, "İran", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul 2000, XXII, 409 vd.

İran medeni kanunun göre boşama yetkisi diğer Sünni mezhepler ve dolayısıyla ülkelerde olduğu gibi erkeğe aittir. Erkek boşama yetkisini iki adil şahidin huzurunda kullanmalıdır aksi halde talak geçerli kabul edilmemektedir. Kanunda ayrıca talakla ilgili olarak taliki şartla gerçekleşmeyeceği, vekil aracılığıyla gerçekleştirilebileceği ayrıca kadının adet ve nifaslı olduğu halde boşanamayacağı gibi kurallara da yer verilmektedir.⁶¹⁸

2.3.1.2. Talakın Mahkemece Kontrol Altına Alındığı Ülkeler

2.3.1.2.1. Ürdün

Ürdün Ahval-i Şahsiyye kanunu son halini 2010 yılında almıştır. Kanunun dördüncü bölümünün ilk kısmı talak konusunu düzenlemektedir.

Ürdün aile kanununda da talak yetkisi erkektedir. Erkek bu yetkisini vekili aracılığıyla da kullanabilir. Ayrıca boşama yetkisini karısına da verebilmektedir ve bu tefviz-i talakın resmi bir belge ile olması gerekli görülmüştür. Sarhoşun, mükrehin, matuhun ve cinnet seviyesinde öfkeli kişinin talakı geçerli görülmemiştir. Adet belirtilerek yahut birden fazla tekrar edilerek yapılan boşamalar tek bir talak olarak değerlendirilmektedir.⁶¹⁹ Zifaf gerçekleşmeden veya muhalaa şeklinde gerçekleşen üçüncü talaktan önceki ilk iki boşama ricâ kabul edilmektedir.⁶²⁰

Kocanın gerçekleştirmiş olduğu talakı mahkemede yapması ve tescil ettirmesi esastır. Şayet koca bunun aksine davranır mahkeme dışında karısını boşar ve bu talakı bir ay içinde tescil ettirmezse ceza kanununda belirlenen müeyyide ile cezalandırılır. Koca tarafından tescil ettirilen talaktan kadının haberdar olmaması halinde mahkemenin talak kararını bir hafta içinde kadına tebliğ etmesi gereklidir.⁶²¹ Ürdün aile kanunu muhalaada erkeğin rızasını şart koşturmaktadır.⁶²²

⁶¹⁸ Kanun-ı Medenî Cumhuriyet-i İslamî İran, Madde 1133-1142 Kanunun tam metni için bk. <https://rc.majlis.ir/fa/law/show/92778> (Erişim Tarihi: 05.05.2020)

⁶¹⁹ Kânûnu'l-Ahvâlî'sh-Şahsiyye el-Ürdünî, Madde 80 – 89, Kanunun tam metni için bkz. <http://www.sjd.gov.jo/EchoBusV3.0/SystemAssets/PDFs/AR/AppliedLegislations/a7walsha5seye.pdf>

⁶²⁰ Kânûnu'l-Ahvâlî'sh-Şahsiyye el-Ürdünî, Madde 91

⁶²¹ Kânûnu'l-Ahvâlî'sh-Şahsiyye el-Ürdünî, Madde 97

⁶²² Kânûnu'l-Ahvâlî'sh-Şahsiyye el-Ürdünî, Madde 102

2.3.1.2.2. Birleşik Arap Emirlikleri

Birleşik Arap Emirlikleri'nin son hali 2005 yılında verilen 28 sayılı ahval-i şahsiye kanununun ikinci kitabının ilk bölümü talak konusundaki maddeleri içermektedir.⁶²³ İlgili maddelerden hareketle ülkedeki talak uygulamasına dair genel prensipler şu şekildedir:

Talak, koca veya kocanın bu konudaki özel vekili tarafından yahut yine koca tarafından yetki devri yapılmışsa kadın tarafından gerçekleştirilmektedir.⁶²⁴ Lafız, yazı veya işaretle adet belirtilerek veya boşama lafzının tekrar edilmesiyle yapılan boşamalar tek bir talak olarak kabul edilir.⁶²⁵ İlk talak ve zifaf öncesi gerçekleşen her talak ricî talak olarak değerlendirilir.⁶²⁶ Ayrıca boşama sarîh lafızla, hâkim huzurunda yapılmalıdır ve sonrasında hâkim tarafından tescil edilmelidir. Bu kurala aykırı şekilde gerçekleşen, yani sarîh lafızla yapılmamış yahut hâkim önünde gerçekleşmemiş boşamalar beyyine yahut ikrar ile tespit edilir ve talak tescil edilir.⁶²⁷

Konumuzla yakından ilgili 106 maddenin gerekçesinde talakın hakim veya iki şahit huzurunda gerçekleşmesinin zorunlu olmadığı, bunun mendup olduğu zikredilmiştir. Ancak mahkeme haricinde gerçekleşen talakın şeran ispat vasıtası kabul edilen yollardan biriyle kocanın ikrarı veya şahitlerle delillendirilmesi şart koşulmuştur.

2.3.1.2.3. Bahreyn

Bahreyn'de aile kanununun son hali 20 Eylül 2017'de resmi gazetede yayınlanmıştır.⁶²⁸ Bahreyn'de diğer İslam ülkelerinden farklı olarak aile kanununda hem Sünni fıkıh hem de Caferi fıkına uygun maddeler yer almaktadır.

⁶²³ <https://www.dc.gov.ae/PublicServices/LegislationsByType.aspx>

⁶²⁴ el-Kanunu'l-İttihadi fi Şe'ni'l-Ahvali's-Şahsiyye, Madde 100; Maddenin Gerekçe Layihası, <https://www.dc.gov.ae/PublicServices/LegislationDetails.aspx?LawKey=687&SourceType=1&ItemKey=220&CalledFrom=1&lang=>

⁶²⁵ el-Kanunu'l-İttihadi fi Şe'ni'l-Ahvali's-Şahsiyye, Madde 103/3; Maddenin Kanunun Gerekçe Layihası <https://www.dc.gov.ae/PublicServices/LegislationDetails.aspx?LawKey=687&SourceType=1&ItemKey=226&CalledFrom=1&lang=>

⁶²⁶ el-Kanunu'l-İttihadi fi Şe'ni'l-Ahvali's-Şahsiyye, Madde 105; Maddenin Gerekçe Layihası <https://www.dc.gov.ae/PublicServices/LegislationDetails.aspx?LawKey=687&SourceType=1&ItemKey=230&CalledFrom=1&lang=>

⁶²⁷ el-Kanunu'l-İttihadi fi Şe'ni'l-Ahvali's-Şahsiyye, Madde 106/1,2; Maddenin Kanunun Gerekçe Layihası <https://www.dc.gov.ae/PublicServices/LegislationDetails.aspx?LawKey=687&SourceType=1&ItemKey=232&CalledFrom=1&lang=>

⁶²⁸ 20.09.2017 tarihli 19 Sayılı Kanunu'l-Üsra metni için bk.

<http://www.legalaffairs.gov.bh/LegislationSearchDetails.aspx?id=145311#.XTtWNvIzY2w>

Sünnilerle ilgili olarak evliliği sonlandırmada talak yetkisi erkeğe yahut onun yetki verdiği vekiline ait olduğu kabul edilmiştir. Aynı durum Caferilere özel maddede de aynen zikredilmiştir.⁶²⁹

İlerleyen maddelerde boşama hakkına sahip olan erkeğin akıllı, baliğ, temyiz gücüne sahip olması gerektiği ifade edilmiş çocuğun, matuhun, mükrehin, mecnunun, sarhoşun ve öfkeli kişinin talakının geçerli olmayacağı kanunlaştırılmıştır.⁶³⁰

Herhangi bir sayı verilerek bir anda yapılan talak tek talak olarak kabul edilmiştir.⁶³¹ Kanunun Caferilerle ilgili maddesinde talakın münecciz yani şarta bağlı olmaması, kadının kendisiyle ilişkiye girilmemiş olan temizlik döneminde olması ve iki şahidin huzurunda gerçekleştirilmiş olması şartıyla talak sahih kabul edilmiştir.⁶³²

Bahreyn aile kanununa göre aslolan talakın erkek tarafından hakim huzurunda gerçekleştirilmesidir.⁶³³ Hâkimin, erkek talak yetkisini kullanmadan önce karı kocanın aralarını ıslah etmeye çalışması gerektiği ifade edilmiştir.⁶³⁴ Ancak mahkeme dışında erkeğin talak hakkını kullanması halinde ikrar ya da beyyine ile ispat edilmesi gerekli görülmüştür.⁶³⁵ Malum olduğu üzere beyyineden kasıt iki şahittir.

2.3.1.2.4. Fas

Fas anayasasında⁶³⁶ devletin dininin İslam dini olduğu belirtilmektedir.⁶³⁷ Ayrıca anayasada ülkenin şiarı olarak üç kavrama yer verilmiştir. Bunlar, Allah, vatan ve kral şeklindedir.⁶³⁸ Yönetim biçimi olarak ise anayasal, demokratik, parlamenter ve sosyal bir krallık olduğu ifade edilmektedir.⁶³⁹

⁶²⁹ Kanunu'l-Üsra, Madde 83/1A, 2A

⁶³⁰ Kanunu'l-Üsra, Madde 84/A, B

⁶³¹ Kanunu'l-Üsra, Madde 86/C

⁶³² Kanunu'l-Üsra, Madde 86/2

⁶³³ Kanunu'l-Üsra, Madde 89/B

⁶³⁴ Kanunu'l-Üsra, Madde 89/A

⁶³⁵ Kanunu'l-Üsra, Madde 89/C

⁶³⁶ Fas Anayasasının tam metni için bk:

https://www.cour-constitutionnelle.ma/sites/default/files/documents/constitution_arabe_2011_0.pdf

⁶³⁷ Düsturu'l-Memleketi'l-Mağribiyye, Md. 3

⁶³⁸ Düsturu'l-Memleketi'l-Mağribiyye, Md. 4

⁶³⁹ Düsturu'l-Memleketi'l-Mağribiyye, Md. 1

Fas’ın yürürlükte bulunan aile kanununun talak ile üçüncü bölümün ilk maddesi şu şekildedir: “Talak, erkek veya kadın tarafından gerekli şartlar oluştuğunda bu kanuna uygun şekilde mahkeme gözetiminde evlilik bağının çözülmesidir.”⁶⁴⁰

Kanunun diğer maddelerinde boşama işleminin prosedürlerine de yer verilmektedir. Karısını boşamak isteyen erkek mahkemeye müracaat ederek kendisi için iki adil şahit atanmasını talep eder.⁶⁴¹ Bu müracaat yapıldığında mahkeme önce eşleri aralarında sulh yapmak için mahkemeye davet eder.⁶⁴² Bu mümkün olmadığı takdirde mahkeme kocadan karısının boşanma sonrası mali hakları olan iddet nafakası, müeccel mehir gibi hususlar için bir meblağı mahkeme kalemine bir ay içerisinde yatırmasını ister.⁶⁴³ Bütün bu işlemler sonrasında koca mahkemede iki şahit huzurunda boşamayı gerçekleştirir ve aynı anda talak kayıt altına alınır.⁶⁴⁴ Kadın şayet tefviz-i talak ile boşama hakkı almışsa erkeğe ait prosedürlerin aynısını takip etmek suretiyle o da boşamayı gerçekleştirebilmektedir.⁶⁴⁵ Ancak kadın boşama hakkına sahip değilse şiddetli geçimsizlik, kocanın zarar vermesi, sorumluluklarını yerine getirmemesi, nafakası yükümlülüğünü yerine getirmemesi, kaybolması, birlikte yaşamaya engel bir kusurunun var olması ve ila gibi gerekçelerle mahkemeden boşanma talebinde bulunabilmektedir.⁶⁴⁶

Fas’ta talak geleneksel uygulamayla oldukça uyumludur ancak en önemli husus tüm adımların mahkeme kontrol ve iznine tabi olmasıdır diyebiliriz.

2.3.1.2.5. Irak

Irak’ta da Ahval-i Şahsiyye Kanunun 39. Maddesi talak hakkını kullanmak isteyen kocanın ilgili mahkemede dava açması gerektiğini öngörmekle birlikte, mahkemeye müracaat imkânı bulunmadığı takdirde iddet müddeti içerisinde talakın mahkemeye tescil

⁶⁴⁰ Müdevvenetü’l-Üsra, Md. 78 (Kanunun tam metni için bk: https://www.cour-constitutionnelle.ma/sites/default/files/documents/mdwn_lsr.pdf)

⁶⁴¹ Müdevvenetü’l-Üsra, Md. 79

⁶⁴² Müdevvenetü’l-Üsra, Md. 81

⁶⁴³ Müdevvenetü’l-Üsra, Md. 83-84

⁶⁴⁴ Müdevvenetü’l-Üsra, Md. 87

⁶⁴⁵ Müdevvenetü’l-Üsra, Md. 89

⁶⁴⁶ Müdevvenetü’l-Üsra, Md. 94-98

ettirilmesi gerektiğini ifade etmektedir.⁶⁴⁷ Böylece Irak Kanunu mahkeme dışı boşamaları sınırlandırma iradesi göstermişse de tamamen geçersiz saymamıştır.⁶⁴⁸

Talakın mahkeme kontrolüne alınmasıyla ilgili dikkat çekilmesi gereken şu hususlar da önemlidir. Mısır ve Suriye'nin Birleşik Arap Cumhuriyeti adı altında tek bir devlet haline geldiği dönemde Mustafa Ahmed ez-Zerkâ başkanlığında bir komisyon tarafından hazırlanan *Meşrûu Kânûni'l-ahvâli's-şahsiyye el-muvahhad* adlı bir aile kanunu tasarısı mevcuttur. İlgili tasarının 79. Maddesi talakın ancak kanunda belirlenmiş resmi görevli huzurunda yapılabileceğini ve görevlinin talakı tescil edeceğini hükme bağlamıştır. Maddenin gerekçesinde nasların evlilik ve talak konusundaki mesajına temas edilmiş, resmi görevlinin aynı zamanda şahit yerine geçeceği ifade edilmiş, kamu otoritesinin bu tür düzenlemeleri yapma yetkisi olduğu vurgulanmıştır. Boşamada şahit göstermenin mendub olduğunda fukahanın ittifak ettiği, kamu otoritesinin talakın ancak şahit konumunda olan resmi görevli huzurunda yapılmasını zorunlu kılmasının fıkha aykırı sayılamayacağı savunulmuştur. Hz. Ömer'in üç talakla ilgili tasarrufu da örnek gösterilmiştir. Gerekçede ayrıca bu adımın talak hakkının kocadan alınarak tamamen hâkimin yetkisine verilmesine yönelik bir adım sayılmaması gerektiği de ifade edilerek, muhtemel tepkileri dindirmeye yönelik çekinceli bir dil kullanılmıştır.⁶⁴⁹

2.3.1.3. Talak Yetkisini Mahkemeye Devreden Ülkeler

2.3.1.3.1. Tunus

Tunus Aile Kanunu, 13 Ağustos 1956'da yayın emri verilmiş ve 17 Ağustos 1956'da resmi gazetede yayınlanmıştır. 12 Temmuz 1993'te aile kanununda kadınlara bazı haklar veren önemli değişiklikler söz konusu olmuştur.

Başlangıçta hemen belirtmeliyiz ki boşama veya boşanma muhakkak mahkeme de yapılmak zorundadır.⁶⁵⁰ Tunus aile kanununda üç çeşit boşanma şekline yer verilmiştir. Mahkeme huzurunda da evliliğin sona ermesi, eşlerin karşılıklı anlaşmasıyla, eşlerden

⁶⁴⁷ Faruk Abdullah Kerim, *el-Vasît fi şerhi'l-Kânûni'l-ahvâli's-şahsiyye el-İrâkî*, Süleymaniye 2004, 190; Ayrıca kanunun tam metni için bk: https://yadi.sk/I_KuiNcbgTUmzpAg

⁶⁴⁸ Mahmud Ali es-Sertâvî, *Şerhu Kânûni'l-ahvâli's-şahsiyye*, Daru'l-Fikr, Beyrut 2010, 185; Muhsen Abdulkader Saleh, *Türk ve Irak Hukukunda Genel Sebeplere Dayanarak Boşanma ve Sonuçları*, Ankara 2014, 45.

⁶⁴⁹ *Meşrûu Kânûni'l-ahvâli's-şahsiyye el-muvahhad*, Dimaşk 1996, 155-172

⁶⁵⁰ Mecelletü'l-Ahvali's-Şahsiyye, Madde 30

birinin zarar görmesi sebebiyle talepte bulunmasıyla ve son olarak kocanın karısını boşamak istemesi yahut kadının kocasının kendisini boşamasını talep etmesi şeklinde gerçekleşebilmektedir.⁶⁵¹

Mahkeme başkanı, başkan vekillerinin arasından bir aile hâkimi seçer. Aile hakimi eşler arasında sulhu sağlama konusunda gerekli girişimlerde bulunmaksızın talaka hükmedemez. Hakim eşler arasındaki anlaşmazlığı gidermek için “sulh/barış celseleri” düzenler. Şayet ailenin ergenlik çağına gelmemiş çocukları mevcutsa aralarında en az 30 gün bulunacak şekilde üç “sulh celsesi” düzenler.⁶⁵² Karı koca arasında barışı sağlama konusunda başarısızlık söz konusu olursa talaka hükmeder. Anlaşmalı boşanmalarda prosedür daha hızlı işleyebilmektedir.

Görüldüğü gibi Tunus’taki boşanma sistemi Türkiye’deki sisteme oldukça benzemektedir. Dolayısıyla ortaya çıkan soru ve sorunlar da doğal olarak benzerlik arz etmektedir. Ülkemizde olduğu gibi Tunus’ta da “mahkeme dışında erkeğin hanımına boş ol demesi” durumunda konuyla ilgili fetva verilmemekte ve meseleye yargıya havale edilmektedir.⁶⁵³

Tunus’ta hayata geçirilen düzenlemenin meşruiyeti noktasında farklı yaklaşımlar ileri sürülmüştür. Kur’ân-ı Kerimdeki hakem uygulaması ile talak ve ricat anında şahit bulundurulmasıyla ilgili ayetlerden, Hz. Peygamber’e ve raşid halifelere evlenme ve boşanma ile ilgili pek çok sorun iletilmesinden ve onların kamu otoritesi sıfatıyla bu meseleleri karara bağlamalarından hareketle kimi müellifler, veliyyülemrin talak hakkının ancak yargı denetiminde kullanılabileceği şeklinde bir düzenleme yapmasını caiz görmüşler, bu durumda yargı denetimi dışında yapılacak talakların geçersiz sayılacağını ileri sürmüşlerdir. Tunus’taki tatbikat da bu meseleye örnek olarak gündeme getirilmiştir.⁶⁵⁴ Kimi müelliflere göre ise Tunus’ta yürürlükte olan kanun kocanın elinden boşama yetkisini almak suretiyle İslam fıkhrındaki bütün mezheplerin hükümlerine karşı çıkmıştır.⁶⁵⁵

⁶⁵¹ Mecelletü’l-Ahvali’ş-Şahsiyye, Madde 31

⁶⁵² Mecelletü’l-Ahvali’ş-Şahsiyye, Madde 31

⁶⁵³ Konuyla ilgili olarak Tunus Fetva Divanına sorulan soru ve 24.02.2017 tarih ve 22182 sayılı fetva için bk. <http://www.di.tn/DetailReponseFatwa.aspx?FatawaId=22182&CategorieId=2>

⁶⁵⁴ Muhammed İzzet Derveze, *et-Tefsîru’l-hadis*, Beyrut 2000, VI, 432-434.

⁶⁵⁵ Abdurrahman Sabuni, *Medâ Hürriyyeti’z-Zevceyn fi’t-Talâk fi’ş-Şerîati’l-İslâmiyye*, Dârü’l-Fikr, Beyrut 1968, I, 106

2.3.1.3.2. Malezya

Malezya Federal Anayasasında federasyonun dininin İslam olduğu ve diğer din pratiklerinin de barış ve uyum içerisinde yerine getirilebileceği ifade edilmektedir.⁶⁵⁶

Talak konusunun mahkeme kontrolüne alınmasıyla ilgili önemli adım atan ülkelerden biri de Malezya'dır. 1984 tarihli İslam Aile Hukuku Kanununa (Federal Bölge) (Islamic Family Law-Federal Territories)⁶⁵⁷ göre boşanmak isteyen eşler mahkemeye müracaat ederler. Hakim gerekli incelemeyi yaptıktan sonra kocadan bir talak hakkıyla boşamasını ister ve talakı tescil eder.⁶⁵⁸

Taraflardan biri boşanmaya razı değilse mahkeme bir din görevlisinin başkanlığında bir hakem heyeti kurar. Hakem heyeti altı ay içerisinde sulhu sağlayamazsa mahkeme yeni bir heyet görevlendirir ve bu yeni heyete gerektiğinde kocaya talakı emretme yetkisi verir. Sulh yine sağlanamazsa hakemler boşamayı emreder ve talak tescil edilir.⁶⁵⁹

1984 yılında yürürlüğe giren ilgili kanun mahkeme dışında yapılan boşamaları hem geçersiz hem de suç kabul ediyordu. Ancak 1994 yılında yapılan yeni bir düzenlemeyle mahkeme dışındaki boşamalara da yedi gün içerisinde tescil imkanı getirilmiştir.⁶⁶⁰

2.3.1.3.3. Cezayir

Anayasasında belirtildiği üzere Cezayir, yönetim şekli halkçı demokratik bir cumhuriyet olan bir İslam devletidir.⁶⁶¹ Cezayir aile kanunu son halini 2007 yılında almıştır.⁶⁶² Kanunun ilgili maddesi talakın gerçekleşme şeklini şu şekilde düzenlemektedir: Talak için mahkemeye müracaat edildikten sonra eşler arasında

⁶⁵⁶ Federal Constitution of Malaysia, Mad. 3/1-5 Anayasanın tam metni bk:

http://www.concourt.am/armenian/legal_resources/world_constitutions/constit/malaysia/malays-e.htm

⁶⁵⁷ Kanunun tam metni için bk:

http://www2.esyariah.gov.my/esyariah/mal/portalv1/enakmen2011/Eng_act_lib.nsf/858a0729306dc24748257651000e16c5/1d314361e2750042482569810025f0fc?OpenDocument

⁶⁵⁸ Islamic Family Law-Federal Territories, Md. 47/3

⁶⁵⁹ Islamic Family Law-Federal Territories, Md. 48

⁶⁶⁰ Islamic Family Law-Federal Territories, Md. 55/A Malezya'da şiddetli itirazlar neticesinde 1984 yılındaki bazı düzenlemelerden geri adım atılmıştır. Bu madde de onlardan bir tanesidir. Malezya'da İslam hukukunun tatbikiyle alakalı ayrıca bk: İsmail Yalçın, *Türkiye Malezya Olur mu? (Modern Bir Devlette İslam Hukuku Uygulamaları)*, İstanbul 2009

⁶⁶¹ Düstur, Md. 1-2; Cezayir Anayasasının tam metni için bk: https://www.joradp.dz/TRV_Acons.pdf

⁶⁶² Ülkenin aile kanunu olan Kanunu'l-Üsra'nın tam metni için bk: https://www.joradp.dz/trV_afam.pdf

mahkeme gözetiminde sulh için gereken adımlar atılır. Sulh mümkün olmadığı takdirde kocanın iradesi veya her iki tarafın rızasıyla yahut ilgili maddede⁶⁶³ yer verilen gerekçelere istinaden kadının talebine binaen mahkeme hükmüyle gerçekleşir.”⁶⁶⁴ Cezayir aile kanunun 49. Maddesinde talakın mahkeme huzurunda gerçekleşmesi gerektiği ifade edilirken mahkeme dışında gerçekleşen talakın hükmüne dair maddede bir kapalılık bulunduğu Cezayirli hukukçular tarafından ifade edilmektedir.⁶⁶⁵

Kanun kocanın rızası olmaksızın kadının muhalaa talebinde bulunabileceğini de maddeleştirmiştir. Ayrıca talak, mahkemenin boşaması ve hul’ gibi davaların maddi kısımları hariç istinafa götürülemeyeceği de kanun ifade edilmektedir.⁶⁶⁶

Cezayir’in talak uygulamasında da en dikkat çekici husus klasik yöntemeye uygun olmakla birlikte boşama sürecinin mahkemenin izni ve kontrolünde gerçekleşmesi ve mahkeme kararıyla kesinleşmesidir.

2.3.1.3.4. Endonezya

Endonezya pek çok İslam ülkesinden daha fazla yaklaşık 207 milyon Müslüman nüfusa sahiptir.⁶⁶⁷ Yoğun Müslüman nüfusa rağmen Endonezya İslam hukukunun merî olduğu bir ülke değildir. Bu yönde taleplerin de yoğun şekilde var olduğunu ifade edebiliriz. Ancak ülke yasaları özellikle evlilik, boşanma gibi medeni; zekat, vakıf ve İslâmî bankacılık gibi mali konularda dini mahkemelere bir takım yetkiler vermektedir.⁶⁶⁸ Ayrıca Endonezya’da söz konusu olan laik hukuk sistemi içerisinde ülkenin Açe bölgesinde İslam hukuku birçok konuda uygulamadadır. Bu bölgede İslam ceza hukuku da dâhil olmak üzere yürürlüktedir ve Müslümanların sosyal ortamları her türlü konuda denetime tabi tutulmakta ve gayrimeşru uygulamalardan sakındırma noktasında bölgesel yönetimin şerî-idari tedbirleri de söz konusu olabilmektedir.⁶⁶⁹

⁶⁶³ Kanunu’l-Üsra, Md. 53

⁶⁶⁴ Kanunu’l-Üsra, Md. 49

⁶⁶⁵ İmad Hamide-Musa Mermun, “İşkaliyyetu İradeti’z-Zevc fi’t-Talak beyne’l-Asaleti ve’l-Hadase”, *Mecelletu’l-Ulumu’l-İnsaniyye*, . 31, sy. 2, 2020, 328

⁶⁶⁶ Kanunu’l-Üsra, Md. 57

⁶⁶⁷ Nanik Yuliyanti, *Günümüz Endonezya’sında Yaşayan Dinler ve İnançlar*, Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya 2018, 24

⁶⁶⁸ İsmail Hakkı Göksoy, “Endonezya”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, İstanbul 1995, XI, 199; Yuliyanti, *Günümüz Endonezya’sında Yaşayan Dinler ve İnançlar*, 25-26

⁶⁶⁹ Yuliyanti, *Günümüz Endonezya’sında Yaşayan Dinler ve İnançlar*, 26

Endonezya’da 1991’den önceki süreçte Şafii mezhebi aile hukuku alanında büyük oranda tatbik ediliyordu. 1989 yılında çıkartılan Undang-undang No.7/1989 tentang Peradilan Agama yani 1989 tarihli 7 numaralı Dini Mahkeme Hakkındaki Kanunla kadınlara bir takım haklar sağlanmış ve bunlar arasında boşanmak için mahkemeye müracaat sebepleri genişletilmiş ve prosedür kolaylaştırılmıştır. 1991 yılında yürürlüğe giren Kompilasi Hukum Islam (Aile Hukuku Kanunu) ise hem diğer mezheplerden istifade hem de yeni bir takım icthadlar ortaya konularak hazırlanmıştır.⁶⁷⁰

Kompilasi Hukum Islam olarak ifade edilen Endonezya İslam Aile Hukuku’na göre talak yetkisi erkeğe tanınmıştır. Ancak talakın geçerli olabilmesi için dini mahkeme huzurunda yapılması şartı benimsenmiştir. Mahkeme huzurunda yapılmayan talak ikrarı meşru kabul edilmemiştir.⁶⁷¹

Klasik icthadlar arasında talakın geçerli olabilmesi için mahkeme huzurunda yapılma zorunluluğu bulunmamaktadır. Endonezya’daki bu düzenlemeyle ilgili olarak şu değerlendirme önemlidir:

*“Bu meselede aslında âlimlerin sosyal şartlara, ulusal geleneklere ve yasalara uygun olarak yaptıkları içtihatlarının bir sonucudur. Ya da bunların talâkı zorlaştırmak amacıyla maslahata bina edildiği de söylenebilir. Dahası, bu meselenin Endonezya’da İslâm hukukunun yenilenmesi fikri ya da Hazairin ve Hasbi Ash-Sidqy’nin dediği gibi ‘Endonezya ’nın Fıkıh Mezhebi’ olarak adlandırılabilceği de söyleniyor.”*⁶⁷²

Endonezya’da da, tıpkı ülkemizde olduğu gibi insanlar her ne kadar resmen geçersiz kabul edilse de, hâkim huzurunda gerçekleşmeyen erkeğin talakının halk nazarında geçerliliği söz konusudur. Bu ikili durumun ülkemizde olduğu gibi probleme sebebiyet verdiği de ifade edilmektedir.⁶⁷³

⁶⁷⁰ Mohammad Iqbal Satria Nusantara, *Boşanma Hükümleri Çerçevesinde Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi İle Endonezya İslam Aile Hukuku’nun Mukayesesi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2018, 121-122

⁶⁷¹ KHI, Madde 115, 117 (Mohammad Iqbal Satria Nusantara, *Boşanma Hükümleri Çerçevesinde Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi İle Endonezya İslam Aile Hukuku’nun Mukayesesi*, 84’dan naklen)

⁶⁷² Mohammad Iqbal Satria Nusantara, *Boşanma Hükümleri Çerçevesinde Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi İle Endonezya İslam Aile Hukuku’nun Mukayesesi*, 84

⁶⁷³ Mohammad Iqbal Satria Nusantara, *Boşanma Hükümleri Çerçevesinde Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi İle Endonezya İslam Aile Hukuku’nun Mukayesesi*, 85

2.3.1.3.5. Libya

Libya’da “1984 tarihli ve 10 sayılı Evlenme ve Boşanma Hükümlerini Düzenleyen Kanun”⁶⁷⁴ talakın ancak ilgili mahkemenin hükmüyle sabit olacağını karara bağlamıştı.⁶⁷⁵ Ancak 2015 yılında çıkarılan 14 sayılı kanunla, konuyla ilgili olan 28. madde “Talak kocanın iradesiyle gerçekleşir ve şer’an muteber olan ispat vasıtalarıyla ispat edilir” şeklinde değiştirilmiştir.⁶⁷⁶ Böylece Libya’da da tıpkı Malezya’da olduğu gibi konuyla ilgili bir geri dönüş yaşanmıştır.

Aile hukuku kanunlarını ele almış olduğumuz İslam ülkelerini klasik yöntemi devam ettirenler, mahkemenin kontrolüne verenler ve tamamen mahkemeye devredenler şeklinde üç kısımda inceledik. İlk grupta yer alana ve geleneksel yöntemi devam ettiren ülkelerde tarihsel süreçte de olduğu gibi sadece tescil prosedürünü benimsemiştir. İkinci grupta talakın mahkeme huzurunda ve kontrolünde gerçekleşmesini gerekli gören ülkeler de en dikkat çekici husus mahkeme dışında gerçekleşen boşamaların da toplumsal zorunluluktan kaynaklı geçerli kabul edilmesinin söz konusu olmasıdır.

Son grupta yer alan ve talakı tamamen yargısal sürece tabi tutan ülkelerde ise iki husus dikkati çekmektedir. Birincisi bu ülkelerin mahkeme dışında gerçekleşen boşamalarla alakalı bir kapalılık içeriyor olması ve böylesi boşamaları dikkate almaması halinde ortaya çıkması muhtemel sosyal problemler. İkinci dikkat çeken husus ise Libya ve Malezya gibi ülkelerde bir dönem yetki mahkemeye devredilmiş ve mahkeme dışı boşanmalar geçersiz sayılmışken daha sonra bu uygulamadan dönüş yapmak zorunda olmalarıdır.

⁶⁷⁴ Kanunun tam metni için bk: <https://aladel.gov.ly/home/?p=1246>

⁶⁷⁵ 1984 Tarihli 10 Nolu Kanun, Md. 28-35

⁶⁷⁶ 2015 tarihli 14 Sayılı Kanunun tam metni için bk: <https://yadi.sk/I.vMBjaTlgzEmcIg>

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İSLAM AİLE HUKUKUNDA EVLİLİĞİ SONA ERDİRME (TALAK)

YETKİSİNİN MAHKEMEYE DEVRİ MESELESİ

3.1. ERKEĞİN TALAK YETKİSİNİN GÜNÜMÜZ MAHKEMELERİNE DEVRİ MESELESİ

3.1.1. Talak Yetkisinin Mahkemeye Devri Meselesinin Arka Planı

3.1.1.1. Tarihsel Arka Plan

Tarihsel süreçte İslam hukukunda yer alan talak yetkisinin erkeğe ait olduğu fikri genel kabul görmüş, talakın şahit huzurunda yapılması yahut tescili meselesi gibi tali konular gündeme gelse de, aleyhinde herhangi bir muhalefet söz konusu olmamıştır. Ancak tespit edebildiğimiz kadarıyla ele aldığımız konunun da dâhil olduğu kadın ve kadının sosyal, hukuki statüsü gibi bir takım meseleler 19. yüzyıldan itibaren ortaya çıkmaya başlamıştır.⁶⁷⁷ Sonuçta da anlaşılacak olan bir hususu hemen başta ifade etmek gerekirse kadına dair meselelerin ilk defa ele alınan yer, İslam’da reform yahut tecdit gibi kavramların ortaya çıktığı bir fıkıh tarihi tasnifine göre “yeniden ictihad” döneminin başlatıldığı yer olan Mısır’dır. Mısır’daki bu hareket dalga dalga diğer İslam coğrafyalarına sirayet etmiştir.⁶⁷⁸

19. yüzyıl Osmanlı devletinin hukuki, ekonomik ve sosyal yapı gibi pek çok açıdan batılılaştırılmaya çalışıldığı bir süreçtir.⁶⁷⁹ Özellikle Tanzimat yani Osmanlı devletinde

⁶⁷⁷ Hicri 794 (miladi 1392) yılında vefat etmiş olan Bedruddin Zerkeşi, *Teşnîfü'l-Mesâmi' bi-Cem'i'l-Cevâmi'* isimli usul eserinde maslahatın delil olabilmesi için vehme dayalı olmaması, hakiki olması gerektiğini açıklarken şu misali vermektedir: “Kadının maslahatını temin için kocanın talak hakkının elinden alınarak hakime verilmesi vehme dayalı bir maslahattır. Allah, nafaka ve diğer sorumlulukları nedeniyle boşama hakkını kocaya vermiştir.” Bk. Zerkeşi, Ebu Abdillâh Bedruddin b. Muhammed b. Abdillâh b. Bahadır, *Teşnîfü'l-Mesâmi' bi-Cem'i'l-Cevâmi'*, Thk: Seyyid Abdulaziz-Abdullah Rebî', Mektebetu Kurtuba, y.y. 1998, III, 23

Müellifin yaşadığı dönem ve sonrasında da kocanın talak yetkisinin mahkemeye devri konusunun gündeme geldiği anlaşılmaktadır. Ancak bu meselenin 19. yüzyıl ve sonrasında olduğu kadar yoğun şekilde gündemde olmadığını/kalmadığını ifade edebiliriz. Zira Zerkeşi'nin eseri dışında ilgili dönemde yahut yakın tarihlerde yazılan usul veya fûru eserlerinde bu mesele ile ilgili tartışma ve değerlendirmelere rastlayamadık.

⁶⁷⁸ İbrahim Hatipoğlu, *İslam Dünyasının Çağdaşlaşma Serüveni*, İz Yay., 2. Baskı, İstanbul 2012, 119

⁶⁷⁹ Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, 127

1839'da Gülhane Hatt-ı Hümayunu'nun ilanıyla başlayan ve bazı tarihçilere göre 1876'da I. Meşrutiyetin ilanına kadar, bazılarına göre ise 1908 yılında II. Meşrutiyetin ilanına kadar devam eden dönem⁶⁸⁰ ve bu dönemde yapılan ıslahat ve batılılaşma hareketleri kadına dair algının tartışmaya açılmasında, erkeğe ait bir takım hakların sorgulanmaya başlamasında dönüm noktası kabul edilebilir. Tanzimat'la birlikte Batı'ya açılan Osmanlı'nın idari ve siyasi yapısı değiştiği gibi fikri ve sosyal yapısında da köklü değişimler baş göstermiştir. Bu rüzgârdan etkilenen kurumlardan biri de aile ve onun bir parçası olan kadındır. Bu dönemde kadın evin içinden dışına doğru açılır.⁶⁸¹

Osmanlı'da bahsi geçen süreçte bir kesimin yönlerini döndükleri Batıda 19. yüzyıla gelinceye kadar kadının statüsü gayet problemlidir, hatta ilgili süreçte batıda kadının bir statüsünün olmadığını söylemek daha doğru olacaktır.⁶⁸² Ancak 19. yüzyıl ve sonrasında Batıda kadının sosyal, hukuki statüsüne dair ciddi dönüşümler yaşanmış ve feminizm hareketi ciddi bir ivme kazanmıştır. Feminizm, 19. yüzyılda kitlesel bir niteliğe bürünerek “toplumsal bir harekete” dönüşmüştür.⁶⁸³

Osmanlı'da Tanzimat'tan önce kız çocukları için tek resmi okul ibtidaiyyeler yani ilk mekteplerdir.⁶⁸⁴ Bu dönemde Mekteb-i Mülkiye, Mekteb-i Sultani ve Harbiye gibi yeni açılan modern eğitim kurumları klasik usule sahip medreselerle birlikte eğitim vermeye başlamışlardır. Bahsi geçen modern eğitim kurumlarında eğitim alanların batıya daha dönük ve daha reformist bir zihin yapısına sahiptiler. Ayrıca 1858'de İstanbul'da bir kız rüşdiyesi, 1870 yılında kız öğretmen okulu açılmıştır. II. Meşrutiyet'ten sonra kızlar Daru'l-Fünun'a da girebilmişlerdir.⁶⁸⁵ Böylelikle kadınlar ilkokuldan üniversiteye kadar her kademedede eğitim almaya başlamışlardır.

Daha reformist zihin yapısına sahip modern eğitim kurumlarında eğitim alanların sayısının artması, kadınların her kademedede eğitim almaya başlamaları gibi sebepler ve yine Batıda başlayan feminizm hareketinin etkisiyle Osmanlı'da da özellikle 1900'lerden

⁶⁸⁰ Ali İhsan Gencer, “Tanzimat Fermanı: 1839'dan 1876'ya Osmanlı İmparatorluğu”, *Doğuştan Günümüze Büyük İslam Tarihi*, Çağ Yay., İstanbul 1993, XI, 431

⁶⁸¹ Sema Uğurcan, “Tanzimat Devrinde Kadının Statüsü”, *150. Yılında Tanzimat*, Yay. Haz. Hakkı Dursun Yıldız, TTK Yay., Ankara 1992, 498

⁶⁸² Tarihsel süreçte Batıda kadınlara bakışın geçirdiği evrenin kısa bir özeti için bk. Abdülazim Şimşek, “II. Meşrutiyet Döneminde Batılılaşma Etkisinde Yapılan Feminizm Tartışmaları”, *Ankara Üniversitesi Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi*, Sayı: 61, Güz 2017, 342-345

⁶⁸³ Şimşek, “II. Meşrutiyet Döneminde Batılılaşma Etkisinde Yapılan Feminizm Tartışmaları”, 344

⁶⁸⁴ Uğurcan, “Tanzimat Devrinde Kadının Statüsü”, 498

⁶⁸⁵ Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, 159-160

itibaren bir feminizm (kadınlık) hareketi ortaya çıkmıştır.⁶⁸⁶ Nitekim bu dönemde birçok kadın dernekleri kurulmuş ve yine bazı süreli yayınlarda kadın hakları dile getirilmeye başlanmıştır.⁶⁸⁷

Tüm bu süreç Osmanlı'da kadın erkek eşitliği, kadının özgürlüğü gibi konuları neredeyse ana mesele haline getirmiştir.⁶⁸⁸ Bu dönemde kadınlar hakkında gazete ekleri çıkartılır, köşe yazıları yazılır yahut müstakil kitaplar yayınlanır. Ayrıca edebi alanda yer alan roman ve benzeri eserlerin de temel konusu artık kadındır.⁶⁸⁹ Kadının erkekle eşitliği bağlamında eğitim, çalışma hayatı ve miras paylaşımı gibi konuların yanı sıra bu dönemde talak yetkisinin erkeğin elinde oluşu da dile getirilen konular arasındadır.

Kadın erkek eşitliği konusunda reformist düşünceye sahip isimler 1870'lerden itibaren gazetelerde yazmaya başlamıştır. Bu dönemde konuyu ele alan yazarlara Selahaddin Asım, Abdullah Cevdet, Celal Nuri ve Rıza Tevfik gibi isimler örnek olarak verilebilir.

Selahaddin Asım ve Abdullah Cevdet toplumda kadının olumsuz pozisyonunun dinden kaynaklandığını savunurken; Celal Nuri ve Rıza Tevfik gibi isimler ise problemin dinden değil sosyal şartlar ve taassuptan kaynaklandığı fikrine sahiptir. Örnek teşkil etmesi açısından Selahaddin Asım'ın şu ifadelerini paylaşabiliriz:

*“Karışmanın (yani kadını insan ve anne olma özelliklerini göz ardı edip sırf karı olarak görmenin) tesettürden sonra dini amillerinden nikah, talak, veraset, zevcelerin birden fazla olması, cariyeye ve istifraş meseleleri ve çocuğun sırf babaya ait olması gibi bahisler gelir.”*⁶⁹⁰

Ayrıca feminist bir dergi olan Kadınlar Dünyası'nda bu konuda makaleler yayınlanmıştır. Söz konusu makalelerden birinden şu ifadeleri misal olarak paylaşabiliriz:

⁶⁸⁶ Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, 160

⁶⁸⁷ Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, 160

⁶⁸⁸ Zafer Toprak, “II. Meşrutiyet Döneminde Devlet, Aile ve Feminizm” *Sosyo-Kültürel Değişme Sürecinde Türk Ailesi*, Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu, Ankara 1992, 220

⁶⁸⁹ Uğurcan, “Tanzimat Devrinde Kadının Statüsü”, 498

⁶⁹⁰ Selahaddin Asım, *Türk Kadınlarının Tereddidi Yahut Karışmak*, Resimli Kitap Matbaası, İstanbul, 108-109

“İnsaf edelim bir erkeğin düşünmeden veya serhoşluğunda karısına ‘seni talak ettim’ demesiyle bütün bir hayat için tanzim edilmiş ailenin derhal müzmahill ve perişan olması hangi akl ü mantığa sığar?”⁶⁹¹

Tanzimat’la başlayan süreçte 19 ve 20. yüzyıllarda sadece İstanbul’da değil kadına dair tartışmalar diğer coğrafyalarda da dile getiriliyordu. Nitekim İstanbullu kadınları modern yaşam tarzı yahut moda gibi konularda etkileyenlerin Mısırlı kadınlar olduğu da ifade edilir.⁶⁹²

Ayrıca Mısır’da kadınların özgürleştirilmesi hareketi Muhammed Ali Paşa’nın Fransa’ya öğrenci gönderdiği döneme dayanmaktadır. Fransa’da eğitim alan bazı isimler Mısır’a döndüklerinde orada mevcut fikir akımlarını tanıtmaya ve yaymaya başlamışlardır. Mesela Rıfat el-Tahtavi Paris dönüşü, kadının özgürlüğünü savunduğu *Tahlisu’l-İbriz fi Telhis-i Paris* isimli eseri yazmıştır. Ayrıca bu hareket laik, Hristiyan bazı yazarlar eliyle gündemde tutulmuştur.⁶⁹³ Bu hareket kadını, başörtüsü, talak hakkı, miras, erkeklerle bir arada bulunabilme gibi konularda erkeklerle eşitleme ve erkeğin çok eşlilik hakkının engellenmesi gibi amaçlara sahipti. Bu konuda ön plana çıkan en önemli iki isim Markos Fehmi el-Muhami, Kasım Emin olup ayrıca Hüda Şarâvi’nin yönettiği *Mecelletü’s-Süfûr* da aynı paralelde yayın yapan bir dergi olarak karşımıza çıkmaktadır.⁶⁹⁴

Markos Fehmi el-Muhami görüşlerini *el-Mer’etu fi’ş-Şark*, Kasım Emin ise *Tahrirü’l-Mer’e* isimli eserlerinde dile getirmişlerdir. Ayrıca Mısır’da ortaya çıkan bu hareketin Muhammed Abduh’un fikirlerine dayandırıldığı ifade edilmektedir.⁶⁹⁵

Mısır’da Kasım Emin’in adını Tahrirü’l-Mer’e/Kadının Özgürleştirilmesi isimli eserinde benzer bir konuda şunları söylemektedir:

“Kadının durumunun düzeltilmesi sadece onun eğitilmesiyle mümkün değildir. Aynı zamanda aile sisteminin de ıslah edilmesi gerekir. Burada üç önemli konu vardır: 1) Evlilik, 2) Çok Eşlilik, 3) Talak.

⁶⁹¹ Nimet Cemil, “Talak”, *Kadınlar Dünyası*, 142. Sayı, 9 Mayıs 1330, 4

⁶⁹² Uğurcan, “Tanzimat Devrinde Kadının Statüsü”, 498

⁶⁹³ Seyyid Ahmed Ferec, *el-Muameratu ala’l-Mer’eti’l-Müslime*, y.y., t.y., 10

⁶⁹⁴ Muhammed Kutup, *Kadiyyetu Tahrirü’l-Mer’e*, y.y., t.y., 5; Ferec, *el-Muameratu ala’l-Mer’eti’l-Müslime*, 10

⁶⁹⁵ Adnan Muhammed Üsame, *et-Tecdid fi’l-Fikri’l-İslami*, Daru İbni’l-Cevzi, y.y., t.y., 364, 552 ; Ferec, *el-Muameratu ala’l-Mer’eti’l-Müslime*, 11

Günümüzde erkekler talak lafzıyla saçmalamaya alıştılar, kadının onuruyla oyun oynarmışçasına hareket ediyorlar ve diledikleri gibi tasarrufta bulunuyorlar. Dinin saygınlığını da hesaba katmıyorlar.”⁶⁹⁶ Bu değerlendirme sonrasında Kasım Emin hükümetin erkeğin talakının hakim ve iki şahidin huzurunda gerçekleşecek şekilde düzenlemeler yapmasının gerekli olduğunu ifade etmektedir.⁶⁹⁷

Kasım Emin’in talakla ilgili yaklaşımları Celal Nuri tarafından da tekrarlanmıştır.⁶⁹⁸ Ayrıca Mustafa Sabri, Haydarizade İbrahim, Şeyhülislam Musa Kazım ve benzeri isimler talak yetkisinin sadece erkeğe ait oluşu konusunda olumlu/olumsuz yazanlar arasındadırlar.

Mehmet Akif’in Köse İmam ve Meyhane şiirlerinde keyfi boşamalara temas edilmiştir.⁶⁹⁹ Hüseyin Rahmi Gürpınar da talak hakkının keyfi kullanımını mizahi bir dille eleştirmiştir.⁷⁰⁰

Bir başka coğrafyada Tunus’ta da Tahir el-Haddad da sabit din, dinamik şeriat şeklinde özetlenebilecek makasid temelli bakış açısından hareketle kadınlara ilişkin pek çok konuda yeni hükümler benimsenmesini savunan isimler arasında yer almaktadır. Tahir Haddad talak mahkemeleri kurulması, mahkeme dışında gerçekleşen boşamaların geçersiz kabul edilmesi görüşüne sahiptir.⁷⁰¹

Tanzimat sonrası süreçte gerek yazarlar ve gerekse hukukçular arasındaki kısaca temas ettiğimiz tartışmalar çok eşlilik⁷⁰², kadına boşanmak için mahkemeye müracaat hakkı sağlayan daha fazla sebebe yer verme gibi konularda 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesinde bir takım düzenlemeler yapılmış olsa da talak yetkisi yine erkekte kabul edilmiş ancak talakın kısa süre içinde nüfus memurluğuna tescili şartı getirilmiştir.⁷⁰³

Bütün bu ifade ettiklerimizden anlaşılmaktadır ki ele almış olduğumuz mesele batı tesiriyle Osmanlı’da da ortaya çıkmış olan feminizm hareketinin bir sonucudur. Konuyla

⁶⁹⁶ Kasım Emin, *Tahrirü'l-Mer'e*, Müessesetü'l-Hindavi, Kahire 2016, 73, 90

⁶⁹⁷ Emin, *Tahrirü'l-Mer'e*, 91

⁶⁹⁸ Celal Nuri, *Kadınlarımız*, İstanbul 1331, 149-157

⁶⁹⁹ Mehmet Akif Ersoy, *Safahat*, Yay. Haz. Ertuğrul Düzdağ, BİY, 28, 98

⁷⁰⁰ Hüseyin Rahmi Gürpınar, “*Kocasını Boşayan Hürmüz Hanım*”, Mürebbiye, İstanbul 1981, 280-285

⁷⁰¹ Tahir Haddâd, *İmraetünâ fi 'ş-Şerîa ve 'l-müctema'*, yy. ty., 35-68

⁷⁰² Hukuk-ı Aile Kararnamesi, 38. Madde

⁷⁰³ Hukuk-ı Aile Kararnamesi, 110. Madde

ilgili olarak gazete ve dergilerde kaleme alınan makaleler hukukçuların da bu konuda görüşlerini ortaya koymasını sağlamıştır.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla Şeyhülislam Musa Kazım, Mustafa Sabri, Haydarizade İbrahim ve benzeri isimler talak yetkisinin kadına yahut mahkemeye devredilemeyeceğine dair görüşlerini ortaya koymuşlardır.⁷⁰⁴

Ancak söz konusu tartışmalar yukarıda kısmen temas ettiğimiz bazı yeniliklere sebep olsa da Osmanlı'nın sona erip Türkiye Cumhuriyeti'nin İsviçre Medeni kanununu kabulüne kadar olan süreçte meri hukukunda talak yetkisinin erkeğe ait olduğu kabulü devam etmiş ve hukuki düzenlemelerde bu mesele ele alınmamıştır.

3.1.1.2. Siyasi ve Fikri Arka Plan

Toplamları şekillendiren unsurların en önemli ve baskın olanlarından birinin de siyaset olması sebebiyle tabi olarak toplumsal konu ve problemleri değerlendirirken meselenin siyasi arka planına da muhakkak temas edilmelidir.⁷⁰⁵ Hukukun toplumsal işlev ve etkinliği konusunda birçok unsurdan daha fazla şekilde siyasetin de tesiri vardır.⁷⁰⁶ Konunun hemen başlangıcında yapmış olduğumuz bu tespit önemlidir zira hukukun toplum için amaçladığı yegâne hedefi adaleti tesis etmektir.⁷⁰⁷ Bunu yapabilmesi de hukukun o toplumda kendi bağımsız otoritesini kurmasıyla mümkündür. Bir toplumda hukukun adalet ve düzeni tesis edebilmek için de dış etkenlerden bağımsız şekilde kalması ve böylesi bir hukuki vasat için de öncelikle genel olarak siyasilerin özel de ise hâkim siyasi iradenin hukuku idealize eden bir bakış açısına sahip olmasıyla mümkündür.⁷⁰⁸

Ele almış olduğumuz meselenin tarihsel arka planındaki tespitimize göre kocanın talak yetkisinin mahkemeye devri 19. yüzyıl öncesinde gündeme gelen bir mesele değildir. Dolayısıyla 19. yüzyıldan itibaren İslam toplumlarında baskın/baskın olmayan mevcut siyasi düşüncelerin ve bu düşüncelerin hukuki konuları gerek gündeme getirme

⁷⁰⁴ Bk. "Talakin Mahkemeye Devredilmeyeceğini Savunanlar" başlığı

⁷⁰⁵ Ahmet Taner Kışlalı, *Siyaset Bilimi*, Ankara 1994, 47

⁷⁰⁶ Ahmet Yaman, *Siyaset ve Fıkıh*, İz Yay., İstanbul 2015, 81

⁷⁰⁷ Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilim Üzerine*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1985, , 31

⁷⁰⁸ Vecdi Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, İstanbul 1992, 141-142

ve gerekse ilgili konuda yapılan düzenlemelerdeki etkinliklerinin tespiti önem arz etmektedir.

Bu tespit öncesinde 19. yüzyıl veya Tanzimat'la, sosyal ve siyasi konularda ulemadan çok üdebanın/aydınların söz sahibi olmaya başladığı bir sürecin başladığını ifade edebiliriz.⁷⁰⁹ Elbette ulemanın da toplumu ve yönetimi ilgilendiren meselelere dair fikir ve çözüm önerileri mevcuttu ancak ulemanın ve aydınların meselelere dair çözüm önerileri birbirinden yine bu dönemde ciddi şekilde ayrılmıştır.⁷¹⁰

Osmanlı'da 19. yüzyıl sonrası süreçte geniş bir bakış açısıyla süreç gözlemlendiğinde farklı konularda kendilerine özgü fikirleri olan birçok siyasi akımın mevcudiyeti söz konusu olsa da özellikle sosyal ve hukuki konulara dair fikir beyan eden, kendilerince problem olarak gördükleri konuları ilkten gündem/tartışma konusu haline getiren veya reaksiyoner şekilde ortaya çıkan Batıcılık, İslamcılık ve Türkçülük olmak üzere üç temel siyasi-fikri hareket vardır.⁷¹¹

Bu dönemde siyasi olarak da etkili olan ve hukuk alanında köklü reform yanlısı olan İttihad ve Terakki'nin 1913 yılında gerçekleştirdiği kongresinde partinin bu konudaki amaçlarını açıkça ortaya koyan konuşmalar yapılmıştır:

*“Terakkiyât-ı medeniyye itibariyle Garbe temessül mecburiyetinde bulunan Müslümanları inhitattan kurtarmak için İslâmiyeti esâsat itibariyle asr-ı saadete, tatbikat itibariyle asr-ı hâzıra ircâ ve tevfik etmek zarureti vardır. Hikmet-i İslâmiyenin iki rükn-ü esâsîsi olan fıkıh ve kelâmın sünneti seniyye ve maslahat-ı içtimâiyyeye muvâfık surette tasfiye ve tevsî'î hem sınıf-ı münevverenin tedeyyününe hem sınıfı mütedeyyinenin tenevvürüne bâis olacaktır.”*⁷¹²

Söz konusu siyasi/fikri akımların meselenin ortaya çıkışına etkilerine değinmeden önce Osmanlı'nın 19. yüzyılla daha belirgin şekilde kendini hissettirmeye başlayan ve pek çok açıdan ama özellikle siyasi ve iktisadi olarak bir gerileme ve hatta yıkılış süreci

⁷⁰⁹ Bedri Gencer, *İslam'da Modernleşme*, Doğu Batı Yay., 4. Baskı, İstanbul 2017, 217

⁷¹⁰ Gencer, *İslam'da Modernleşme*, 227

⁷¹¹ Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, 160; Kaşif Hamdi Okur, “II. Meşrutiyet Dönemi İslam Hukuku Tartışmalarından Bir Kesit – Mansurizade Said ve Seyyid Bey Örneği” *Dini Araştırmalar*, Eylül Aralık 1999, 2, sy. 5, 256

⁷¹² Yusuf Hikmet Bayur, *Türk İnkılâbı Tarihi*, I-III, TTK Yay., Ankara 1983, II, 375; Abdullah Küskü, “II. Meşrutiyet Dönemi Taaddüd-i Zevcât Tartışmalarının Usûlî Zemini Cevaz Meselesi: Mansûrizâde Said ve İzmirli İsmail Hakkı Polemiği”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy. 35, 2020, 362

içerisinde olduğunu hatırlatmamız gerekir. İşte bu her alanda geri kalma ve çöküşün daha yoğun şekilde hissedilmeye başladığı vasatta bahse konu siyasi/fikri akımlar sosyal, hukuki birçok konuda görüşlerini ortaya koymaya başlamışlardır. Bu akımlarla alakalı bilgilere geçmeden önce gerileme ve yenilgiyle sonuçlanan savaşlar sonrasında Müslüman entelektüellerin tartışma konularına bakıldığında mağlubiyet psikolojisinin yoğun etkisi göze çarpmaktadır.⁷¹³

Batıcılar her alandaki gerilemenin sebebi olarak kadının Osmanlı toplumunda hak ettiği sosyal statüye sahip olmamasını görmektedir. Onlara göre bunun sebebi ise din anlayışımız ve din adamlarıdır.⁷¹⁴ Batıcı fikre sahip Celal Nuri, Rıza Tevfik, Selahattin Asım gibi isimlere göre kadının sosyal ve ailevi meselelerinin çözümü için ciddi reformların yapılması zorunludur. Celal Nuri Batıcılar arasında kadın ve aileye dair en fazla yazanlar arasında yer almaktadır. Celal Nuri'nin aile hukukuna ilişkin görüşleri şu şekildedir:

Celal Nuri aile hukuku yoğun şekilde ilgilenmiş ve görüşlerini yazılarında ortaya koymuştur. Aile hukukuna ilişkin bazı görüşleri ise şu şekildedir: Nikâhlar, nikâh memurlarının huzurunda ve bizzat tarafların katılımıyla kısılmalıdır. İmamlara nikah kıyma yetkisi verilmemelidir.⁷¹⁵ Celal Nuri çok eşliliğin yasaklanması gerektiğini açıkça ifade etmektedir.⁷¹⁶ Ayrıca geçerli boşama usulünün de düzenlemeye ihtiyaç duyduğunu, erkeğin talak yetkisinin mahkemeye devredilmesi gerektiğini savunmaktadır. Kadınlara boşanmak için yargı yolu açılmalıdır.⁷¹⁷ Görüldüğü gibi Celal Nuri aile hukuku sahasında köklü değişiklik taraftarıdır. Ona göre İslam'ın itikad ve ibadete dair kısmı ve muamelat kısmı vardır. Muamelat ile alakalı olan kısmı kökten değişebilir.⁷¹⁸ Mısır'da da yine Batı akılcılığından etkilenen, hürriyet, terakki ve özellikle feminizme meyleden görüşleriyle ön plana çıkan Batıcı bir isim Kasım Emin de aynı paralel de fikre sahip isimlerdendir.⁷¹⁹

⁷¹³ Yasin Kurban, "Din, Hukuk ve İslam Dünyası", *I. Dünya Savaşının 100. Yıldönümü Uluslararası Sempozyumu: Emperyalizm ve İslam Dünyası Bildiriler Kitabı*, Ankara 2015, 431

⁷¹⁴ Celal Nuri, "Kadınlarımız", *İctihad*, No: 23, İstanbul 1329, 1359-1362

⁷¹⁵ Celal Nuri, *Kadınlarımız*, 190-191

⁷¹⁶ Celal Nuri, *Kadınlarımız*, 143-145

⁷¹⁷ Celal Nuri, *Kadınlarımız*, 154-156

⁷¹⁸ Celal Nuri, *İttihad-i İslam*, İstanbul, Yeni Osmanlı Matbaası, 1331, 45-47

⁷¹⁹ Kasım Emin, *Tahrirü'l-Mer'e*, Müessesetü'l-Hindavi, Kahire 2016; Fethî Neklâvî, "Kasım Emin", *TDV İslam Ansiklopedisi*, İstanbul 2001, 541-542

Gündemdeki konulara dair görüşlerini daha çok reaksiyoner şekilde ortaya koyan İslamcılara göre ise geri kalma sebebimiz din yahut din adamlarınız değil dini yanlış anlamamız ve uygulamamızdır. Bu görüş sahiplerine göre İslam dini kadına da gereken değer ve statüyü sağlamakta ve kadına dair hukuki/fıkhi kurallarda da bu bağlamda geri bırakıcı bir unsur bulunmamaktadır. Doğal olarak bu görüşteki isimler kocanın talak yetkisinin mahkemeye devredilmesinin mümkün olmadığı görüşüne sahip olmuşlardır.⁷²⁰

Aile hukuku konularında en çok yazı kaleme alanlar Türkçülerdir. Türkçüler içerisinde görüşlerini yoğun şekilde ortaya koyan isim ise aynı zamanda bu fikrin teorisyenleri arasında da sayılabilecek olan Ziya Gökalp'tir. Ziya Gökalp laikliğin hukuk alanında benimsenmesi taraftarıdır. Her ne kadar bu görüşlerini Cumhuriyet döneminde açıkça ortaya koymuş olup daha önceki süreçte görüşlerini açık şekilde değil yazılarının arasına serpiştirerek ortaya koymuştur.⁷²¹

Gökalp'e göre din sadece itikat ve ibadet alanlarını tanzim etmeli muamelat alanında ise tamamen çağın gereklerine uygun şekilde, laik kurallar benimsenmelidir.⁷²²

Görüldüğü gibi çalışmamızın konu edindiği talak yetkisinin mahkemeye devri de dâhil pek çok meselenin siyasi/fikri arka planı özetle bu şekildedir.

Burada bir hususa daha işaret etmek istiyoruz. Esas itibariyle çalışmamızın genelinde de ortaya koyduğumuz bilgilerden de anlaşılacağı üzere kocanın talak yetkisini mahkemeye devredenler de devretmeyenler de belli bir usul çerçevesince bu görüşlerini ortaya koymaktadırlar. Böylesi bir düzenlemenin yasamaya konu olup uygulama alanına çıkıp çıkmayacağı ise tamamen siyasi iradenin naklettiğimiz görüşlerinden hangisine meyledeceği ile alakalı bir durumdur. Nitekim bu sıcak tartışma ortamı sonrasında yürürlüğe giren Hukuk-ı Aile kararnamesine Batıcı ve Türkçülerin çok eşliliğin sınırlandırılması, nikah ve talak kayıtları konusundaki sıkı tedbir alınması gibi bazı

⁷²⁰ Bu ve benzeri minvalde görüşler için ayrıca bk. M. Şemseddin, "İslamda kadının mevki-i ictimaisi", *İslam Mecmuası*, 5/145; F. Lütfiye "Sebilürreşad mecmua-yı islamiyyesi vasıtasıyla İkdâm'ın Londra muhabiri Mehmed Sadi Beye", *Sebilü'r-Reşad*, 288/28; Mehmed Tahir, Çarşaf Meselesi, İst. 1331: Mahmud Esad, "Tesettür-i nisvân hakkında son söz" SR, 279/ 289-90; Fatma Aliye, "Kadın nedir?" YM, 21/ 415-417; Fatma Lütfiye, "İctihaddaki hezeyanlar", *Sebilü'r-Reşad*, 281/ 329-330; Muhammed Ferid Vêcdi, "Yine tesettür meselesi", *Sebilü'r-Reşad*, 276/ 241-243; Aksekili Ahmed Hamdi, "İslamiyet ve taaddüd-i zevcat", *Sebilü'r-Reşad*, sy. 275-285 (Mehmet Akif Aydın, İslam Osmanlı Aile Hukuku, 162'den naklen)

⁷²¹ Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, 169

⁷²² Ziya Gökalp, "Dinin İctimai Hizmetleri II", *İslam Mecmuası*, İstanbul 1331, XXXVI/772

görüşleri yansıyabilmiş olsa da İslamcıların dediği olmuş ve gündeme getirilen reform talepleri karşılanmamıştır.⁷²³

Ayrıca mevcut baskın görüş bahsi geçen süreçte İslamcılık iken daha sonra Türkçü ve Batıcıların tesiri artmış öncelikle 1924 tarihli aile kanunu taslak halinde kalmış ve daha sonra da çok agresif bir hamleyle siyasi irade İsviçre'den medeni kanun ithal etmiştir.

3.1.1.3. Sosyolojik Arka Plan

İnsan ve toplumla ilgili hususların bu iki unsura ilişkin diğer unsurlardan bağımsız şekilde hayatiyetini sürdürmesi düşünülemez. Doğal olarak hukuki kurallar ve bu kurallarla ilgili gerek hukukçuların ve gerekse halkın değerlendirme ve bakış açıları da insan ve toplumun değişmesiyle değişime uğrayabilmektedir. Elbette ki bu değişimin seviyesi ve toplum üzerindeki etki ve yaygınlığı hukukçuların konuyu gündemlerine alıp almamaları noktasında önem arz etmektedir.

Konumuzun tarihi arka planında ele almış olduğumuz meselenin 19. yüzyılla başlayan süreçte gündeme gelen bir konu olduğu tespitini yapmıştık. Bahsi geçen yüzyıl birçok açıdan çok köklü değişim ve dönüşümlerin yaşandığı, Osmanlı devletinin hukuki, ekonomik ve sosyal yapı gibi pek çok açıdan batılılaştırılmaya çalışıldığı bir süreçtir.⁷²⁴

Modernizm asıl itibarıyla Batı'da 17. yüzyılda bir düşünce sistemi olarak ortaya çıkmıştır. Temelleri Rönesans'a kadar giden Aydınlanma dönemi entelektüelleri modernizm kavramının hem yerleşmesi hem de ilkelerinin belirlenmesinde önemli rol oynamışlardır. Birçok alanda benimsemiş olduğu prensipler söz konusu olsa da eşitlik, hürriyet, akılcılık ve evrensellik gibi aydınlanmanın temel ilkeleri modernizm için de olmazsa olmaz ilkeler olarak benimsenmiştir. Osmanlıda modernizm 19 ve 20. yüzyıllarda bir düşünce sistemi olarak kendini göstermiştir.⁷²⁵

Güçlü ve etkili ideolojiler toplumlarda baskın hale geldiğinde mevcut sistemler de bu yeni ideolojiye göre kendilerini reforme etme çabası içine girerler. İşte tam da bu nedenle İslam modernizmi şeklinde isimlendirilen bir dini-fikri hareket söz konusu olmuştur. İslam modernizmi Türkiye, Mısır, Hint alt kıtası gibi bir şekilde Batı'nın etkisi

⁷²³ Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, 177

⁷²⁴ Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, 127

⁷²⁵ İbrahim Hatipoğlu, *İslam Dünyasının Çağdaşlaşma Serüveni*, İz Yay. 2. Baskı, İstanbul 2012, 34-35

altına girmiş bölgelerde 19. yüzyılın ortalarından itibaren ortaya çıktığı tespiti yapılmıştır.⁷²⁶

Osmanlı'da özellikle Tanzimat'la başlayan ve modernizmin İslam dünyasında her alandaki etkilerinin en belirgin şekilde ortaya çıkmaya başladığı süreçte aile ve kadın konusu başta olmak üzere önemli konularda ciddi bir değişim ve dönüşüm yaşanmaya başlamıştır. Kocanın talak yetkisinin mahkemeye devri konusunun da bu dönemde gündeme gelmeye başladığını daha önce tespit etmiştik. Dolayısıyla bu dönemde toplumsal anlamda yaşananları ortaya koyduğumuzda meselenin sosyolojik arka planını da gözlemlene imkânımız olacaktır. Modern dönemde genel olarak İslam toplumunda şu konularda değişimler gözlemlenmiştir:

Geniş aile yapısının çekirdek aileye dönüşümü: Geniş aile, anne, baba, erkek çocuklar ve eşleri, torunların kısacası aynı aileden birkaç kuşağın bir arada yaşadığı geleneksel yapıdır. Geniş aile müessesesi eşler arası ilişkilerde de olumlu anlamda birçok işlevi olan bir yapıdır. Öyle ki evlilik ve boşanma gibi konularda bile önemli olumlu etkileri mevcuttu.⁷²⁷

Kendisini gelenek ve din karşıtlığı temeline oturtan ve bireyselleşmeyi salık vererek kişinin tüm değerlerden soyutlanmış şekilde kendini gerçekleştirmesini ve ön plana çıkarmasını sağlayan modernizm aile kurumuna da ciddi şekilde etkilemiş, köyden kente göç ve kentleşmenin de etkisiyle geleneksel aile yapısı çekirdek aileye dönüşmeye başlamıştır.⁷²⁸

Kadınların Eğitim Seviyesindeki Değişim: Osmanlı'da Tanzimat'tan önce kız çocukları için tek resmi okul ibtidaiyyeler yani ilk mekteplerdir.⁷²⁹ Bu dönemde Mekteb-i Mülkiye, Mekteb-i Sultani ve Harbiye gibi yeni açılan modern eğitim kurumları klasik usule sahip medreselerle birlikte eğitim vermeye başlamışlardır. Bahsi geçen modern eğitim kurumlarında eğitim alanlar batıya daha dönük ve daha reformist bir zihin yapısına sahiptiler. Ayrıca 1858'de İstanbul'da bir kız rüşdiyesi, 1870 yılında kız öğretmen okulu

⁷²⁶ Fazlurrahman, *Islamic Modernism*, Middle East Studies, I, 1970, 329 vd.

⁷²⁷ Ahmet Aydın, *İslam Hukuku ve Fıkıh Problemlerini Psiko-Sosyal Açıdan Analiz*, Fidan Bas. Yay., İstanbul 2022, 78

⁷²⁸ Faruk Turğut, "Tarihsel Süreçte Aile Kurumunun Dönüşümü ve Geleceğine Yönelik Çıkarımları", *Medeniyet ve Toplum*, 1(1), Bahar 2017, 104-106

⁷²⁹ Uğurcan, "Tanzimat Devrinde Kadının Statüsü", 498

açılmıştır. II. Meşrutiyet'ten sonra kızlar Daru'l-Fünun'a da girebilmişlerdir.⁷³⁰ Böylelikle kadınlar ilkokuldan üniversiteye kadar her kademede eğitim almaya başlamışlardır.

Kadın Hareketlerinin/Feminizm Ortaya Çıkması: Modern dönemde Batı'ya açılan Osmanlı'nın idari ve siyasi yapısı değiştiği gibi fikri ve sosyal yapısında da köklü değişimler baş göstermiştir. Bu rüzgârdan etkilenen kurumlardan biri de aile ve onun bir parçası olan kadındır. Bu dönemde kadın evin içinden dışına doğru açılır.⁷³¹ Osmanlı'da bahsi geçen süreçte bir kesimin yönlerini döndükleri Batıda 19. yüzyıla gelinceye kadar kadının statüsü gayet problemlidir, hatta ilgili süreçte batıda kadının bir statüsünün olmadığını söylemek daha doğru olacaktır.⁷³² Reformist zihin yapısına sahip modern eğitim kurumlarında eğitim alanların sayısının artması, kadınların her kademede eğitim almaya başlamaları gibi sebepler ve yine Batıda başlayan feminizm hareketinin etkisiyle Osmanlı'da da özellikle 1900'lerden itibaren bir feminizm (kadınlık) hareketi ortaya çıkmıştır.⁷³³ Nitekim Tefeyyüz, Cemiyet-i Hayriyye-yi Nisvan, Nisvan-ı Osmaniyye, Müdafaa-yı Hukuk-ı Nisvan gibi kadın dernekleri kurulmuş, Kadınlar Dünyası, Mehasin gibi süreli yayınlarda kadın hakları dile getirilmeye başlanmıştır.⁷³⁴ 19. yüzyıl ve sonrasında Batıda kadının sosyal, hukuki statüsüne dair ciddi dönüşümler yaşanmış ve feminizm hareketi ciddi bir ivme kazanmıştır. Feminizm, 19. yüzyılda kitlesel bir niteliğe bürünerek “toplumsal bir harekete” dönüşmüştür.⁷³⁵ Osmanlı'da kadın erkek eşitliği, kadının özgürlüğü gibi konuları neredeyse ana mesele haline getirmiştir.⁷³⁶ Bu dönemde kadınlar hakkında gazete ekleri çıkartılır, köşe yazıları yazılır yahut müstakil kitaplar yayınlanır. Ayrıca edebi alanda yer alan roman ve benzeri eserlerin de temel konusu artık kadındır.⁷³⁷

Bu dönemde ayrıca kadın erkek arasında eşitlik ilkesinin yaygınlaştırılmaya çalışılması da söz konusudur. Bu bağlamda Kadının erkekle eşitliği bağlamında eğitim,

⁷³⁰ Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, 159-160

⁷³¹ Uğurcan, “Tanzimat Devrinde Kadının Statüsü”, 498

⁷³² Tarihsel süreçte Batıda kadınlara bakışın geçirdiği evrenin kısa bir özeti için bk. Abdülazim Şimşek, “II. Meşrutiyet Döneminde Batılılaşma Etkisinde Yapılan Feminizm Tartışmaları”, *Ankara Üniversitesi Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi*, Sayı: 61, Güz 2017, 342-345

⁷³³ Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, 160

⁷³⁴ Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, 160

⁷³⁵ Şimşek, “II. Meşrutiyet Döneminde Batılılaşma Etkisinde Yapılan Feminizm Tartışmaları”, 344

⁷³⁶ Toprak, “II. Meşrutiyet Döneminde Devlet, Aile ve Feminizm”, 220

⁷³⁷ Uğurcan, “Tanzimat Devrinde Kadının Statüsü”, 498

çalışma hayatı ve miras paylaşımı gibi konuların yanı sıra bu dönemde talak yetkisinin erkeğin elinde oluşu da dile getirilen konular arasındadır.

Kadının ekonomik özgürlüğünü elde etmesi, din/fıkıh kurallarının toplum üzerindeki etkinliğinin azalması gibi pek çok sosyolojik tezahürün yaşandığı bir dönemdir. Bu son tezahür önemlidir zira modernizmin üzerine oturduğu temellerden biri de sekülerizmdir.⁷³⁸

Görüldüğü gibi ele almış olduğumuz konu hem Batı’da hem Doğu’da ciddi bir değişim ve dönüşümün yaşandığı bir sosyal ortamda gündeme gelmiştir. Tartışmanın ortaya çıkışında sosyolojik tezahürlerinden bahsettiğimiz modern dönemin getirdiği yeni durumlar etkili olsa da tarihte ortaya çıkmış ve günümüzde de bizzat tecrübe ettiğimiz bazı problemler de içeren bir vakıanın varlığının etkisi de tamamen göz ardı edilmemelidir.

3.1.2. Talak Yetkisinin Mahkemeye Devri Meselesi

Erkeğe ait şeri/dini bir yetki⁷³⁹ olarak kabul edilen talak yetkisinin tamamen mahkemeye devredilmesi meselesi yakın sayılabilecek bir tarihte gündeme gelmiştir. Bu nedenledir ki klasik fıkıh kaynaklarında temas edilen bir konu değildir. Klasik kaynaklarda evliliğin sonlandırılmasında mahkeme, tefrik konusu bağlamında gündeme gelmektedir. Nitekim tefrik evlilik birliğinin yargı kararıyla sonlandırılması anlamındadır. Ancak tefrik kadın için evliliği sonlandırmada tek yol olsa da erkek için böylesi bir zorunluluk söz konusu değildir. Zira erkek kendisinde mevcut olan talak yetkisiyle nikâh bağına çözebilmektedir. Ayrıca İslam hukukunda tefrik için mahkemeye müracaat etme daha çok erkeğin talak yetkisine karşılık olarak kadının evliliği sonlandırabilmesinin bir yolu olarak ele alınmıştır. Hanefi mezhebinde tefrik için mahkemeye müracaat hakkı sadece kadına tanınmıştır. Zira erkek istemediği bir evliliği

⁷³⁸ Ahmet Faruk Kılıç - Sıddık Ağçoban, “Gelenek ve Modernizm Bağlamında İslam”, *Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 15(28), 2013/2, 233

⁷³⁹ Zeydan, *el-Mufasssal*, VII, 358; Hallaf, *Ahkamu'l-Ahvâli'sh-Shahsiyye fi'sh-Shariati'l-İslamiyye*, 133, 135; Zekiyyüddin Şa'ban, *el-Ahkamu'sh-Shariyye fi'l-Ahvâli'sh-Shahsiyye*, Menşuratu Camiati Karyunus, Bingazi 1989, 372

talak ile sonlandırabilmektedir.⁷⁴⁰ Ancak Maliki, Şafii ve Hanbelî mezheplerinde erkeğe de mahkemeye müracaat imkânı verilmiştir.⁷⁴¹

Diyanet İşleri Başkanlığı tarafından 2018 yılında tertip edilen Talak Çalıştayı'na muhtelif görüşlere sahip İslam hukukçular ve hukukçular davet edilmiş ve talak yetkisinin mahkemeye devri meselesi tüm yönleriyle ele alınmıştır. Çalıştayda sunulan bildiriye ulaşmasak da süreç sonunda paylaşılan raporda konuya dair günümüz İslam hukukçularının ne tür görüşlere sahip olduğunu öğrenebiliyoruz. Bahse konu rapordan hareketle erkeğin talak yetkisinin mahkemeye devrinin imkanı/imkansızlığı konusunda günümüz İslam hukukçularının görüş ve gerekçelerini de maddeler halinde şu şekilde ortaya koyabiliriz:⁷⁴²

1. Tevakkuf etmenin uygun olacağı: Bugün İslam hukukçuları ve Diyanet İşleri Başkanlığı talak yetkisinin mahkemeye devri konusunda sükut etmeli, erkeğin boşaması ile ilgili sorulan soruların sadece dini/diyani yönüne dair cevaplarla yetinmeli ve meselenin çözümünü meri mevzuatın tatbik edildiği günümüz mahkemelerine bırakmalıdır.

2. Talak yetkisini mahkemeye devretmenin gerekli olduğu: Bu görüşe sahip olanlar ve delillerinden ilerleyen başlıklarda detaylı şekilde bahsedilecektir.

3. Talak yetkisinin mahkemeye devredilemeyeceği görüşünden de yine çalışmanın devamında detaylı şekilde bahsedilecektir.

4. Kocanın talak yetkisini mahkemeye devretmeden dört mezhebin ve gerekirse şaz/münferid müçtehitlerin ichtihadlarından da istifade etmek suretiyle biddi talakların geçersiz sayılması ve benzeri şekillerde başka fıkhi çözümler bulunabileceğini savunan görüş. Diğer bir ifadeyle bu görüş sahipleri yetkinin devrini değil kontrol altına alınmasının uygun olduğunu savunmaktadır diyebiliriz.

5. Kocanın boşama yetkisini mahkemeye devredilmemelidir. Katılım bankacılığı veya tekafül sigortacılığı gibi daha önce yasal düzenlemelerden mahrumken günümüzde yasallık kazanan uygulamalarda olduğu gibi mevcut kanunlarda gereken düzenlemeler yapılabilir. Lozan antlaşması gereği Batı Trakya Müslümanları örneğinde olduğu gibi

⁷⁴⁰ Mevsili, *el-İhtiyar li Ta'lili'l-Muhtar*, III, 115; Zuhayli, *el-Fıkhu'l-İslami ve Edilletuhû*, IX, 7048

⁷⁴¹ Zuhayli, *el-Fıkhu'l-İslami ve Edilletuhû*, IX, 7048

⁷⁴² Diyanet İşleri Başkanlığı Talak Çalıştayı Raporu, 2018, 1-8

Türkiye’de de sadece ilgililere özel TMK’da İslam hukukuna uygunluk arz edecek şekilde düzenlemeler yapılması için yasa koyucu mercilerle görüşmenin gerekli olduğunu savunan görüş mevcuttur.

Biz bu başlık altında yeni sayılabilecek bu mesele hakkındaki üç temel görüşü ve bu görüşlere ait delilleri ortaya koymaya çalışacağız.

1. Yetkinin kocadan tamamen alınarak mahkemeye devredilmesi gerektiğini savunanlar ve delilleri
2. Kocanın talak yetkisinin mahkemece kontrol altına alınması gerektiğini savunanlar ve delilleri
3. Talak yetkisinin mahkemeye devredilemeyeceğini savunanlar ve delilleri

Şimdi bu üç sınıfta yer alan görüşleri ve delillerini ortaya koymaya çalışalım.

3.1.2.1. Talak Yetkisinin Mahkemeye Devredilebileceğini Savunanlar

19. yüzyıl gibi yakın sayılabilecek bir tarihten itibaren gündemimize giren bu meselede talak yetkisinin erkeğin elinden tamamen alınarak mahkemeye devredilebileceğini hatta bunun gerekli olduğunu savunan İslam hukukçularının sayısı günden güne artmaktadır. Konuya girmeden önce ifade etmemiz gerekir ki bu görüşü savunan isimlerden bazıları bu görüşlerini eser yahut bilimsel çalışmalarında açıkça kaleme almış olmasına rağmen aynı görüşü savunan pek çok isim konuya dair görüşlerine yazılı bir kaynakta yer vermemişlerdir. Dolayısıyla biz çalışmamızda yazılı bir kaynakta bu görüşünü açıkça ifade eden isimleri paylaşmak durumunda olduğumuzu ifade etmiş olalım.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla Kamil Miras, Hüseyin Atay, Yaşar Nuri Öztürk, İzzet Derveze, Hamza Aktan, Ali Bardakoğlu, Cemal Sofuoğlu, Abdulkadir Şener, Mustafa Yıldırım, Ferhat Koca, Kaşif Hamdi Okur gibi isimler talak yetkisinin mahkemeye devrinin mümkün olduğunu savunanlardan bazılarıdır. Şimdi bu isimlerin konuyla ilgili ifade ettiklerini özetle ifade etmeye çalışalım.

Kamil Miras gibi ilim adamlarının fıkıh geleneğine uygun olarak talak uygulamasını müdafaa etmekle birlikte “*Bir cemiyette umumî ahlak düzgün olursa talâk, hâkim huzurundaki fesh-i nikâhtan çok iyidir. Fakat ahlâk-ı umûmiyesi bozuk olan*

*cemiyetlerde hakk-ı talâk ferdlerin elinde sû-i isti'mâle müsaid bulunduğundan çok tehlikelidir, bu cihetle de hâkimin feshi daha isabetlidir.”*⁷⁴³ Kamil Miras'ın bu ifadelerinden, hakkın kötüye kullanılmasını engelleme ilkesinden hareketle yetkinin tamamen mahkemeye devrini savunduğu anlaşılmaktadır.

Hüseyin Atay'a göre erkeğin boşama yetkisiyle ilgili olarak *“fıkıhta boşamanın erkeğin elinde olduğu itirazsız bir hüküm olarak kabul edilmesi temelden yanlıştır. Evlilik kurumu adi bir şirket gibi düşünülemez. Boşanma kadının da elinde değildir. Karı kocadan her biri boşanma isteyebilir”*⁷⁴⁴ ifadelerini kullanmaktadır. Ayrıca Atay, fıkıh kitaplarının boşanma meselesini çıkmaza soktuğu görüşüne sahip olup konuyla ilgili cümlelerinin devamında Kuran'a göre boşanmanın nasıl olması gerektiğini maddeler halinde anlatmaktadır. Özetle ifade etmek gerekirse Atay'a göre anlaşmazlık ortaya çıktığında öncelikle hakem tayin edilerek ara bulunmaya çalışılır. Bu mümkün olmadığı takdirde mahkemeye gidilmelidir. Mahkemede de iki şahit huzurunda boşama gerçekleştirilmelidir.⁷⁴⁵

Yaşar Nuri Öztürk de Hüseyin Atay'ın görüşlerini naklederek Kuran'da (Bakara, 2/229) boşama yetkisiyle ilgili olarak kadın erkek ayrımı yapılmadığı şeklinde bir görüşe sahip olduğunu ortaya koymaktadır.⁷⁴⁶

İzzet Derveze, konuyla ilgili gerek ayetlerin ve gerekse hadislerin boşama konusunda mahkemelerin de söz sahibi olabileceğine delalet ettiğini savunmaktadır. Kuran-ı Kerim'in aile meclisi ile düzenlemesini ve Sünnet'te ise Hz. Peygamber'in talak, ila, zıhar, nafaka ve rada gibi boşanmaya dair pek çok hususa hakim rolünde müdahil olmasını da delil göstermek suretiyle yargısal süreci işletmeksizin gerçekleştirilen talakların lağv/geçersiz olacağı şeklindeki kanaatini ifade etmektedir. Derveze ayrıca nüfusunun çoğunluğu Müslüman olan Tunus'un şeri ve usuli esaslardan hareketle bu prosedüre uygun bir kanunlaştırmayla talakı mahkemeye devrettiğini de hatırlatmaktadır.⁷⁴⁷

⁷⁴³ Kamil Miras, *Sahih-i Buhari Muhtasarı Tecrid-i Sarih Tercümesi ve Şerhi*, Ankara 1981, XI, 337

⁷⁴⁴ Hüseyin Atay, *Kuran'a Göre Araştırmalar I*, Ankara 1993, 19

⁷⁴⁵ Atay, *Kuran'a Göre Araştırmalar*, I, 15; Abdülvehhab Hallaf, *İslam Hukuk Felsefesi*, trc: Hüseyin Atay, AÜBE, Ankara 1973, 7-12

⁷⁴⁶ Yaşar Nuri Öztürk, *Kuran'daki İslam*, Yeni Boyut Yay., 24. Baskı, İstanbul 1997, 432-434

⁷⁴⁷ Derveze, *et-Tefsîru 'l-Hadîs*, VI, 432-434

Hamza Aktan konuyla alakalı olarak kaleme aldığı makalesinde öncelikle Nisa suresi 34. ayette eşler arası anlaşmazlıklarda öngördüğü sivil prosedürün uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. Kuran’a göre boşanmanın kocanın keyfine bırakılamayacağı fikrinden hareketle anlaşmazlığın devamı halinde evliliği sona erdirmek isteyen eşin mahkemeye müracaat etmesinin, mahkemenin hakem heyeti teşkil ederek eşlerin arasını ıslaha etmeye çalışmasının ve aksi halde boşamanın mahkeme kararıyla gerçekleşmesinin Kuran’ın konuyla ilgili içerdiği esprisine uygun düşeceğini savunmaktadır. Ayrıca Aktan, mahkeme dışında gerçekleşen talakın geçersiz kabul edileceği bir düzenleme yapmanın da uygun olacağı görüşüne sahiptir.⁷⁴⁸

Diyanet İşleri eski başkanlarından **Ali Bardakoğlu da**, boşanma sadece kocayı ilgilendiren bir durum olmadığı ve ibadet gibi sadece Allah-kul arasındaki bir ilişki gibi değerlendirilemeyeceğinden hareketle boşanma sisteminin revize edilmesinin gerekli olduğunu savunanlardandır. Bardakoğlu’na göre boşama mahkemeden bağımsız bir husus değildir, ancak eşlerin iradelerini hiçe sayarak tamamen mahkemenin devrede olması da bir diğer uçtaki problemlere sebebiyet verebilmektedir. Bu nedenle Hukuk-ı Aile kararnamesinden eklektik şekilde diğer mezhep görüşlerinden de istifade edilerek eşlerin boşanmak istediklerinde mahkemeye müracaat etmeleri, hâkimin aile meclisi oluşturması ve nihayet boşamanın gerçekleşmesi şeklinde bir yolun uygun olabileceğine vurgu yapmaktadır. Ali Bardakoğlu’nun boşanma konusunda mahkemenin esas olması gerektiği görüşü ağırlık kazanmaktadır.⁷⁴⁹

Abdulkadir Şener, Cemal Sofuoğlu ve Mustafa Yıldırım Kuran-ı Kerim’de boşama ilgili ayetlerin muhatabının kocalar değil yargı olduğu kanaatindedir. Bu görüşlerine delil olarak da karı koca arasındaki anlaşmazlıkların çözümünde hakem heyeti oluşturulmasını emreden ve şahit tutma ile ilgili olan ayetleri delil olarak gösterirler. Ayrıca Şener, Sofuoğlu ve Yıldırım’a göre resmi olmayan nikahlar da kamu düzeni ve kadının haklarını muhafaza gibi gerekçelerle geçersizdir ve aynı gerekçelerle yargı yoluyla gerçekleşmeyen boşamaların hiçbir anlam ifade etmemektedir.⁷⁵⁰

⁷⁴⁸ Hamza Aktan, “Kuran’a Göre Boşanma Prosedürü”, *Dini Araştırmalar*, (5)14, Eylül-Aralık 2002, 5-15

⁷⁴⁹ Ali Bardakoğlu, “Hukuki ve Sosyal Açıdan Boşanma”, *Türk Aile Ansiklopedisi*, Ankara 1991, I, 204

⁷⁵⁰ A. Şener, Sofuoğlu, M. Yıldırım, *Yüce Kuran Meali ve Açıklamalı – Yorumlu Meali*, TDV Yay., 4. Baskı, İzmir 2014, 36

İbrahim Paçacı da Kuran’da boşamayla ilgili ayetlerin sadece prosedürle alakalı düzenlemeler yaptığını ve açık şekilde kocaya talak yetkisi vermediği görüşündedir. Ayrıca hakem heyeti oluşturmayı ve iki şahit huzurunda talakın gerçekleştirilmesini emreden ayetlerden dahası Hz. Peygamber döneminde boşanmayla ilgili birçok konuda ona müracaat ediliyor oluşundan hareketle boşanmaların bir mahkeme süreci sonrasında gerçekleşmesinin gerekli olduğunu ifade etmektedir. Paçacı ayrıca Kuran ve Sünnet’teki düzenlemelerin henüz sistemli bir devlet organizasyonunun bulunmadığı Hz. Peygamber ve hemen sonrasındaki süreç için bir takım düzenlemeler yaptığını, boşamayı belli bir sistem ve prosedüre bağlı olarak gerçekleştirme şeklindeki mefhumun esas alınmak suretiyle boşanma sistemin yenilenmesinin zorunlu olduğunu ifade etmektedir.⁷⁵¹

Ferhat Koca Şeyhulislam Musa Kazım Efendi, Külliyyât isimli eserini yayına hazırlamıştır. Bu eserde daha önce de ifade ettiğimiz gibi Musa Kazım Efendi dönemindeki tartışmalardan biri olan kocanın talak yetkisinin mahkemeye devri konusunda yetki devrinin mümkün olmadığı şeklinde olumsuz görüş beyan etmiştir. Ferhat Koca bu bilginin yer aldığı kısma düştüğü dipnotta klasik fıkıh anlayışındaki talakın sadece kocaya ait bir yetki olduğu şeklindeki görüşün İslam’la özdeşleştirilmemesi gerektiği, İslam hukukçuları arasında bu yetkinin hakime devredilebileceğini savunanlarında da var olduğunu ve hatta günümüz hukuk sistemlerinde olduğu gibi boşama yetkisinin hakime veya hakeme/aile meclisine devrinin günümüz şartlarına daha uygun düşeceği şeklinde bir değerlendirme yapmaktadır.⁷⁵²

Konuya dair mevcut yaklaşıma ilave önemli bir takım değerlendirmeleri söz konusu olan **Kâşif Hamdi Okur**’un görüşlerine yer verelim. Okur, Diyanet İşleri Başkanlığının düzenlediği ancak kurum tarafından bildirileri neşredilmeyen Talak Çalıştayında sunumunu yapmak üzere kaleme aldığı taslak metinde öncelikle konuya dair nasları ele almaktadır. Kocaya ait olduğu kabul edilen talak yetkisine siyaset-i şer‘iyye, ıstıslâh veya istihsân gibi esaslardan hareketle kamu otoritesinin müdahalede bulunabileceğini ve bu durumun “*umûr-i câizede veliyyülemrin tasarrufa selahiyeti kaidesinin müsellamâtta olduğu*” şeklinde ifade edilen Hukuk- Aile Kararnamesinin esbab-ı mucibe layihasına da atıfta bulunmaktadır. Klasik boşanma sisteminin makasıd-ı şeria açısından

⁷⁵¹ İbrahim Paçacı, “Sosyal Hayattaki Değişim Sürecinde İslam Aile Hukuku (Evlenme ve Boşanma Örneği”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy. 11, 2008, 84-89

⁷⁵² İlgili eserdeki 11 numaralı dipnota bk. Musa Kazım Efendi, *Külliyyât*, 332-333

değerlendirilmesinin zorunlu olduğu yönündeki fikrini dile getirmektedir. Kaşif Hamdi Okur daha sonra klasik talak uygulamasının Osmanlı toplumunda veya günümüzde ortaya çıkardığı/çıkarması muhtemel trajikomik sayılabilecek durumlardan bahsederek “*صيانة الدين عن الفحش واجب*” (dinin çirkin durumlardan korunması vaciptir) ilkesinin dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir. Okur son olarak “*bir hükmün uygulanması, konuluş amacını gerçekleştiriyor üstelik de mefsedetlere yol açıyorsa, o hüküm artık uygulanmaz*” ve “*ezmânın tegayyürü ile ahkâmın tegayyürü inkar olunamaz*” gibi fıkhi ilkeleri de hatırlatarak resmi nikahla evlenen kişilerin ancak mahkemede boşanabileceği ve artık sadece sembolik anlam taşıdığını söyleyebileceğimiz sözlü boşamayla evliliği sonlandıramayacağı görüşünü ortaya koymaktadır.⁷⁵³

İbrahim Yılmaz’ın da konuyla ilgili yapmış olduğu çalışmasından kocanın yetkisinin tamamen elinden alınması yerine boşamaların mahkemenin kontrolü altına alınmasının daha uygun olacağı görüşüne sahip olduğunu anlıyoruz. “*Sonuç olarak denilebilir ki, aslında İslâm hukuku, prensip olarak boşanmaların mahkeme aracılığıyla/yargı yoluyla yapılmasına karşı değildir. Hatta zamanın şart ve icaplarına göre, İslam hukukunun kendi iç bünyesindeki değişimi ve dinamizmi sağlayacak temel araç ve dayanaklardan hareketle, boşanmaların “yargı yoluyla” olmasının zorunlu hale getirilebilmesi ve gerekli hukûkî düzenlemelerin yapılması toplumsal maslahat açısından kaçınılmaz bile olabilir.*”⁷⁵⁴

Ezher Üniversitesi Karşılaştırmalı Hukuk öğretim üyesi **Sa’duddin Hilali** de resmi ve kayıtlı şekilde gerçekleşen evliliklerde sadece kocanın boşama fiilini telaffuz etmesiyle evliliğin sona ermeyeceği ve boşanmanın da yine resmi süreç ve prosedürler işletilerek gerçekleşmesi gerektiği yönünde bir görüşe sahiptir.⁷⁵⁵

Amerikalı feminist bir yazar olan Âmine Vedud Muhsin de Kuran ve Kadın isimli eserinde konuya temas etmektedir. Âmine Vedud, “*Erkekler, kadınların koruyup kollayıcılarıdır. Çünkü Allah insanların kimini kiminden üstün kılmıştır. Bir de erkekler kendi mallarından harcamakta (ve ailenin geçimini sağlamakta)dırlar*” (Nisa,

⁷⁵³ Kaşif Hamdi Okur, “Talakın Mahkemeye Devri Problemi”, Diyanet İşleri Başkanlığı Talak Çalıştayı, Afyonkarahisar 2018, Yayınlanmamış Çalıştay Bildiri Metni, 2018, 1-36

⁷⁵⁴ Yılmaz, *Yetki ve Sistem Açısından Talak*, 152

⁷⁵⁵ Sa’duddin Hilali’nin görüşlerine matbu bir kaynakta tespit edemedik. Ancak medya aracılığıyla yaptığı açıklama ve bu açıklamalarından hareketle yapılan bazı dijital kaynaklar için bk. https://www.youtube.com/watch?v=Y17JImkBP0c&ab_channel=SadaElbalad-صدىالبلد (Erişim Tarihi: 30.06.2022)

4/34) ayetinin bir yanlış anlama sonucu kocanın talak yetkisine sahip oluşuna hamledildiğini savunmaktadır. Vedud, hem kadın hem de erkeğin boşanmak istediklerinde mahkemeye gitmek zorunda olmalarını kanunlaştıran Malezya örneğini de zikrederek evliliklerin eskisi gibi kalmayıp evrildiğini, kadının da artık ailenin tam katılımlı bir üyesi kabul edildiğini ve dolayısıyla kocayı mutlak yetkili kabul eden mevcut boşanma usulünün yanlış olduğu ve bu durumun da Kuran'ın konuya dair belirlediği ilke ve esaslara aykırı olduğu görüşüne sahiptir.⁷⁵⁶

3.1.2.1.1. Talakın Mahkemeye Devredilebileceğini Savunanların Delilleri

Konuyla alakalı görüşlerini özetlediğimiz isimlerin hangi delillere dayandığını maddeler halinde şu şekilde zikredebiliriz:

1. Talak yetkisinin erkeğe ait olması konusunda Kuran'da doğrudan bir nas bulunmamaktadır. Delil olarak gösterilen ayetlerde sadece failin müzekker, fiilden etkilenenin kadın olduğu şeklindeki cümle ve ifade yapısının çoğunlukla gerçekleşeni esas alma (tağlib) üslubundan kaynaklandığı, söz konusu ayetlerin bu konuda doğrudan delil olarak değerlendirilemeyeceği ifade edilir. Konuyla ilgili delil gösterilen hadis ise eşler dışında birinin zorlamasıyla evliliğin sonlanmayacağı şeklinde bir bağlama sahiptir ve bu konuda delil olamaz.⁷⁵⁷

2. Konuyla alakalı olarak var olduğu iddia edilen sükuti icma fukahânın çoğunluğu nezdinde delil kabul edilmemektedir.⁷⁵⁸

3. Kuran'da eşler arası anlaşmazlık söz konusu olduğunda oluşturulması emredilen aile meclisi (hakem heyeti) uygulaması, günümüzde mahkemeye anlaşmazlığı ıslah yahut boşanma için dava açmak anlamına da gelmektedir.⁷⁵⁹

4. İslam'ın ilk dönemlerinde, nikâh, talak ve benzeri medeni konularda ortaya çıkan problemlerin gerek Hz. Peygamber ve gerekse Hulefa-yı Raşidin tarafından çözülmesi talak yetkisinin mahkemeye devrinin imkânını ortaya koymaktadır.⁷⁶⁰

⁷⁵⁶ Amine Vedud Muhsin, *Kuran ve Kadın*, Trc. Nazife Şişman, İz Yay., İstanbul 1997, 136-138

⁷⁵⁷ Acar, *İslam Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi*, 35; Vedud, *Kuran ve Kadın*, 138; Dalgın, *İslam Hukukunda Boşama Yetkisi*, 250-251

⁷⁵⁸ Dalgın, *İslam Hukukunda Boşama Yetkisi*, 251

⁷⁵⁹ Aktan, *Boşanma Prosedürü*, 31; Dalgın, *İslam Hukukunda Boşama Yetkisi*, 248

⁷⁶⁰ Dalgın, *İslam Hukukunda Boşama Yetkisi*, 250

5. Boşanmayla ilgili ayetlerde hakem tayini, tarafların aile hukukunu ihlal endişesi taşıması halinde kadının fide vererek ayrılmasına hükmedilmesi (hul'/muhalaa) ve talaka iki kişinin şahit tutulması gibi hususların var olması kocanın talak hakkını kullanmak için mahkemeden izin almasının gerekliliğini hissettirmektedir.⁷⁶¹

6. Talakın mubah bir eylem olması ve dolayısıyla kamu otoritesinin maslahat gerekçesiyle bu konuda bazı düzenlemeler yapmasının mümkün olması

7. Günümüzde resmi nikâh ile evlenen erkeğin zaten boşama yetkisini atmış olduğu imza ile mahkemelere devretmiş olmaktadır.⁷⁶²

8. İslam hukukundaki sözlü boşamanın örfi olduğu dolayısıyla artık gelineen noktada şifahi şekilde boşamaların geçersiz olması gerekir.

9. Hakkın kötüye kullanılması söz konusu olduğunda boşama yetkisinin sınırlandırılması veya mahkemeye devri mümkündür.

10. Dinin, sözlü boşama yetkisinin usulsüz şekilde kullanımından kaynaklı çirkinliklerden korunmasının vaciptir.

3.1.2.2. Boşama Yetkisinin Kontrol Altına Alınması Gerektiğini Savunanlar

Bu grupta yer alanlar kocanın talak yetkisinin tamamen elinden alınmasının uygun olmayacağı ancak ortaya çıkardığı mahzurları sebebiyle kocanın bu yetkisini prosedüre uygun şekilde mahkemede yahut sorumlu başka bir mercinin kontrolünde gerçekleştirmesinin Kuran ve Sünnet'in önerdiği sisteme daha fazla uygunluk arz edeceği şeklinde bir görüşe sahiptir. Bu grupta yer alan isimler ve görüşleri özetle şu şekildedir:

Kasım Emin ele aldığımız konunun ortaya çıkış sürecinde önemli etkileri olan bir isimdir. Kadınların özgürleştirilmesi anlamına gelen “Tahrirü'l-Mer'e” başlığıyla neşrettiği kitabında bu konuyu müstakil bir başlıkta ele almaktadır. Müellif görüşünü ortaya koyarken öncelikle Kuran-ı Kerim ve Sünnet'teki talak, aile meclisi, talaka/ricata şahit tutma gibi konulara ilişkin nasları hatırlattıktan sonra İslam'ın eşlere, aileye ve topluma verdiği öneme de temas ederek mahkeme dışındaki boşanmaların zararlı yönlerini vurgulamaktadır. Konuya dair değerlendirmesinin sonunda ise devletin talak

⁷⁶¹ Dalgın, *İslam Hukukunda Boşama Yetkisi*, 251

⁷⁶² Şener-Sofuoğlu-Yıldırım, *Yüce Kuran Meali ve Açıklamalı-Yorumlu Meali*, 36

konusunda dikkate almasını istediği beş maddelik bir düzenleme önermektedir. Bu düzenleme ise genel olarak boşanmak isteyen kocanın mahkemeye veya mezuna müracaat etmesi, ilgili merciinin hakem heyeti teşkil ederek karı koca arasını ıslaha çalışması ve nihayet hakem heyeti mahkemeye/mezuna olumsuz rapor sunarsa kocanın yine söz konusu mercinin ve iki şahidin huzurunda karısını boşaması ve bunun kesinlikle resmi karar çıkartılarak tescil edilmesinin gerekli olduğunu ifade etmektedir.⁷⁶³

Abdulhalim Ebu Şakka, konuyu ayet, hadis ve maslahat gibi esaslar bağlamında değerlendirdikten sonra gerek talak ve gerekse diğer boş(n)ma şekillerinde muhakkak mahkemenin devrede olması gerektiği görüşüne sahip olduğunu ifade etmektedir. Ona göre şayet koca boşama kararı almışsa mahkemeye müracaat etmeli ve talakın Kuran ve Sünnet'e uygun gerçekleşebilmesi için hakimin, aile meclisini de içerecek şekilde mahkeme süreçlerinden sonra yine hakim huzurunda eşini boşamalı ve talak tescil edilmelidir. Şayet koca mahkemeye müracaat öncesinde karısını boşamışsa bu durumda mahkemeye yine müracaat edilir ve mahkeme boşamanın prosedüre uygun gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit eder. Talak kurallara uygun gerçekleşmişse boşamayı tescil eder, uygun değilse talakı tescil etmeyebilir.⁷⁶⁴

Nihat Dalgın klasik talak uygulamasına devletin müdahil olması gerektiği ve bazı düzenlemeler yapabileceği görüşüne sahip olmakla birlikte tarafların iradelerinin tamamen göz ardı edileceği bir sisteme de karşı çıkmaktadır. Konuyla alakalı müstakil bir eser kaleme almış olan müellif sonuçta talak yetkisinin kime ait olduğu konusunda maslahat içeren, tarafların mağduriyetini olabildiğince azaltan yeni yaklaşım ve icthadların imkan dahilinde olduğunu ifade etmektedir.⁷⁶⁵ Bu cümleler müellifin yetkiyi tamamen mahkemeye devretmek yerine evliliğin sona erdirilmesinin hangi şekilde olursa olsun mahkeme kontrolünde olması gerektiğini savunduğunu göstermektedir.

Saffet Köse, Kuran ve Sünnet naslarından ayrıca icmanın var olmasından hareketle boşama yetksinin kocaya ait olduğunu kabul etmektedir. Ayrıca bu konuda, yetkinin mahkemeye devrini kabul edenlerin ileri sürdüğü, “*zarar ve mukabele bi 'z-zarar yoktur*”, “*din kolaylıktır, zorluk yoktur*” gibi şeri külli kaidelerle ve istihsan, maslahat-ı mürsele delili ile nass ve icma ile sabit olmuş bir hükmün değiştirilebilmesi mümkün olmadığını

⁷⁶³ Emin, Tahrirü'l-Mer'e, 82-91

⁷⁶⁴ Abdulhalim Ebu Şakka, *Tahrirü'l-Mer'e fi Asri'r-Risale*, Daru'l-Kalem, Dübeyy t.y, V, 280

⁷⁶⁵ Dalgın, *İslam Hukukunda Boşama Yetkisi*, 265

vurgulamaktadır. Yetkinin mahkemeye devredilmesi gerektiğini savunanların talakı diğer bazı akitlere kıyas etmesinin yanlış olduğunu bunun kıyas maal farık olduğunu ifade etmektedir. Netice olarak çözümün yetkiyi erkekten alıp mahkemeye vermek değil yetkinin erkekte kalması ancak boşama keyfiyetini hakime beyan etmesi; kadının tefviz-i talaktan yönteminden istifadesinin yaygınlaştırılması, gerektiğinde mahkemeye müracaat ederek muhalaa ile istemediği evliliği sonlandırabilmesi şeklinde bir görüşe sahip olduğunu anlıyoruz. Ayrıca gayriresmi/dini nikâhla evli olanların probleme dönüşebilen boşanmalarında ise Maliki içtihadından istifade edilerek hakemlerin ilgili nikahı sonlandırabilmeleri yönünde fetvanın benimsenmesinin çözüm yolunda bir adım olacağını ifade etmektedir.⁷⁶⁶

3.1.2.2.1. Talakın Kontrol Altına Alınması Gerektiğini Savunanların Delilleri

Esas itibarıyla bu grupta yer alanlar da boşanma sisteminde kısmi de olsa revizyonun gerekli olduğu kanaatine sahip olanlardır. Bu nedenledir ki yetkiyi tamamen devredenlerin delil olarak kullandığı kimi noktalar bu görüş sahiplerince farklı yorumlanmış ve talak yetkisinin kontrol altında kullanılmasının uygun olacağı görüşüne sahip olmuşlardır. Genel olarak bu grupta yer alanların delilleri şu şekildedir:

1. Kuran'ın boşama ile ilgili bir prosedür belirlemiş olması ve bu prosedüre uygun davranmanın zorunlu olması
2. Eşler arası anlaşmazlıklarda aile meclisi oluşturmayı ve şahit tutmayı düzenleyen ayetlerin aslında talakın kontrol altında gerçekleşmesine işaret ediyor olması
3. Hz. Peygamber ve halifeler döneminde boşamaya ilişkin bir takım yargılamaların varlığı talakın kontrol altına alınabileceğini gösterir
4. Toplumun, ailenin ve özellikle de kadınların maslahatını koruma adına kocanın sahip olduğu yetkiyi keyfi şekilde kullanmasının önüne geçilmesinin zorunluluğu

⁷⁶⁶ Saffet Köse, "Talakın Mahkemeye Devri Problemi", *Diyanet İşleri Başkanlığı Talak Çalıştayı*, Afyonkarahisar 2018, Yayınlanmamış Çalıştay Bildiri Metni, 1-71

5. Yetkiyi tamamen mahkemeye devretmenin aileyi oluşturan eşlerin iradelerini tamamen göz ardı ederek onları bir nevi sefih olarak değerlendirmek olur ki bu da doğru bir bakış açısı değildir

3.1.2.3. Talak Yetkisinin Mahkemeye Devredilemeyeceğini Savunanlar

Aslında günümüz İslam hukukçularının büyük çoğunluğu boşamayla alakalı olarak bazı konularda mahkemenin müdahalesi, aile meclisi gibi uygulamaları da içerecek şekilde bir düzenlemenin yapılabileceği fikrine sahiptir diyebiliriz. Ancak konu uzun zamandır ve hala müzakere ve ilmi tahlil aşamasındadır. Özellikle Türkiye’de yürürlükteki mevzuatta, ilgilileri için bile olsa İslam hukukuna uygun düzenleme yapılmasının zor gözükmesi sebebiyle detaylara dair bir değerlendirme söz konusu olamamaktadır. Bu nedenle sadece temel bir konu gündemdedir: “*Talak yetkisi tamamen mahkemeye devredilsin mi?*” İşte bu temel soruya günümüz İslam hukukçularının çoğunluğunun hayır şeklinde cevap verecek olduğunu düşünüyoruz. Ancak elbette birçok İslam hukukçu bu konudaki görüşünü yazılı yahut kamuya açık veya sözlü olarak dile getirmemektedir. Dolayısıyla bu grupta yer alan ve görüşlerini kitap, makale yahut sair çalışmalarında yazılı şekilde dile getiren isimler daha çok ya yakın tarihimizden veya Türkiye dışındaki İslam ülkelerindendir. Şimdi bu isimleri ve özetle görüşlerini ortaya koyalım:

Şeyhulislam Musa Kazım Efendi “Hürriyet ve Müsavat” başlığıyla Sırat-ı Müstakim dergisinde yayınlanan seri makalelerinin ikisinde⁷⁶⁷ eşler arasında bir takım problemlerin meydana gelebileceği ve boşanmanın yeri geldiğinde meşru bir uygulama olduğunu ifade ettikten sonra boşamayla alakalı alternatifleri zikrederek olumsuzluklarından bahseder. İlk olarak talak yetkisinin kadına da verilmesi şeklindeki alternatifi kadının duygusallığı, fevri hareket etmesi gibi gerekçelerle reddetmektedir.

Musa Kazım Efendi ikinci alternatif olarak talakın mahkemeye devrini zikreder. Bu hususta da kişilerin kendileri üzerindeki “velayet-i hassalarının” devletin sahip olduğu “velayet-i ammeden” kuvvetli olduğu, hakimın takdir yetkisinin boşanmaları gereken eşleri bir arada tutmaya sebep olabileceği, kadınların duygusal ve fevri olmaları sebebiyle

⁷⁶⁷ Musa Kazım, “Hürriyet ve Müsavât”, *Sırat-ı Müstakim*, Dersaadet 1326, sy. 5, 68-70; a. mlf, “Hürriyet ve Müsavât”, *Sırat-ı Müstakim*, sy. 6, Dersaadet 1326, 93-94; Şeyhulislam Musa Kazım Efendi, *Külliyât*, Yay. Haz: Ferhat Koca, Ankara Okulu Yay., Ankara 2002, 328-334

en küçük meselede mahkemeye koşabilecekleri görüşüne sahiptir. Ayrıca eşlerin karşı tarafın kusurunu ispat etmek için mahremiyeti ifşa, komşu ve akrabadan yardım isteme gibi rezil durumlara düşmesi ve benzeri hususlardan hareketle talakın mahkemeye devrinin mümkün olmadığı şeklindeki görüşünü ortaya koymaktadır.

Muhammed Ebu Zehre aile hukukuna dair eserinde konuyla ilgili olarak yetkinin mahkemeye devredilmesi halinde hakimi ikna etmenin zor olduğu ve bu zorluk sebebiyle birçok olumsuz durumun ortaya çıkacağını ifade etmektedir. Ayrıca istenmeyen evliliğe son verme konusunda kadının da birçok tefrik sebebine sahip olduğunu ilaveten tefviz-i talak ve aile meclisi gibi uygulamalardan istifade edebileceğini zikreder. Ebu Zehre diğer isim gibi erkeğe talak yetkisi verilmişken kadına neden verilmediği sorusunu ise kadının duygusallığı ve fevriliği şeklindeki değerlendirmeye cevaplamaktadır.⁷⁶⁸

Zekiyyüddin Şa'ban İslam aile hukukuna dair kaleme almış olduğu eserinde bu konuya müstakil bir başlık açmış ve görüşlerini ortaya koymuştur. Şaban, talak yetkisinin mahkemeye devredilemeyeceği yönünde görüşe sahip olan isimlerdendir ve kocanın talak yetkisinin şeri bir hak olduğunu ve kötüye kullanılması halinde mahkemenin müdahil olup kadını muhafaza edeceğini ifade etmektedir. Müellif, kocanın talak yetkisinin mahkemeye devrinin şeran mümkün olmadığını ifade ettikten sonra iki endişesini daha paylaşmaktadır:⁷⁶⁹

1. Talak yetkisinin mahkemeye devredilmesi erkeklerin tamamını evlilik hayatını idare edemeyen, güvenilemeyen sefihler pozisyonuna indirmektedir. Ayrıca bu yönde bir düzenlemenin ise Kuran'ın kocaları kavvam ve sorumluluk üstlenebilen bireyler olarak kabul etmesine aykırı olacağını da ifade etmektedir.

2. Eşler arasında her durumun ispata konu olamaz. Şaban, hanımından duygusal olarak soğumuş ve uzaklaşmış olan bir kocanın bu halini ispat edemeyeceği, bu durumda mahkemenin boşamaya karar vermesinin kocanın boşamasından farklı olmayacağı; mahkemenin boşamaması halinde de böylesi sağlıklı evliliklerin devamının kişilere ve topluma fayda sağlamayacağı tespitini yapmaktadır. Ayrıca duygusal konular dışında kadının gizli kalması maslahatına olacak bir rahatsızlığı yahut özelliği varsa

⁷⁶⁸ Ebu Zehre, *el-Ahvalu's-Şahsiyye*, 281-284

⁷⁶⁹ Şa'ban, *el-Ahkamu's-Şer'iyye li'l-Ahvâli's-Şahsiyye*, 375-377; a. mlf., *ez-Zevac ve't-Talak fi'l-İslam*, el-Daru'l-Kavmiyye li't-Tibaa ve'n-Neşr, Kahire 1964, 89

mahkemedeki boşanmalarda söz konusu durumların kayda geçeceği ve bunun kadının sonraki hayatında aleyhine olacağını değerlendirmektedir. Zekiyyüddin Şa’ban bu tespit ve ifadelerinden hareketle de konuya dair usulî bir değerlendirme de yaparak şunları ifade eder:

“Kocadan boşama yetkisini alıp bütün durumlarda yetkiyi hâkime bırakmak düşüncesi vehme dayanan bir maslahattır. Çünkü bu durumda ortaya çıkacak olan zarar sağlanacak faydayı aşar. Çünkü erkek, aile hayatında istikrar için zaruri olan aile hayatının reisi olma niteliğini ve bu niteliğini destekleyen yetkilerini kaybetmiş olur.”⁷⁷⁰

Mustafa Sıbâî talak yetkisinin erkekte, kadında ve hâkimde olacak şekilde alternatiflerini sıraladıktan sonra yetkinin mahkemeye verilmesinin diğer isimlerin de zikrettiği daha başka çok ciddi sosyal, ahlaki sorunlara yol açacağını savunmaktadır. Sıbai ayrıca *“üç talak aynı anda verme, meşru bir gerekçe olmaksızın boşama gibi kadına zarar veren durumlar sebebiyle kadının göreceği zararın fıkhi mezheplerden meseleye dair en uygun çözümün alınmasıyla önüne geçilebilir, talakı hakime/mahkemeye devretmeye lüzum yoktur”* şeklindeki cümleleriyle konuya dair görüşü açıkça ortaya koymaktadır.⁷⁷¹

Mevdudi kocanın talak yetkisinin Kuran tarafından tanımlandığını ve bu düzenlemeye hiçbir şekilde müdahale edilemeyeceğini savunur. Talakın mahkemeye devri gibi bir konunun tarihin hiçbir döneminde gündeme gelmediğini ifade ederek bir nevi konu üzerinde oluşmuş icmaya atıfta bulunmaktadır. Ayrıca kadının da tıpkı erkek gibi boşama yetkisine sahip olması gerektiği şeklinde bakış açısının Avrupa menşeli olduğu ve bunun vahim sonuçları üzerinde kimsenin gerektiği gibi kafa yormadığını ifade etmektedir.⁷⁷²

Vehbe Zuhayli dinin bu konudaki hükmünü açık-kati şekilde beyan ettiğini ve eşler arası bazı olumsuzlukların ispatının zor olduğunu ifade ederek boşama yetkisinin mahkemeye devredilmesini savunan muasır görüşe karşı çıkmaktadır. Zuhayli ayrıca, mahrem hususların ifşası ve gizli kalması gereken bilgilerin mahkeme kayıtlarına tescil

⁷⁷⁰ Zekiyyüddin Şa’ban, *İslam Hukuk İlminin Esasları (Usulu’l-Fıkıh)*, Trc: İbrahim Kafi Dönmez, TDV Yay., 6. Baskı, Ankara 2003, 172

⁷⁷¹ Mustafa Sıbâî, *Kadının Yeri*, Trc: A. Yalçın – M. Yolcu, Akabe Yay., 1998, 161-167

⁷⁷² Mevdudi, Ebu’l-Ala, *Hukuku’z-Zevceyn*, Yay. Haz: Ahmed İdris, Kâhire t.y., 42-43

edilecek olması sebebiyle boşama yetkisinin mahkemeye verilmesinin kadının da maslahatına olmayacağı görüşüne sahiptir.⁷⁷³

Hayreddin Karaman'ın konuya dair görüşlerini *İslam'da Kadın ve Aile* isimli eserinde bulabiliyoruz. Karaman önce alternatif boşama yöntemlerini değerlendirerek olumsuz sonuçlarından bahsetmektedir. Boşama hakkının kocaya verilmesinin gerekçeleri olarak ise Karaman, mahrem bilgilerin ifşa olmasının tarafların birbirlerini suçlayarak aralarında düşmanlık ortaya çıkmasının engellenmesi ve ayrılık sonrası yeniden aile kurma ihtimallerinin tamamen yok olması gibi hususları zikretmektedir. Karaman kocanın bu hakkını kötüye kullanması durumunda İslam'ın bununla ilgili olarak sosyal, dini ve ahlaki pek çok müeyyidesinin bulunduğunu, kadına ise istemediği evlilikten çeşitli imkânlarla kurtulabilme imkânının verildiğini ayrıca vurgulamaktadır.⁷⁷⁴

3.1.2.3.1. Talakın Mahkemeye Devredilemeyeceğini Savunanların Delilleri

1. Talak yetkisinin erkeğe ait olduğuna dair naslar vardır. Çoğunluğun savunduğu bu görüşe göre talak yetkisi erkekte şeri/dini bir yetkidir. Bu yetkinin kullanımı noktasında erkeğin mahkemeden izin alma gibi bir zorunluluğunun olmaması
2. Fıkıhın kaynakları olan Kitap ve Sünnet'te erkeğin talak yetkisini kullanırken mahkemeden izin alma kaydının söz konusu olmaması ve ayrıca konu hakkında icmanın var olması
3. Talak yetkisinin mahkemeye devredilmesinin maslahat içermemesi ve bazı maslahatlar içeriyor olsa bile mülga olması
4. Talak yetkisini mahkemeye devrederek boşanmayı zorlaştırmanın boşanmaları azaltmaması. Ülkelerde boşanmalarla alakalı olarak yapılan istatistiksel araştırmalar bu gerekçeyi doğrulamaktadır.⁷⁷⁵
5. İslam hukukunun belli şartlarda kadına da boşanma hakkı vermiş olması. Ayrıca tahkim/arabuluculuk yönteminin kadının mağdur edilmesi muhtemel birçok noktada devreye alınarak söz konusu mağduriyetlerin önüne geçilebilmesi söz konusudur.

⁷⁷³ Zuhayli, *el-Fıkhu'l-İslami ve Edilletuhu*, IX, 6878

⁷⁷⁴ Hayreddin Karaman, *İslam'da Aile ve Kadın*, Ensar Neşriyat, İstanbul 1995, 244-245

⁷⁷⁵ Yılmaz, *Yetki ve Sistem Açısından Talak*, 144-145

6. Siyaset-i şer'iyye gereği kamu otoritesinin erkeğin talak yetkisine müdahalesinin Kitap, Sünnet ve icmaya aykırı olması

3.2. TALAK YETKİSİNİN GÜNÜMÜZ AİLE MAHKEMELERİNE DEVRİ KONUSUYLA İLGİLİ HUSUSLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

3.2.1. Talak Yetkisinin Mahiyeti

Milk-hukuk-ibaha şeklindeki, hak ve yetkilerin tasnifinde İslam hukukunun kocaya vermiş olduğu talak yetkisinin yerini tespiti konumuz açısından önemlidir.

İslam hukukçular şahıs-eşya arasındaki ilişkiyi ortaya koyan temelde milk-ibaha şeklinde bir tasnif yapmışlardır. Milk eşya üzerindeki en güçlü yetkileri, ibaha ise en zayıf yetkilerin ifadesidir.⁷⁷⁶ Şahıs, milki üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir. İbaha ise kişiye milk ya da hak nitelikli bir yetki vermeyen sadece kullanma ve istifade izni ve ruhsatını ifade etmektedir.⁷⁷⁷

Klasik kaynaklardaki bu ikili tasnif Hanbelî mezhebi fakihlerinden İbn Receb ile birlikte üçüncü bir sınıf olarak hakları da eklenerek milk-hak-ibaha şeklinde üçlü olarak ele alınmaya başlanmıştır. Bu üçlü tasnifteki hukuk ise milkten zayıf ancak ibahadan daha güçlü yetkileri ifade için kullanılmıştır.⁷⁷⁸

Şahıs ile eşya arasındaki ibaha ilişkisi sadece ondan istifadeyi içerdiği ve şahsa başka bir yetki vermediği açıktır. Milk – hak ayrımını somutlaştırabilme adına ise şu genel kaideyi zikredebiliriz: “Hak, terk ile batıl olur ancak milk terk ile iptal olmaz.”⁷⁷⁹ Yani milkin izalesinin özel yolları vardır mutlak mücerred terk ile şahıstan ayrılmaz.

Mütehidler nikah akdinin erkeğe verdiği yetkinin milk şeklinde olduğu konusunda ittifak halindedir. Nitekim bu hususu da “milk-i nikah” kavramı ile ifade etmektedirler.⁷⁸⁰ Burada bir hususu özellikle belirtmek gerekir ki gerek Hanefiler ve gerekse cumhur nikah akdinin kocaya milk yetkisi verdiğini kabul etmekle birlikte bu yetkinin kadının aynı veya

⁷⁷⁶ Bardakoğlu, “Hak”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, XV, 144

⁷⁷⁷ Hasan Hacak, *İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi) Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2000, 125

⁷⁷⁸ İbn Receb, Zeynuddin Abdurrahman b. Ahmed, *el-Kavaid*, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, y.y. t.y., 188 vd.

⁷⁷⁹ İbn Nüceym, Zeynuddin b. İbrahim b. Muhammed, *el-Eşbah ve'n-Nezair*, Thr. Zekeriyya Umeyrat, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1999, 272

⁷⁸⁰ İbn Kudame, *el-Muğni*, VII, 44; Zeylai, *Tebyinü'l-Hakaik*, II, 209; Buhuti, *Keşşafu'l-Kına*, V, 245

tüm menfaatlerinden istifadeyi içermediği sadece cinselliğinden (bud’undan) istifadeyi içerdiğini özel olarak belirtirler. Bu hususu ifade için Hanefiler milk-i muta, cumhur ise milk-i intifa kavramını kullanırlar.⁷⁸¹

Elbette nikah konusunda bahsi geçen milk, bir başkasına nakledilebilme ve mirasa konu olabilme gibi milkin genel hükümlerine tabi değildir.⁷⁸² Nikahın ortaya çıkardığı milk sadece evlilikle ilgili hususlarla sınırlıdır. Bu nedenledir ki bazı müctehidler bunu zarureten ortaya çıkmış olan bir milk çeşidi olarak kabul ederler.⁷⁸³ Konumuzla ilgili olan şu hususu özellikle ifade edecek olursak nikah sebebiyle ortaya çıkan milkin, intifa hakkı dışında en önemli sonuçlarından biri de kocanın boşama hakkıdır. Nitekim fukaha bu hususu ifade için “milk-i talak” kavramını kullanmışlardır.⁷⁸⁴

Nikâhı “erkeğin kadından cinsel anlamda yararlanma hakkına (istimtâ/mut’a mülkiyeti) malik olmasını temin eden bir akit” olarak değerlendiren fukahaya göre talak da bu hakkın ıskatı (اسقاط الحق عن البضع) mahiyetindedir.⁷⁸⁵ Bunun bir sonucu olarak talak şarta bağlanabilir, ileri bir tarihe izafe edilebilir, talakın gerçekleşmesi üçüncü bir şahsın iradesine bırakılabilir ve hatta temsil yetkisi olmayan üçüncü bir şahsın (fuzulinin) yapacağı boşama, koca onay verdiği takdirde geçerlilik kazanabilir.⁷⁸⁶

3.2.2. Kuran Talak Yetkisini Mahkemeye mi Verir?

Kuran-ı Kerim’de boş(a)nmayla ilgili en önemli iki husustan hareketle boşama yetkisinin kocaya mı yoksa mahkemeye mi verildiğini tespit etmeye çalışacağız.

3.2.2.1. Tahkim Uygulamasının Konumuz Açısından Değerlendirilmesi

İslam hukukunda eşler arasında bir anlaşmazlık söz konusu olduğunda Kuran-ı Kerim’deki “(Evlilik yükümlülüklerini reddederek) başkaldırdıklarını gördüğünüz

⁷⁸¹ Hacak, *İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi*, 123

⁷⁸² İbn Abidin, *Reddû'l-Muhtar*, III, 4

⁷⁸³ Serahsi, *el-Mebsut*, VI, 172

⁷⁸⁴ Bu kullanıma bir örnek olarak, “Çünkü milk-i nikah, milk-i talakın illetidir” anlamına gelen “لأن ملك النكاح علة ملك الطلاق” cümlesini nakledebiliriz. Bk. Molla Fenari, Şemsuddin Muhammed b. Hamza b. Muhammed, *Fusulu'l-Bedâi' fî Usulu's-Şerâi'*, Thk: M. Hüseyin Muhammed Hasan İsmail, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2006, I, 271

⁷⁸⁵ Haddâdî, *el-Cevheretü'n-Neyyire*, II, 38

⁷⁸⁶ İbn Nüceym, Zeynuddin b. İbrahim b. Muhammed, *el-Bahru'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dekaik*, Daru'l-Kitabi'l-İslami, y.y. t.y., III, 253

kadınlara öğüt verin, onları yataklarında yalnız bırakın. (Bunlar fayda vermez de mecbur kalırsanız) onları (hafifçe) dövin. Eğer itaat ederlerse artık onların aleyhine başka bir yol aramayın. Şüphesiz Allah çok yücedir, çok büyüktür.” (Nisa, 4/34) ayetinden hareketle aile meclisi, hakem heyeti veya tahkime başvurma yöntemleri öngörülmüştür. Çalışmamızın ilk bölümünde bu konuyu tüm detaylarıyla ele aldık. Dolayısıyla burada sadece temel bazı hususları hatırlatıp asıl mesele açısından değerlendirmemize geçeceğiz.

İlgili ayette geçen “hakem gönderme” emrinin muhatabının kim olduğu konusunda ihtilaf bulunsa da bu durum pratiğe yansımada herhangi bir farklılığa sebebiyet vermeyecektir. Zira pratikte hakem heyeti oluşturma hem devlet başkanını hem de tüm Müslümanları temsilen hâkimin yerine getirmesi mümkün ve uygun bir durumdur. Nitekim fakihlerin çoğunluğunun görüşü de bu yöndedir.⁷⁸⁷ Ancak eşler doğrudan mahkemeye müracaat edebilecekleri gibi akrabalarından yahut yabancılardan iki kişiyi aralarında hakem olarak tayin edebilmelerinin önünde bir engel bulunmamaktadır.⁷⁸⁸

Aile meclisi/hakem heyeti veya tahkim uygulaması iki açıdan konumuzu ilgilendirmektedir. Birincisi günümüz aile mahkemelerinin hakem heyeti gibi değerlendirilmelerinin mümkün olup olmadığı, ikinci olarak ise talak yetkisinin mahkemeye devri kabul edilemeyecek olsa bile eşler arası sorunlarda bir çözüm yöntemi olarak hakem heyetinin nasıl, nerede ve ne şekilde işlevsel olacağıdır.

Meseleyi öncelikle kocanın resmi nikâhla talak yetkisini mahkemeye devredip devretmediği konusuyla irtibatlı şekilde ele alalım. Bazı detaylarda ihtilafa yol açılabilecek durumlar söz konusu olsa da resmi nikâhla evlenilmesi durumunda kocanın mahkemeyi vekil tayin etmiş olacağından ve dolayısıyla mahkemenin boşamasının geçerli olacağından bahsetmiştik.⁷⁸⁹ Detaylardaki bazı ihtilaflı durumlar sebebiyle resmi nikâhın tefviz-i talak gibi değerlendirilemeyeceği düşünülse bile günümüz mahkemelerinin eşler arası anlaşmazlıklarda, nüşuz durumunda ilgili ayette tesis edilmesi emredilen hakem heyeti gibi değerlendirilmesinin önünde bir engel söz konusu değildir. Dolayısıyla resmi nikâhla evlenen taraflar aile mahkemelerinin tüzel kişiliğini hakem olarak da benimsemiş olmaktadır diyebiliriz. Problemi çözmek üzere belirlenen hakemlerin boşamaya karar verme yetkilerinin bulunup bulunmadığı konusunda

⁷⁸⁷ Konuyla ilgili görüşler için bk. Aile Meclisi, Tahkim Yoluyla Boşanma başlığı

⁷⁸⁸ Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, II, 364

⁷⁸⁹ Bkz. Resmi Nikâhın Fıkhi Yönü ve Yetki Devrini Sağlayıp/Sağlamadığı başlığı

mezhepler arasında ihtilaf bulunmakla birlikte boşamaya yetkili olduğu şeklindeki Maliki mezhebinin görüşü 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesinde tercih edilmiş ve hakemleri hâkim kabul etmiş, evliliği sonlandırma şeklinde bile olsa verilen kararın kesin olduğunu hükme bağlamıştır.⁷⁹⁰

Görüldüğü gibi birçok açıdan günümüz mahkemelerinin vermiş olduğu boşama kararlarının geçerli olduğu anlaşılmaktadır. Ancak burada da unutulmaması gerekir ki eşlerin aralarındaki problemi çözmek üzere tesis edilen hakem heyetine tarafların vekâlet vermesi durumu da tıpkı tefviz-i talakta olduğu gibi bir yetki devri değil yetki paylaşımıdır. Bu nedenledir ki erkeğin talak yetkisi elinden tamamen alınmış olmamaktadır.

Tahkim uygulamasının konumuz açısından diğer önemli bir yönü ise günümüzde aile kanunlarını İslam hukukuna uygun şekilde düzenleyen pek çok ülkede yargılama sürecinin aşamalarından birini oluşturmasıdır. Mesela Tunus'ta mahkeme huzurunda da evliliğin sona ermesi, eşlerin karşılıklı anlaşmasıyla, eşlerden birinin zarar görmesi sebebiyle talepte bulunmasıyla ve son olarak kocanın karısını boşamak istemesi yahut kadının kocasının kendisini boşamasını talep etmesi şeklinde gerçekleşebilmektedir.⁷⁹¹

Mahkeme başkanı, başkan vekillerinin arasından bir aile hâkimi seçer. Aile hakimi eşler arasında sulhu sağlama konusunda gerekli girişimlerde bulunmaksızın talaka hükmedemez. Hakim eşler arasındaki anlaşmazlığı gidermek için “sulh/barış celseleri” düzenler. Şayet ailenin ergenlik çağına gelmemiş çocukları mevcutsa aralarında en az 30 gün bulunacak şekilde üç “sulh celsesi” düzenler.⁷⁹² Tunus'un yanı sıra Suudi Arabistan, Malezya, Cezayir ve benzeri bir çok İslam ülkesinde benzer düzenlemeler aile kanunlarında yer almaktadır.

Türk Medeni Kanununda boşanma davalarında henüz yargılamanın bir aşaması olarak tahkim yahut arabuluculuk sistemi benimsenmiş değildir. Her ne kadar 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile bazı boşanmaya dair hususları da kapsayacak şekilde bir arabuluculuk sistemi düzenlenmişse de bu uygulama ilkesel olarak tarafların iradesine bırakılmıştır.⁷⁹³

⁷⁹⁰ HAK, Madde 130

⁷⁹¹ Mecelletü'l-Ahvali'sh-Şahsiyye, Madde 31

⁷⁹² Mecelletü'l-Ahvali'sh-Şahsiyye, Madde 31

⁷⁹³ Topak, *Boşanma Davalarında Yargılama Usulü*, 359

3.2.2.2. “Şahit Tutun” Ayeti Boşanmada Mahkemeye mi İşaret Eder?

Kuran-ı Kerim'de talak ve talak sonrası eşe geri dönme anlamındaki ricatle ilgili olarak bir düzenleme bulunmaktadır. Söz konusu ayet şu şekildedir: *"Ey peygamber! Kadınları boşamak istediğinizde onları iddetlerini dikkate alarak (temizlik halinde) boşayın ve iddeti sayın. Rabbiniz olan Allah'a karşı gelmekten sakının. Apaçık bir hayâsızlık yapmaları dışında onları (bekleme süresince) evlerinden çıkarmayın, kendileri de çıkmasınlar. Bunlar Allah'ın sınırlarıdır. Kim Allah'ın sınırlarını aşarsa, şüphesiz kendine zulmetmiş olur. Bilemezsin, olur ki Allah, sonra yeni bir durum ortaya çıkarır. Boşanan kadınlar iddetlerinin sonuna varınca onları güzelce tutun, yahut onlardan güzelce ayrılın. İçinizden iki âdil kimseyi şahit tutun. Şahitliği Allah için dosdoğru yapın."*⁷⁹⁴

Ayette emredilen şahit tutmanın talak mı yoksa ricat için mi olduğu yoksa her ikisi için de gereken bir prosedür mü olduğu konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bu hususun tespiti konumuz açısından önem arz etmektedir. Zira ayette şahit bulundurma emredildiği için aslında Kuran'ın talakın mahkemede icra edilmesi gereken bir tasarruf oluşuna işaret olarak algılamak suretiyle kocanın talak yetkisinin mahkemeye devrini savunan bazı görüşler mevcuttur. Nitekim Hüseyin Atay, Yaşar Nuri Öztürk, Abdulkadir Şener, Cemal Sofuoğlu ve Mustafa Yıldırım gibi isimler hem konuyla alakalı diğer Kuran ayetlerini hem de bahse konu şahitlikle ilgili ayeti delil göstermek suretiyle talakın mahkemenin kontrolüne verilmesini ve gerekli görülmesi halinde iki şahit huzurunda boşamanın gerçekleşmesi görüşüne sahiptir.⁷⁹⁵

Konuyla ilgili olarak mezheplerin görüşleri şu ise şu şekildedir: Hanefilere göre şahitlik nikahın ilkten inşasında şart olup devamı için böyle bir durum söz konusu değildir. Bu şekilde değerlendirmeleri sebebiyle ayette yer alan emir sigası Hanefilere göre gerek ricat ve gerekse talak için şahit bulundurmanın müstehap olduğuna delalet etmektedir.⁷⁹⁶

⁷⁹⁴ Talak, 65/1-2

⁷⁹⁵ Atay, *Kuran'a Göre Araştırmalar I*, I, 15; Hallaf, *İslam Hukuk Felsefesi*, 7-12; Öztürk, *Kuran'daki İslam*, 432-434; Şener-Sofuoğlu-Yıldırım, *Yüce Kuran Meali ve Açıklamalı – Yorumlu Meali*, 36

⁷⁹⁶ Kasani, *Bedaiu's-Sanai*, III, 181

İmam Şafii'nin eski görüşü ricat için şahit bulundurmanın vacip olduğu şeklinde olsa da mezhepte esas olan mendup olduğu yönündeki yeni görüşüdür. Şafiilere göre de şahit talak için zorunlu değildir.⁷⁹⁷

Ahmet b. Hanbel'den iki görüş nakledilmiş olup ayet gereği şahit bulundurmanın ricat için müstebap olduğu görüşü mezhepte genel kabul görmüştür.⁷⁹⁸ Malikilere göre de benzer şekilde ricat için şahit mendup olup talak için böyle şart söz konusu değildir.⁷⁹⁹ Zahirilere göre ise ayette üç şey talak, ricat ve işhad birbirine bağlıdır ve ayrılmaları caiz değildir. Bu nedenle gerek talakta ve gerekse ricatte şahit bulundurmak zorunludur.⁸⁰⁰

Naslarda yer alan mutlak emir ifadelerinin vücuba delalet ettiği ancak karine varsa nedbe, ibaha ve benzeri diğer hükümlerin anlaşılabilceği usulcülerin çoğunluğunun görüşüdür.⁸⁰¹ Talak ve ricata şahit tutmayla ilgili ayette yer alan pozitif emrin her iki konuda ancak özellikle talaka şahit tutma konusunda nedbe/istihbaba delalet ettiği çoğunluğun görüşüdür. Fukaha ayette geçen şahit tutun emrinin istihbaba delalet edişini şöyle açıklamışlardır:⁸⁰² Ayette ricat, imsak kelimesi ile ifade edilmiştir. İmsak kavramı, nikahın işlevini kaybetme süresi dolmadan önce geri dönme, akdin işlevinin devam etmesi anlamındadır. Bu, tıpkı îlâdan sonra dört aylık süre dolmadan geri dönmek (fey) gibidir. Ayrıca ayet ricat ve boşamayı (mufarakatı) birlikte zikretmiş ve her ikisine şahit tutulmasını emretmiştir. Dolayısıyla ricatte olduğu gibi talaka şahit tutmak da şart değil müstehaptır.

İbn Arabi ise ayette geçen şahit bulundurma emrini talak veya ricatin sıhhat şartı olarak değil kayıt altına alma düzenlemesi olarak değerlendirmektedir.⁸⁰³ Ayette emredilen şahit tutma ile bir diğer değerlendirme de Buhari'ye ait “şahit bulundurma talakın sıhhatinin değil sünnî olması olmasının şartlarındandır” şeklindedir.⁸⁰⁴

Konuyla alakalı klasik ve muasır görüşler genel olarak naklettiğimiz şekildedir. Günümüz uygulamalarında bu değerlendirmelerin nasıl tezahür ettiğini görmemiz de önemlidir. Günümüz İslam ülkelerinde mahkeme dışında gerçekleşen talak işlemlerinin

⁷⁹⁷ Şirbini, *Muğni'l-Muhtac*, III, 336

⁷⁹⁸ Buhuti, *Keşşafu'l-Kına*, III, 210

⁷⁹⁹ İbn Cüzey, İbnü'l-Kasım Muhamed b. Ahmed, *el-Kavaninu'l-Fıkhiyye*, y.y. t.y., 155

⁸⁰⁰ İbn Hazm, *el-Muhalla*, X, 251

⁸⁰¹ Pala, *İslam Hukuk Metodolojisinde Emir ve Nehyin Yorumu*, 116

⁸⁰² Serahsi, *el-Mebsut*, VI, 19; Şirbini, *Muğni'l-Muhtac*, V, 5

⁸⁰³ İbn Arabi, *Ahkamu'l-Kuran*, 4/1823

⁸⁰⁴ Buhârî, Talak, 1

iki şahitle ispatlanması şartı benimsenmiştir. Mısır ve Suriye'nin Birleşik Arap Cumhuriyeti için hazırlanan *Meşrûu Kânûni'l-ahvâli's-şahsiyye el-muvahhad* adlı aile kanunu tasarısındaki gerekçelendirmede nasların nikah ve talak konusundaki mesajına temas edilmiş, resmi görevlinin aynı zamanda şahit yerine geçeceği ifade edilmiş, kamu otoritesinin bu tür düzenlemeleri yapma yetkisi olduğu vurgulanmıştır. Boşamada şahit göstermenin mendub olduğunda fukahanın ittifak ettiği, kamu otoritesinin talakın ancak şahit konumunda olan resmi görevli huzurunda yapılmasını zorunlu kılmasının fıkha aykırı sayılamayacağı savunulmuştur.⁸⁰⁵

Konu hakkında fukahanın görüşlerinden, özellikle İbn Arabi'nin bakış açısı ve Mısır ve Suriye'nin Birleşik Arap Cumhuriyeti adı altında tek bir devlet haline geldiği dönemde Mustafa Ahmed ez-Zerkâ başkanlığında bir komisyon tarafından hazırlanan *Meşrûu Kânûni'l-ahvâli's-şahsiyye el-muvahhad* adlı aile kanunu tasarısındaki gerekçelendirmeden hareketle şahit bulundurma ile ilgili ayetin talak yetkisinin kocadan tamamen alınarak mahkemeye verilmesinden ziyade talakın mahkemenin kontrolünde gerçekleşmesi hükmüne daha yoğun şekilde işaret ettiği kanaati oluşmaktadır. Ayrıca “şahit tutun” emrinin vücuta delalet ettiği görüşü esas alınsa bile bu sadece ayetin yetkinin mahkemeye devri konusunda bir argüman olarak kullanılamaz.

3.2.3. Sünnet ve Sahabe Uygulaması Açısından Talak Yetkisi

3.2.3.1. Sünnet Delili Boşama Yetkisini Mahkemeye mi Verir?

Hz. Peygamber'den nakledilen evliliğin sona ermesi ile ilgili rivayetlere bütüncül şekilde bakabilmek konumuz açısından önem arz etmektedir.⁸⁰⁶ Zira bazı rivayetler tekil olarak esas alınmak suretiyle Hz. Peygamber'in boşanma davalarına bizzat baktığı ve hatta onun bu tarz bazı uygulamalarından hareketle boşanmaların bugün de mahkemelerde ve bizzat hâkim tarafından gerçekleştirilmesi gerektiği yönünde görüşler ortaya konulmaktadır.

⁸⁰⁵ *Meşrûu Kânûni'l-Ahvâli's-Şahsiyye el-Muvahhad*, Dımaşk 1996, 155-172

⁸⁰⁶ Hz. Peygamber'in hakim sıfatıyla ilgilendiği talak ve diğer konulardaki uygulamaları için bk. İbnü't-Tallâ', Ebû Abdillâh Muhammed b. Ferec el-Kurtubî et-Tallâî, *Akdiyetu Rasulillah*, Daru'l-Kitabi'l-Arabî, Beyrut 1426

Konuyla ilgili en önemli rivayet şu şekildedir: "*Abdullah (r.a) eşini âdetli iken boşamıştı. Hz. Ömer durumu Allah'ın Elçisi'ne sormuş ve kendisine şu cevap verilmiştir: "Oğluna emret, eşine dönsün, sonra onu temizlik günlerine kadar tutsun, sonra âdet görsün, sonra temizlik günlerine ulaşsın, bundan sonra isterse tutsun, isterse cinsel ilişkiye girmeksizin boşasın. İşte Allah'ın, içinde kadınların boşanmasını emrettiği iddet süreci budur."*

Hadisin bizi ilgilendiren konuya işareti açıktır ki Hz. Ömer, Hz. Peygamber'in hâkimliğine müracaat ettiğinde kendi huzurunda/kontrolünde icra edilmemesi veya bizzat kendisinin boşama kararı vermemesi gibi gerekçelerle talakın geçersiz olduğuna dair bir hüküm teşri kılmamış sadece sünni talakın prosedürünü Hz. Ömer'e öğretmiştir.

"Kays b. Şemmâs'ın karısı Habîbe bint Sehl el-Ensâriyye'nin haber verdiği göre; Rasûlullah (sav) sabah namazına çıkınca, Habîbe bt. Sehl'i alaca karanlıkta kapısının önünde bulmuş ve kimdir o? diye seslenmiş. O da, ben Habîbe bt. Sehl'im demiştir. Neyin var? diye sorunca, artık kocam Sâbit b. Kays ile bir arada olamayız demiştir. Sonra Sâbit b. Kays gelince, Hz. Peygamber ona; bu (karın) Habibe! Yüce Allah'ın, anlatmasını istediği şeyleri bana anlattı dedi. Habîbe de, Ey Allah'ın Rasûlü, onun bana (mehir olarak) verdiklerinin hepsi yanımda dedi. Bunun üzerine Hz. Peygamber, Sâbit b. Kays'a; (Verdiklerini) ondan al!" buyurdu. Sâbit onları aldı, kadın da kendi ailesinin yanına gitti."

Bu rivayetin düzenlediği konu talak değil kadının aldığı mehri geri vermesi veya başka bir bedel vermek suretiyle kocasının onu boşaması şeklinde gerçekleşen hul/muhalaa işlemidir.⁸⁰⁹ Muhalaa zaten mahkeme yoluyla gerçekleşen bir uygulamadır.⁸¹⁰

Hz. Peygamber'in boşanma davalarında yargılama usulüne dair bir düzenlemesi de şu şekildedir: "*Abdullah bin Amr bin el-Âs)'dan rivayet edildiğine göre Resûlullah (S.a.v.) şöyle buyurdu, demiştir: Kadın, kocasının kendisini boşadığını iddia edip, sonra*

⁸⁰⁷ Buhârî, Talâk, 1; Müslim, Talâk, 1

⁸⁰⁸ Ebu Davud, Talak, 17, 18

⁸⁰⁹ Bu rivayet klasik fıkıh kitaplarında hul bahsinde zikredilen delillerdendir. Nitekim bu rivayetin "Hz. Peygamber devrinde Sabit b. Kays'ın hanımı kocasından muhalaa ile ayrılmıştır" anlamına gelen "أَنَّ امْرَأَةً" "ثَابِتُ بْنُ قَيْسٍ اخْتَلَعَتْ مِنْ زَوْجِهَا عَلَى عَهْدِ النَّبِيِّ" şeklinde muhalaa yapma fiilini içeren farklı varyantları bulunmaktadır. Bk. Tirmizi, et-Talak ve'l-Li'ân, 10; İbn Mace, Talak, 23; Nevevi, el-Mecmû' Şerhu'l-Muhezzeb, XVII, 4-5

⁸¹⁰ Bu konuda bilgi için bk. "Muhalaa/Hul" başlığı

*buna dâir âdil bir erkek şahit getirdiği zaman, kocasına yemin teklif edilir. Eğer kocası (onu boşamadığına dair) yemin ederse şahidin şahitliği geçersiz olur ve eğer kocası yemin etmekten imtina ederse, imtina etmesi başka bir şahit yerine geçer ve boşamaya hükmedilir.”*⁸¹¹ Bu hadisten de açıkça anlaşılmaktadır ki mahkeme dışındaki boşama işlemi geçerlidir ve talak yetkisi erkeğin elindedir.

Fâtıma bint Kays'dan rivayet edildiğine göre, *"Kocası onu üç talakla boşamış ve Hz. Peygamber kendisine nafaka ve mesken hakkı tanımamıştı.”*⁸¹²

Fatıma bt. Kays hadisi olarak meşhur olmuş aynı hükmü ifade eden farklı varyantları da bulunan bu rivayet kocanın boşama hakkının var olduğuna ve mahkeme dışında da kullanılabileceğinin delilidir. Hz. Peygamber bu rivayete göre talakı takrir etmiş sadece boşanma davasının tali konuları olan nafaka ve mesken hakkı gibi konularda yargılamada bulunmuş ve hüküm vermiştir.

Ayrıca *"Her yapılan talak geçerlidir, ancak aklî dengesi yerinde olmayanın yaptığı talak geçersizdir”*⁸¹³ gibi pek çok rivayet de aynı şekilde Hz. Peygamber hayattayken boşamaya dair prosedürü sahabeye öğrettiği, muhalaa, nafaka, hidane⁸¹⁴ gibi konularda yargılamada bulunduğu, talak şeklindeki boşamaların onun kontrolünde gerçekleşmediği net şekilde anlaşılmaktadır.

Görüldüğü gibi asr-ı saadette talak konusunda mahkemede hâkim Hz. Peygamber nafaka, mesken, hidane ve hul gibi konularda hüküm vermiş olsa da kendisinden bağımsız yani mahkeme dışında koca tarafından gerçekleştirilen talakların geçersizliğinden hiçbir zaman bahsetmemiştir.

3.2.3.2. Hz. Ömer’in Uygulamaları Esas Alınarak Talak Yetkisi Mahkemeye Devredilebilir mi?

Talak yetki ve uygulamasının tarihsel süreçte keyfiyetini, ne şekilde kullanıldığını ve talak-mahkeme ilişkisini ikinci bölümde ele almıştık.⁸¹⁵ Talaka dair dönemlendirme yapılırken önemli süreçlerden biri de dört halife özellikle de aile hukukuna dair önemli

⁸¹¹ İbn Mâce, Talak, 12; Darekutni, Sünen, IV, 164

⁸¹² Ebu Davud, Talak, 37, 39

⁸¹³ Tirmizi, Talak ve Lian, 15

⁸¹⁴ Ebu Davud, Talak, 34, 35

⁸¹⁵ Detaylı bilgi için bk. “Tarihsel Süreçte Evliliği Sona Erdirme Yetkisi” başlığı

uygulamaların yer aldığı Hz. Ömer'in hilafeti dönemidir. Onun aile hukukuyla ilgili aynı anda verilen üç talakın üçünün de geçerli sayılması, ehl-i kitap kadınlarla evliliği yasaklaması ve mehre üst sınır koyma gibi tatbikat ve icthadları bunların tipik örneklerden bazılarıdır. Şimdi biz özellikle Hz. Ömer'in ilk iki konudaki uygulamalarının mahiyetini ve konuyla ilgili değerlendirmeleri ortaya koyarak talak yetkisinin mahkemeye devri konusuyla ilişkili şekilde ele alalım.

3.2.3.2.1. Aynı Anda Verilen Üç Talakın Üç Talak Sayılması

Hz. Ömer'in kocanın aynı anda ve mecliste karısını üç talakla boşaması halinde bunu üç talak saydığına dair rivayet şöyledir: *“Hz. Peygamber ile Ebû Bekr devirlerinde ve Ömer'in hilâfetinin ilk iki yılında üç talâk bir sayılırdı. Bilâhare Ömer b. Hattâb ‘İnsanlar kendilerine mühlet verilmiş olan bir işte acele gösterdiler. Keşke şunu onlara uygulasa idik!’ dedi ve onu kendilerine uyguladı.”*⁸¹⁶ Bu rivayetin nasıl anlaşılması gerektiğine dair farklı değerlendirmeler yapılmıştır. Çoğunluk Hz. Ömer'in Sünnet'te var olan bir uygulamayı devam ettirdiği şeklinde meseleye dair görüşlerini ortaya koyarken bazıları ise bu uygulamanın Hz. Ömer'in icthadı ve boşama prosedürüne müdahalesi olarak görmüştür.

Aynı anda verilen üç talak, Hanefi, Maliki, Şafii ve Ahmed b. Hanbel'den nakledilen bir görüşe göre üç talak sayılmaktadır. Sünni mezheplerin yanı sıra Zeydiyye'ye göre de aynı hüküm geçerlidir.⁸¹⁷ Çoğunluk bu görüşüne delil olarak *“İkinci (talaktan) sonra koca eşini bir daha boşarsa, bundan sonra kadın, boşayan kocadan başka bir koca ile evlenmedikçe (ilk kocasına) helâl olmaz.”*⁸¹⁸ ayeti ile birlikte birçok rivayeti de delil olarak göstermektedir. Bu rivayetler Uveymir el-Aclani'nin mulaane uygulaması⁸¹⁹, Fatıma bt. Kays'a kocası tarafından üç talakla boşandıktan sonra Hz. Peygamber'in nafakaya hükmetmemesi⁸²⁰, Rükane b. Abdiyezid'in eşini bir nevi kinayeli lafızla boşaması (talaku'l-bett) üzerine Hz. Peygamber'e bununla tek talaka niyet ettiğini ifade ettiği ve Hz. Peygamber'in eşine dönebileceğini ona haber vermesi⁸²¹ şeklindeki

⁸¹⁶ Müslim, Talak, 15

⁸¹⁷ Zeydan, *el-Mufasssal*, VIII, 64

⁸¹⁸ Bakara: 2/230

⁸¹⁹ Buhari, Talak, 4

⁸²⁰ Ebu Davud, Talak, 37, 39

⁸²¹ İbn Mâce, Talak, 19

rivayetlerdir. Bu konuda cumhurun delil olarak kullandığı Hz. Ömer'in üç talakı üç saydığı şeklindeki haberin de ravisi olan İbn Abbas'ın, kendisine eşini üç talakla boşadığını haber vererek çıkar yol arayan kişiyi azarladığı ve eşiyle arasında ayrılığın gerçekleştiği şeklindeki cevabını içeren rivayettir.⁸²² Ayrıca sahabeden İbn Mesud, Ebu Hureyre, Abdullah b. Amr b. As ve özellikle de İbn Abbas da bu yönde görüşü sahip sahabiler arasında sayılır⁸²³ ve cumhur bu delille de istidlal etmektedir.

Çoğunluk, Hz. Ömer'in bu uygulamasının kendisine ait yeni bir ictihad olmadığı, Hz. Peygamber ve hemen sonrasındaki süreçte var olan bir uygulama olduğu görüşüne sahiptir. Ayrıca Hz. Ömer'den önce aynı anda verilen üç talakın tek talak sayıldığı şeklindeki rivayetin senedinde yer alan bazı raviler sebebiyle zayıf olduğu⁸²⁴ ve sahih kabul edilse bile kendisine isnad edildiği İbn Abbas'ın aksi görüşe sahip olduğuna dair rivayetlerin varlığı hem de İbn Abbas'ın bu rivayette naklettiği hususa dair başka bir delilin bulunmaması sebebiyle cumhur Hz. Ömer'in bu uygulamasının Sünnet'e dayandığı şeklinde değerlendirme yapmaktadır.⁸²⁵ Aksi bir durumda Hz. Ömer'in nassa rağmen bir ictihada sahip olmasının daha da önemlisi kendileriyle istişare ettiği fakih sahabilerin onu sarahaten veya susarak onaylamaları söz konusu olmazdı.⁸²⁶ Nitekim Hz. Ömer'in bu uygulaması karşısında sahabilerin suskun kalması sükutü icma olarak değerlendirilmiştir.⁸²⁷ Cumhurun görüşüyle ilgili son olarak, üç talakın üç sayılmadığı şeklindeki uygulamanın nesh edildiği ve Hz. Ömer'in bahse konu tatbikatıyla tıpkı muta nikâhında olduğu gibi bu nesihten haberdar olmayanlara aynı anda verilen üç talakın üçünün de geçerli sayılacağı şeklindeki nebevi uygulamayı duyurduğu şeklindeki değerlendirmeyi paylaşabiliriz.⁸²⁸

Bu konuda cumhura muhalif diğer görüş sahipleri Hz. Ömer'in söz konusu uygulamasının kendisine ait bir ictihad olduğu, bu hükmü talak prosedürüne uymayanlar için bir nevi tazir cezası olarak uyguladığı dolayısıyla kamu otoritesinin maslahat gereği

⁸²² Ebu Davud, Talak, 9, 10

⁸²³ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, II, 64; Cassâs, *Ahkâmü'l-Kur'an*, II, 85

⁸²⁴ Muhammed Zahid el-Kevseri, *el-İşfak ala Ahkâmî't-Talak*, Matbaatu Mecelleti'l-İslam, 46; Ebubekir Sifil, *Hz. Ömer ve Nebevi Sünnet*, Rihle Kitap, 4. Baskı, İstanbul 2014, 244

⁸²⁵ Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye ve Istilahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, II, 208; Zeydan, *el-Mufasssal*, VIII, 67; Ebubekir Sifil, *Hz. Ömer ve Nebevi Sünnet*, 260-261

⁸²⁶ Kevseri, *el-İşfak ala Ahkâmî't-Talak*, 42

⁸²⁷ İbn Âşûr, *et-Tahrîr ve't-Tenvîr*, II, 117; Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye ve Istilahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, II, 208

⁸²⁸ Sifil, *Hz. Ömer ve Nebevi Sünnet*, 262

boşama konusuna müdahale edebileceği şeklinde değerlendirmişlerdir.⁸²⁹ Zira Hz. Ömer bu hükmü benimsemek ve tatbik etmekle esas itibariyle kocanın boşamış olduğu hanımına ricatini yahut onunla yeniden nikâhlanmasını engellemiş olmaktadır. Ayrıca meseleyi “*ezmanın tegayyürü ile ahkâmın tagayyürü inkâr olunamaz*” şeklindeki külli kaide bağlamında değerlendirenler de mevcuttur.⁸³⁰ Bu görüş sahiplerince çoğunluğun delil olarak kullandığı sükûti icmanın birçok müçtehide göre delil olmadığı da ayrıca vurgulanmıştır.⁸³¹ Konuyla alakalı olarak cumhurun delil olarak kullandığı Rükane rivayetinin senedinde de meçhul ravilerin yer alması nedeniyle zayıf olmasına vurgu yapılmaktadır.⁸³²

Hz. Ömer’in üç talakla ilgili uygulamasına dair görüşler kısaca bu şekildedir. Cumhurun, Hz. Ömer’in nassa rağmen kendi görüşünü halka dikte etmesinin imkânsızlığı önemli bir delildir. Ayrıca Hz. Ömer’in aynı anda verilen üç talakı üçünü de muteber sayma şeklindeki teklifine neden sahabenin itiraz etmediği de cevaplanması gereken bir diğer sorudur. Bu durumda iki ihtimal söz konusu olmaktadır. Birincisi Hz. Ömer’in, zamanın değişmesiyle maslahat içerecek şekilde mubah bir eylem olan kocanın ricat hakkını engelleme şeklindeki içtihadı diğer sahabilerce de kabul görmüş olması ihtimalidir. Hz. Ömer’in ve diğer fakih sababilerin naslara aykırı bir hüküm üzerinde ittifak etmeleri söz konusu olamayacağından bu ihtimal zayıflamaktadır. İkincisi ise söz konusu tatbikat zaten Sünnet’te yer alan bir uygulama olması sebebiyle sahabenin itiraz etmemiş olma ihtimalidir. Buraya kadar naklettiğimiz bilgi ve değerlendirmelerden hareketle Hz. Ömer’in kamu otoritesi olarak aile hukuku alanına müdahil olduğu ancak bu müdahalenin zaten var olan Sünnet’teki uygulamaya aykırı olmadığı kanaati ağır basmaktadır. Boşamaya dair bazı konularda hâkim olarak Hz. Peygamber’in müdahalesinden de daha önce bahsettik. Tüm bu hususlar birleştirildiğinde kocanın Hz. Ömer’den hareketle talak yetkisinin kocadan tamamen alınarak mahkemeye devri söz konusu olamasa da yine talak yetkisine sahip olması ancak bu yetkinin kullanımının, prosedüre uygun şekilde kullanımı için mahkemece kontrol altına alınması şeklindeki

⁸²⁹ İbn Teymiyye, Takiyyuddîn Ahmed b. Abdilhalîm, *Mecmuu'l-Fetava*, Thk: Abdurrahman b. Muhammed b. Kasım, Mecmai'l Melik Fehd, Suudi Arabistan 1995, XXXIII, 15; Ahmed Muhammed Şakir, *Nizamu't- Talak fi'l-İslam*, Menşuratu Mektebetü's-Sünne, Kahire t.y., 54

⁸³⁰ İbnu'l-Kayyım, *İlamu'l-Muvakkiin*, III, 35; Albânî, *Silsiletü'l-Ehâdisi'd-Daîfe*, III, 272

⁸³¹ İbn Âşûr, *et-Tahrîr ve't-Tenvîr*, II, 117

⁸³² Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, Thk: Şuayb Arnaut, Müessesetü'r-Risale, y.y. 2001, XXXIX, 532; Albânî, *Silsiletü'l-Ehâdisi'd-Daîfe*, III, 272

düzenlemeye temel teşkil edebilir görüşü burada naklettığımız iki farklı görüşü telif edici bir fikir olarak değerlendirilebilir.

3.2.3.2.2. Ehl-i Kitap Kadınlarla Evliliği Yasaklaması

İslam hukukunda, “*Mü'min kadınlardan iffetli olanlarla, daha önce kendilerine kitap verilenlerden olan iffetli kadınlarla da, mehirlerini vermeniz kaydıyla; evlenmek, zina etmemek ve gizli dost tutmamak üzere size helâldir*”⁸³³ ayeti gereği Yahudi veya Hristiyan olan ehl-i kitap kadınlarla evlenmenin meşruiyeti hakkında müctehidler ittifak etmiştir.⁸³⁴ Talha b. Ubeydullah, Hz. Osman ve Huzeyfe b. Yemani gibi isimler bu şekilde evlilik yapan sahabiler arasında sayılmaktadır.⁸³⁵ Ancak ayette yer alan sıralamaya ve doğal olarak da önceliğin Müslüman kadınlarla evlilik olduğu ayrıca vurgulanmıştır.⁸³⁶ Ehl-i kitap kadınlarla evlilik gerek ayette “muhsan” olma ve gerekse bazı müctehidler tarafından ictihadi şekilde savaş halindeki ülke vatandaşlarından olmama gibi şartlarla kayıtlanmıştır.⁸³⁷

Hz. Ömer’in ehl-i kitap kadınlarla evliliği yasaklaması ile ilgili rivayet şu şekildedir: “*Huzeyfe b. el-Yemanî Yahudilerden bir kadınla evlendi. Hz. Ömer durumdan haberdar olduğunda Huzeyfe’ye bir mektup yazarak onu boşamasını emretti. Huzeyfe, bunun haramlık hükmünden mi kaynaklandığını sorduğundan Hz. Ömer, ‘hayır, onlarla evlilik haram değildir ancak iffetsiz olanlarıyla evlenmenizden endişe ediyorum’ demiştir.*”⁸³⁸ Aynı rivayetin farklı versiyonlarında Hz. Ömer’in Huzeyfe’ye “*sen Müslüman önderisin*”⁸³⁹ ve “*böyle giderse Müslüman kadınlar terk edilip ehl-i kitaptan muhsan olmayan kadınlarla evlenmeye başlamanızdan korkuyorum*”⁸⁴⁰ demiştir.

Bu rivayetlerden ortaya çıkan sonuç Hz. Ömer’in ehl-i kitap kadınlarla evliliği üç gerekçe ile yasakladığı anlaşılmaktadır. Bu gerekçeleri şu şekilde sayabiliriz:

⁸³³ Maide: 5/5

⁸³⁴ Cessas, *Ahkamu’l-Kuran*, II, 408

⁸³⁵ Cessas, *Ahkamu’l-Kuran*, II, 409

⁸³⁶ İbn Aşur, *et-Tahrir ve’t-Tenvir*, VI, 123

⁸³⁷ Yılmaz, *İslam Hukukunda Kamu Otoritesinin Mubahı Sınırlandırması*, 175

⁸³⁸ Musannef-i İbn Ebi Şeybe, *Nikâh*, 69; Beyhaki, *Sünenü’l Kübra*, VII, 271; Cessas, *Ahkamu’l-Kuran*, II, 408

⁸³⁹ Sünen-i Said b. Mansur, *Vesâyâ*, 718, 1/193

⁸⁴⁰ Sünen-i Said b. Mansur, *Vesâyâ*, 718, 1/193

1. Ehl-i kitap kadınlardan ayetteki kaydın ihlal edilerek muhsan olmayanlarıyla evlenilebilme ihtimali
2. Müslümanların belli sosyal, idari, hukuki ve dini statüdeki liderleri konumunda bulunanların ehl-i kitapla evlenmesi halinde hem ahalinin onları örnek alarak bu tarz evlilik çoğalma tehlikesi hem de kritik görevlerdeki kişilerle evlenen ehl-i kitap kadınların casusluk ve benzeri eylemlerde bulunma ihtimali
3. Ehl-i kitap kadınlarla evliliğin artmasıyla Müslüman kadınların mağdur olma ihtimali

Rivayetlerde de açıkça görüleceği üzere Hz. Ömer böylesi evliliklerin sahih olduğunu kabul etmektedir. Ancak sedd-i zerai, İslam toplumunun ve kadınlarının maslahatı gibi esaslardan hareketle böyle bir hükme vardığı açıktır.⁸⁴¹

Netice olarak Hz. Ömer'in Kuran-ı Kerim'de kayıtlı şekilde helal görülen bir uygulamayı geçici olarak yasakladığını ve bunun kamu otoritesinin mubah alana müdahalesinin ciddi örneklerinden biri olduğunu ifade edebiliriz.

Osmanlı'da da yine devlet güvenliği gibi gerekçelerle İran uyruklularla evlenme yasağı söz konusu olmuştur. Bu yasak daha çok uluslararası ilişkilerle ilgili olup ilk kez 1822 tarihinde II. Mahmud döneminde konmuş ve 1874 tarihinde neşredilen nizamname ile de devam ettirilmiştir.⁸⁴²

Hz. Ömer'in bu iki uygulaması ve benzeri uygulamalarından hareketle devletin mubah alana müdahalesinin mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Ancak nikâh ve talak arasında temelde bir mahiyet farkı söz konusudur. Nikâh devletin meşru gerekçelerle daha kolay şekilde engel olabileceği bir uygulama iken talak böyle değildir. Zira talak ıskati yani bir şekilde kullanıldığında hak düşürücü nitelikte sonuç doğuran bir yetkidir. Dolayısıyla kamu otoritesinin tamamen kontrol altına alabileceği bir konu değildir. Ayrıca Hz. Ömer'in uygulamaları esasında talak yetkisinin kocadan alınarak mahkemeye verilemeyeceğine dair daha güçlü vecih içerir. Şöyle ki Hz. Ömer erkeklerin kendi döneminde usulsüz şekilde kullanılmaya başladıkları boşama yetkilerini geçersiz

⁸⁴¹ Ayhan Hira, "Hz. Ömer'in Ehli Kitap Kadınlarla Evlenmeyi Yasaklaması", *Hz. Ömer Sempozyumu Bildiriler Kitabı*, Sivas 2018, III, 552

⁸⁴² Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku*, 141; Tülay Ercoşkun, *Osmanlı İmparatorluğunda 19. Yüzyılda Evlilik ve Nikâha Dair Düzenlemeler*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), AÜSBE, Ankara 2010, 142-145

saymamıştır. Hâlbuki kocadan bu yetkiyi tamamen almak söz konusu olsaydı bunu yine Hz. Ömer yapardı diyebiliriz.

Mahkeme dışında talak hakkını kullanarak eşini boşamış olanların kararını geçersiz sayan hükmü tatbik etmenin ahlaki, sosyal ve psikolojik başka problemlere neden olacağı açıktır. Mahkeme dışında da olsa usulüne uygun boşamaların geçerli sayılarak kayıt altına alınması, prosedüre uygun olmayan boşamaların da yine sahih sayılması ancak kocanın bazı cezalara çarptırılması daha isabetli bir uygulama olur. Ayrıca kadının mağdur edilmemesi ve maddi manevi haklarının mahkeme marifetiyle tahsili muhakkak söz konusu olmalıdır.

3.2.4. Talak Yetkisi Sabit mi Yoksa Değişken Bir Hüküm müdür?

İslam aile hukukundaki boşama yetkisinin erkeğe ait olduğu hükmünün sabit veya değişken bir hüküm mü olduğunun tespiti konumuz açısından önem arz etmektedir. Bu yetkinin erkeğe ait olduğu hükmünün sabitliği farklı, değişkenliği farklı değerlendirmelere vesile olacaktır. Öncelikle bunu tespite çalışalım.

İslam hukuku kaynaklarında sabit (mansus aleyh) hüküm ve değişken (müctehedün fih) hükümle alakalı bir tarif yer almamaktadır. Çünkü esas itibariyle bu ayrım önceki âlimlerin zihinlerinde bir meleke olarak yer alıyordu ve ictihada konu olabilecek veya olamayacak konularda aralarında yoğun bir ihtilaf söz konusu değildi. Bu kavramlarla alakalı bir tarife olan ihtiyaç, usule uygun ve çoğunlukla aykırı şekilde fıkhi konularda kalem oynatan, fikir yürütenlerin artması ve dolayısıyla ihtilafın çoğalması sebebiyle günümüzün bir problemi denilebilir. Ancak biz gerek klasik ve gerekse modern dönem usulcülerinden bazı alıntılarla bu konuda bir tarif veya sınırlama yapmaya ve daha sonra da talak yetkisine dair hükmün bu bağlamdaki yerini tespite çalışacağız.

Öncelikle belirtelim ki dinin sabitelerine dair usulcülerin ittifakla ortaya koyduğu “*mevrid-i nasta ictihada mesâğ yoktur*”⁸⁴³ şeklindeki fıkhi külli bir kaide mevcuttur. Ebu’l-Hüseyn el-Basri usul eserinde konuyla ilgili olarak Kadı Abdülcebbar’ın şu ifadelerine yer verir: “*Hakkında kati delalet var olan konu ictihada açık değildir. Bu meselede hüküm tektir ve delaleti ister apaçık (celi) isterse kapalı (hafi) olsun, yahut*

⁸⁴³ Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-Hükkam fî Şerhi Mecelleti’l-Ahkam*, Trc.: Fehmi Hüseyini, Daru’l-Cil, y.y. 1991, I, 32

konuya dair icma ister ilkten isterse bir ictihad üzerine gerçekleşsin, kesinlikle bu hükme aykırı şekilde ictihad etmek caiz değildir.”⁸⁴⁴ Benzer bir ifade Gazzâlî’de de yer alır: “Zanni olan her bir şeri hüküm müctehedün fihtir. Hakkında kati delil bulunan ve ümmetin âlimlerinin üzerinde ittifak ettiği konular da ictihada açık değildir.”⁸⁴⁵

Hanefî usulcû Cessas ise kendisi için nesih ve tebdile konu olabilen nasların ictihada açık, bu imkânın bulunmadığı nasların ise ictihada kapalı olduğunu ifade eder.⁸⁴⁶ Manaya delaletinin açıklığı bakımından yapılan tasnifte yer alan ve delaleti zanni olabilen zahir ve nasta ictihad mümkün, müfesser ve muhkem lafızlar da ise ictihadın mümkün değildir.⁸⁴⁷

Muasır İslam hukukçular da konuya dair tarif ve tespitler yapmaya çalışmışlardır. Bu isimlerden Fethi Düreynî’ye göre sabit hüküm İslam’ın temel ilke ve prensipleridir ki delaleti kati olan ve sabit maslahatları içeren hükümlerdir. Delaleti zanni olan naslarla tespit edilen hükümler ise değişkendir zira değişken maslahatlara ilişkindir.⁸⁴⁸ Bu değerlendirme yanlış değilse de eksik veya yanlış anlamaya müsaittir. Zira delaleti zanni olan nassın hükmünün değişkenliği söz konusu edilmektedir. Şayet bu ifadelerle delaleti zanni olan nassa dair ictihadi hükümlerin değişimi/ihtilafı kastediliyorsa anlamlı hale gelmektedir.

Muasır bir başka bakış açısı ise İslam’ın sadece itikad, ibadet ve ahlaka dair hükümlerinin sabit muamelata ilişkin hükümlerinin ise değişken olabileceği şeklindedir.⁸⁴⁹ Bu konuyla ilgili olarak ayrıca İslam’ın dünyevi her türlü konudan el çekmesi gerektiği şeklinde uç bir görüşün de mevcut olduğunu ifade edebiliriz ki bu isabetli değildir.⁸⁵⁰

Buraya kadar ifade ettiklerimizden hareketle sabit (mansus aleyh) hüküm, “*nas yahut icma gibi kati bir delille sabit olmuş, vahyin devam ettiği süreç içerisinde de neshe*

⁸⁴⁴ Ebu’l-Huseyn el-Basri, *el-Mutemed fi Usuli’l Fıkh*, II, 396

⁸⁴⁵ Gazzali, *el-Mustasfa*, 345

⁸⁴⁶ Cessas, Ebû Bekr Ahmed b. Ali, *el-Fusul fi’l-Usul*, Vezaretü’l-Evkafî’l-Kuveytiyye, y.y. 1994, IV, 13

⁸⁴⁷ Ahmed b. Muhammed Zerkâ, *Şerhu’l-Kavaidi’l-Fıkhiyye*, Tlk: Mustafa Ahmed Zerkâ, Daru’l-Kalem, Dimeşk 1989, 147

⁸⁴⁸ Fethi Düreynî, *Buhus Mukarene fi’l-Fıkhi’l-İslami ve Usulihi*, y.y. t.y., 56-57

⁸⁴⁹ Salah Savi, *el-Sevabit ve’l-Mütegayyirât fi Mesireti’l-Ameli’l-İslamiyyi’l-Muasır*, Mecelletü’l-Beyan, y.y. t.y., 39; Gökalp, “Fıkıh ve İçtimâiyât”, *İslâm Mecmuası*, sy. 2, 1329-1332, 42-43; Kaşif Hamdi Okur, “Son Dönem Osmanlı Düşüncesinde Fıkıh Alanındaki Tartışma ve Yaklaşımlar”, *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi*, 12(23), 2014, 12 vd.

⁸⁵⁰ Mehmet Erdoğan, *İslam Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*, MÜİFV, İstanbul 2009, 6. Basım, 133

yahut değişikliğe muhatap olmamış hükmüdür” tarif edilebilir. Değişken hükümle ilgili olarak ise *“hakkında kati delil veya icma bulunmaması sebebiyle muteber istinbat yöntemleri ile ictihada açık olan hükmüdür*” şeklinde bir tarif paylaşılabilir.

İslam aile hukuku hükümlerine genel olarak baktığımızda aslında pek çok hususun tarif ettiğimiz şekilde sabit hükümler olduğunu görüyoruz. Bunların bir kaçını maddeler halinde kısaca ifade edebiliriz:

Bazı zorunlu sosyal ilişkiler haricinde başta cinsellik olmak üzere kadın ve erkek ilişkilerinin helalliğinin ancak nikâhla mümkün olması bir sabitedir. Bu konunun sabite oluşu Kitap, Sünnet ve icma ile dir.⁸⁵¹

Yine Kuran-ı Kerim’de ve Sünnet’te detaylıca zikredilen ve hakkında icma oluşmuş olan neseben, süt akrabalığı veya sıhriyet gibi sebeplerle nikâhı haram kılınanlarla evlenmenin haramlığı sabit olan bir başka hükmüdür.⁸⁵² Bu iki sabit hüküm örneği ile yetinebiliriz. Burada şu hususu da ifade etmemiz gerekir ki daha önce değişken hükümle alakalı söylediklerimizden hareketle temelinde ictihad bulunan örf yahut maslahat dayalı İslam aile hukuku hükümleri zamanın ve mekânın değişmesiyle değişkenlik gösterebilmektedir.⁸⁵³ Mesela Kuran-ı Kerim’de açıkça kocaya ait olduğu ifade edilen ailenin nafakasından sorumluluğunun içeriği örfе göre şekillenebilmektedir.⁸⁵⁴

Talak yetkisinin erkeğe ait olmasına dair hükmün sabit mi yoksa değişken mi olduğuyla alakalı olarak ise şu hususları ifade edebiliriz. Öncelikle ifade etmek gerekir ki bu hüküm Kitap, Sünnet ve icma ile sabit bir hükmüdür. İlk bölümde konuya dair nasların tamamı yer aldığından ilgili naslara burada kısaca temas etmekle yetineceğiz.

Ele aldığımız hükme dair Kuran-ı Kerim’de birçok ayet bulunmaktadır. Bir örnek olarak, *“Ey iman edenler! Mü'min kadınları nikâhlayıp, sonra onlara dokunmadan (cinsel ilişkide bulunmadan) kendilerini boşadığınızda, onlar üzerinde sizin sayacağınız bir iddet hakkınız yoktur. Bu durumda onlara mut'a verin ve kendilerini güzel bir şekilde bırakın”* ayetini zikredebiliriz.⁸⁵⁵ Talak yetkisinin erkeğe ait oluşuna delil olarak gösterilen ayetlerin geneline bakıldığında boşama fiilinin müzekker siga ile varit

⁸⁵¹ el-Mu'mininun, 23/5-6; İbn Hazm, *Meratibü'l- İcma'*, I, 63; Komisyon, *el-Mevsuatü'l-Fikhiyyetü'l-Kuveytiyye*, XLI, 209; Fahreddin Atar, “Nikah” *TDV İslam Ansiklopedisi*, İstanbul 2007, 33, 112 vd.

⁸⁵² Nisa, 4/23; Müslim, Rada, 1; İbn Hazm, *Meratibü'l- İcma'*, I, 63

⁸⁵³ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam*, I, 47

⁸⁵⁴ Bakara: 1/233

⁸⁵⁵ Ahzab: 33/49

olduğunu, doğrudan kocaya hitap edildiği ve hemen devamında da yine boşama işlemini gerçekleştiren kocanın bazı sorumluluklarının hatırlatıldığını görebiliriz. Bu durum da esasen yetkinin kocaya isnadını ortaya koymaktadır.

Konuya usul açısından göz atıldığında ilgili ayetlerin ibarelerinin talak yetkisinin erkeğe ait olduğuna delalet ettiği açıktır. Zorlama ile de olsa yeni bazı değerlendirmelerde iddia edildiği gibi⁸⁵⁶ boşamayla ilgili ayetlerin boşama yetkilisinin mahkemeler olabileceğine de işareten delalet ettiğini bir an olsun kabul etsek bile nassın ibare ve işaretinin delaletleri çatıştığında ibarenin esas alınacağı zira daha kuvvetli bir delalet şekli olduğu usuli bir esastır.⁸⁵⁷ Ayrıca Sünnet'te yer alan boşama yetkisinin kocaya ait olduğuna dair deliller⁸⁵⁸ de ayetlerin ibareleriyle delalet ettiği hükmü teyit edici niteliktedir.

Konumuzla alakalı olarak Sünnet rivayetlerinde doğrudan ve dolaylı birçok delil bulunmaktadır. Ancak belki de en açık şekilde ilgili hükme delalet eden rivayet şu şekildedir: "... (Hayır) muhakkak ki boşama/talâk, ancak kadınla cimâda bulunan kocaya aittir."⁸⁵⁹ Görüldüğü gibi Sünnet delili talak yetkisinin erkeğe ait olduğunu açıkça ifade ayetleri teyit etmektedir.

Talak yetkisinin erkeğe ait oluşu konusunda icma da mevcuttur.⁸⁶⁰ Herhangi bir konuda icmanın varlığı önemlidir zira bu delilin önemli işlevlerinden biri de ictihad neticesinde ortaya çıkan zanni bir hükmü dahi kati/sabit hale getirmek suretiyle anlam güvenliğini sağlamasıdır. Bu işlevi dolayısıyla icmanın sübutu hakkında dikkatli olunması noktasında uyarılar mevcuttur.⁸⁶¹ Bu uyarı dikkate alarak tarihsel süreci genel olarak tekrar gözden geçirdiğimizde gerek ilgili naslardan hareketle ortaya çıkan hüküm üzerinde icma oluştuğu ve gerekse uygulamada fiili icmanın varlığı katidir.

Herhangi bir konuda icmanın hangi delile dayandığı konusu da önem arz etmektedir. Şayet icma, örf veya maslahat gibi değişken bir delil üzerine istinat etmişse

⁸⁵⁶ Aktan, *Boşanma Prosedürü*, 31; Dalgın, *İslam Hukukunda Boşama Yetkisi*, 248

⁸⁵⁷ İbn Kutluboğa, Ebu'l-Fida Zeynuddin, *Hulasatu'l-Efkâr Şerhu Muhtasarı'l-Menar*, Thk: Hafız Senaullah Zahidi, Daru İbn Hazm, y.y. 2003, 111

⁸⁵⁸ Müslim, Talak, 6; İbn Mâce, "Talâk", 31; Dârekutnî, Sünen, III, 288-289, Hadis No: 3925-3927/101-103; Beyhakî, *el-Sünenü'l-Kübra*, VII, 590 Hadis No: 15116

⁸⁵⁹ İbn Mâce, "Talâk", 31; Dârekutnî, Sünen, III, 288-289, Hadis No: 3925-3927/101-103; Beyhakî, *el-Sünenü'l-Kübra*, VII, 590 Hadis No: 15116

⁸⁶⁰ İbn Kudame, *el-Şerhu'l-Kebir*, XXII, 134; Mevsili, *el-İhtiyar*, III121; Şirbini, *Muğni'l-Muhtac*, III, 279

⁸⁶¹ Erdoğan, *İslam Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*, 135

bu durumda söz konusu örf veya maslahatın değişmesi halinde icma ile sabit olan hüküm ictihada açık hale gelebilmektedir. Ancak ilgili başlıkta ifade ettiğimiz gibi erkeğin talak yetkisine dair icma ne örf ve ne de maslahata dayalı şekilde gerçekleşmiştir.⁸⁶² Burada bahsi geçen icmanın senedi Kitap ve Sünnet delilleridir. Bu nedenle söz konusu icmada da bir değişimden bahsedilemez.

Netice itibariyle talak yetkisinin kocaya ait oluşuna dair hükmün sabit (mansus) bir hüküm olduğunu ifade edebiliriz. Bu başlığı sonlandırmadan önce ifade etmemiz gerekir ki boşama yetkisinin kocaya ait olması konusunda hüküm bu şekilde olsa da boşama prosedürünün boşamanın kayıt altına alınması veya boşama sonrası kadının mali haklarını muhafaza edici ve benzeri detayları ile alakalı olarak ilgili mercilerin ilave düzenlemeler yapmasının önünde bir engel bulunmamaktadır.

3.2.5. Talak Yetkisi İstihsanen Mahkemeye Devredilebilir Mi?

İstihsan sözlükte “*bir şeyi/durumu güzel görmek, güzel bulmak*” anlamındadır.⁸⁶³ Bir usul terimi olarak istihsan, “*müçtehidin güçlü bir gerekçeyle açık kıyastan kapalı kıyasa gitmesi veya nas, icma, zaruret, örf, maslahat gibi daha güçlü bir delil sebebiyle o konunun benzerlerinde esas alınan kıyasa/genel kurala aykırı bir istisnai hüküm vermesidir*” şeklinde tarif edilebilir.⁸⁶⁴ İstihsanda en önemli nokta müçtehidin bir konuda kendince daha güçlü bulduğu bir delil veya gerekçeyle yerleşik kurala aykırı bir hüküm ortaya koymasıdır.⁸⁶⁵

İstihsan çeşitli açılardan tasnif edilebilmektedir. Mesela istihsan yapılırken dayanan özel güçlü delilin çeşidine göre nas, icma, zaruretle istihsan... gibi çeşitlerinden bahsedilbilmektedir.⁸⁶⁶ Ancak asıl önemli tasnif paylaştığımız tariften de anlaşılacağı üzere işlevi açısından istisna istihsanı ve kıyas istihsanı şeklinde yapılmaktadır.⁸⁶⁷

⁸⁶² Bk. Talak – Örf ilişkisi başlığı

⁸⁶³ Komisyon, *el-Mevsuatu'l-Fıkhiyyetü'l-Kuveytiyye*, III, 218

⁸⁶⁴ Abdülaziz Buhari, Ahmed b. Muhammed Alauddin, *Keşfu'l-Esrar Şerhu Usuli'l-Pezdevi*, Daru'l-Kitabi'l-İslami, y.y. t.y., IV, 3

⁸⁶⁵ Buhari, *Keşfu'l-Esrar*, IV, 3; Şaban, *Usulu'l-Fıkıh*, Daru'l-Kütüb, Beyrut t.y., 181; Zeydan, *el-Veciz*, 18; Ali Bardakoğlu, “İstihsan”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, İstanbul 2001, 341

⁸⁶⁶ Buhari, *Keşfu'l-Esrar*, IV, 2

⁸⁶⁷ Serahsi, Muhammed b. Muhammed b. Ahmed b. Ebi Sehl, *Usul*, Daru'l-Marife, Beyrut t.y., II, 200

1. İstisna İstihsanı

İstisna istihsanı, müctehidin nas, icma, zaruret, örf, maslahat gibi daha güçlü bir gerekçeden/delilden hareketle herhangi bir meselenin benzerlerinde geçerli genel kurala aykırı, istisnai bir hüküm benimsemesidir.⁸⁶⁸ Fıkıh eserlerinde nasla istihsana, “*madumun satışının caiz değildir*”⁸⁶⁹ genel kuralına rağmen yine nasla selem akdine izin verilmesi örnek olarak verilmektedir. Hanefiler aynı genel kurala aykırı şekilde istisna akdinin cevazını icma ile istihsana örnek göstermektedir.⁸⁷⁰

2. Kıyas İstihsanı

Kaynaklarda kapalı kıyas istihsanı olarak da ifade edilen bu istihsan çeşidi ise kısaca celi/açık kıyastan, hafı/kapalı kıyasa gitmektir şeklinde tarif edilmektedir.⁸⁷¹ Bu istihsan çeşidinde müctehid, ele aldığı ve diğer müctehidler tarafından açıkça görülebilen illet benzerliği sebebiyle açık kıyas ile hükme bağlanmış olan meseleyi daha fazla zihni faaliyette bulunmak ve konunun özel durumlarını iyice değerlendirme sonucunda farklı bir hükme varmaktadır. Kıyas istihsanına örnek olarak da kaynaklar da genelde yırtıcı kuşların artığı meselesi zikredilir.⁸⁷² Açık kıyas şu şekildedir: Yırtıcı ve etçil kara hayvanlarının etleri necis olduğundan salyaları da ve doğal olarak artıkları da necis kabul edilir. Yırtıcı gagalı kuşların da artığı kara hayvanlarına kıyasla necis kabul edilir. Ancak Hanefiler anatomik bir değerlendirmeye kapalı kıyasa gitmek suretiyle yırtıcı kuşların gagalarıyla beslendiği ve gagada da salya sıvısının bulunmadığı vakiasından hareketle artıklarının temiz olduğu hükmünü benimsemişlerdir. İşte bu hüküm istihsanen benimsenmiş olmaktadır.

İstihsan delili Hanefilerle özdeşleşen bir delil olsa da “*ilmin onda dokuzu istihsandır*” sözünün sahibi maslahat-ı mürseleyle benimsediği ictehadlarından Malikilerin de istihsanı delil olarak kullandığı net şekilde anlaşılmaktadır.⁸⁷³ Erken

⁸⁶⁸ Cessas, *el-Fusul fi'l-Usul*, IV, 243; Buhari, *Keşfu'l-Esrar*, IV, 3

⁸⁶⁹ Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye, Madde 205

⁸⁷⁰ Komisyon, *Mecelletu Mecmai'l-Fıkhi'l-İslami*, VII, 777

⁸⁷¹ Cessas, *el-Fusul fi'l-Usul*, II, 239; Buhari, *Keşfu'l-Esrar*, IV, 3

⁸⁷² Şeybani, Ebu Abdillâh Muhammed b. Hasen b. Fergad, *el-Asl*, Thk: Mehmet Boynukalın, Daru İbn Hazm, Beyrut 2012, I, 219; Şaban, *Usulu'l-Fıkıh*, 183

⁸⁷³ Şatıbi, Ebu İshak İbrahim b. Musa, *el-Muvafakat fi Usuli's-Şeria*, Neşr. Abdulah Dıraz, Daru'l-Marife, Beyrut t.y., II, 307

dönemde Hanefilerin istihsanın tarifini net şekilde ortaya koymamasından⁸⁷⁴ kaynaklı kavram kargaşası denilebilecek bir sebeple İmam Şafii tarafından şiddetle istihsana karşı çıkılsa da daha sonra zayıf delili terkedip güçlü olanıyla hüküm vermeye istihsan deniliyorsa bunda karşı çıkılacak bir durum söz konusu değildir diyen Şafii müctehidler söz konusudur.⁸⁷⁵ Hatta İmam Şafii ve diğer bazı Şafii müctehidler de bazı konularda “... *bu hasendir, ben bunu güzel görüyorum (estahsinu)* ...” gibi ifadelerle istihsanen bazı hükümler vermiştir.⁸⁷⁶ Bu nedenle genel olarak İslam mezhepleri istihsanı delil olarak kullanmışlardır.

İstihsan delili üzerinde iyice düşünüldüğünde adalet, iyi niyet, hakkaniyet, hakkın kötüye kullanılmasının engellenmesi, mashalatın temini ve kanunun ruhunun esas alınması gibi ilkelerin hedeflendiği görülecektir. İstihsanın bu hedeflerinden Şari’in maksadına uygunluk arz edecek şekilde hüküm vermeyi sağlayan bir yöntem olduğu anlaşılmaktadır. Gerek kıyas istihsanı ve gerekse istisna istihsanı daha güçlü bir delil, ince bir anlayış gereği yerleşik kurala aykırı hüküm vermek olarak değerlendirilmektedir. Nitekim bu yöntem sayesinde Hanefilerin kuralların katılığında sıkışmayıp daha dakik bir hükme varmak amacıyla kuralların lafızlarını zorlamak suretiyle nasların ruhuna uygun ve hakkaniyet içeren hükümlere ulaştıkları yorumu yapılmaktadır.⁸⁷⁷

Kıyas ve istihsan gibi yöntemlerin, nas ile vakıa arasında köprü işlevi gördüğü ve bu yöntemler sayesinde zahiren nas ile çelişik gibi gözükken ancak aslında onun lafzıyla değil maksadıyla hüküm verildiği için İslam hukukunda en önemli delillerden olduğu şeklinde mühim değerlendirmeler de mevcuttur.⁸⁷⁸ Bütün bu ifade ettiğimiz bilgi ve değerlendirmeler istihsanın maslahat gereği kamu otoritesinin mubah alana müdahil

⁸⁷⁴ Nitekim “*Ebu Hanife'nin kendisinden ne anlam taşıdığı ve hangi şartlarda meşru bir delil olabileceği konusunda bir açıklama gelmemiştir.*” Muharrem Önder, “İstihsan Kavramının Ortaya Çıkışı”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy. 7, 4(2006), 197

⁸⁷⁵ Şirazi ve Cüveyni gibi Şafii usulcüler eserlerinde, “herhangi bir delile dayanmaksızın yapılan istihsanın delil olamayacağını ancak deliller arasında tercihte bulunmak suretiyle yapılan delile dayalı istihsanı ise tüm usulcülerin kabul etmektedir” mealinde değerlendirmeler yapmaktadırlar. Bk. Şirazi, Ebu İshak İbrahim b. Ali b. Yusuf, *el-Luma' fi Usuli'l-Fıkıh, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye*, y.y. 2003, 121; Cüveyni, Abdülmelik b. Abdillâh b. Yusuf b. Muhammed, *et-Telhis fi Usuli'l-Fıkıh*, Thk: Abdullah Culem en-Nebali-Beşir Ahmed Amri, Daru'l-Beşairi'l-İslamiyye, Beyrut t.y., III, 313

⁸⁷⁶ Ramazan bayramından önce fitir sadakasının ödenebileceği ve hac aylarında umre yapılabileceği gibi konular hakkında verdiği hükümler için bk. Şafii, Ebu Abdillâh Muhammed b. İdris, *el-Ümm*, Daru'l-Marife, Beyrut 1990, VII, 268, 273

⁸⁷⁷ Ali Bardakoğlu, “Hanefi Mezhebi”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, İstanbul 1997, XVI, 17

⁸⁷⁸ Ali Bakkal, *Hikmet İlet ve İctimai Vakıa Münasebetlerinin Hukuki Neticeleri*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Erzurum 1986, 253, 323; Yılmaz, *İslam Hukukunda Kamu Otoritesi Mubahı Sınırlandırması*, 212

olabileceğinin işaretlerini taşır. İstihsandan hareketle mubah bir takım eylem ve durumlara müdahale sayılabilecek bazı örnekler zikredebiliriz:

Esas itibariyle miras konusunda genel kural kocası tarafından boşanan eşin, onu boşayan kocasının vefatı sonrasında mirasçı olamaması şeklindedir. Ancak mezhepler maraz-ı mevt esnasında gerçekleşen talak konusunda kocanın, hanımını mirastan mahrum etme şüphesi dolayısıyla kadından zararı giderme esasını dikkate alarak bir nevi istihsanen kadını boşama sonrasında da mirasçı sayabilmişlerdir.⁸⁷⁹ Benzer şekilde şekli şartlara uygunluğu sebebiyle sahih kabul edilmesi gerekirken hülle niyetiyle gerçekleşen nikâhın sahih olmadığı hükmü bazı müçtehitler tarafından bir nevi istihsanen benimsenmiş bir hüküm olarak kabul edilmektedir.⁸⁸⁰

Netice olarak istihsan yöntemiyle mubah fiillere kamu otoritesi tarafından müdahale edebileceği anlaşılmaktadır. Zira özellikle günümüzde çoğunluğun talakı belirlenen prosedüre uygunluk arz edecek şekilde kullanmaması, kadından zararın giderilmesi, dinin maksadının gerçekleştirilmesi ve benzeri daha güçlü gerekçelerle kocanın serbest şekilde kullanabildiği ve mubahlık hükmüne sahip talakın bazı düzenlemelere tabi tutulabileceği açıktır. Ancak istihsan yöntemiyle devletin mubah tasarruflara müdahalesi mümkün ololmasına rağmen bu müdahalenin mahiyeti, nasıl olacağı diğer esasların da dikkate alındığı derinlikli bir inceleme neticesinde değerlendirilebilir.

İstihsanın temelinde hakkaniyeti ve insafı gözetmek vardır. İstihsan yapabilmek için asıl hükümde hakkaniyete aykırılığın müstekar biçimde var olması gerekir. Oysa boşama yetkisinin kocada olması bir hakkiniyetsizlik değildir. Kadına zulmedecek şekilde bu yetkinin koca tarafından kullanılması halinde ise kadını koruyacak garantör hükümler vardır.

Talak yetkisinin, kocadan tamamen alınmayıp sadece mahkemenin kontrolünde kullanımının sağlanması istihsanla daha mümkün bir husustur kanaatindeyiz. Zira mahkeme kontrolünde gerçekleşecek boşamalarda, Kuran ve Sünnet'in belirlediği

⁸⁷⁹ İbn Rüşd, *Bidayetü'l-Müctehid*, II, 89; Komisyon, *el-Mevsuatu'l-Fıkhiyyetü'l-Kuveytiyye*, XXXII, 75 vd.

⁸⁸⁰ Komisyon, *el-Mevsuatu'l-Fıkhiyyetü'l-Kuveytiyye*, XLI, 345 vd.

prosedüre uygun yöntemin terk ve ihlalinin engellenecek olması, tahkim gibi boşanma öncesi Kuran'da belirlenen süreçlerin zorunlu tatbik edilecektir.

Ancak çoğunluğa göre Kitap, Sünnet ve icma ile sabit bir hak olarak değerlendirilen talak yetkisinin tamamen kocadan alınarak mahkemeye devredilmesi, hâlihazırda özellikle Türkiye'de gözlemlediğimiz mahkemelerdeki boşanma süreç ve sonuçları dikkate alındığında istihsan yapmayı sağlayacak güçlü delillerin ortaya çıkmadığı şeklinde değerlendirilebilir.

3.2.6. Maslahat Gerekçesiyle Boşama Yetkisi Mahkemeye Devredilebilir Mi?

Kocaya ait talak yetkisinin mahkemeye devri konusunda maslahatın var olup olmadığının tespiti meselenin iki açıdan değerlendirilmesi için önem arz etmektedir. Birincisi kamu otoritesinin mubah alana müdahil olabilmesi için müdahalenin maslahat içeriyor olma gerekliliğidir ki bu, "*devlet başkanının tasarrufu maslahata menuttur/dayanmalıdır*"⁸⁸¹ kaideleştirilmiştir. İkincisi maslahatın var olup olmadığının tespiti müstakil bir ferî delil olan maslahat-ı mürseleden hareketle söz konusu yetki devrinin gerçekleşmesinin mümkün olup olmadığının ortaya konabilmesi için önem arz etmektedir. Biz bu başlık altında maslahat-ı mürsele ile yetkinin mahkemeye devrinin imkânını değerlendireceğiz.

Maslahatı tarif ve bu delil açısından meseleyi değerlendirmeden önce boşamanın kocanın veya mahkemenin yetkisinde olması halinde söz konusu olabilecek fayda ve zararları ortaya koymaya çalışalım.

Boşama Yetkisini Mahkemeye Devretmenin Sağladığı Maslahatlar

A. Ortadan Kaldırdığı Zararlar

1. Kocanın boşamayı inkârı veya nadiren de olsa uzun süre kayıt dışı bir boşama olarak kalması gibi durumlarda kadının mağdur olma tehlikesini ortadan kaldırmaktadır.

⁸⁸¹ Suyuti, Celaleddin Abdurrahman, *el-Eşbah ve'n-Nezair*, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, y.y. 1983, 121; *Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye*, Madde 58

2. Kocanın sözlü şekilde boşamasından kendisinin pişman olması ve eşinin üzülebilmesi söz konusu olabiliyorken mahkeme süreci kocaya daha geniş düşünme imkânı vererek eşlerin bu anlamda uğradığı olumsuzluğu ortadan kaldırmaktadır.⁸⁸²

3. Sözlü boşamada şahitler veya başka bir ispat vasıtası edinmek şart olmadığından özellikle kocanın gerçekleşen talakı inkârı⁸⁸³ halinde ortaya çıkacak olan bazı olumsuz senaryoların mahkemedeki boşanmalarda söz konusu olmayacaktır.

4. Yetki mahkemeye devredildiğinde boşanma zorlaşacağından boşanma sayılarının azalacak olması nedeniyle aile ve toplumun, sözlü boşamaların kolay ve yaygın olmasından kaynaklı uğradığı olumsuz durumlar ortadan kalkmış olacaktır.⁸⁸⁴

Bu saydıklarımızın dışında da bazı maddeler eklenebilir elbette ancak genel olarak talak yetkisinin mahkemeye devrinden beklenen def-i mefasid türündeki maslahatlar bu şekildedir.

B. Sağladığı Faydalar

Esasında yukarıda saydığımız maddeler de faydanın temini olarak değerlendirilebilir zira herhangi bir zararın ortadan kaldırılması fayda sağlamak anlamındadır. Ancak yukarıdaki maddelere ilave olarak talak yetkisinin mahkemeye devri ile temin edileceği düşünülen bazı faydalardan bahsedebiliriz.

1. Mahkeme süreci, kocanın sözlü boşama esnasında içerisinde bulunması muhtemel ehliyet arızalarının etkisini ortadan kaldırmasıyla sağlıklı ve bilinçli şekilde boşanma işleminin gerçekleşmesine olanak vermektedir.⁸⁸⁵

2. Tüm boşanmaların kayıt ve kontrol altında gerçekleşecek olması dolayısıyla istatistik ve boşanma sebeplerinin tahlili mümkün olacaktır.

⁸⁸² Anlaşmalı boşanma davalarının genellikle en az bir ay, çekişmeli davaların ise en az bir buçuk yıl kadar sürdüğü ifade edilmektedir. Kısa da olsa bu sürede eşler düşünme fırsatı bulabilirler. Bk. <https://denktas.av.tr/aile-hukuku/bosanma-avukati-ucreti-ne-kadar> (Erişim Tarihi: 04.05.2022)

⁸⁸³ Böylesi bir duruma örnek olarak bk. Muharrem Midilli, “Osmanlı Müftülerinin Boşandığını İspat Edemeyen Kadınlara Evlilik-içi Zinadan Kurtuluş İçin Önerdiği Son Çare”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 6(39), 2022, 117-142

⁸⁸⁴ Esas itibarıyla prosedürü zorlaştırmak boşanmaları azaltmamaktadır. Nitekim istatistikler bunu doğrulamaktadır. Ancak boşama yetkisinin mahkeme devrini savunan bazı isimler bir argüman olarak bu maddeye de temas etmektedir. Bk. “Talakın Yetkisinin Mahkemeye Devredilebileceğini Savunanların Delilleri” başlığı

⁸⁸⁵ Mesela TMK fiil ehliyetinin koşullarından olan ayırt etme gücünü küçüklük, cünun, ateh ve sarhoşluk gibi ehliyet arızalarının yokluğuna bağlamıştır. Bk. TMK, Madde 13

3. Sivil şekilde ihmali mümkün olan hakem heyeti gibi uygulamaların mahkemede zorunlu olarak tatbik edilmesiyle bazı evlilikleri kurtarılabilme ihtimalinin söz konusu olacaktır.⁸⁸⁶

Kocanın boşama yetkisinin mahkemeye devredilmesi halinde sağlanacak celb-i menafî türündeki maslahatları bu şekilde ifade edebiliriz. Ancak burada talakın geleneksel haliyle taraflara ve topluma sağladığı maslahatları da ortaya koymak önem arz etmektedir. Zira iki boşanma yöntemi arasında mukayese yapmak ve hangi yöntemin diğerinden daha fazla maslahat içerdiğini tespit etmek gereklidir.

Kocanın Boşama Yetkisine Sahip Olmasının Sağladığı Maslahatlar

İslam aile hukukunda kabul edilen sistemde koca hanımını sözlü şekilde boşayabilmektedir ancak kadın istemediği bir evliliği bitirebilmek için mahkemeye müracaat etmek zorundadır. Dolayısıyla boşanma kadın tarafından gündeme getirilmiş ve dava edilmişse bugün olduğu gibi bir mahkeme süreci işleyecektir. Ancak koca usul ve prosedürüne uygun şekilde talak hakkını kullandığında söz konusu olan maslahatlar şu şekilde sıralanabilir:

Ortadan Kaldırdığı Zararlar ve Temin Ettiği Faydalar

1. Aile içi kalması gereken bilgi ve durumların ifşası gerekmediğinden mahremiyeti muhafaza edilmiş olacaktır.

2. Günümüz mahkemeleri için gereken avukatlık ve diğer mahkeme masrafları söz konusu olmayacağından maddi bir külfet ortaya çıkmayacaktır.⁸⁸⁷

3. Eşler arası ispatı zor veya mümkün olmayan konular sebebiyle ortaya çıkması muhtemel anlaşmazlıklarda hâkimi ikna gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır. Mesela eşlerden birinin diğerini sevmemesi gibi bir durum söz konusu olduğunda yetkiyi mahkemeye veren sistemlerde boşanma neredeyse imkânsızdır.

4. Hâkimi ikna için gereken delil toplama mecburiyeti bulunmamaktadır.⁸⁸⁸

⁸⁸⁶ Günümüz İslam ülkelerinin büyük çoğunluğunda mahkemede boşanmanın bir aşaması olarak aile meclisine yer verilmektedir. Bk. “Günümüz İslam Ülkelerinde Evliliğin Sona Ermesi” başlığı

⁸⁸⁷ Bir örnek olarak TMK’nın prosedürüne göre çekişmeli bir boşanma davası için gereken miktar 10 Bin lirayı bulabilmektedir. Bk. 2022-2023 yılı için belirlene Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi için bk. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/09/20220903-4-1.pdf> (Erişim Tarihi: 03.09.2022)

⁸⁸⁸ Taraflar boşanabilmek için hakimi ikna etmek, hakimin ikna etmek için de delil sunmak zorundadır. Ancak bu süreç her zaman sağlıklı ve olması gerektiği şekilde işlememektedir. Taraflar birbirlerini takibe

Boşama yetkisinin kocaya ait olmasıyla temini mümkün maslahatlar genel olarak bunlardır diyebiliriz. Şimdi en başta ifade ettiğimiz muhtemel üç durumu izaha ve konumuz bağlamında değerlendirebiliriz. Ancak burada son olarak “*def-i mefasid celb-i menafiden evladır*”⁸⁸⁹ şeklindeki, mefsedeti ve menfaat çatışırsa öncelikli olanın mefsedeti def etmek olduğunu ortaya koyan kaideyi zikretmek yerinde olacaktır.

3.2.6.1. Maslahat-ı Mürsele/İstislah Deliliyle Yetki Mahkemeye Devredilebilir mi?

İslam hukukunun ferî delillerinden biri de maslahat-ı mürsele diğer ismiyle istislahtır. Maslahat, “*def-i madarrat ve celb-i menafi*” yani “*zararın ortadan kaldırılması veya bir faydanın temin edilmesi*” şeklinde tarif edilmektedir.⁸⁹⁰ Bu şekilde tarifi yapılan maslahat muteber, mülğa ve mürsel maslahat şeklinde üç kısma ayrılmaktadır.⁸⁹¹ Şari'nin dikkate aldığı ve üzerine hüküm bina ettiği maslahata muteber, bir zararın def edilmesi veya bir faydanın temini söz konusu olsa da Şari'nin ilğa ettiği ve dikkate alınmamasını talep ettiği maslahata mülğa maslahat denilmektedir. **Mürsel maslahat** ise Şâri'in itibar veya ilğa etmediği, hakkında olumlu veya olumsuz bir değerlendirme yapmadığı nötr maslahattır.⁸⁹²

Maslahat tüm müctehid ve mezheplerin dikkate aldığı ve alması gereken bir durumdur zira esas itibariyle gerek mansus ve gerekse müctehedün fih olan ve bir illete dayanan tüm hükümlerin maksadı kulların maslahatını temin amacı taşımaktadır.⁸⁹³ Ancak maslahat-ı mürsele ile hüküm verebilmek için bulunması gereken şartların var olup olmadığının tespitinde ihtilaflar ortaya çıkabilmektedir. Bu nedenledir ki mürsel maslahat delilini en yoğun kullanan mezhebin Malikiler olduğu ifade edilmektedir.⁸⁹⁴

olarak kişilik haklarını da ihlal edecek şekilde delil arayışına girebilmektedir. Nitekim bu husus, TMK ve boşanma sistemi kusur ilkesine dayalı hukuk sistemlerinin en fazla eleştirildiği noktadır.. Detaylı bilgi için bk. “TMK’nın Boşanma Prosedürüne Yöneltilen Eleştiriler” başlığı

⁸⁸⁹ *Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye*, Madde 30

⁸⁹⁰ Gazzali, *el-Mustasfa*, 174; Zeydan, *el-Veciz fi Usuli'l-Fıkh*, 187

⁸⁹¹ Gazzali, *el-Mustasfa*, 173

⁸⁹² Zeydan, *el-Veciz fi Usuli'l-Fıkh*, 187-188; Fahreddin Atar, *Fıkıh Usulü*, MÜİF Yay., İstanbul 1996, 80-81

⁸⁹³ Karafi, Ebu'l-Abbas Şihabuddin Ahmed b. İdris b. Abdirrahman, *Şerhu Tenkihi'l-Fusul*, Thk: Taha Abdurrauf Sa'd, Şirketü't-Tıbbâi'l-Fenniyye'l-Muttehide, y.y. 1973, 446

⁸⁹⁴ Karafi, *Şerhu Tenkihi'l-Fusul*, 446; Zeydan, *el-Veciz fi Usuli'l-Fıkh*, 188

Maslahat-ı mürsele ile hüküm verebilmeyi müçtehitler sıkı kurallara bağlamışlardır. Bu nedenledir ki maslahatta bulunması gereken bazı şartlar söz konusudur. Bu şartlar şu şekilde sıralayabiliriz:⁸⁹⁵

1. Maslahat kati olmalı, vehme dayanmamalıdır
2. Maslahat, belli kişilere özel değil umumi olmalıdır
3. Maslahat, nas ve icma ile sabit olmuş bir hükme aykırılık teşkil etmemelidir
4. Maslahat, makul olmalı yani akıl tarafından anlaşılabilir ve gerekçelendirilebilir surette olmalıdır

Konunun girişinde ortaya koymaya çalıştığımız talak yetkisinin mahkemeye devredilmesi halinde muhtemel maslahatlar işte bu şartlar açısından değerlendirilmesi gerekmektedir. Talakın mahkemeye devredilmesiyle sağlanacak maslahatın umumi ve makul olduğu açıktır. Dolayısıyla geriye sadece kati olma ve mülğa olmama şartları kalmaktadır.

Söz konusu maslahatların kati olup olmadığı konusunda hem olumlu hem olumsuz değerlendirme yapmak mümkündür. Şöyle ki talakın mahkemeye devri kadının haklarının ihlalini önlemesi şeklindeki maslahat kati sayılabilir ancak İslam aile hukuku kuralları işletildiğinde de kadın mahkeme yoluyla haklarını talep edebilmektedir.

Mahkemenin boşama yetkilisi olması halinde hâkimin koca tarafından da ikna edilmesi gerekmektedir. Günümüz mahkemelerinde eşlerin hâkimi ikna edememeleri sebebiyle yaşadıkları zorluklar göz önüne alındığında buradaki yararın kesin olmadığı söylenebilir.⁸⁹⁶

Mahkemede boşanmanın eşlere düşünme imkanı verecek olması, kişilerin iradelerinden bağımsız işleyen yargısal prosedür nedeniyle kati bir maslahattır denilebilir ancak esas itibariyle sünni talak olarak ifade edilen boşama prosedürü dikkatle incelendiğinde bu durumun İslam aile hukukunda da var olan bir husus olduğu anlaşılacaktır.

⁸⁹⁵ Şatibi, *el-İ'tisam*, 362-363; Hallaf, *İlmü Usulî'l-Fıkh*, 86-87

⁸⁹⁶ Özellikle bu durum günümüz hukukçularının mevcut laik boşanma sistemlerine yönelttiği en önemli eleştirilerdendir. Bu yönde TMK'ya yöneltilen eleştiriler için bk. Pınar Çiftçi, "Boşanma Sisteminin Yargılamada Doğurduğu Temel Hak İhlalleri ve İspat Sorunları", 1741 vd.

Talak yetkisini mahkemeye devretme görüşüne sahip olanların belki de en çok vurguladığı şeylerden biri boşanmaların azalacak olması kanaatidir. Ancak istatistikler incelendiğinde her yıl bir önceki yıla oranla boşanmaların hızla arttığı, prosedürü zorlaştırmanın da buna engel olamadığı görülmektedir.⁸⁹⁷

Talakın mahkemeye devredilmesiyle kocanın herhangi bir ehliyet arızası ile boşamasının önüne geçilecek olması, boşanmaların kayıt ve kontrol altına alınması ve hakem heyeti uygulanmasının zorunlu hale gelecek olması gibi maslahatların katılığı tartışmalıdır. Kocanın ehliyet arızası söz konusu olduğunda mahkemenin boşamayacağı açık ve katidir ancak talakın kayıt ve kontrolü sözlü boşamada da mümkün olabilmiştir. Hakem heyeti uygulamasının zorunlu hale gelecek olması ise birçok İslam ülkesinde kanunlaştırılmış olsa da Türkiye açısından medeni yargılamada henüz icbari uzlaştırma düzenlemesi yapılmadığından bu maslahatta katilikten söz edilemez. Nitekim bazı İslam hukukçular bu konudaki tüm mashalatların kati olmadığı ve vehme dayalı olduğu şeklinde değerlendirme yapmaktadır.⁸⁹⁸

Maslahatta bulunması gereken son bir şart ise mülğa olmamak şeklindedir. Burada muhtemel iki bakış açısı mümkündür. Şayet kocanın talak yetkisinin nas ve icma ile sabit bir hüküm olduğunu kabul edersek saymış olduğumuz maslahatları mülğa kabul etmemiz gerekecektir ki bu görüşte olan İslam hukukçuları mevcuttur. Ancak talak yetkisinin kocada oluşu ictihadi bir hüküm olarak değerlendirilirse bu durumda şarta uygunluk söz konusu olacaktır.

Nas ile maslahat çatıştığında hangisinin esas alınacağı konusu usulcüler arasında değerlendirilmiştir. Bu konuda ön plana çıkan isimlerden biri de Necmeddin Tufi'dir. Tufi, "*zarar ve zarara zararlar karşılık vermek yoktur*"⁸⁹⁹ hadisini izah ederken en önemli üç delilin nas, icma ve maslahat olduğunu ifade eder. Muamelat konularında nas-icma ile maslahat çatıştığında ilgili hadis gereği maslahatın esas alınması gerektiği görüşüne sahiptir.⁹⁰⁰ Klasik usulcülerden Gazzali de bu konuda değerlendirmelerde bulunmuştur. Gazzali'ye göre maslahat zaruri, külli ve kati olmalıdır. Bu şartlar içerisinde özellikle

⁸⁹⁷ 2021 yılı boşanma istatistikleri için bk. Türkiye İstatistik Kurumu Veri Portalı, <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Evlenme-ve-Bosanma-Istatistikleri-2021-45568>

⁸⁹⁸ Şa'ban, *İslam Hukuk İlminin Esasları (Usulu'l-Fıkıh)*, 172

⁸⁹⁹ Muvatta, Akdiye, 26

⁹⁰⁰ Ali Pekcan, "Necmuddîn Tûfî'nin Maslahat Risâlesi", *Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi*, III (2003), Sayı: 1, 276

zaruri olma hali söz konusu olduğu takdirde nassa ve icmaya aykırı hareket edebilmenin nas – maslahat çatışmasında Gazzali'nin de maslahatı önceleyen bir görüşe sahip olduğu şeklinde değerlendirilmiştir.⁹⁰¹ Ancak burada Gazzali başta olmak üzere Tufi ve Şelebi gibi paralel görüş sahibi dışındaki klasik usulcülerin bu görüşleri “zaruretler haramları mubah kılar” şeklindeki külli kaideye uygun misallerle desteklenmiştir. Bu nedenle Tufi'nin nas-maslahat çatışmasına dair görüşünde çoğunluğa muhalafet ettiğini söylebiliriz. Zira usulcülerin çoğunluğu maslahat sübut ve delaleti kati bir nasla çelişirse maslahata itibar edilmeyeceği konusunda hemfikirdir.⁹⁰²

Bu kısa değerlendirme sonrası talakın mahkemeye devrinin umumi, kati maslahatlar içerdiğini, Kuran'da doğrudan yetkinin kocaya tanınmaması, Sünnet'teki rivayetlerin farklı yorumlanması ve icmaya ihtiyatlı yaklaşım ile maslahatın mülga olmadığını bir an kabul etsek bile bu durumda temin edilecek maslahatın Gazzali'nin zikrettiği şartlardan zaruriliği içermediğinden usulcüler çoğunluğu açısından maslahatın nassa tercihi mümkün gözükken bir maslahat olarak değerlendirilmesi zor gözükmektedir. Halbuki Kuran ayetleri açık şekilde boşama yetkisini kocaya vermektedir ve Sünnet delili de yine açık şekilde Kuran'daki hükmü teyit edici niteliktedir. Bu nedenle esas itibariyle söz konusu maslahat aynı zamanda mülgadır.

Netice olarak maslahat-ı mürsele delilinden hareketle kocanın talak yetkisiyle ilgili bazı düzenlemeler yapmak söz konusu olabilirse de temin edilecek maslahatın güçlü, kati olmaması ve mülga olması sebebiyle yetkinin kocadan alınarak mahkemeye devredilemez.

3.2.6.2. Hakkın Kötüye Kullanılması Bağlamında Talak Yetkisi

Hukuk sistemleri şahıslara bir takım haklar verdiği gibi tanınan bu hakların kullanımının kontrollü şekilde gerçekleşebilmesi için de bir takım düzenlemeler içerirler. Dilimizde “hakkın kötüye kullanımı”, Arapça'da ise “te'assuf” kavramıyla ifade edilmektedir. Asıl konumuza değinmeden önce kısaca da olsa hakkın ne olduğu, talak yetkisinin haklar arasında yerine temas etmek yerinde olacaktır.

⁹⁰¹ İbrahim Yılmaz, *İslam Hukukunda Kamu Otoritesinin Mubahı Sınırlandırması*, Fecr Yay., Ankara 2020, 236

⁹⁰² Ebu Zehra, *Usulu'l-Fıkıh*, 287

Hak kelimesi sözlükte “gerçek, sabit olmak, gerekmek” gibi anlamlara gelmektedir ve batılın zıddı olarak da ifade edilmektedir.⁹⁰³ Klasik kaynaklarda hakkın belli başlı bir tarifi yapılmamakla birlikte muasır İslam hukukçuları hak kavramının hukuki tarifini yapmaya çalışmışlardır. Bu tariflerden biri şu şekildedir: “Hak, belli bir maslahatı gerçekleştirmek için bir şey üzerinde hukukun kişiyi yetkili kılması veya bir başkasından bir şeyin yapılmasını talep etme konusunda hukuk sisteminin verdiği aidiyettir.”⁹⁰⁴

İslam hukukunun erkeğe vermiş olduğu talak yetkisi de tarifte ifade edildiği şekliyle bir yetkili kılma durumudur.⁹⁰⁵ Hak kavramıyla ilişkili şekilde ele alınan milk-hukuk-ibaha şeklindeki tasnifte talak yetkisi milk-i talak şeklinde de ifade edilmiş olup ibaha ve hukuka nispetle en güçlü hakkı/yetkiler arasında yer aldığı da ifade edilir.⁹⁰⁶

Günümüz İslam hukukçuları Türkçe’de bu kavramın karşılığı olarak “hakkın kötüye kullanılması” şeklindeki terkibi kullanmaktadır. Fethi Düreynî teassüfü şu şekilde tarif etmektedir: “*Şeran/hukuken izin verilen bir tasarrufta kanun koyucunun maksadına aykırı şekilde davranmaktır.*”⁹⁰⁷

Tariften de anlaşılacağı üzere gerek hukuk sisteminin şahıslara vermiş olduğu hakların ve gerekse mübah fiillerin kanun koyucunun maksadı göz ardı edilecek şekilde kullanılması teassüf kapsamında değerlendirilebilmektedir. Ancak özelde hakların kötüye kullanımı anlamına geldiğini yineleyebiliriz.

Buraya kadar teassüfle ilgili söylediklerimizden hareketle hakkın kötüye kullanımının birbiriyle ilintili iki şekilde söz konusu olabileceğini ifade edebiliriz: 1. Hakkın kişiye verilmiş gayesi dışında kullanılması, 2. Hakkın başkasına zarar vermek maksadıyla kullanılması.⁹⁰⁸

Genel anlamda hakkın kötüye kullanımı bu iki şekilde gerçekleşmektedir. Daha özelde ise bir hakkın ya da mubah bir tasarrufun kötüye kullanıldığını gösteren durumlar çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilmektedir. Bunlar şu şekilde maddeleştirilebiliriz: 1. Kişinin hakkını kullanmasıyla elde ettiği faydanın başkasına verdiği zarardan daha az

⁹⁰³ İbn Manzûr, X, 50

⁹⁰⁴ Fethî Düreynî, *el-Hak ve medâ sultânü'd-devle fî takyîdihi*, 3. Baskı, Müessesetu'r-risâle, Beyrut t.y., 1404/1984, 184

⁹⁰⁵ Talak yetksinin mahiyeti daha önce müstakil olarak ele alındığından burada kısa atıflarla yetinilecektir.

⁹⁰⁶ Kuduri, et-Tecrid, IX, 760

⁹⁰⁷ Fethi Düreynî, *Nazariyyetü't-Te'assuf fî'sti'mâli'l-Hak fî'l-Fıkhi'l-İslamî*, Beyrut 1408/198, 87

⁹⁰⁸ Saffet Köse, *İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, İFAV yayınları, İstanbul 1997, 56

olması hali⁹⁰⁹, 2. Hakkın maruf/normal olmayan bir şekilde kullanılması⁹¹⁰, 3. Hakkın sadece başkasına zarar vermek için kullanılması⁹¹¹, 4. Gayrimeşru bir maksadı gerçekleştirmek için hakkın kullanılması da hakkın kötüye kullanım çeşitlerindendir.

Hakkın Kötüye Kullanılması Konusunda Şeri/Hukuki Tedbirler ve Yaptırımlar

İslam hukuku şahıslara tanınan hakların kullanımı için bir özgürlük alanı sağladığı gibi söz konusu hakların şahsa ya da başkalarına zarar verecek şekilde kullanılmasını engelleyici yahut hak kötüye kullanılmışsa cezalandırıcı bir takım düzenlemeler de tabi olarak içermektedir.

İslam hukukunun hakların kötüye kullanılmasını engelleyici tedbirleri arasında öncelikli olarak naslarda yer alan ve söz konusu istismarın haram/günah olacağı şeklindeki uyarıları zikredebiliriz.

*“Kadınları boşadığinizda, onlar da bekleme sürelerini doldurduklarında ya onlarla yeniden evlenip iyilikle tutun ya da iyilikle serbest bırakın. Onları zarar vererek haklarını çiğnemek için nikâh altında tutmayın”*⁹¹², *“Ne ana çocuğu yüzünden zarara uğratılsın ne de babası çocuğundan dolayı zarar görsün”*⁹¹³ ve bu mealdeki ayetler ve *“Zarar vermek zarara zararla karşılık vermek yoktur”*⁹¹⁴ gibi hadisler hakkın kötüye kullanılması halinde diyaneten sorumlu olunacağına kuvvetli şekilde delalet etmektedir.

Ancak alınan tedbirlere rağmen kişinin kendisine verilen hakkı kötüye kullanması durumunda, az önce de kısmen temas ettiğimiz gibi, İslam hukuku yalnızca uhrevi sorumluluğu hatırlatmakla kalmamış bir takım dünyevi/somut yaptırımlar da öngörmüştür. Bu yaptırımları şu şekilde maddeleştirebiliriz: 1. Bizzat zarara sebep olan halin izalesi⁹¹⁵, 2. Bazı durumlarda kötüye kullanılan tasarrufun iptali⁹¹⁶, 3. Hakkın kötüye kullanılmasıyla ortaya çıkan zararın tazmini: İslam hukukunda genel ilke haksız

⁹⁰⁹ Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî ve edilletuhu*, IV, 2868

⁹¹⁰ Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî ve edilletuhu*, IV, 2868

⁹¹¹ Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî ve edilletuhu*, IV, 2865; Ebû Sünne, Ahmed Fehmi, *Nazariyyetü't-Te'assuf fi İsti'mâli'l-Hak*, y.y. t.y., 6-7

⁹¹² Bakara: 2/231

⁹¹³ Bakara: 2/233

⁹¹⁴ İbn Mâce, *Ahkâm*, 17

⁹¹⁵ Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî ve edilletuhu*, 4, 2866

⁹¹⁶ Zuhaylî, *el-Fıkhu'l-İslâmî ve edilletuhu*, 4, 2867

fiil neticesinde ortaya çıkan zararın tazmin edilmesi şeklindedir. Bu ilke Mecelle’de “*Zarar izale olunur*” şeklinde kurallaştırılmıştır⁹¹⁷

Öncelikle talak hakkının kötüye kullanımının hangi şekillerde ortaya çıktığından bahsedelim. İslam hukukunun erkeğe vermiş olduğu talak hakkının aşağıdaki şekillerde kullanımı hakkın kötüye kullanımı/teassüf olarak değerlendirilmiştir:

1. Meşru bir gerekçe olmaksızın yahut basit bir gerekçeyle boşama talak konusunda hakkın kötüye kullanımının en önde gelen tezahürlerindendir. Daha önce bahsettiğimiz teassüf şekillerinden “başkasına zarar vermek kastıyla hakkın kullanımı” başlığı altında değerlendirilebilecek bi durumdur. Kocanın, nikahı altında bulunan eşinden intikam almak veya meşru ve ciddi bir gerekçe söz konusu olmaksızın sebepsiz şekilde boşamasıyla ilgili olarak klasik kaynaklarda bu talakın uhrevi hükmü üzerinde değerlendirmelerde bulunulmuştur.

Meselenin bu yönüyle ilgili olarak da iki ana bakış açısı söz konusu olmuştur. İlk görüş fukahanın çoğunluğuna ait olup talakta asıl olanın mubahlık olduğu şeklindedir. Ancak herhangi meşru bir sebep olmaksızın gerçekleşmesi sebebiyle bu şekildeki talakın mekruh olacağını da ifade etmişlerdir.⁹¹⁸

Azınlıkta kalan İbnu’l-Hümmam, İbn Abidin ve İbn Teymiyye gibi âlimlere ait olan ikinci görüşe göre ise talakın asli hükmü haramdır ve ancak meşru bir gerekçe ile mübaha dönüşebilir şeklindedir.⁹¹⁹

Sebepsiz şekilde talak hakkının kullanımı ile ilgili olarak klasik fıkıh kaynaklarında somut herhangi bir tedbir yahut engelleme veya kadın için oluşabilecek zararın bir şekilde tazmini ile ilgili olarak herhangi bir değerlendirme bulunmamaktadır.

Klasik fıkıh kaynaklarında mesele bu şekilde ele alınırken yakın tarihlerde bu konuda ilave bir takım düzenlemelerin söz konusu olabileceği de gündeme gelmiştir. Nitekim Abdurrahman Sabuni ve Mustafa Sıbai gibi isimler bu şekildeki bir talak neticesinde kadının zarar göreceği ve bu zararın da maddi olarak tazmin edilmesi

⁹¹⁷ *Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye*, Madde 20

⁹¹⁸ Maverdi, *el-Havi'l-Kebir*, X, 118; İbnu’l-Hümmam, *Fethu'l-Kadir*, III, 444-445; Şirbini, *Muğni'l-Muhtac*, IV, 455; Düsuki, Muhammed b. Ahmed b. Arefe, *Haşiyetü'd-Dusûkî ale's-Şerhi'l-Kebir*, Daru'l-Fikr, y.y. t.y., III, 239;;

⁹¹⁹ İbn Teymiyye, *Mecmu'ul-Fetava*, XXXIII, 81; İbnu’l-Hümmam, *Fethu'l-Kadir*, III, 446; İbn Abidin, *Reddu'l-Muhtar*, III, 228

gerektiği yönünde görüş beyan etmektedirler.⁹²⁰ Ebu Zehre, Muhammed Zuhayli, Ömer Aşkar, Bedran Ebu'l-Ayneyn ve Nureddin Itr gibi isimler ise teassüf içerecek şekilde gerçekleşen talakta muta, müeccel mehir, nafaka ve benzeri şeri düzenlemeler dışında bir tazminin gerekli olmadığı görüşüne sahiptir.⁹²¹

Bu konuda kocanın boşama hakkına mani olunması şeklinde özel bir değerlendirme doğrudan bulunmamakla birlikte ilgili başlık altında görüşlerine yer verdiğimiz muasır bazı hukukçular bu şekilde kötüye kullanımını da gerekçeleri arasında göstererek talak yetkisinin erkekten alınarak tamamen mahkemeye devredilmesi gerektiğini ifade ederler.⁹²²

İslam aile hukukunu uygulayan bazı ülkelerde hakkın kötüye kullanımını içerecek şekilde kocası tarafından boşanan kadının zararının koca tarafından tazmini kanunlaştırılmıştır. Cezair, Ürdün, Irak, Suriye gibi ülkelerde bu konu kanunla düzenlenmiştir. Cezayir Aile kanununda, “şayet kocanın talak hakkını kötüye kullandığı sabit olursa hakim kadın lehine tazminata hükmeder” maddesi yer almaktadır.⁹²³ Aynı şekilde Suriye aile kanununda da benzer bir düzenleme söz konusudur. “Erkeğin boşama makul bir gerekçe olmadığı için hakkını kötüye kullandığı ve kadının da zarara uğradığı sabit olursa hakim üç senelik nafaka bedelinden fazla olmayacak bir meblağa tazminat olarak hükmedebilir”⁹²⁴ şeklinde madde talak hakkının kötüye kullanımını engellemeye veya gerçekleşmişse kadının uğradığı zararı ortadan kaldırmaya yönelik düzenlemelerdendir.

2. Boşamayı gerektiren güçlü bir gerekçeye rağmen boşamamak da zarar vermek kastıyla hakkı kötüye kullanımın misallerindendir. Evlilikte aslolan elbette devam ve istikrardır. Ancak eşler arasında ortaya çıkan ve kronikleşen bazı sorunlar evlilik birliğini her iki taraf veya bir taraf için çekilmez kılabilmektedir. Bu gibi durumlarda evliliğin sonlandırılması kaçınılmaz olabilmektedir. İşte böylesi bir durumda kocanın hanımını boşamaması tamamen karısına zarar vermek kastını içerir ve konuyla ilgi nassın doğrudan yasakladığı bir durumdur. “Kadınları boşadığınızda, onlar da

⁹²⁰ Abdurrahman es-Sabuni, *Meda Hurriyetu'z-Zevceyn fi't-Talak fi's-Şeriatu'l-İslamiyye*, Beyrût 1983, 100-118; Sertavi, *Şerhu Kanuni'l-Ahvali's-Şahsiyye*, 237

⁹²¹ Ebu Zehre, *el-Ahvalu's-Şahsiyye*, 304; Ömer el-Aşkar, *el-Vadıh fi Şerhi Kanuni'l-Ahvali's-Şahsiyye'l-Ürdüni*, 286; Sertavi, *Şerhu Kanuni'l-Ahvali's-Şahsiyye*, 236; Nureddin Itr, *Ebğadu'l-Halal*, 158-161

⁹²² Bu konudaki görüşler için bk. “Talak Yetkisinin Mahkemeye Devredilebileceğini Savunanlar” başlığı

⁹²³ Kanunu'l-Üsra, Madde 52

⁹²⁴ Kanunu'l-Ahvali's-Şahsiyye's-Suriyy, Madde 117

bekleme sürelerini doldurduklarında ya onlarla yeniden evlenip iyilikle tutun ya da iyilikle serbest bırakın. Onları zarar vererek haklarını çiğnemek için nikâh altında tutmayın”⁹²⁵ ayeti gerekli hale gelmesine rağmen kocanın boşamaya yanaşmamasının haramlığını açıkça ifade etmektedir.

Bu başlık altında ayrıca kadının haklı gerekçelerle muhalaa talebine kocanın rıza göstermemesi de zikredilebilir. Çalışmamızın ilk bölümünde muhalaa başlığında bu konuyu ayrıntılı şekilde ele almış ve özetle fukahanın neredeyse ittifakla muhalaada kocanın rızasının şart olduğu şeklinde bir görüşe sahip olduğunu ifade etmiştik.

Bu konuda Hz. Ömer’den gelen “kadınlar muhalaa istediklerinde onları geri çevirmeyin”⁹²⁶ şeklinde bir rivayet vardır. Gerek bu rivayet ve gerekse “Kadınları haddi aşarak onlara zarar vermek suretiyle tutmayın (boşamaktan kaçınmayın)”⁹²⁷ ayetini delil olarak alarak erkeğin bu konuda kadının muhalaa talebine itiraz etmesinin hakkın kötüye kullanımı olduğu dolayısıyla kocanın böyle bir hakkının bulunmadığını savunan görüşler de mevcuttur.⁹²⁸

3. Hülle gerekçesiyle boşamak Şari’nin maksadına aykırı şekilde hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmektedir. Zira hülleci her ne kadar nikâh sözleşmesinde yer almasa bile kocasından üç talakla ayrılmış olan kadının ona tekrar helal olabilmesi için boşama tasarrufunda bulunmaktadır. Kaynaklarda boşama tasarrufunu gerçekleştiren hülleciye yönelik uhrevi sorumluluğu hatırlatıcı nas ve ictihadlar dışında bir tedbir söz konusu edilmemektedir. Daha çok yapılan hüllenin kadını eski kocasına helal kılıp kılmayacağı ile ilgili değerlendirmeler yapılmaktadır.

4. Kadını mirastan mahrum edebilmek için boşamak şeklindeki talak-ı far da hakkın kötüye kullanım örneği olarak zikredilir. Bu konu ile ilgili olarak daha önce bilgi verilmişti. Burada kısaca şu hususu hatırlatmakla yetinebiliriz: İslam hukukçuları bu şekildeki talakın sahih olduğu noktasında fikir birliği içerisindeyler. Ancak kişinin bu şekildeki bir niyet ile sadece kadının mali haklarından olan miras konusunda mağduriyet yaşamaması için Şafiiler dışındaki mezhepler kadının gerek iddet içerisinde ve gerekse iddeti sonlansa bile mirastan payını alabileceği şeklinde somut tedbir sadedinde içtihatları

⁹²⁵ Bakara: 2/231

⁹²⁶ Beyhaki, Sünen, VII, 315

⁹²⁷ Bakara: 2/231

⁹²⁸ Dalgın, *İslam Hukukunda Boşama Yetkisi*, 149

benimsemişlerdir. Klasik kaynaklarda bu konuyla ilgili olarak söz konusu tedbir dışında erkeğin talak yetkisini sınırlandırıcı bir içtihadı rastlanmaz.

5. Kadının iddetini uzatacak şekilde ricat sonrasında tekrar boşamak: Bu, rici bir talakla eşini boşayan kocanın kadının iddeti sonlanmak üzereyken ona ricat etmesi ve herhangi bir evlilik ilişkisi yaşamaksızın belli bir süre sonra kadını tekrar boşaması şeklinde gerçekleşmektedir. Açıktır ki koca bu yaptığıyla uzunca süre iddet beklemesini sağlamak suretiyle karısına zarar vermeyi amaçlamaktadır. Bu konuyla ilgili olarak fakihler hakkın kötüye kullanılması suretiyle gerçekleşen ricatin önceki iddeti sonlandırıp sonlandırmayacağı noktasında görüş beyan etmişlerdir. Eski görüşünde İmam Şafii ve Ahmed b. Hanbel'den gelen bir rivayete göre içerisinde zevci münasebet gerçekleşmeyen ricat önceki iddeti sonlandırmaz.⁹²⁹ Ancak fakihlerin çoğunluğuna göre sonrası dikkate alınmaksızın ricatin mutlak şekilde önceki iddeti sonlandıracağı ve koca yeniden boşarsa kadının baştan iddet sayması gerektiğini ifade etmişlerdir.⁹³⁰

Kuran ve Sünnet'te belirlenen prosedüre riayet etmeksizin kadını hayızlıyken, zevci münasebetin bulunduğu temizlik dönemimde veya üç talak hakkının üçünü de aynı anda kullanarak boşamak şeklindeki bid'i olarak sınıflanan talakların tamamı da teassüf/hakkın kötüye kullanımı olarak değerlendirilmeye uygundur. Kaynaklarda bu tarz talakın haram olduğu ittifakla ifade edilirken fukahanın çoğunluğu uhrevi hükmü her ne kadar haramlık olsa da sahih olduğu görüşüne sahiptir. Konuyla alakalı detayları daha önce bid'i talak başlığında ifade ettik ancak burada hakkın kötüye kullanımına bir nevi tedbir olarak değerlendirilecek şu icthadları paylaşmakla yetinelim: Hayız halinde veya kendisiyle cinsel ilişkiye girilen temizlik döneminde boşama İmam Bâkır, Caferu's-Sadık, Şia ve Hariciler, İbn Hazm, İbn Teymiyye, İbnu'l-Kayyım, Şevkani gibi âlimlere göre bu çeşit boşama sünni olmaması dolayısıyla muteber değildir, hukukî hiçbir netice doğurmaz.⁹³¹ Aynı anda verilen üç talak ile ilgili olarak ise İmamiyye, Zahiriler, Hişam b. Hakem ve bazı tabiun ise bidat olan bir talakın geçerli olmayacağı görüşündedirler.⁹³²

⁹²⁹ İbn Kudame, *el-Muğni*, VII, 195; Şirbini, *Muğni'l-Muhtac*, V, 93

⁹³⁰ Serahsi, *Mebhut*, VI, 32; İbn Rüşt, *Bidayetü'l-Müctehid*, 470

⁹³¹ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, IX, 363; Şevkani, *Neylû'l-Evtâr*, VI, 266; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, I, 361

⁹³² İbnu'l-Kayyım, *Zadü'l-Me'âd*, V, 226; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, I, 362

İslam hukuku kadına da istemediği evlilikten kurtulabilmek için bir takım imkânlar vermekle birlikte boşama yetkisini/hakkını kocaya vermiştir. Koca, kendisine verilen bu hakkı kaynaklarda belirlenen prosedüre uygun şekilde kullandığında tabi olarak herhangi uhrevi/dünyevi bir sorumlulukla karşılaşmaz. Kocanın kendisine verilen talak yetkisini kurallara uygun şekilde kullanmaması halinde teassüf/hakkın kötüye kullanımı söz konusu olmaktadır.

Bir hakkın kötüye kullanıldığının tespiti esas itibarıyla sübjektif bir durum olsa da bunun tespiti için belirlenen Şari'nin maksadına aykırı olma, sağlanan faydadan daha çok başkasının zarar görmesi ve tasarrufu amacı dışında kullanma şeklindeki kriterler büyük oranda teassüfün varlığını ortaya koyabilmektedir.

Hukuk sistemlerinde hakkın kötüye kullanımının tespitinden önce koruyucu bir takım kuralların var olup olmadığı önem arz eder. İslam hukukunun konuyla alakalı genel prensip ve kurallarına göz atıldığında aslında mükellef için caydırıcı olması gereken hususların varlığı dikkati çeker. Zira teassüf olarak değerlendirilecek talak şekillerinin uhrevi hükmünün haramlığı gerek naslarda ve gerekse ittifakla ortaya çıkan icthadlarda açıkça ortaya konulmaktadır.

Talakta teassüf tespit edildikten sonraki süreç için geçerli olan tedbir ve yaptırımlarla ilgili olarak ise klasik fıkıh kaynaklarında öncelikle uhrevi sorumluluk yani bu durumun haramlığı ve büyük günah oluşu hatırlatılmıştır. Ölüm hastalığı esansındaki boşama veya hülle gibi mümkün olan bazı durumlarda ise somut tedbirler söz konusu edilebilmiştir. Ancak teassüf için öngörülen işlemlerden çalışmamızın esas konusunu teşkil eden erkeğin boşama tasarrufunun iptali şeklinde bir içtihada klasik kaynaklarda rastlanmamaktadır. Modern dönemde de bu konuyla alakalı olarak somut bir takım cezalandırmalar, daha önce ifade edildiği gibi, bazı İslam hukukçular tarafından dillendirilmiş ve Cezayir, Irak, Suriye ve Ürdün gibi ülkelerde kadının uğradığı zararın tazmini kanunlaştırılmıştır.

3.2.7. Talak Yetkisi – Örf İlişkisi Bağlamında Konunun Değerlendirilmesi

İslam hukukundaki yerleşik kurala göre erkeğe verilmiş olan talak yetkisinin mahkemeye devredilebileceğini savunanların örf ile ilgili olarak dayandıkları iki husus vardır. Bunlardan ilki erkeğin boşama yetkisine sahip oluşunun cahiliye örfünde yer alan

bir uygulama olduğu ve İslam'ın bunu devam ettirdiği dolayısıyla boşama yetkisinin erkekte oluşunun nas ile değil örf ile sabit olduğudur. İkinci husus ise sözlü boşama şeklinin şifahi kültürün baskın olduğu zaman dilimlerinde anlaşılır olduğu ancak artık tamamıyla yazılı kültüre geçilmiş olan zamanımızda ise meşruiyet ve işlevini yazılı işlemlere (mahkemeye) terk etmesinin gerekliliği şeklindedir. Esasında bu iki husus da birbirleriyle yakın şekilde irtibatlıdır.

Biz öncelikli olarak talak yetkisinin erkeğe ait oluşunun cahiliyede ve asr-ı saadette hukuki muamelelerde sözlü ya da yazılı kültürden hangisinin baskın olduğunu daha sonra da İslam'ın konuyla ilgili düzenlemesini ve meselenin örfi mi yoksa nassi mi olduğunu tespit etmeye çalışalım. Bunu yaparken aynı zamanda örf – nass ilişkisine de temas ederek nassın mı yoksa örfün mü etkin ya da edilgen olduğunu da ortaya koymaya çalışalım.

Cahiliye Devri, Asr-ı Saadet ve Sonrasında Hukuki Muamelelerde Sözlü/Yazılı Kültür

İslam öncesi döneme cahiliye ismi, ilk anda akla geldiği gibi okuma yazma bilmeme anlamında değil intikam, savaş, asabiyet, kız çocuklarının gömülmesi, kumar ve türlü şekillerdeki ağırbaşlılık ve ahlakın zıddı anlamında cehl kelimesinden türetilerek verilmiştir.⁹³³

Bu dönemde Araplar genelde göçebe bir kültürün hâkim olduğu ortam içerisinde yaşadıklarından kültürel miras daha çok basit bir geleneksel yapı ile sonraki nesillere aktarılıyordu. Söz konusu bu kültür aktarımı nesebin ezberlenmesi ve kabileye mensup kişilerin geçmişte savaşlarda ve benzeri durumlarda gösterdikleri başarılar şiir, hutbe ve diğer güzel konuşma türleriyle sözlü şekilde gerçekleşiyordu.⁹³⁴

Cahiliye asrında yasama faaliyetini üstlenmiş bir merci dolayısıyla yazılı hukuk kuralları söz konusu değildi. Örf, adet ve gelenekler hukuk kuralı, kabile reisleri ve kâhinler ise anlaşmazlıkların giderilmesi için müracaat edilen merci hükmündeydiler.⁹³⁵

Yazının cahiliye toplumuna ne zaman girdiği tartışmalı olmakla beraber İslami dönemden az önce girmiş olabileceği varsayılmaktadır. Bu kabulün temeli ise ilgili

⁹³³ Ömer Ferruh, *İslam Aile Hukuku*, Trc: Yusuf Ziya Kavakçı, Sebil Yay., İstanbul t.y., 50

⁹³⁴ Adnan Demircan, "Son Peygamber'in Geldiği Coğrafya ve Toplum: Hicaz Bölgesi ve Cahiliye Arapları", *Cahiliye Toplumundan Günümüze Hz. Muhammed*, Fecr Yay., İstanbul 2007, 86

⁹³⁵ Abdulkerim Zeydan, *el-Medhal li Diraseti 'ş-Şeriatı'l-İslamiyye*, Müessesetü'r-Risale, Beyrut 2009, 26

dönemde çok az kişinin yazıyı bilmesi ve dahası Arapların yazıyı gizemli bir unsur olarak değerlendirmeleridir.⁹³⁶ Hukuki muamelelerde de aynı şekilde sözlü kültür baskını dolayısıyla durum çok farklı değildi. Ancak bazı hesaplarda, alacak verecek işlemlerinde, köle mülkiyetine dair bazı vesikalarda ve topluluklar arası anlaşmalar da az da olsa yazının kullanımı söz konusudur.⁹³⁷ Ancak bu durum cahiliye Araplarının sosyal ve ekonomik meseleleri tamamıyla yazıya geçirdikleri dolayısıyla yazılı kültürün bu alanlarda baskın olduğu anlamına gelmemektedir. Özellikle bedeviler arasında yazının neredeyse hiç bilinmediği, şehirlielerin de yazıya alışkın olmadıkları konuyla ilgili verilen bilgiler arasında yer almaktadır.⁹³⁸ Ayrıca bu alanlarda yazı kullanımının yaygın olmadığını ve Kuran'ın müdayene ayetinde mali muamelelerin yazıya geçirilmesini emretmesinin yazının yaygınlaşmasına ivme kazandırmaya yönelik olduğu değerlendirilmesi yapılmaktadır.⁹³⁹

Buraya kadar verilen bilgilerden hareketle sözlü kültürün cahiliyede neredeyse hayatın tüm alanlarında hâkim olduğunu dolayısıyla aile hukuku, evlilik ve talak gibi konuların da aynı hükme tabi olduğunu ifade edebiliriz.

İslam Öncesi Cahiliyede Talak

İslam öncesi cahiliye toplumunda kadına gerek sosyal hayatta ve gerekse aile hayatında kıymet verilmez, birçok haklarından mahrum edilirdi. Talak konusunda da durum benzer şekildedir.

İslam öncesi cahiliye döneminde evlilikler eşlerden birinin vefatının yanı sıra talak, muhalaa, ila, zihar, seby ve sürenin dolması gibi durumlarda sona eriyordu.⁹⁴⁰

Cahiliyede talak, münferit iradeyle evlilik birliğinin sona erdirilmesi şeklinde tarif ediliyordu. Bu dönemde talakın gerçekleşme şekline dair herhangi bir sabite söz konusu

⁹³⁶ Süleyman Gezer, *Kuran'ın Anlaşılmasında Sözlü Hitabın Rolü*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, Ankara 2007, 110-111

⁹³⁷ Kenan Demirayak-Ahmet Savran, *Arap Edebiyatı Tarihi-Cahiliyye Dönemi*, Atatürk Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi, Erzurum 1993, 31

⁹³⁸ Cevad Ali, *Tarihu'l-Arab Kable'l-İslam*, I, 15

⁹³⁹ Gezer, *Kuran'ın Anlaşılmasında Sözlü Hitabın Rolü*, 113

⁹⁴⁰ Bu başlık altında cahiliyede talak yetkisinin kime ait olduğuyla alakalı kısma yoğunlaşacağımızdan evliliği sona erdiren diğer durumlar hakkında detaya girmeyeceğiz. Muhalaa, ila, zihar, süreli nikâhta sürenin dolması gibi hususların evliliği nasıl sonlandırdığı hususlarına ilgili başlıklarda temas edildi. Bu dönemde evliliğin sona erme şekillerinden olan seby ise evli kadının esir düşmesi halinde önceki eşiyle nikâh bağının sonlanması anlamındadır. Mustafa İbrahim Alzalmi, *Medâ Sultani'l-İradeti fi't-Talak fi's-Şerâi' ve'l-Kavânin ve'l-A'raf hilale Erba'ati Âlâf Sene*, İhsan li'Neşr ve't-Tevzi, Birinci Baskı, y.y. 2014, 104

değildi.⁹⁴¹ Boşamayı yapacak olan taraf bu konuda mutlak bir hürriyete sahipti. Aynı şekilde boşamayı gerçekleştirmek için telaffuzu gereken belli bir kalıp ifade de mevcut değildi. Erkek hanımını boşamak istediğinde sen serbestsin, ipin elindedir, babanın evine git ve benzeri cümleleri kurması yeterli oluyordu.⁹⁴²

Bu dönemle ilgili olarak konumuzla alakalı en önemli husus talak yetkisi meselesidir. Cahiliye devrinde talak yetkisi çoğunlukla erkeğe ait olmakla birlikte bazı nüfuzlu kadınlar da bu yetkiyi kullanabilmekteydi. Bu dönemde sosyal statüsü olan bazı kimselerin kızları evlenirken boşama yetkisini erkekten alıyor ve diledikleri zaman evliliğe son verebiliyorlardı.⁹⁴³

Erkek hanımını boşamak istediğinde az önce bahsi geçen ifadeleri kullanarak, kadın erkeği boşamak istediğinde ise boşama lafızlarını açıkça ifade edebildiği bazı işaretler ile de bu işlemi gerçekleştirebiliyordu. Bu işarete önemli bir misal olarak kadının çadırının girişini ters istikamete alması verilebilir. Bu durumda erkek kadının onu boşadığını anlayabiliyordu.⁹⁴⁴

Buraya kadar verdiğimiz bilgilerden cahiliye hukukunda/örfünde boşama yetkisinin asli olarak erkeğin elinde olduğu bazı kadınların da tefviz-i talak yoluyla bu yetkiye sahip olabildikleri anlaşılmaktadır.

Ayrıca bu dönemde talakın adedi konusunda da kabileler arasında farklı uygulamalar mevcuttur. Bazı kabileler talak sayısını üç olarak tatbik ederken bazılarında herhangi bir sınır söz konusu değildir.⁹⁴⁵

Gerek talak yetkilisi, gerek talakın şifahi şekilde tatbiki ve bazı kabilelerde de olsa talakın adedi gibi konularda İslam öncesi Arap toplumunun hukuku ve örfü ile İslam hukukunun sistemi benzerdir. İki sistem arasındaki benzerlikten hareketle İslam talak uygulamasında örfü itibar etmiştir dolayısıyla örf değişince talak sistemi de değişir denilebilir mi sorusuna cevap arayalım.

⁹⁴¹ Reşid Cemili, *Tarihu'l-Arab (fi'l-Cahiliyye ve Asrı'd-Daveti'l-İslamiyye)*, Beyrut 1972, 207

⁹⁴² Mustafa İbrahim ez-Zelmi, *Medâ Sultani'l-İradeti fi't-Talak*, 104

⁹⁴³ İbn Habib, Ebu Cafer el-Bağdadi, *el-Muhabber*, Thk: Eliza Lichtenstater, Daru'l-Âfâki'l-Cedide, Beyrut t.y., 398; Cevad Ali, *Tarihu'l-Arab Kable'l-İslam*, VII, 270

⁹⁴⁴ Habib ez-Ziyat, *el-Meretu fi'l-Cahiliyye*, Kahire 2012, 23

⁹⁴⁵ Mustafa İbrahim Alzalmi, *Medâ Sultani'l-İradeti fi't-Talak*, 105

Nas-Örf İlişkisi Bağlamında Talak Yetkisi

İnsan topluluklarının çeşitli kaynaklardan ortaya çıkan yerleşik davranış biçimleri, muameleleri ve yerleşik luğavi kullanımları şeklinde tarif edebileceğimiz örfün İslam hukukunda da önemli bir yeri vardır. Zira örfün, insanlar ve toplumların birbirleriyle olan ilişkilerini düzenlemede önemli bir işlevi vardır. Bu işlevi bakımından örf, İslam'ın hedefleriyle paralellik arz etmektedir.⁹⁴⁶

İslam'ın bozulmamış ve gayrimeşru özellik taşımayan sahih örfü dikkate almasındaki bir diğer hikmet ise insanların alışık olmadıkları uygulamalarda başarısız olup bir usanma durumuyla karşı karşıya kalmalarının önüne geçmektir.⁹⁴⁷

Cahiliye dönemi uygulamalarının önemli bir kısmına Hz. İbrahim ve Hz. İsmail'in şeriatlarının, Yahudilik ve Hristiyanlığın kaynaklık etmiş olması dikkatlerden kaçmaması gereken önemli bir husustur. İşte bu önemli nedenle de İslam cahiliye örfü üzerinde üç temel işlem gerçekleştirmiştir. Bunlar ibkâ yani mevcut uygulamayı aynen devam ettirme, ıslah yani bozuk yönlerini düzelterip yürürlüğünün devamını sağlama ve son olarak ilga yani tümüyle yürürlükten kaldırmaktır.⁹⁴⁸

İslam hukukunun cahiliye örfü üzerinde tatbik ettiği bu üç temel işlemde ibkâyâ misal olarak alışveriş, rehin, şirket, mudarebe ve kasameyi, ıslaha evlilik, mehir, talak, muhalaayı ve son olarak ilğaya ise nesebe ilhak şeklinde evlat edinmeyi, faizi, kumarı ve kız çocuklarını diri diri gömme gibi uygulamaları örnek olarak zikredebiliriz.⁹⁴⁹

Genel olarak aile hukuku özelde ise talak yetkisi konusunda İslam hukukunun cahiliye örfünü ıslah ederek önceki uygulamayı devam ettirdiğini görüyoruz. Bu durumda talak yetkisinin erkeğe ait oluşunun verdiğimiz bilgiler bağlamında örfi mi yoksa nassi mi olduğu konusunda iki farklı bakış açısı söz konusudur. Bunlardan ilki tarihselci, ikincisi ise geleneksel bakış açısıdır.

⁹⁴⁶ Burada kastedilen elbette şeri esaslara aykırılık arz etmeyen sahih örfüdür. Bk. İhsan Şenocak, *İslam Hukukunda Örfün Hükümlere Etkisi*, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Samsun 2011, 51

⁹⁴⁷ Ebu Sünne Ahmed Fehmî, *el-Urf ve'l-Âde fi Re'yi'l-Fukâha*, Kahire 1947, Matbaatu'l-Ezher, 89

⁹⁴⁸ Ebu Sünne, *el-Urf ve'l-Âde fi Re'yi'l-Fukâha*, 90

⁹⁴⁹ Taha Cabir el-Alvânî, *Eseru'l-Orf fi Fehmi'n-Nusus*, Daru'l-Fikr, Dimeşk 2003, 47

Tarihselci Bakış

Kökleri Eski Yunan’a kadar uzanan tarihselciliğin uzun zaman sistematik bir tarifi söz konusu değildi.⁹⁵⁰ On dokuzuncu yüzyıla gelindiğinde evrimcilik, izafilik, nihilist uydurmacılık ile eş anlamlı tariflerini yapanlar olmuştur.⁹⁵¹ Ayrıca “geçmişte olup biten her şeyin geçmişte kalmasına rağmen etkisini sürdürmesi” veya “tarihin belli bir dönemine ait söz ya da eylemi, cereyan ettiği zamanla sınırlı tutarak anlamak” şeklinde tarifleri yapılmıştır.⁹⁵²

Tarihselci bakış özetle nasların örfe itibar etmiş olmasını Kuran’ın yerel unsurlar içerdiği şeklinde değerlendirmekte olup özel bir tarihi bağlamda nazil olan nasların daha sonraki tarihlerde ve dolayısıyla günümüzde herhangi bir topluma tatbik edilmesinin söz konusu nasların ruhuna aykırı düşeceği, aslolanın nasta yer alan yerel hükmün olmadığı arka planındaki mefhumun asıl olduğu şeklinde bir düşüncedir.⁹⁵³ Diğer bir ifadeyle tarihselciliğe göre nas örften etkilenir ve mevcut örfü dinin genel prensipleri paralelinde o güne özel şekilde tanzim eder. Söz konusu nassın daha sonraki zaman ve toplumlardaki işlevi aynıyla değil sadece mefhum olarak tatbikidir. Dolayısıyla nazil olduğu döneme özel içerdiği hüküm tarihsel olarak değerlendirilmektedir.

Tarihselci bakış açısının önemli temsilcilerinden Fazlurrahman bu bakış açısını şu ifadelerle özetlemektedir: “Önce zamanımızdan Kurân’ın indirildiği zamana gitmeli; sonra oradan tekrar kendi zamanımıza dönmeliyiz”⁹⁵⁴

Diyanet İşleri Eski Başkanlarından Ali Bardakoğlu da Kuran’ı Kerim’in nazil olduğu dönemin sosyal ve kültürel yapısını dikkate aldığını ve özellikle de aile hukuku ile düzenlemelerde erkeğin baskın olduğu şeklindeki hâkim anlayışa uygun hükümler getirdiğini dolayısıyla boşama yetkisinin erkeğe verilmesinin de bu şekilde yeniden değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir.⁹⁵⁵ Konuyla ilgili olarak İlhami Güler ise Kuran’ın nazil olduğu dönemde ve öncesinde ilgili coğrafyada baskın olan ataerkil

⁹⁵⁰ İhsan Şenocak, *İslam Hukukunda Örfün Hükümlere Etkisi*, 54

⁹⁵¹ Abdullah Laroui, 1998, *Tarihselcilik ve Gelenek*, İstanbul: Vadi Yay., 145

⁹⁵² Özlem Doğan, *Tarih Felsefesi*, Ara Yay., İstanbul 1992, 145; Hasan Uçar, “Tarihselciliğin Tarihi”, *İnkışaf Dergisi*, 2005, Kasım-Ocak sy., 13

⁹⁵³ Fazlurrahman, *İslam*, (trc. Mehmet Dağ-Mehmet Aydın), İstanbul: Selçuk Yayınları. s. 55; Malise Ruthven, *Islam in the World*, New York 2000, Oxford University, 36-37

⁹⁵⁴ Fazlur Rahman, *İslâm ve Çağdaşlık*, 73-74

⁹⁵⁵ Ali Bardakoğlu, “Evliliğin Sona Ermesi”, *Diyanet İşleri Başkanlığı Konulu Kur’ân-ı Kerim Tefsiri (Örnek Fasikül)*, Ankara 2001, 45; a.mlf., “İslâm Hukukunda Boşama Yetkisi, Bu Yetkinin Sınırlandırılması ve Devri”, *Kadın ve Aile Sempozyumu*, Mehir Vakfı, Konya 1998, 12-13

kültüre atıf yaparak boşama yetkisinin erkeğe verilmesinin bu bağlamda değerlendirilmesi dolayısıyla günümüze hitap edemeyeceği kanaatindedir.⁹⁵⁶ Tarihselci bakış açısında örf etkin/aktif, nas ise pasif konumdadır.

Netice itibariyle bu bakış açısının esasları bağlamında nasların tanzim ettiği şekliyle talak yetkisi Kuran'ın indiği dönemde var olan kültürel yapı içerisinde toplumu, aileyi ve özellikle kadını muhafaza edebiliyordu ancak bugün örf ve kültürün değişmesi sebebiyle naslardaki düzenlemenin o güne has olduğu anlaşılmaktadır. Daha açık bir şekilde ifade edecek olursak boşama yetkisi bugün mahkemelere devredilmelidir zira bugünün örfü bunu gerektirmektedir.

Geleneksel Bakış Açısı

Geleneksel bakış açısına göre cahiliyede kadına bir nevi zulüm aracına dönüşmüş olan talak sistemindeki sınırsız boşama ve benzeri arızalar giderilmiş ve İslam'da da muhafaza edilmiştir. Dolayısıyla talak yetkisi daha önce olduğu gibi yine erkeğe verilmiştir. Bu bakış açısına sahip olan çoğunluğa göre naslar örf üzerinde ibka ya da ıslah şeklinde bir takirde bulunursa ilgili konu artık örfi değil nasla tanzim edilmiş dini bir kurala dönüşür. Bu bakış açısının temel argümanı Şâri'nin sahih örfü dikkate alması cahiliyede var olan birçok uygulamanın daha önceki peygamberlerin şeriatlarına ait olan hükümler olduğu ve nasların bunları ıslah ettiği şeklindeki düşüncedir.⁹⁵⁷

Kuran'ın nazil olduğu ortamda hâkim kültürün sözlü olduğunu, birçok hukuki muamelede sözlü şekilde işlem yapıldığını görebiliyoruz. Fakat Kuran ve Sünnet'in talak yetkisinin kullanımını sözlü kültürün etkisini hissettirecek şekilde tanzim etmiş olması, naslardaki ana mesajın evrensel, önerilen yöntem ve kullanılan öğelerin tamamen tarihsel olduğu sonucuna götürmez. Bu noktayı birkaç açıdan temellendirebiliriz:

1. Öncelikle sözlü kültür sadece aile hukuku, nikâh ve talak gibi işlemlerde değil borçlar hukukunu ilgilendiren meselelerin birçoğunda da cari idi. Bunu, daha önce verdiğimiz bilgiler ışığında Araplarda özellikle bedevilerde yazının yaygın olmamasından anlayabiliyoruz.⁹⁵⁸

⁹⁵⁶ İlhami Güler, "Kur'ânda Kadın-Erkek Eşitsizliğinin Temelleri", *İslâmi Araştırmalar*, 5(4), Eylül 1991, 314

⁹⁵⁷ İhsan Şenocak, *İslam Hukukunda Örfün Hükümlere Etkisi*, 52

⁹⁵⁸ Süleyman Gezer, *Kuran'ın Anlaşılmasında Sözlü Hitabın Rolü*, 110-111

2. Cahiliyede borçlar hukuku alanında fasit bir takım muamelelerin varlığı söz konusu olsa da alacakların ispat ve tahsili yazı ve şahitler marifetiyle probleme dönüşmemişken “*Ey iman edenler! Belli bir süre için birbirinize borçlandığınız zaman bunu yazın*” (el-Bakara, 2/282) ayetinde borcun yazılmasını emredilmesi söz konusu olduğu halde aile hukuku gibi kadının o dönemde ciddi zarar gördüğü⁹⁵⁹ evlilik ve talak gibi konularda da bunun emredilmesi gerekmez miydi?

3. İslam’ın cahiliyedeki talak sistemini mutlak olarak ikrar etmemesi, kadına da tefviz-i talak dışında evliliği sona erdirebilme hakkı vermesi, erkeğin talak yetkisini mutlak özgür şekilde kullanmasını engelleyici tedbirler alması, talak sayısını sınırlaması ve talak sonrasında kadının mali haklarını muhafaza altına almış olması ve benzeri ciddi bir takım ıslah işlemleri sonrası yürürlüğünü devam ettirmesi sadece o gün için örfün dikkate alındığı şeklindeki düşüncüyü nefyeder.

4. Cahiliyedeki var olan ve İslam’ın gerek aynen gerekse ıslah sonrası ikrar ettiği uygulamaların önceki peygamberlerin şeriatlarına ait olması⁹⁶⁰ nasların dikkate aldığı ve tarihsel olduğu iddia edilen şeyin mutlak örf olmadığını ortaya koymaktadır. Yapılan şey daha önceki zaman ve toplumlarda da var olan ancak bozulmuş bir takım uygulamaları belki asli hallerine çevirmek olduğu da pekâlâ söylenebilir.

5. Kuran’ın ve Sünnet’in dolayısıyla dini hükümlerin nazil ve varid olduğu çağın örfünü dikkate aldığı bir gerçektir. Ancak bu, ibadetler de dâhil tüm alanlarda ve mutlak şekilde gerçekleşmemiştir. Tarihselci bakış neredeyse İslam hukukunun tüm alanlarında mevcut örfü dikkate almakta, özellikle muamelat alanında o güne ait olan öğelerin tarihsel mesajın ise evrensel olduğunu iddia etmektedir.⁹⁶¹ Ancak bu, iyice düşünüldüğünde dine/fıkha dinamizm kazandırmaktan ziyade sabitesi olmayan hitap ettiği çağı/zamanı takrir eden bir din karşımıza çıkaracaktır. Bu da, disipline ve tanzim eden değil mevcudu makul ve meşrulaştıran bir din anlamına gelmektedir ki İslam hukukunun temel iddiasına ters bir durumdur.

⁹⁵⁹ ez-Zelmî, *Medâ Sultani'l-İradeti fî't-Talak*, 104

⁹⁶⁰ Ebu Sünne, *el-Urf ve'l-Âde fî Re'yi'l-Fukâha*, 90

⁹⁶¹ Bu minvalde bir bakış açısı için bk: Emrah Dindi, *Kuran'da İslam Öncesi Kültürün İzleri (Muamelat Örneği)*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2014.

3.2.8. Kamu Otoritesinin Mübah Alana Müdahalesi Bağlamında Talak

İslam hukukunda yapılması talep edilen farz, mendup veya terkedilmesi emredilen mekruh ve haram hükmüne sahip konular dikkatle incelendiğinde her birinin mükelleflerin maslahatını temin ettiği görülecektir. Teklifi hükümlerden mübah ise mükellefin yapıp yapmama konusunda muhayyer bırakıldığı nötr bir hükümdür. İşte bu nedenledir ki devlet başkanının Müslümanların maslahatları söz konusu olduğunda mübah alanda bazı tasarruflarda bulunup bulunamayacağı konusunda değerlendirmeler yapılmış ve bir takım ilkeler tespit edilmiştir. Biz çalışmamızın bu bölümünde öncelikle mübah hakkında kısa bilgi verdikten sonra devlet başkanının bu alana müdahalesinin imkânı, prensip ve sınırlarını değerlendirip medeni hukuk alanında bunun mümkün olup olmadığı konusuna değineceğiz.

İbaha sözlükte “*ortaya çıkmak, ilan etmek, bir şeyi kullanmak için izin vermek, helal kılmak*” ve benzeri anlamlara gelmektedir. Aynı zamanda mahzur yani yasağın zıddıdır.⁹⁶² Mübah ise ibaha masdarından ism-i meful kalıbında isimdir. İstılahta ise gerek usul ve gerekse fûru açısından ibahanın/mübahın farklı tarifleri söz konusu olmuştur. Usulcüler ibahayı “*bir şeyi yapmak veya terketmek arasında mükellefin muhayyer bırakıldığı fiiliyle alakalı Şâri’in hitabıdır*”; fukahâ ise ibahayı “*sınırı aşmaksızın failin dilediği fiili yapmasına izin vermektir*” şeklinde tarif etmişlerdir.⁹⁶³ Fakihler özellikle Hanefiler ibahayı hazrın (haramın) zıddı olarak kullanmaktadırlar. Bu hususu yansıtan bir tarif de yapmaktadırlar: “*mübah, cezayı ve sevabı gerektirmeyecek şekilde mükellef için caiz kılınan şeydir*.”⁹⁶⁴

Kamu otoritesi veya devlet başkanı İslam hukuku kaynaklarında veliyyü’l-emr kavramıyla ifade edilmektedir. Veliyyü’l-Emr ifadesi ıstılahta “*ümmetin işlerini üstlenen ve yürüten ve velayet-i amme (kamu otoritesi) sahibi olan kimse*” anlamındadır. Nitekim velayet “*kamu adına tasarrufla bulunma hakkına sahip olma*” şeklinde tarif edilmiştir.⁹⁶⁵

⁹⁶² İbn Manzûr, *Lisanu’l-Arab*, IV, 4141

⁹⁶³ Cürçânî, Ebu’l-Hasen Seyyid Şerif Ali b. Muhammed b. Ali, *et-Ta’rifât*, Daru’l-Kütübi’l-İlmiyye, Beyrut 1983, 8; Âmidî, Ebu’l-Hasen Ali b. Muhammed Seyffeddin, *el-İhkâm fî Usuli’l-Ahkâm*, Daru’s-Samii, Riyad 2003, I, 63

⁹⁶⁴ Şirazi, Ebu İshak İbrahim b. Ali, *et-Tefsira fî Usuli’l-Fıkıh*, Daru’l-Kütübi’l-İlmiyye, Beyrut 1995, 536

⁹⁶⁵ İbn Abidin, *Reddü’l-Muhtar*, I, 548

Devlet başkanının, dinin muhafazası, adaletle hükmetmek ve ümmetin maslahatını gözetmek ve zararları ortadan kaldırmak gibi önemli görevleri vardır.⁹⁶⁶ Devlet başkanının haklarının en önemlisi ise ümmetin ona itaat etmesidir.⁹⁶⁷ Bu konuya, “*Ey iman edenler! Allah'a itaat edin. Peygamber'e ve sizden olan ulu'l-emre (idarecilere) de itaat edin*” (Nisa, 3/59) ayeti sarîh şekilde delalet etmektedir.

Devlet başkanının yasama yetkisini kullanımın mahiyet ve şartları, hakkında nas veya icma bulunan ve bulunmayan konularda farklılık arz etmektedir. Hakkında nas veya icma bulunan konularda devlet başkanının görevi, öncelikle nasla kati şekilde sabit olan ve müçtehitlerin icma ettiği hükümleri, icma oluşmayan konularda ise müctehid ise kendisinin değilse müçtehitlerden birinin istinbat ettiği hükmü tercih ederek pozitif nitelikli hukuk normu oluşturmak ve yürürlüğünü sağlamaktır.⁹⁶⁸ Konuyla alakalı herhangi bir nassın bulunmadığı durumlarda ise devlet başkanı şer'i şerifin gözettiği maslahatlara riayet etmek ve mefsedetleri ortadan kaldırmaya yönelik adımlar atmak durumundadır. Elbette devlet başkanının bu alandaki yetki ve tatbikatı İslam'ın çizdiği çerçeve ile sınırlıdır.⁹⁶⁹ Devlet başkanı söz konusu çerçevenin dışına çıktığında kendisine itaat edilmemesi prensibi de söz konusudur. Hz. Peygamber de bir hadisinde de şöyle buyurmaktadır: “*İtaat ancak maruf olan şeydedir.*” Bir başka rivayet de “*kişinin ister hoşuna gitsin isterse gitmesin, masiyetle emrolunmadıkça, işitme ve sonrasında itaat etmesi gerekir. Masiyet olursa itaat yoktur*”⁹⁷⁰ şeklindedir.

Devlet başkanının mübahları ilzam veya men edebilme yetkisiyle alakalı olarak sarîh bir ayet bulunmamaktadır. Zira Şâri'in mübahtan maksadı mükellefin muhayyer bırakılmasıdır. Ancak Hz. Peygamber'in vahiyle itiraza uğramayan bazı uygulamalarının devlet başkanı için söz konusu yetkinin var olduğuna zımnen delalet ettiği ifade edilmektedir. Hz. Peygamber şöyle buyurdu: “*Sizden kim kurban keserse üç gecedен sonra evinde et kalsın. Ertesi yıl olunca (ashab) dedi ki: Ya Rasulallah geçen yıl yaptığımız gibi mi yapalım? O şöyle dedi: “Yeyiniz, yediriniz ve saklayınız. Söz konusu*

⁹⁶⁶ Ebu Ya'lâ, Muhammed b. Hüseyin b. Muhammed b. Halef, *el-Ahkamu's-Sultaniyye*, Talik: Muhammed Hamid Faki, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2000, 27; Ali Haydar, *Düreri'l-Hükkam*, I, 57

⁹⁶⁷ Ebu Ya'lâ, *el-Ahkamu's-Sultaniyye*, 28

⁹⁶⁸ Talip Türcan, “İslam Hukukunda Yasamanın Yargı Yoluyla Denetlenmesi”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy. 3, 2004, 147

⁹⁶⁹ Maverdi, *el-Ahkamu's-Sultaniyye*, 40

⁹⁷⁰ Buhari, Ahkam, 4

yılda zor geçim ve açlık vardı. İnsanlara yardımcı olmanızı istemiştin.”⁹⁷¹ Bu hadis Hz. Peygamber’in mübah bir husus olan kurban etlerinin saklanması konusunda maslahat gereği başlangıçta bir yasak getirdiği ve daha sonraki yıl bu yasağı kaldırdığını ifade etmektedir. Bu hususta Kuran’da Hz. Peygamber’e bir itiraz da söz konusu olmamıştır. Buradan açıkça anlaşılıyor ki devlet başkanının mübah olan bir takım hususları ilzam veya men etme yetkisi mevcuttur.⁹⁷² Ayrıca devlet başkanının sorumlulukları arasında ümmetin maslahatını temin ve onlardan zararı def etme de mevcuttur.⁹⁷³ Bu hususu yerine getirebilmesi için de Kuran ve Sünnet’in gözetmiş olduğu maslahatları (maslahat-ı mutebere) devlet başkanının da gözetmesi gerekir. Nitekim İslam’ın teklif ettiği tüm hükümlerin dünya ve ahiret konusunda kulların maslahatına dönük olduğu genel kabul gören bir husustur.⁹⁷⁴ Ayrıca İslam, hem ferdin hem toplumun maslahatını gerçekleştirmeyi amaçlamaktadır. Bu hususu da yine kamu otoritesinin mübah alana müdahil olabileceğinin bir delili olarak zikredebiliriz.

Konumuzla alakalı olarak talak konusunun mübah alana dâhil olup olmadığının da tespiti önem arz etmektedir. Fakihler talakın meşru bir uygulama olduğunda Kitap ve Sünnet’te yer alan delillerden hareketle ittifak etmişlerdir. Konuyla ilgili olarak icma da mevcuttur. Fakat talakın teklifi hükümlerden hangisiyle vasıflanacağı konusunda ihtilaf vardır.

Hanefilerde asıl olan görüşe göre talak mübah bir uygulamadır.⁹⁷⁵ Şayet kadın kocaya eziyet veriyorsa ve ibadetlerini terketme gibi bir durum söz konusuysa talak müstehaptır. Şayet güzel bir şekilde evli kalma ihtimali kalmamışsa vacib; Kuran ve Sünnet’te belirlenen prosedürlere uygun olmayacak şekilde, bid’î olarak gerçekleşen talak ise haram kabul edilmiştir.⁹⁷⁶

⁹⁷¹ Buhari, Edâhî, 16

⁹⁷² Hüseyin Hindavî, “Davabitu Salâhiyyeti Tasarrufi’l-İmam bi’l-İbaha”, *Mecelletü’l-Adl*, sy. 66, Zül’l-Ka’de 1435, 344

⁹⁷³ Ebu’l-Fazl Muhammed b. Abdilvehhab el-Arec, *Tahriru’s-Süluk fi Tedbiri’l-Müluk*, y.y. t.y., 27

⁹⁷⁴ İzz b. Abdisselam, Ebu Muhammed es-Sülem, *Kavaidu’l-Ahkam fi Mesalihi’l-Enâm*, Thk.: Nezih Kemal Hammad-Osman Cuma Damiriyye, Daru’l-Kalem, Dimeşk 2000, II, 73

⁹⁷⁵ İbn Abidin, *Reddü’l-Muhtar*, III, 227-228

⁹⁷⁶ İbn Abidin, *Reddü’l-Muhtar*, III, 227-228; Zeydan, *el-Mufasssal*, VII, 351

Malikilere göre talak uygulama olarak caiz olmakla birlikte Hanefilerde zikrettiğimiz durumlara benzerlik söz konusu olduğunda vücut, hurmet, nedb veya kerahet söz konusu olabilmektedir.⁹⁷⁷

Şafii mezhebinde ise talak, ila söz konusu olduğunda veya şiddetli geçimsizlik neticesinde hakemlerin talakı gerekli görmesi durumunda vaciptir. İstikamet sahibi olmayan bir kadına talak verilmesi mendub; herhangi bir gerekçe olmaksızın gerçekleşirse mekruh; eşini sevmeme ve ondan istifade edememe durumunda mübah ve bid’î olarak gerçekleşmesi halinde ise haramdır.⁹⁷⁸

Hanbeliler de ise talak vacib, mendub, mübah, mekruh ve haram olmak üzere beş kısımda değerlendirilmiştir. Geçimsizlik ve kötü ahlaklı kadına ihtiyaç halinde talak vermek mübah; hiçbir gerekçe olmaksızın boşamak mekruh; bid’î olarak gerçekleşen talak haram; hanımına ilâda bulunup dönmemeye yemin eden kimsenin talakı vacip; sevgisizlik, ibadetlerde kusur ve ihmal ve benzeri durumlarda ise müstehap olarak değerlendirilmiştir.⁹⁷⁹

Talakın mübah bir tasarruf olduğu görüşünü savunanlar şu delilleri kullanmışlardır:

1. “Ey peygamber! Kadınları boşamak istediğinizde onları iddetlerini dikkate alarak (temizlik halinde) boşayın ve iddeti sayın” (Talak, 65/1) ve “Kendilerine el sürmeden ya da mehir belirlemeden kadınları boşarsanız size bir günah yoktur” (Bakara, 2/263) ayetleri konuyla ilgili olarak delildir. Ayetlerin hükme delalet vecihleri ise şöyledir: İlk ayette boşama prosedüründen bahsedilmekte ancak boşamanın hükmüne temas edilmemektedir. Ancak şayet talak mübah olmasaydı ayet onun nasıl olması gerektiğinden bahsetmezdi. Ayet peygambere hitap içerse de emir fiil cemii olarak geldiğinden hüküm umumidir.⁹⁸⁰ İkinci ayette ise “لا جناح عليكم” “size bir günah yoktur” ifadesi ümmetten zorluğun kaldırılması anlamındadır ki bu da mubahlık anlamına gelmektedir.⁹⁸¹

⁹⁷⁷ Derdir, eş-Şerhu’l-Kebir, II, 361

⁹⁷⁸ Zeydan, el-Mufasssal, VII, 350-351

⁹⁷⁹ Buhutî, Keşşafu’l-Kinâ’, V, 232

⁹⁸⁰ Âmidî, Ebu’l-Hasen Seyyidüddin Ali b. Ebi Ali b. Muhammed b. Salim, el-İhkam fî Usuli’l-Ahkâm, Thk: Abdurrezzak Afifi, el-Mektebü’l-İslami, Beyrut t.y., II, 261

⁹⁸¹ Bâkılânî, Muhammed b. Tayyib b. Muhammed b. Cafer b. Kasım, et-Takrib ve’l-İrşad, Thk: Abdulhamid b. Ali Ebu Zenid, Müessesetü’r-Risale, y.y. 1998, III, 170

2. Hz. Peygamber eşi Hz. Hafsa'yı herhangi bir kötü ahlakı ve yaşlılık gibi bir problemi olmadığı halde boşanmış ve sonrasında ricat etmiştir.⁹⁸² Konuyla alakalı olarak vahiy de söz konusu olmuş ve Hz. Peygamber'e eşine geri dönmesi emredilmiştir.⁹⁸³

3. Hz. Peygamber'in "*Allah'a en sevimsiz olan helal, talaktır*" hadisinde de helalden kasıt "*yapılması tercih edilmeyen fiil*" anlamındadır dolayısıyla vacip veya mendup değildir. Hadis bu veçhiyle talakın mübahlığına delalet etmektedir.⁹⁸⁴

4. Sahabeden Hz. Ömer, Abdurrahman b. Avf, Muğire b. Şube ve Hz. Hasan da eşlerini boşamışlardır.⁹⁸⁵ Önde gelen bir çok sahabinin talakı bizzat tatbik etmiş olmaları asıl itibariyle talakın mübah oluşunu teyit edici niteliktedir.

5. Bu görüş sahipleri talakın, ıskat yoluyla milkin izalesi sadedinde olduğunu köle azat etmek nasıl mübah ise aynı şekilde talakın da mübah olduğunu savunurlar.⁹⁸⁶

Hanefi fukahasıdan Kasani, İbnu'l-Hümmam, Baberti ve İbn Abidin gibi isimlerin yanı sıra *Fetava-yı Hindiyeye*'de de "*talak asıl olarak haram, ihtiyaç dolayısıyla mübahdır*"⁹⁸⁷ denilmektedir. Ayrıca Şafii, Maliki ve Hanbeli hukukçular da talakta asıl olanın haramlık olduğu görüşünü benimsemişlerdir.⁹⁸⁸

Bu görüşü benimseyenler ise şu delilleri ileri sürmüşlerdir:

1. Nikâh sünnet olan bir akittir. Hatta vaciptir de denilebilir. Dolayısıyla talak sünneti kesip atmak, vacibi kaçırmak anlamına gelmektedir. Ayrıca meşru bir sebep olmaksızın talak vermek nimete nankörlük etmek anlamına gelmektedir. Bu ise haramdır veya en azından kerahet içermektedir.⁹⁸⁹

2. Meşru bir gerekçe olmaksızın boş(a)nmak nikâh gibi önemli bir nimete karşı nankörlük etmektir.⁹⁹⁰ Zira ayette "*Onlara ısınıp kaynaşasınız diye size kendi türünüzden*

⁹⁸² Ahmed b. Hanbel, Talak, 13; İbn Mace, Sünen, Talak, 1; Abdulaziz Buhari, Keşfu'l-Esrar, II, 64

⁹⁸³ Hakim, Müstedrek, IV, 16

⁹⁸⁴ İsnevî, Abdurrahim b. Hasen b. Ali, *Nihayetü's-Sül Şerhu Menhaci'l-Vusûl*, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1999, 34

⁹⁸⁵ Serahsî, *Mebsut*, VI, 3; Zeydan, *el-Mufasssal*, VII, 352

⁹⁸⁶ Serahsî, *Mebsut*, VI, 3; Sıgnâkî, Hüseyin b. Ali b. Haccac b. Ali, *el-Kafi Şerhu'l-Pezdevi*, Thk: Fahrudin Seyyid Muhammed Kant, Mektebetü'r-Rüşd, y.y. 2001, V, 2232; İbn Abidin, *Reddu'l-Muhtar ale'd-Dürri'l-Muhtar*, III, 228

⁹⁸⁷ Komisyon, *el-Fetava'l-Hindiyeye*, Daru'l-Fikr, 2. Baskı, y.y. 1310, I, 348

⁹⁸⁸ Zeydan, *el-Mufasssal*, VII, 352

⁹⁸⁹ Kasani, *Bedaiu's-Sanai*, III, 95

⁹⁹⁰ İbn Abidin, *Reddu'l-Muhtar ale'd-Dürri'l-Muhtar*, III, 228

eşler yaratıp aranızda sevgi ve şefkat duyguları yerleştirmesi de O'nun kanıtlarındandır"⁹⁹¹ buyurulmaktadır.

3. Meşru bir gerekçe olmaksızın talakın kullanılması kadına eziyet anlamına gelir ki bu durumda "*Eğer (hanımlarınız) size itaat ederlerse artık onların aleyhine başka bir yol aramayın*"⁹⁹² şeklindeki ayette belirlenen ilkeye aykırı hareket edilmiş olmaktadır.⁹⁹³

Her iki görüş incelendiğinde talaka haramdır diyenlerin genelde meşru bir gerekçe olmaksızın kullanımına dair hükmü hatırlattıkları görülmektedir. Hâlbuki her ne kadar böylesi durumlarla sık şekilde karşılaşılrsa bile aslolan İslam'da evliliğe son vermeye müsaade edilmiş olmasıdır. Belirlenen prosedürlere aykırı davranılması halinde aslı değil vasfı itibariyle mekruh, haram gibi hükümler alabilse de talakın asıl itibariyle mübah bir tasarruf olduğu yönündeki görüşün meselenin izahında diğer görüşten daha önde olduğunu ifade edebiliriz.

Burada ayrıca mubahın kısımlarından ve talakın mubahın hangi kısmına dâhil olduğundan bahsetmemiz gerekmektedir. Usulcüler mubahı genel olarak iki kısımda değerlendirmişlerdir:⁹⁹⁴

1. Mubahın birinci çeşidi kocanın boşama yetkisi veya birden fazla kadınla evlenebilme gibi hususi şeri naslarla sabit olan ve kişilere verilmiş olan yetki ve haklardır.

2. Dinin, mutlak bir yetki veya bir hak olarak değil de genel faydalanma izni verdiği veya genel anlamda helal kıldığı yeme-içme, alışveriş yapma ve benzeri durumlar da ikinci kısım mubahlardandır.

Birinci türdeki mubahlar kişilere özel bir yetki veya hak olarak verilmiş olmalarıyla ikinciden farklılık göstermektedir. Birinci kısımdaki mubahın şeri naslarla sabit olduğu ve "*mevrid-i nasta içtihadı mesağ yoktur*"⁹⁹⁵ "ilkesinden hareketle içtihadı kapalı olduğu ifade edilmiştir."⁹⁹⁶ Ayrıca devlet başkanının, naslarla sabit haklar dışında kalan mübahları ilzam yahut men etmesi durumunda itaatın vacip olduğu, naslarla sabit haklara dair bir

⁹⁹¹ Rum: 30/21

⁹⁹² Nisa: 4/34

⁹⁹³ İbn Nüceym, Zeynuddin b. İbrahim b. Muhammed, *el-Bahru'r-Raik Şerhu Kenzi'd-Dekaik*, Daru'l-Kitabi'l-İslami, 2. Baskı, y.y. t.y., III, 254

⁹⁹⁴ Düreynî, *Nazariyyetü't-Teassufi' İsti'mali'l-Hak*, 206

⁹⁹⁵ Mecelle, Madde 13

⁹⁹⁶ Muhammed Biltaci, *Dirasât Mukarene fi Ahkami'l-Usra*, Mektebetü's-Şebab, y.y. 1985, 524

müdahelenin ise “*yaratıcıya masiyetin söz konusu olduğu durumlarda mahlûka itaat yoktur*”⁹⁹⁷ ilkesi gereği kabul edilemeyeceği görüşü de mevcuttur.⁹⁹⁸

Bu değerlendirmeyi teyit sadedinde teması gereken bir diğer husus da şudur ki kocanın talak yetkisi iskatî haklardandır. Yani bir şekilde kullanılması halinde sonuç doğuran tasarruflardandır.⁹⁹⁹ Az önce de ifade ettiğimiz gibi bu haklar kamuya açık olmayıp kişinin şahsına ait olma özelliği taşıyan özel kul hakları kapsamında değerlendirilmiştir.¹⁰⁰⁰

Kamu otoritesinin mubah alanda kısıtlama veya yasak getirip getiremeyeceği meselesinde tartışılan önemli konulardan biri de mubahın/cevazın şeri bir hüküm olup olmadığıdır. Bu konu yakın tarihimizde devletin bu alana müdahalesi konusuyla ilişkili şekilde ele alınmıştır.¹⁰⁰¹

Öncelikle konuya ilişkin klasik usulcülerin değerlendirmelerini kısaca ortaya koymaya çalışalım. Klasik usulcüler arasında bu konuda iki temel bakış açısı bulunmaktadır. Usulcülerin çoğunluğuna göre mubah şerî hükümlerdendir. Hatta bu konuda usulcüler arasında icma olduğu da ifade edilmiştir.¹⁰⁰² Ancak bu görüşte olan usulcülerin çoğunluğu Şari'in hitabıyla belirlenen mubahın şeri hüküm olduğu şeklinde bir kabule sahip olduklarını beyan etmişlerdir.¹⁰⁰³ Cumhura göre hakkında şeri hitap var olan mubahı şeri hüküm kabul etme eğilimi ağır bassa da şeri hitap var olsun olmasın yani mubah ister şeri bir delille ister ibaha-i asliyye ile sabit olsun yine de şeri bir hükümdür görüşünde olan usulcüler de vardır.¹⁰⁰⁴

⁹⁹⁷ İbnu'l-Kayyim, Muhammed b. Ebî Bekr, *İ'lâmu'l-Muvakkîn an Rabbi'l-Alemîn*, Dâru'l-Hadîs, Kâhire t.y., I, 58

⁹⁹⁸ Muhammed Zahid el-Kevseri, *Makalâtu'l-Kevseri*, 106

⁹⁹⁹ Esas itibariyle iskatî olmayan bey, nikah ve benzeri tasarruflar da sonuç doğurur ancak siyaseten yasaklanmışsa kamu otoritesi kazanılan hakkın iadesini sağlayabilir. Ancak talak hakkında bu şekilde bir durum söz konusu değildir.

¹⁰⁰⁰ Ali Bardakoğlu, “Hak”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, İstanbul 1997, XV, 143

¹⁰⁰¹ Yılmaz, *İslam Hukukunda Kamu Otoritesinin Mubahı Sınırlandırması*, 31

¹⁰⁰² Razi, Fahreddin, *el-Mahsul fi İlmi'l-Usul*, Thk.: Cabir Feyyad el-Alvani, Müessesetü'r-Risale, y.y. t.y., II, 213-214; Yılmaz, *İslam Hukukunda Kamu Otoritesinin Mubahı Sınırlandırması*, 32

¹⁰⁰³ Sellam Medkur, *Nazarıyyetü'l-İbaha inde'l-Usulıyyin ve'l-Fukaha*, Daru'n-Nehdati'l-Arabiyye, Kahire 1984, 25; İbrahim Kafi Dönmez, “Mubah”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, Ankara 2020, XXX, 341

¹⁰⁰⁴ Muhibbullah b. Abdüşşekûr el-Bihârî, *Müsellemü's-Sübût* (Fevâtihu'r-Rahamût bi Şerhi Müsellemi's-Sübût ile birlikte), Tsh. Abdullah M. Muhammed Ömer, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2002, I, 91

Mutezili usulcü Ebu'l-Kasım el-Belhi'ye nispet edilen görüşe göre ise mubah şeri bir hüküm değildir.¹⁰⁰⁵ Ancak bu görüşle ilgili detaylara bakıldığında Belhi'nin kastının daha çok şeri hitabın öncesi ile alakalı olduğu görülmektedir. Şöyle ki bir şey yapıldığında veya yapılmadığında zorluk, sıkıntı söz konusu olmuyorsa bu, şeri hitaptan önce olduğu gibi sonrasında da mubah olarak kalmaya devam edecektir. Ayrıca şeri hükümler arasında mubah yoktur zira aslında her mübah, yapılmasıyla/terkiyle bir vacibi/mendubu işleme veya mekruhtan/haramdan sakınma anlamındadır. Bu da şeri hükümler arasında mubahın yer almadığını göstermektedir.¹⁰⁰⁶

Bu usuli tartışma yakın tarihimizde kamu otoritesinin mubah alanda sınırlandırma yapıp yapamayacağı konusu bağlamında ele alınmıştır. Mansurizade Said bu konuda müstakil makaleler kaleme almış¹⁰⁰⁷, Mutezili usulcülerin görüşlerini kendisine esas kabul etmek suretiyle birden fazla kadınla evlenmenin yasaklanması gerektiği görüşünü bu şekilde temellendirmeye çalışmıştır.¹⁰⁰⁸ Günümüz İslam hukukçularından Ali Bardakoğlu ve Abdullah Kahraman da Mansurizade Said'in bu görüşünde isabetli olduğu görüşüne sahiptir.¹⁰⁰⁹

Konuyla ilgili karşıt görüş ise ilgili süreçte İzmirli İsmail Hakkı ve Babanzade Ahmed Naim tarafından dile getirilmiş ve mubahın şeri bir hüküm olduğunu beyana çalışmışlardır.¹⁰¹⁰ Bu süreçte mubahın şeri hüküm olduğu görüşüne sahip olanlar da devletin maslahat icabı bazı düzenlemeler yapabilmesinin de mümkün olduğunu ifade etmişlerdir. Nitekim İzmirli İsmail Hakkı bu ihtilafın lafzi bir ihtilaf olduğunu özellikle vurgulamıştır. Ancak Babanzade Ahmed Naim, mubah şeri bir hüküm olsa da devletin bazı düzenlemeler yapmaya yetkili olduğunu ancak teaddüd-i zevcat vb. konularda

¹⁰⁰⁵ Cüveyni, İmamı'l-Haremeyn Ebu'l-Meali Abdullah b. Abdullah Yusuf, *el-Burhan fi Usuli'l-Fıkh*, Thk. Abdulazim Muhammed b. Dib, Katar 1399, I, 294; Şatibi, *el-Muvafakat*, I, 124

¹⁰⁰⁶ Gazzâlî, *el-Mustasfâ*, I, 245; Râzî, *el-Mahsûl*, II, 213; Âmidî, *el-İhkâm*, II, 166; Karâfî, *Şerhu Tenkihü'l-Fusûl*, 62; Ebû Zehra, *Usûlü'l-Fıkh*, 48; Hudarî, Muhammed b. Afifi el-Bacuri, *Usûlü'l-Fıkh*, el-Mektebebü'l-Ticariyyetu'l-Kübra, Mısır 1969; 55; Ahmed Husarî, *Nazariyyetü'l-Hükm ve Mesadirü't-Teşri fi Usuli'l-Fıkh'i'l-İslami*, Daru'l-Kitabi'l-Arabi, Beyrut 1986, 93

¹⁰⁰⁷ Mansurizade Said bu konuya dair "İslâm Kadını: Taaddüd-i Zevcat Münasebetiyle" başlığıyla birçok makale kaleme almıştır. Bk. Mansurizade Said, İslâm Kadını: Taaddüd-i Zevcat Münasebetiyle, *İslam Mecmuası*, İstanbul: Halim Sabit, 1330, sy. 8, 9, 11, 12, 13

¹⁰⁰⁸ Mansurizade Said, "Cevazın Ahkâm-ı Şeriyeden Olmadığına Dair", *İslam Mecmuası*, İstanbul 1330, I, sy. 10, 295-303

¹⁰⁰⁹ Yılmaz, *İslam Hukukunda Kamu Otoritesinin Mubahı Sınırlandırması*, 33

¹⁰¹⁰ İzmirli İsmail Hakkı, "Cevazın Ahkam-ı Şeriattan Olup Olmaması Hakkındaki Niza Niza-ı Lafzidir", 300-301; Ahmed Naim, "Teaddüd-i Zevcat İslamiyette Men Olunabilir mi imiş?", Mansurizade Said Beyefendiye, 220

yapılmaya çalışılan düzenlemelerde fıkhn ve usulün alet edildiğini aslında harici baskılarla bazı isimlerin bu fikre yönlendirildiği/sahip olduğu şeklindeki kaygısını file getirmektedir.¹⁰¹¹

Devletin cevaz/mubah alanında düzenleme yapabilmesi konusunda sadece mubahın şeri veya akli hüküm olduğunun tespiti yeterli değildir. Zira klasik usulcüler mubah şeriliği/akliliği meselesini mutlak veya bir başka ifadeyle tikel/cüzi şekilde ele almışlardır.¹⁰¹² Oysa kullanım amacı, şekli ve sonucu itibariyle bir değerlendirme yapıldığında mubah bir fiil vacip, mendup, mekruh veya haram gibi vasıflara sahip olabilecektir. Mesela yemek yemek mubah bir fiildir ancak ölmek için asgari ölçülerde de olsa yemek vacip, sağlığa zarar verecek şekilde aşırı yemek haram olarak değerlendirilebilmektedir. Bu nedenledir ki her ne kadar tarifi yapılırken mubahın bir muhayyerlik içerdiği ifade edilse de kullanım amacı ve neticesi itibariyle aslında bir muhayyerlik söz konusu değildir.¹⁰¹³

Kamu otoritesi mübah konularda mefsedeti ortadan kaldıran ve menfaat sağlayan düzenlemeler yapabilme hakkına sahiptir. Ancak burada bir hususu hatırlatmak gerekmektedir. Ddevletin mübah alanda düzenlemeler yapabilme yetkisi hem maslahat içermek hem de gerek nas ve icmaya aykırı olmama gerekse mubah olarak vasıflanan hakkın niteliği gibi şartlarla mukayyedir. Zira kocanın talak yetkisinin, fiil olarak mubahlık vasfı taşısa da hususi şeri naslarla sabit olan ve kişilere verilmiş olan yetki ve iskati haklardan olduğu dikkatlerden kaçmamalıdır. Dolayısıyla devlet belki talak yetkisinin kullanım yeri, zamanı Kuran ve Sünnet'te belirlenen prosedüre uygunluğunu temin için bazı noktalarda düzenleme yapabilirse de yetkinin kocanın elinden tamamen alınması halinde nas ve icmaya aykırılık ve daha da önemlisi talak yetkisinin kişilere tanımlanan iskati yani herhangi bir şekilde kullanılması halinde sonuç doğuran tasarruflardan olması sebebiyle bir problem içermesi söz konusu olabilecektir. Ancak devlet talakın mahkeme heyeti önünde kullanılması, prosedüre aykırı kullanım halinde kocanın cezalandırılması, talakın tescili gibi daha birçok konuda ciddi düzenlemeler yapma yetkisine sahiptir.

¹⁰¹¹ Ahmed Naim, "Teaddüd-i Zevcat İslamiyette Men Olunabilir mi imiş? Mansurizade Said Beyefendiye", *Sebilü'r-Reşad*, cilt: XI, XII, sayı: 298, 220

¹⁰¹² Yılmaz, *İslam Hukukunda Kamu Otoritesinin Mubahı Sınırlandırması*, 36

¹⁰¹³ Fethi Düreynî, *el-Hak ve Medâ Sultani'd-Devleti fî Takyidihi*, Müessesetü'r-Risale, Daru İhyai'l-Ulum, Beyrut 1990, 208-209

3.2.8.1. Kamu Otoritesinin Mubahı İlzam/Men Etmesinin Bağlayıcılığı

Daha önceki başlıklarda belirli şartlara riayet etmesi ve ayrıca kamu maslahatını içermesi şartıyla kamu otoritesinin mubahlık hükmüne sahip durum ve fiilleri resmi mevzuatla zorunlu hale getirme (ilzam) veya söz konusu durumları yasaklama gibi yetkilere sahip olduğu tespitini yapmıştık. Ancak kamu otoritesinin mübahı ilzam yahut men etmesinin şeri/fıkhi bağlayıcılığı konusu da ayrıca önem arz etmektedir. Zira bu konuda da bazı ihtilaflar söz konusu olabilmekte ve bu ihtilaflar da kimi zaman söz konusu ilzamin/yasaklamanın işlevsiz kalmasına dahi yol açabilmektedir.

Devlet başkanına itaat Kurani bir ilkeyle düzenlenmektedir. "*Ey iman edenler, Allah'a, Rasulüne ve içinizden işlerinizle ilgilenen ulu'l-emre itaat edin ...*"¹⁰¹⁴ şeklindeki ayet bu konuda açık bir hüküm barındırmaktadır. Devletin mubahlık hükmüne sahip konularda düzenleme yapma yetkisinin olmadığı şeklinde bir görüş söz konusu değildir. Ancak söz konusu düzenlemenin mutlak ve müebbet olamayacağı da özellikle vurgulanmıştır.¹⁰¹⁵ Zira mutlak ve devamlı suretteki bir ilzam yahut yasaklamanın farz veya haram hükmü koymak gibi olacağı ve bunun ehl-i kitapla alakalı “*(Yahudiler) Allah'ı bırakıp, hahamlarını; (Hıristiyanlar ise) rahiplerini rab edindiler*”¹⁰¹⁶ şeklindeki ayet ve bu ayetin “*(haham ve rahipler) bazı şeyleri helal veya haram kıldılar ve onlar da (haham ve rahiplerine) tabi oldular*”¹⁰¹⁷ şeklindeki nebevi tefsirine aykırı olması durumu söz konusudur.

Devlet tarafından maslahat ve siyaset-i şeriyye gereği yapılan düzenleme ve ortaya konulan hükmün şeri bir hüküm olup olmadığının tespiti de önem arz etmektedir. Şeri hüküm, usul-ı fıkıh kaynaklarında “*mükelleflerin fiillerine ilişkin iktiza, tahyir ve vaz bakımından Şari'in hitabıdır/hitabının eserdir*” şeklinde tarif edilmektedir.¹⁰¹⁸ Sübut ve delaleti kati olması sebebiyle gerek doğrudan naslardan anlaşılan ve gerekse beyan, kıyas ve maslahat gibi herhangi bir ictihad çeşidiyle istinbat edilen hükümler de şerilik vasfını

¹⁰¹⁴ Nisa: 4/59

¹⁰¹⁵ Yusuf el-Karadavi, *Hel Yecuzu li Veliyyi'l-Emri menu'r-Raiyyeti mine't-Teaddüd?*, <https://www.al-qaradawi.net/node/4305> (Erişim Tarihi: 08.08.2022)

¹⁰¹⁶ Tevbe: 9/31

¹⁰¹⁷ Taberi, Ebu Cafer Muhammed b. Cerir b. Yezid b. Kesir b. Galib, *Camii'l-Beyan fi Te'vilil'l-Kuran*, Thk: Ahmed Muhammed Şakir, Müessesetü'r-Risale, y.y. 2000, XIV, 211

¹⁰¹⁸ Fahrüddin Razi, Ebu Abdillâh Muhammed b. Ömer b. Hasan b. Hüseyin, *el-Mahsul*, Thk: Taha Cabir Alvani, Müessesetü'r-Risale, y.y. 1997, I, 89; Taftazani, Sa'duddin Mesud b. Ömer, *Şerhu't-Telvihi ale't-Tavdih*, Mektebetu Sabih, Mısır t.y., I, 22

taşımaktadır. Genel kabul gören usuli anlayışta fıkıhın kaynakları arasında ilk iki asli kaynak olan Kitap ve Sünnet'in yanı sıra ferî deliller olarak değerlendirilen kıyas, istihsan, maslahat-ı mürsele, sedd-i zerîa gibi delillerin de yer alması ve bu delillerden hareketle ortaya konan hükümlerin de şerî hüküm kapsamında değerlendirilmesi bu durumu teyit etmektedir. Nitekim İslam Anayasa Hukukunda yasamanın aşamalarından ilki Kitap, Sünnet ve icmaya dayalı hükümlerin tedvin edilmesi şeklinde olup bir sonraki safhası devlet başkanının bizzat kendisinin ictehad ederek yahut mevcut ictehadlardan birini tercih ederek kanunlaştırması şeklinde gerçekleşmektedir.¹⁰¹⁹ Bu nedenledir ki İslam hukukunda eğer imkân dâhilindeyse halifenin/devlet başkanının ictehad melekeseine sahip olması gerektiği hükmü benimsenmiştir.¹⁰²⁰ İslam Anayasa Hukukunda yasamanın bir şekli de devlet başkanının el-amel bi's-siyase olarak da ifade edilen siyaset-i şerîyye kuralları koymasındır.¹⁰²¹ Siyaset-i şerîyye ile benimsenen hükümlerin delili de genel olarak istihsan, sedd-i zerîa, maslahat gibi hususlardan oluşmaktadır.¹⁰²² Dolayısıyla bütün bu ifade edilenlerden hareketle devlet başkanının mubahlık hükmüne sahip konularda benimsemiş olduğu emredici yahut yasaklayıcı karakterdeki hükümlerin de şerîlik vasfına sahip olduğu sonucunu ortaya koyabiliriz.

Devlet başkanı tarafından siyaset-i şerîyye yöntemiyle benimsenen hükme dair klasik kaynaklarda hususi bir kavramsallaştırma tespit edemesek de günümüzde bazı İslam hukukçuları tarafından siyasi farz/haram kavramı ortaya konmuştur.¹⁰²³

Devlet başkanının mubahı sınırlama yetkisinin var olduğunu, onun mubahlık hükmüne sahip bir konuda emredici veya yasaklayıcı şekilde benimsediği hükümlerin şerî olduğu ve siyasi farz/haram kavramlarında ifadesini bulduğu gibi ulu'l-emre itaati emreden ayet¹⁰²⁴ gereğince söz konusu hükme kamunun tabi olmasının gerekliliğini tespit etmiş oluyoruz.

¹⁰¹⁹ Maverdî, Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Muhammed b. Habib, *el-Ahkamu's-Sultaniyye*, Daru'l-Hadis, Kahire t.y., 40

¹⁰²⁰ Maverdî, *el-Ahkamu's-Sultaniyye*, 19

¹⁰²¹ H. Yunus Apaydın, "Siyaset-i Şerîyye", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul 2009, XXXVII, 299

¹⁰²² Apaydın, "Siyaset-i Şerîyye", 300

¹⁰²³ Orhan Çeker, "Prof. Dr. Saffet Köse'nin Hz. Ömer'in Bazı Uygulamaları Bağlamında Ahkâmın Değişmesi Tartışmalarına Bir Bakış" Başlıklı Makalesi Üzerine Bazı Mülâhazalar", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 4(7), 2006, 51-52

¹⁰²⁴ Nisa: 4/59

Şeri hükümlerden olan farz ve haramla ilgili bir takım malum genel durumlar söz konusudur. Mesela farz hükmüyle ilgili olarak inkar edenin küfrüne hükmolunması, ihmalen terkedenin fasık olacağı, yapılmasının şeran zorunlu oluşu ve terkinin muhakkak uhrevi ve bazen dünyevi cezayı gerektirmesi söz konusudur.¹⁰²⁵ Şeri haramlık hükmünde de aksi yönde benzer durumlar söz konusudur.¹⁰²⁶ Özellikle li-aynihi haramlık hükmünde ilaveten hükmün ilgili olduğu fiil, akit veya tasarrufun butlanına sebep olma gibi bir işlevi de söz konusu olabilmektedir. Nitekim rüknü eksik olan ibadetin¹⁰²⁷, bizzat haram kılınmış gayr-i mütekavvim malın konu olduğu akdin¹⁰²⁸ veya naslarda ebedi evlenme engeli olarak belirlenmiş olanlarla yapılan nikâh akdinin butlanına yahut fedasına¹⁰²⁹ hükmedilebilmektedir.

Devlet başkanının mubahlık hükmüne sahip konularda kamu maslahatı gereği ilzam yahut men şeklindeki düzenlemeleriyle söz konusu olan siyasi farz veya siyasi haram hükümleri şeri farz ve haramdan bazı yönleri itibariyle ciddi farklar barındırmaktadır. Bunları maddeler halinde şu şekilde sıralayabiliriz:

1. Şeri hüküm mutlak ve müebbeddir ancak siyasi hüküm maslahatla mukayyed ve muvakkattir.
2. Şeri farz ve haramın inkârı küfrü gerektirir ancak siyasi hükümde böyle bir durum söz konusu değildir.
3. Şeri farz ve haramın aksi istikametinde hareket etmek mutlak haramlık hükmüne sahipken, her ne kadar kamu düzenini bozucu ve ulu'l-emre itaati ihlal edici vasfa sahip olsa da, siyasi hükme aykırı davranmak aynı şiddette bir haramlık vasfına sahip olmayabilir. Her ne kadar kamu otoritesi bir maslahatı gözetmişse de az da olsa görecelilik barındırması sebebiyle kişilerin siyasi hükme aykırı hareketi halinde çok daha hafif seviyede bir mesuliyet söz konusu olabileceği şeklinde bir değerlendirmeye götürebilir.

¹⁰²⁵ Ebu Zehra, *Usulu'l-Fıkh*, Daru'l-Fikri'l-Arabi, y.y. t.y., 28-29; Muhammed Mustafa Zuhayli, *el-Veciz fi Usuli'l-Fıkhi'l-İslami*, Daru'l-Hayr, Dimeşk 2006, I, 306-307

¹⁰²⁶ Zuhayli, *el-Veciz fi Usuli'l-Fıkhi'l-İslami*, I, 350-351

¹⁰²⁷ Şürünbülali, Hasan b. Ammar b. Ali, *Meraki'l-Felah Şerhu Metni Nuri'l-İzah*, Yay. Haz.: Nuaym Zenzur, el-Meketebetü'l-Asriyye, y.y. 2005, 93

¹⁰²⁸ İbn Rüşt, *Bidayetü'l-Müctehid*, III, 145

¹⁰²⁹ Bilmen, *Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, II, 76 vd.

4. Nihayet şeri haramlık ilişkin olduğu konudaki tasarrufun butlanına sebep olabilirken siyasi haramlık hükmünde böylesi bir sonuç söz konusu değildir.

Şeri ve siyasi farz/haram arasındaki temel farklar bu şekildedir. Konumuz açısından en önemlisi dördüncü maddede ifade edilen durumdur. Zira kamu otoritesi talakı tamamen kocadan alıp mahkemeye verse veya talakı mahkemenin kontrolüne havale etse bu düzenlemenin boşanma konusunda toplumu disipline ediciliği son maddedeki hususla yakından ilişkili olacaktır. Zira şeri haramlıkta olduğu gibi siyasi haram ilgili olduğu tasarrufun butlanına sebebiyet vermemektedir. Hz. Ömer'in ehl-i kitap kadınlarla evliliği yasaklamış olmasına rağmen evlilik yapanların akitlerinin geçersizliğine değil söz konusu evliliği sonlandırmalarını emretmesi bunun bir göstergesidir.¹⁰³⁰ Talakın ıskatı haklardan olması ve bir şekilde kullanılması halinde sonuç doğurması ve failin cezalandırılabilmesi söz konusu olabilse de geri dönüş imkânının bulunmaması gibi ayrıca bir özelliği söz konusudur. İfade edilmesi gereken önemli bir husus da şudur ki boşama konusunda şeri haramlık hükmü de tasarrufun sıhhatine engel teşkil etmemektedir. Nitekim bidi talak haram olarak değerlendirilse de fukahanın kahir ekseriyetince sahih kabul edilmektedir.¹⁰³¹

Talakın mahkemeye tamamen devredildiğini varsaydığımızda asli ve şeri olarak kocaya ait olduğu bilinen talak hakkını mahkeme dışında da kullananlar olacaktır ve daha da önemlisi bu talakın geçerli olduğu düşünülebilecektir. Aynı durum talak mahkemenin kontrolüne verildiğinde de söz konusu olabilecektir. Bahsettiğimiz şekildeki siyasi düzenlemeler İslam hukukundan hareketle değil laik karakterli bir hukuk düzeninde var olduğunda ise çok daha karmaşık durumlar ortaya muhtemeldir. Nitekim gerek aile kanunları İslam hukuku çerçevesinde düzenlenmiş ülkelerde ve gerekse laik hukuk sistemine sahip ülkelerdeki kimi durumlar bu değerlendirmemizi desteklemektedir. Mesela aile kanunları fıkıh temelli düzenlenmiş İslam ülkelerinde tescil zorunlu olmasına rağmen tescilsiz gerçekleşen nikah ve talaklar, yasaklanmış veya kayıtlanmış olmasına rağmen çok eşliliğin devam etmesi söz konusudur.¹⁰³² Aynı şekilde laik mevzuatın meri

¹⁰³⁰ Musannef-i İbn Ebi Şeybe, Nikâh, 69; Beyhaki, *Sünenü'l Kübra*, VII, 271; Cessas, *Ahkamu'l-Kuran*, II, 408

¹⁰³¹ İbn Rüşd, *Bidayetü'l-Müctehid*, III, 87; Komisyon, *el-Mevsuatu'l-Fıkhiyyetü'l-Kuveytiyye*, XXIX, 35

¹⁰³² Mısır'da resmi tescil bulunmasına rağmen "zevac örfi" denilen ülkemizdeki imam nikahına benzer şekilde evlenmelerin ciddi şekilde arttığına dair bir haber için bk. <https://www.elwatannews.com/news/details/4984824> (Erişim Tarihi: 06.04.2022)

olduğu ülkemizde resmen tanınırlığı olmamasına rağmen imam nikâhının, sözlü boşamaların varlığı ve fetvalara konu olması daha da önemlisi bu şekildeki uygulamaların resmi yasağa rağmen sıhhatine dair fetvaların varlığı söz konusudur.¹⁰³³ Libya ve Malezya'da önce talakın önce tamamen mahkemeye devredilerek daha sonra bu uygulamadan vazgeçilmesi ve mahkeme dışında gerçekleşen talakların yeniden geçerli kabul edilmeye başlanması da siyasi hükmün bahsettiğimiz yönünden de kaynaklanmış olması kuvvetle muhtemeldir.¹⁰³⁴

Bütün bu durum ve değerlendirmeler göstermektedir ki talakın mahkemeye tamamen devri veya mahkemece kontrol altına alınmasına yönelik düzenlemeler İslam hukukunda özellikle aile hukuku alanının sivil iradeyi esas alan yönü dolayısıyla tam anlamıyla disipline edici olamama ihtimaliyle karşı karşıyadır. Bu nedenledir ki kocanın iradesini tamamen devre dışı bırakıcı düzenlemeler yerine talakı mümkün mertebe mahkeme kontrolüne alma, Kuran ve Sünnet'te belirlenen prosedüre aykırı şekilde gerçekleşen talakların failini cezalandırıcı ve benzeri durumlardan caydırıcı içeriğe sahip kuralların benimsenmesi daha işlevsel olabilecektir.

3.2.9. Resmi Nikâhın Fıkhi Yönü ve Yetki Devrini Sağlayıp/Sağlamadığı

Erkeğin talak yetkisinin icra edilmesi kanunen zorunlu olan resmi nikâh ile mahkemeye devredildiği düşüncesi konumuz bağlamında dile getirilen görüşlerden biridir. Bu görüş sahiplerine göre yetkili olan mercilerin huzurunda kıyılan resmi nikâh, TMK'nın nikâh ve boşanmaya ilişkin hükümleri sebebiyle boşama yetkilisinin koca değil mahkemeler olduğunu ifade etmektedirler.¹⁰³⁵ Dolayısıyla ele aldığımız meselede bir sonuca varabilmek için bu yetki devrinin fikhî de gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti lüzumlu hale gelmektedir.

Türkiye'de yasal karşılığı bulunmaması ve hatta bazı durumlarda cezalandırılmasına rağmen yaygın şekilde varlığını sürdüren imam nikahı ile ilgili olarak bk. Yaprak Civelek-İsmet Koç, "Türkiye'de İmam Nikahı", *Hacettepe Üniversitesi Sosyolojik Araştırmalar e-Dergisi*, 2007, 5

Makalenin tam metni için bk. http://www.sdergi.hacettepe.edu.tr/makaleler/Yaprak_Civelek_Ismet_Koc-4-2007.pdf

¹⁰³³ Ülkemizden ve diğer İslam ülkelerinden bu konudaki bazı fetvalar için bk. Din İşleri Yüksek Kurulu, *Fetvalar*, Türkiye Diyanet Vakfı Yay., Ankara 2018, 440 vd.; <https://www.islamweb.org/ar/fatwa/115792/> (Erişim Tarihi: 06.03.2022)

¹⁰³⁴ Bu konuyla ilgili olarak detaylı bilgi için çalışmamızın "İslam Ülkelerinde Talak Uygulamaları" başlığına bakılabilir. Ayrıca bk. Okur, "Talakın Mahkemeye Devri Problemi", 9

¹⁰³⁵ Şener-Sofuoğlu-Yıldırım, *Yüce Kuran Meali ve Açıklamalı – Yorumlu Meali*, 36

Öncelikle ifade etmemiz gerekir ki meselenin bu yönünü biz Türkiye özelinde TMK ve diğer ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde değerlendireceğiz.

Türk Medeni Kanununa göre kanunun yetkilendirdiği evlendirme memurunun ve iki şahidin huzurunda tarafların bizzat katıldığı ve irade beyanlarını açıkça ifade ettikleri bir prosedürle nikah yasallık kazanır.¹⁰³⁶ Resmi nikah olmaksızın, tarafların sadece dini nikah kıymak suretiyle evlenmeleri halinde hukuki bir himaye kendileri için söz konusu olmamaktadır.¹⁰³⁷

TMK'ya göre kıyılan resmi nikah esas itibariyle bazı farklar dışında İslam hukukunca öngörülen prosedüre büyük oranda benzemektedir. Nikahın, evlenecek kişilerin irade beyanlarını belirlenen prosedür takip edilerek topluma ilan edilmesi sebebiyle bütün hukuk sistemlerinin prosedürlerinin birbiriyle büyük oranda benzer olması doğaldır.

TMK'ya göre nikah akdine taraflar bizzat katılmalı, irade beyanlarını kadın veya erkek iki şahit ve yetkili memur huzurunda sarih ifadelerle ortaya koymalıdır. Şahitler ve taraflar ilgili defter ve evrakı imzaladıklarında nikah akdi sahih şekilde tamamlanmış kabul edilir.¹⁰³⁸

İslam hukukunda ise taraflar nikah akdine bizzat katılabilecekleri gibi vekilleri de katılabilir.¹⁰³⁹ Şahitlerin çoğunluğa göre iki erkek, Hanefilere göre ise iki erkek veya bir erkek iki kadından oluşması gerekmektedir.¹⁰⁴⁰ İslam tarihinin erken dönemlerinden itibaren nikahın tescili söz konusu olsa da fıkhen nikahın bir memur huzurunda akdedilme zorunluluğu bulunmamaktadır.¹⁰⁴¹ Görüldüğü üzere resmi nikah diğer bazı detaylarda ihtilaflar yer alsa da İslam hukuku açısından sahih oluşunun önünde büyük engeller söz konusu değildir.

Türkiye'deki resmi nikahın fıkhi açıdan tahlili önem bir konu olmakla birlikte biz söz konusu akdin İslam hukukunun kocaya verdiği yetkiyi mahkemeye devredip etmediği konusu üzerinde yoğunlaşacağız.

¹⁰³⁶ TMK, 134 – 144. Maddeler

¹⁰³⁷ Bk. Anayasa Mahkemesinin 27.5.2015 tarihli 2015/51 nolu kararı

¹⁰³⁸ TMK, Madde 142

¹⁰³⁹ Zuhayli, *el-Fıkhu'l-İslamiyyu ve Edilletuhu*, IX, 726

¹⁰⁴⁰ Abdulhamid, *el-Ahvalu's-Şahsiyye*, 24

¹⁰⁴¹ Ekrem Buğra Ekinci, “Osmanlı Hukukunda İzinname İle Nikah”, *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, sy. 2, Güz, 2006, 45

Resmi nikahla evlenen taraflar gerek müracaat aşamasında ve gerekse akdin icrasının akabinde attıkları imzalarla aslında evlilik süresince TMK'nın belirlediği esasları kabul etmiş sayılmaktadırlar.

TMK'nın boşanma konusunu düzenleyen maddesi "Boşanma veya ayrılık davalarında yetkili mahkeme, eşlerden birinin yerleşim yeri veya davadan önce son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesidir" şeklindedir.¹⁰⁴² Dolayısıyla taraflar özellikle koca atmış olduğu imza ile söz konusu mahkemeleri boş(a)nma konusunda yetkilendirmektedir. Zira tefviz-i talak konusunda da ifade edildiği üzere talak yetkisi gerek kariya ve gerekse üçüncü şahıslara havale edilebilmektedir.

Tefviz sözlükte bir işin tasarruf ve idaresini başkasına tevdi etmek, havale etmek anlamlarına gelmektedir.¹⁰⁴³ Bir hukuk terime olarak ise “erkeğin sahip olduğu evliliği sona erdirmeye hakkı olan talâk/boşama yetkisini, hanımına veya bir başkasına temlik ederek, boşanmayı onların irade ve isteğine bırakması şeklinde tarif edilir.¹⁰⁴⁴ Kocanın bu yetkisini hanımı dışında üçüncü bir şahsa devretmesi tevkil olarak isimlendirilmiştir.¹⁰⁴⁵

Tefviz-i talak işlemi nikah akdi kurulurken söz konusu olabileceği gibi evlilik devam ederken de gerçekleştirilebilir. Nikah akdi esnasında boşama yetkisi devredilirken icabın kadından kabulün ise erkekten olmasının gerekliliği üzerinde durulmuştur. Kadın “talak hakkı elimde olması şartıyla seninle evlendim” diyerek akdi başlatmış erkek de kabul etmişse kadın bu yetkiye sahip olarak evlilik kurulmuş olur. İcabın erkekten gelmesi durumunda erkeğin henüz elinde olmayan bir yetkiyi devretmesi anlamına geleceğinden akde kadının başlaması gerekir denilmiştir.¹⁰⁴⁶ Erkek tarafından tefviz ancak nikâh akdi kurulduktan sonra olabilir.

Resmi nikâh akdiyle evlenen erkeğin TMK'nın yetkili kıldığı mahkemeleri boşama yetkisi konusunda vekil kılmış olacağı şeklindeki görüş İslam hukukçuları arasında yaygınlaşmaktadır.¹⁰⁴⁷ Bu bakış açısına göre günümüz aile mahkemelerinde alınan

¹⁰⁴² TMK, Madde 168

¹⁰⁴³ İbn Manzûr, *Lisânü'l-Arab*, “*Tefvîz*” md., VII, 210

¹⁰⁴⁴ Hallaf, *el-Ahvalü's-Şahsiyye*, 154; Ebu Zehra, *el-Ahvalü's-Şahsiyye*, 323

¹⁰⁴⁵ Abdulhamid, *el-Ahvalu's-Şahsiyye*, 286

¹⁰⁴⁶ Abdulhamid, *el-Ahvalu's-Şahsiyye*, 287; Hallaf, *el-Ahvalu's-Şahsiyye*, 154

¹⁰⁴⁷ Hamdi Döndüren, *Çağdaş Dünyada Kadın Problemleri İle İlgili Tartışmalar*, GDMİT-I, DİB Yayınları, İstanbul, 2002, 283; Şener-Sofuoğlu-Yıldırım, *Yüce Kuran Meali ve Açıklamalı – Yorumlu Meali*, 36; İbrahim Paçacı, *Güncel Dini Meseleler İstişare Toplantısı – I*, 287-288

boşama kararlarının geçerli olması gerektiğine dair İbrahim Yılmaz'ın özetleyici şu ifadeleri önemlidir:

*“Resmi nikahla evlenen koca ‘bir gün boşanmak zorunda kalırsam veya eşim boşanma davası açarsa, benim adıma boşanmaya hükmedebilmesi için, talâk/ boşama yetkimi hakime tefvîz ediyorum, onu vekil tayin ediyorum’ demiş olmaktadır. Dolayısıyla ister kadın ister erkek tarafından boşanma davası açılmış olsun, mahkemenin boşanmaya hükmetmesi ile İslâm hukuku açısından da boşanma gerçekleşmiş olmaktadır.”*¹⁰⁴⁸ Esas itibariyle bu değerlendirme birkaç açıdan sorunludur. Öncelikle Türkiye’de her ne kadar evlenmeyle ilgili mevzuat halka açık ve biliniyor olsa da resmi nikâh kıyılırken evlenen Müslüman erkeklere yapılacak akdin yetki vekaletini de içereceği bilgisi verilmemektedir. Dahası bu bilginin taraflarda var olduğunu farz etsek bile yetki devrine rıza göstermeyecek olanlara bir alternatif sunulmamakta ve rıza göstermeyecek olanlar akit yapamamaktadırlar. Türkiye’de gerçekleştirilen resmi nikah akitleri bazı detayları itibariyle tam anlamıyla tefvizi veya tevkili sağlayamamakta ve bazı Müslüman erkekler resmi zorunlu bir prosedür olması sebebiyle zarureten rıza göstermektedirler. Oysa tefviz ve tevkilde tarafların açıkça veya zımnen rızası şarttır. Aile hukuku mevzuatı İslam hukukuna uygun şekillenen ülkelerde yetkinin mahkemeye de tefvizi yahut mahkemenin tevkili daha sağlıklı şekilde sağlanabilse de Türkiye’de pekçok konuda yorum yapmak suretiyle resmi hükmü fıkha uygun hale getirme çabası maalesef bu konuda da ortaya çıkmaktadır.

Herhalükarda resmi nikahla erkeğin boşama yetkisi konusunda mahkemeye tefviz veya tevkilde bulunduğu kabul edilmesi günümüz mahkemelerinde gerçekleşen boşamaların İslam hukuku açısından geçerliliği konusunu büyük oranda tartışmaya kapatsa da esas itibariyle kocaya ait olan talak yetkisini onun elinden alıp almadığı yine bir mesele olarak karşımızdadır. Zira tefviz-i talak sonrasında her ne kadar kadın veya üçüncü bir hakiki/tüzel şahıs yetkilendirilmiş olsa da koca talak yetkisine sahip olmaya devam etmektedir. Diğer bir ifadeyle tefviz-i talak yetki devri değil bir yetki paylaşımıdır.¹⁰⁴⁹

¹⁰⁴⁸ İbrahim Yılmaz, “Türk Medeni Kanunu’na (TMK) Göre Gerçekleşen Boşanmaların İslâm Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy.14, 2009, 279

¹⁰⁴⁹ Abdulhamid, *el-Ahvalu’ş-Şahsiyye*, 287

Netice olarak resmi nikahın kocaya ait talak yetkisi konusunda mahkemeye vekalet verdiği kabul edilse bile kendisinin boşama hakkını kaybetmediği anlaşılmaktadır.

3.2.10. Kazai Hüküm-Diyani Hüküm Açısından Konunun Değerlendirilmesi

İslam hukukunu diğer hukuk sistemlerinden ayıran önemli özelliklerinden biri de çift yönlü yaptırım gücüne sahip olmasıdır. Bu durum onun esas itibariyle dini karakterli bir hukuk sistemi olmasından dolayısıyla ahiret inancının temel esasları arasında yer almasından kaynaklanmaktadır.¹⁰⁵⁰ İslam hukukunun bu esas ve özelliği herhangi bir konuda verilen hükümlerin kazai ve diyani olmak üzere çeşitlenmesi sonucunu ortaya çıkarmıştır. Bu ayrım açısından ele aldığımız meselenin değerlendirilmesi önem arz etmektedir. Öncelikle kazai diyani hükmü tarif ederek daha sonra meselenin bu noktadan değerlendirmesine geçebiliriz.

Kazai hüküm isimlendirmeden de anlaşılacağı üzere yargı merciinin verdiği karar anlamındadır. Daha teknik olarak, *“hâkimin, siyasi gücün kendisine verdiği yargılama yetkisine dayalı şekilde, davacı ve davalı arasında muteber ispat yöntemlerinden hareketle şeri/hukuki ve bağlayıcılık vasıflarını taşıyacak ve dünyevi mükafat veya ceza içerecek şekilde verdiği hükmüdür”* şeklinde tarif edilebilir.¹⁰⁵¹

Diyani hüküm ise kendisinden türediği, *“akıl sahiplerini iradeleriyle itikatta doğru yola, davranış ve ilişkilerde hayra götüren ilahi nizamdır”*¹⁰⁵² şeklinde tarif edilen “dın” kelimesiyle irtibatlı şekilde *“ibadet veya muamelata dair herhangi bir konunun Allah katındaki hükmüdür”* veya *“herhangi bir konunun uhrevi karşılığının yer aldığı hükmüdür”* şeklinde tanımlanmaktadır.¹⁰⁵³

İdeal olan hangi konuda olursa olsun kazai-diyani hükmün örtüşmesidir. Bunun mümkün olduğu haller söz konusu olabildiği gibi aksi durumlarla da karşılaşmak mümkün olabilmektedir. Zira gerek toplumun gerekse kişilerin ahlakında ortaya çıkan bozulmalar nedeniyle aslında var olanın veya aslında var olmayanın tersini iddia etme ve

¹⁰⁵⁰ Ahmet Yaman-Halit Çalış, *İslam Hukukuna Giriş*, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yay., 14. Baskı, İstanbul 2017, 27-28

¹⁰⁵¹ Davut Yaylalı, “İslam Hukukunda Kazai Diyani Hüküm Ayrımı”, *Dini Araştırmalar*, sy. 15, 1-4, 2003, V, 29; Mustafa Demiray, *Serahsi’de Kazai Hüküm-Diyani Hüküm Ayrımı*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İstanbul 2001, 10-11

¹⁰⁵² Abdulaziz Buhari, *Keşfu’l-Esrar*, I, 5

¹⁰⁵³ Davut Yaylalı, “İslam Hukukunda Kazai Diyani Hüküm Ayrımı”, 29

doğrunun ispat edilememesi gibi durumlarda kazai ve diyani hüküm örtüşemeyebilmektedir.¹⁰⁵⁴

Tariflerin daha iyi anlaşılması için konumuzla da alakalı bir örnek üzerinde izah edebiliriz: Mesela koca, hanımını bir talakla boşasa bu boşama diyani hüküm itibariyle gerçekleşmiş demektir. Zira din, boşama prosedürünü bu şekilde belirlemiştir. Kadın mahkemeye giderek kocasının kendisini boşadığı bilgisini verdiğinde koca da durumu ikrar eder ve hâkim hem boşamaya hem de kadının mehir, nafaka ve benzeri konulardaki haklarına dair hüküm çıkarsa bu talak kazai hüküm olarak da gerçekleşmiş olur. Bu durumda kazai-diyani hüküm örtüşmesi söz konusudur. Ancak koca, mahkemede karısını boşamadığını iddia etse ve kadın da iddiasını ispat edemediği takdir boşama takrir ve tescil edilemeyeceğinden bu talak diyani olarak geçerli, kazai açıdan ise geçersiz kabul edilecektir. Her ne kadar istenmedik, olumsuz durumlar olsa da bu ve benzeri hallerde her iki hükmün örtüşmemesi söz konusu olabilmektedir.

Şimdi ele aldığımız konu açısından muhtemel problemleri ve bu problemlerin çözümünün kocanın talak yetkisini hâkime devretmek olup olmadığını değerlendirmeye çalışalım.

Muhtemel tartışma konularına ilk olarak sözlü boşamasını inkar eden kocanın hanımının düştüğü durum örnek verilebilir. Yukarıda da zikrettiğimiz bu örnekte koca, farklı gerekçelerle aslında gerçekleşen talakı inkar edebilmektedir. Buna, kocanın sarhoşken karısını boşaması, ayıldığında ise boşamayı hatırlamaması; talakı şarta bağlaması ancak şart gerçekleşse bile bunu gizlemesi veya gerçekleşmediğini iddia etmesi gibi durumlar örnek gösterilebilir.¹⁰⁵⁵ Bu örnekler dışında da koca aslında gerçekleşmiş olan talakı inkar edebilmektedir.

Bu örnekteki kadının durumu fukaha tarafından değerlendirilmiş ve bir hükme ulaşılmaya çalışılmıştır. Şafii ve Hanbeliler bu durumda, “*iddia sahibinin beyyine getirmesi gerekir, yemin iddiayı inkar edene aittir*”¹⁰⁵⁶ fıkhi kaidesinden hareketle bu kadının mahkemeye iki şahit getirmesi gerektiğini, bu gerçekleşmediği takdirde yemin

¹⁰⁵⁴ Kazai-Diyani hüküm çatışmasına dair örnekler ve diyani hükmün tasnifi için bk. Osman Güman, “İslam Hukukunda Diyânî Hüküm: Mahiyeti ve Çeşitleri”, *Hikmet Yurdu*, sy. 23, 12(2019/1), 17-44

¹⁰⁵⁵ Muharrem Midilli, “Osmanlı Müftülerinin Boşandığını İspat Edemeyen Kadınlara Evlilik-içi Zinadan Kurtuluş İçin Önerdiği Son Çare”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 6(39), 2022,117-142

¹⁰⁵⁶ *Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye*, Madde 76

etmesi durumunda kocanın sözünün esas alınacağını ve boşamanın gerçekleşmediğine hükmedileceğini ifade etmişlerdir. Bu durumda yeminle birlikte kocanın sözünün esas alınması “*bir şeyin bulunduğu hal üzere kalması asıldır*”¹⁰⁵⁷ şeklindeki istişah delil sebebiyledir.¹⁰⁵⁸ Malikilere göre ise de benzer şekilde kadının iki şahit getirmesi aksi halde yeminle birlikte kocanın sözünün esas alınması söz konusudur ancak kocanın yeminden kaçınması halinde talakı ikrar yahut yemin edinceye kadar hapsedileceği görüşü benimsenmiştir.¹⁰⁵⁹ Hanefilerde de bu durumdaki bir kadının kocasından diyani hüküm itibarıyla boşanmış olduğu kabul edilmektedir.¹⁰⁶⁰

Klasik kaynaklarda bu durum için mümkünse bir bedel karşılığında muhalaa yapması, kadının eşinden uzak durması, eşinden kaçması, başka bir evde yaşamaya başlaması, bu mümkün olamıyorsa süslenmemesi gibi çözüm önerileri yer almaktadır.¹⁰⁶¹ Önerilen çözümlerde uç noktayı kocasını zehirlemek suretiyle öldürmesi gelmektedir.¹⁰⁶² Burada zikredilen çözüm önerilerinden muhalaa önerisi dışındakiler anlamlı ve kadından zararı kaldırmamaktadır. Zira bu şekilde diyani olarak bitmiş, kazaî olarak geçerli bir evlilik daha ne kadar devam edebilir. Hele en uçta yer alan zehirleme şeklindeki çıkış yolu kabul edilebilir bir değerlendirme değildir. Nitekim bu fetva örnek gösterilerek ve “*dini çirkinliklerden korumak vaciptir*” kaidesi de zikredilerek talak yetkisinin mahkemeye devrinin lüzumu vurgulanmıştır.¹⁰⁶³

Öncelikle İslam toplumlarında böylesi durumların nadiren yaşandığını ifade etmemiz gerekir. Nitekim Tanzimat sonrasında 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi ve sonraki süreçte iki aile kanunu taslağında bu konuya dair bir düzenlemenin yer almaması bu görüşümüzü kanıtlar niteliktedir. Şayet yaygın bir durum olsaydı bu üç önemli kanunda meselenin düzenlenmesi söz konusu olurdu diyebiliriz. Ayrıca günümüz İslam ülkelerinin aile kanunlarında da bu durum düzenlenmemektedir.

¹⁰⁵⁷ *Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye*, Madde 5

¹⁰⁵⁸ İbn Kudame, *el-Muğni*, X, 530; Nevevi, Ebû Zekeriya Muhyiddin b. Şeref, *el-Mecmû' Şerhu'l-Mühezzeb*, Daru'l-Fikr, y.y. t.y., XVII, 260

¹⁰⁵⁹ İbn Cüzey, *el-Kavaninu'l-Fıkhiyye*, 153

¹⁰⁶⁰ Serahsi, *el-Mebsut*, V, 151-152

¹⁰⁶¹ İbn Kudame, *el-Muğni*, X, 530

¹⁰⁶² Midilli, “Osmanlı Müftülerinin Boşandığını İspat Edemeyen...”, 121

¹⁰⁶³ Kaşif Hamdi Okur, “Talakın Mahkemeye Devri Problemi”, *Diyanet İşleri Başkanlığı Talak Çalıştayı* (Yayımlanmamış Çalıştay Bildiri Metni), Afyonkarahisar 2018, 27

İnsan psikolojisi, özellikle geçmişe dönük şekilde bu tarz bilgiler edinildiğinde dikkatli olunmazsa baskın ve yaygın olanın söz konusu hal olduğu vehmine kapılabilmektedir. Bir diğer önemli husus farklı mezhep ve müçtehitlerin görüşlerinden istifade edilerek kocanın zehirlenmesi gibi garip ve vahim bir çözüm(!) yerine daha makul ve meşru çıkış yolları bulmak mümkündür.

Diyanî hükmün kazaî hükümden daha önemli olduğu ve asıl dikkate alınması gereken hüküm olduğunu mezheplerin örnekteki kadının durumuyla ilgili söylediklerinden anlayabiliyoruz. Zira kadın iddiasını mahkemede ispat edememektedir ancak sadece kendisinin şahit olabileceği bir durum söz konusu olduğundan fukaha kadının sözüne itibar etmiş ve diyaneten boşamanın gerçekleştiğini kabul etmiştir. Bu nedenle de bazı çözüm(!) önerileri ortaya koymuşlardır. Kişi ispat edemese de bir meselenin hakikatinden bizatihi haberdarsa o konudaki Allah katındaki hüküm o kişi/şey hakkında sabit olmuş demektir ki bu da diyanî hükmün öncelikle esas alınmasının asıl nedenidir. Nitekim fukahanın çoğunluğu da bu görüştedir.¹⁰⁶⁴

Talak konusunda kazaî ve diyanî hükmün örtüşmediği bu gibi durumların önüne geçmek kocanın talak yetkisini mahkemeye devretmekle mümkün müdür? İlk bakışta problemi çözme potansiyeli yüksek gözükken bir teklif olarak değerlendirilebilir. Zira talak yetkisi tamamen mahkemeye devredildiğinde mahkeme dışındaki boşamalar geçersiz kabul edilecek ve böylesi meseleler ortadan kalkmış olacaktır. Ancak nasıl ki verdiğimiz örnek nadiren de olsa gerçekleşebiliyorsa benzer durumlar mahkemedeki boşanmalar için de kanuna karşı hile şeklinde söz konusu olabilmektedir. Mesela evli bir kadının, vefat eden babasının maaşını almaya devam edebilmek için asıl niyetleri evlilik birliğini sonlandırmak olmamasına rağmen kocasıyla işbirliği içinde boşanma davası açarak boşanmaları¹⁰⁶⁵ veya niyetleri evlenmek, aile kurmak olmamasına rağmen yurt dışında vatandaşlık ve benzeri hakları elde edebilmek için kişilerin “beyaz evlilik” olarak isimlendirilen bir yöntemle akit icra edebilmeleri bu durumlara örnek olarak gösterilebilir.¹⁰⁶⁶ Ayrıca bu konuda yetkiyi mahkemeye devretme görüşüne sahip

¹⁰⁶⁴ Nevevî, Ebu Zekerîyya Muhyiddin b. Şeref, *el-Minhac Şerhu Sahihi Müslim b. Haccac*, Thk.: Mahir Yasin Fahl, Daru İhyai't-Turasi'l-Arabi, Beyrut 1396, XII, 6

¹⁰⁶⁵ Ahmet Cahit İyilikli, “Kanuna Karşı Hile Kavramının Boşanma (Aile) Hukukundaki Görünümünün Suç Genel Teorisi Meseleleri Bağlamında İrdelenmesi”, *TAAD*, 1(12), 2013, 257.

¹⁰⁶⁶ Çiçek Özgür, “Muvazaalı Evlenmelerin Türk Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *TAAD*, 4(42), 2020, 308

olanların iki ayrı hukuki geçerlilik alanı benimsemenin zararından hareketle çözümü talakı mahkemeye devretmek yerine kazaen geçerli kabul edilemeyen talakın diyaneten de geçersiz olduğuna hükmedebilmeleri mümkündür. Nitekim bu konuda Ebu Hanife'ye, iki kişi aslında doğru olmadığı halde yalan söyleyerek bir kadını evli olduğu kocasının boşadığı yönünde mahkemede şahitlik etseler ve zahiri adaletleri gereği mahkeme kazaen bu boşamayı kabul etse ve eşleri tefrik etse, o şahitlerden biri o kadınla evlenebilir şeklindeki bir görüş nispet edilir.¹⁰⁶⁷ Bu görüşünde Ebu Hanife'nin diyaneten var olmayıp kazaen var olan talakı dikkate alması söz konusudur. Ancak Ebu Hanife bu görüşünde yalnız kalmıştır zira çoğunluk aksi istikamette bir görüşe sahiptir.

Buradan çıkan başka bir sonuç da bu konuda bir başka öneri olan yetkiyi kocadan tamamen almayı talakı mahkemenin kontrolüne vermek ve mahkeme dışında gerçekleşen boşamaları da -bir şekilde cezalandırılacak olsa bile- geçerli saymak bu bakış açısına göre meseleye bir çözüm sağlamayacaktır veya bu şekilde bir çözüm benimsenmesi halinde de ya diyaneten geçerli olan talakı kazaen de bir şekilde geçerli saymak veya kazaen tanınmayan talakın diyaneten de gerçekleşmediğine hükmetmek suretiyle bir tercihte bulunulması gerekecektir.

Son olarak bu duruma klasik fıkıh içtihatlarında bir çözüm bulmanın imkânı meselesine değinelim. Esas itibariyle az önce de zikrettiğimiz Malikilerin görüşünden istifade bu durumdaki kadının muhalaa yapmak için mahkemeye müracaatı ve mahkemenin bu yönde hükmetmesi bir çözüm olarak değerlendirilebilir.¹⁰⁶⁸ Bu şekilde bir çözüme kadının hem mağdur olması hem de kocasına bir bedel ödemeye mecbur kalmasından hareketle eleştiri söz konusu olabilir. Bir başka yöntem olarak kadının hem iddiasını hem de diğer bazı şikayetlerini dile getirerek mahkemeye müracaatı sonrasında oluşturulacak tahkim heyetinin aralarını ıslahın mümkün olmadığı şeklindeki raporu sonrasında hâkim talak iddiasıyla değilse de birlikte yaşama ve hüsn-i muaşeret imkanı kalmamasından hareketle bu kişileri kazaî olarak tefrik edebilir.

Netice itibariyle kazai - diyani hüküm bağlamında örnekteki gibi konuları diyaneten gerçekleşmiş kabul edip kazaen çözümsüz bırakmak uygun olmadığını ifade etmeliyiz. Ancak bunu Osmanlı'da olduğu gibi kadının kocasını zehirleyerek öldürmesine fetva

¹⁰⁶⁷ Mevvâk, Muhammed b. Yusuf b. Ebi'l-Kasım, *et-Tac ve'l-İklil li Muhtasarı Halil*, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, y.y. 1994, VIII, 143

¹⁰⁶⁸ İbn Kudame, *el-Muğni*, X, 530

vererek¹⁰⁶⁹ çözmek de anlamlı olmadığı gibi meşru da olmasa gerektir. Kocanın talak yetkisini mahkemeye tamamen devretmek, bu konuda ciddi bir çözüm getiriyor olsa bile kanuna karşı hilenin her hukuk sisteminde söz konusu olabilmesi, dahası resmi nikâh-imam nikâhı örneğinde olduğu gibi fikhin -özellikle Türkiye’de pozitif hukuk vasfı kazanamasa bile- halkın vicdanında bağlayıcılığının devam etmesi¹⁰⁷⁰ gibi hususlar göz önüne alındığında sorunu ne kadar çözeceği tartışmalı hale gelmektedir. Daha da önemlisi devletin yaptığı resmi düzenlemelere aykırı herhangi bir davranışın fikhî açıdan bağlayıcı olacağı yönünde birçok İslam hukukçusu ve kurulların fetvaları da bu konuda önemli bir başka husustur.¹⁰⁷¹ Ayrıca klasik fıkhıta tek bir mezhebe bağlı kalınmadığı takdirde bir takım makul çözüm önerilerinin varlığı da dikkatlerden kaçmamalıdır.

3.2.11. Konunun Psikolojik, Felsefi ve Sosyolojik Açıdan Değerlendirilmesi

3.2.11.1. Konunun Hukuk – Psikoloji İlişkisi Bağlamında Değerlendirilmesi

Fıkıh/hukuk alanındaki araştırma ve tezlerde alanın psikoloji ile ilişkisine pek temas edilmez ve araştırma konusu bu bağlamda değerlendirilmez ancak insana dair olan bir mesele değerlendirilirken onunla alakalı pek çok hususun dikkate alınması tabii hatta zorunludur. Hukuk-Psikoloji ilişkisi tüm hukuk sistemleri açısından önemli olmakla birlikte İslam hukuku açısından kanaatimizce daha yoğun şekilde dikkat çekilmesi gereken bir husustur. Zira tüm hukuk sistemlerinde kanun koyucular, adaleti tesis ve kanunların daha işlevsel olabilmesi için insan psikolojisini farklı seviyelerde de olsa dikkate almışlardır veya almak zorundadır. İslam hukuku kaynağı itibarıyla ilahidir ve temel bazı hükümler müctehid unsuruna ihtiyaç duymaksızın ilahi kaynaktan doğrudan ve açık şekilde anlaşılmaktadır. Kocanın boşama yetkisine sahip olmasının da büyük oranda bu çeşit hükümlerden olduğu tespitini daha önce yapmıştık.¹⁰⁷² Tüm bu nedenlerle meselenin hukuk-psikoloji ilişkisi bağlamında ele alınması da bizce önemlidir.

İnsan psikolojisi oldukça girift bir yapıdadır ve sadece kişinin iç dünyasından kaynaklı değil aynı zamanda harici bir takım faktörlerin etkisiyle de şekillenmektedir.

¹⁰⁶⁹ Midilli, “Osmanlı Müftülerinin Boşandığını İspat Edemeyen...”, 121

¹⁰⁷⁰ Halil Cin, *Eski Hukukumuzda Boşanma*, Konya 1988, 3

¹⁰⁷¹ Ebu Zehra, *Fetâva’s-Şeyh Muhammed Ebu Zehra*, Dimaşk t.y., s. 540-541; *Aile İle İlgili Sıkça Sorulan Sorular*, DİB Yayınları, Ankara 2015, 141, 154, 159

¹⁰⁷² Bk. “Talak Yetkisi Sabit mi Yoksa Değişken Bir Hüküm müdür?” başlığı

Kişinin aile ilişkileri, yaşadığı çevre, sosyal ilişkileri ve ekonomik durumu gibi pek çok husus psikolojisini etkileyebilmektedir. Dolayısıyla kişinin yaşadığı ülkede/toplumda yürürlükte olan veya bir şekilde etkili olan kurallar da psikolojiye etki eden unsurlar arasında yer almaktadır.¹⁰⁷³ Hatta herhangi bir yaptırımla desteklenmeyen sosyal kuralların bile insan ve toplum psikolojisinde ciddi etkilerinin olduğu tespiti mevcuttur.¹⁰⁷⁴

Hukuk kurallarının insan/toplum kuralları üzerinde etkisine örnek olarak pek husus zikredilebilir. Mesela kişinin bir başka kişiyi/şeyi sevmeye, saygı duymaya veya ondan nefret etme duygusu tabi olduğu hukuk mevzuatına göre şekillenebilmektedir. Esas itibariyle kendisiyle arasında bir ilişki var olmamasına rağmen içine doğduğu ve yetiştiği toplum içerisinde yürürlükte olan bağlayıcı ve cezai müeyyidelerle desteklenmiş hukuk kurallarına göre ideal bir noktada bulunan kişiyi/şeyi sevmeye ve ona saygı duymaya eğilimi gelişebilmektedir. Aksi bir durumda da yine hukuk kurallarından kaynaklı bir sevmeme, nefret etme, saygı duymama halinin oluşması söz konusu olabilmektedir. Aynı durum toplumlar için de geçerlidir. Mesela aralarında savaş hukukunun geçerli olduğu süreçlerde toplumların birbirlerine karşı nefret ve düşmanlık gibi hislere sahip olmaları; diplomasi ve barışa dayalı ilişkilerin geliştiği ve dolayısıyla her iki toplumun da, birbirlerini uluslararası hukuk kuralları ile saygın bir konuma taşımaları halinde de toplumlar arası sevgi, saygı ve dostluk gibi hislerin gelişmesi bu etkiyi teyit eder niteliktedir.

Toplumlar tarihsel süreç içerisinde farklı hukuk sistemlerine tabi olmuşlarsa yürürlükteki hukuk kuralları daha önceki süreçte meriyette olan kuralların insan/toplum üzerindeki etkisini de tabi olarak azaltmakta ve nihayet yok etmektedir. Özellikle Türkiye’de hem insan hem de toplum psikolojisinde bu durumu çok net gözlemlemek mümkündür. Osmanlı’da yürürlükte olan İslam hukuku cumhuriyetin ilanı ve hukuk devrimi sonrasında yerini Türkiye’de laik hukuk kurallarına bırakmıştır. Başlangıç itibariyle bu etkinin izlerini görmek çok mümkün olmasa da hâlihazırdaki laik mevzuatımızın İslam hukukunun kişi/toplum üzerindeki etkisini zayıflatmaya başladığını günümüzde daha rahat görebiliyoruz. Bu durum psikolojide geriye ket vurma olarak ifade

¹⁰⁷³ Doğan Cüceloğlu, *İnsan ve Davranışı: Psikoloji Temel Kavramları*, Remzi Kitabevi, İstanbul 2006, 548

¹⁰⁷⁴ Muzaffer Şerif, *Sosyal Kuralların Psikolojisi*, Trc. İsmail Sandıkçıoğlu, Alan Yay., İstanbul 1985, 60

edilmektedir. Aynı şekilde bu hal, pekiştirilmeyen davranışların öğrenilemeyeceği veya unutulacağını savunan davranışçı kuram teorisi ile de açıklanabilir.¹⁰⁷⁵

İslam hukukunun esas itibariyle talak yetkisini kocaya vermiş olması da psikolojiden bağımsız düşünülecek bir durum değildir. Zira yürürlükteki hukuk sistemi kocaya “şayet eşine ‘boş ol’ dersen aile birliğiniz yıkılır” dediğinde o hukuk kuralında ailenin dağılmasına sebep olacak olan kelimenin telaffuzu o koca için, özellikle sorunsuz evliliklerde, çok uzak bir ihtimaldir ve hiçbir şekilde diline hatta zihnine o kelimeyi getirmeyecektir. Hatta evlilik boşanma niyetiyle yapılmamışsa veya sorunsuz bir aile hayatı söz konusuysa “boş ol” kelimesi tamamen bilinçten atılabilecektir. Ancak ciddi sorunların yaşandığı evliliklerde eşler boşanma fikrini zihinlerine getirmiş ve muhtemel senaryoları değerlendirmeye başlamışlarsa bu durumda “boş ol” kelimesi kocanın bilinçaltının bilince yakın kısımlarına doğru yükselmeye ve nihayet bilinç düzeyinde yerini almaya başlayacaktır. Hatta psikolojide dil sürçmesi ve benzeri durumlarda hatalı kelime ve cümlelerin telaffuzunda bile o kelime veya ifadenin bilinçaltına atılan özellikle bilinçaltının bilince yakın kısımlarına yükselme süreçlerinin işareti olabileceği de ifade edilmektedir.¹⁰⁷⁶

Tanzimat’la birlikte başlayan süreçte Batıcı ve Türkçülerin kaleme aldıkları İslam hukukuna dair bazı değerlendirmeler¹⁰⁷⁷, yaptıkları kanunlaştırmalarla boşanma süreçlerini mahkemenin uhdesine sistemli şekilde veren Batı ile yoğun münasebet sonrasında toplumda yavaş yavaş İslam hukukunun evlenme ama özellikle de boşanmaya ilişkin kurallarının etkisi zayıflamıştır. Bu durum cumhuriyetin ilanı ve Batı’dan alınan kanunlarla şekillenen süreçte etkisini hızlı ve yoğun şekilde artırmıştır.

Netice olarak şunları ifade edebiliriz: İslam aile hukukunda klasik boşanma prosedürünün kocanın “boş ol” ifadesini telaffuzuyla gerçekleşmesi sebebiyle kolay olması bazı problemlere sebep olmuş olabilir. Ancak özellikle günümüzde yürürlükteki hukukta hiçbir şekilde itibara alınmaması sebebiyle iyice zayıfladığı, neredeyse yüz yıldan beri roman, sinema ve sair araçlarla¹⁰⁷⁸ istihza edilen hukuk sistemi olan fıkın

¹⁰⁷⁵ Cüceloğlu, *İnsan ve Davranışı*, 580

¹⁰⁷⁶ Joel Levy, *Psikolojiniz Bozulmasın*, Trc.: Duygu Akın, NTV Yay., İstanbul 2015, 79

¹⁰⁷⁷ Bir örnek olarak bk. Celal Nuri, *Kadınlarımız*, haz. Ö. Ozankaya, Ankara 1993

¹⁰⁷⁸ Bahsettiğimiz süreçte İslam aile hukukuna göre kocanın boşama yetkisini eleştiren bir roman örneği olarak bk. Hüseyin Rahmi Gürpınar, “Kocasını Boşayan Hürmüz Hanım”, *Mürebbiye*, İstanbul 1981, 280-285

insan/toplum üzerindeki etkisinin azalmasının doğal olduğunu, böylesi bir süreç ve vasatta özellikle dini bilgidен yoksun halk kesiminin bu ifadeyi rahatlıkla kullanabiliyor olması kısaca temas etmeye çalıştığımız hukuk psikoloji ilişkisiyle daha rahat anlaşılabilir. Dahası özellikle günümüz Türk toplumu fıkının istikrarlı bir şekilde uygulandığı bir sürece şahitlik etmediğinden ve teorik planda da hakkında sürekli yapılan olumsuz değerlendirmelerden hareketle fıkha dair oluşan olumsuz algısı sebebiyle onun aile hukukuna ilişkin kurallarını dikkatten kaçırması gayet anlaşılabilir kişisel/toplumsal bir psikolojik haldir. İnsan/toplum davranışı dönüşebilen bir özelliğe sahiptir. Dolayısıyla boşama yetkisi ister kocada kalsın, ister kontrol altına alınsın ve isterse tamamen mahkemeye devredilsin yürürlükte olan hukuk kurallarının insan/toplum davranış ve psikolojisini etkilediği ve davranışların da bu psikolojiye göre şekillendiği dikkatlerden kaçmamalı, mevzuatlar bu hakikat de dikkate alınarak yapılmalıdır.

3.2.11.2. Konunun Hukuk Felsefesi Açısından Değerlendirilmesi

Hukuk sadece hukuk tekniği ile kural koyma ve bu kurallardan oluşan bir manzume değil aynı zamanda arka planında hukuk tarihi, hukuk felsefesi ve hukuk sosyolojisi gibi ilim dallarının da arka planında bulunduğu bir alandır.¹⁰⁷⁹ Buradan hareketle hukuk kuralları aslında bu geniş arka plandaki ilim dallarının verilerinden hareketle ortaya çıkan/çıkması gereken formüllerdir denilebilir. Genel olarak tüm hukukçular için söz konusu olsa da İslam hukukçularının sadece İslam hukuk tekniği ile ilgilenmeleri ve ele aldıkları konuları İslam hukuk felsefesi/sosyolojisi gibi açılardan değerlendirmedikleri için eleştirilmektedir.¹⁰⁸⁰

Hukuk felsefesi, “*hukuku evrensel niteliği itibariyle tarif eden, hukukun tarihi gelişiminin kaynağını ve ana hatlarını araştıran ve rasyonaliteden çıkarılan bir adalet düşüncesiyle ona değer biçen felsefi disiplindir*” şeklinde veya bir başka ifadeyle “*hukuk idealine ulaşma çabası*” olarak da tarif edilmiştir.¹⁰⁸¹ Hukuk felsefesi, adalet, eşitlik, özgürlük ve benzeri felsefenin temel ilgi ve tartışma alanlarını hukuka taşıyan ve bu

¹⁰⁷⁹ Orhan Münir Çağır, "Bir Eser Münasebetiyle Hukuk Mefhumu ve Hukuk İdesine Dair Bazı Düşünceler", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 24(1-4), 297-299

¹⁰⁸⁰ Ömer Faruk Altıntaş, "Hukukun Kökeniyle İlgili Teorilere Genel Bir Bakış", *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sy. 8, Samsun 1996, 221-222

¹⁰⁸¹ Yıldırım Torun, *Ronald Dworkin'in Hukuk ve Siyaset Felsefesi'nde Adalet, Eşitlik ve Özgürlük Sorunu*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum 2008, 3

şekilde tarifte de ifade edilen hukuk idesine ulaşmaya çalışan bir alandır. Süreç içerisinde bu konulara dair bir takım bakış açıları/ekoller oluşmuştur.

Hukuk felsefesinde hukukun kökenini sosyal olguya dayandıran dayanışmacı okul, sosyolojik hukuk okulu, yararcı hukuk okulu ve tarihçi hukuk okulu gibi farklı bakış açıları söz konusu olmuştur. Hukuku normdan ibaret gören anlayışta ise pozitivist hukuk ekolünün farklı şekilde ele alınış biçimleri mevcuttur. Son olarak ise hukukun kökenini etik değer olarak gören doğal hukuk akımı önemli hukuk okullarından biridir.¹⁰⁸² Hukuk felsefesinde bu okullar arasında ön plana çıkmış ve genellikle tartışma ve değerlendirmelerin esas ve prensipleri dikkate alınarak değerlendirildiği iki ekolden bahsedilir. Bunlar doğal hukuk ve pozitivist hukuk ekolleridir.¹⁰⁸³ Bir de kıymetinin bilinmediğinden ve kanunlaştırma hareketleri esnasında dikkate alınmayan hukuk sistemlerine dair yazarların keşkelerle bahsettiği tarihçi hukuk ekolü söz konusudur.¹⁰⁸⁴ Biz de öncelikle kısaca bu üç hukuk ekolünden bahsedip daha sonra ele aldığımız konuyu değerlendirmeye çalışacağız.

1. Doğal Hukuk Ekolü

Doğal hukuk, evren, ahlak ve hukuk arasında ilişki kurmak suretiyle sistematik bir düşünce biçimi ortaya koyma hedefine sahip bir kuramdır. Antik Yunan'dan içinde bulunduğumuz asra kadar varlığını sürdürebilmiş bir hukuk ekolü olması sebebiyle de doğal hukukun tek ve genel geçer bir tarifinin yapılmasının söz konusu olamamıştır.¹⁰⁸⁵ Ancak bu tartışma ve değerlendirmeleri bir kenara bırakıp bir tercihte bulunarak doğal hukuku “bütün insanlar ve toplumlarca bağlayıcı olduğu kabul edilen hukuki esaslar” veya “insan aklının ulaştığı, pozitif hukukun karşıtı ve bağlayıcılığı devletten kaynaklanmayan aksine pozitif hukukun kendisinden hareketle değerlendirildiği adalet ilkeleri” şeklindeki tarifleri paylaşabiliriz.¹⁰⁸⁶ Doğal hukuk, yürürlüğe konulan pozitif hukukun nasıl olması gerektiğine dair verileri içeren bir kaynaktır. Bu hususu ifade etmek üzere şu ifadeler önemlidir: “*Doğal hukukun pozitif hukukla ilişkisin temelde, pozitif*

¹⁰⁸² Altıntaş, “Hukukun Kökeniyle İlgili Teorilere Genel Bir Bakış”, 223-230

¹⁰⁸³ Fatma Süzgün Şahin Ünver, “Hukuk Sistemimizin Kimlik Sorunu (I): Doğal Hukuk-Hukuki Pozitivizm”, *Maltepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, sy. 2, 2021, 181

¹⁰⁸⁴ Kasım Akbaş, “Friedrich Carl Von Savigny: Tarihsel Hukuk Okulu Geleneği”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 74(1), 2016, 53

¹⁰⁸⁵ Ünver, “Hukuk Sistemimizin Kimlik Sorunu (I): Doğal Hukuk-Hukuki Pozitivizm”, 181

¹⁰⁸⁶ Adnan Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, Ankara 1987, 34

*hukukun temelinde yer almak, ona esin kaynağı olmak ve bu hukuku kontrol etmek anlamında üç işlevi vardır.”*¹⁰⁸⁷ Ancak bu, her zaman söz konusu olamamaktadır.

Rönesans ve reform hareketleri ile başlayan süreçte doğal hukuk daha önce ortaçağda söz konusu olan dini vasfını kaybetmiş ve akla dayalı rasyonalist/akılcı doğal hukuk anlayışı ortaya çıkmıştır.¹⁰⁸⁸ Akılcı doğal hukuk anlayışına göre hukuk bir dönemde herhangi bir kanun koyucu tarafından keyfi şekilde üretilebilir veya çıkartılabilir.¹⁰⁸⁹

2. Pozitivist Hukuk Ekolü

Pozitivist hukuk anlayışına göre bir hukuk sisteminin varlığı herhangi bir yönetim yapısının var olmasına bağlıdır. Dolayısıyla herhangi bir ülke veya toplumda egemen irade, olması gereken ideallere yaklaşıp veya yaklaşmasın neyi kural olarak koymuşsa hukuk odur.¹⁰⁹⁰ Zira bu ekol hukukun özünü egemen ve yetkili olanın koyduğu norm olarak değerlendirmektedir.¹⁰⁹¹ Bu da hukuki pozitivizmin yürürlükte olan pozitif hukuk kuralları dışında hukuk idesi arayışını reddetmesinden kaynaklanmaktadır. Zira pozitivizm bilgiye gözlem ve deneyle ulaşılabileceğini savunan bir felsefi akımdır, hukuka yansması tabi olarak müspet hukuk kurallarını esas alma şeklinde olmuştur.¹⁰⁹² Bu ekolün geçmişi doğal hukuk gibi çok eskilere değil iki yüzyıl kadar öncesine dönmektedir.

3. Tarihçi Hukuk Ekolü

Bu ekol ise 19. yüzyılda Alman hukukçu Friedrich Carl Von Savigny tarafından kurulmuştur. İlgili dönemde Fransız medeni kanunun Almanya’da da benimsenmesi yönündeki görüşlere karşılık Savigny tarafından tarihselci bakış açısı ortaya konmuştur.¹⁰⁹³ Bu anlayışa göre hukuk aniden ve keyfi şekilde yapılamaz/değiştirilemez. Tarihçi anlayışı güzel ortaya koyması bakımından şu ifadeler önemlidir:

¹⁰⁸⁷ Rıdvan Küçükali-Hasibe Akbaş, “Bir Haklılaştırma Zemini Olarak Doğal Hukuk”, *MSKU Eğitim Fakültesi Dergisi*, c. 3, Nisan 2016, 66

¹⁰⁸⁸ Altıntaş, “Hukukun Kökeniyle İlgili Teorilere Genel Bir Bakış”, 233

¹⁰⁸⁹ Akbaş, “Friedrich Carl Von Savigny: Tarihsel Hukuk Okulu Geleneği”, 58

¹⁰⁹⁰ Ünver, “Hukuk Sistemimizin Kimlik Sorunu (I): Doğal Hukuk-Hukuki Pozitivizm”, 196

¹⁰⁹¹ Altıntaş, “Hukukun Kökeniyle İlgili Teorilere Genel Bir Bakış”, 226

¹⁰⁹² Selahattin Keyman, “Hukuki Pozitivizm”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 35, 1978, 20

¹⁰⁹³ Altıntaş, “Hukukun Kökeniyle İlgili Teorilere Genel Bir Bakış”, 226

*“Savigny’ye göre hukuk, özgün haliyle örf olarak halktan neşet eder. Uygarlığın sonraki aşamalarında, öğrenim görmüş hukukçular tarafından düzenli olarak uygulanmaya başlar ve zaman içerisinde de “organik” bir şekilde evrilir. Örf aşamasında iken hukuk, aynı bir toplumun dili gibi, halkın içerisinde sessizce işlemeye devam etmektedir.”*¹⁰⁹⁴

Alman hukukçu Savigny’nin ortaya koyduğu bu bakış açısı Fransız medeni kanununun benimsenmesine engel olmuş ve bu sayede Almanya kendine özgü ve pek çok açıdan takdir edilen bir medeni kanuna sahip olabilmıştır. Bu özelliği itibarıyla Savigny Kıta Avrupası hukuk sistematğine etki eden en önemli hukukçu olarak kabul edilmiştir.¹⁰⁹⁵

Hukuk felsefesinde hukuk sistemlerinin kökeni ve nasıl olması gerektiğine dair olan ve sistemlerin kendileri üzerinden değerlendirilmeye tabi tutulduğu ekoller genel olarak bu şekildedir. Bu ekollerden pozitif hukuk ifade ettiğimiz gibi bir şekilde yürürlükte olan hukuk kurallarıdır. Bu nedenle pozitif hukuk mümkün mertebe doğal hukuka dayanabileceği gibi tarihçi anlayıştan hareketle de ortaya konulabilecektir. Tarihçi hukuk anlayışı da hukukun kökenini sosyal olguya dayandıran ve tabiri caizse doğal hukuka en yakın pozitif hukuk kurallarının nasıl yapılabileceği konusunda tespit edilmiş bir yöntemdir diyebiliriz.

Kocaya ait boşama yetkisinin mahkemeye devri meselesini hukuk felsefesi açısından ele alırken Türkiye ve diğer İslam ülkeleri için farklı bir değerlendirme yapma zorunluluğu söz konusudur. Zira günümüz İslam ülkelerinde genel olarak hukuk alanı ama özellikle de aile hukuku alanı İslam hukukunun usul ve esasları çerçevesinde düzenlenmektedir. Türkiye’de ise cumhuriyetin ilanı ile yeni bir laik hukuk anlayışı hâkim olmuştur.¹⁰⁹⁶ Aynı hukuk anlayışıyla Roma hukuku temeline oturan ve Kıta Avrupası hukuk sisteminin bir parçası olan İsviçre Medeni Kanunu 1926’da Türkiye’de de benimsenmiştir.¹⁰⁹⁷

¹⁰⁹⁴ Akbaş, “Friedrich Carl Von Savigny: Tarihsel Hukuk Okulu Geleneği”, 59

¹⁰⁹⁵ Akbaş, “Friedrich Carl Von Savigny: Tarihsel Hukuk Okulu Geleneği”, 53

¹⁰⁹⁶ Zeki Hafizoğulları, “Laiklik ve Türk Hukuk Devrimi”, *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi*, 12, 1996, 503-504

¹⁰⁹⁷ Coşkun Üçok, “Hukuk Devriminin Nedenleri”, *BELLETERN*, 52(204), 1004

Avrupa’da kanunlaştırmaların büyük çoğunluğunun ortaçağda olduğu gibi dinsel temelli olarak değil akıl, bilim gibi temellere oturan doğal hukuk anlayışına dayalı şekilde düzenlendiği dolayısıyla da Türkiye’de yaşanan hukuk devriminin ve ilgili süreçte yapılan kanunların doğal hukuk anlayışına sahip olduğu ifade edilir.¹⁰⁹⁸ İsviçre’den alınan medeni kanunun doğal hukuka ne kadar yaklaştığı ayrı bir değerlendirmenin konusu olmakla birlikte Türkiye’deki hukuk devrimi kendilerinden alıntı yapılan Avrupa’dan bazı isimleri bile çok ciddi şekilde şaşırtmıştır. İsviçreli hukukçu Sauser-Hall’ın şu ifadeleri bu durumu teyit etmektedir:

*“Türkiye’de gerçekleşmiş olan reformlar bütüncül şekilde değerlendirildiğinde şaşırmamak olanaksızdır. İslam devletlerinin en güçlüsü, bin yıllık geçmişe sahip gelenekleri, altı ay gibi kısa bir sürede ilga ediliyor. Tarih, hiçbir ülkede böylesine köklü ve ani bir reformu örnek gösteremez.”*¹⁰⁹⁹

Bütün bu bilgi ve değerlendirmelerden hareketle, özellikle ilk kabul edildiği ve hemen sonrasındaki süreç esas alındığında Türkiye’de halen yürürlükte olan laik ve disipline ettiği toplumun geleneklerinden kopuk bir medeni kanuna sahip olduğumuz malumdur. Bu nedenledir cumhuriyetin ilanı sonrasında gerçekleşen hukuk alanındaki düzenlemelerle normativist pozitivist hukuk anlayışına geçtiği kabul edilir.¹¹⁰⁰ Bu da sistemin, egemen iradenin yani yürürlüğe konulacak kanunların nihai ve mantıksal geçerliliğinin nedeni kabul edilen temel normun¹¹⁰¹ kökten değiştiği anlamına gelmektedir.

Savigny’nin hem hukukçuluğundan hem ortaya koyduğu tarihçi bakış açısından, organik bir süreç sonunda kanun yapmanın gerekli oluşuna vurgu yapması nedeniyle, hukukçular tarafından övgüyle söz edilmektedir.¹¹⁰² Zira Savigny’nin felsefesi özetle, *“kanuna göre insan/toplum olmaz, insana/topluma göre kanun olur”* şeklindedir diyebiliriz. Hukuk kuralları toplum içerisinde mündemiçtir, sonra örf olarak ortaya çıkar. Daha sonra bu örf hukukçular tarafından tatbik edilir/değerlendirilir ve daha sonrasında

¹⁰⁹⁸ Çağdaş Evrim Ergün, “Türk Aydınlanma Hareketinde Hukuk Anlayışı Türkiye’de Hukukun Laikleşmesi”, *Mevzuat Dergisi*, 2(20), 1999, 8

¹⁰⁹⁹ Ergün, “Türk Aydınlanma Hareketinde Hukuk Anlayışı Türkiye’de Hukukun Laikleşmesi”, 2

¹¹⁰⁰ Adnan Güriz, “Türkiye’de Hukuki Pozitivizm”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 8, 1991, 163

¹¹⁰¹ Altıntaş, “Hukukun Kökeniyle İlgili Teorilere Genel Bir Bakış”, 226

¹¹⁰² Akbaş, “Friedrich Carl Von Savigny: Tarihsel Hukuk Okulu Geleneği”, 53

ise bu, siyasi iradenin onu kanunlaştırmasıyla sonuca ulaşır. Talak yetkisinin mahkemeye devri meselesi cumhuriyetin ilanından önce de tartışılmıştır. Bu, az ya da çok, Osmanlı toplumunda da bu yönde bir hareketliliğin olduğunu göstermektedir. Ancak halkın dinle şekillenen örfünde bu yönde bir eylemin/talebin bulunmaması, dönemin hukukçularının büyük çoğunluğunun bu şekildeki bir düzenlemeye karşı olmaları tarihçi okulun bakış açısına göre ilgili şekilde bir kanunlaştırmanın organik olmayacağı anlamını taşır. Yine bu dönemde yapılan bazı kanunlaştırma çalışmalarının sonuncusu olan 1924 tarihli aile kanunu tasarısında talak yetkisinin tamamen mahkemeye devredilmeyip sadece kontrol altına alınması da bu tezi doğrular niteliktedir.

Günümüz İslam ülkelerindeki uygulamaların da yine konuyla ilgili tartışmaların, Türkiye’deki gibi organik olmayan bir süreç sonrasında gerçekleşen agresif hukuk reformundan kaynaklı şekilde mahkemeye tamamen devretme şeklinde değil de daha çok kontrol altına alma yönünde olduğu görülmektedir. Türkiye’deki söz konusu hukuk reformunun bu özelliği bir zihniyet değişikliği sağlamaya yönelik olmasından kaynaklanmaktadır.¹¹⁰³ Talak yetkisini mahkemeye devreden ancak mahkeme dışındaki boşamalarla ilgili olarak kanunda kapalılık iddialarının bulunduğu Tunus’ta da Türkiye benzeri bir durumun yaşanmış olması şaşırtıcı değildir. Çünkü Tunus 1880 yılından itibaren İngilizler tarafından sömürgeleştirilmiş, 1881’de ise yine sömürge olarak Fransa’ya devredilmiştir. O dönemden itibaren Tunus’ta birçok kanunlaştırma faaliyeti yapılmış ve hepsinde de ciddi şekilde Fransız etkisi söz konusu olmuştur.¹¹⁰⁴

Cumhuriyetin ilanından sonra süreç organik şekilde işleseydi ve tarihçi bir anlayışla başka bir din, kültür ve medeniyete mensup bir devletten kanun almayıp toplumumuza uygun bir kanun yapılabilmiş olsaydı bugün Türkiye’de de hukukçuların tartıştığı konu belki talakın mahkemeye devri değil mahkemece kontrol altına alınması olabilirdi. Elbette bu konuda kesin bir kanaate sahip olmak söz konusu olamaz. Ancak İslam ülkelerinin aile kanunlarında öngörülen uygulamaların büyük çoğunluğunda devir değil kontrol altına almanın sağlanması bu tahminimizi destekler mahiyettedir.

¹¹⁰³ Erol Cihan, “Atatürk Hukuk Devrimi Üzerine”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, sy. 48(1-4), 1983, 189

¹¹⁰⁴ Muhammed Tayyip Kılıç, *İslam Hukukunda Kanunlaştırma Olgusu*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ankara 2008, 213-214, 228

Meseleyi tabii hukuk – İslam hukuku ilişkisi bağlamında da kısaca değerlendirebiliriz. Tabii hukuk ilkçağda panteist bir dünya görüşünden hareketle hukuk idesinin tabiattan kaynaklanması, ortaçağda dini karakterli bir bakışa dönüşerek idenin ilahi kaynaklı oluşu ve daha sonrasında ise salt akıl temeline oturacak surette anlaşılmıştır.

İslam hukukunun tabii hukuktan uzak kaldığı iddia edilmiştir.¹¹⁰⁵ Bu iddia temelde yanlış olmakla birlikte iki basit açıdan olduğu kabul edilebilir. Birincisi isimlendirme konusunda zira böyle bir isimlendirme İslam dünyasında söz konusu olmamıştır. İkincisi ise Ortadoğu ve uzak doğunun ise ilahi dinler sebebiyle tabii hukuk arayışı içine girmemiş olmamaları ancak Batı'nın Antik Yunan'dan itibaren tabii hukuk düşüncesine sahip olduğu ve hukuk idesinin arayışı içinde olması açısından kısmen iddia makuldür. Ancak Müslümanlar açısından Kuran ve Sünnet'te yer alan hükümler en iyi, en doğru ve en olması gereken hükümlerdir.¹¹⁰⁶ Ayrıca İslam hukukunda akıl bu ikisinden sonra bir diğer önemli hüküm kaynağıdır. İslam hukukunda Kuran ve Sünnet kaynaklı bazı hükümler için söz konusu olsa da ictihadla çıkartılmış olan hükümlerin dogmatik vasfı söz konusu değildir. Kuran ve Sünnet hükümlerinin akılla çatışmaması, tabii hukukun adalet, eşitlik gibi temel ilkelerinin yine İslam'ın asli kaynaklarından olması gerektiği şekilde düzenleniyor olması gibi daha pek çok husus İslam hukukunun tabii hukuktan uzak kaldığı iddiasını çürütmektedir.¹¹⁰⁷ İslam itikadı açısından, tabii hukuk olarak düşünülen, tasavvur edilen hukuk idesinin ideal ve doğru oluşu Kuran ve Sünnet'le uyumu sayesinde anlaşılabilir bir husustur. Ayrıca tabii hukuk pozitif bir karakter almayıp ide olarak kalmaya devam etse de tabii hukuk doktrinleri ve bu doktrinlerden hareketle ortaya konan kanunlar insan mahsülüdür ve asla ideal değildir. Bu nedenledir ki tabii hukuk düşüncesi, hukuku ahlaki bir temele oturtmak şeklindeki hedefini gerçekleştirebilmiş değildir.¹¹⁰⁸

Netice olarak şunları söyleyebiliriz: Tabii hukuk düşüncesine dayanan Roma hukuku temelli İsviçre Medeni Kanununun benimsenmesi ile oluşan ve esas yapısını

¹¹⁰⁵ Tarık Özbilgen, "Tabii Hukuk Görüşünden Sosyolojik Hukuk Görüşüne", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 30(1/2), 30, 1964, 6

¹¹⁰⁶ Ali Bardakoğlu, "Tabii Hukuk Düşüncesi Açısından İslam Hukukçularının İstihsan ve İstislah Görüşü", *Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sy. 3, Kayseri 1986, 122

¹¹⁰⁷ Bardakoğlu, "Tabii Hukuk Düşüncesi Açısından İslam Hukukçularının İstihsan ve İstislah Görüşü", 121-122

¹¹⁰⁸ Fatih Başelma, *İslam Hukuk Metodolojisinde Emir ve Nehiy Hükümlerinin Hüsn-Kubuh Açısından Temellendirilmesi*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 43

günümüzde de koruyan Türk Medeni Kanununca düzenlenen boşanma sistemi de pek çok probleme sebep olabilmektedir. İnsan aklıyla anlaşılması ve eliyle tatbik edilmesi sebebiyle bu durum fıkıh için de doğal olarak söz konusudur. Ancak iki aile hukuku sisteminin ortaya çıkardığı olumsuzluklar mukayese edildiğinde hangisinin tabii hukuka daha fazla yaklaşabildiği konusunda bir fikir verebilecek seviyede bir farkın söz konusu olmadığını, ancak İslam hukukunun inanç ve ahlak boyutu daha baskın bir hukuk sistemi olması sebebiyle söz konusu problemlerini en aza indirmede TMK'dan daha başarılı olduğunu ifade edebiliriz.

3.2.11.3. Hukuk Sosyolojisi Açısından Konunun Değerlendirilmesi

Çalışmamızda hakkında değerlendirme yapma gayreti içinde olduğumuz konunun, insan ve topluma dair olması sebebiyle hukuk sosyolojisi açısından da değerlendirilmesi önem arz etmektedir. Öncelikle hukuk sosyolojisinin tarifini yapıp bazı temel ilkelerine temas edeceğiz. Daha sonra ise söz konusu alanda mevcut bazı bakış açılarını zikrederek en son konumuzu bu hususlar bağlamında kısaca da olsa değerlendirmeye çalışacağız. Nitekim hukuk bir açıdan sosyal bir ürün, bir başka açıdan ise sosyal bir etkidir.¹¹⁰⁹

Hukuk birden fazla boyutu olan bir alandır. İnsan ve topluma dair olması hasebiyle hukuk sosyal bir olgudur ve bu yönü itibarıyla de sosyoloji ile yoğun şekilde ilişkilidir. Hukuk sosyolojisinin literatürde farklı tarifleri yapıyor olsa da genel bir fikir verebiliyor olması dolayısıyla şu tarifi paylaşabiliriz: “*Hukuk sosyolojisi, hukuku insanlar arası ilişkilerin bir sonucu olması yönüyle ele alan, hukuk kurallarının arka planında bulunan değer yargılarının ve hedeflerin sosyal faktörlerini inceleyen bir bilim dalıdır.*”¹¹¹⁰

Hukuk sosyolojisinde hukuk kurallarının nasıl ortaya çıkması gerektiğine dair tinselci, Marksist ve sosyolojik doktrin gibi farklı bakış açıları bulunmaktadır. Bunlar arasında yer alan sosyolojik doktrine göre hukuk kuralları toplum dayatır yani hukuk kuralları önce toplum içerisinde şekillenmektedir.¹¹¹¹

Önemli hukuk sosyologlarından Eugen Ehrlich tarafından “yaşayan hukuk” kavramıyla bir yaklaşım ortaya koymuştur. Bu teoriye göre hukuk toplumla birlikte vardır

¹¹⁰⁹ Tevhit Ayengin, “İslam, Hukuk ve Sosyal Realite”, *Eski Yeni*, sy. 24, 2012, 27.

¹¹¹⁰ Hamide Topçu, *Hukuk Sosyolojisi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., İstanbul 1969, I, 165

¹¹¹¹ Henri Levy, *Hukuk Sosyolojisi*, Trc. Hüsnü Dilli, İletişim Yay., İstanbul 1991, 23 vd.

ve hukuk kurallarının kaynağı toplumda var olan yaşayan hukuktur. Bu teoride “aşağıdan yukarıya” şeklinde formüle edilebilecek “toplumdan hukuka/kanuna” bir hukuk düzenini idealize etmektedir. Ayrıca yakın tarihimizden itibaren günümüzde genel olarak toplumlarda siyaset veya farklı gerekçelerle bu organik sürecin tersine “yukarıdan aşağı” şeklindeki yöntemin benimsenmiş olduğu tespiti yapılır.¹¹¹²

Hukuk sosyologları toplumda ortaya çıkan problemlerin bir şekilde konulmuş pozitif hukuk kuralları marifetiyle çözülemeyeceğini, hukuk/kanun yapma konusunda sosyolojinin verilerinden istifade edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Hukuk sosyologları, aksi halde söz konusu toplumsal meselelerin çözümü sübjektif siyasi bakışların kavgasına sebep olacağını ve hakikate asla ulaşamayacağını savunmaktadır.¹¹¹³ Ayrıca “*hukukun, kanuna irca edilemeyeceğini*” bir diğer ifadeyle hukukun kanunla sınırlanamayacağını savunmaktadırlar.

Hukuk sosyolojisinde üzerinde durulan önemli ilkelerden biri de hukukun, onu vaz eden değil kendisi için vaz olunan açısından değerlendirmeye tabi tutulmasının gerekliliğidir.¹¹¹⁴ Ayrıca hukuk kurallarının yürürlüğü ile fiili olarak toplumdaki etkililiği ayrı değerlendirilmesi gereken hususlardır.

Hukuk sosyolojisinde bir diğer önemli konu nasıl olursa/yapılırsa hukuk/kanun adaleti tesis edebilir sorusudur. Bu soruya Benjamin Cordazo, “*modern toplumlar sürekli çözümü zor olan problemler ortaya çıkarmaktadır. Bu problemler de özünde sükun-hareket, teklik-çokluk, özgürlük-bağımlılık gibi zıtların çatışmasını barındırmaktadır. Adaletin sağlanması bu zıtlıkların uzlaştırılması ve değişimi inkar etmeyecek seviyede hukukta istikrar ile mümkündür*” şeklinde cevap vermektedir. Cordazo’nun şu tespiti de önemlidir: “*Varlıklarda iki esas vardır: Biri muhafaza diğeri değişim. Muhafaza olmadan değişme hiçten hiçe geçiştir. Değişme olmaksızın muhafaza ise sonsuza kadar sürdürülebilir değildir.*”¹¹¹⁵

¹¹¹² Hubert Rottleuther, “Eugen Ehrlich ve Ernst Hirsch Yaklaşımlarından Yaşayan Hukuk”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, sy. 1, 2013, 66

¹¹¹³ Topçuoğlu, *Hukuk Sosyolojisi*, I, 98-99

¹¹¹⁴ Topçuoğlu, *Hukuk Sosyolojisi*, I, 379-380

¹¹¹⁵ Ülker Gürkan, *Sosyolojik Hukuk İlmi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., Ankara 1961, 115

Hukuk sosyolojisine dair son olarak hatırlatmak istediğimiz ilke sosyal bir olgu olan hukukta da değişimin kaçınılmaz olmasıdır. Hukuktaki değişim tabii olarak toplumdaki değişimin tezahürlerinden biridir.¹¹¹⁶

Elbette bizim temas etmediğimiz ilaveler söz konusu olabilir ancak buraya kadar ifade edilenlerden hareketle hukukun adaleti nasıl tesis edeceği ve hukuk kurallarının nasıl oluşması ve olması gerektiğine dair hukuk sosyolojisinin öngördüğü esasları şu şekilde sıralayabiliriz:

1. Hukuk kanundan ibaret değildir
2. Sosyal bir olgu olan hukuk alanında da değişim kaçınılmazdır. Ancak değişim sürecinde muhafaza edilmesi gereken şeyler de vardır.
3. Hukuk kuralı konulmazdan önce toplumsal şartların oluşup oluşmadığının tespiti önemlidir.
4. Toplumda şartlar oluşmuşsa nasıl bir düzenleme yapılacağına karar verilmelidir.
5. Hukuk kuralları konulurken talebin aşağıdan yukarıya olması ve toplumun örf, adet ve değer yargıları gibi unsurlarının dikkate alınması zorunludur.

Çalışmamızda ele aldığımız İslam hukukunda kocaya tanımlanmış talak yetkisinin mahkemeye devri konusunda öncelikle hukukun kanundan ibaret olmadığı şeklindeki birinci esas iyi değerlendirilmelidir. Gerek Türkiye’de gerekse diğer İslam ülkelerinde pozitif hukuk kuralı halini almamış bir takım ilke ve esasların da toplum hayatında etkili olduğunun farkında olmak gerekir. Nitekim İslam aile hukuku pozitif hukuk/kanun düzeyinde yetkiyi kocaya vermiş olsa da ona mutlak bir hürriyet vermemiş aksine bir prosedürle kayıtlamış ve bu prosedüre uygun davranmaması halinde günah ve uhrevi olarak sorumluluğu öngören itikadi ve toplumda kınanma, dışlanma gibi sivil ve psikolojik cezaların söz konusu olabildiği ahlaki kurallarla bu durumu desteklemiştir.

İkinci olarak hukuk alanında da değişimin kaçınılmazlığı İslam hukuku için de yadsınmamalıdır. Zaten usul ilminin esasları böyle bir yadsımayı içermemektedir ancak hukuktaki değişime usuli itirazlar dışında taassup ve benzeri gerekçelerle karşı çıkılmamalıdır. İslam hukukunun boşanma sisteminin de bu değişime mümkün kısımları itibariyle elbette muhatap olacaktır. Dolayısıyla en önemli nokta İslam aile hukukunda

¹¹¹⁶ Topçu, *Hukuk Sosyolojisi*, I, 201

bu konuda nelerin muhafaza edilmesi gerektiği ve hangi hususların ictihadi/değişime açık olduğunun tespiti.

Hiz. Peygamber döneminden günümüze kadar ittifak ve istikrarla benimsenmiş olan kocanın talak yetkisine dair bir değişimden söz edilecekse toplumsal şartların oluşup oluşmadığı üç ve dördüncü esaslar üzerinde dikkatlice durulmalıdır. Açıkçası bu konuda Tarihçi hukuk ekolünün hukuki bir düzenleme için oluşması gereken, hukuk kuralının toplumda yerleşik davranış halini alması/talep edilmesi, hukukçuların değerlendirmesi ve nihayet kural koyma şeklindeki üç safhadan ikincisinde olduğumuzu söyleyebiliriz. Konunun siyasi-fikri arka planından bahsederken değindiğimiz üzere boşama prosedüründe yaşanan ihmaller, bundan hareketle fikir adamlarının ve günümüzdekiler dâhil hukukçuların konuyu gündemlerine almaları bunu göstermektedir. Elbette üçüncü aşamada cumhuriyetin ilanından sonra Türkiye’de yaşandığı gibi yukarıdan aşağı değil¹¹¹⁷, aşağıdan yukarı yani toplumdan hukuk kuralına giden bir yol benimsenmelidir. Ayrıca hukuk kuralı yapılırken toplumun örf, adet ve değer yargıları da dikkate alınmalıdır. Bu son husus şu açıdan önemlidir:

Kocanın sahip olduğu talak yetkisinin tamamen elinden alınarak mahkemeye devredilmesi, aksine yorum ve değerlendirmeler söz konusu olsa da Kitap, Sünnet ve icma sabit, yerleşik davranış halini almış olması ve Türkiye’deki laik pozitif hukuka rağmen hala hükmüne dair yoğun fetva taleplerinin varlığı gerek muhafazakâr hukukçular ve gerekse halk tabanında reaksiyonla karşılanabilir. Ancak Kuran ve Sünnet’te belirlenen boşama prosedürüne aykırı olmayan aksine söz konusu usule göre bir süreci işletmek üzere yetkinin mahkemece kontrol altına alınması durumunda toplumda bu şekilde karşılanmayacaktır diyebiliriz.

Konuyla ilgili olarak önemli bir isme daha temas etmek istiyoruz: Max Weber. Sosyolojide dolayısıyla da hukuk sosyolojisinde Max Weber, “rasyonelleşme” anlayışıyla ön plana çıkan bir isimdir. Weber, çağdaş dünyanın temel vasfının rasyonellik olduğu görüşüne sahiptir. Kavramı kullandığı bağlamlardan hareketle Weber’e göre rasyonelleşmenin belirleyici unsurlarının, bir hedefe sahip olma, hesaplanabilirlik, karşılaştırılabilirlik, mantıksallık, evrensellik ve sistematiklik olduğu tespiti yapılır.¹¹¹⁸

¹¹¹⁷ Levy, *Hukuk Sosyolojisi*, 112

¹¹¹⁸ Dadaşhan Celaleddin Kavas, *Max Weber Sosyolojisi Işığında Modern Hukukun Rasyonel Temeli*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2007, 25

Bu nedenle modern hukukun rasyonelleşmesinde öncelikli olarak onun sistematik olması önemlidir. Bu da sadece tatbikinin değil aynı zamanda hukuk yapımının/kural koymanın da şekli prosedürlere bağlı olması anlamında gelmektedir. Dolayısıyla modern hukuk, değerlerden tecrit edilmiş olmaktadır. Başka bir ifadeyle hukukun rasyonelleşmesi, hukuk ve ahlakın içerisinde varlık kazandığı dini ve metafizik alanın terkine ve böylelikle de formel hukuk ve lâdînî ahlak anlayışlarına yönelişe sebep olmaktadır.¹¹¹⁹ Weber'e göre kutsallığı ve etkinliği ile hukuku şekillendiren vahiy veya geleneklere dayanan hukuk sistemleri irrasyoneldir.¹¹²⁰ Nitekim Rasyonelleşme ile Aydınlanma arasında bir bağın olduğu vurgulanır ve Aydınlanma akıllı da seküler bir akıldır. Weber'in meşru kabul ettiği otorite tipinde de seküler bir meşruluğun esas olduğu değerlendirilmiştir.¹¹²¹

Weber'in hukuk sosyolojisinde bir diğer önemli husus devlet hukuku ve devlet-dışı hukuk ayrımıdır. Bir toplumda herhangi olay gerçekleştiğinde devletin belli organları harekete geçiyorsa yani zecr vasıtası devletse bu durumda devlet hukukunun; yine hukuku ilgilendirmesine rağmen herhangi bir olayda devletin organları harekete geçmiyor, zecr vasıtası devlet dışı bir otoriteyse bu durumda da devlet-dışı hukukun varlığı söz konusu demektir.¹¹²²

Öncelikle ifade etmemiz gerekir ki İslam hukukunda Weber'in ifade ettiği tarzda bir rasyonelleşmeden bahsedilemez. Zira temelde bir zıtlık söz konusudur. Rasyonelleşmede “seküler akıl” esastır. Oysa İslam hukuku kaynağı itibariyle vahye dayalıdır. Bir başka önemli husus da şudur ki İslam'da hukuki kurallar her zaman dünyevi yaptırımla desteklenmez. Bazı konularda inanç ve ahlak kurallarının kişileri bağlayıcılığı ve disipline ediciliği daha yoğundur. Nitekim İslam aile hukukunda kocanın boşama yetkisinin bağlandığı prosedür daha yoğun şekilde itikadi ve ahlaki kurallarla desteklenmektedir. Şöyle ki meşru bir gerekçe olmaksızın (teassüfen) veya prosedüre aykırı (bid'î) şekilde gerçekleşen boşamaların haramlığı, ahirette bu tasarrufundan hesaba çekileceği, eşini mağdur etmesinin İslami ahlaka aykırı olması sebebiyle sosyal

¹¹¹⁹ Kavas, *Max Weber Sosyolojisi*, 42

¹¹²⁰ Bünyamin Duran-Ahmet Yavuz Çamlı, *Klasik Sönem Osmanlı toplumunun Sosyo-Ekonomik Yapısı: (Max Weber'in Patrimonyalizm Teorisi Çerçevesinde İncelenmesi)*, Hiper Yay., 2019, 34

¹¹²¹ Kavas, *Max Weber Sosyolojisi*, 78

¹¹²² Hamide Topçuoğlu, “Max Weber Sosyolojisine Göre Hukuki Düşüncenin Kategorileri ve Yeni Hukuk Normlarının Teşekkül Tarzları”, *Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan*, Ankara 1964, 234

çevresince kınanması ve benzeri durumlar söz konusu olacaktır. İslam hukukunda Weber'in öngördüğü tarzda ahlak-hukuk, değer-kural ayırımından bahsedilemez.

Weber'in devlet ve devlet dışı hukuk şeklindeki tasnifini esas alarak da bir değerlendirmede bulunmak yerinde olacaktır. Biz çalışmamızda her ne kadar tüm yönleriyle İslam hukukuna dayalı bir hukuk sistemine sahip toplumda kocanın boşama yetkisinin mahkemeye devrinin mümkün olup olmadığını tartışsak da mevcut duruma dair bir takım durum ve tespitler de konumuz açısından önem arz etmektedir. Özellikle Türkiye'de tam da Weber'in ortaya koyduğu tarzda devlet hukuku ve devlet-dışı hukuk şeklinde ikili bir durum söz konusudur. Türkiye'de cumhuriyetin ilanı sonrasında benimsenen laik hukuk mevzuatını devlet hukuku, İslam hukukunu ise devlet dışı hukuk olarak tasnif edebiliriz. Bu tasnife dayalı şekilde Türkiye'de fıkha göre kocaya ait olan boşama yetkisinin disiplinsiz ve keyfi kullanımının yaygınlaşması ile alakalı iki hususa dikkat çekmek istiyoruz:

1. Weber'in de söylediği gibi devlet hukukunun devlet dışı hukukun organlarını işlevsiz hale getirmeye çalışması söz konusudur.
2. Türkiye'de devlet dışı hukukun zaten az olan toplum üzerindeki etkisi daha da azalmaya başlamıştır.

Bu iki neden dolayısıyla kocanın boşama yetkisinin toplumumuzda probleme dönüşmesinin engellenmesi boşama yetkisinin mahkemeye devri ile değil devlet dışı hukuk konumunda bulunan İslam hukukuna uygun -ilgilileri için- bazı düzenlemelerin meri hukukta söz konusu edilebilmesiyle de mümkün olabileceğini, sadece vakıaya intibak için fıkhi kurallarda düzenleme talep etmenin usule uygun olmayacağı şeklindeki kanaatimizi ifade edebiliriz.

SONUÇ

İslam aile hukukunda kocaya tanınan talak yetkisinin mahkemeye devrinin mümkün olup olmadığı ile alakalı yapmış olduğumuz çalışmamızda aşağıdaki tespit ve sonuçlara ulaştığımızı ifade edebiliriz:

1. Toplumun temeli sayılan ailenin sonlanması konusunda boşanmaları olabildiğince engellemeye çalışan toplumcu teorilerin terkedilmeye başlandığı ve iradeci teorilerin ve bu teorinin tezahürlerini barındıran hukuk sistemlerinin idealize edilmeye başlandığı görülmektedir.

2. İslam dışındaki diğer ve din sistemlerin boşanma konusuna yaklaşımlarının, gerek boşanmayı yasaklamak ve gerekse karı kocadan her iki tarafa da mutlak bir boşanma serbestisi tanımak suretiyle iki farklı uca savrulduklarını ifade edebiliriz.

3. İslam aile hukukunun benimsemiş olduğu evliliği sonlandırma yöntemlerinin, hem toplumu hem de karı kocanın iradelerini dikkate alması sebebiyle mutedil bir vasfa sahip olduğu net şekilde anlaşılmaktadır. Bu açıdan İslam aile hukukunun kendisi dışındaki diğer hukuk sistemlerine nazaran pek çok konuda olduğu gibi evliliği sona erdirmeye konusunda da özgün bir sistem olduğunu özellikle belirtmemiz gerekmektedir.

4. İslam aile hukukunda yer alan hükümler eşleri, aileyi ve toplumu muhafaza edebilecek seviyede sabit ve sürekli bir gelişim içerisinde olan dünyada yeni zaman ve şartlara uyum sağlayabilecek düzeyde de değişime açık, esnek şekilde düzenlenmiştir.

5. İslam'ın, toplumun fitratına uygun şekilde aile kurmayı teşvik ettiğini, aile kurumu içerisinde eşlerin birbirlerine karşı hak ve sorumluluklarını olması gerektiği şekilde düzenleyerek sağlıklı bir müessese oluşturmaya gayreti de önem arz etmektedir.

6. İslam aile hukuku ideal bir evlilik için gerekli ilke ve kuralları benimsemiş ve aynı zamanda eşlerin anlaşılamayıp boşanabileceklerini de öngörmek suretiyle boşanma konusunda da karı kocanın, çocukların ve toplumun maslahatına uygun tedbir ve hukuki düzenlemeleri yapmıştır.

7. Kocaya ait talak yetkisinin mutlak değil sıkı şart ve prosedürlere bağlı mukayyet bir yetki olduğu, konuya dair Kuran ve Sünnet'te yer alan ve bazıları da ictihadi şekilde ortaya konmuş olan hükümlerden ortaya çıkan önemli bir sonuçtur. Talak, kocanın keyfine bırakılmamış aksine sıkı şekilde kurallara bağlanmış bir yetkidir.

8. Her ne kadar laik hukuk sistemlerinde de evliliğin hükümsüzlüğü yahut butlanı gibi durumlar söz konusu olsa da İslam hukukunun diğer sistemlerden farklı fesih sebepleri vardır. Özellikle Müslüman eşlerden birinin irtidat veya ihtida etmesinin fesih sebebi olması İslam hukukunun diğer hukuk sistemlerinden ayrıldığı önemli bir noktadır. Ayrıca İslam hukukuna göre îlâ, zihar ve mülaane gibi evliliği sonlandırabilen durumlar da söz konusudur. Bu gibi durumlarda laik hukuk mevzuatına sahip ülkelerde eşler ancak yorum yaparak boşanabileceklerdir. Böylesi ülkelerde sadece söz konusu laik hukuk sistemine intibak için usuli zemini zayıf çıkarımlardan kaçınılması gereklidir.

9. Tefrik yani İslam aile hukukunda mahkemenin boşaması konusu incelendiğinde özellikle kadının mağduriyetini önlemeye yönelik gereken tedbirlerin var olduğu görülmektedir. Burada asıl vurgulanması gerekeni şöyle ifade edebiliriz: 20. yüzyılla başlayan süreçte Osmanlı'da Hanefi mezhebi dışındaki mezheplerden hatta münferid bazı müctehidlerin görüşlerinden istifade etmek suretiyle kanun hazırlama fikri gelişmiş ve tatbikata da yansımıştır. Dolayısıyla günümüzde İslam hukuku açısından da kadının, neredeyse laik hukuk sistemlerinde var olan tüm gerekçelerle boşanma/tefrik talebinde bulunabileceği şekilde bir aile kanunu hazırlamanın önünde fıkhi/usuli bir engel bulunmamaktadır.

10. İslam aile hukukunda kadına dair hususlar tefrikle sınırlı olmayıp tefviz-i talak ve muhalaa gibi uygulamalar da mevcuttur. Kadın gerek akit esnasında ve gerekse evlilik devam ederken tefviz-i talak ile kocadan boşama yetkisini alabilmektedir. Ancak ilginç şekilde İslam toplumlarında, evliliğin başlangıcında eşler arasında soğukluğa sebebiyet vermemek veya böylesi bir sorumluluğu üstlenmekten çekindikleri için kadınlar bu yetkiyi kocalarından alma konusunda güçlü bir irade ortaya koymamaktadırlar.

11. Kadının istemediği veya zarar gördüğü bir evliliği sonlandırabilme imkânlarından biri de muhalaa uygulamasıdır. Muhalaa uygulamasında en kritik noktalardan biri kocanın buna razı olması konusudur. Her ne kadar mezhepler arasında muhalaada kocanın rızasının şart olduğu görüşü benimsenmiş olsa da özellikle kadının zarar gördüğü bir evliliği sonlandırabilmesi için hakimin gerektiğinde kocanın rızası olmadan da muhalaaya hükmedebileceği yönünde görüşler mevcuttur. Dolayısıyla muhalaanın kadının istemediği bir evlilikten kurtulabilmesini büyük oranda temin eden bir uygulama olduğu tespiti önemlidir.

14. Beşeri hukuk sistemlerinin tam olarak olmasa da henüz ulaştığı bir nokta olan boşanma davalarında uzlaştırma uygulamasının İslam hukukunda bizzat Kuran'da yüzyıllar öncesinde pozitif hukuk düzeyinde bir hüküm olarak benimsenmesi ciddi anlamda önemli bir durumdur.

15. İslam hukukunda boş(n)ma sisteminin tarihsel süreç içerisinde geçirdiği aşamalara göz atıldığında kocanın boşama hakkının hiçbir dönemde elinden alınmadığı ancak belli açılardan müdahale edildiği görülmektedir. Özellikle kadının zarar göreceği şekilde gerçekleşen boşamalar yargıya taşınmış ve kadının mağdur olmasına göz yumulmamıştır.

16. Tanzimat sonrası yapılan aile kanunları ve aile kanunu yapma teşebbüsleri de önemlidir. Bu düzenlemelerden hiçbirinde, sosyolojik anlamdaki dönüşüm ve belli kesimlerden yükselen yoğun taleplere rağmen kocanın talak yetkisi mahkemeye devredilmemiştir. Bir diğer önemli nokta ise her ne kadar yetki kocadan alınmasa da boşamanın hâkim huzurunda gerçekleştirilmesi şeklindeki hüküm taslak şekilde de olsa var olabilmıştır.

17. Türk Medeni Kanunu, hukuk sosyolojisi ve hukuk felsefesinin verileri dikkate alınmaksızın, olması gerektiği şekilde toplumdan devlete bir hareket ile değil yukarıdan aşağı yani devletten topluma bir hareket ile benimsenmiştir. Bütün bu nedenlerle özellikle Türkiye'de kocanın talak yetkisiyle alakalı değerlendirmelerde daima ihtiyatlı olunmasının gerekliliği açıktır. Zira TMK'nın ilerleyen süreçte bambaşka bir sistemi benimsemesi halinde İslam hukukçuları bu sefer de fikhî söz konusu yeni sisteme entegreye çalışmak zorunda kalacaklardır.

18. Tunus ve Cezayir gibi talakı mahkemeye devreden ülkelerin 19. yüzyıldan itibaren Fransız sömürgesi olmaları, bu ülkelerde Fransa'nın diktesiyle bir takım kanunlaştırma çalışmalarının yapılmış olması önemli bir detaydır. Bu ülkelerdeki uygulamaların, aslında İslam hukukçuların ağırlık kazanan görüşlerinden değil siyasi iktidarın bu konudaki cüretkâr tavrından kaynaklandığı kanaatindeyiz. Nitekim cumhuriyet ilanı sonrası Türkiye'de de benzer durum söz konusu olmuştur. Talakı tamamen devretmeyip mahkemenin kontrolüne verme eğiliminin İslam ülkelerinde daha sıcak karşılandığı ve günümüzde kısmen daha yaygın olduğu görülmektedir.

19. Farklı açılardan arka planını incelediğimizde boşama yetkisinin mahkemeye devri tartışmasının tüm dünyada etkili olan modernleşme, aydınlanma hareketlerinin İslam aile hukukuna yansımından kaynaklandığını ifade edebiliriz. Zira tartışmanın, Tanzimat öncesinde var olmaması, tartışmanın Batıyla etkileşimin erken sayılabilecek bir dönemde etkileşime girmiş olan Mısır’da başlaması bu konuda ciddi göstergelerdir.

20. Talak yetkisi, “iskâtu’l hak ani’l-bud” şeklinde ifade edilen iskati haklardandır. Bu, bir şekilde kullanılması halinde sonuç doğuran tasarruf anlamındadır. Bunu “cam bir bardağı kırmak ister kanunla yasaklansın ister yasaklanmasın, kişinin elinden düşmesiyle kırılması” şeklindeki bir örnekle izah edebiliriz. Bu yönüyle talak yetkisinin, tamamen mahkemeye devri mümkün olan bir hak/yetki olmadığı anlaşılmaktadır.

21. Hanefi ve Şafiiler tarafından boşanma öncesi ıslah girişimi olarak değerlendirilen hakem heyeti uygulamasının Malikilerde olduğu gibi boşamaya veya muhalaaya hükmedebilmesi günümüzde de tatbiki edilmesi gereken bir ictihaddır. Kuran’da şahit tutmanın emredilmesi boşamada mahkemeye delalet etmemektedir. Bu ayetin, daha yoğun şekilde boşamayı kayıt altına almaya delalet ettiği anlaşılmaktadır. Nitekim mezhepler de boşamaya şahit tutmanın mendup olduğunu ifade etmişlerdir. Dolayısıyla devletin mendubu boşanmanın bir aşaması olarak prosedüre dâhil etmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır.

22. Hulefa-i Raşidin döneminde Hz. Ömer’in uygulamalarının ayrı bir önemi vardır. Onun ehl-i kitap kadınlarla evliliği yasaklaması, aynı anda verilen üç talakın üçünü de geçerli sayması, mehri sınırlama girişimi ve benzeri uygulamaları kanaatimizce -konumuz bağlamında- tam tersi istikamette yorumlanmaktadır. Zira mahkeme dışında prosedüre aykırı şekilde gerçekleşen talakları geçersiz sayabilmek ve kocanın talak yetkisini mahkemeye devretmek mümkün olsaydı -aileyi muhafaza edebilme adına- Hz. Ömer, boşamaların üçünü de geçerli saymak yerine boşamayı mahkemeye en azından hakemlere devrederdi kanaatindeyiz. Biz, Hz. Ömer’in uygulamalarının talak yetkisinin mahkemeye devrinden ziyade mahkemece kontrol altına alınmasına daha yoğun şekilde işaret ettiğini düşünüyoruz.

23. Tek başına istihsan delili ve katiliği, zaruriliği tartışmalı olan maslahatlara istinaden sadece maslahat-ı mürsele delilinden hareketle yetki devrinin söz konusu olamayacağı kanaatindeyiz.

24. Kuran, mali işlemlerden olan borçların yazılmasını emrederek yazının yaygın olmadığı bir topluma şeri bir örf yerleştirmeye çalışmıştır. Aile, mali işlerden daha önemli bir konu olmasına rağmen cahiliyedeki uygulamayı bir takım tadilatlarla takrir etmiş olması ve boşama yetkisini açık şekilde kocada bırakmış olması manidardır.

25. Kamu otoritesinin mubahlık hükmüne sahip konularda kamunun maslahatını gözetmek ve dinin genel ilke ve prensiplerine aykırılık teşkil etmemek şartıyla bir takım düzenlemeler yapma yetkisi vardır. Kamu otoritesinin mubah alanda yapmış olduğu düzenlemeler (siyasi farz ve siyasi haramlar), şeri farz veya haramlar gibi mutlak ve müebbed şekilde bağlayıcı değildir. Ayrıca siyasi hüküm vaz edilirken dayanan maslahatın az ya da çok görecelilik içeriyor olması ve daha da önemlisi söz konusu siyasi düzenlemeye aykırı fakat şeran belirlenmiş prosedüre uygun şekilde gerçekleşen tasarrufların şeri/fikhi açıdan sahih kabul edilmesi talakın mahkemeye tamamen devrinin çok anlamlı ve işlevsel olmayacağını göstermektedir.

26. Türkiye özelinde resmi makamlarca kısıtlanan nikâhın gerek TMK ve gerekse evlendirme yönetmeliğinde yer alan düzenlemelerin kocanın da imzalaması nedeniyle gerektiğinde hâkimin boşamasının geçerliliğin temelini oluşturabileceğini düşünüyoruz. Ancak tefviz-i talakla bile boşama yetkisinin sadece ortak kullanıma, paylaşıma açılması söz konusu olabiliyorken “belediyede evleneni ancak hakim boşayabilir” şeklindeki bir değerlendirme isabetli gözükmemektedir. Zira kocanın imzası, yetki devri değil belki sadece anlaşmazlık halinde mahkemeye boşama vekaleti verme olarak değerlendirilebilir.

27. Boşama yetkisinin kocaya ait oluşunun Kitap, Sünnet ve icma ile sabit, değişken olmayan bir hüküm olduğu anlaşılmaktadır. Bu durum da yine kocanın boşama yetkisini mahkemeye devretmenin imkânsızlığını göstermektedir.

28. Bir konunun kazai ve diyani hükmünün çatışmasının problemlere sebep olduğu açıktır. Talak yetkisinin mahkemeye devredilmesi, esasında bu problemleri ortadan kaldırmayacaktır. Zira boşama yetkisi kocaya ait olduğunda da diyani veya kazaî tek bir hukuki geçerlilik alanı esas kabul edildiğinde nadiren de olsa ortaya çıkması muhtemel sorunlar söz konusu olmayacaktır.

29. Konu, hukuk-psikoloji ilişkisi açısından değerlendirildiğinde günümüzde özellikle Türkiye’de “boş ol” kelimesinin çok rahat telaffuz edilebiliyor olması aslında fikhın Türk toplumu üzerinde etkisinin zayıflamaya başlamasından kaynaklı olduğu

sonucuna bizi götürmektedir. Hukuk sosyolojisi ve hukuk felsefesi açısından mesele ele alındığında ise sağlıklı, organik, toplumdan devlete hareketle, adaleti tesis, hakkaniyeti temin edecek, kişilerin iradesini hiçe saymayan fakat toplumu da ihmal etmeyen, bir şekilde var olabilmiş vakıya intibak için değil usûlî zemini sağlam hukuki hükümler ortaya konulmasının gerekliliği net şekilde anlaşılmaktadır.

Tüm bu değerlendirme ve tespitler sonrasında netice olarak biz, kocanın boşama yetkisinin mahkemeye devredilemeyeceği ancak Kuran ve Sünnet'te belirlenen prosedürün olması gerektiği şekilde tatbiki için boşama sürecinin mahkemece kontrol altına alınmasının uygun olacağı şeklindeki kanaatimizi paylaşabiliriz.



KAYNAKÇA

- Abdulhamid, Muhyiddin, *el-Ahvâlu'sh-Şahsiyye*, Daru'l-Kitabi'l-Arabi, y.y. t.y.
- Abdülbâkî, Muhammed Fuâd, *el-Mu'cemü'l-Müfehres li-Elfâzi'l-Kur'âni'l-Kerîm*, Dârü'l-Kütübi'l-Mısriyye, Kahire t.y.
- Acar, Halil İbrahim, *İslam Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi*, EKEV Yay., Erzurum 2000
- Ahmed b. Hanbel, Ebu Abdillâh Ahmed b. Muhammed, *Müsned*, Thk.: Şuayb Arnaut vd., Müessesetü'r-Risale, y.y. 2001
- Komisyon, *Aile İle İlgili Sıkça Sorulan Sorular*, DİB Yayınları, Ankara 2015.
- Akbaş, Kasım, "Friedrich Carl Von Savigny: Tarihsel Hukuk Okulu Geleneği", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 74(1), 2016, 53-72
- Akgündüz, Ahmet, "Dürerü'l-Hükkam", *TDV İslam Ansiklopedisi*, İstanbul 1994
- Akıntürk, Turgut - Ateş Derya, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, Beta Yay., İstanbul 2007
- Akkaya, Tolga, *Medenî Usûl Hukuku Bakımından Boşanma Davası*, Yetkin Yay., Ankara 2018.
- _____, *Medeni Usul Hukukunda İstinaf*, Yetkin Yay., Ankara 2009.
- Aktan, Hamza, "Kuran'a Göre Boşanma Prosedürü", *Dini Araştırmalar*, Eylül-Aralık 2002.
- Algar, Hamid, "İran", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul 2000.
- Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkam fi Şerhi Mecelleti'l-Ahkam*, Trc.: Fehmi Hüseyini, Daru'l-Cil, y.y. 1991
- Altıntaş, M. Esat, "Bireycilik ve Toplumculuk Tartışmaları Bağlamında Değerler Eğitimi Yaklaşımları", *Değerler Eğitimi Dergisi*, 10(12), 2012, 31-52
- Altıntaş, Ömer Faruk, "Hukukun Kökeniyle İlgili Teorilere Genel Bir Bakış", *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sy. 8, Samsun 1996, 221-238
- Altıparmak, Yılmaz, *İslamiyet Açısından Atatürk ve İnkılapları*, Timaş Yayınları, İstanbul 1993

- Alzalmi, Mustafa İbrahim, *Medâ Sultani 'l-İradeti fi 't-Talak fi 'ş-Şerâi' ve 'l-Kavânîn ve 'l-A'raf hilale Erba'ati Âlâf Sene*, İhsan li'Neşr ve't-Tevzi, Birinci Baskı, y.y. 2014
- Âmidî, Ebu'l-Hasen Seyyidüddin Ali b. Ebi Ali b. Muhammed b. Salim, *el-İhkam fi Usuli'l-Ahkâm*, Thk: Abdurezzak Afifi, el-Mektebü'l-İslami, Beyrut t.y.
- Anderson, J. N. D., *Islamic Law in the Modern World*, New York University Press, New York 1959
- Ansary, Sabri Şakir, *Eski Hukukumuz Bir Nazar*, Ankara Üniversitesi, Ankara 1952
- Apaydın, H. Yunus, "Siyaset-i Şer'iyye", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul 2009, XXXVII, 299
- Aral, Vecdi, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, İstanbul 1992
- _____, *Hukuk ve Hukuk Bilim Üzerine*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1985
- Asım, Selahaddin, *Türk Kadınlarının Tereddidi Yahut Karışmak*, Resimli Kitap Matbaası, İstanbul t.y..
- Atar, Fahreddin, "Nikah" *TDV İslam Ansiklopedisi*, İstanbul 2007
- _____, *Fıkıh Usulü*, MÜİF Yay., İstanbul 1996
- Atay, Hüseyin, *Kuran'a Göre Araştırmalar I*, Semih Ofset, Ankara 1993.
- Ateş, Mustafa, "Hukuk Yargılamasında ve Özellikle Boşanma Davalarında Hukuka Aykırı Deliller", *Terazi Hukuk Dergisi*, sy. 18, 2008, 89-105.
- Aydın, Ahmet, *İslam Hukuku ve Fıkıh Problemlerini Psiko-Sosyal Açıdan Analiz*, Fidan Bas. Yay., İstanbul 2022
- Aydın, Mehmet Akif, "Hukuk-ı Aile Kararnamesi", *TDV İslam Ansiklopedisi*, İstanbul 1998
- _____, "Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, Ankara 2003
- _____, *İslam-Osmanlı Aile Hukuku*, İstanbul, MÜİF Yay., 1985
- Ayengin, Tevhit, "İslam, Hukuk ve Sosyal Realite", *Eski Yeni*, sy. 24, 2012, 26-30.

- Aygün, Mustafa Yaşar, “Medeni Kanun'un Kabulünün 72'inci Yılında Tarihi Gelişimi Açısından Türk Özel Hukuku ve Medeni Kanun”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 3, 1998, 887-970.
- Ayiter, Kudret, *Roma Hukuku Dersleri: Aile Hukuku*, AÜ Basımevi, Ankara 1963.
- Ayni, Bedruddin, Ebu Muhammed Mahmud b. Ahmed b. Hüseyin, *el-Binaye Şerhu'l-Hidaye*, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2000.
- Aynî, Ebu Muhammed Mahmud b. Ahmed b. b. Musa, *Umdetu'l-Kârî Şerhu Sahihi'l-Buhari*, Dâru İhyai't-Turasi'l-Arabi, Beyrut t.y.
- Baberti, Ekmeluddîn Muhammed b. Muhammed b. Mahmûd b. Ahmed, *el-Înâye Şerhu'l-Hidâye* (Fethu'l-Kadîr ile birlikte) I-X (1. Baskı), Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2003.
- Bâkılânî, Muhammed b. Tayyib b. Muhammed b. Cafer b. Kasım, et-Takrib ve'l-İrşad, Thk: Abdulhamid b. Ali Ebu Zenid, Müessesetü'r-Risale, y.y. 1998
- Bakkal, Ali, *Hikmet İllet ve İctimai Vakıa Münasebetlerinin Hukuki Neticeleri*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum 1986
- Bardakoğlu, Ali, "Kitap", *TDV İslam Ansiklopedisi*, Ankara 2002
- _____, “Evliliğin Sona Ermesi”, *Diyanet İşleri Başkanlığı Konulu Kur'ân-ı Kerim Tefsiri (Örnek Fasikül)*, Ankara 2001
- _____, “Hak”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, İstanbul 1997
- _____, “Hanefî Mezhebi”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, İstanbul 1997
- _____, “Hukuki ve Sosyal Açıdan Boşanma”, *Türk Aile Ansiklopedisi*, Ankara 1991
- _____, “İslâm Hukukunda Boşama Yetkisi, Bu Yetkinin Sınırlandırılması ve Devri”, *Kadın ve Aile Sempozyumu*, Mehîr Vakfı, Konya 1998
- _____, “İstihsan”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, İstanbul 2001

- _____, “Tabii Hukuk Düşüncesi Açısından İslam Hukukçularının İstihsan ve İstislah Görüşü”, *Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sy. 3, Kayseri 1986, 111-138.
- Başelma, Fatih, *İslam Hukuk Metodolojisinde Emir ve Nehiy Hükümlerinin Hüsun-Kubuh Açısından Temellendirilmesi*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2012.
- Başpınar, Veysel, “Türk Medeni Kanunu İle Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler ve Bu Konuda Bazı Önerilerimiz”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 52(3), 2003, 79-101.
- Bayraklı, Bayraktar, *Yeni Bir Anlayışın Işığında Kur’ân Tefsiri*, Bayraklı Yay., İstanbul 2005.
- Bayur, Yusuf Hikmet, *Türk İnkılâbı Tarihi*, I-III, TTK Yay., Ankara 1983.
- Bedran, Ebu’l-Ayneyn Bedran, *Ahkamu’z-Zevac ve’t-Talak fi’l-İslam*, Matbaatu Dari’t-Te’lif, İskenderiyye 1961.
- Berkes, Niyazi, *Türkiye’de Çağdaşlaşma*, Doğu-Batı Yay., İstanbul 1978.
- Bessieres, Yves – Niedzwiecki, Patricia, *Women in the French Revolution*, y.y. 1991
- Beyhakî, Ahmed b. Hüseyin b. Ali b. Musa el-Horasani, *Marifetü’s-Sünen ve’l-Âsâr*, Thk. Abdulmu’ti Emin Kal’acı, Daru Kuteybe, Beyrut 1991
- _____, *es-Sünenü’l-kübrâ*, Dâru’l-Fikr, Beyrût ty.
- Bihârî, Muhibbullah b. Abdüşşekûr, *Müsellemü’s-Sübût* (Fevâtihi’r-rahamût bi şerhi Müsellemi’s-sübût ile birlikte), tsh. Abdullah Mahmud Muhammed Ömer, Dâru’l-kütübi’l-ilmiyye, Beyrut 2002
- Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuk-ı İslamiyye ve Istilahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, Bilmen Yay., İstanbul t.y.
- Biltaci, Muhammed, *Dirasât Mukarene fi Ahkami’l-Usra*, Mektebetü’ş-Şebab, y.y. 1985
- Bozkurt, Gülnihal, *Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumu*, Türk Tarih Kurumu Yay., Ankara 1996.

- Buhari, Abdulaziz, Ahmed b. Muhammed Alauddin, *Keşfu'l-Esrar Şerhu Usuli'l-Pezdevi*, Daru'l-Kitabi'l-İslami, y.y. t.y
- Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmail, *el-Câmiu's-Sahîh*, Çağrı Yay., İstanbul 1992.
- Buhuti, Mansur b. Yunus b. Selahuddin b. Hasen b. İdris, *Keşşafu'l-Kinâ' an Metni'l-İknâ'*, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye
- _____, *Şerhu Müntehe'l-İradât*, Alemu'l-Kütüb, y.y 1993.
- Cabir, Yasir Muhammed Mustafa, *et-Tahkim Beyne'z-Zevceyn*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Katar Üniversitesi, Katar 2018
- Camkurt, Mehmet Zülfi, “Ölüm Karinesi ve Gaiplik Durumunda Sosyal Güvenlik Mevzuatı Kapsamında Hak Sahiplerine Gelir ve Aylık Bağlanması” *Mali Çözüm*, İSMMOD, Mart-Nisan 2011
- Can, Mücella, “Akıl, Birey ve Bireycilik Kavramlarının Aydınlanma Felsefesi Işığında Yeniden Yorumlanması”, *Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi*, sy. 29, Bahar 2020, 181-200.
- Canarşlan, Gökçe, “Hayata Kast, Pek Kötü veya Onur Kırıcı Davranışın, Genel Boşanma Sebepleriyle İlişkisi”, *International Journal of Social And Humanities Sciences*, 1(2), 2017, 95-107.
- Cansel, Erol, “Boşanmanın Dayandığı Esaslar”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı 1925-1977*, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 407, 1977.
- Celal Nuri, “Kadınlarımız”, *İctihad*, No: 23, İstanbul 1329.
- _____, *İttihad-i İslam*, İstanbul, Yeni Osmanlı Matbaası, 1331.
- _____, *Kadınlarımız*, haz. Ö. Ozankaya, Ankara 1993.
- _____, *Kadınlarımız*, İstanbul 1331.
- Cemil, Nimet, “Talak”, *Kadınlar Dünyası*, 142. Sayı, 9 Mayıs 1330.
- Cemili, Reşid, *Tarihu'l-Arab (fi'l-Cahiliyye ve Asrı'd-Daveti'l-İslamiyye)*, Beyrut 1972.

- Cessâs, Ebû Bekr Ahmed b. Ali, *Ahkamu'l-Kuran*, Thk: Abdusselam Muhammed Ali Şahin, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1994
- _____, *el-Fusul fi'l-Usul*, Vezaretü'l-Evkafi'l-Kuveytiyye, y.y. 1994
- Cevad Ali, *el-Mufasssal fi Tarihi'l-Arab Kable'l-İslam*, I-X, Camiatu Bağdad, y.y. 1993
- Ceziri, Abdurrahman b. Muhammed İvaz, *el-Fıkh ala Mezahibi'l-Erba'a*, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2003
- Cihan, Erol, "Atatürk Hukuk Devrimi Üzerine", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 48(1-4), 1983, 183-194.
- Cin, Halil, *Eski Hukukumuzda Boşanma*, Selçuk Üniversitesi Yay., Konya 1988
- _____, *Eski Hukukumuzda Boşanma*, SÜHF, Konya 1988
- _____, *İslam ve Osmanlı Aile Hukukunda Evlenme*, AÜHF Yay., Ankara 1974
- Civelek, Yaprak – Koç, İsmet, "Türkiye'de İmam Nikahı", *Hacettepe Üniversitesi Sosyolojik Araştırmalar e-Dergisi*, 2007.
- Cüceloğlu, Doğan, *İnsan ve Davranışı: Psikoloji Temel Kavramları*, Remzi Kitabevi, İstanbul 2006.
- Cürcânî, Ebu'l-Hasen Seyyid Şerif Ali b. Muhammed b. Ali, *et-Ta'rifât*, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1983.
- Cüveynî, Abdulmelik b. Abdillâh b. Yusuf b. Muhammed, *Nihayetü'l-Matlab fi Dirayetü'l-Mezheb*, Thk.: Abdulazim Muhammed ed-Dib, Daru'l-Minhac, y.y. 2007.
- _____, *et-Telhis fi Usuli'l-Fıkh*, Thk: Abdullah Culem en-Nebali-Beşir Ahmed Amri, Daru'l-Beşairi'l-İslamiyye, Beyrut t.y.
- Çalışkan, Mehmet, *el-Hüseynî el-Yezdî'nin el-Urâza fi'l-Hikâyeti's-Selcûkiyye Adlı Farsça Eserinin Türkçe Tercümesi*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü, İstanbul 2019
- Çağıl, Orhan Münir, "Bir Eser Münasebetiyle Hukuk Mefhumu ve Hukuk İdesine Dair Bazı Düşünceler", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 24(1-4), 2011, 388-431.

- Çeker, Orhan, “Prof. Dr. Saffet Köse’nin Hz. Ömer’in Bazı Uygulamaları Bağlamında Ahkâmın Değişmesi Tartışmalarına Bir Bakış’ Başlıklı Makalesi Üzerine Bazı Mülahazalar”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 4(7), 2006, 51-54.
- Çetinel, Merve Ürem – Güneş, Biset Sena, “Mahkeme Dışı Boşanma Kurumu ve Türk Hukukunun Bu Kuruma Yaklaşımı”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, sy. 309, 2020, sayfa aralığı.
- Çiftçi, Pınar, “Boşanma Sisteminin Yargılamada Doğurduğu Temel Hak İhlalleri ve İspat Sorunları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan, 16, 2014, 309-340.
- Dalgın, Nihat, *İslam Hukukunda Boşama Yetkisi*, MÜİFV Yay., İstanbul 2001.
- Dede, İsmail, “Türk Boşanma Hukukuna Farklı Bir Yaklaşım: Zina ve Haysiyetsiz Hayat Sürme Arasındaki Keskin Sınır”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 23(3), 2017, 643-663.
- Demiray, Mustafa, *Serahsi’de Kazai Hüküm-Diyani Hüküm Ayrımı*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İstanbul 2001.
- Demirayak, Kenan – Savran, Ahmet, *Arap Edebiyatı Tarihi-Cahiliyye Dönemi*, Atatürk Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi, Erzurum 1993.
- Demircan, Adnan, “Son Peygamber’in Geldiği Coğrafya ve Toplum: Hicaz Bölgesi ve Cahiliye Arapları”, *Cahiliye Toplumundan Günümüze Hz. Muhammed*, Fecr Yay., İstanbul 2007.
- _____, *eş-Şerhu’l-Kebir* (Haşiyetü’l-Dussuki ile), I-IV, Daru’l-Fıkr t.y.
- Derveze, Muhammed İzzet, *et-Tefsîru’l-Hadîs*, Daru İhyai’l-Kütübi’l-Arabiyye, Beyrut 2000.
- Dindi, Emrah, *Kuran’da İslam Öncesi Kültürün İzleri (Muamelat Örneği)*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2014.
- Düreyini, Fethi, *Buhus Mukarene fi’l-Fıkhi’l-İslami ve Usulihi*, y.y. t.y.

_____, *el-Hak ve medâ sultânu 'd-devle fî takyîdihî*, 3. Baskı, Müessesetu'r-Risâle, Beyrut t.y.

_____, *Nazariyyetü't-Te'assuf fî'sti'mâli'l-hak fî'l-Fıkhi'l-İslamî*, Beyrut 1408.

Diyanet İşleri Başkanlığı Talak Çalıştayı Raporu, Afyonkarahisar 2018.

Doğan, Özlem, *Tarih Felsefesi*, Ara Yay., İstanbul 1992.

Döndüren, Hamdi, *Çağdaş Dünyada Kadın Problemleri İle İlgili Tartışmalar*, GDMİT-I, DİB Yayınları, İstanbul 2002.

Dönmez, İbrahim Kafi, "Mubah", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, Ankara 2020.

Duran, Bünyamin – Çamlı, Ahmet Yavuz, *Klasik Sönem Osmanlı toplumunun Sosyo-Ekonomik yapısı: (Max Weber'in Patrimonyalizm Teorisi Çerçevesinde İncelenmesi)*, Hiper Yay., 2019.

Dursunüst, Elif, "Kabul Edilme Sürecinde Türk Kanun-ı Medenîsi", *Usûl*, 12, 2010/1, 159-170.

Dussûkî, Muhammed b. Ahmed b. Arefe, *Haşiyetü'd-Dussuki ale's-Şerhi'l-Kebir*, Daru'l-Fikr, y.y. t.y.

Ebu Abdillâh el-Maliki, Muhammed b. Ahmed b. Muhammed Aliş, *Minehu'l-Celil fî Şerh-i Muhtasar-ı Halil*, Daru'l-Fikr, Beyrut t.y.

Ebu Abdillâh el-Muvafık el-Maliki, *et-Tac ve'l-İklil li Mutasari Halil*, Daru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1994.

Ebu Sünne, Ahmed Fehmî, *el-Urf ve'l-Âde fî Re'yi'l-Fukâha*, Matbaatu'l-Ezher, Kahire 1992.

_____, *Nazariyyetü't-Te'assuf fî İsti'mâli'l-Hak*, y.y. t.y.

Ebu Şakka, Abdulhalim, *Tahrirü'l-Mer'e fî Asri'r-Risale*, Daru'l-Kalem, Dübeyy t.y.

Ebu Ya'lâ, Muhammed b. Hüseyin b. Muhammed b.Halef, *el-Ahkamu's-Sultaniyye*, Talik: Muhammed Hamid Faki, Daru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 2000.

Ebu Zehra, *el-Ahvalü's-Şahsiyye*, Daru'l-Fikri'l-Arabi, Kahire t.y.

_____, *Fetâva's-Şeyh Muhammed Ebu Zehra*, Dimaşk t.y.

_____, *Usulu'l-Fıkh*, Daru'l-Fikri'l-Arabi, y.y. t.y.

Ebu'l-Fazl Muhammed b. Abdilvehhab el-Arec, *Tahriru's-Süluk fi Tedbiri'l-Müluk*, y.y. t.y.

Ekinci, Ekrem Buğra, “Osmanlı Hukukunda İzinname İle Nikah”, *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, sy. 2, 2006, 41-60.

Elmalılı, Muhammed Hamdi Yazır (ö. 1942), *Hak Dini Kur'an Dili*, Eser Nesriyat, İstanbul 1979.

Emin, Kasım, *Tahrirü'l-Mer'e*, Müessesetü'l-Hindavi, Kahire 2016.

Ercan, İbrahim – Özbay, İbrahim, “Medeni Usul Hukukunda Kanun Yollarından Feragat”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10(3-4), 2006, 433-458.

Ercoşkun, Tülay, *Osmanlı İmparatorluğunda 19. Yüzyılda Evlilik ve Nikâha Dair Düzenlemeler*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), AÜSBE, Ankara 2010.

Erdoğan, Mehmet, *İslam Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*, (6. Basım), MÜİFV, İstanbul 2009.

Ergün, Çağdaş Evrim, “Türk Aydınlanma Hareketinde Hukuk Anlayışı Türkiye'de Hukukun Laikleşmesi”, *Mevzuat Dergisi*, 2(20), 1999, sayfa aralığı.

Eroğlu, Selahattin, “Talak Hakkında Kuran'ın Genel Tutumu”, *AÜİFD*, c. 28, 1986, 159-165.

Ersoy, Mehmet Akif, *Safahat*, Yay. Haz. Ertuğrul Düздаğ, BBY, y.y. t.y.

Ersöz, Oğuz, “Suç İşleme Ve Haysiyetsiz Hayat Sürme Sebebiyle Boşanma”, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(4/2), 2018, 111-146.

Fazlurrahman, *Islamic Modernism*, Middle East Studies, I/1970

_____, *İslam*, (trc. Mehmet Dağ-Mehmet Aydın), Selçuk Yayınları, Ankara 1988.

Fehd b. Sa'd el-Cüheni, “Hududu Sultati Veliyyi'l-Emri fima Ye'muru bihi ve Yenha Anhu fi Kadaya'n-Nikah ve Firakihi”, *Mecelletü Mecmai'l-Fıkhî'l-İslami*, sy. 24, 2007.

Ferahidi, Ebu Abdurrahman Halil b. Ahmed b. Amr b. Temim, *el-Ayn*, Thk: Mehdi Mahzumi – İbrahim Samirai, I-VIII, Dar ve Mektebetü'l-Hilal, y.y., t.y.

- Ferec, Seyyid Ahmed, *el-Muameratu ala'l-Mer'eti'l-Müslime*, y.y., t.y.
- Ferruh, Ömer, *İslam Aile Hukuku*, Trc: Yusuf Ziya Kavakçı, Sebil Yay., İstanbul t.y.,
- Feyzioğlu, Necmeddin, *Aile Hukuku*, İÜHF, İstanbul 1979.
- Gazzali, Ebu Hamid Muhammed, *el-Mustasfa min İlmi'l-Usul*, Thk. Muhammed Abdusselam Abduşşafi, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, y.y. 1993.
- Gencer, Ali İhsan, "Tanzimat Fermanı: 1839'dan 1876'ya Osmanlı İmparatorluğu", *Doğuştan Günümüze Büyük İslam Tarihi*, Çağ Yay., İstanbul 1993.
- Gencer, Bedri, *İslam'da Modernleşme*, Doğu Batı Yay., 4. Baskı, İstanbul 2017.
- Gezer, Süleyman, *Kuran'ın Anlaşılmasında Sözlü Hitabın Rolü*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), AÜSBE, Ankara 2007.
- Gökalp, Ziya, "Dinin İctimai Hizmetleri II", *İslam Mecmuası*, XXXVI/772, 1331, 772-776.
- _____, "Fıkıh ve İctimâiyyât", *İslâm Mecmuası*, sy. 2, 1329-1332, 42-43.
- Güler, İlhami, "Kur'ânda Kadın-Erkek Eşitsizliğinin Temelleri", *İslâmi Araştırmalar*, 5(4), Eylül 1991, 296-303.
- Güman, Osman, "İslam Hukukunda Diyânî Hüküm: Mahiyeti ve Çeşitleri", *Hikmet Yurdu*, 12(23), 2019/1, 11-49.
- Güriz, Adnan, "Türkiye'de Hukuki Pozitivizm", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 8, 1991, 145-172.
- _____, *Hukuk Başlangıcı*, AÜHF Yay., Ankara 1987
- Gürpınar, Hüseyin Rahmi, "*Kocasını Boşayan Hürmüz Hanım*", Mürebbiye, İstanbul 1981.
- Hacak, Hasan, *İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2000.
- Haddadi, Ebubekir b. Ali b. Muhammed, *el-Cevheretü'n-Neyyira*, el-Matbaatu'l-Hayriyye, y.y. 1322.

- Hafizoğulları, Zeki, “Laiklik ve Türk Hukuk Devrimi”, *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi*, 12, 1996, 503-526.
- Hakim, Ebu Abdillâh Hakim Muhammed b. Abdillâh b. Muhammed, el-Müstedrek ale’s-Sahihayn, Thk.: Mustafa Abdulkadir Ata, Daru’l-Kütübi’l-İlmiyye, Beyrut 1990
- Hallaf, Abdulvehhab, *es-Siyasetü’ş-Şeriyye ve Nizamu’d-Devleti’l-İslamiyye fi’ş-Şuuni’d-Düsturiyye ve’l-Hariciyye*, el-Matbaatu’s-Selefiyye, Kahire 1350
- _____, *İlmu Usuli’l-Fıkh ve Hulasatu Tarihi’t-Teşri’*, Matbaatu’l-Medeni, Mısır t.y.
- _____, *Ahkamu Ahvali’ş-Şahsiyye fi’ş-Şeriatil-İslamiyye*, 2. Baskı, Daru’l-Kütübi’l-Misriyye, y.y. 1938.
- _____, *İslam Hukuk Felsefesi*, trc: Hüseyin Atay, AÜBE, Ankara 1973.
- Haraşî, Muhammed b. Abdullâh, *Şerhu Muhtasari Halil*, Daru’l-Fikr, Beyrut t.y.
- Hasan, İbrahim Hasan, *Tarihu’l-İslami’s-Siyasî ve’s-Sekâfî ve’l-İctimâî*, I-IV, Daru’l-Cîl, Beyrut 1996.
- Haskefî, Alâüddîn Muhammed b. Alî b. Muhammed el-Haskefî (ö. 1088/1677), *ed-Dürri’l-Muhtâr Şerhu Tenvîri’l-Ebsâr I-XIV* (İbn Âbidîn’in Haşiyesiyle birlikte), (Thk.: Âdil Ahmed Abdulmevcûd, Ali Muhammed Muavvad), Dâru ‘Âlemi’l-Kütüb, Riyâd 1423/2003.
- Hatemi, Hüseyin – Serozan, Rona, *Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993
- Hatipoğlu, İbrahim, *İslam Dünyasının Çağdaşlaşma Serüveni*, İz Yay. 2. Baskı, İstanbul 2012
- Hattab, Şemsuddîn Ebu Abdillâh Muhammed b. Muhammed b. Abdirrahman el-Tarablusi, *Mevahibü’l-Celil fi Şerhi Muhtasari Halil*, Daru’l-Fikr, y.y. 1992.
- Hindavî, Hüseyin, “Davabitü Salâhiyyeti Tasarrufi’l-İmam bi’l-İbaha”, *Mecelletü’l-Adl*, sy. 66, Zü’l-Ka’de 1435
- Hira, Ayhan, “Hz. Ömer’in Ehli Kitap Kadınlarla Evlenmeyi Yasaklaması”, *Hz. Ömer Sempozyumu Bildiriler Kitabı*, Sivas 2018.
- Hudarî, Muhammed b. Afîfi el-Bacuri, *Usûlu’l-Fıkh*, el-Mektebebü’l-Ticariyyetu’l-Kübra, Mısır 1969 .

- Hukuk-ı Aile Kanun Layihası Hakkındaki Mazbata (Geçen Nüshadan Maba'd)*, Sebilü'r-Reşad, İstanbul 1340, sy. 591
- Husarî, Ahmed, *Nazariyyetü'l-Hükm ve Mesadirü't-Teşri fi Usuli'l-Fıkhi'l-İslami*, Daru'l-Kitabi'l-Arabi, Beyrut 1986.
- İbn Abidin, Muhammed Emin b. Ömer b. Abdilaziz el-Dimeşkî, *Reddü'l-Muhtar ale'd-Dürri'l-Muhtar*, Daru'l-Fikr, Beyrut 1992.
- İbn Arabi, *Ahkamu'l-Kuran*, Kadı Muhammed b. Abdillâh Ebubekr el-İşbili, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2003.
- İbn Aşur, Muhammed Tahir b. Muhammed, *Makasidü's-Şeriatü'l-İslamiyye*, I-III, Vezaratu'l-Evkaf ve's-Şuûni'd-Diniyye, Katar 2004.
- _____, *et-Tahrir ve't-Tenvir*, ed-Daru't-Tunusiyye li'n-Neşr, Tunus 1984.
- İbn Cüzey, İbnü'l-Kasım Muhamed b. Ahmed, *Kavaninu'l-Fıkhiyye*, y.y. t.y.
- İbn Emiri'l-Hac, Ebu Abdillâh Şemsuddin Muhammed b. Muhammed b. Muhammed, *et-Takrir ve't-Tahbir*, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, y.y. 1983.
- İbn Habib, Ebu Cafer el-Bağdadi, *el-Muhabber*, Thk: Eliza Lichtenstater, Daru'l-Âfâki'l-Cedide, Beyrut t.y.
- İbn Hacer Heytemi, Ahmed b. Muhammed b. Ali *Tuhfetu'l-muhtac fi Şerhi'l-Minhac*, I-X, Daru İhyai't-Turasi'l-Arabi, Beyrut t.y.
- İbn Hacer Heytemi, Ahmed b. Muhammed b. Ali, *el-Fetava'l-Fıkhiyyetü'l-Kübra*, el-Mektebetü'l-İslamiyye, y.y. t.y.
- İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed, *el-Muhalla bi'l-Âsâr*, thk. Ahmed Muhammed Şâkir, Dâru'l-Fikr, I-XII, Beyrut t.y.,
- İbnu'l-Kayyim, Muhammed b. Ebî Bekr, *İ'lâmu'l-Muvakkûn an Rabbi'l-Alemîn*, Dâru'l-Hadîs, Kâhire t.y.
- _____, *Zadü'l-Me'âd fi Hedyi Hayri'l-İbâd*, Beyrut t.y., Müessesetü'r-Risale, 1994

İbn Kudame, Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme el-Makdisî, *el-Muğnî*, I-XV, (Thk.: Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türkî, Abdülfettâh Muhammed el-Hulv), Dâru ‘Âlemi’l-Kütüb, Riyâd 1417/1997.

_____, *eş-Şerhu’l-Kebir alâ Metni’l-Muknî*, Daru’l-Kitabi’l-Arabi, y.y. t.y., VIII, 175.

İbn Kutluboğa, Ebu’l-Fida Zeynuddin, *Hulasatu’l-Efkâr Şerhu Muhtasaru’l-Menar*, Thk: Hafız Senaullah Zahidi, Daru İbn Hazm, y.y. 2003.

İbn Mace, Ebu Abdillâh Muhammed b. Yezid, *Sünen*, Thk.: Muhammed Fuad Abdalbaki, Daru İhyai’l-Kütübi’l-Arabiyye, y.y. t.y.

İbn Manzur, Ebu’l-Fadl Cemâluddîn Muhammed b. Mukerrem, *Lisanu’l-Arab*, I-XV, Dâru Sâdır, Beyrut 1990.

İbn Nüceym, Zeynuddin b. İbrahim b. Muhammed, *el-Bahru’r-Râik Şerhu Kenzi’d-Dekaik*, Daru’l-Kitabi’l-İslami, y.y. t.y.

_____, Zeynuddin b. İbrahim b. Muhammed, *el-Eşbah ve’n-Nezair*, Thr. Zekerriyya Umeyrat, Daru’l-Kütübi’l-İlmiyye, Beyrut 1999.

İbn Recep, Zeynuddin Abdurrahman b. Ahmed, *el-Kavaid*, Daru’l-Kütübi’l-İlmiyye, y.y. t.y.

İbn Rüşd, Ebü’l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Ahmed el-Kurtubî, *Bidayetü’l-Müctehid ve Nihâyetü’l-Muktesid*, Daru’l-Hadis, Kahire 2004.

İbn Teymiyye, Takiyyuddîn Ahmed b. Abdilhalîm, *el-Fetava’l-Kübra*, Daru’l-Kütübi’l-İlmiyye, y.y. 1987.

_____, *Mecmuu’l-Fetava*, Thk: Abdurrahman b. Muhammed b. Kasım, Mecmai’l Melik Fehd, Suudi Arabistan 1995.

İbnu’l Hümâm, Kemâluddîn Muhammed b. Abdilvâhid, *Fethu’l-Kadir*, Dâru’l-Fıkr, Beyrût, t.y.

İsnevî, Abdurrahim b. Hasen b. Ali, *Nihayetü’s-Sûl Şerhu Menhaci’l-Vusûl*, Daru’l-Kütübi’l-İlmiyye, Beyrut 1999.

- İyilikli, Ahmet Cahit, “Kanuna Karşı Hile Kavramının Boşanma (Aile) Hukukundaki Görünümünün Suç Genel Teorisi Meseleleri Bağlamında İrdelenmesi”, *TAAD*, 1(12), 2013, 255-282.
- İzz b. Abdisselam, Ebu Muhammed es-Sülem, *Kavaidu'l-Ahkam fi Mesalihi'l-Enâm*, Thk.: Nezih Kemal Hammad-Osman Cuma Damiriyye, Daru'l-Kalem, Dımeşk 2000.
- Judd, Steven, *İhtisasu Mehakimi'l-Kadi fi'l-Asri'l-Emevi*, Trc. M. Abdulaziz Ahmed, Merkezu Nuhud li'd-Dirasat ve'l-Buhus, y.y. 2021.
- Kadri Paşa, *el-Ahkamu's-Şeriyeye fi'l-Ahvali's-Şahsiyye*, y.y. t.y.
- Kalıpçı, Mahmut Esat. “Hukuk-ı Aile Kararnamesinin İlgası İşlemi Keenlemeyekun Sayıldı mı?.”, *II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri*, Ed.: Fethi Gedikli, On İki Levha, İstanbul 2016.
- Kandemir, M. Yaşar, “Hadis”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, İstanbul 1997.
- Karafi, Ebu'l-Abbas Şihabuddin Ahmed b. İdris b. Abdirrahman, *Şerhu Tenkihi'l-Fusul*, Thk: Taha Abdurrauf Sa'd, Şirketü't-Tıbbî'l-Fenniyye'l-Muttehide, y.y. 1973.
- Karahasanoğlu, Cihan Osmanağaoğlu, “İsviçre Medeni Kanunu'nun Türkiye Cumhuriyeti Tarafından Resepsiyonuna Uzanan Sürece İlişkin Genel Bir Değerlendirme”, *I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri*.
- Karaman, Hayreddin, *İslam'da Aile ve Kadın*, Ensar Neşriyat, İstanbul 1995.
- _____, *Mukayeseli İslam Hukuku*, I-III, İz Yay., İstanbul 2001.
- Kâsânî, Alâaddin Ebû Bekr b. Mes'ûd, *Bedâiu's-Sanâi' fî Tertîbi'Şerâi'*, Beyrût t.y.
- Kattan, Mennâ' b. Halil, *Tarihu't-Teşrii'l-İslamî*, Mektebetu Vehbe, y.y. 2001
- Kavas, Dadaşhan Celaleddin, *Max Weber Sosyolojisi Işığında Modern Hukukun Rasyonel Temeli*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2007.
- Kazım, Musa, “Hürriyet ve Müsavât”, *Sırat-ı Müstakim*, sy. 5, Dersaadet 1326.
- _____, “Hürriyet ve Müsavât”, *Sırat-ı Müstakim*, sy. 6, Dersaadet 1326.

- Kerim, Faruk Abdullah, *el-Vasît fi şerhi'l-Kânuni'l-ahvâli's-şahsiyye el-İrâkî*, Süleymaniye 2004
- Kevseri, Muhammed Zahid, *el-İşfak ala Ahkami't-Talak*, Matbaatu Mecelleti'l-İslam, y.y. 1952.
- Keyman, Selahattin, "Hukuki Pozitivizm", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 35, 1978, 17-56.
- Kılıç, Ahmet Faruk – Ağçoban, Sıddık, "Gelenek ve Modernizm Bağlamında İslam", *Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 15(28), 2013/2, 223-242.
- Kılıç, Muhammed Tayyip, *İslam Hukukunda Kanunlaştırma Olgusu*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ankara 2008
- Kılıçoğlu Ahmet, "Medeni Kanunumuzu Nasıl Değiştirdik?", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Cevdet Yavuz'a Armağan, 2016/22, sy. 3, c.2, 1717 - 1757.
- _____, *Aile Hukuku*, Yayınevi, Ankara 2015
- Kışlalı, Ahmet Taner, *Siyaset Bilimi*, Yayınevi, Ankara 1994
- Kibar, Ahmet Fevzi, "Türk Hukukunda Hayata Kast Sebebiyle Boşanma ve Doğurduğu Hukuki Sonuçların Değerlendirilmesi", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, y. 5, sy. 2022/2, 633-676.
- Kitabu'l-Mü'temeri's-Sani li Mecmai Fukahai's-Şeria bi Amerika*, (Symposium Book), Kopenhag 2003.
- Komisyon, *el-Fetava'l-Hindiyye*, 2. Baskı, Daru'l-Fikr, y.y.
- Komisyon, *el-Mevsuatu'l-Fıkhiyyetü'l-Kuveytiyye*, I-VL, Vezaretü'l-Evkaf ve's-Şuuni'l-İslamiyye, Daru's-Safve, Mısır 1427.
- Komisyon, *Kur'an Yolu Türkçe Meal ve Tefsir*, I-V, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 2007.
- Köse, Saffet, "Talakın Mahkemeye Devri Problemi", *Diyanet İşleri Başkanlığı Talak Çalıştayı*, Afyonkarahisar 2018, Yayımlanmamış Çalıştay Bildiri Metni

_____, *İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, İFAV yayınları, İstanbul 1997.

Kuduri, Ahmed b. Muhammed b. Ahmed b. Cafer b. Hamdan Ebi'l-Hüseyn, *et-Tecrid*, Thk: Muhammed Ahmed Serrac, Ali Cuma Muhammed, Daru's-Selam, Kahire 2006.

Kumaş, Mehmet Salih, *Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnâmesi ve Türk Medenî Kanunu Çerçevesinde Boşanma Hukuku Genel Amaçlar, Uygulama Farklılıkları ve Sebepleri*, Emin Yay., Bursa 2007.

Kurban, Yasin, "Din, Hukuk ve İslam Dünyası", *I. Dünya Savaşının 100. Yıldönümü Uluslararası Sempozyumu: Emperyalizm ve İslam Dünyası Bildiriler Kitabı*, Ankara 2015.

Kurtubi, Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed el-Ensârî, *el-Cami li Ahkami'l-Kuran*, Kahire 1964.

Kutup, Muhammed, *Kadiyyetu Tahrirü'l-Mer'e*, y.y., t.y.

Küçükali, Rıdvan ve Akbaş, Hasibe, "Bir Haklılaştırma Zemini Olarak Doğal Hukuk", *MSKU Eğitim Fakültesi Dergisi*, c. 3, Nisan 2016, 64-73.

Küçüktiryaki, Ahmet Yasin, "Osmanlı Devletinde Tanzimat Sonrası Aile Hukuku Alanındaki Gelişmeler ve Hukuk-ı Aile Kararnamesi", *Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 13(26), 2014/2, 177-201.

_____, *Osmanlı Aile Hukuku*, İz Yay., İstanbul 2017.

Küskü, Abdullah, "II. Meşrutiyet Dönemi Taaddüd-i Zevcât Tartışmalarının Usûlî Zemini Cevaz Meselesi: Mansûrîzâde Said ve İzmirli İsmail Hakkı Polemiği", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy. 35, 2020, 361-388.

Laroi, Abdullah Laroi, *Tarihselcilik ve Gelenek*, Vadi Yay., İstanbul 1998.

Levy, Henri, *Hukuk Sosyolojisi*, Trc. Hüsnü Dilli, İletişim Yay., İstanbul 1991.

Levy, Joel, *Psikolojiniz Bozulmasın*, Trc.: Duygu Akın, NTV Yay., İstanbul 2015.

Mâlik b. Enes, *el-Muvatta*, thk. M. Fuâd Abdulbâkî, Çağrı Yay., İstanbul 1992.

Malik b. Enes, *el-Müdevvene*, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, y.y. 1994.

- Mansurizade Said, "Cevazın Ahkâm-ı Şeriyyeden Olmadığına Dair", *İslam Mecmuası*, İstanbul 1330, sy. 10.
- Mansurizade Said, "İslâm Kadını: Taaddüd-i Zevcat Münasebetiyle", *İslam Mecmuası*, Halim Sabit, sy. 8, 9, 11, 12, 13, İstanbul 1330.
- Mardin, Ebu'l-Ula, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*, TDV Yay., Ankara 1996.
- Maverdi, Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Muhammed b. Habib, *el-Havi'l-Kebir fi Fıkhi Mezhebi'l-İmami'sh-Şafii*, Ali Muhammed Muavvez-Adil Ahmet Abdulmevcud, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1999.
- Medkur, Sellam, *Nazariyyetü'l-İbaha inde'l-Usuliyin ve'l-Fukaha*, Daru'n-Nehdati'l-Arabiyye, Kahire 1984.
- Menekşe, Ömer, "Selçuklular'da Kanunlaştırma Hareketleri ve Bir Hukuk Kodu Olarak el-Mesâilü'l-Melikşâhiyye fi'l-Kavâidi'sh-Şer'İyye", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 2020, sy. 35, 565-598.
- Merdavi, Alaaddin Ebu'l-Hasen Ali b. Süleyman, *el-İnsaf fi Ma'riteti'r-Racih mine'l-Hilaf*, Daru İhyai't-Turasi'l-Arabi, y.y. t.y.
- Merginani, Burhânüddîn Ebü'l-Hasen Ali b. Ebî Bekr, *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-Mübtedî*, I-VIII, Thk.: Nu'aym Eşref Nur Muhammed, İdâretü'l-Kur'ân ve'l-'Ulûmi'l-İslâmiyye, Pakistan 1417.
- Meşrûu Kânûni'l-Ahvâli'sh-Şahsiyye el-Muvahhad*, Dimaşk 1996.
- Mevdudi, Ebu'l-Ala, *Hukuku'z-Zevceyn*, nşr. Ahmed İdris, Kâhire t.y.
- _____, *İslam'da Aile Hukuku*, Trc: Memiş Tekin, Esra Yay., Konya 1990.
- Mevsili, Ebü'l-Fadl Mecdüddîn Abdullâh b. Mahmûd, *el-İhtiyâr li-Ta'lîli'l-Muhtâr*, I-V, Thk.: Mahmûd Ebû Dakîka, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut t.y.
- Mevvâk, Muhammed b. Yusuf b. Ebi'l-Kasım, *et-Tac ve'l-İklil li Muhtasari Halil*, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, y.y. 1994
- Midilli, Muharrem, "Osmanlı Müftülerinin Boşandığını İspat Edemeyen Kadınlara Evlilik-içi Zinadan Kurtuluş İçin Önerdiği Son Çare", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 8(39), 2022,

- Miras, Kamil, *Sahih-i Buhari Muhtasarı Tecrid-i Sarih Tercümesi ve Şerhi*, Ankara 1981
- Molla Fenari, Şemsuddin Muhammed b. Hamza b. Muhammed, *Fusulu'l-Bedâi' fi Usulu's-Şerâi'*, Thk: M. Hüseyin Muhammed Hasan İsmail, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2006.
- Muhsin, Amine Vedud, *Kuran ve Kadın*, Trc. Nazife Şişman, İz Yay., İstanbul 1997.
- Musa Kazım Efendi, *Külliyât*, Yay. Haz: Ferhat Koca, Ankara Okulu Yay., Ankara 2002.
- Müslim b. Haccac Ebu'l-Hasen el-Kuşeyri, *el-Müsnedü's-Sahih*, Thk. Muhammed Fuad Abdulbaki, Daru İhyai't-Turasi'l-arabi, Beyrut t.y.
- Naim, Ahmed, "Teaddüd-i Zevcat İslamiyette Men Olunabilir mi imiş? Mansurizade Said Beyefendiye", *Sebilü'r-Reşad*, cilt: XI/XII, sayı: 298
- Neklâvî, Fethî, "Kasım Emin", *TDV İslam Ansiklopedisi*, İstanbul 2001.
- Nevevi, Ebû Zekeriya Muhyiddin b. Şeref, *el-Mecmû' Şerhu'l-Mühezzebe*, Daru'l-Fikr, y.y. t.y.
- _____, *Minhacu't-Talibin ve Umdetu'l-Müftin fi'l-Fıkh*, Thk. İvaz Kasım Muhammed İvaz, Daru'l-Fikr, y.y. 2005.
- _____, *Ravdatu't-Tâlibîn ve Umdetu'l-Müftîn*, thk. Adil Ahmed Abdülmevcûd-Ali Muhammed Muavved, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrût 1992.
- _____, *el-Minhac Şerhu Sahihi Müslim b. Haccac*, Thk.: Mahir Yasin Fahl, Daru İhyai't-Turasi'l-Arabi, Beyrut 1396.
- Nikâh-ı Medenî ve Talâk Hakkında Hukuk-ı Aile Kararnâmesi-Münakâhat-Müfarekat-Esbâb-ı Mûcibe Lâyıhası*, neşr.: İbrahim Hilmi, Matbaa-i Orhaniye, İstanbul 1336.
- Nusantara, Mohammad Iqbal Satria, *Boşanma Hükümleri Çerçevesinde Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi İle Endonezya İslam Aile Hukuku'nun Mukayesesi*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), MÜSBE, İstanbul 2018.
- Oğuzman, Kemal ve Mustafa Dural, *Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1998
- Okur, Kaşif Hamdi, "Talakin Mahkemeye Devri Problemi", *Diyanet İşleri Başkanlığı Talak Çalıştay*, (Yayımlanmamış Çalıştay Bildiri Metni), Afyonkarahisar 2018

- _____, “II. Meşrutiyet Dönemi İslam Hukuku Tartışmalarından Bir Kesit – Mansurizade Said ve Seyyid Bey Örneği” *Dini Araştırmalar*, Eylül Aralık 1999, 2(5), 255-284.
- _____, “Son Dönem Osmanlı Düşüncesinde Fıkıh Alanındaki Tartışma ve Yaklaşımlar”, *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi*, 12(23), 2014, 9-31.
- Onar, Sıddık Sami, “Osmanlı İmparatorluğunda İslam Hukukunun Codificationu”, *İÜHF*, 20(1-4)
- Osmani, Muhammed Taki, “Feshu Nikahi’l-Müslimât min kıbeli’l-Merakizi’l-İslamiyye fi’l-Biladi gayri’l-İslamiyye”, *Mecelletu Mecmai’l-Fıkhi’l-İslami*, sy. 15, 2002.
- Öncü, Özge, “Eşlerin ‘Anlaşmalı Boşanma’ Çerçevesinde Mal Rejiminin Tasfiyesine Yönelik Olarak Yaptıkları Anlaşmalar e Bu Anlaşmaların Uygulamada Doğurduğu Sorunlar”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, 19, Özel Sayı-2017, 793-835.
- Önder, Muharrem, “İstihsan Kavramının Ortaya Çıkışı”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 4(7), 2006, 181-208.
- Öz, Mustafa, “Hişam b. Hakem”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul 1998.
- Öz, Seçer, “Anlaşmalı Boşanmada Eşlerin Yaptığı Anlaşma” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:7 Sayı:2 Yıl 2016
- Özbilgen, Tarık, “Tabii Hukuk Görüşünden Sosyolojik Hukuk Görüşüne”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, sy. 1/2, 30, 1964, 281-304.
- Özdemir, Nevzat, *Türk-İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma*, Beta Yay., 2003.
- Özdemir, Saibe Oktay, “Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı”, *Public and Private International Law Bulletin*, 35(1), 29-46.
- Özgür, Çiçek, “Muvazaalı Evlenmelerin Türk Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *TAAD*, 4(42), 2020, 307-340.
- Öztan, Bilge, “Madeni Kanunun Kabulünün 70. Yılında Aile Hukuku”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 44(1), 1995, 79-125.
- _____, *Aile Hukuku*, AÜHF Yay., Ankara 1979.

- _____, *Türk Medenî Kanunu'na Göre Evliliği Sona Erdiren Sebepler, Özellikle Boşanma*, Prof. Dr. Turgut Kaplısüz'e Armağan, Ankara 2003.
- Öztürk, Yaşar Nuri, *Kuran'daki İslam*, Yeni Boyut Yay., 24. Baskı, İstanbul 1997.
- Pala, Ali İhsan, *İslam Hukuk Metodolojisinde Emir ve Nehyin Yorumu*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum 2003.
- Paçacı, İbrahim, "Sosyal Hayatla İlgili Problemler", *Güncel Dini Meseleler İstişare Toplantısı – I*, Afyonkarahisar 2018.
- _____, "Sosyal Hayattaki Değişim Sürecinde İslam Aile Hukuku (Evlenme ve Boşanma Örneği)", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy. 11, 2008, 59-92.
- Pekcan, Ali, "Necmuddîn Tûfî'nin Maslahat Risâlesi", *Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi*, 3(1), 2003, 267-313.
- Petek, Hasan, "Terke Dayalı Boşanmada Manevî Tazminat", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(2), 2010, 43-78.
- Razi, Ebu Bekir, Zeynuddin Ebi Abdillâh Muhammed b. Ebi Bekr b. Abdilkadir, *Muhtaru's-Sıhah*, el-Mektebetü'l-Asriyye, Beyrut 1999.
- Razi, Fahreddin, *el-Mahsul fî İlmi'l-Usul*, Thk.: Cabir Feyyad el-Alvani, Müessesetü'r-Risale, y.y. t.y.
- Remlî, Semseddin Muhammed b. Ahmed, *Nihâyetü'l-Muhtâc*, Beyrût 1984, VII/69
- Rıza, Reşid, *Tefsirü'l-Menar*, el-Heyetü'l-Mısriyyetu'l-Amme li'l-Kitab, Kahire 1990.
- Ringrose, Hyacinthe, *Marriage and Divorce Laws of the World*, y.y. 1911.
- Rottleuther, Hubert, "Eugen Ehrlich ve Ernst Hirsch Yaklaşımlarından Yaşayan Hukuk", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, sy. 1, 2013, 63-76.
- Ruthven, Malise, *Islam in the World*, Oxford University, New York 2000.
- Sabık, Seyyid, *Fıkhü's-Sünne*, I-III, Daru'l-Kitabi'l-Arabi, Beyrut 1977.
- Sâbûnî, Abdurrahman, *Medâ Hürriyeti'z-Zevceyn fî't-Talâk*, Daru'l-Fikr, Beyrût 1983.
- Sadi Ebu Habib, *el-Kamusu'l-Fıkhî Lugaten ve Istılâhen*, Daru'l-Fikr, Dımeşk 1988.

- Said b. Mansur, Ebu Osman Said b. Mansur b. Şube, *Sünen-i Said b. Mansur*, Thk.: Habiburrahman el-Azami, Daru's-Selefiyye, Hindistan 1982.
- Saîdî, Ebu'l-Hasen Ali b. Ahmed b. Mükrim *Hâşiyetü'l-adevî ala Şerhi Kifayeti't-Talibi'r-Rabbani*, Thk. Yusuf Şeyh Muhammed el-Bukai, Daru'l-Fikr, Beyrut 1994.
- Saleh, Muhsen Abdulkader, *Türk ve Irak Hukukunda Genel Sebeplere Dayanarak Boşanma ve Sonuçları*, Adalet Yay., Ankara 2014.
- Savaş, Abdurrahman, "Evlenmenin Yokluğu", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, sy. 1-2, 2000, 121-140.
- Sâvî, Ahmed b. Muhammed el-Maliki, *Haşiyetü's-Savi ale's-Şerhi's-Sağir*, Daru'l-Maarif, y.y. t.y.
- Savi, Salah, *el-Sevabit ve'l-Mütegayyirât fi Mesireti'l-Ameli'l-İslamiyyi'l-Muasır*, Mecelletü'l-Beyan, y.y. t.y.
- Sebzevari, Abdulala, *Mühezzebü'l-Ahkâm fi Beyâni'l-Helal ve'l-Haram*, Müessesetü'l-Menar, Kum 1417.
- Semerkindî, Ebubekr Alauddin, *Tuhfetu'l-Fukaha*, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1994.
- Semerkindi, Ebu'l-Leys Nasr b. Muhammed b. Ahmed b. İbrahim, *Uyunu'l-Mesâil*, Thk: Selahuddin Nahi, Matbaatu Esad, Bağdat 1386.
- Serahsî, Ebû Bekr, Muhammed b. Ebî Sehl, *el-Mebsût*, Daru'l-Marife, y.y. 1993.
- _____, *Usul*, Daru'l-Marife, Beyrut t.y.,
- Sertâvî, Mahmud Ali, *Şerhu Kânuni'l-ahvâli's-şahsiyye*, Daru'l-Fikr, Beyrut 2010.
- Sıbâî, Mustafa, *el-Mer'etü beyne'l-Fıkhı ve'l-Kânûn*, el-Mektebu'l-İslami, Beyrût 1975.
- _____, *Kadının Yeri*, Trc: A. Yalçın – M. Yolcu, Akabe Yay., 1998.
- Sıgnâkî, Hüseyin b. Ali b. Haccac b. Ali, *el-Kafî Şerhu'l-Pezdevi*, Thk: Fahrudin Seyyid Muhammed Kant, Mektebetü'r-Rüşd, y.y. 2001.
- Sifil, Ebubekir, *H. Ömer ve Nebevi Sünnet*, Rihle Kitap, 4. Baskı, İstanbul 2014.

- Suyuti, Celeleddin Abdurrahman, *el-Eşbah ve'n-Nezair*, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, y.y. 1983.
- Şa'ban, Zekiyyüddin, *el-Ahkamu's-Şer'iyye fi'l-Ahvâli's-Şahsiyye*, Menşuratu Camiati Karyunus, 5. Bsk., Bingazi 1989.
- _____, *ez-Zevac ve't-Talak fi'l-İslam*, el-Daru'l-Kavmiyye li't-Tibaa ve'n-Neşr, Kahire 1964.
- _____, *İslam Hukuk İlminin Esasları (Usulu'l-Fıkh)*, Trc: İbrahim Kafi Dönmez, TDV Yay., 6. Baskı, Ankara 2003.
- Şâfiî, Ebû Abdilllah Muhammed b. İdris, *el-Ümm*, Daru'l-Marife, Beyrut 1990.
- Şahin, Hasan Ali – Hasdemir, Hülya Kaya, “Eski Önasya Aile Hukukunda Nafaka, Tazminat ve Mal Paylaşımı”, *EÜSBED*, 1(38), 2015, 143-156.
- Şakir, Ahmed Muhammed, *Nizamu't- Talak fi'l-İslam*, Menşuratu Mektebetü's-Sünne, Kahire t.y.
- Şatıbi, Ebu İshak İbrahim b. Musa, *el-Muvafakat fi Usuli's-Şeria*, Neşr. Abdulah Dıraz, Daru'l-Marife, Beyrut t.y.
- Şelebî, Muhammed Mustafa, *Ta'lîlü'l-ahkâm*, Daru'n-Nehdati'l-Arabiyye, Beyrut 1981
- Şeltut, Muhammed– Sayis, Ali, *Muqârenetü'l-Mezâhib fi'l-Fıkh*, y.y. t.y.
- Şener, A., Sofuoğlu, C., Yıldırım, M., *Yüce Kuran Meali ve Açıklamalı – Yorumlu Meali*, (4. Baskı), TDV Yay., İzmir 2014.
- Şenocak, İhsan, *İslam Hukukunda Örfün Hükümlere Etkisi*, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Samsun 2011
- Şerif, Muzaffer, *Sosyal Kuralların Psikolojisi*, Trc. İsmail Sandıkçioğlu, Alan Yay., İstanbul 1985.
- Şevkânî, Muhammed b. Ali b. Muhammed, *Neylû'l-Evtâr Şerhu Münteka'l-Ahbâr*, Mısır t.y.
- Şeybani, Ebu Abdilllah Muhammed b. Hasen b. Ferkad, *el-Asl*, Thk: Mehmet Boynukalın, Beyrut 2012.

- _____, *el-Hucce alâ Ehli'l-Medine*, Thk: Mehdi Hasan Geylani, Alemu'l-Kütüb, 3. Baskı, Beyrut 1403.
- Şıpka Şükran, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı’nın Değerlendirilmesi”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, sy. 12, 2007, 163-175.
- Şimşek, Abdülazim, “II. Meşrutiyet Döneminde Batılılaşma Etkisinde Yapılan Feminizm Tartışmaları”, *Ankara Üniversitesi Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi*, Sayı: 61, Güz 2017, 341-364.
- Şirazi, Ebu İshak İbrahim b. Ali b. Yusuf, *el-Mühezzebe fî Fıkhi'l-İmami's-Şafîi*, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, t.y. y.y.
- _____, *el-Luma' fî Usuli'l-Fıkh*, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, y.y. 2003.
- _____, *et-Tebşira fî Usuli'l-Fıkh*, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1995
- Şirbinî, Muhammed b. Ahmed b. el-Hatip, *el-İknâ' fî halli Elfâzi Ebî Şucâ'*, Thk. Mektebu'l-Buhus ve'd-Dirasat, Daru'l-Fıkr, Beyrut t.y.
- _____, *Muğnî'l-muhtâc*, I-VI, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, y.y., 1994
- Şürünbülali, Hasan b. Ammar b. Ali, *Meraki'l-Felah Şerhu Metni Nuri'l-İzah*, Yay. Haz.: Nuaym Zerzur, el-Meketebetü'l-Asriyye, y.y. 2005.
- Taberi, Ebu Cafer Muhammed b. Cerir b. Yezid b. Kesir b. Galib, *Camîu'l-Beyan fî Te'vilil'l-Kuran*, Thk: Ahmed Muhammed Şakir, Müessesetü'r-Risale, y.y. 2000ç
- Taftazani, Sa'duddin Mesud b. Ömer, *Şerhu't-Telviḥ ale't-Tavdiḥ*, Mektebetu Sabih, Mısır t.y.
- Taha, Ahmed Hasan, “el-Hul' Bahsun Mukarinun fi's-Şeriatil-İslamiyye”, *Mecellet-i Külliyyet-i İmam-ı Azam*, sy. 4, 1398
- Tahir Haddâd, *İmraetünâ fî's-Şerîa ve'l-müctema'*, yy. ty.
- Taş, Erhan, “Kabul Sürecinde Türk Medeni Kanunu’na Yönelik Bazı Eleştiriler”, *Bingöl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 8, sy. 16

- Temel, Ahmet, “İslam Aile Hukukundaki Arabulucu-Hakemlik Uygulamasının Türkiye’de Aile Arabuluculuğuna Muhtemel Katkıları”, *Darulfunun İlahiyat*, 2(30), 2019, 311-336.
- Topak, Süleyman, *Boşanma Davalarında Yargılama Usulü*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri 2021.
- Topaloğlu, Bekir, *İslam’da Kadın*, Yağmur Yay., İstanbul 1992.
- Topçuoğlu, Hamide, *Hukuk Sosyolojisi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., İstanbul 1969.
- _____, “Max Weber Sosyolojisine Göre Hukuki Düşüncenin Kategorileri ve Yeni Hukuk Normlarının Teşekkül Tarzları”, *Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch’e Armağan*, Ankara 1964.
- Toprak, Zafer, “II. Meşrutiyet Döneminde Devlet, Aile ve Feminizm” *Sosyo-Kültürel Değişme Sürecinde Türk Ailesi*, Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu, Ankara 1992.
- Torun, Yıldırım, *Ronald Dworkin’in Hukuk ve Siyaset Felsefesi’nde Adalet, Eşitlik ve Özgürlük Sorunu*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum 2008.
- Turğut, Faruk, "Tarihsel Süreçte Aile Kurumunun Dönüşümü ve Geleceğine Yönelik Çıkarımları", *Medeniyet ve Toplum*, 1(1), 2017, 93-117.
- Türk Medeni Kanunu
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
- Uçar, Hasan, “Tarihselciliğin Tarihi”, *İnkışaf Dergisi*, 11-12, 2005.
- Uğurcan, Sema, “Tanzimat Devrinde Kadının Statüsü”, *150. Yılında Tanzimat*, Yay. Haz. Hakkı Dursun Yıldız, TTK Yay., Ankara 1992.
- Ulvânî, Taha Cabir, *Eseru’l-Orfî Fehmi’n-Nusus*, Daru’l-Fikr, Dimeşk 2003.
- Üçok, Coşkun, “Hukuk Devriminin Nedenleri”, *Belleten*, 52(204), 1988, 1003-1012.
- _____, *Türk Hukuk Tarihi Dersleri*, AÜHF Yay., Ankara 1972.

- Ülker Gürkan, *Sosyolojik Hukuk İlmi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., Ankara 1961.
- Ünal, Mehmet Süheyl, *Modern Toplumda Dinsel Bireycilik*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), DEÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2007.
- Ünver, Fatma Süzgün Şahin, “Hukuk Sistemimizin Kimlik Sorunu (I): Doğal Hukuk-Hukuki Pozitivizm”, *Maltepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, sy. 2, 2021, 177-228.
- Üsame, Adnan Muhammed, *et-Tecdid fi'l-Fikri'l-İslami*, Daru İbni'l-Cevzi, y.y., t.y.
- Veldet, Hıfzı, “Evlenme ve Boşanma”, *Adliye Dergisi*, yıl: 35, sy. 1, 1944.
- _____, *Evlenme ve Boşanma*, CHP Yay., Ankara 1938.
- Yaman, Ahmet – Çalış, Halit, *İslam Hukukuna Giriş*, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yay., 14. Baskı, İstanbul 2017.
- _____, *İslam Aile Hukuku*, Mehir Vakfı Yay., Konya 1998.
- _____, *Siyaset ve Fıkıh*, İz Yay., İstanbul 2015.
- Yargı, Mehmet Ali, “Suudi Arabistan’da Evlenme İşlemleri”, *MÜİFD*, 40, 2011/1, 167-186.
- Yaylalı, Davut, “İslam Hukukunda Kazai Diyani Hüküm Ayrımı”, *Dini Araştırmalar*, 5(15), 2003, 1-4.
- Yılmaz, İbrahim, “Türk Medeni Kanunu'na (TMK) Göre Gerçekleşen Boşanmaların İslâm Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy.14, 2009, 267-290.
- _____, *İslam Hukukunda Kamu Otoritesinin Mubahı Sınırlandırması*, Fecr Yay., Ankara 2020.
- _____, *Yetki ve Sistem Açısından İslam Hukukunda Boşanma*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), SÜSBE, Konya 2006.
- Yuliyanti, Nanik, *Günümüz Endonezya’sında Yaşayan Dinler ve İnançlar*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Necmettin Erbakan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2018.

- Zebidi, Ebu'l-Feyz Muhammed b. Muhammed b. Abdurrezzak Hüseyini, *Tacu'l-Arus min Cevahiri'l-Kamus*, Thk: Komisyon, I-XL, Daru'l-Hidaye, y.y. t.y.
- Zerkâ, Ahmed b. Muhammed, *Şerhu'l-Kavaidi'l-Fıkhiyye*, Tlk: Mustafa Ahmed Zerka, Daru'l-Kalem, Dımeşk 1989.
- Zerkeşi, Ebu Abdillah Bedruddin b. Muhammed b. Abdillah b. Bahadır, *Teşnîfü'l-Mesâmi' bi-Cem'i'l-Cevâmi'*, Thk: Seyyid Abdulaziz-Abdullah Rebi', Mektebetu Kurtuba, y.y. 1998.
- Zevkliler, Aydın, *Medeni Hukuk (Giriş ve Başlangıç Hükümleri) Kişiler Hukuku – Aile Hukuku*, Savaş Yay., Ankara 1992.
- _____, *Medeni Hukuk, Giriş Başlangıç Hükümleri (Kişiler Hukuku - Aile Hukuku)*, Savaş Yay., Ankara 1997
- Zeydan, Abdulkerim, *el-Medhal li Diraseti's-Şeriatı'l-İslamiyye*, Müessesetü'r-Risale, Beyrut 2009.
- _____, *el-Veciz fi Usuli'l-Fıkh*, Müessesetü'r-Risale, Beyrut 2011.
- _____, *el-Mufasssal fi Ahkâmi'l-mer'e ve'l-Beyti'l-Müslim fi's-Şeriatı'l-İslâmiyye*, I-XI, Müessesetü'r-Risâle, Beyrût 1994.
- Zeylâî, Fahreddin Osman b. Ali b. Mahcen, *Tebyinü'l-Hakaik Şerhu Kenzi'd-Dakaik*, el-Matbaatu'l-Kübra'l-Emiriyye, Bulak t.y.
- Ziyat, Habib, *el-Meretu fi'l-Cahiliyye*, Müessesetü Hindavi, Kahire 2012.
- Zuhayli, Muhammed Mustafa, *el-Veciz fi Usuli'l-Fıkhi'l-İslami*, Daru'l-Hayr, Dımeşk 2006.
- Zuhaylî, Vehbe, *el-Fıkhü'l-İslami ve Edilletuhû*, Daru'l-Fıkr, Dımeşk t.y.

İNTERNET KAYNAKLARI

- <https://nvi.gov.tr/kurumlar/nvi.gov.tr/mevzuat/nufusmevzuat/talimat/yabanciulkeadlivei-darimakamlarincaverilenkararlarinnufuskutugunetesciliispanyauygulama.pdf>
(Erişim Tarihi: 20.01.2022)
- <http://www.milliyet.com.tr/yazarlar/didem-ozel-tumer/aile-davalarinda-arabulucu-donemi-2819453> (Erişim Tarihi: 26.12.2019)
- <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d02/c004/tbmm02004fih.pdf>
(Erişim Tarihi: 23.06.2022)
- <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf> (Erişim Tarihi: 04.08.2018)
- https://biruni.tuik.gov.tr/yayin/views/visitorPages/yayinGoruntuleme.zul?yayin_no=18
(Erişim Tarihi: 30.07.2018)
- <https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/2020-avukatlik-asgari-ucet-tarifesi-81038>
(Erişim Tarihi: 05.03.2020)
- <https://www.moj.gov.sa/ar/eServices/Pages/Details.aspx?itemId=12> (Erişim Tarihi: 20.12.2020)
- https://rc.majlis.ir/fa/content/iran_constitution (Erişim Tarihi: 05.05.2020)
- <https://www.dc.gov.ae/PublicServices/LegislationDetails.aspx?LawKey=687&SourceType=1&ItemKey=220&CalledFrom=1&lang=> (Erişim Tarihi: 20.01.2022)
- <http://www.legalaffairs.gov.bh/LegislationSearchDetails.aspx?id=145311#.XTtWNvIzY2w> (Erişim Tarihi: 20.01.2022)
- https://www.courconstitutionnelle.ma/sites/default/files/documents/constitution_arabe_2011_0.pdf (Erişim Tarihi: 20.01.2022)
- https://www.cour-constitutionnelle.ma/sites/default/files/documents/mdwn_lsr.pdf
(Erişim Tarihi: 20.01.2022)
- <http://www.di.tn/DetailReponseFatwa.aspx?FatawaId=22182&CategorieId=2> (Erişim Tarihi: 20.01.2022)

- http://www.concourt.am/armenian/legal_resources/world_constitutions/constit/malaysia/malays-e.htm (Erişim Tarihi: 20.01.2022)
- http://www2.esyariah.gov.my/esyariah/mal/portalv1/enakmen2011/Eng_act_lib.nsf/858a0729306dc24748257651000e16c5/1d314361e2750042482569810025f0fc?OpenDocument (Erişim Tarihi: 20.01.2022)
- <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Evlenme-ve-Bosanma-Istatistikleri-2021-45568> (Erişim Tarihi: 20.01.2022)
- <https://web.archive.org/web/20061106165657/http://www.droitcivil.uottawa.ca/world-legal-systems/eng-monde.php> (Erişim Tarihi: 07.10.2020)
- <https://rm.coe.int/rec-98-1e-on-family-mediation/1680a3b3ef> (Erişim Tarihi: 20.01.2022)
- [https://rm.coe.int/rec-98-1e-on-family-meTDV *İslam Ansikopedisition*/1680a3b3ef](https://rm.coe.int/rec-98-1e-on-family-meTDV_Islam_Ansikopedisition/1680a3b3ef) (Erişim Tarihi: 20.01.2022)
- <https://www.bbc.com/news/world-asia-43457117> (Erişim Tarihi: 03.08.2019)
- <http://www.sjd.gov.jo/EchoBusV3.0/SystemAssets/PDFs/AR/AppliedLegislations/a7waIsha5seye.pdf> (Erişim Tarihi: 20.01.2022)
- <https://rc.majlis.ir/fa/law/show/92778> (Erişim Tarihi: 05.05.2020)
- <https://is.gd/qofJS9> (Erişim Tarihi: 20.12.2020)
- <http://www.hayrettinkaraman.net/sc/00086.htm> (09.01.2021)
- <https://www.mevzuat.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 20.01.2022)
- <https://yadi.sk/i/KuiNcbgTUmzpAg> (Erişim Tarihi: 20.01.2022)
- <https://www.joradp.dz/TRV/Acons.pdf> (Erişim Tarihi: 20.01.2022)
- <https://www.joradp.dz/trv/afam.pdf> (Erişim Tarihi: 20.01.2022)
- <https://aladel.gov.ly/home/?p=1246> (Erişim Tarihi: 20.01.2022)
- <https://yadi.sk/i/vMBjaTlgzEmcIg> (Erişim Tarihi: 20.01.2022)
- <https://www.al-qaradawi.net/node/4305> (Erişim Tarihi: 08.08.2022)
- <https://www.elwatannews.com/news/details/4984824> (Erişim Tarihi: 06.04.2022)

http://www.sdergi.hacettepe.edu.tr/makaleler/Yaprak_Civelek_Ismet_Koc-4-2007.pdf

<https://www.islamweb.org/ar/fatwa/115792/> (Erişim Tarihi: 06.03.2022)



ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler	
Adı Soyadı	Ahmet Yasin KÜÇÜKTİRYAKİ
Doğum Yeri ve Tarihi	
Eğitim Durumu	
Lisans	
Yüksek Lisans	
Bildiği Yabancı Diller	
Bilimsel Faaliyetleri	
İş Deneyimi	
Çalıştığı Kurumlar	
İletişim	
e-Posta	
Tarih	